

2012

OCAK

4 AYDA BİR YAYIMLANIR



Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ

2B Yasası ve Orman Köylüsünün Kalkınmasının Desteklenmesi

Yasemin KABAKLIOĞLU

Siyasi Partilerin Kapatılması

Dr. Mustafa ALPASLAN - Eda KAYA

Amme Borcu ve Batıl Sayılan Tasarruflar

M. Nevhan AKYILDIZ

Marka Hakkına Tecavüz Suçu

HAKEMLİ MAKALELER

Yrd. Doç. Dr. ÖZLEM TÜZÜNER

Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkıları

Yrd. Doç. Dr. Serdar NARİN

Türk Anayasa Yargısında ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında yürürlüğü durdurma : Hukuksal metinlerde, normatif ve pozitif bir eksikliğin giderilmesi sorunu

YARGI KARARLARI

AIHM KARARI

Çeviren: İzmir Barosu İngilizce Çalışma Grubu

AIHM İkinci Daire / Keshmiri / Türkiye Kararı

İdari Bölüm • Hukuk Bölümü

YIL: 77



İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 77 • Ocak 2012 • Sayı: 1 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK

YAYIN KURULU

Av. Metin CENGİZ
Av. H. Baha COŞKUN
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Zekiye Özen İnci USLU
Av. Alper UYAR
Av. Süleyman AKTAŞ

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

- Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Gazikent Üniversitesi Hukuk Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI (İ.Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (GSÜ Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (DEÜ Huk. Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Huk. Fak. Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ticaret Huk.-Deniz Huk.)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Huk. Fak., Avrupa Birliği Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (GSÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof.Dr. Melda SUR (DEÜ Huk. Fak. Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Huk.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER (Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk)
Prof.Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU (İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Anayasa Huk.)
Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. B.Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)

Doç. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK (Deü Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (İ.Ü Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz SANCAKTAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Marmara Üniv. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN (İ.Ü Hu. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖGÜTÇÜ (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Tijen Dündar SEZER (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Roma Huk.)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Av. Talih UYAR

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 16 K: 6 Barohan

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

Basıma Hazırlık:

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.

1447 Sok. No: 6 Kat: 2 D: 4 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29

www.aynareklam.com

Basıldığı Yer:

Teknofset

5632 Sok. No: 26 Çamdibi / İZMİR

Tel: 0232 458 58 09 (pbx) Fax: 0232 458 54 04

Basım Tarihi: 20/01/2012

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

Editör'den Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK	7
2B Yasası ve Orman Köylüsünün Kalkınmasının Desteklenmesi Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ	9
Siyasi Partilerin Kapatılması Yasemin KABAKLIOĞLU	14
Amme Borcu ve Batıl Sayılan Tasarruflar Dr. Mustafa ALPASLAN - Eda KAYA	44
Marka Hakkına Tecavüz Suçu M. Nevhan AKYILDIZ	47

HAKEMLİ MAKALELER

Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkısı Yrd. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER	60
Türk Anayasa Yargısında ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında yürürlüğü durdurma: Hukuksal metinlerde, normatif ve pozitif bir eksikliğin giderilmesi sorunu Yrd. Doç. Dr. Serdar NARİN	89

YARGI KARARLARI

AİHM İkinci Daire / Keshmiri / Türkiye Kararı Çeviren: İzmir Barosu İngilizce Çalışma Grubu	130
İdari Bölüm.....	139
Hukuk Bölümü.....	145

İzmir Barosu Dergisine Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında ve otuz sayfa geçmemelidir. Dergimize gönderilecek yazıların 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve CD veya DVD formatında gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **"biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk"** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın

bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Editör'den

■ Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK*

Dergimizin 2012 yılının 1. sayısıyla yeniden sizlerle birlikteyiz.

Yayın periyoduna uymak ve daha kapsamlı bir dergi çıkarabilmek amacıyla, yılda dört sayı çıkaran dergimiz 2012 yılından itibaren yılda üç sayı olarak yayımlanacaktır.

Dergimizin bu sayısında; İzmir Barosu üyesi Av. Muhittin Üstündağ'ın "2B Yasası ve Orman Köylüsünün Kalkınmasının Desteklenmesi", Yase-min KABAKLIOĞLU'nun "Siyasi Partilerin Kapatılması", Dr. Mustafa AL-PASLAN ve Eda KAYA'nın "Amme Borcu ve Batıl Sayılan Tasarruflar" ve İzmir Cumhuriyet Savcısı M. Nevhan AKYILDIZ'ın "Marka Hakkına Teca-vüz Suçu" konulu makalelerine yer verdik.

Yine bu sayımızda Yrd. Doç. Dr. ÖZLEM TÜZÜNER'in, "Elektronik Teb-ligatin Adaletin Kalitesine Katkıları" ve Yrd. Doç. Dr. Serdar NARİN'in "Türk Anayasa Yargısında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yü-rürlüğü Durdurma: Hukuksal Metinlerde, Normatif Ve Pozitif Bir Eksikli-ğin Giderilmesi Sorunu" konulu hakemli makalelerini okuyabilirsiniz.

* Avukat, İzmir Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

Öte yandan bu sayımızda İzmir Barosu İngilizce Çalışma Grubu'nun çevirisi ile Avrupa İnsan Hakları İkinci Daire'nin Keshmiri/Türkiye Kararını, Karar İncelemesi bölümünde bulabilirsiniz.

Yargı Kararları bölümünde ise, Dr. Mustafa ALPASLAN, Dr. Cüneyt UYAR, Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ ve Av. Alper UYAR'ın gönderdiği adli ve idari yargı kararlarını sizlerle paylaşıyoruz.

Bu sayımızda da makaleleri, yazıları, çeviri ve gönderdikleri yargı kararları ile katkı sunan yazarlarımıza teşekkür ediyoruz.

Dergimizin bu sayısında hukuk gündemini ve güncelini yakalamaya çalıştık. Önümüzdeki sayıda da aynı düşünce ile hareket ederek, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olmasını dikkate alarak dergimizin 2012/2 sayısını Borçlar Kanunu Özel Sayısı olarak çıkarmayı tasarlıyoruz. Yazı ve makalelerinize dergimizin 2. Sayısına katkılarınızı bekliyoruz.

Geçen sayımızda belirttiğimiz üzere tekrar etmek istiyorum: Her türlü yapıcı ve yön verici eleştirileriniz ve katkılarınız dergimizin daha nitelikli olmasını sağlayacaktır.

Bir sonraki sayıda görüşmek üzere..

2B Yasası ve Orman Köylüsünün Kalkınmasının Desteklenmesi

■ Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ*

“2B Yasası” olarak bilinen 6292 Sayılı *“Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun”* 28275 sayılı ve 26.04.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girdi.

*Mecliste oluşan siyasi iradeyle değişikliğe uğrayarak kabul edilen “2B Yasası”nın devlet ve bireyler arasındaki uyumsuzlukların önüne geçilmesini de amaçlandığı ifade edilmektedir. Oysa söz konusu yasa orman köylüsünün desteklenmesi görüntüsü altında orman alanlarında yıllardır gerçekleştirilecek bu yasal düzenlemeyi bekleyen yatırımcıların amaç ve beklentilerini karşılamaktadır.

*Devletin 6813 Sayılı Orman Yasası’nın 2B maddesine tabi bu yerlerde tasarrufla bulunamaması nedeniyle oluşan gelir kaybını önlemek adına hareket edildiği ifade edilse de gerçekte amaç bir takım çevrelere gelir getirecek açılımları sağlamaktır.

*Yasanın uygulamalarıyla kentsel dönüşümün en önemli unsuru olan imar parselleri oluşturularak ormanla iç içe arsaların üretilmesi sağlanacaktır.

* İzmir Barosu Üyesi

YASANIN SÖZDE SAĞLADIĞI AVANTAJLAR:

“2B Yasası” devlet ve bireyler arasında uzun süren hukuki uyuşmazlıkların meydana gelmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış ise de düzenlemede satış bedeli, rayiç bedelin 70’i olarak belirlenirken, peşin veya taksitle ödeme seçeneği getirilmiş, peşin ödemede ayrıca yüzde 20, satış bedelinin yarısının peşin ödenmesi halinde ise yüzde 10 indirim uygulanması öngörüsü mecliste benimsenmek suretiyle komisyonunda ortak iradeyle belirlenen görüş bireyler aleyhine değiştirilmiştir.

2B arazilerine peşin ödeme yapacak vatandaşın ödeyeceği tutar, indirimle rayiç bedelin yaklaşık yüzde 56’sına denk gelmektedir.

Taksitli ödemelerde bedelin yüzde 10’u peşin, kalanı, belediye ve mücavir alan sınırları içinde en fazla 3 yılda 6 eşit taksitle, bu sınırlar dışında ise en fazla 4 yılda 8 eşit taksitle faizsiz olarak ödenebilmesi öngörülmüştür.

İndirimli taksitlendirme seçeneğinde, satış bedelinin en az yarısının ödenmek istenmesi halinde satış bedelinden yüzde on oranında indirim yapılarak, yarısı peşin alınacak, kalan yarısı için ise taksitlendirmedeki süreler uygulanacaktır.

Üst üste üç taksidin vadesinde ödenmemesi sözleşmenin feshine neden olacak, taşınmazların üzerindeki yapı ve tesislerden ayrıca bedel alınmayacak, satışı mümkün olmayan taşınmazlar yerine rayiç değerine eşdeğer başka bir taşınmaz satılabilecek, hak sahiplerinden, ecrimisil alınmayacak ve son 5 yıl için tahsil edilen ecrimisil bedelleri taşınmaz satış bedelinden mahsup edilecektir.

Hak sahiplerinin mirasçılara veya yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra noterde düzenlenen muvafakatname vermeleri halinde ise akdi haleflere satın alma hakkı getirilmesi de yasanın amacı dışına çıkartıldığının bir diğer kanıtıdır.

Açılmış olan davaların durdurulmaları, yasa kapsamına alınan yerlere ilişkin yeni dava açılmayacak olması yasanın içerdiği koşulların gereği olağan bir uygulamadır.

Geçim kaynakları hayvancılık, tarım ve ormancılık olan orman köylülerinin içinde bulundukları koşullara açıklık getirmek adına orman köylüsünün aktardığı; **“şehirlerde 300-400 TL den giden odunun tonu, nedense köylülerin elinde 80 TL’yi geçmiyor. Bir ton odunu kesiyoruz, ormandan çıkarıyoruz, bölüyor, ana yol kenarına kadar indiriyoruz ve tekrar keserek sıralayıp diziyoruz. Günlerce, haftalar ve hatta aylarca odun kesiminde çalışan biz köylüler, odunu satmaya kalkınca nedense 80 TL üzerinde alıcı çıkmıyor. Bir ton odundan 40 TL olarak devletin aldığı kıyımlardan sonra**

köylüye tonunda 30-40 TL bir para kalıyor.” Bu ifade konuyu esasen özetlemektedir. Aylarca çalışıp hazırladıkları odunları satamayan köylüler adeta isyan ediyorlar. Sabahtan akşama değin ağır işte en az 12 saat çalışan bir orman köylüsünün en kabadayısı günde 30-40 TL arasında değişen yevmiye alıyor. Kestiği oduna güvenen ancak o da para etmeyen, 1 ton odunu 80 TL ye zar zor satabilen üstelik bu parayla masraflarını dahi karşılayamayan orman köylüsü bu örneğin dışında, meralar bakanlıkça özel kişilere kiralandığı ve bu nedenle etrafları tel örgülerle kapatıldığı için yetiştirdiği hayvanını otlatamıyor. Mutlak alıp kullanmak zorunda kaldığı hazır yemin de sürekli zamlanıp çok pahalı olması, yetiştirdiği hayvanın etini sütünü satmaya kalktığı anda ise odun hesabında açıklandığı gibi masrafını dahi karşılayamayan sürekli borçlanan orman köylüsü her geçen gün ağırlaşan yaşam koşulları, bozuk/çarpık bu sistemde hangi parayla 2B arazilerini alacak? Bu yasal uygulamanın sadece adında yer alan orman köylüsünün yaşadığı toprak da satıldığında kentsel dönüşümü fırsata çeviren bir kısım çevrelere gün doğacaktır. Siyasi iktidarın elinde bulundurduğu gücü bireyden özellikle de orman köylüsünden yana kullanmadığı açıktır. Bilakis orman köylüsünün gelir elde edebileceği konular sürekli yeni uygulama ve şartlarla aleyhe değişmektedir. Hayvancılık, tarım ve ormancılık konularında hiçbir desteğin verilmediği orman köylüsüne aşamalarda getirilen yaptırımların esasını yasa kapsamından da anlaşılacağı üzere 2B uygulamalarıyla orman köylüsünün yaşam alanlarını ele geçirmek düşüncesi oluşturmaktadır.

DOĞRUDAN SATIŞ HAKKINDAN YARARLANABİLECEKLER:

Taşınmazları 31 Aralık 2011 tarihinden önce kullandıkları güncelleme listeleri ve kadastro tutanakları ile kesinleşmiş, mahkeme kararlarına göre belirlenmiş kişiler ile bunların mirasçıları ve yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra noter tarafından düzenlenecek muvafakatname vermeleri şartıyla akdi halefleri doğrudan satış hakkından yararlanabilecektir. Bu düzenleme; yasa kapsamındaki taşınmazların gerçek sahipleri olan orman köylüsünün yaşam alanlarının içinde bulundukları borca batık ekonomik durumunda zorlamasıyla noter muvafakathemeleriyle devri yoluna gidilmek suretiyle gerçek amacının dışına da çıkartabilecektir. Yasanın içerdiği uygulamalarla söz konusu taşınmazlar gelir ve paylaşım malzemesine dönüştürülmektedir. Kaldı ki bu durum orman köylüsüne doğrudan satış hakkı tanınması amacına da aykırıdır. Yıllardır desteklenmeyen, ürettikleri para etmeyen ve borç içinde yaşayan tabiri uygun olmakla üç beş kuruşa muhtaç bırakılan orman köylüsüne sözde tanınan doğrudan satış hakkı bu haliyle bir hakkın kötüye kullanımı sonucu yaratmaktadır.

İMAR ALANINDA KALAN TAŞINMAZLARDA UYGULAMA:

Yasa, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı veya ilgili büyükşehir ya da diğer belediyelerce kapsamı ve sınırları belirlenen ve

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca onaylanan gecekondü veya kentsel dönüşüm projesi uygulanacak alanlarda bulunan 2/B taşınmazları ilgili idareye devredilebilecektir.

Devralan idareler bu taşınmazları; hak sahiplerinin istemi üzerine fiili duruma uygun olarak ifraz ederek her biri bağımsız veya paylı parseller olarak düzenleyecek, üzerinde çok katlı bina bulunan taşınmazlarda ise kat mülkiyeti tesis etmek suretiyle, bunun mümkün olmaması halinde paylı olarak hak sahipleri ile bunların yasal veya bu yasanın yayımı tarihinden önce yapılmış olan akdi haleflerine, tabi oldukları mevzuatına göre bu yasada belirtilen satış ve ödeme koşullarını da dikkate alarak rayiç bedel üzerinden doğrudan satabileceklerdir.

Ayrıca, hak sahipleri taşınmazı doğrudan satın almış olsaydı hazineye ödeyeceği bedeli devralan idarelere ödemeyi kabul etmesi halinde de, taşınmaz kendisine ait kabul edilerek hakları karşılanmak kaydıyla devir alan idarelerin kendi projelerine ve mevzuatlarına göre de değerlendirebilecektir. Özetle yasa kapsamına giren taşınmazlar kentsel dönüşümün en önemli unsuru olan arsaların üretilmesini sağlayacaklardır. Bu ise gerçekte yasanın amacına uygun ve kabul edilebilir bir sonuç değildir.

OR-KÖY DÜZENLEMELERİYLE SATILAN ANCAK TAPULARI VERİLEMEYEN YERLERİN DURUMU:

Or-Köy tarafından orman köylüsüne satışı fiilen gerçekleştirilmiş ancak tapusu verilememiş taşınmazların bedelsiz olarak devredilecek olması yasanın en olumlu sayılabilecek kısmıdır. Ancak fiilen orman köylüsünün elinde olduğu halde bedeli kısmen ödenen taşınmazların devri için öngörülen uygulamada yıllar önce yapılan ödemenin/tahsil edilen kısmın oransal olarak belirlenip satış bedelinden düşülecek olması da farklı ve sorunlu bir durum yaratacaktır.

SATIŞLARDAN ELDE EDİLEN GELİRLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Hükümetin 2B ile ilgili bütçeye koyduğu herhangi bir gelir tahmini bulunmazken, 2B'den gelen ve yaklaşık 25 milyar TL olabileceği açıklanan ilave gelirin bir kısmının borçların azaltılmasında, bir kısmının da yatırımlarda kullanılması öngörülmektedir. Önceki uygulamalarda olduğu üzere satışlar sonunda elde edilecek gelir bütçe açıklarının kapatılmasında kullanılacaktır. Yasada, satışlardan elde edilecek gelir konusunda üretmeyen sadece tüketen bir toplum bireyine dönüştürülmek istenen ülke insanına, özellikle orman köylüsüne, işçi kesimine istihdam yaratacak somut ve uygulanabilir hiçbir yatırım öngörüsü bulunmamaktadır. Siyasi iradenin özelleştirme politikalarını uygulaması sonucunda ortaya çıkan tablonun bir benzeri bu yasayla kanımca koşulları daha da

ağır ve geriye döndürülemez şekilde yaşanacaktır.

2B ARAZİLERİ:

Türkiye’deki 2B alanlarının toplamı 410 bin hektarı bulurken, bu alanların 110 bin hektarı kamu yatırımlarından oluşmaktadır. Bu yasayla devlet söz konusu kamu yatırımlarını da satabilecektir. Antalya 41 bin 7 hektar ile en fazla 2B arazisine sahip il konumunda bulunurken, Balıkesir’de 35 bin 58 hektar, Ankara’da 30 bin 106 hektarlık 2B arazisi bulunmaktadır.

Sakarya’da 29 bin 675, Mersin’de 21 bin 931, Muğla’da 21 bin 784, Samsun’da 21 bin 686, İstanbul’da 15 bin 825, İzmir’de 14 bin 957, Kırklareli’nde ise 14 bin 717 hektar 2B arazisi yer almaktadır.

15 bin 825 hektarlık 2B arazisi bulunan İstanbul’un ise Sarıyer, Ümraniye, Çekmeköy, Şile, Sultanbeyli, Beykoz, Kemerburgaz, Ayazağa gibi bölgelerinde önemli oranda 2B arazisi yer almaktadır. Özellikle İstanbul, İzmir, Antalya ve Muğla’daki 2B arazilerinden hükümet yüksek getiri bekliyor. Oysa başlığında **“Orman Köylüsünün Kalkınmasının Desteklenmesi”** ifadesi yer alan bu yasada ormanı en iyi şekilde koruyan kollayan ve gelişmesine katkı sunan orman köylüsünün bu getiriden ne elde edeceği ve geleceğinin nasıl planlandığı? Soruları ne yazık ki yanıtlanamıyor.

Siyasi Partilerin Kapatılması

■ Yasemin KABAKLIOĞLU*

ÖZ

Siyasi Partiler, demokratik toplumların vazgeçilemez unsurlarından biridir. Dolayısıyla demokratik yöntemlerle yönetilen her ülkede siyasi partilere ilişkin birçok düzenleme bulunur. Bu düzenlemelerin önemli bir kısmı ise parti kapatmalarına ilişkindir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, siyasi partilerin tüzel kişiliklerinin sona ermesi açısından dört şekil öngörmüştür. Bunlar; partinin kapanma kararı alması, başka bir siyasi partiyle birleşmesi, kendiliğinden dağılmış sayılması ve siyasi partinin Anayasa Mahkemesi'nce (AYM) kapatılmasıdır. Bu çalışmada siyasi partilerin AYM tarafından kapatılması incelenecek ancak diğer sona erme şekilleri üstünde durulmayacaktır.

Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesi "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü" kapsamında siyasi partileri koruma altına almış olduğunu içtihatlarında belirtmiştir. Türkiye de, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olduğundan parti kapatma kararlarında sözleşme hükümlerine uygun davranması gerekmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin siyasi parti kapatmalarına yaklaşımı, Türkiye'nin uluslararası düzlemde sorumluluğunun doğması açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple, bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sözleşme kapsamında nasıl bir değerlendirme yaptığı da incelenecektir.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2010-2011 Akademik Yılı, Law 403 - Law 404 Bitirme Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sibel Inceoğlu

I. Genel Olarak Siyasi Partiler

A. Kavram

İnsanların toplu olarak yaşamaya başlamalarıyla birlikte çıkar çatışmaları ortaya çıkmıştır. Siyasi partiler bu çatışmalarla, devlet politikası ve ülke sorunları konusunda belli bir görüşü paylaşan insanların birlikte hareket etmeleri neticesinde doğmuştur¹. Bir devlette siyasi partilerin konumu, o devletin yönetilme rejimi hakkında bize bilgi verecektir. Demokratik bir devlette siyasi partilerin varlığı şarttır. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da, 68. maddesinin 2. fıkrasında bu zorunluluğa uygun olarak siyasi partilerin demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez unsurları olarak öngörmüş, devamında siyasi partilerin uyması gereken esasları belirtmiş ancak bir tanım getirmemiştir.

Bir devlet içinde birçok kuruluş mevcuttur. Siyasi partileri bu kuruluşlardan ayırt eden bazı unsurlar vardır. Siyasi partiler siyasi iktidarı elde tutma amacıyla ülke çapında halkın taleplerini karşılamak gayesiyle kurulmuş ve halkın desteğini almaya çalışan örgütlerdir. Bu unsurlar diğer kuruluşlarla siyasi partileri birbirinden ayırt etmemizi sağlar².

Diğer bir yandan siyasi partiler günümüzde ortaya çıkmış yapılanmalar değildirler. Geniş anlamda siyasi partileri, aynı düşünceye sahip kişilerin bir araya gelmeleri olarak kabul etmek mümkündür. Keza parti kelimesinin kökeni Latince “pars” kelimesidir ve dilimize Fransızca “parti” kelimesinden geçmiştir. Latince “pars” bir bütünün parçası anlamına gelmektedir³.

Siyasi partilerin kuruluşları ve tüzel kişiliklerinin sona ermesi, siyasi partilerle ilgili esasları düzenlemek amacıyla hazırlanmış olan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nda (SPK) öngörülmüştür. Söz konusu kanunun 5. maddesi uyarınca bir serbesti getirilmiştir. Buna göre Türk vatandaşı olan herkes siyasi parti kurma hakkına sahiptir. Ancak bu serbestinin sınırlarını Anayasa ve kanunlar oluşturmaktadır⁴. Keza siyasi partilerin serbestçe kurulamadığı bir ortamı demokratik bir düzen olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır⁵.

1 KOÇAK, Mustafa: Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002, s. 3.

2 TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayın, İstanbul 2006, s. 310.

3 KOÇAK, s. 39.

4 KOÇAK, s. 92.

5 UYGUN, Oktay: “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayı, Ankara 2000, s. 256.

B. Tarihsel Gelişim

1. Batı'da

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de ortaya çıkan siyasi partiler çok uzun süre özel hukuk kişileri olarak kabul edilmiş ve hukuksal düzenlemelere tabi tutulmamışlardır. Ancak daha sonra önemleri fark edilerek anayasal koruma altına alınmış ve bunlarla ilgili hukuksal düzenlemeler yapılmıştır⁶.

İngiltere'de siyasi partilerin doğuşu 17. yüzyılda anayasal ve dinsel mücadeleler sonucunda ortaya çıkmıştır. İlk tartışmalar Taç'ın devlete ilişkin konularda tek başına yetkili olup olmadığına ilişkindi. Troy adı verilen grup yetkinin münhasıran Taç'a ait olduğunu ileri sürerken, Whing adlı grup bu yönde düşünmemekteydi. Bu gruplar daha sonra liberal (Troy grubu) ve muhafazakâr (Whing grubu) olarak siyasal hayatlarına devam ettiler⁷.

Modern anlamda siyasi partiler İngiltere'de, ilk başta parlamento grupları halinde ortaya çıktılar. Bu gruplar parlamento dışında pek faaliyet göstermemektedirler. Keza o dönemde İngiltere'de oy hakkı çok küçük bir gruba tanınmaktaydı. Ayrıca parlamento üyeliğine seçilen kişilerin siyasi parti üyesi olmaları da gerekmemektedir⁸.

1832 yılında çıkarılan Parlamento Reform Yasası'yla, siyasi partiler İngiltere'de güçlendiler. Söz konusu yasa, oy hakkı tanınan zümreyi yarı oranında artırmış ve birçok yeni bölgeye de oy hakkı vermiştir. Genel anlamda bu yasa başbakanların krala değil halka yönelmelerini sağlamıştır⁹.

19. yüzyılın ikinci yarısında ise Liberal ve Muhafazakâr partilere bir de İngiliz İşçi Partisi eklenmiştir. Bu parti diğerlerinden farklı olarak, parlamento içinde değil parlamento dışında kurulmuştur. Ayrıca bu partinin kurulmasıyla da Liberal Parti eski önemini yitirmiştir¹⁰.

Kıta Avrupası'nda modern anlamda siyasi partilerin ortaya çıkışı daha sonra gerçekleşmiştir. Keza yetkilerin tek kişide toplandığı mutlakiyetçi bir düzenin egemen olduğu Kıta Avrupası'nda mevcut partilerin modern anlamda

6 ŞİMŞEK, Ebru: Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi ve Demokrasi İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tokat 2007 (www.yok.gov.tr), s.13.

7 KOÇAK, s.9- 10.

8 KOÇAK, s.10.

9 KOÇAK, s. 10- 11.

10 KOÇAK, s. 12.

siyasi parti tanımını karşıladıkları söylenemez¹¹. Modern anlamda ilk siyasi partiler Kıta Avrupası'nda, kurulu düzen olan soyluların yönetimine karşı söz sahibi olabilmek amacıyla burjuva sınıfının gruplaşmasıyla ortaya çıkmıştır¹².

2. Türkiye'de

Osmanlı'da 1909 yılına kadar kurulmuş olan örgütler yasa dışı olarak varlıklarını sürdürmekteydiler. Bağımsızlık amacı güden azınlıklar tarafından kurulmuş bu örgütlenmelerin tam anlamıyla siyasi parti tanımına uyduklarını söylemek pek mümkün olmayacaktır. Keza bu dönemde mevcut olan parlamento kapatılmıştı ve seçimlerden de söz etmek mümkün değildi. Ancak bu örgütlenmelerin modern anlamda siyasi partilerin oluşum sürecinin başlangıcı olarak kabul edilmeleri yerinde olacaktır¹³. 1909 yılında Kanun-u Esasi'nin 120. maddesinde yapılan değişiklik dernek kurma özgürlüğünü getirmiş, bu değişiklikleri takiben Dernekler Kanun'u çıkarılmış ve gerçek anlamıyla siyasi partilerin kurulmasına olanak sağlamıştır¹⁴.

Cumhuriyet Dönemi'ni iki bölümde incelemek yerinde olacaktır; tek partili dönem ve çok partili dönem. Tek partili dönem, Cumhuriyet'in ilanından 1945 yılına kadar geçen süreçtir. Bu süreçte bazı denemeler dışında Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) tek parti olarak kalmıştır. Ancak bu partinin çok partili olmaya eğilimli olduğunu söylemek gerekir¹⁵. 1924 Anayasası siyasi partileri düzenlemediğinden bu dönemde siyasi partiler halen dernek statüsünde kurulmaktaydı.

1938 tarihli Cemiyetler Kanunu'nun 9. maddesi kurulması yasak olan dernekleri düzenlemekte ve CHP dışındaki partilerin kurulmasına engel teşkil etmekteydi. Siyasi partilerin faaliyete geçebilmeleri için İdare tarafından tescil edilmeleri gerekiyordu. Söz konusu uygulama bir denetimden çok izin sistemi idi. Çünkü söz konusu izinin verilmeyeceği belliydi. Bu sebeple İsmet İnönü'nün beyanları ve CHP'nin bazı kararları çok partili rejimin kapısını aralar nitelikte olmasına rağmen, 1938'den 1945 yılına kadar CHP dışında bir parti kurulmasına girişilmemiştir¹⁶.

11 TEZİÇ, s.311.

12 KOÇAK, s. 8.

13 KOÇAK, s.20.

14 ŞİMŞEK, s.15.

15 KOÇAK, s.26.

16 TANÖR, Bülent: Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007, s.339.

Çok partili dönem ise 1945 yılında Milli Kalkınma Partisi'nin kurulmasıyla başladı. Bu parti CHP karşısında etkili bir muhalefet oluşturamamış ancak 1946 yılında Demokrat Parti'nin kurulmasıyla tam anlamıyla çok partili döneme geçiş gerçekleşmiştir. Celal Bayar'ın önderliğinde kurulan bu parti, hala 1938 tarihli Cemiyetler Kanunu yürürlükte olduğundan tescille yani bir nevi izinle kurulmuştur. Bu partinin kurulmasına izin verilmesinin sebebi ise, Bayar'ın laiklik ve devrimler konusundaki titizliği ve kendisine duyulan güvendir¹⁷.

Çok partili döneme geçişten sonra Türkiye'de birçok parti kurulmuştur. Ayrıca 1946 yılında Cemiyetler Kanunu'nda yapılan değişiklikler sayesinde siyasi partiler artık dernek statüsünde değil, siyasi parti olarak kurulmaya başlanmıştır¹⁸. Siyasi partilerle ilgili ilk düzenleme ise 1961 Anayasası'nda yer almıştır. Aynı zamanda 1961 Anayasası'nın getirdiği önemli yeniliklerden bir tanesi de Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kurulmasıdır. Böylece siyasi partilerin kapatılması yetkisi de AYM'ye verilmiştir¹⁹.

II. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Parti Kapatma

A. Örgütlenme Özgürlüğü

İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve sonrasında gerçekleştirilmiş büyük insanlık suçlarının açtığı derin yaralar ve girilen demokratikleşme çabalarıyla birlikte, insan haklarının sadece ulusal düzeyde değil uluslararası düzlemde de korunması amacıyla savaş sonrasında birçok çalışmalar yapıldı. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) de bu çalışmaların sonuçlarından birini teşkil etmektedir. İHAS'ın 1950 yılında kabulünün ardından, Türkiye 1954 yılında 6366 sayılı kanunla sözleşmeyi onayladı²⁰.

Sözleşme metninde açıkça siyasi parti kurma özgürlüğünden bahsedilmemektedir. Ancak İHAM, önüne gelen siyasi partilerle ilgili durumları madde 11 kapsamında incelemektedir. Bunun sebebi örgütlenme özgürlüğünün siyasal partilerin kurulmasına ve faaliyetlerine olanak sağlamasıdır²¹. Ayrıca Türkiye Birleşik Komünist Parti (TBKP) hakkındaki uyuşmazlığı kabul ederek İHAM önüne götüren Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun belirttiği görüşe göre; madde 11 demokrasinin iyi işlemesi ve devam etmesi için belirli sınırlamalar

17 TANÖR, s. 340- 341.

18 KOÇAK, s.28, 30.

19 ŞİMŞEK, s.22.

20 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.5, 18.

21 HARRIS, D. J.- BOYLE, M. O'- WARBRICK, C.: Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995, s.417.

getirmiştir ve demokrasinin vazgeçilmez unsurları olan siyasi partiler de kuşkusuz bu madde kapsamına girmektedir. Keza, İHAM da daha önce vermiş olduğu kararlarla, siyasi partilerin madde 11 kapsamına girdiğini örtülü olarak vurgulamaktadır²².

İHAS'ın 11'inci maddesi demokratik bir toplumun sosyal ve siyasi değerleri içinde bulunan, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir²³. Bu iki özgürlük birbirlerinden farklı konuları ele almalarına rağmen aynı amacı taşımaktadırlar. Bu amaç kişilerin aynı yöndeki görüşlerini ifade etmek, paylaşmak ve korumak için bir araya gelmeleridir²⁴.

Bu bağlamda söz konusu madde incelenirken ifade özgürlüğünün de göz ardı edilmemesi gerekir. Keza İHAS madde 11, ifade özgürlüğünün bir yansıması gibidir²⁵. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), İHAS madde 9 (düşünme, vicdan ve din özgürlüğü) ve 10'u (ifade özgürlüğü) toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün unsurları olarak ele almakta ve madde 11'in ihlaline ek ihlaller olarak kabul etmektedir²⁶. Örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğüyle olan yakın ilişkisi de göz önüne alındığında demokratik toplumlarda koruma altına alınması zorunlu bir özgürlüktür. Keza gerek toplantı özgürlüğü, gerekse dernek kurma (örgütlenme) özgürlüğü demokratik devlet ve çoğulcu demokrasilerin zorunlu koşullarından biridir²⁷.

B. Örgütlenme Özgürlüğü'nün Sınırları Çerçevesinde Parti Kapatma

Sözleşmede istisnai olarak düzenlenmiş bazı mutlak haklar dışında birçok hak ve özgürlük yine sözleşme tarafından sınırlandırılmıştır²⁸. İHAS madde 17 bu bağlamda, genel olarak sözleşmede yer alan özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenlemiş ancak örgütlenme hakkı kapsamında İHAM tarafından fazla uygulama alanı bulmamıştır. Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü içeriği İHAS'ın 11. maddesinin 1. fıkrasında belirtildikten sonra 2. fıkrada bu özgürlüklerin hangi hallerde kısıtlanabileceği düzenlenmiştir²⁹.

22 TEZCAN, Durmuş: "Örgütlenme Hakkının Sınırlarını Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1999, 134.

23 ÜNAL, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İleleleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001, s.284.

24 HARRIS, BOYLE, WARBRICK, s.417.

25 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 367.

26 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s.368.

27 VAN DIJK, Pieter- VAN HOOFF, Fried- VAN RIJN, Arjen- ZWAAK, Leo: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Fourth Edition, Antwerpen, Oxford 2006, s.828.

28 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 372.

29 ÜNAL, s. 284.

Bu sınırlamalar İHAM'ın kararlarında dikkate aldığı ölçütlerden birini teşkil eder³⁰.

Siyasi partilerin İHAS madde 11 kapsamına girip girmediği, mahkeme içtihatları oluşmadan önce bir tartışma konusuydu. Hatta Türkiye, İHAM'a açılan TBKP davasında madde 11 kapsamında inceleme yapılamayacağı yönünde savunma yapmış, İHAM ise verdiği kararda siyasi partilerin kapatılmasının söz konusu madde kapsamına girdiğini kabul etmiş ve inceleme yapmıştır. Sonuç olarak İHAM siyasi partilerin demokratik toplumların vazgeçilmez unsurları olduğunu dolayısıyla madde 11 kapsamında koruma altına alındıklarını kararlarında göstermiş olmuştur³¹.

Ayrıca İHAM, siyasi partilerin demokratik toplumlardaki önemini vurgulayarak, kuruluş ve faaliyetleri açısından büyük güvencelere sahip olmaları gerektiğini ve ancak gerçek bir zorunluluk halinde kapatılmalarının demokratik toplumun gereklerine ters düşmeyeceği görüşünü kararlarında ileri sürmektedir³². Bu sebeple İHAM, önüne gelen parti kapatma davalarında oldukça titiz davranmaktadır³³.

İHAM önüne bir başvuru geldiğinde, ilk olarak madde 11 kapsamında bir müdahalenin olup olmadığını inceleyecektir. Müdahalenin varlığının tespiti halinde, bu müdahalenin sözleşme kapsamında yapıp yapılmadığını kontrol edecektir. İncelemenin ikinci aşamasında kullanılacak ölçütler; 11. maddenin 2. fıkrasında sayılmış meşru sebepler, müdahalenin yasallığı ve demokratik bir toplumda gerekliliğidir. İHAM ancak bu koşullarda gerçekleştirilmiş bir parti kapatma eylemini sözleşmeye müdahale olarak değerlendirmeyecektir³⁴.

İHAM'ın kararlarından anlaşıldığı üzere; siyasi partiler ulusal hukuka aykırı gayelerle kurulamazlar ama mevcut düzeni değiştirmeyi amaçlamaları mümkündür. Ancak unutmamak gerekir ki, bu iki durum arasında çok ince bir sınır vardır ve bu çizgiyi belirlemek son derece güçtür. Bu durumu ve siyasi partilerin demokratik toplumdaki önemlerini de göz önüne alarak İHAM verdiği kararlarda son derece titiz davranmaktadır³⁵.

30 DİNLER, Veyssel: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2003 (www.yok.gov.tr), s. 135.

31 RENUCCI, Jean-François: Droit Européen des Droits de l'Homme, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3e edition, Paris 2002, s. 173-174.

32 UYGUN, s.258.

33 TEZCAN, s.130.

34 DİNLER, s. 138.

35 HARRIS, BOYLE, WARBRICK, s. 422.

C. Müdahalenin Haklaştırılması

1. Yasallık İlkesine Uygunluk

Gerçekleştirilmiş bir parti kapatmanın öncelikle yapıldığı ülkenin iç hukukuna uygun olması gerekir. Bu bağlamda İHAM, parti kapatma suretiyle İHAS madde 11'e müdahalenin varlığını incelerken bu işlemin yasallığını kontrol etmektedir. Bunun bir yansıması olarak Türkiye hakkında verilen kararlarda yapılan müdahalenin Anayasa ve yasa hükümlerine uygunluğu denetlenmiştir³⁶. Nitekim İHAM, Refah Partisi (RP) kararında Türkiye'nin yasallık ilkesine uygun davranmış olduğunu ve parti kapatma ile ilgili iç düzendeki yasalara uyulmuş olduğunu belirtmiştir³⁷.

Böyle bir incelemenin yapılma sebebi ise, demokratik bir hukuk devletinde böylesine bir müdahalenin sadece yasalarla gösterilmeleri durumunda mümkün olabilecek olması, aksi takdirde demokratik bir hukuk devletinin gereklerinden olan yasallık ilkesinin ihlal edilmiş olacak olmasıdır³⁸.

2. Müdahalenin Meşru Bir Amaca Yönelik Olması

Parti kapatma kararının sadece iç hukuka uygunluğu yani yasal olması yeterli görülmemekte, ayrıca verilmiş olan kararın meşru bir sebebe dayanması aranmaktadır. Bu meşru sebepler, 11. maddenin 2. fıkrasında sayılan hallerdir ve meşru sebebin varlığından bahsedebilmek için söz konusu hükümde sayılan hallerden en az birinin mevcut olması gerekmektedir³⁹.

Söz konusu istisnai nitelikteki haller açık ve sınırlı olarak sayılmışlardır. Bu kapsamda meşru amaç teşkil eden durumlar; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, düzenin korunması ve suç işlemenin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Ayrıca 2. fıkranın son cümlesinde; kolluk mensupları, silahlı kuvvetler ve devletin idare sisteminde görevli diğer kişiler açısından da meşru sınırlamaların konulmasına engel olmadığı düzenlenmiştir⁴⁰.

İHAM, TBKP ile ilgili kararında parti adında yer alan "komünist" kelimesinin tek başına milli güvenliğin korunması meşru amacıyla orantılı olmadığını belirterek, sayılı hallerin açık ve sınırlı olarak algılanması gerektiğini ve yorum suretiyle genişletilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüşünü belirtmiş olmaktadır⁴¹.

36 UYGUN, s.260.

37 ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 166.

38 DİNLER, s.138.

39 DİNLER, s.138, 139.

40 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s.374.

41 UYGUN, s. 262, 263.

3. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Zorunlu Olması

a) Genel Yaklaşım

İHAS, genel olarak demokratik devlet düzeniyle bağdaşır şekilde düzenlenmiştir ve sözleşmenin bir bütün olarak düşünülmesi ve yorumlanması gerekir. İnsan hakları insan onur ve haysiyetini korumayı amaçlar. Bu koruma da sadece demokratik toplumlarda mümkün olabilecektir⁴². Sözleşmenin 11. maddesinin 2. fıkrası kapsamında sayılan sınırlamaların uygulanmasında, demokratik toplumun gereklerinin göz önüne alınmadığı haller söz konusu maddenin ihlali anlamına gelir⁴³.

Bu kapsamda, İHAM'ın yaptığı incelemede üçüncü değerlendirme, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır. Yapılan denetlemenin bu kısmını iki ayrı kolda incelemek gerekir. İlk olarak getirilen sınırlamalar “gerekli” olmalıdır. Burada geçen “gerekli” tabiri bir kesinlik belirtmemekle birlikte makul olmayı ya da kabul edilebilir olmayı ifade etmektedir. İkinci olarak da gerekli olan sınırlamanın demokratik toplum düzenine uygun olması gerekir. Sonuç olarak yapılan müdahalenin demokratik toplum düzenine uygun, bu düzende kabul edilebilir olması şartı aranmaktadır⁴⁴.

İHAM, RP v. Türkiye kararında zorunluluktan ne kast ettiğini vurgulamaktadır. Söz konusu karara göre zorunluluk; toplumsal bir ihtiyaç baskısıdır. Yani bir siyasi parti kapatma kararının demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu kabul edebilmek için bunun ciddi bir ihtiyaç olması gerekir. Ancak bu durumun sadece bir ihtiyaç baskısı sonucu ortaya çıkması da İHAM tarafından tek başına kabul edilmemekte, müdahalenin bu zorunlu ihtiyacı karşılaması ve izlenen meşru amaçla orantılı olmasını aramaktadır⁴⁵.

Burada aranan orantılılık; hakları sınırlayıcı önlemle meşru sınırlama amaçları arasındaki ilişkide aranmaktadır. Bu bağlamda, bu ilişki içinde orantılı olmayan bir sınırlama İHAM tarafından kabul görmemektedir⁴⁶. RP kararı İHAM'ın yaptığı incelemelerde hangi hallerin sözleşme tarafından koruma altına alındığının, hangi hallerin ise demokrasiyle bağdaşmaması sebebiyle koruma altına alınmadığının görülmesi açısından son derece önemli bir karardır⁴⁷.

42 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 380.

43 DİNLER, s. 136.

44 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 377- 379.

45 ECHR, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, 13 February 2003 (<http://www.echr.coe.int>), par. 40-42.

46 UYGUN, s. 261.

47 İNCEOĞLU, Sibel: “Kişi Güvenliği, İfade Özgürlüğü, Siyasi Partiler Açısından Ko-

Görüldüğü gibi İHAM, müdahalenin sadece yasal ve meşru amaca yönelik olmasıyla yetinmemektedir. Bunlara ek olarak Avrupa kamu düzeniyle de paralel olarak demokratik toplumda gerekli olmayı aramaktadır. Sözleşme demokratik toplum kavramına birçok yerde değinmiş olmasına karşın bir tanım yapmamıştır. Bir tanım getirmek yerine İHAM içtihatlarıyla demokratik toplumun unsurlarını belirlemiş ve kararlarında “demokratik toplum” kavramını hak ve özgürlüklerin yorumunda kullanmıştır⁴⁸.

İHAM kararlarında sık sık demokratik toplumun unsurlarına gönderme yapmıştır. Bunların bir örneği Halkın Demokrasi Partisi (HADEP) kararında karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararda “çoğulculuk” ilkesi olmadan demokrasiden bahsedilemeyeceğini belirtmiş ve alınan karar bu çerçevede yorumlanmıştır⁴⁹.

Demokratik toplumda gerekliliğin tespit edilmesinde “ölçülülük” sorunu karşımıza çıkmaktadır. Keza İHAM verdiği kararlarda, demokratik toplum açısından yaptığı incelemelerde, alınan tedbir ile bireysel ve toplumsal yarar arasında bir denge aramaktadır. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi Mahkeme’nin müdahalenin sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusunda karar vermesinde önemli rol oynamaktadır⁵⁰.

b) Demokratik Toplumda Zorunluluk Kavramı ve Siyasi Partiler Bakımından Uygulanması

Demokratik toplumda zorunluluk kavramı ve bu kavramın siyasi partiler bakımından uygulanmasına ilişkin İHAM kararlarında belli noktalar önem arz etmektedir. Bu noktalar; sadece tüzük ve programların kapatma nedeni olarak kabul edilip edilemeyeceği, söz konusu partilerin ülke sorunlarını çözmeye yönelik hareketlerinin şiddete dayalı olup olmadığı ve yine bu sorunların çözümlerinin demokrasiyle bağdaşıp bağdaşmadığıdır⁵¹. Söz konusu noktaların ise teker teker incelenmesi yerinde olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İHAM verdiği kararlarda sadece tüzük ve programların kapatma nedeni olarak kabul edilemeyeceklerini vurgulamaktadır.

penhag Siyasi Kriterleri ve 2001 Anayasa Değişiklikleri”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Yayını, İstanbul 2001, s. 23

48 DİNLER, s. 139.

49 ECHR, Case of HADEP and Demir v. Turkey (28003/03) Judgment, 14 December 2010 (<http://www.echr.coe.int>), par. 57.

50 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 380.

51 İNCEOĞLU, s. 22.

TBKP kararında da bu noktanın üzerinde durulmuştur. Çünkü siyasi parti eylemleri her zaman tüzük ve programda yer alan amaçlarla bağdaşmayabilir⁵². Bu sebeple de siyasi parti eylemlerinin ve tüzük ve programda yer alan amaçların bir arada incelenmesi ve karşılaştırılması gerekir⁵³.

TBKP kararında İHAM, sadece İHAS madde 11 üzerinde değil, aynı zamanda 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünün üzerinde de durmuştur. Çünkü TBKP'ye ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı, henüz parti faaliyetlerine başlamadan verilmiştir. Henüz faaliyetlerine başlamamış bir partinin ise sadece tüzük ve programı sebebiyle madde 11 kapsamında incelenmesinin doğru olmadığını belirtmiştir. Yani tüzük ve programda yer alan ifadeler eylemlerle desteklenmeden bir kapatma nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple İHAM, TBKP'nin Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünün kullanılması sebebiyle kapatıldığı sonucuna varmıştır⁵⁴. Dolayısıyla, TBKP kararında da açıkça görüldüğü üzere, siyasi parti tüzük ve programı İHAM tarafından tek başına siyasi parti kapatma sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Bir siyasi partinin sadece tüzük ve programının, parti eylemleriyle beraber değerlendirilmesi gerektiği sonucuna vardıktan sonra, İHAM'ın kararlarında siyasi partinin halkı tüzük, program ve eylemleriyle şiddete yöneltip yöneltmediğine ilişkin incelemelerinden bahsetmek gerekir. Keza İHAM, siyasi partinin, ülke sorunlarını çözümlerken şiddete başvurmaksızın, barışçıl yollar izlemesi gerektiğini vurgulamaktadır. İfade özgürlüğü demokrasi açısından son derece önemli bir haktır ve siyasi partilerin de bu özgürlükten yararlanmaları gerekir⁵⁵. İHAM verdiği kararlarda bu özgürlükten yararlanmayı şiddete başvuruyla sınırlandırmıştır⁵⁶.

Türkiye aleyhine İHAM'da açılan Sosyalist Parti (SP) ve Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) davalarında, Türkiye, söz konusu partilerin eylemlerinin halkı şiddete yönlendirdiği savunmasında bulunmuştur. Ancak İHAM, bu partilerin eylemlerinin şiddet içerikli olmadığı kanaatine varmıştır⁵⁷.

52 SUDRE, Frédéric- MARGUENAUD, Jean-Pierre- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joel-GOUTTENOIRE, Adeline- LEVINET, Michel: Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Presses Universitaire de France, 3e Edition, Paris 2005, s. 59.

53 İNCEOĞLU, s. 22.

54 ECHR, Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey (19392/92) Judgment, 30 January 1998 (<http://www.echr.coe.int>), par. 54.

55 İNCEOĞLU, s. 21.

56 PETTITI, Louis-Edmond- DECAUX, Emmanuel- IMBERT, Pierre-Henri, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Economica, Paris 1999, s.429.

57 KOÇAK, s. 187- 192.

Şiddete ilişkin incelenmesi gereken bir diğer karar ise RP kararıdır. RP üyeleri demeçlerinde cihadın bir siyasi metot olarak kullanılacağını söylemişlerdir. Keza RP Genel Başkanı Necmettin Erbakan Meclis Gurubunda; “Türkiye’nin şu anda bir şeye karar vermesi lazım Refah Partisi adil düzen getirecek, bu kesin şart, geçiş dönemi yumuşak mı olacak, tatlı mı olacak, kanlı mı olacak, altmış milyon buna karar verecek” şeklinde konuşmuştur⁵⁸. Yine aynı şekilde İHAM, öncelikle cihadı tanımlamaya çalışmış ve partinin şiddete başvurduğu veya başvuracağına ilişkin muğlâk bir durumun söz konusu olduğuna karar vermiştir. Parti tarafından bu muğlâk durumun açıklığa kavuşturulmadığını da belirtmiştir. Bunun üzerine şiddete yönelik böyle somut hareketlerin varlığı halinde devletin şiddet gerçekleşmeden, bunu önlemeye yönelik önlemler alabileceğini belirtmiştir⁵⁹. Ayrıca Venedik Komisyonu Raporu’nun 5. ilkesi de, siyasi partiler tarafından şiddetin savunulduğuna dair yeterli delilin bulunması halinde siyasi partilerin yasaklanmasının mümkün olabileceğine yöneliktir⁶⁰.

İHAM’ın, Herri Batasuna ve Batasuna’nın İspanya’ya karşı açtığı davada verdiği kararın incelenmesi de mahkemenin şiddetle ilgili bakış açısını anlamamıza yardım edecek niteliktedir. Söz konusu kararda, Batasuna tarafından düzenlenen gösterilerde şiddete çağrı niteliğinde söylemlerinin bulunması yanında, Bask Vatanı ve Özgürlüğü Örgütü’nün (ETA) gerçekleştirdiği terör hareketlerinin üstü kapalı olarak desteklendiği görülmektedir.

Saint Sébastien’de 11 Ağustos 2002’de Batasuna’nın organize ettiği ve parti yöneticilerinin de hazır bulunduğu bir gösteride; ETA tutuklularının desteklenmesi ve “gora ETA militarra” (yaşasın ETA ordusu), “borroka da bide bakara” (savaş tek yoldur) gibi tehdit içerikli sloganların atılması İHAM tarafından partinin ETA ile bağlantılı olan hareketleri olarak görülmüştür⁶¹. Terörizmle bağlantılı oldukları görünen kişilerin övülmesi ve şiddete neredeyse açıkça destek veren davranışlar sonucu iç hukukun devreye girmiş olduğu tespitinde bulunan Mahkeme, İspanya tarafından yapılan, toplumun huzurunu bozar nitelikteki olguların gerekçelendirilmesinde yeterli olduğu yönünde karar vermiştir⁶².

58 ECHR, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, 13 February 2003 (<http://www.echr.coe.int>).

59 ECHR, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, 13 February 2003 (<http://www.echr.coe.int>), par. 81.

60 İNCEOĞLU, s.24.

61 ECHR, Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 30 June 2009 (<http://www.echr.coe.int>), par. 34.

62 ECHR, Case of Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 30 June 2009 (<http://www.echr.coe.int>), par. 85- 86.

İncelenmesi gereken noktalardan bir diğeri ise, söz konusu eylemlerin demokratik olup olmadığıdır. Yani parti tüzük ve programı ve eylemleri demokrasiye aykırı olmamalıdır. Çok açıktır ki, demokratik toplumda zorunluluk arz eden bir eylemin, demokratik bir amaçla gerçekleştirilmiş olması gerekir. Bu sebeple İHAM anayasal düzenlemelerdeki değişikliklerin; bu amaca hizmet edecek araçların her açıdan demokratik olmasını ve önerilen değişikliğin kendisinin de demokratik olmasını aramaktadır⁶³. İHAM RP hakkında verdiği kararda, bu iki ölçütü karşılamayan eylemlerde bulunan siyasi partilerin İHAS'da yer alan korumalardan yararlanamayacağı vurgulamıştır⁶⁴.

Bu bağlamda, RP kararında İHAM; inanca dayalı çok hukuklu bir sistem kurulması ve Müslüman toplum için şeriatın getirilmesinin hedeflenmesi sebebiyle demokrasinin unsurlarından olan laiklik ilkesinin ihlaline ilişkin bir inceleme yapmıştır⁶⁵. Yapılan bu inceleme getirilmek istenen şeriat hukukunun değişmez dogmalara ve kutsal kurallara dayanması sebebiyle demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı görüşüne varmıştır. Hatta şeriat hukuku sadece demokrasinin temel ilkelerine aykırı olmakla kalmayıp söz konusu hukuk sisteminde kadının bulunduğu konum göz önüne alındığında, İHAS tarafından koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere de aykırılık teşkil etmektedir. Bütün bu gerekçeler sebebiyle RP'nin önermiş olduğu şeriat hukukuna geçiş, İHAM'ın verdiği karar doğrultusunda İHAS tarafından korunmamaktadır⁶⁶.

RP kararında İHAM, söz konusu partinin demokrasiye aykırı bir amaç güttüğü ve yöntem olarak da demokrasi karşıtı yöntemlere de (şiddet) başvurabileceği izlenimi verdiği için, parti kapatma kararını İHAS madde 11'e aykırı kabul etmemiştir⁶⁷.

Siyasi partilerin azınlıkların kendi kaderlerini tayin etmelerine izin verilmesi gerektiğini savunan eylemlerinin demokrasiye uygunluğu tartışılması gereken bir diğer konudur. Bu bağlamda Mahkeme'nin ÖZDEP'le ilgili kararı incelendiğinde, ulusal ve dinsel azınlıkların kendi kaderlerini tayin haklarının tanınmasına ilişkin yapılan eylemler bölünmeyi teşvik etmedikleri sürece demokrasiye aykırılık teşkil etmediğinin kabul edildiği görülmektedir⁶⁸.

İHAM SP hakkında verdiği kararda, Kürt halkının kendi kaderini tayin edebilmesinin savunulması ve federatif sistemin getirilmek istenmesine

63 KOÇAK, s. 196.

64 ECHR, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, 13 February 2003 (<http://www.echr.coe.int>), par. 47.

65 ECHR, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, 13 February 2003 (<http://www.echr.coe.int>), par. 68.

66 İNCEOĞLU, s.23.

67 İNCEOĞLU, s. 22.

68 KOÇAK, s. 192.

ilişkin ifadelerin bir bütün olarak incelendiğinde bölünmeyi teşvik etmediğine dolayısıyla böyle savunmalarda bulunulabileceği yönünde karar vermiştir. Görüldüğü üzere İHAM bu tarz savunmalarda bölünmenin teşvik edilmediğini incelemektedir. Teşvik söz konusu olmayan hallerin de kabul edilebilir olduğu yönünde kararlar vermektedir⁶⁹.

III. Türkiye’de Parti Kapatma

A. Siyasi Partilerle İlgili Yasaklar

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, siyasi partilerin demokratik devlet anlayışını zedeleyici hareketlerde bulunabilecek olmaları sebebiyle bir tehdit olarak görülmeleri sonucu siyasi partiler bazı yasaklamalara tabi tutulmuşlardır. Bu durum devletlerin ulusal düzenlemelerini etkilediği gibi İHAS gibi uluslararası düzenlemeleri de etkilemiştir. Bu sebeptir ki, ülkemizde de siyasi partiler Anayasa ve SPK hükümlerince kısıtlamalara tabi tutulmuşlardır⁷⁰.

1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da siyasi partilerin hem Anayasa hem de Siyasi Partiler Kanunu’yla düzenlenmesini öngörmektedir. Bu sebeple siyasi partilerin kapatılması yaptırımına bağlanmış olan yasaklamalar hem 1982 Anayasası’nda hem de SPK’da düzenlenmişlerdir⁷¹.

Siyasi partilere ilişkin yasaklar ve yaptırımlar; Anayasa’nızın, “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlığı altında 68. ve 69. maddesinde ve SPK’da düzenlenmiştir. Aşağıda söz konusu düzenlemeler incelenecektir.

1. Anayasa’da Yer Alan Yasaklar

12 Eylül 1980 askeri darbesini takiben hazırlanmış olan 1982 Anayasa’sı birçok temel hak ve özgürlük üzerinde sınırlamalar getirmiş bir metne sahipti. O kadar ki, darbe sonrası 1982 Anayasası hazırlanana kadar, siyasi parti ve kollarıyla ilgili bütün kanunlar yürürlükten kaldırılmıştı⁷². 1982 Anayasası’nın ilk hali de demokratik bir toplumun gereklerini karşılamaktan son derece uzak şekilde düzenlenmiş, zamanla yapılan değişikliklerle bu açıklar kapatılmaya çalışılmıştır.

Bu olumsuzlukları gidermek adına atılan ilk adım 1995 Anayasa değişikliktir. Yapılan bu değişikliklerle Anayasa’nın 69. maddesinde; si-

69 KOÇAK, s. 188.

70 DİNLER, s. 46.

71 KÜÇÜK, Adnan: Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005, s. 218.

72 KÜÇÜK, s. 198.

yasi partilerin eylemlerinin Anayasa'ya aykırılıklarıyla, siyasi parti tüzük ve programlarının Anayasa'ya aykırılıkları ayrı fıkralarda hükme bağlanmıştır. Buna karşılık 1982 anayasasının ilk metninde siyasi partilerin eylemlerinin Anayasa'ya aykırılıklarından bahsedilmemekteydi. Daha önce İHAM'ın siyasi partilere ilişkin verdiği kararlarında incelemiş olduğumuz üzere siyasi parti tüzük ve programları siyasi partilerin kapatılması için yeterli görülmeyip, söz konusu siyasi partinin eylemlerinin de incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştık. Bu bağlamda siyasi parti eylemlerini de düzenleyen böyle bir hükmün getirilmesinin yerinde bir davranış olduğunu söylemek mümkündür. 1995 yılında sadece siyasi parti eylemlerinin de maddeye eklenmesiyle yetinilmemiş, aynı zamanda bu eylemlerin kapatma sebebi olabilmesi “odak olma” koşuluna bağlanmıştır. 1995 öncesi eski metinde eylemlerden bahsedilmediği gibi “odak olma” koşulu da aranmamaktaydı. Siyaset yapma yasağı ise 69. maddenin 9. fıkrasında bu eylemleri gerçekleştiren kişiler için en fazla 5 yıl olarak öngörülmüş, böylece bir sınır getirilmiştir. Keza ilk metinde 7. fıkra; sayılan kişilerin siyaset yapma yasaklarının bir sınırı bulunmamaktaydı⁷³.

Anayasa'nın 69. maddesindeki değişikliklerle öncelikle siyasi partilerin Anayasa'nın 14. maddesinin dışında hareket eden siyasi partilerin temelli kapatılacaklarına ilişkin hüküm kaldırılmıştır. 1995 yılı değişikliklerinden önce 69. madde Anayasa'nın 14. maddesine gönderme yaparken, değişikliklerin ardından artık 68. maddeye atıf yapmaktadır⁷⁴.

1995 yılında, Anayasa'nın 68. maddesinde yapılan değişiklikle, siyasi partilere üye olma yaşı 21'den 18'e indirilmiş, partilerin tüzük program ve eylemlerinin devletin bağımsızlığına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine de aykırı olamayacağı hükümleri eklenmiş, yükseköğretim öğrencilerinin siyasi partilere üye olmalarının yolu açılmış, yükseköğretim elemanlarına kanun yolu ile siyasi partilere üye olabilme hakkı tanınmış, siyasi partiler için yan kuruluş yasağı ortadan kaldırılmış ve devletin siyasi partilere yapacağı yardımlar düzenlenmiştir. Bütün bu değişiklikler demokratikleşme sürecinde son derece önemli adımlar olmuştur⁷⁵.

Bu düzenlemelerle darbe sonrası yapılmış bir Anayasa'nın demokratik toplum ihtiyaçlarını karşılar hale getirilmesi amaçlanmış ancak yetmemiştir. Bu sebeple 2001 yılında tekrar Anayasa değişikliğine gidilmiştir. Bu değişikliklerin elzemliği Anayasa'nın yapılış aşamasındaki koşulları dışında, uluslararası düzlemde paralelleşme gereklerine de bağlıdır. Bu bağlamda 2001 yılında siyasi partilere dört önemli güvence getirilmiştir.

73 DİNLER, s. 24.

74 ŞİMLEK, s.29.

75 ŞİMŞEK, s. 27.

- Bu güvencelerden ilki; 1995 yılında getirilmiş olan “odak haline gelme” koşulunun tanımının yapılmasıdır. Bu vesileyle, keyfi parti kapatılmalarının önüne geçmek, AYM’nin takdir yetkisini kısıtlamak amaçlanmıştır.

- İkinci bir güvence ise; kapatma dışında siyasi partiler için hazine yardımının kesilmesi yaptırımının da Anayasa tarafından öngörülmesidir. İHAM da, verdiği kararlarda siyasi partinin yapmış olduğu eylemin daha hafif bir yaptırımla bertaraf edilip edilemeyeceğini incelemektedir⁷⁶. Bu sebeple yapılmış olan bu değişiklik Türkiye’nin uluslararası düzlemde sorumluluğunun doğmasını engellemek amacıyla getirilmiştir⁷⁷. Bu yönü de dikkate alındığında yapılmış olan bu değişiklik demokratikleşme adına büyük önem taşımaktadır. Keza daha önce de belirtildiği gibi siyasi partiler demokratik toplumlarda vazgeçilmez bir unsurdur ve mümkün olduğunca ayakta tutulmaları demokratik toplumun gereklerinden olduğu gibi her eylemin kapatma yaptırımına tabi olması eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil eder⁷⁸.

- Üçüncü güvence; AYM’nin siyasi parti kapatma davalarından aldığı kararlarda oy çokluğunun yeterli olmaması, beşte üç oy çoğunluğunun aranması suretiyle parti kapatmalarının zorlaştırılmasıdır. Nitelikli çoğunluk sadece kapatma yaptırımı için öngörülmüş, diğer için salt çoğunluk yeterli görülmüştür. Bu düzenlemenin getiriliş amacı AYM tarafından verilmiş siyasi parti kapatma kararlarının çokluğudur. Yapılan değişiklik tartışma yaratmış olmasına rağmen, siyasi partilerin demokratik toplumlardaki önemi sebebiyle gelişmiş ülkelere paralel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹.

- Darbe döneminde Güvenlik Konseyi’nin kabul etmiş olduğu kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa’ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini öngören Anayasa’nın geçici 15. maddesinin son fıkrası kaldırılmıştır. Bu sayede siyasi partilerin kapanması açısından getirilmiş olan Anayasa’nın çok üstünde bulunun yasaklamaların SPK’da aykırılığının saptanarak iptal edilmesinin önü açılmıştır. Yapılmış olan bu değişiklik dördüncü güvenceyi teşkil etmektedir⁸⁰.

1982 Anayasası’nda 2010 yılında da bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda madde 149, Anayasa Mahkemesi’nin parti kapatmalarına ve devlet yardımından yoksun bırakılmaya ilişkin aldığı kararların toplantıda bulunanların üçte iki çoğunluğuyla alınması gerektiğini düzenleyerek kapatma

76 UYGUN, s. 267.

77 SAĞLAM, Fazıl: “Siyasi Partiler Kanunu’nda Uluslararası Normlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000, s. 249.

78 DİNLER, s.26.

79 DİNLER, s. 28.

80 KÜÇÜK, s. 374.

kararı alınmasını bir miktar daha zorlaştırmıştır.

2010 yılında yapılan bir diğer değişiklik ise 84. maddede beyan ve eylemleriyle siyasi partinin kapatılmasına sebep olan kişinin milletvekilliğine ilişkindir. Söz konusu maddenin son fıkrası bu değişikliklerle kaldırılmıştır. Dolayısıyla beyan ve eylemleriyle siyasi partinin kapanmasına sebebiyet veren kişi eğer milletvekiliyse, milletvekilliği düşmeyecektir.

Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası gereğince; temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması durumunda uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Siyasi partiler, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Türkiye'nin taraf olduğu İHAS tarafından güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla bir çatışma halinde sözleşmenin uygulanması gerekecektir. Bütün bu değişiklikler ve demokratikleşme çabaları ışığında; Anayasa'nın 68 ve 69. maddelerinde yapılan değişikliklerle uluslararası sorumluluğun doğması engellenmek istenmiştir⁸¹.

2. Siyasi Partiler Kanunu'nda Yer Alan Yasaklar

Siyasi partilere getirilen yasaklamalar, genel sınırlarıyla Anayasa'da belirtildikten sonra SPK'nın dördüncü bölümünde bu sınırlamaların içi doldurulmuştur. Bu sebeple, SPK'da yer alan parti kapatma sebeplerinin, Anayasa'da çizilmiş olan çerçeve dahilinde, ayrı ayrı incelenmesinde fayda vardır.

a) Amaçlar ve Faaliyetlerle İlgili Yasaklar

SPK madde 78, "Amaç ve Faaliyetlerle İlgili Yasaklar" başlığı altında, demokratik devlet düzeninin korunmasına yönelik yasaklamaları düzenlemiştir. Demokratik devlet ilkesi Anayasa'nın 2. maddesinde yer aldığından değiştirilmesi teklif dahi edilemez hükümler arasında yer alır⁸². Ancak SPK'da anayasal düzenlemenin içi doldurulurken demokratik devlet niteliğine ilişkin olmayan birçok konu da (örneğin Anayasa'nın başlangıcında sayılan ilkelerin de bu kapsama dahil edilmesi) düzenlemeye tabi tutulmuş, kapsam genişletilmiştir. Bu sebeple bazı yazarlar bu durumu eleştirmekte, hukuksal içeriğinin belirlenmesi bu denli güç kavramların SPK tarafından parti yasakları arasında sayılmasının siyasi parti özgürlüklerine ciddi anlamda zarar verdiği görüşünü ileri sürmektedirler. Bu görüşlere paralel olarak da, 1999 yılında SPK'da yapılan değişikliklerle 78. maddenin a bendi zımnen ilga edilmiştir. Çünkü söz konusu değişiklikler öncesinde SPK'nın 101. maddesi kapatma nedenleri olarak yine SPK'ya atıf yaparken artık Anayasa'ya atıf yapmaktadır

81 KÜÇÜK, s.219.

82 ATEŞ, Turan: Demokrasi, Siyasi Partiler ve Seçim, Beta Basım, İstanbul 2007, s.168.

Dolayısıyla SPK madde 101 kapatma nedeni olarak Anayasa’da yer alan halleri kabul ederek, SPK’da yer alan kapatma nedenlerini zımni olarak işlevsizleştirmiştir.

SPK madde 78 diğer bentlerinde; sınıf veya zümre diktatörlüğü kurma amacı güdülmesi yasaklanmış, ulusal egemenliğin, insan hakları, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin korunması amaçlanmıştır.

Sınıf veya zümre diktatörlüğü kurma amacına yönelik amaç ve faaliyetlerin yasaklanması, AYM tarafından da kararlarında vurgulanmış bir yasaktır. Keza bir sınıf veya zümrenin egemenliğinin söz konusu olması insan hak ve hürriyetlerine aykırıdır. Fakat bir siyasi partinin belirli bir sınıfa dayalı siyaset yapması yasak değildir. AYM’nin bu konuda yaptığı inceleme SP kararında olduğu gibi TBKP kararında da görülmektedir. Açılan davada TBKP açısından komünist kelimesinin parti adında bulunması dışında, partinin bir sosyal sınıfın diğer bir sosyal sınıfın üstünde egemenlik kurmayı amaçlaması sebebiyle parti eylemlerinin Anayasa’nın 6, 10, 14 ve 68. maddelerine ve SPK’nın 78 maddesine aykırılığı iddia edilmiştir⁸³. Ancak verilen kararda TBKP’nin belirli bir sınıf veya zümre diktatörlüğü kurmayı amaçladığı kabul edilmemiştir. Bunun sebebi; o sırada dünyada komünizm akımının mevcut olması sebebiyle söz konusu partinin çağdaş gelişmelerin ışığında davranmasıdır. Keza AYM verdiği kararda; belirli bir sınıfın varlığının kabul edilmesi durumunda, bir siyasi parti tabanının bu sınıfa dayanmasının bir sakınca yaratmayacağını, ne 1961 Anayasası’nda ne de 1982 Anayasası’nda sınıfların varlığının yadsınmasına ilişkin hüküm bulunmadığının üzerinde durmuş, yeni bir sınıf kurmak ve bu sınıfın egemenliğinin savunulmasının yasaklanmış olduğunu belirtmiştir⁸⁴.

Ulusal egemenliğin korunmasına ve insan hakları, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine ilişkin düzenleme Anayasa’ya paralel olarak yapılmıştır. Bu düzenleme yine SPK 78/a’da yer almaktadır. Anayasa 68. maddesinde bu hallerin kapatma sebebi olduğunu açıkça saymıştır. Ayrıca, SPK madde 101/a Anayasa’daki düzenlemelere aykırı hareket eden partilerin kapatılacağını öngörmektedir. Bu sebeple SPK’da tekrar düzenleme yapılması gereksizdir. Keza ulusal egemenlikle ve insan hakları, eşitlik ve hukuk devletiyle bağdaşmayan hareketlerin siyasi parti tarafından icrası madde 101/a kapsamında kapatma nedenidir⁸⁵. Daha önce de bu sebeple SPK madde 78/a’nın işlevsiz hale gelmiş olduğunun üstünde durmuştuk.

83 AYM, Siyasi Parti Kapatma Kararı, T:16.7.1991, E: 1990/1, K:199111, www.anayasa.gov.tr.

84 AYM, Siyasi Parti Kapatma Kararı, T:16.7.1991, E: 1990/1, K:199111, www.anayasa.gov.tr.

85 KOÇAK, s. 137- 138.

b) Milli Devlet Niteliğinin Korunması

Türk Devleti'nin tarihi gelişimi de göz önüne alındığında, devletin bölünmezliği milli mücadele zamanından itibaren ciddi anlamda vurgulanmaktadır. AYM de bu düsturu benimsemiş, “devlet TEK’dir, ülke TÜM’dür, ulus BİR’dir” şeklinde formüle etmiştir⁸⁶. Ayrıca milli devlet niteliğinin korunması üniter devlet yapısının korunmasını da vurgulamaktadır. Böyle bir tarihsel gelişim içinde, Türk Devleti açısından böylesine önemli bir konu Anayasa’nın 3. maddesinde de “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği” şeklinde düzenlenmiş, değiştirilemez maddeler arasına alınarak da ayrıca koruma altına alınmıştır.

Siyasi partiler toplumun belli bir kısmını teşkil ettiklerinden belli bir ölçüde bölünmeyi de içlerinde barındırırlar. Bu sebeple de millete karşı bir sorumlulukları olduğu kabul edilmektedir. Ancak siyasi partilerin doğasında bulunan bu bölünme, devletin ülke ve millet unsurlarını bölme noktasına kadar ilerlemesi durumunda Anayasa ve SPK’ya aykırılık teşkil edecektir. Sonuç olarak mevcut bölünmenin kabul edilebilir sınırları Anayasa’nın 68. maddesinin 4. fıkrasında ve SPK madde 79 ile 83 arasında “Milli Devlet Niteliğinin Korunması” başlığı altında çizilmiş, bu sınırların aşımı ise yasaklanmıştır⁸⁷.

Milli devlet niteliğinin korunması sadece devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliğini kapsamaz, aynı zamanda bağımsızlığın korunması da bu madde içinde değerlendirilmektedir. İçeride bütünlüğü sağlanmış devletin dışarıya karşı da bağımsız olması gerekir. Keza Anayasa Hukuku’nda bağımsızlık ve bölünmezlik kavramları birbirinden ayrı düşünülemezler ve beraber incelenmeleri gerekir⁸⁸. Bu bağlamda, milli devlet niteliğinin korunması kapsamında, siyasi partiler devlet içinde bölücü hareketlerde bulunamayacakları gibi ülkenin bağımsızlığına hanel getirecek davranışlarda da bulunamazlar.

c) Atatürk İlke ve İnkılâplarının ve Laik Devlet Niteliğinin Korunması

SPK madde 84 ve devamı Atatürk ilke ve inkılâplarına ve laik devlet niteliğine aykırı hareket edilmesini yasaklamıştır. Bu bağlamda siyasi partiler devrim kanunlarını benimsemek ve korumak zorundadırlar. Ayrıca bu ilkelerle bütünlüşmüş olan Atatürk’e saygı göstermekle yükümlüdürler.

Söz konusu yasaklamayla amaçlanan diğer bir koruma ise; din ve dine kutsal sayılan şeyler tarafından istismarın önlenmesidir. Bunun sağlanması amacıyla dini esaslara uymak amacıyla ve siyasi çıkar elde etmek için dini

86 KOÇAK, s.139.

87 KÜÇÜK, s. 251.

88 KÜÇÜK, s. 252- 253.

unsurların kullanılması söz konusu hükümlerce yasaklanmış ve siyasi parti-nin kapatılması yaptırımına bağlanmıştır. Bu düzenlemeler Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan dini duyguları istismara ilişkin hükme paralel olarak yapılmıştır.

Laik devlet niteliğine aykırılığın saptanabilmesi için öncelikle laikliğin tanımı yapılmalıdır. Laiklik genel anlamıyla; din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasını ifade eder. Ancak laikliğin dinsizlikle karıştırılmaması gerekir. Keza bazı yönetim biçimleri dine tamamen karşıdırlar. Laiklik denildiğinde akla bu gelmemelidir. Dinin vatandaşın vicdanına bırakılması laiklik anlayışıdır. Bu bağlamda herkesin inanç özgürlüğü vardır, sadece dini esaslar devlet yönetimi dışına itilmiştir. Getirilen tanımın ardından, siyasi partilerin bu tip davranışları gerçekleştirmelerinin SPK uyarınca yasaklanmış olduğunu söylemek daha doğru bir yöntem olacaktır⁸⁹.

d) Çeşitli Yasaklar

SPK devam eden maddelerinde siyasi partilerle ilgili bir takım yasaklamalara daha “Çeşitli Yasaklar” başlığı altında yer vermiştir. Bu yasakları da kısaca incelemek gerekir.

SPK madde 90, siyasi partilerin tüzük ve programlarının esaslarını ve Anayasa'nın 14. maddesinde yer alan sınırlar dışında yapılamayacağını düzenlemek amacıyla getirilmiştir. Bu maddeyle beraber siyasi partilerin tüzük ve programları da denetim altına alınmıştır⁹⁰.

1995 Anayasa değişikliklerine kadar siyasi partilerin kadın kolu, gençlik kolu gibi yan kolları sahip olması yasaktı. Buna paralel olarak SPK'da da bu yasak yer almaktaydı. Ancak söz konusu Anayasa değişikliklerinin ardından SPK'da yer alan yasak da kaldırıldı ve yan kolların kurulmasına izin verilmiş oldu⁹¹.

Düzenlenmiş bir diğer yasak; parti içi çalışmalarla yöneliktir. SPK madde 93 uyarınca siyasi partilerin iç düzenleri demokrasi esaslarına uygun olmalıdır. Bu bağlamda kanun koyucu siyasi parti mensuplarını iç düzende de serbest bırakmamış, yapılan işlemlerin eşitlik ilkesine, parti tüzüğüne ve demokrasi esaslarına uygun olmasını aramıştır⁹².

SPK devamı hükümlerinde önem arz eden bir diğer düzenleme ise; SPK

89 ATEŞ, s. 173-174.

90 ATEŞ, s. 171.

91 KOÇAK, s. 154.

92 ATEŞ, s. 171.

madde 96'da yer almaktadır. Bu hükmün birinci fıkrası Anayasa'nın 69/ VII maddesiyle bağlantılı bir düzenlemedir. Buna göre bir siyasi parti; daha önceden temelli kapatılmış bir partinin devamı olduğunu söyleyemez, mevcut bir siyasi partiye özgü veya topluma mal olmuş işaretleri kullanamaz. Son olarak üzerinde durulması gereken bir yasak; SPK'nın 96. maddesinin 3. fıkrasının bazı kelimelerin parti isminde bulunamayacağını düzenlemesidir. Bu kelimeler arasında "komünist" de vardır. Ancak TBKP, daha önce hukuk dışı etkinlikte bulunmuş olmasına rağmen günümüzde legal olan ve seçimlere de katılmış bir partidir. Dolayısıyla somut durumla SPK md. 96/III arasında bir çelişki söz konusudur⁹³. Aynı zamanda SPK madde 101 Anayasa'daki yasaklara aykırılık halinde parti kapatma nedenlerini düzenlemiştir. Söz konusu hükümde parti adlarına ilişkin bir yasaktan bahsedilmemektedir. Bu sebeple, parti ismi SPK'nın 101. maddesi kapsamında kapatma nedeni teşkil etmemektedir.

Daha önce de belirtilmiş olduğu üzere SPK'da 1999 yılında yapılan değişikliklerle, artık SPK md 101 Anayasa'ya atıf yapıldığından, SPK'da yer alan yasaklar kapatma nedeni kabul edilmemektedir.

Nitekim AYM, Hak ve Özgürlükler Partisi (HAK-PAR) hakkında vermiş olduğu kararda; söz konusu davanın SPK madde 101/a uyarınca açıldığını, bu sebeple yasanın 78, 80 ve 81. maddelerinin uygulanamayacağını, bu maddelerin uygulanabilmesinin ise davanın SPK madde 104 uyarınca açılması gerektiğini vurgulamıştır⁹⁴.

B. Parti Kapatma Koşulları

1. Siyasi Partilerin Tüzük ve Programı

Siyasi partilerin tüzük ve programları kuruluş aşamasından itibaren önem taşımaktadır. SPK'da Siyasi Partilerin Kurulması başlığıyla, 8. maddede, kurucular tarafından imzalanmış tüzük ve programın, tüzel kişilik kazanmak amacıyla İçişleri Bakanlığı'na verilen bildiride bulunmasını zorunlu tutmuştur. Bu bildiri yine SPK 10. maddede düzenlenen, Cumhuriyet Başsavcılığınca tutulan siyasi parti sicilinde yer alır. Ayrıca tanım maddesi olan 3. maddede siyasi partilerin tüzük ve programlarında yer alan görüş doğrultusunda çalışmalarını sürdüreceği belirtilmiştir.

93 ATEŞ, s. 173.

94 AYM, Siyasi Parti Kapatma Kararı, T:29.01.2008, E: 2002/1, K:2008/001, www.anayasa.gov.tr.

Anayasa'mızın 14. maddesi ise, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı, insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı, Anayasa tarafından tanınmış temel hak ve özgürlüklerin tamamen ya da Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan faaliyetlerde bulunamaz demektir. Bu kapsamda faaliyette bulunulması durumunda uygulanacak müeyyideler kanunla belirlenir.

Ayrıca Anayasa'nın 69. maddesinin 5. fıkrası parti tüzük ve programının 68. Maddenin 4. Fıkrasına aykırılık teşkil etmesi durumunda siyasi partinin temelli kapatılmasına karar verileceğini düzenlemiştir. Bu noktada İHAM'ın tutumuyla Türkiye'deki durum arasında bir karşılaştırma yapmakta yarar vardır. Daha önce de belirtildiği gibi İHAM verdiği kararlarda sadece tüzük ve programını kapatma nedeni olarak kabul etmemektedir. Bu sebeple mevcut düzenlememiz İHAS kapsamında sorumluluk doğurabilecek niteliktedir. Keza İHAM kararlarında, parti eylemlerine bakılmaksızın bir partinin tüzük ve programı sebebiyle o parti hakkında kapatma kararı verilmesini sözleşmenin 11. maddesine müdahale olarak kabul etmektedir. TBKP'ye ilişkin kararında da bu durumu vurgulamıştır. Keza İHAM, TBKP henüz faaliyetlere başlamadan kapatıldığından, partinin yalnızca ifade özgürlüğünün kullanılması sebebiyle kapatılmış olduğu sonucuna varmıştır⁹⁵.

2. Siyasi Partilerin Eylemleri

a) Siyasi Partinin Eylemi Kavramı ve Siyasi Parti Üyelerinin Partiyeye Bağlanabilecek Eylemleri

Siyasi parti üyelerinin ve organlarının hangi eylemlerinin partiye mal edilebileceğinin ayıt edilmesi son derece önemlidir. Keza bir siyasi partinin eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için parti eylemi niteliğinde olmaları gerekir. Söz konusu eylemin parti eylemi olup olmaması kapatma davası sonucunu tamamen değiştirecek niteliktedir. Parti eyleminden anlaşılması gereken o partinin tüzük ve programları dışında kalan her türlü faaliyetidir⁹⁶.

Anayasa yasak eylemleri gerçekleştirenlerin siyasi partileri temsil yoğunluklarına göre bu eylemleri ikiye ayırmıştır. Bu bağlamda; büyük kongre, genel başkan, merkez karar ve yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki (TBMM) grup genel kurulu veya grup yönetim kurulu

95 ECHR, Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey (19392/92) Judgment, 30 January 1998 (<http://www.echr.coe.int>), par. 54.

96 ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 108.

tarafından gerçekleştirilen eylemlerle parti üyeleri tarafından gerçekleştirilen eylemler birbirinden ayrı tutulmuştur.

Yukarıda sayılmış olan organların meclis grupları dışında kalanları tarafından gerçekleştirilen eylemler aynı zamanda partiyi bağlayıcı eylemlerdir. Bu sebeple bu organların doğrudan gerçekleştirdikleri Anayasa'ya aykırı eylemler siyasi partiyi bağlayıcı niteliktedir. Meclis grupları tarafından gerçekleştirilen eylemler siyasi partiyi bağlayıcı nitelikte olmamakla birlikte partinin çeşitli konulardaki görüşlerini ortaya koyduğu ve yasama çalışmalarını ve kamuoyunu etkiler nitelikte olduğundan, bu eylemlerin de Anayasa'ya aykırı olmaları halinde siyasi partiyi bağlayacağı kabul edilmiştir. Bu sayılan organlar sınırlı olarak (numerus clausus) kanunda sayılmışlar, örnek olarak verilmediklerinden sayılan organlar dışında kalan grupların eylemleri parti üyelerinin tek başlarına yaptıkları eylemler kadar bağlayıcılık teşkil etmemektedir.

Siyasi parti, üyelerinin eylemleri dolayısıyla, Anayasa tarafından, dolaylı olarak sorumlu tutulmuşlardır. Anayasa'nın 69. maddesinin 6. fıkrası, bu eylemlerin ancak büyük kongre, genel başkan, merkez karar veya yönetim organları veya TBMM'de yer alan grup genel kurul veya yönetim kurulunca açıkça veya zımni olarak benimsenmeleri halinde bağlayıcılık kazanacaklarını düzenlemiştir⁹⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Anayasa'ya aykırı siyasi parti eylemlerinin ayrıca suç teşkil ediyor olmaları aranmamaktadır. 1995 yılında SPK'nın 103. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişikliklerle artık siyasi parti kapatma davaları ceza hukuku esaslarına dayanmamaktadır⁹⁸. AYM, Refah Partisi kararında siyasi parti kapatma davasının ceza hukuku esaslarına dayanmaları yanında kendine özgü (sui generis) nitelikte olduğunu belirtmiştir⁹⁹.

AYM, söz konusu bir eylemin siyasi parti eylemi olup olmadığını kendisi serbestçe takdir edecektir. Bu bağlamda, AYM siyasi parti üyesi milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu kapsamında bu eylemlerinden sorumlu olmayacakları savını kabul etmemektedir. Bu görüşü de Refah Partisi'ne ilişkin kararında açıkça belirtmiştir¹⁰⁰. Böyle bir savın kabul edilmesi durumunda Anayasa ve SPK'da düzenlenen siyasi parti kapatma yaptırımları

97 ÖDEN, s. 110.

98 KANADOĞLU, Korkut: Anayasa Mahkemesi, Beta Basım, İstanbul 2004, s. 219.

99 AYM, Siyasi Parti Kapatma Kararı, T:16.01.1998, E: 1997/1, K:1998/001, www.anayasa.gov.tr.

100 AYM, Siyasi Parti Kapatma Kararı, T:16.01.1998, E: 1997/1, K:1998/001, www.anayasa.gov.tr.

sonuçsuz kalacaktır. Keza Anayasa'nın 83. maddesinin milletvekillerinin cezai sorumlulukları açısından getirdiği bu koruma kişisel nitelikli bir korumadır ve parti tüzel kişiliğinin bu korumadan yararlanması söz konusu maddeyle güdülen amacın aşılmasına neden olur¹⁰¹.

b) Siyasi Parti Eylemlerinin Anayasa'ya Aykırılık Teşkil Etmesi

AYM, söz konusu eylemin siyasi parti eylemi olduğunu tespit ettikten sonra bu eylemin Anayasa'ya aykırılık teşkil edip etmediğini inceler. Bu bağlamda mahkemenin dava konusunu oluşturan bütün eylemler hakkında tek tek Anayasa'nın 68. Maddesine aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin bir hükme varması gerekir. bu hükme varırken de yukarıda incelenmiş olan Anayasa'ya aykırılık hallerine bağlı kalacaktır¹⁰².

c) Siyasi Partilerin Anayasa'ya Aykırı Eylemlerin İşlendiği Odak Haline Gelmiş Olmaları

AYM söz konusu eylemin siyasi partiye bağlanabilecek bir eylem olduğunu ve bu eylemin Anayasaya aykırılığını tespit ettikten sonra, aynı zamanda odak haline gelmiş olduğunu da tespit etmesi halinde temelli kapatma kararı verecektir¹⁰³.

Odak Haline gelmiş olma kavramı 1982 Anayasası ve SPK'nın ilk halinde yer almamaktadır. Bu ibare ilk defa 1995 değişiklikleriyle Anayasaya girmiştir. Ancak yapılan bu düzenlemeyle odak haline gelmek kavramından ne anlaşılacağı düzenlenmemiş, bu eksiklik 2001 yılında yapılan yeni bir değişiklikle doldurulmaya çalışılmıştır. Bu amaçla siyasi partilerin hangi eylemlerinin odak haline geleceği 69. maddenin 6. fıkrasında belirtilmeye çalışılmıştır¹⁰⁴. Belirtmek gerekir ki mahkeme, kanun veya Anayasa'daki odak haline gelme şartı aramamasına rağmen içtihatlarında eylemlerin içerik, ciddiyet, inandırıcılık, etkileyicilik ve yoğunluğunu göz önünde tutarak karar vermektedir. Başka bir deyişle 2001 değişiklikleriyle AYM'nin daha önce benimsemiş olduğu kriterler kanunlaştırılmış olmuştur¹⁰⁵. Ayrıca AYM'nin söz konusu eylemlerin suç teşkil etmesini aramadığını da belirtmek gerekir¹⁰⁶.

Odak kavramı genel sözlük anlamıyla bir şeyin toplandığı, yoğunlaştığı yeri ifade eder. Bu sebeple öncelikle birden çok eylemin varlığının anlaşılması

101 ÖDEN, s. 115.

102 ÖDEN, s. 118- 129.

103 ÖDEN, s. 131.

104 DİNLER, s. 67.

105 ÖDEN, s. 133.

106 İNCEOĞLU, s. 20.

gerekir. Ayrıca bu eylemler geliş güzel bir şekilde gerçekleştirilmemiş ve aynı amaçla yapılmış olmalıdırlar. Bu durumda mahkeme, bir siyasi partinin Anayasa'ya aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini tespit ederken takdir yet-kisini; birden çok geliş güzel olarak gerçekleştirilmemiş ve aynı amaca yöne-lik eylemler çerçevesinde kullanacaktır. Odak olma ibaresinden anlaşılması gereken bir diğer husus ise, siyasi partinin bu eylemlerin odağında olması yani bütün bu eylemlerin parti bünyesinde yoğunlaşmış olması gerekir.

Sonuç olarak kapatma kararının alınabilmesi için öncelikle söz konusu ey-lemün siyasi partiye bağlanabilecek bir eylem olması gerekir. Eylemin siyasi partiye bağlanmasının ardından bu eylemin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesi, son olarak da bu eylemin odak haline gelmiş olması gereklidir.

C. Siyasi Parti Kapatma Kararının Sonuçları

Bir siyasi parti hakkında verilen temelli kapatma kararı sonunda, partinin tüzel kişiliği sona erer. AYM'nin kararı kesindir yani verilen karar yasama, yürütme ve yargı organlarını ayrıca idari makamları ve gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı (erga omnes) niteliktedir¹⁰⁷. Siyasi partiler hakkında verilen kapa-tma kararını iki yönden incelemek gerekir. Bunlar siyasi partinin malvarlığı ve siyasi partinin mensuplarının durumudur.

Kapatılan siyasi partinin malvarlığı hazineye geçer. Kapatma kararı sonu-cunda tasfiye işlemi Bakanlar Kurulu tarafından gerçekleştirilir. Bu hususlar SPK madde 107'de açıkça belirtilmiştir¹⁰⁸.

Hakkında kapatma kararı verilmiş siyasi partinin mensuplarının durumu Anayasa'nın 69. maddesinin 9. fıkrasında ve SPK'nın 95. maddesinde pa-ralel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre; siyasi partinin kapatılmasına neden olan üyeler veya parti kurucuları kapatma kararının Resmi Gazete'de ilan edilmesinden itibaren beş yıl süreyle siyaset yapamayacaklardır. Yani bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ya da denetçisi olmaları yasaklanmıştır. SPK'nın 95. maddesine Anayasa'da yer alan hükme ek olarak bu kişilerin hiçbir surette seçimlerde aday gösterilemeyeceğini de eklemiştir.

Bu duruma, İHAS'ın ek 1 numaralı Protokol'ünün 3. Maddesi açısından da bakılması gerekir. Keza bu madde "Serbest Seçim Hakkı"na ilişkindir. Bu hakkın seçimlerde aday olma hakkını da içinde barındığı İHAM tarafından kararlarında belirtilmiştir. Bu bağlamda Nazlı Ilıcak Fazilet Partisi'nin kapatılması sonucunda milletvekilliğinin düşürülmesi ve 5 yıl siyasi yasaklı olması sebebiyle ek 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesine dayanarak İHAM'a

107 KOÇAK, s. 164.

108 ATEŞ, s. 180.

başvuruda bulunmuştur. İHAM yaptığı inceleme sonucunda Sözleşme'nin ek 1 numaralı Protokol'ünün ihlal edildiği kararı vermiştir¹⁰⁹.

SPK madde 95'in bağımsız milletvekilliğini kapsayıp kapsamadığı tartışmalı bir konudur. Ancak düzenlenmiş yasaklamanın siyasi bir tedbir niteliğinde olduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla siyasi partinin kapatılmasına sebebiyet veren eylemlerde bulunan kurucu dahil üyelerin bağımsız olarak dahi milletvekilliğine aday olamayacaklarının, hükmün getiriliş amacına daha uygun olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁰. Hatta bu kişilerin bağımsız milletvekilliğinin kabul edilmesi halinde kesin olan AYM kararlarının dolanılmasına yol açacağı da savunulmaktadır¹¹¹. Buna karşıt görüş ise, SPK'nın bu kişilerin açıkça siyasi partiler tarafından aday gösterilemeyeceğini dolayısıyla söz konusu sınırlandırmanın siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Bu tartışmaların giderilmesi için hükmün yeniden düzenlenmesi en uygun çözüm olarak görülmektedir¹¹². 2010 tarihinde Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası mülga olmuştur. Ancak hala SPK madde 95'te siyasi partilerin bu kişileri hiçbir surette aday gösteremeyecekleri düzenlemesi mevcuttur. Dolayısıyla Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrasının mülga olması mevcut sorunun ortadan kalkmasını sağlamaya yeterli olmamıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer bir konu, hakkında kapatma davası açılmış olan bir siyasi partinin yetkili organları tarafından feshedilmesi durumudur. Siyasi partiler böyle bir durumda kendilerini feshederek malvarlıklarının hazineye geçmesini engellemeye çalışmaktadırlar. SPK 108. madde siyasi partilerin bu muvazaa girişimlerini önlemek amacıyla bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu hükme göre siyasi parti kendisini feshetse dahi AYM davayı görmeye devam edecek ve hükmün sonuçları sanki siyasi parti feshedilmemiş gibi yerine getirilecektir¹¹³.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Siyasi partilerin demokratik toplumlar için vazgeçilmez bir unsur olduğu ve bu partilerin serbestçe faaliyet gösterebilmelerinin gerekliliği tartışmasıdır.

109 ECHR, Affaire Ilıcak c. Turquie (15394/02) Jugement, 05 Avril 2007

(<http://www.echr.coe.int>).

110 TEZİÇ, s. 332.

111 SAĞLAM, Fazıl: Siyasi Parti Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayım, İstanbul 1999, s. 117.

112 KOÇAK, s. 166.

113 ATEŞ, s. 181.

Keza demokrasinin sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi için farklı fikirlerin serbestçe ileri sürülebilmesi, tartışılabilmesi ve siyasal ortamlarda temsil edilebilmesi gerekir. Ancak yine demokrasinin sağlıklı ilerleyebilmesi için bu serbestinin de sınırları çizilmelidir. Siyasi partilerin önemi dolayısıyla araya çizilecek bu çizgi son derece kritiktir. Keza siyasi partilerin kapatılması İHAS madde 11 kapsamında koruma altına alınmış ve sınırları belirlenmiştir.

Türkiye’de iç hukukta bu sınırlamalar Anayasa’nın 68 ve 69. maddeleriyle ve SPK’yla düzenlenmiştir. Ancak Türkiye aynı zamanda İHAS’a taraf bir devlettir. Dolayısıyla İHAS madde 11 ile getirilmiş olan korumanın sınırları içinde hareket etmelidir.

İHAM’a madde 11 kapsamında yapılan başvurular arasında en önemlileri parti kapatma hususundakilerdir¹¹⁴. Siyasi parti kapatılmalarına ilişkin davalar AYM’de karara bağlandıktan sonra örgütlenme özgürlüğü ihlali olduğunu düşünen taraf davayı İHAM önüne taşımaktadır. Türkiye’nin de Sözleşme’nin ihlali dolayısıyla sık sık sorumluluğu doğaktadır. Bu durumun önüne geçilebilmesinin tek yolu ise iç hukukun mümkün olduğunca İHAS’a paralel düzenlenmesi ve AYM’nin verdiği kararlarda İHAM kararlarını ve içtihatlarını “bağımsız ölçü norm” olarak kullanmasıdır¹¹⁵.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası darbe döneminde oluşturulmuş bir Anayasa’dır. Böyle olağanüstü şartlarda hazırlanmış bir Anayasa çoğu kez demokratik bir devletin ihtiyaçlarını karşılamakta geride kalmıştır. Bu sebeple de yukarıda belirtildiği üzere bir çok değişiklikler yapılmak suretiyle demokratikleşme çabası gösterilmiştir.

Ancak İHAM tarafından Türkiye’ye ilişkin verilmiş kararlar incelendiğinde bu çabaların pek de sonuca ulaşmamış olduğu görülmektedir. Bu bağlamda İHAS’a paralel olarak değişikliklerin yapılmasına devam edilmesinde ve daha önce yapılmış değişikliklerin de yetersiz kaldıkları noktaların tekrar gözden geçirilmesinde uluslararası sorumluluğun doğmaması açısından ve Türkiye’nin demokratikleşme süreci açısından fayda vardır.

114 TEZCAN, s. 130.

115 ARSLAN, Zühtü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000, s. 274.

KAYNAKÇA

ARSLAN Zühtü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000.

ATEŞ Turan: Demokrasi, Siyasi Partiler ve Seçim, Beta Basım, İstanbul 2007.

DİNLER Veyssel: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2003 (www.yok.gov.tr).

ERDOĞAN Mustafa: Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

HARRIS D. J. - BOYLE M. O' - WARBRICK C.: Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995.

İNCEOĞLU Sibel: “Kişi Güvenliği, İfade Özgürlüğü, Siyasi Partiler Açısından Kopenhag Siyasi Kriterleri ve 2001 Anayasa Değişiklikleri”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Yayını, İstanbul 2001.

KANADOĞLU Korkut: Anayasa Mahkemesi, Beta Basım, İstanbul 2004.

KOÇAK Mustafa: Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.

KÜÇÜKAdnan: Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005.

ÖDENMerih: Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

PETTITI Louis - Edmond - DECAUX Emmanuel - IMBERT Pierre - Henri, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, Economica, Paris 1999.

RENUCCI Jean-François: Droit Européen des Droits de l’Homme, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3e edition, Paris 2002.

SAĞLAM Fazıl: “Siyasi Partiler Kanunu’nda Uluslararası Normlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000.

SAĞLAM Fazıl: Siyasi Parti Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayım, İstanbul 1999.

ŞİMŞEK Ebru: Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi ve Demokrasi İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tokat 2007 (www.yok.gov.tr).

SUDRE Frédéric- MARGUENAUD Jean-Pierre- ANDRIANTSIMBA ZOVINA Joel- GOUTTENOIRE Adeline- LEVINET Michel: Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Presses Universitaire de France, 3e Edition, Paris 2005.

TANÖR Bülent: Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007.

TEZCAN Durmuş: “Örgütlenme Hakkının Sınırlarını Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ortaya Koyduğu Eğilim”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1999.

TEZİÇ Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayım, İstanbul 2006.

UYGUN Oktay: “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000.

VAN DIJK Pieter- VAN HOOFF Fried- VAN RIJN Arjen- ZWAAK Leo: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Fourth Edition, Antwerpen, Oxford 2006.

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
ETA	: Bask Vatanı ve Özgürlüğü
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
HADEP	: Halkın Demokrasi Partisi
HAK-PAR	: Hak ve Özgürlükler Partisi
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
ÖZDEP	: Özgürlük ve Demokrasi Partisi
RP	: Refah Partisi
SP	: Sosyalist Parti
SPK	: 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBKP	: Türkiye Birleşik Komünist Partisi

Amme Borcu ve Batıl Sayılan Tasarruflar

Dr. Mustafa ALPASLAN
SMMM

Eda KAYA
Denetçi

I-GİRİŞ

6183 sayılı AATUHK'nun hükümlerine göre, ivazsız tasarrufların hükümsüz olacağı belirli bir kurala bağlanmış bulunmaktadır. Yasa hükmüne göre iptal davası açılması hakkında 24. maddede hükümsüz sayılan tasarruflar konusunda amme borcunun ödenmesini tehlikeye düşürecek veya bu borcu ödemekten imtina ederek amme borçlusu mallarını kaçırabilmektedir. Bunun neticesi olarak da amme borçlusu elindeki mevcut menkul ve gayrimenkulleri vergi borcu dolayısıyla yakınlarına satabilmektedir. Sonuçta amme borcu ödenmemekte, sürüncemede bırakılmaktadır. Diğer taraftan ise, borçlu elindeki malları dolaylı yollardan yakınlarına veya başkalarına muvazaalı bir şekilde tapudan satış yapabilmektedir. (6183 sayılı md. 27)

II-VERGİ BORÇLARININ ÖDENMESİ GEREKEN TARİHTEN GERİYE DOĞRU 2 YIL İÇİNDE TASARRUFUN VEYA SATIŞIN YAPILIP YAPILMADIĞI KONUSU

Uygulamada vergi mükellefleri biriken vergi borçlarından dolayı elindekileri menkul veya gayrimenkul malları vergi idaresinden kaçırmak maksadıyla yakınlarına veya ilişkide bulunduğu 3. kişilere satış veya tasarrufta bulunmaktadır(1). Bu gibi durumlarda idarenin söz konusu muvazaalı satışları iptal etme konusunda iptal davası açma hakkı bulunmaktadır. İptal davası açılabilmesi için belirli koşulların varlığı gerekmektedir. Buna göre, satışın borçlu mükellefin yakınlarına satışının yapılmaması gerekmektedir. Borçlu mükellefin yakınlarının kim olduğu yasa hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, borçlunun 3. dereceye kadar kan hısımlarıyla eşler ve 2. dereceye kadar sıhri hısımlarıdır(2).

Diğer taraftan kamu borçlusunun hükümsüz sayılan bir kısım satış hari-cindeki ivazsız tasarrufları da yasaya göre hükümsüz bağış ve tasarruf olarak nitelendirilmektedir(3).

Tasarrufun hükümsüz sayılabilmesi için yasada yer alan madde hükmünde kamu borçlusunun yapmış olduğu bağışlamalarla ivazsız tasarruflarının ve bağışlama sayılan tasarruflarının hükümsüz olabilmesi için kimi koşullar aranmaktadır. Bu koşulları, ödeme ve mal beyanı ile ilgili koşullar ve tasarrufun

yapıldığı zaman ile ilgili koşullar olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Bunlardan birincisi olan ödeme ve mal beyanı ile ilgili koşullar: tahsili mümkün hale gelmiş vergi borcunu vadesinde ödemeyen amme borçlusunun hibe ve karşılıksız tasarruflarıyla hibe sayılan tasarruflarının hükümsüz olabilmesi için, borçlunun mal beyanında bulunmaması, mamelekinin bulunmadığının beyanı veya beyan ettiği malın borcu karşılayamayacak düzeyde olması gerekmektedir. Diğer ikinci koşul ise, kamu borçlusunun anılan tasarruflarını hükümsüz olabilmesi için kamu alacağının ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru 2 yıl içinde veya ödeme süresinin başlamasından sonra yapılmış olması da zorunludur. Ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru 2 yıldan önceki tarihlerde yapılan tasarruflar geçerlidir ve hükümsüz olamazlar.

Ödeme müddetinin başlangıç tarihi, her kamu alacağı için farklılık arz etmektedir. Özel yasalarına göre her kamu alacağı ödeme müddetini belirleyebilmektedir. Ödeme müddeti özel yasalarında hüküm yok ise 6183 sayılı yasanın 37. maddesine göre yapılacak olan tebligata göre belirlenebilmektedir.

III-İCRA VE İFLAS KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE OLAYIN İRDELENMESİ

Takip hukukunda iptal davaları, geneli ile alacağın ödenmesine engel olmak için borçlunun yaptığı ve alacaklarına zarar veren bir kısım tasarruf ve muamelelerin hükümsüz sayılmasını sağlayan dava şeklidir. İcra iflas Kanunun 277-284. maddelerde düzenlenmiştir. 277. maddesinde iptal davasının maksadı, 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarrufların butlanına hükmettirmektir şeklinde belirlenmiştir. 6183 sayılı kanunun 24. madde hükmünde de, aynı paralelde, 27,28,29 ve 30. maddelerde yazılı tasarruf ve muamelelerin iptali için dava açılacağı hükmü sevk edilmiştir. Böylece tasarruf veya muamelenin hükümsüzlüğü ile, alacaklı amme idaresinin borçlu mamelekenden çıkmış kıymetler üzerinden alacağını tahsil etme imkanı sağlanmıştır.

İptal davasının konusu alacak aslı ile sınırlıdır. İcra İflas Kanunun 283. maddesine göre, taşınmaz devri ile ilgili iptal davasında, tapu kaydının düzeltilmesi veya eski haline getirilmesine gerek olmadan, gayrimenkul borçlunun mülkiyetindeymiş gibi takibatına devam edilecektir(4).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu 18/2/2004 gün ve E:2004/1518-K:2004/82 sayılı kararında “tasarrufun iptali davasını ön koşullarından birisi borcun doğumunun tasarruf tarihinden önce olmasıdır” denilmek suretiyle konuya açıklık getirilmiştir.

Bir başka Yargıtay kararında ise; “6183 sayılı yasanın 27. maddesinde ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru 2 yıl içinde veya ödeme müddetinin başlamasından sonra yapılan başışlamalar ve ivazsız tasarrufların

hükümsüz olduğu açıklanmıştır. Dava konusu tasarruf ... tarihli olup, amme alacağının ödenmesi gereken tarihten geriye doğru 2 yıl içinde gerçekleşmiştir. Ödeme emirlerindeki tarihler borcun vadesini göstermekte olup, amme alacağını daha önce doğduğu açıktır. Bu durumda mahkemece işin esasına gidilerek davanın sonuçlandırılması yerine tasarrufun, borcun doğumundan önce yapıldığı gerekçesiyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur”(5). şeklinde karar verilerek yerel asliye hukuk mahkemesi kararı bozulmuştur. Olayda, ödeme emirlerindeki vadelerden yola çıkılarak borcun vadesi belirlenip, bu vadeye göre 2 yıl geriye gidilerek satış tarihi mukayese edilmeye çalışılmıştır.

IV-SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uygulamada vergi mükellefleri tarafından menkul ve gayrimenkullerinin vergi borcu dolayısıyla elden çıkarılması ve Maliye Bakanlığının bu malları almasının önlenmesi maksadı ile hükümsüz veya ivazsız tasarruflar söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda hükümsüz tasarrufların iptali maksadı ile Maliye Bakanlığı tarafından iptal davası açılabilmesi için, öncelikle amme alacağının kesinleşmesi, borçlu hakkında yapılan takibatın neticesiz kalması da gerekmektedir.

İdare tarafından, hükümsüz tasarruflarla ilgili olarak iptal davasının açılması için sözü geçen tasarrufların meydana geldiği tarihten itibaren 5 yıl içerisinde iptal davasının açılması gerekmektedir. 6183 sayılı yasanın 27,28,29 ve 30. maddelerine göre öngörülen tasarrufların vukuu tarihinden itibaren 5 yıl geçtikten sonra iptal davası açılması söz konusu değildir. Madde hükmünde zaman aşımı deyimi itibariyle düzenlenmişse de, buradaki sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmelidir. Kanunda süreyi kesen veya durduran sebeplerle ilgili olarak herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Diğer taraftan, hüküm İcra İflas Kanunun 284. maddesi hükmüne karşılık gelmektedir.

Gelir İdaresi Başkanlığı son yıllarda borçlu mükelleflerden borcunu ödemeyen mükelleflerin muvazaalı gayrimenkul satışlarını ve hükümsüz tasarruflarını iptali maksadıyla asliye hukuk mahkemelerinde iptal davaları açtığını sıklıkla görebilmekteyiz. Bu davalarda idarenin satışlarla ilgili olarak satış bedelinin emsallerine göre çarpıcı bir şekilde düşük bir satış olduğunu, alıcı ve satıcı arasında ticari ilişkinin olup/olmadığını, yine alıcı ve satıcı arasında yakın akrabalık bağının bulunup/bulunmadığının kanıtlanması gerekecektir.

(1) 6183 sayılı yasa md. 24

(2) 6183 sayılı yasa md. 28

(3) 6183 sayılı yasa md. 27

(4) Şimşek Edip, "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi", Ankara, 1990, s. 221

(5) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 20.6.2006 Gün Ve E:2006/1409-K:2006/3736 sayılı karar

Marka Hakkına Tecavüz Suçu

(Başvuru öncesi hazırlıklar ve soruşturma)

■ M. Nevhan AKYILDIZ

İzmir Cumhuriyet Savcısı

Türkiye’de 1995 yılında Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması’nın (TRIPS) kabul edilmesiyle marka taklitçiliği ile giderek artan hızla mücadele edilerek, binlerce taklit markalı ürün ele geçirilmiş, imha edilmiş ve suç failleri cezalandırılmıştır.

Kanun koyucunun 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nin yeni Türk ceza mevzuatına uyumu için 31 Aralık 2008 tarihine kadar çıkarılması gereken uyum yasasını süresinde çıkarmaması taklitçilikle mücadeleyi oldukça olumsuz etkilemiştir.

556 sayılı KHK’yi değiştiren 5833 sayılı yasanın 29 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle taklitçilik eylemleriyle mücadele kaldığı yerden devam etmektedir. Ancak, marka hakkına yönelik suçları yeniden düzenleyen 5833 sayılı yasanın getirdiği yeniliklerin bilinmemesi, başvuru öncesi araştırma ve başvuru sırasındaki eksiklikler nedeniyle marka hakkı yeterince etkin korunmamaktadır.

Bu nedenle yaşanan sorunların en aza indirilmesi, özellikle avukatlar için marka hakkına tecavüz suçunda izlenmesi gereken yöntemler, toplanması istenebilecek delillere ilişkin rehber niteliğindeki bu çalışmanın yararlı olmasını diliyorum.

Marka hakkına tecavüz suçu:

556 sayılı KHK’nin 5833 sayılı yasa ile değişik 61/A maddesinde yer alan marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin özellikler şöyle sıralamak mümkündür:

1-Başkasına ait marka hakkına tecavüz edilmiş olmalıdır.

2-Bu tecavüzün iktibas veya iltibas suretiyle suretiyle yapılmış olması ge-

reklidir. 556 sayılı KHK.nin 61. maddesinde sayılan marka hakkına tecavüz eylemlerinden iktibas veya iltibas konusu olmayanlar suç oluşturmamaktadır.

3-Eylem üretmek, satmak veya satışa sunmak eylemleriyle gerçekleştirilmiş olmalıdır. Taklit markalı ürünü ticari amaçla bulundurmak, ithal etmek, taklit markayı oluşturan işaretin iş ve reklamlarda kullanılması gibi eylemler de suç oluşturmaz.

4-Suç faili 1 yıldan 3 yıla kadar hapis veya 20000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

5-Bu suçtan cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olması gerekir.

6-Suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.Şikayet süresi 6 aydır. Süre fiili veya faili öğrenme tarihinde başlar. Süre tespit edilen son eyleme göre belirlenir.

7-Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine (TCK’nun md 60) hükmolunur.

8-Başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malları nereden temin ettiğini bildirmesi, bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde ceza verilmez.

9-Marka hakkına tecavüz suçunun üretim suretiyle işlenmesi halinde CMK’nun 253. maddesine göre uzlaşma hükümleri uygulanır. Satmak veya satışa sunmak suretiyle bu suçu işleyen failer etkin pişmanlıktan yararlanabileceği için uzlaşma hükümleri uygulanmaz.

İltibas; İşin uzmanları yahut çok dikkatli kişilerden oluşmayan, kullanım konusu ürünler hakkında normal olarak bilgi sahibi olabilecek, yeteri kadar dikkatli ve tedbirli, marka ve işareti aynı anda göz önünde bulunduramayan, bunları seyrek olarak karşılaştırma imkânına sahip bulunan ve aradığı markanın aşağı yukarı net anısının tesirinde olan, malların alıcısı konumundaki ortalama tüketici kitlesinden bir kısmının, malların ekonomik önemine göre, ayırabileceği alım süresi içerisinde, tescilli markayı taşıyan emtiaları almak isterken, tescilsiz işareti taşıyan emtialarını satın alması şeklinde tanımlanabilir.Malların son alıcısı olan kişi(toptancı veya uzman değildir) ürünün niteliğine göre ayırabileceği alım süresi içinde mütecavizin işaretini taşıyan malı, almayı düşündüğü markayı taşıyan ürün zannetmektedir (1).

(1) YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA MARKA HUKUKUNDA İLTİBAS, Hakim FETHİ MERDİVAN, 10-21 Kasım 2008, Fikri Mülkiyet Hukuku İhtisas Eğitimi sunumu,

İktibas; marka hakkına tecavüz suretiyle üretilen üründe tescilli markanın aynen kullanılmasıdır. Bu kullanım tamamen veya kısmen yapılmış olabilir. Kullanma markanın karakteristiğini oluşturan esaslı unsuruna ilişkin olmalıdır.

Markanın tesciline ilişkin tespitler:

Marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili adli mercilere yapılacak başvurunun ilk adımı, tecavüze konu markayı oluşturan kelime ve şekillerin tescilli olup olmadığını belirlemek olmalıdır. Bu amaçla markayı oluşturan kelime ve/veya işaretin genel görünümü dikkate alınmalıdır.

Ticarette uğraşanların bir kısmı işyeri adı veya ticari ünvanın marka olduğu yanılgısı içindedir. Marka olduğu iddia edilen kelime ve/veya işaret marka olarak tescilli değilse FSEK’na göre eser olma özelliklerini taşıyorsa eser olarak yada Türk Ticaret Kanununa göre haksız rekabet olarak korunabilir. Tescilli markanın, 556 sayılı KHK kapsamında korunması için tescil edilmiş olması gerekir.

Marka Türk Patent Enstitüsünde tescil edilir ve tescile ilişkin bu belgeye marka tescil belgesi adı verilir. Tescil mal ve/veya hizmete ilişkin olabilir.

Markanın tesciline ilişkin değerlendirmelerin yapılabilmesi için öncelikle marka tescil belgesinin aslı veya örneği incelenmelidir.

Markanın 556 sayılı KHK’de korunması için Türkiye’de tescil edilmiş olması veya yurt dışında yapılan tescilin Türkiye’de geçerli olması gerekir.

İncelenecek diğer bir konu tescil belgesine göre hak sahibinin kim olduğudur. Gerçek veya tüzel kişi olabilir. Markanın tescil sonrasında devredilmesi, başkasına lisans verilmesi veya başka bir hukuki tasarrufa konu olması durumları da başvuruyu yapabilecek olan hak sahibinin belirlenmesi için gereklidir.

Marka tescili 10 yıllık sürelerle yapılır ve aynı sürelerle yenilenebilir. Tescilin süre açısından geçerli olup olmadığına dikkat edilmelidir.

556 sayılı KHK’nin 14. maddesine göre markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir. Başvuru sonrasında marka hakkının hükümsüzlük davasına konu olması ihtimaline göre markanın 5 yıl içinde kullanılmış olup olmadığı da araştırılmalıdır.

Markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfı ile tecavüz konusu ürün veya hizmetin aynı sınıfa ilişkin olup olmadığı incelenmelidir. Marka, tecavüze konu mal veya hizmet ile aynı sınıfta tescilli değilse, Türk Patent Enstitüsü’nün tanınmış marka listesinden araştırma yapılarak listede yer alıyorsa buna

ilişkin belge temin edilmelidir.

Araştırma ve delillendirme süreci:

Marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili bir başvurudan önce şikayet konusu yapılacak ürünün taklit olup olmadığı, satıldığı yer, suç faili, suçun işleniş şekli ile ilgili araştırma yapılmalıdır. Bu araştırma denetim yoluyla veya ihbar üzerine hak sahibi adına çalışanlar veya araştırmacılar ya da araştırma şirketleri tarafından yapılmaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili bir başvurudan önce şikayet konusu yapılacak ürünün taklit olup olmadığı, satıldığı yer, suç faili, suçun işleniş şekli ile ilgili araştırma yapılmalıdır. Bu araştırma denetim yoluyla veya ihbar üzerine hak sahibi adına çalışanlar veya araştırma şirketleri tarafından yapılmaktadır. Bu araştırma taklit ürün ve eylemin suçun unsurlarına uygunluğunun değerlendirilmesi kadar, arama yapılması talep edilirse makul şüphenin kanıtlanması açısından da gereklidir.

Araştırma, yapılan tarih, saat, adres, işyeri adı-ünvanı, taklit ürünün bulunduğu yer, araştırmayı yapanın kimliği, ürün satın alınıp alınmadığı, taklit ürünün nerde-nasıl satışa sunulduğu, fotoğraf çekilip çekilmediği bilgileri bulunan, araştırmayı yapanın imzaladığı tutanakla belgelendirilmelidir.

Marka hakkına tecavüz suçlarında taklit ürünlere elkonulması önemlidir. Bu işlem için genellikle arama yapılır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 5 ve 6. maddelerine göre arama kararı için gerekli makul şüphenin somut olgulara dayanması, şikayeti destekleyen emarelerin varlığı gerekmektedir. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır. Marka hakkına tecavüz suçlarında makul şüphe, şikayette bulunan hak sahibi veya vekili tarafından kanıtlanmalıdır. Araştırma sonucu sunulan şikayetçi tarafın temin ve ibraz ettiği ürün kamu davasının açılması için gereken yeterli şüphe veya faile ceza verilmesi için yeterli delili oluşturamaz. Ancak arama talebine ilişkin makul şüphe için somut olgunun varlığını destekleyen en önemli emarelerdir. Taklit mal üretimi yapılan yerlerden genellikle ürün satın alınamaz yada ürün satın alınsa dahi satış belgesi verilmeyebilir. Bu tür malların satıldığı bazı yerlerden ürün satın alınması mümkün olmayabilir. Bu durumda makul şüphe mümkün ise bir fotoğrafla doğrulanmalıdır. Bazen fotoğraf çekilmesi de mümkün olmayabilir. Bu durumda ürün satın alınamamasını, satışa ilişkin belge temin edilememesini ya da fotoğraf çekilememesini açıklayan tutanak makul şüphe için yeterli sayılmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sürekli ihbarları doğru çıkan muhbirlerle ilgili kararı dikkate alınarak şikayetleri üzerine taklit ürün elde edilen hak sahiplerinin başvurularında da makul şüphenin varlığının kabul edilmesi mümkün görülmektedir.

Makul şüphenin varlığına rağmen aynı konuda hukuk mahkemelerine başvurulabileceği, şikayetçinin suçun işlendiğine dair delil ibraz etmediği veya benzer nedenlerle arama taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında hukuka uygunluk bulunmadığı düşünülmektedir. Şikayet edene düşen görev suçu kanıtlamak değil, makul şüphenin varlığını kanıtlamaktır. Suç delillerini toplamak Cumhuriyet savcısının görevidir.

İnternet yoluyla işlenen marka hakkına tecavüz suçlarında da öncelikle ilgili web sayfası örneklerinin temini edilmesi, sipariş verilmek suretiyle satışa konu ürün satın alınarak taklit olup olmadığının incelenmesi, gerçekten satış yapıp yapılmadığının veya bu ürün yerine suç konusu olmayan bir ürünün satılıp satılmadığının, dolandırıcılık suçuna konu bir satış bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Tecavüzün varlığının saptanması:

Araştırma ve inceleme çalışmaları sonucunda elde edilen taklit ürün üzerindeki kelime ve/veya işaretlerin iktibas veya iltibas oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi için;

1. Marka tescil belgeleri ile karşılaştırma yapılması,
- 2- Suç konusu ürün ile aynı cins orijinal ürün ile karşılaştırılması,
- 3- Taklit ürün ile orijinal ürün arasındaki benzerlik ve farkların görsel olarak gösterildiği bir raporun düzenlenmesi,
- 4- Suçun unsurlarının oluşması konusunda tereddüt varsa CMK'nun 67. maddesi uyarınca iktibas veya iltibasın varlığı, tescil belgesine konu ürün sınıfı veya özdeş sayılması ya da suça ilişkin eylemin niteliği konusunda soruşturma sırasında yapılması muhtemel bilirkişi incelemesi öncesinde marka konusunda uzman bilirkişiden mütalaa alınarak ibraz edilmesi, soruşturmanın daha hızlı ve etkin yapılmasına katkı sağlayacaktır.

Suç yerinin belirlenmesi:

Marka hakkına tecavüz suçunda suç yeri tecavüzün gerçekleştiği, yani taklit markalı ürünün üretildiği, satıldığı, satışa sunulduğu yerdir. Eğer üretim ve satış yerleri ayrı ayrı ise suç yeri üretim yeri olarak kabul edilmelidir. Zira, bir yerde üretilen ürünler değişik yargı çevrelerinde satışa konu yapılmış olabilir.

İnternet yoluyla işlenen suçlarda yetkiyi belirleyen açık bir düzenleme yoktur. Uygulamada suçla ilgili web sayfasının sorumlusunun işlerini veya ticari faaliyetini yürüttüğü yerde soruşturma yapılmaktadır. İnternette yapılan bir satışta sipariş verilerek taklit ürün temin edilmişse suç yeri bu ürünün ulaştığı

adrese göre belirlenmelidir.

Şikayetten önce yapılacak değerlendirmeler:

Şikayetin kimin adına yapılacağı değerlendirilirken marka tescil belgesi esas alınır. Marka devredilmişse, başkasına lisans verilmişse, marka hakkının takibi için başka bir kişi veya kuruluş yetkilendirilmişse, hak sahibi şirketin adı değişmişse ilgili belgeler temin edilmelidir. Orijinal ürünlerin Türkiye’de dağıtımını yapmak üzere lisans alan distribütörün şikayet hakkı yoktur. Lisans alanın marka hakkına tecavüz suçundan şikayetçi olabilmesi için tekeli lisans sahibi olması gerekir. Markasını tescil ettirenin marka hakkına tecavüz edilmesi halinde takip ve adli işlemlerin başlatılması için yetki verdiği kişi veya kurum takibi kendisi adına değil hak sahibi adına yapabilir. Bu durumda yetkilendiren kişinin avukat olmaması halinde şikayet, bir avukata vekalet vermek suretiyle yapılır. Vekalet verenin yetkisine ilişkin belgelerde eklenmelidir.

Tecavüzün belirlendiği tarih ile tecavüzün halen devam edip etmediği araştırılarak şikayetin 6 aylık süre içinde yapılıp yapılmadığı incelenir. Tecavüze ilişkin tespitin yapıldığı tarihten itibaren 6 aydan fazla süre geçmiş ise araştırma, inceleme, ürün satın alma gibi işlemler tekrarlanmalıdır.

Şikayet, tecavüzün varlığına ilişkin araştırmanın yapılmasından sonra en kısa sürede, mümkün ise en geç 24 saat içinde yapılmalıdır. Araştırma ile şikayet süresi arasında geçen süre içinde taklit markalı malların satılmakta, fail tarafından elden çıkarılmakta olduğu ve sürenin uzaması halinde yapılacak ara-mada taklit markalı ürün bulunamaması ihtimalinin arttığı dikkate alınmalıdır. Özellikle yurt dışındaki hak sahiplerinden şikayet için onay alınması sürecinin uzun olması halinde şikayet sonuçsuz kalmaktadır.

Araştırma sırasında suç yeri adresinin doğru belirlenmiş olup olmadığı denetlenmelidir. Suç delillerinin elde edilmesi için arama kararı verilmesi halinde sokak, bina veya işyeri numarasındaki yanlışlık halinde arama yapılamamakta, böyle bir durumda doğru adres için yeniden arama kararı alınması kadar suç eşyası elden çıkarılabilmektedir. Suç delillerinin satılarak veya başka bir şekilde elde çıkarılması söz konusu ise neden gecikmesinde sakınca bulunduğu açıklanarak arama talep edilmelidir.

Marka tescil belgesi, devir, lisans, takip belgelerine göre vekaletnamelerin şikayete yetkili kişi adına düzenlenip düzenlenmediği, süreli vekaletnamelerde vekaletnamenin geçerli olup olmadığı incelenmelidir. Vekalet süresi soruşturma veya kovuşturma süresi içinde dolacaksa, takip edilerek gerektiğinde yeni vekaletname ibraz edilmelidir. Vekaletnamelerde şikayet ve CMK’na göre uzlaşma yetkisi bulunup bulunmadığına da dikkat edilmelidir. Şikayet birden çok vekaletname ibrazı gerektiriyorsa vekaletname zinciri, vekaletnamelerde-

ki yetkiler incelenerek tamamlanmalıdır.

Türkçe'den başka dilde yazılmış belgelerin Türkçe örneği temin edilmelidir.

Şikayet dilekçesinin içeriği:

Tecavüze konu edilen tescilli markalar hakkında bilgi içermelidir. Şikayetçinin birden çok marka tescili varsa hangi markalarına tecavüz edilmişse ilgili markalar, marka tescil numaraları belirtilmelidir.

Varsa devir, lisans, yetki durumu da açıklanarak şikayet edenin hak sahipliğinin dayanakları, tescilin tarihi ve tescilin devam edip etmediğine ilişkin bilgiler verilmelidir.

Araştırma tutanağı, satın alınan ürün, satış belgesi, fotoğraf, araştırma tarihi açıklanarak tecavüzün varlığına ve makul şüpheye ilişkin saptamalar anlatılmalıdır. Dilekçe de yasa ve yönetmelik metinlerine yer verilmesine gerek yoktur. Araştırma ve olaya ilişkin somut olgular mümkün olduğunca ayrıntısıyla açıklanmalıdır. Cumhuriyet savcısı veya hakim, makul şüphe değerlendirmesi için tecavüze ilişkin tespiti yapan kişinin bilgisine başvurabilir.

Araştırmada ki tespite göre tecavüz konusu ürün ile tescilli ürünün aynı mal veya hizmete ilişkin olup olmadığı belirtilmelidir. Aynı sınıf içinde olmasına rağmen ürünler özdeş(aynı alıcı kitlesine yönelik benzerlik durumu) ise ayrıca ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. Aynı sınıfa ait olmama halinde tanınmış markaya ilişkin Türk Patent Enstitüsü belgesine yollama yapılmalıdır. Türk Patent Enstitüsü internet sitesinde de yer alan tanınmış marka listesinde yer almayan markaların tanınmışlığının kanıtlanması son derece zordur ve tanınmış markanın kanıtlanması için yapılacak işlem ve sunulacak belgeler aynı internet sitesinde yer almaktadır. Elbette tanınmış marka daha önce hukuk mahkemesince verilmiş bir karara da dayanabilir. Tanınmış marka için de suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği şikayet dilekçesinde açıklanmalıdır.

Şikayet dilekçesine ekli tüm fotokopi belgelerin aslına uygunluğu avukat tarafından onaylanmalıdır.

Orijinal ürün sunulması:

Marka hakkına tecavüz suçundan yapılan şikayet sırasında orijinal ürünün sunulması önemlidir. Tescilli markanın hak sahibi tarafından kullanıldığının kanıtlanması, Cumhuriyet Savcısı tarafından orijinal ürün ve satın alınan taklit markalı ürün incelenerek tecavüzün varlığının saptanması, makul şüphe değerlendirmesi yapan hakimin incelemesi için orijinal ürün sunulması önem taşır.

Ayrıca, Yargıtay CGK kararına göre “Bulunduğu takdirde orijinal ürün ve Patent Enstitüsü’nden marka tescil belgelerinin onaylı suretleri, orijinal ürünün bulunmaması veya teminin mümkün olmaması halinde ise anılan kurumdan marka tescil belgelerinin onaylı suretlerinin getirilerek, taklit ürün ile karşılaştırılmalı inceleme yaptırılması” gerekmektedir (2).

Bu nedenlerle taşınabilir ise orijinal ürün örneğinin sunulması, sunulamıyorsa nedeninin bildirilmesi ve orijinal ürünün incelenebileceği yetkili satıcıların adresinin bildirilmesi ya da orijinal ürün fotoğrafının sunulması, hiçbirisi mümkün değilse bu ürünlerin görsellerinin bulunduğu resmi internet sitesi alan adının bildirilmesi kaçınılmazdır.

Yukarıda sözü edilen CGK’na göre bilirkişi incelemesi için de şikayetçi tarafından orijinal ürün örneği sunulması gereklidir.

Marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili soruşturmalar kısa süre içinde bitirilebilir. Bu nedenle orijinal ürün sunulması birkaç gün içinde gerçekleştirilebilir. Bu gerekliliğin zamanında yerine getirilmemesi halinde marka hakkı sahibinin tescilli markasına tecavüz edilmiş olsa dahi beraat kararı verilebileceği dikkate alınmalıdır.

Şikayet dilekçesinin verilmesi:

Şikayet dilekçesi kolluk birimine veya Cumhuriyet Başsavcılığına verilebilir.

Kolluk birimine verildiği takdirde kolluk birimi, PVSK’nun ek 6. maddesi uyarınca olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ve bozulmaması için gerekli tedbirleri alarak şikayeti ve alınan tedbirleri Cumhuriyet savcısına bildirir, Kolluk birimine verilen şikayet dilekçesi de yukarıda açıklanan içerikte olmalıdır. Cumhuriyet Savcısının sözlü emirlerine göre soruşturma işlemleri yürütülür. Delillerin toplanması için arama gerekiyorsa kolluk birimi tarafından Arama İstemine İlişkin Rapor düzenlenir ve arama kararı verilirse arama işlemi yapılır.

Şikayet dilekçesi Cumhuriyet Başsavcılığına verildiğinde Cumhuriyet Savcısı şikayet yetkisi, süresi, suçun unsurları, arama için makul şüphe ve gecikmesinde sakınca halini değerlendirerek hangi delillerin nasıl toplanacağına karar verir. Kendisi arama emri verebileceği gibi mahkemeden arama kararı verilmesini talep edebilir. Kolluk tarafından yapılmasını istediği işlemler için yazılı emir gönderir.

(2) YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI, 27 / 12 / 2005-2005 / 7-143 Esas, 2005 / 169 Karar

Arama işlemi sırasında arama kararı dışında kalan marka hakkı sahibine ait taklit ürünler görüldüğü takdirde bu ürünler için de kolluk görevlilerine şikayet dilekçesi verilebilir. Böyle bir durumda kolluk görevlileri Cumhuriyet savcısını arayarak sözlü emirlerine göre işlem yapar.

Arama işlemleri:

Arama işlemi sırasında CMK ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin arama işlemlerine ilişkin hükümleri eksiksiz yerine getirilmelidir. Gerek müdafî ve gerekse müşteki vekili aramanın hukuka uygun yapılması için gerekli itirazlarda bulunmalı ve bu itirazların tutanağa geçirilmesini sağlamalıdır.

CMK'nda arama işleminde bulunabilecekler arasında müşteki vekili belirlenmemesine rağmen gerek her iki taraf arasında eşitliğin sağlanması ve gerekse aksine bir düzenleme bulunmaması nedeniyle müşteki vekilinin aramaya katılması delillerin eksiksiz toplanması için önemlidir. Orijinal ve taklit ürünlerin ayrılmasında zorluklar varsa bu ürünleri ayırabilecek uzman kişinin aramaya katılması, kolluğun taklit olmayan eşyaya elkoymasını önlemekte, olası mağduriyetlerin önüne geçilmektedir.

Arama işlemine katılan taraflar ve vekilleri fiilen arama yapamazlar. Arama yerinde elkonulmayan suç eşyası veya suç delili gördüklerinde kolluk görevlilerine bildirmeli, bu eşyalara el sürmekten kaçınmalıdırlar.

Marka hakkına tecavüz suçu şikayete ve üretmek suretiyle işlenen eylemler uzlaşmaya tabi olmakla birlikte taraf vekilleri, arama işlemi sırasında şikayetten vazgeçmeye veya uzlaşmaya ilişkin görüşme yapmaktan kaçınmalıdır.

Aramaya katılan taraf vekilleri suç eşyası sayımına bizzat nezaret etmelidir.

Ele geçen suç eşyaları ile üretimde kullanılan makinelerin listelenmesi, ambalajlanması, taşınması, depolanması her zaman sorun oluşturmaktadır. Özellikle marka hakkının tecavüze uğradığını iddia eden hak sahipleri ile vekillerinin bu konularda kolluk görevlilerine destek vermeleri uygulamada yerleşmiştir.

Bilimsel uzman mütalaası sunulması ve bilirkişi raporu:

CGK'nun sözü edilen kararında “özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren marka ihlali davalarında bilirkişiye başvurularak, 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri anlamında bir tecavüzün gerçekleşip, gerçekleştirilmediğinin incelenmesinin zorunlu olduğu” belirtilmiştir.

Bilirkişi incelemesi sonunda ürünün taklit olmadığı veya marka hakkına

iktibas veya iltibas suretiyle tecavüzde bulunmadığı sonucuna varılması ihtimal dahilinde olduğundan gereksiz yere kamu davası açılmaması için bilirkişi incelemesi soruşturma evresinde yapılmalıdır.

Bilirkişi incelemesinden önce Türk Patent Enstitüsünden ilgili marka tescil belgesi onaylı suretleri getirilmelidir.

Bilirkişi heyetinin ürünün cinsine göre sektör temsilcisi ve marka vekillerinden oluşması yerinde olacaktır. Öncelikle sektör bilirkişisinden el konulan ürünlerin taklit olup olmadığı, taklit ise marka vekilinden iktibas veya iltibas konusunda rapor alınması şeklinde iki aşamalı bilirkişi incelemesi olumlu sonuçlar vermiş, soruşturma sürecini kısaltmış, bilirkişiler arasında yaşanan sorunları en aza indirmiştir.

CMK'nun 67. maddesinde belirtilmesine rağmen suç konusu eylem veya eşya konusunda bilirkişi raporunun alınmasından önce veya sonra uzman kişiden mütalaa alınıp sunulmaması taraflar açısından telafi edilemeyecek hukuki kayıplara yol açabilir. Bilirkişi incelemesinden hemen sonra soruşturma sonuçlandırılabilen taraflar bilimsel uzman mütalaasını mümkün olduğunca bilirkişi raporunun verilmesinden önce ibraz etmelidir. Mütalaa alınan uzman gerektiğinde duruşmada dinlenerek görüşünün dayanaklarını açıklamasının istenebileceği unutulmamalıdır. Bilirkişi, uzman mütalaasında ileri sürülen görüşleri raporunda irdelemeli, yerinde olup olmadığını bildirmelidir.

Bilirkişi raporunda hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunmamalı, markaya ilişkin uzmanlığına dayanan görüşlerini bilimsel dayanakları ile açıklamalıdır.

Soruşturmaya ilişkin uygulamalar:

Taraf vekillerinin görevi aramaya katılmakla sona ermez. Soruşturmanın aşamalarını takip ederek toplanmasını istedikleri diğer delilleri bildirmelidirler.

Şüphelinin savunmasında bildirdiği deliller de toplanmaktadır. Özellikle taklit markalı ürün satan veya satışı sunan şüpheli 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesindeki etkin pişmanlıkla ilgili bildirimde bulunduğu yeniden şikayet aranmaksızın suç yerine göre ilgili Cumhuriyet Başsavcılığından talepte bulunularak aynı şekilde üretilmiş diğer suç eşyalarının ele geçirilmesine, üreticilerin yakalanmasına çalışılmaktadır. Etkin pişmanlık koşulları gerçekleştiğinde ihbarı yapan şüpheli hakkında kamu davasının açılmamasına karar vermek veya kamu davası açmak Cumhuriyet savcısının yetkisindedir.

7201 sayılı Tebligat Kanununu değiştiren 6099 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra elektronik tebligat yapılması ve tarafların SMS ile çağrıl-

ması soruşturma süresini oldukça kısalttığından kendisine elektronik posta ile tebligat yapılmasını isteyen taraf veya vekil bu talebini ve elektronik posta adresini dilekçe ile bildirmelidir.

Elde edilen suç eşyalarının çokluğu ve kapladığı hacim nedeniyle adli emanet dairelerinde saklanması genellikle mümkün olmadığından suç eşyaları öncelikle şikayet eden, şikayet eden vekili, şikayet edenin anlaşma yaptığı yediemine ya da şüpheliye bakım gözetimini yapmak, istendiğinde iade edilmek ve ücret istenmemek koşuluyla muhafaza için teslim edilmektedir.

Uzlaşma işlemleri:

Taklit mal üretenler etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamadığından ve marka hakkına tecavüz suçu şikayete bağlı olduğundan CMK'nun 253. maddesi uyarınca uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Uzlaşma teklifi soruşturma evresinde kamu davası açılmasına yeterli şüpheye ulaşıldığında yapılmaktadır.

Her iki tarafa da teklif yapılmaktadır.

Kolluk görevlilerine uzlaşma ile ilgili hiçbir görev verilmemektedir.

Marka hakkı sahibi şirketler yurt dışında ise vekillerine özel olarak CMK'na göre uzlaşma yetkisi vermemeleri halinde CMK'nun 253/6. maddesi uyarınca uzlaşma teklifi yapılmamaktadır.

İbraz edilen vekaletname de vekile özel olarak uzlaşma yetkisi verilmemişse teklif 'Türkiye' de ki hak sahibine veya yasal temsilcisine yapılmaktadır.

Uzlaşmanın CMK'nun en önemli kurumlarından biri olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığı tamamen sona erdirdiği, şikayeti takip eden hukuk davaları ve icra takipleri olasılığını da ortadan kaldırdığı, taraf vekillerinden tarafları mümkün olduğunca uzlaşma teklifini kabul yönlendirmelerinin beklendiği unutulmamalıdır.

Kısaltmalar:

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

CGK : Ceza Genel Kurulu

TCK : Türk Ceza Kanunu

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

HAKEMLİ MAKALE

Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkıları

■ Yrd. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER*

ÖZET

Tebliğat Kanunu'na elektronik tebligat konusunda yeni bir madde eklenmiştir. Elektronik tebligatın, adaletin kalitesine hizmet edeceği düşünülmektedir. Böylece, yargıda, iş gücü, masraf ve zamandan tasarruf edilecektir.

Tebliğat Kanunu'na eklenen bu madde derhal yürürlüğe girmeyecek olmakla beraber bir kısmı yürürlük kazanmıştır. Kanunda Elektronik tebligat uygulamasının, gerçek kişiler için bir yıl; sermaye şirketleri için iki yıl sonra başlayacağı belirtilmiş olup, gerçek kişiler için uygulama başlamış bulunmaktadır. Gerçek kişiler isterlerse elektronik tebligattan istifade edebilmektedir. Elektronik tebligatın alt yapısı, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından bir yıl içinde hazırlanacaktır. Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen gerçek kişilere elektronik yolla tebligat yapılacaktır. Anonim ve limited şirketlere, ayrıca sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu olacaktır. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik, tebligat, tasarruf, bir yıl, iki yıl, beşinci günün sonunda

The Additions Of Electronic Notification To The Quality Of Justice Abstract

A new article, on the subject of “electronic notification”, has been added to “Notification Law”. It is thought that the subject of electronic notification will attend to the quality of justice. In this manner, the subjects of judgment will economize on labor, time and expense.

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

The application of the new article which is added to “Notification Law” will not start completely and immediately. The application of the electronic notification has been recently started for people; will start later, for limited companies. The infrastructure of the electronic notice will be prepared by the Post Office General Directorate within one year. People, who give an address which is compatible for electronic notification and wants to be notified at this address, will be notified electronically. Joint stock companies, limited liability companies, and also limited liability companies whose capital is divided into shares needs to be notified electronically, will become mandatory. The electronic notification will remain at the e-mail address in effect for five days.

Keywords: Electronic, notification (notice), economize on, one year, two years, in the end of fifth day

I- GİRİŞ

Tebliğat, yasal bir işlem hakkında muhatabı bilgilendirmek amacıyla hazırlanan belgenin muhatabına başarıyla ulaştırıldığıının biçimsel kanıtıdır¹. Kısaca, tebligat, belgeli teslimattır². Tebligatın üç fonksiyonu bulunmaktadır: teslim, bilgilendirme ve belgelendirme³. Tebligat kelimesi, Arapça “belağa” kelimesinin çoğuludur⁴. Arapça kökenli tebligat kelimesinin başına elektronik sıfatının eklenmesi suretiyle elektronik tebligat⁵ teriminin yaratılmış olması, incelemeye değer bir ironi ortaya çıkarmıştır. Diğer taraftan, yine Arapça kökenli adalet kelimesine, e-tebligatla yaklaşmak da, başka bir ironi olarak gündemde yerini bulmuştur⁶.

-
- 1 Postacıoğlu E. İ., Medenî Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul, 1975, s. 341-343.
 - Ruhi C. A., Tebligat Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2006, s. 25, 26.
 - Ruhi C. A., Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008, s. 19, 20.
 - Şenyüz D., Vergi Usul Hukukunda Tebligat, 2. Baskı, Bursa, 1997, s. 7.
 - Muşul T., Tebligat Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 21.
 - Kaçak N., Tebligat Kanunu Şerhi ve Tüm Yönleriyle Tebligat, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 26.
 - Yılmaz E./Çağlar T., Tebligat Hukuku, 3. Baskı, 1999, Ankara, C. 1, s. 37.
 - Yılmaz E./Çağlar T., Tebligat Hukuku, 5. Baskı, 2007, Ankara, C. 1, s. 37-39.
 - Muşul T., Medenî Usul Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 198.
 - Deliduman S., Tebligat Hukuku Bilgisi, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 13-14.
 - Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., Medenî Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara, 2010, s. 795.
 - Alangoya Y. H./Yıldırım K. M./Yıldırım Deren N., Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2011, s. 177, 178.

1991 yılında, doktrinde, e-tebligat doğal olarak öngörülememiştir; ancak bilgisayarın adaletin kalitesine vaat ettiği katkılar değerlendirilmiştir⁷. 1995 yılına gelindiğinde, yine bilgisayarla ilgili olarak şu satırlara yer verilmiştir. “Adalet yavaş ve yanlış işlemektedir. Bilgisayarın hukuka girmesiyle, hızlı, doğru ve kaliteli kararlar verilmesi yanı sıra, toplumun hukuk düzenine olan güveni de artacaktır. Yargı yerlerinde bilgi bankaları oluşturularak, hukuksal kuralların, yerleşik içtihat ve kararların toplanması ve değerlendirilmesi yargıda sürati, hatasızlığı ve kaliteyi sağlayacaktır. İçtihatları kolayca izleyebilen yargıç, ha-

-
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usul Hukuku Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 129.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2011, s. 195.
- Uyar T., İcra Hukukunda Tebligat, İBD, Y. 2004, S. 2, s. 602-640, s. 603.
- Ruhi C. A., Türkiye’den Yurt Dışına Yapılan Tebligat, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2 (Haziran 2003), s. 523-540, s. 523, 7.11.2011 tarihinde http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_25.pdf adresinden erişildi.
- Yılmaz E., Kamulaştırma Kanunundaki Tebligat Hükümleri ve Tebligat Kanununun Genellik Niteliği, s. 79-102, s. 82, 7.11.2011 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/303/2858.pdf> adresinden erişildi.
- Çelik L. M., Yargı Kararları Işığında Tebligat Uygulamaları, 7.11.2011 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/makale_375.htm adresinden erişildi.
- Güçlü Y., Tebligat Hukuku, s. 1-90, s. 2, 7.11.2011 tarihinde www.hud.gen.tr/newsready.asp?id=511 adresinden erişildi.
- Ermış E. Ç., Tebligat Hukuku, s. 1-14, s. 2, 3, 7.11.2011 tarihinde www.hinis.adalet.gov.tr/tebligathukuku.doc adresinden erişildi.
- 2 Schack Heimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, §13 Zustellungen, München 2002, s. 254-270; Ruhi, Yurt Dışına Yapılan Tebligat, s. 523’ten naklen.
- 3 Tebligatın bilgilendirme yanında belgelendirme fonksiyonu da bulunduğu yönünde bir içtihat için bkz. Yarg. 1. HD., 15.9.1998, 1998/6407 E., 1998/9124 K. (YKD., C. 25, S. 4, Y. 1999, s. 454-456).
- 4 Postacıoğlu, s. 341; Ruhi, Tebligat Hukuku 2008, 19; Ruhi, Tebligat Hukuku 2006, s. 25.
- “Tebliğ” kelimesinin çoğulu olan “tebligat” kelimesinin, dilimizde tekil anlamda kullanıldığı yönünde bkz. Muşul, Temel Bilgiler, s. 198; Muşul, Tebligat, s. 21. Aynı yönde Türk Dil Kurumu Türkçe elektronik sözlüğe 9.3.2012 tarihinde www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f5a240b4ebfb0.74827286 adresinden erişildi.
- 5 Aşağıda, e-tebligat şeklinde kısaltılacaktır.
- 6 Adalet kelimesinin “adl” mastarıyla Arapça kökenli ve çok yönlü bir kavram olduğu yönünde bkz. Erdem Hüsnü Fazıl, İslam Hukukunda Adalet Kavramı ve Olgusu, İstanbul, 1992 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 4. Aynı yönde Türk Dil Kurumu Türkçe elektronik sözlüğe, 9.3.2012 tarihinde www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f5a23fe3c5df1.79480848 adresinden erişildi.
- 7 Devlet Planlama Teşkilatı Koordinasyon Başkanlığı, Adalet Hizmetlerinde İyileştirmeler Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kuralları, Ankara, 1991, s. 37, 38.

talı karar vermeyecek, çekişmeler kısmen de olsa azalacaktır”⁸. Mukayeseli hukukta geniş uygulama alanı bulan bilgisayarın, Türk Hukuku’nda, adlî sicil haricinde yeterince kullanılmadığından yakınılmaktadır. “Oysa bilgisayarla bilgi akımı ve bilgileri değerlendirmek kolaylaşacaktır. İctihatların bilgi bankasına yüklenmesi ile bir davanın sonucunu evvelden kestirmek mümkün olacağından, gereksiz davaların açılması önlenmiş olacaktır. Hukukta bilgisayar, yargıda ve yargılamada kaliteyi sağlayacaktır. Yargıçlar, istedikleri bilgi ve belgeleri hızlı ve doğru olarak bulacaklar, böylece yargı düzeni hızlanarak verimlilik artacaktır”⁹.

2008 yılında, doktrinde, “duruşma tutanağı düzenlenmesinde elektronik kayıt sistemine geçilmemiş olduğuna” dikkat çekilmiştir¹⁰. 2012 yılında gelinen durum, tebligat sistemine, elektronik yolun eklenmesidir ki Türk yargı sistemi bakımından devrim niteliğindedir. E-tebligat, adaletin kalitesine katkılar sağlamaktan da öte, Türk yargı sisteminin işleyişinde milat sayılacak ve çıkaracaktır.

Doktrine göre, adlî yargıdaki davaların uzun sürmesinin en önemli sebebi tebligat sisteminin çok ağır işlemesidir¹¹. Dolayısıyla, e-tebligatın, elektro-

-
- 8 Oymak C., Türk Yargı Sisteminde Yeniden Yapılanma Yargı ve Yargılamada Toplam Kalite, TBBD., Y. 1997, S.1, s. 49-60, s. 58, 59, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1997-19971-904.pdf adresinden erişildi. Ayrıca, hâkimlerin bilgisayar destekli araştırma yapmayı öğrenmesi gerektiği yönünde bkz. Öztürk H., Hukukçuların Eğitimi, TAAD, Y. 2010, S. 1/Nisan, s. 167-194, s. 175, 12.2.1012 tarihinde, www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad1/74.pdf adresinden erişildi.
 - 9 Oymak C., s. 58, 59. Aynı yönde bkz. Tanrıver S., Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD, Y. 2000, C. 49, s. 67-83, s. 72, 18.2.2012 tarihinde <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2000-49-01-04/AUHF-2000-49-01-04-icindekiler.pdf> adresinden erişildi. “Amerika Birleşik Devletleri’nde bilgisayar teknolojisinin kullanılmasıyla, mahkeme binalarında elektronik bürolar oluşturulmuştur. Hukuk yargılamasında adeta devrim yapılmıştır”; Özbek M., Adalet Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, 7.11.2011 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/makale_807.htm adresinden erişildi.
 - 10 Özok Ö., Yargıda Reform İddiaları ve Gerçekler, TBBD, Y. 2008, S. 77, s. 29-32, s. 32, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2008-77-431.pdf adresinden erişildi.
 - 11 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 802; Tanrıver, Gereken Önlemler, s. 75. Tanrıver S., Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, Y. 2004, S. 53, s. 191-215, s. 207, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-53-44.pdf adresinden erişildi. Aynı yönde bkz. Kabatepe T., Hukuk Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Makul Süre, Ankara, 2009 (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), s. 85, 86, 17.2.2012 tarihinde <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5499/6158.pdf> adresinden erişildi.

nik olmayan tebligata kıyasla, zaman, işgücü ve masraftan tasarruf sağlayacağı tespit edilirse, adaletin kalitesini artıracığı ileri sürülebilir. Bunun için, öncelikle, e- tebligat ile kaliteli adalet arasındaki bağlantı ortaya konulmalı; mukayeseli hukuktan yardım alınarak e-tebligat tanımı yapılmalı; e-tebligatın adaletin kalitesine katacağı faydalar açıklanmalıdır.

II- ELEKTRONİK TEBLİGAT VE KALİTELİ ADALET

“Menfaat hırsı ile kızıyan insanları teskin eden, birbiriyle kaynaştıran, idare edenlere nüfuz ve itibar sağlayan yegâne tılsım adalettir”¹². Günümüzde, ekonomik ve teknolojik dönüşümle birlikte, sosyal ilişkiler karışmış ve çeşitlenmiştir.

İhtilafların artışına paralel olarak, yargının iş yükü de artmıştır. Bu da, yeterli ve kalifiye insan kaynağı ile modern donanım ihtiyacı doğurmuştur. Diğer taraftan, teknolojiye azami ölçüde yararlanma ve kapasitesini geliştirme sorunu gündemde yerini bulmuştur. Bu bağlamda, yargının iyileştirilmesine yönelik çözümler için ulusal ve uluslararası boyutta arayışlar başlamıştır¹³.

Uluslararası boyuttaki arayışların konumuz açısından en önemli sonucu, 2002 yılında Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu’nun¹⁴ kurulmuş olmasıdır. CEPEJ’in amacı üye devletlerde yargının etkinliğini ve işleyişini iyileştirmek ve bu amaçla hazırlanmış olan araçların uygulamaya konulmasını geliştirmektir. CEPEJ, üye devletlerin yargı sistemi sonuçlarını analiz etmekte ve raporlar hazırlamaktadır. Üye devletlerin adalet alanında karşılaştıkları sorunları tespit etmekte ve performanslarını değerlendirmektedir¹⁵.

CEPEJ’in üye ülkelerden veri toplamak için hazırladığı kılavuzlarda, zaman, iş gücü ve masraf yönetimi konuları büyük önem arz etmektedir. İki yılda bir “Avrupa Adalet Sistemleri, Yargının Kalitesi ve Etkililiği” konulu raporlar yayınlanmaktadır. Türkiye de, bu çalışmalara katılmaktadır¹⁶.

12 Belgesay Mustafa Reşit, Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, 1963, s. 125.

13 Uluslararası Mahkeme Yönetimi Birliği Dördüncü Konferansı’nda Adalet Bakanı’nın yaptığı konuşmaya 7.2.2012 tarihinde www.basin.adalet.gov.tr/bakankonusmalari/sadullahergin/2009/mahkemey%C3%B6netimi/mahkeme.html adresinden erişildi.

14 Aşağıda, CEPEJ şeklinde kısaltılacaktır.

15 Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu’nun on yedinci genel kurul toplantısı 28.6.2011 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu bilgilere 18.2.2012 tarihinde www.sgb.adalet.gov.tr/faaliyetlerimiz/2011/cepej/Dynamic/cepej.html adresinden erişildi.

16 Anılan raporlar ilk defa Türkçeye çevrilmiş ve yayınlanmıştır. Türk tetkik hâkimi Elçiler, 2011 yılında Strazburg’da düzenlenen genel kurul toplantısına katılmıştır. Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu’nun On Sekizinci Genel Kurul Toplantısı (7-8 Aralık 2011, Strazburg) Rapor Özetine 7.2.2012 tarihinde www.sgb.adalet.gov.tr/cepej/rapor.pdf adresinden erişildi.

CEPEJ, 2010 yılında 2008 verilerini esas alarak bir rapor yayınlamıştır. Bu raporda, Finlandiya hakkında, 1.654 ofis personeli ve 268 tebligat memurunun çalıştığı; İtalya hakkında, elektronik tebligat uygulamasının yaygınlaştırılması ve matbu evrak kullanımının ortadan kaldırılması için çalışmaların devam ettiği; Letonya hakkında, davalarda video konferans cihazlarının kullanılması için çalışmaların devam ettiği belirtilmektedir¹⁷. Türkiye de, adalet sisteminin kalitesini yükseltmek ümidiyle, pek çok çalışmalar yürütmekte; özellikle, e-tebligat konusunda önemli adımlar atmaktadır.

Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, e-tebligat hakkında bir değerlendirme raporu hazırlamıştır. Bu rapor, e-tebligat ile adaletin kalitesi arasındaki bağlantıyı en iyi şekilde ortaya koymaktadır. E-tebligata geçişte hukukî alt yapı yanı sıra, elektronik alt yapının hazır olması büyük önem arz etmektedir. Şimdiye kadar fizikî ortamda yapılan tebligatta yaşanan zorluklar düşünüldüğünde, e-tebligat birçok kesime büyük bir rahatlatma getirecek; vatandaşın hayat kalitesinin artmasını sağlayacaktır. Diğer taraftan, posta masrafları azalacak, tebligat işlemleri hızlanacak, davaların görülme süresi azalacak, bu sayede yargı sisteminin kalitesi artacaktır¹⁸.

Kaliteli adalet kavramını, mükemmeliyetçi bir yaklaşımla, mutlak bir beklenti hâline getirmek, ilgili devletlerde sakıncalı sonuçlara sebep olacaktır. Kaliteli adaletin göstergelerinden biri, mahkeme kararlarının tarafların vicdanlarına uygun olmasıdır. Önemli olan, olayların çoğunluğunda, tarafların, adaletin gerçekleştiğine dair memnun olmasıdır. Kaliteli adalet hizmeti, ayrıca, dava dosyasının eksiksiz tekemmül etmesini, yani delillerin eksiksiz toplanmasını, taraf ve şahitlerle hızlı ve etkin iletişim kurulmasını gerektirmektedir. Bunun için, davalar, hızlı, kolay anlaşılır, etkili ve kapsamlı hükümlerle neticelenmelidir¹⁹. Özellikle hukuk muhakemesi alanında kalite plânları hazırlanmış; sürat ve verimliliğe ilişkin iyileştirme çalışmaları uygulamaya konulmuştur²⁰.

17 CEPEJ Çalışmaları No: 12 Adaletin Etkililiği ve Kalitesi (2008 Verileriyle 2010 Basımı) 6.2.2012 tarihinde www.sgb.adalet.gov.tr/cepej/turkce.pdf adresinden erişildi.

18 Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı tarafından hazırlanan değerlendirme raporuna 7.2.2012 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=63701 adresinden erişildi.

19 Kerem Ertem İ., Adaletin Kalite Yönetimi, 6.2.2012 tarihinde <http://ibrahimkeremertem.blogcu.com/adaletin-kalite-yonetim/3469262> adresinden erişildi.

20 UYAP sisteminin mevcut alt yapı bilgisi yanı sıra, gelecekte temin edilmesi öngörülen "Donanım Temini Aşamaları" hakkında ayrıntılı bilgiye 7.11.2011 tarihinde www.uyap.gov.tr/tanitim/altyapi.html adresinden erişildi.

Ayrıca bkz. Özbek M., Adalet Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, 7.11.2011 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/makale_807.htm adresinden erişildi.

Bu çalışmaların en değerlisi, adlî işlerde elektronik veri alışverişidir²¹. Adlî işlerde elektronik veri alışverişini sağlayan sisteme, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi²² denilmektedir. E-tebligat ise, UYAP sisteminin bütünleyici parçasıdır.

III - ELEKTRONİK TEBLİGAT

Türk Hukuku'na e-tebligat imkânı, Tebligat Kanunu'nda²³ değişiklik²⁴ yapılmak suretiyle getirilmiştir (Teb. K. m. 7/a). Aynı değişiklik çerçevesinde, elektronik ortamda ilan da düzenlenmiştir (Teb. K. m. 29). E-tebligat hakkındaki değişikliğin gerçek kişilere hitap eden kısmı, 19.1.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir; sermaye şirketlerine hitap eden kısmı, 19.2.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir²⁵. Elektronik ortamda ilan²⁶ hususundaki değişiklik ise, 19.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir²⁷. Tebligat Kanunu'ndaki değişiklik, Tebligat Tüzüğü'ne²⁸ yansıtılmamış; yönetmelik çıkarılması planlanmıştır (Teb. K. m. 7/a-5). Bu plana uygun olarak, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²⁹ çıkarılmış; Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı³⁰ hazırlanmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda³¹ da, e-tebligat hakkında hükümler bulunmaktadır³².

21 Kerem Ertem İ., Adaletin Kalite Yönetimi, 6.2.2012 tarihinde <http://ibrahimkeremer.tem.blogcu.com/adaletin-kalite-yonetim/3469262> adresinden erişildi.

22 Aşağıda UYAP şeklinde kısaltılacaktır.

23 RG. 19.2.1959, 101139; 7201 sayılı Tebligat Kanunu.

24 RG. 19.1.2011, 27820; 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Aşağıda "Değişiklik Kanunu" şeklinde kısaltılacaktır.

25 Değişiklik Kanununun yayımlandığı tarihten itibaren, ilk durumda, "bir yıl"; ikinci durumda, "iki yıl" sonra olarak yürürlük tarihi belirlenmiştir (m. 2, 18/a, 18/b).

26 Aşağıda e-ilan şeklinde kısaltılacaktır.

27 Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yayımlandığı tarihten itibaren dokuz ay sonra olarak yürürlük tarihi belirlenmiştir (m. 8, 18/c).

28 RG.11.9.1959, 10303 5.12.1982 ve 5.10.1987 tarihli değişikliklere uygun olarak 7.11.2011 tarihinde www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/5043.html; www.alomaliye.com/tebligat_tuzugu.htm adreslerinden erişildi.

29 RG. 25.8.2011, 28036.

30 Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı'na, 29.12.2011 tarihinde, www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20111215_e-tebligatppt/E-TebligatYonetmeligi.pdf adresinden erişildi. Aşağıda "Yönetmelik Taslağı" şeklinde kısaltılacaktır.

31 RG. 4.2.2011, 27836; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

32 E-tebligat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanığın davet edilmesi çerçevesinde anılmaktadır (HMK. m. 243/3). Anılan hükmün gerekçesinde, tanığın elektronik yolla davet edilmesinin istisnai bir durum teşkil ettiği; "olağan prosedürde öngörülen tanığın davete rağmen gelmemesinin sonuçlarının, burada uygulama alanı bulmayacağı" belirtilmiştir. Ayrıca, "Elektronik işlemler" başlıklı hükümde, "Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi" tanımlanmış; elektronik ortamda dava açılabilmesi, harç ve avans ödenebileceği, dosya incelenebileceği belirtilmiş; güvenli elektronik imza ile gönderilen belgelerin tekrar fizikî ortamda gönderilmeyeceği açıklığa kavuşturul-

Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, kayıtlı elektronik posta³³ adresi edinecek gerçek ve tüzel kişilere, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na, ayrıca kayıtlı e-posta hizmet sağlayıcılarına görevler yüklemiştir. Kayıtlı e-posta sistemiyle e-tebligat arasında, hukukî ve teknik yönlerden bağlantı kurulmuştur. Kayıtlı e-posta sistemi, e-tebligat dışında çok çeşitli katma değerli servisler sunacak; hukuken geçerli ve güvenli yeni bir iletişim alanı teşkil edecektir³⁴.

Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı, e-tebligatın ilkelerini belirlemektedir: bilgi güvenliğinin sağlanması; kişisel verilerin korunması için gerekli tedbirlerin alınması; birlikte çalışabilirlik ilkelerine riayet edilmesi; kaliteli hizmet sağlanması ve uluslararası standartların dikkate alınması (ETYT. m. 4). Elektronik Tebligat Yönetmeliği yürürlüğe girdiğinde, pozitif hukuk anlamında, e-tebligatın usul ve esasları tamamlanmış olacaktır (ETYT. m. 1).

E-tebligat hakkında düzenleme yapılmadan önce, doktrinde, elektronik yolla tebligat önerilmiştir. İnternet adresini ve cep telefon numarasını veren kişilere tebligatın internet yolu yapılması; tebligatları bulunduğu dair bir mesajın cep telefonlarına gönderilmesi ileri sürülmüştür. İnternet ve cep telefonu gibi araçları aktif olarak kullanmayı tercih etmeyen kişilere, klasik tebligat usulleriyle tebligat yapılmaya devam edilmesi öngörülmüştür³⁵. Tebligat Kanunu'na eklenen e-tebligat düzenlemesinin doktrindeki öngörü ve önerilere paralel olduğu ifade edilmelidir.

E-tebligatın tanımlanması, evleviyet ilkesine göre, tebligatının taraflarını, mevcut tebligat vasıta ve yollarını tespit etmekten geçer. Tebligatın tarafları, tebligat hukukunun, özel hukuk ile kamu hukukunun kesişim noktasında bulunduğunu göstermektedir³⁶. Tebligat hukuku, genel ve karma nitelikli bir

muş; nihayet, elektronik ortamda yapılan işlemlerde sürenin gün sonunda biteceği kuralı getirilmiştir (HMK. m. 445).

Anılan madde, gerekçe metninde iki yüz kırk altıncı maddeye tekabül etmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun madde gerekçelerine, 23.12.2011 tarihinde, www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf ve www.kgm.adalet.gov.tr/duyurular/hmk/06%20%20%20KARŞILAŞTIRMA%20TABLOSU%20ve%20GE REKÇE.pdf adreslerinden erişildi.

33 Aşağıda e-posta şeklinde kısaltılacaktır.

34 Samast Y., Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi, 7.2.2012 tarihinde <http://ab.org.tr/ab10/bildiri/202.pdf> adresinden erişildi.

35 Ruhi, Yurt Dışına Yapılan Tebligat, s. 540.

36 Tebligatın tarafları Tebligat Kanunu'nda açıklanmıştır (Teb. K. m. 7). Yargı mercileri, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, il özel idareleri, köy hükmi şahsiyetleri, barolar ve noterler, özellikle Sosyal Güvenlik Kurumu ile vergi daireleri, tebliğ eden taraf teşkil etmektedir. Türkiye'de veya yabancı ülkede yaşayan Türk vatandaşları, Türkiye'de yaşayan yabancılar, Türk kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler, özellikle

hukuk dalı olup, devletin hem kendi içindeki haberleşmesini, hem de bireylerle iletişimini düzenlemektedir³⁷. Bu bakış açısıyla, e-tebligat, firmadan devlete, devletten firmaya, devletten tüketiciye ve tüketiciden devlete elektronik etki-leşim demektir. E-tebligat, noterler marifetiyle gönderilen ihtar ve ihbarlar, vergi, gümrük, kamu ihalesi, sosyal güvenlik ve yargılama gibi çok geniş yelpazede herkesin faydalanabileceği bir yeniliktir³⁸.

Tebliğatin yapılışı ile bu yapılışın usulüne uygun olduğunun belgelenmesi özel şekil şartlarına bağlanmıştır³⁹. Çünkü tebligatın, sağlam ve zamanında muhataba ulaştırılması, davalının yargı organı huzurunda dinlenmesine zemin hazırlamakta ve davalıya savunma olanağının tanınması anlamına gelmektedir⁴⁰. Tebligatın ilk göze çarpan amacı, bilgilendirme ve belgelendirme olsa da; dolaylı amacı, istikrar ve hukuk güvenliği ilkelerine ulaşmak ve adaleti sağlamaktır⁴¹. Şu hâlde, e-tebligatla bu amaçların maksimize edilmesi amaçlanmalıdır.

1 - Türk Hukuku'ndaki Güncel Durumun Sunulması

Tebliğatin, tebliği çıkaran merciin kendi memuru; zor kullanmayı gerektiren ihtimallerde, kolluk kuvvetleri; yurt dışına tebligatlarda, Türkiye Büyükelçilikleri, Konsoloslukları ve siyasî memurları vasıtasıyla yapılması mümkündür (Teb. K. m. 2, 25-27; Teb. Tüz. m. 2, 36-43). Ayrıca, uçak veya diğer vasıtalarla tebligat da öngörülmüştür (Teb. K. m. 7; Teb. Tüz. m. 8). Bu çerçevede, e-tebligat, mevcut vasıtaların hukuk düzeninde kalmaya devam etmesi kaydıyla, tebligat vasıtalarına internetin eklenmesidir. Nitekim Yönetmelik Taslağı'nda da, e-tebligat, "bu Yönetmelik kapsamına uygun olarak elektronik ortamda gönderilen tebligat" şeklinde tanımlanmaktadır (ETYT. m. 3/1-c).

ticaret şirketleri, vakıflar, dernekler ve kamu tüzel kişileri tebellüğ eden taraf teşkil etmektedir. Ayrıca, tebliği çıkaran taraf olarak sayılan bu mercilerin birbirleri arasında iletişim de Tebligat Kanunu ile düzenlenmektedir. Tebligat Kanunu'nun anılan hükmünde sayılanlara ek olarak, özel kanunlarda da Tebligat Kanunu'na göre tebliğ yapılmasını emreden hükümler bulunduğu ve böylesine özel kanunlara örnekler verilmesi yönünde bkz. Kaçak, s. 25. Aynı yönde bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Temel Bilgiler, s. 130, 131

37 Yılmaz, Kamulaştırma, s. 82.

38 Alptürk E., Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergilendirilmesi, İstanbul, 2005, s. 101, 102.

39 Güçlü, s. 3.

40 Ruhi, Tebligat Hukuku 2006, s. 28; Kaçak, s. 22, 23; Şenyüz, s. 10; Muşul, Tebligat, s. 7; Yılmaz, Kamulaştırma, s. 83; Deliduman, s. 14; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 795; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medenî Usul Hukuku, s. 196. Ayrıca bkz. Stadler A., Uluslararası Tebligatta Biçimselliğin Prosessual Hakkaniyete Önceliği?, Çeviren: Ruhi Cemal Ahmet, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Kasım-2003, S. 21, s. 1-13, s. 10, 7.11.2011 tarihinde www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-4.htm adresinden erişildi.

41 Şenyüz, s. 8.

Yazılı evrakın posta yoluyla tebliğ edilmesi en sık başvurulanan yoldur. Tebligat yollarına ilan yolu eklenmelidir. Bu açıdan bakıldığında, e-tebligat, mevcut yolların hukuk düzeninde kalmaya devam etmesi kaydıyla, tebligat yollarına e-postanın eklenmesidir. Bilgisayar yazılımı (soft ware; logiciel) ortamında yazılı evrakın, yani telekopinin (e-copy; télécopie), internet üzerinden, e-posta (e-mail) yoluyla iletilmesi söz konusudur. Nitekim Yönetmelik Taslağı'nda, e-tebligat mesajı, “tebliğ edilecek içerik veya diğer ekli dokümanlardan oluşan tebligat mesajının tümünün gönderici tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış halini” ifade etmektedir (ETYT. m. 3/1-f). E-tebligat zarfı, “e-tebligat mesajını içeren, gönderici ve idare tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış ve zaman damgası eklenmiş paket” şeklinde tanımlanmaktadır (ETYT. m. 3/1-g).

E-tebligat, postayla tebligata benzemektedir; e-zarflı ve e-imzalıdır. E-tebligat, mevcut tebligat vasıtalarına internet vasıtasının, mevcut tebligat yollarına e-posta yolunun eklenmesinden ibarettir. İnternetin kullanılması sayesinde, yazılı evrakın sanal suretinin, muhatabın kayıtlı e-posta adresine gönderilmesidir.

E-tebligat, elektronik mektup olarak da adlandırılan fakstan ayırt edilmelidir. Doktrinde ve içtihatlarda, elektronik mektuba şüpheyle yaklaşılmıştır. Tebligat hukuku bakımından, tebliğ evrakı, mazbatalı zarf içine konarak vekapalı bir şekilde muhatabın bizzat kendisine teslim edilmelidir. Evrakın faksla gönderilmesi, tebliğ edilmesiyle eşdeğerde kabul edilemez. Zira teyit raporu, elektronik mektubun karşı tarafa gönderildiğini ispat etmekte; ancak karşı tarafa ulaştığını ispat etmemektedir⁴².

E-tebligat, kanunda ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu sayede, e-tebligatın, elektronik faksa yöneltilen şüphelerden uzak kalması sağlanmıştır. Kaldı ki, e-posta sisteminde, muhatabın e-posta adresine iletilip iletilmediği, iletiliyse ne zaman iletildiği belgelendirilmektedir.

Türk Hukuku'ndaki pozitif düzenleme izlendiğinde, konu şöyle izah edilebilir. “Tebligata elverişli bir elektronik posta adresi vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılır” fıkrası, gerçek kişilere

42 Ruhi, Tebligat Hukuku 2006, s. 34-36; Ruhi, Tebligat Hukuku 2008, s. 75-77; Yılmaz/Çağlar, Tebligat Hukuku 1999, s. 293-298; Yılmaz/Çağlar, Tebligat Hukuku 2007, s. 200, 201; Alangoya/Yıldırım K./Yıldırım Deren, s. 178, 359-361; Özmen E. S., Telefaks Cihazları (Faksimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medenî Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, ABD, Y. 1990, S. 1, s. 72-84, s. 73, 76. Ayrıca bkz. YHGK, T. 11.4.2001, 2001/21-359 E., 2001/361 K.; İBD, C. 77, S. 2, Y. 2003, s. 340-341. Anılan içtihat için ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım K./Yıldırım Deren, s. 359-361.

yapılacak e-tebligatın, gerçek kişinin ihtiyarına bırakıldığını göstermektedir (Teb. K. m. 7/a-1).

“Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur” fıkrası, ticaret şirketlerinde sermaye şirketleriyle sınırlı olarak e-tebligatın zorunluluk arz ettiğini ortaya koymaktadır (Teb. K. m. 7/a-2).

Gerçek veya tüzel kişilere yapılmış olsun, “elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış” sayılmaktadır (Teb. K. m. 7/a-4). Şu hâlde, e-tebligatta tebliğ tarihi, alındı bilgisinin teyit edilmesi üzerine, e-tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı günden itibaren beşinci gündür. E-tebligatın muhatabın elektronik adresine düştüğü günden itibaren altıncı gün, tebliğ tarihinden itibaren işleyen sair sürelerin sayılmaya başlandığı ilk gündür.

E-tebligat, “zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde”, Tebligat Kanunu’nda zaten mevcut olan diğer klasik usullerle garanti altına alınmıştır. Buna göre, “elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır” (Teb. K. m. 7/a-3). Ayrıca, e-tebligatın “uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir” (Teb. K. m. 7/a-5).

Türk Hukuku’na e-ilan şu şekilde eklenmiştir: Tebligat Kanunu’nun “İlan şekli” başlıklı maddesinin birinci bendinde, “ayrıca” ibaresi metinden çıkarılmış ve aynı bentte yer alan “gazetede” ibaresi “gazetede ve ayrıca elektronik ortamda” olarak değiştirilmiştir. Buna göre, ilan suretiyle tebliğin, muhatabın öğrenebileceği umut edilen yerde ve tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde dağıtılan bir gazetede yapılması yeterli değildir. Gazeteyle ilan yanı sıra, e-ilan da yapılmalıdır (Teb. K. m. 29). Demek ki, e-ilan, mevcut ilan yoluna, yani gazeteyle ilana, yeni bir yolun eklenmesinden ibarettir.

Kanunların ratio legis’i bölümsel değildir; kanunlar, bütünsel ve sosyal amaçlarla yapılmaktadır⁴³. Türk Hukuku’ndaki e-tebligata ilişkin hükümlerin de böyle olduğu sonucuna varılabilir. Bütünsel amacın, adli işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi sayesinde hız ve saydamlığın sağlanması ve sergilecek bu yeni imajla kamuoyunda adaletle güvenin tesis edilmesi olduğu düşünülebilir⁴⁴. Her ne kadar, tebliğin muhatabı yönünden gerçek ve tüzel kişi

43 Tutumlu M. A., Medenî Usul Hukuku Sorunları, C. 1, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 28.

44 Yücel M. T., Türkiye’de Yargının Etkinliği, TBBD, Y. 1996, S. 1, s. 27-63, s. 28, 15.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1996-19961-916.pdf adresinden erişildi.

ayırımına gidilmiş olsa da, yeni düzenlemenin amacı sosyal ve bütünseldir. Çünkü e-tebligat hükmünde, gerçek kişilerin ihtiyarı ayırımına gidilmekle, sosyal kaygılar yansıtılmış; gerçek ve tüzel kişiler birlikte düzenlenmekle, kişiler hukuku bütünsel boyutta dikkate alınmıştır. E-tebligatın, e-ilanla tamamlanmış olması da, kanun koyucunun bütünsel yaklaşımına işaret etmektedir.

2 - Mukayeseli Hukukun Sunulması

Tebliğat hukukunu oluşturan hükümler, Fransa’da, Medenî Usul Kanunu’na (Code de procédure civile)⁴⁵ ve diğer muhakeme kanunlarına; İsviçre’de, Ceza Usul Kanunu yanı sıra, Medenî Usul Kanunu ile Borçların ve İflasın Takibi Hakkında Federal Kanun’a serpiştirilmiştir⁴⁶. Alman Medenî Usul Kanunu’nda ise, kademeli geçiş öngörülmüştür⁴⁷.

Fransız Hukuku’nda, elektronik yolla tebligat (notification par voie électronique) ve elektronik yolla ilan (publicité par voie électronique), 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmek üzere Fransız Medenî Usul Kanunu’nun dört hükmüne eklenmiştir. Ticarî ve Medenî Duyuruların Resmî Bülteni (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales) şeklinde adlandırılan bir bülten bulunmaktadır. E-ilanlar, anılan e-bültende yapılmaktadır (CPCF. art. 1335/al.2). Miras hukuku bakımından, ölüm olgusunun ve net aktifin elektronik yolla ilan edilmesi yanı sıra, mirasçıların isimlerini belirleyen mahkeme kararının da elektronik yolla ilanı düzenlenmiştir (CPCF. art. 1355/1). Sözleşmelerin icra yoluyla devri konusunda, sözleşmenin devralınması kararının ilgili ekonomik operatörlerin (opérateurs économiques) tamamına elektronik yolla tebliğ edilmesi durumunda, on altı günlük sürenin on bir güne inmesi öngörülmüştür (CPCF. art. 1441-2/al.2). Hukukî yardım talebinin kabul edildiği hususunun elektronik yolla bildirilmesi sağlanmıştır (CPCF. art. 64-4/al.1). Avukat tutma zorunluluğu bulunan yargılamaların tamamında elektronik yolla haberleşme getirilmiştir (CPCF. art. 930-1/al.1).

45 Fransız Medenî Usul Kanunu’nun (Code de procédure civile) 1 Ekim 2011 tarihin uyarlanmış sürümüne (Version consolidée au 1 octobre 2011) 7.11.2011 tarihinde www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?ci=Texte=LEGITEXT000006070716 adresinden erişildi

46 İsviçre Hukuku’nda e-tebligatın usul hukuku dallarındaki gelişiminin kronolojik özeti 7.11.2011 tarihinde www.bfm.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/elektronische_uebermittlung.html adresinden erişildi.

47 Bu çalışmanın devamında, Alman Medenî Usul Kanunu naklen aktarılacaktır. Avusturya Hukuku’nda da, e-tebligatın yürürlüğe konulduğu yönünde bkz. Tanrikulu C., Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat, TBBD., S. 85, Y. 2009, s. 315-331, s. 323, vd.

İsviçre Hukuku'nda, Federal Adalet Ofisi'nin (Office fédéral de justice) 20 Temmuz 2009 tarihli yönetmelik projesi (projet d'ordonnance) ile e-tebligatın (communication par voie électronique) ilk adımı atılmıştır. Federal Konsey (Conseil fédéral) tarafından hazırlanan 18 Haziran 2010 tarihli Elektronik İletişim Hakkında Yönerge (Ordonnance sur la communication électronique)⁴⁸, e-tebligatın yürürlüğe girişini 1 Ocak 2011 tarihine ertelemiştir.

Elektronik İletişim Hakkında Yönerge, ceza, idarî yargılama ve medenî usul hukukları yanı sıra icra iflas hukukunu da kapsamaktadır. Anılan yönergede, tebligatın yapıldığı an düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nun aksine, e-tebligatın muhataba iletilmesinden itibaren ekstra süre tanınmamıştır; alıcı tarafından alındığı (e-posta adresine yüklendiği veya düştüğü) anda (au moment où elle est téléchargée par le destinataire) tebligatın yapıldığı kuralı getirilmiştir (OCE. art. 11/1). Ayrıca, tebliğ tarihine ilişkin diğer usul kanunlarındaki hükümlerin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir (OCE. art. 11/2). Kıyasen uygulanacak hükümler arasında, İsviçre Medenî Usul Kanunu'nun (Code de procédure civile suisse)⁴⁹ "Tebliğatın adresi (Domicile de notification)" başlıklı hükmü anılmaktadır (OCE. art. 11/2; CPCS. art. 138). Bu hükme göre, "hâkim, mutat meskeni veya yerleşim yeri yabancı ülkede olan taraflara, İsviçre'de tebliğat adresi seçmelerini emredebilir" (CPCS. art. 138).

İsviçre Medenî Usul Kanunu'nda, e-tebligata değinen beş hüküm tespit edilmiştir. "E-tebligatla bildirim (Notification par voie électronique) başlıklı hüküm, "ilgili kişinin kabulüyle, yargılamaya ilişkin işlemlerin e-tebligatla bildirilebileceğini" belirtmektedir (CPCS. art. 137/1). "Sürelere riayet edilmesi (Observation des délais) başlıklı hükme göre, "dilekçeler, mahkemeye, onun kalemine, İsviçre postasına, İsviçre büyükelçiliğine veya konsolosluğuna en geç sürenin son günü sunulmalıdır" (CPCS. art. 141/1). "Eğer bir dilekçe elektronik yolla iletiliyorsa, mahkemenin resmi elektronik adresinin ait olduğu bilişim sistemi, en geç sürenin son günü iletinin alındığını tasdik ederse, süreye uyulmuştur" (CPCS. art. 141/2). "Elektronik şekil altında belgeler (Actes sous forme électronique)" başlıklı hüküm, evrakların ve bunlara ekli parçaların, vesayet makam ve otoritelerine, elektronik şekil altında gönderilebileceğini; ancak vesayet makam ve otoritelerinin, evrakların ve bunlara ekli parçaların kâğıt formunda dokümanlar olarak gönderilmesini zorunlu koşabileceği yönündedir (CPCS. art. 33a). Yazıyla veya elektronik yolla bildirim (Notification

48 Elektronik İletişim Hakkında Yönerge'nin (Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite) 1 Ocak 2011 tarihli hâline (Etat le 1er janvier 2011) 5.11.2011 tarihinde www.admin.ch/ch/f/rs/2/272.1.fr.pdf adresinden erişildi.

49 İsviçre Medenî Usul Kanunu'na (Code de procédure civile suisse) 5.11.2011 tarihinde www.admin.ch/ch/f/ff/2006/7019.pdf adresinden erişildi.

par écrit et par voie électronique) başlıklı hüküm, vesayet makam ve otoritele-
rinin, haberleri, tedbirleri ve kararları ancak ilgili kişinin kabulüyle elektronik
yolla bildirebileceğini emretmektedir (CPCS. art. 34). Tarafların dilekçeleri
(Actes des parties) başlıklı bölümün, “Şekil (Forme) başlıklı hükmüne göre,
“dilekçeler, mahkemeye kâğıt veya elektronik doküman şekli altında ulaştırıla-
bilir. Dilekçeler imzalı olmalıdır” (CPCS. art. 128/1). “Elektronik şekil altında
iletildikleri zaman, dilekçeyi ve ona ekli parçaları ihtiva eden doküman, taşıyıcı
sistem (l’expéditeur) tarafından tanınan bir elektronik imzayla sertifikalan-
dırılmalıdır. Federal Konsey, dokümanın şeklini belirler” (CPCS. art. 128/2).
“Mahkeme, dilekçenin ve ona ekli parçaların, gerek kâğıt doküman şeklinde,
gerek elektronik yolla ulaştırılmasını şart koşabilir” (CPCS. art. 128/3).

Alman Medenî Usul Kanunu’nda kademeli geçiş öngörülmüştür (ZPO.
m. 174). Başlangıç itibariyle meslekî konumları gereği güvence veren belirli
kişi ve kurumlar arasında (avukatlar-baro-mahkemeler arasında) sınırlı olarak
elektronik yolla iletişime başlanmıştır (ZPO. m. 174/3). Ayrıca, Bilgisayar or-
tamında hazırlanan matbu telekopilerin yargılamanın taraflarına aktarılması
düzenlenmiştir (ZPO. m. 174/2). Alman doktrinine göre, kademeli geçişin se-
bebi, elektronik tapu sicili ile diğer otomatik uyarı sistemlerinin henüz yerleş-
memiş olmasıdır⁵⁰. Daha sonra, Almanya’da, “Vatandaş Portalı Kanun Tasa-
rısı” onaylanmıştır. Böylece, Alman vatandaşları, elektronik ortamda tebligat
hizmetlerine ve kamu ile birey arasında doküman değişimine imkân verecek
vatandaş portalından yararlanmaya başlamıştır. Bunun için, e-tebligatta kul-
lanılmak üzere, “de-mail” isimli kayıtlı e-posta hesabı alınmalıdır. Sistemde,
gönderi onaylama kaydı bulunmaktadır⁵¹.

3- Türk Hukuku ile Mukayeseli Hukukun Değerlendirilmesi

Türkiye’nin, e-tebligata geçişte, tercih ettiği yöntemin kademeli değil de,
ani nitelik arz etmesi, öngörüye olanak tanısa da; bilimsel eleştiriye henüz
izin vermemektedir⁵². Çünkü e-tebligata ilişkin düzenlemelerin yürürlük tarih
lerinden itibaren elde edilen sonuçlara göre eleştiri mümkün olacaktır. Oysa
doktrinde, sekiz yıl önce, Alman Tebligat Reformu Yasası’nın örnek alınma-

50 Kaplan Y., Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından
Almanya Örneği ve Türk Hukuku, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 199-227, s. 212-213,
4.10.2011 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2563.pdf> adresinden
erişildi.

Koca G., Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu Ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırıl-
masının Önemi, 5.6.2012 tarihinde <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3267>
adresinden erişildi.

51 [www.heise.de/security/Bundeskabinett-verabschiedet-Buergerportalgesetz-news/](http://www.heise.de/security/Bundeskabinett-verabschiedet-Buergerportalgesetz-news/meldung/126886)
meldung / 126886 (Erişim Tarihi: 07.06.2009); Tanrıku, s. 316, 317’den naklen.

52 “Elektronik adalet düzleminde işlemlerin yürütülmesi için gerekli hizmet-içi eğitim ya-
nında en azından bir yıllık deneme süresi öngörülmüştür”; Yücel, s. 29. Buradaki bir
yıllık pilot uygulama e-tebligata ilişkin olmayıp, UYAP sisteminin başlangıcına ilişkindir.

sı gerektiği savunulmuştur. Öyle ki, e-tebligatın, yalnız elektronik yolu kabul eden avukatlarla mahkemeler arasında uygulamaya açılması ve ilerisi için uygulama alanının genişletilmesi önerilmiştir⁵³. Türk Tebligat Hukuku, tek kanunla düzenlenmiştir, mukayeseli hukuktan farklı olarak, medeni, ceza, idari ve icra-iflas yargılama mevzuatlarına paylaştırma yoluyla kısım kısım düzenlenmiştir. Bu nedenle, ani geçiş yönteminin başarılı olacağı öngörülebilir. Ancak Türk Hukuku'nda, e-ilan öngörüldüğü halde, e-bülten düzenlenmemiştir. Bu noktada, Fransız Hukuku'ndaki gibi, e-ilanların "Ticarî ve Medenî Duyuruların Resmî Bülteni" şeklinde veya benzeri şekilde adlandırılan bir e-bültende yapılacağı düzenlenebilir (Teb. K. m. 29/1; CPCF. art. 1335/al.2).

Bireylere yapılacak e-tebligat açısından bir yıl; sermaye şirketlerine yapılacak e-tebligat açısından iki yıl hazırlık periyodu belirlemiştir. Değişiklik Kanunu'na göre, e-tebligatın alt yapısını kurma görevi de, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'ne yüklenmiştir (m. 1). Tebligat sisteminin işleyişinde, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü başrol üstlenmektedir (Teb. K. m. 1; Teb. Tüz. m. 1). Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü gerekli alt yapıyı 19.1.2012 tarihine kadar kurarak faaliyete geçirmekle yükümlüdür⁵⁴. Belirtildiği üzere, Tebligat Tüzüğü'nde değişiklik yapılmamıştır; yönetmelik çıkarılması planlanmıştır (Teb. K. m. 7/a-5). Tebligat Tüzüğü'nün eklerinde, davetiye, ihbarname ve mazbata örnekleri bulunmaktadır. Bu matbu formlar örnek alınmak suretiyle, elektronik yolda kullanılacak matbu telekopilerin oluşturulacağı öngörülmektedir⁵⁵. Tabii ki, taahhütlü ibaresi ile taahhüt numarası, tebellüğden imtina, hizmetli veya yetkiliye tebliğ, tebliğ memurunun imzası gibi e-tebligatın doğasına aykırı başlıklar kalkacaktır⁵⁶.

53 Yavuz, s. 227.

54 Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, e-tebligat konusundaki mevzuat değişikliklerini "Postada Yeni Çağ" başlığıyla kamuya duyurmaktadır. "E-Tebligat sisteminde, Kamu Kurum ve Kuruluşları ile tüzel ve özel tüm kişilerin üye olabileceği" belirtilmektedir. Kurumun teknik altyapısını tamamladığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yürütülen Yönetmelik çalışmalarının tamamlanması sonrasında kayıtlı e-posta hizmetlerini vermeye başlayacağı vaat edilmektedir. Bu sistemde, tebliğ çıkarmaya yetkili kılınan merciler, e-tebligat gönderebilecek aktif kullanıcılar; diğerleri ise, e-posta alabilen pasif kullanıcılar şeklinde adlandırılmaktadır. E-tebligatın "ne zaman ulaşacağı" ve "ücretinin ne kadar" olacağı sorularını yanıtlayan linkler, henüz hazırlık aşamasındadır.

Bu bilgilere, 3.11.2011 tarihinde www.ptt.gov.tr/?wapp=postalServices_tr&id=87922025-3E0F-46BC-8D1B-0F6AB7E0B8F4&upId=8EF0EF89-7E40-477D-B51F-314FF779D94A&open=8&im=7 adresinden erişildi.

55 Matbu form olan ihbarname ve davetiyelerin Posta ve Telgraf Teşkilatı'ndan ve/veya tebliği çıkaran mercilerden temin edildiği yönünde bkz. Ruhi, Tebligat Hukuku 2006, s. 46. Tebligat Tüzüğü'nün ekinde bulunan matbu formlara 4.10.2011 tarihinde www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/5043.html adresinden erişildi.

56 Doktrinde, tebellüğden imtina hakkında, halk arasında yanlış bir inanış bu

İsviçre Hukuku'nda, Elektronik İletişim Hakkında Yönerge'de, mahkemelere elektronik yolla ibraz edilecek dilekçeler bakımından, nitelikli sertifikaya (certificat qualifié) dayalı nitelikli elektronik imza (signature électronique qualifiée) kâfi görülmüştür (OCE. art. 7). Türk Hukuku'nda da, resmî mühür ve imza yerine, e-imza; adres yerine, e-posta adresi; taahhüt numarası yerine, e-posta numarası başlıklarının eklenmesi beklenebilir. Tebliğ memurunun imzasını içeren mazbata yerine, gönderildi ve alındı bilgilerinin geçeceği düşünülebilir.

IV- ELEKTRONİK TEBLİGATIN SAĞLAYACAĞI TASARRUFLAR

“Adalet esasına dayanmayan bir hukuk manzumesi temelsiz bir binaya benzer, hafif reaksiyonlarla yıkılır. Adaleti icraatına esas tutmayan bir iktidar fiilî bir kuvvet olur, başkaları onun yerini almak için mücadele eder”⁵⁷. Ancak artık hukuk düzenin adalet esasına dayanması kâfi gelmemekte; adalet hizmetlerinin güncel ihtiyaçlara paralel olarak maksimum kalitede sunulması beklenmektedir. Ülkemizde, davaların uzun sürmesi dolayısıyla mağduriyetten şikâyet edilmektedir. Uzun süren davaların baskın nedenlerinden biri, fizikî ortamda yapılan tebligatlarda yaşanan sıkıntılardır. Davaların makul sürede bitirilememesi adaleti zedeler. Çünkü herkesin makul sürede adaletle kavuşma hakkı vardır. Üstelik bu hak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda teminat altındadır (AY. m. 36, 19/7). Yargı da bu yönde görevlendirilmiştir (AY. m. 141).

Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı tarafından hazırlanan değerlendirme raporuna göre, e-tebligata geçişte toplumsal direnç ve birtakım tecrübesizliklerden kaynaklanan zorluklar yaşanabilir. Ancak uzun soluklu hesap yapıldığında, posta masrafları azalacak, tebligat işlemleri hızlanacak, davaların görülme süresi azalacak, bu sayede vatandaşın hayat kalitesi artacaktır. Ayrıca, e-tebligatın ekonomik bir rahatlama sağlayacağı da ifade edilmiştir. Vatandaş yanı sıra kamunun, önemli oranda kazanç elde edeceği vurgulanmıştır⁵⁸. Buna göre, e-tebligat, zaman ve malî kaynakların en elverişli şekilde değerlendirilmesine, ayrıca adaletin zamanında tecelli etmesine hizmet edecektir.

lunduğuna dikkat çekilmektedir. Tebligat evrakını almaktan, yani tebellüğden imtina eden kişinin durumu, tehlike anında kafasını kuma gömen deve kuşuna benzetilmektedir (Ruhi, Tebligat Hukuku 2006, s. 97; Ruhi, Tebligat Hukuku 2008, 466). Bu noktada, tebellüğden imtina olasılığını barındırmayan e-tebligat mertebesinde, söz konusu yanlış inanış mağdurlarının azalacağı ümit edilebilir.

57 Belgesay, s. 125.

58 Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı tarafından hazırlanan değerlendirme 7.2.2012 tarihinde www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=63701 adresinden erişildi.

1- Zaman Bakımından Tasarruf

Zaman insan yaşantısını çok yönlü ve güçlü bir şekilde etkileyen doğal bir olaydır. Zamanın, gerek sosyal hayatta, gerek hakların kazanılmasında ve kaybedilmesinde önemli rolü bulunmaktadır. Zaman böyle rol oynamaya başladığı takdirde, zaman olmaktan çıkıp süreye dönüşmektedir. Hukuk ilminde zaman, yargılamanın veya adaletin yavaşlığı üzerinden güncellik kazanmıştır. Çünkü gecikmiş adalet, adalet değildir, adaletsizliğin bizzat kendisidir. Adaletsizlik ise bir toplumda kamu vicdanını rahatsız eden unsurların başında gelir. Adaletin gecikmesi, istenmeyen zararların doğmasına neden olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılamada makul sürenin aşılmış aşılmadığını tespit ederken dikkate alacağı ilkeler belirlenmiştir (AIHS. m. 6). Henüz dava sonuçlanmamış olsa da, makul olmayan gecikme ortaya çıkmışsa, süreyle ilgili şikâyetler yargılama devam ederken de ileri sürülebilmektedir⁶⁰.

Tebliğat Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesinde, “her tebligatın yargılamada birkaç aylık süre kaybına sebebiyet verdiği düşünülürse, bunun sağlayacağı yararın, hem ekonomik hem de yargılamaya sağladığı katkı bakımından önemi açıktır. Adres kayıt sistemi esas alınarak ilgili maddelerde değişiklik yapılmış ve yenilikler getirilmiştir. Bu değişikliklerle, özellikle adil yargılamadaki makul süre unsurunun gerçekleşmesine önemli katkı sağlanacaktır” denilmektedir⁶¹.

“Kâğıtsız tebligat ortamında, bilgi ve belge alışverişi anlık denilebilecek kısa sürelerde gerçekleşmektedir”. Böylece, adli tip raporlarının dosyaya erişmesi, temyiz makamına dilekçelerin ulaşması çabuklaşacaktır. Temyiz yargılamasında, asıl dosyanın temyiz makamına gönderilmesine ve muvakkat dosya tutulmasına gerek kalmayacaktır. Dosyanın hızlı ve sağlıklı bir biçimde tekemmül etmesi sağlanacaktır⁶². Gerçekten, e-tebligat, zaman bakımından,

60 Odyakmaz, Hukukta zaman ve idari yargıda makul süre sorunu, 7.2.2012 tarihinde [www.humanlawjustice.gov.tr / Upload / Dergiler / taad2 / 152.pdf](http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad2/152.pdf) adresinden erişildi. Ayrıca bkz. Tanrıver, Adil Yargılanma, s. 191; Kaşıkara S. M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı, TBBD, S. 84, Y. 2009, s. 230-259, s. 231, 18.2.2012 tarihinde [http:// portal.ubap.org.tr / App_Themes / Dergi / 2009-84-549.pdf](http://portal.ubap.org.tr / App_Themes / Dergi / 2009-84-549.pdf) adresinden erişildi. Bıçak V., Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik, 18.2.2012 tarihinde www.kriminoloji.com / Ceza_Adaletinde_Kalite_Yonetimi.Bicak.htm adresinden erişildi.

61 Tebligat Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesi ne 7.2.2012 tarihinde www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/tblgtkantast.pdf adresinden erişildi.

62 Kökçam M., UYAP Uygulamaları, Mevzuattaki Gelişmeler ve E-İmza, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08.01.2008-11.01.2008, Bilişim ve Hukuk, C. 2, 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 504-513, s. 506.

ancak celse esnasında tebligatla kıyaslanabilir (Teb. K. m. 36; Teb. Tüz. m. 56).

E-tebligatın adlî mercilere kazandıracağı süre hesap edilebilir. Bir tebligatın posta yoluyla tebliğ edilmesinin en az on beş gün aldığı kabul edilirse, e-tebligatın anında muhatabın e-posta adresine ulaştığı ve beşinci günün sonunda yapılmış sayıldığı hesaba katıldığında, en az on günlük tasarruf ortaya çıkmaktadır. Tebliğ mazbatasının geri gelmesinin en az bir ay tuttuğu kabul edilirse, e-tebligatta tebliğ mazbatasının dosyaya geri gelmesi bakımından, en az yirmi beş gün kazanıldığı gündemde yerini bulmaktadır.

E-tebligatın kişilerin adlî mercilere başvurması bakımından kazandıracağı süre başında hesap edilmiştir. Buna göre, “başvurular, vatandaş tarafından şahsen savcılıklara gidilerek yapıldığı için, özellikle büyük şehirlerde önemli zaman, enerji ve maddî kayıplara yol açmakta, ilave trafik yoğunluğu oluşturmakta ve sonuç olarak bu başvurular için yol süreleri dâhil yaklaşık iki ile dört saat arasında zaman harcanmaktadır. Bu ise yıllık otuz ile yüz yirmi milyon saat zaman kaybı anlamına gelmektedir”⁶³. Sadece sabıka kayıtlarının e-posta ile gönderilmesinin bile, yılda yüz yirmi milyon saat tasarruf sağlayacağı; çünkü sabıka kaydı almak isteyenlerin, savcılıklara bizzat gidip gelerek kişi başına ortalama dört saat zaman harcadıkları belirlenmiştir⁶⁴.

2- İş Gücü ve Masraf Yönlerinden Tasarruf

Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un genel gerekçesinde, “yeni düzenlemeyle elektronik iletişimin sağladığı avantajlardan tebligat hukukunda da yararlanılması amaçlanmıştır. Çünkü elektronik iletişim, klasik yöntemlere göre çok daha süratli ve neredeyse maliyetsiz denilebilecek kadar ucuzdur” cümleleri yer almaktadır⁶⁵.

E-tebligat, elektronik kontrolle insan unsurundan kaynaklanan hataların en aza indirilmesine ve yapılan yanlışlıkların daha işlemi yaparken anında görülmesine imkân verecektir⁶⁶. Diğer taraftan, avukatların hak ettikleri meslekî itibara kavuşturulması, yargı reformunun zorunlu muhtevasından sayılmalıdır⁶⁷.

63 Bu bilgilere 7.2.2012 tarihinde http://medyatekstext.com/V1/Pg/NewsCityDetail/NewsID/297478/CityCode/v/CityName/Van/CountryID//CatID/6/Header/120_milyon_saatlik_tasarruf.html adresinden erişildi.

64 Bu bilgilere 7.2.2012 tarihinde <http://mansetgazete.mydizayn.com/haberokumasayfasi.aspx?sayfa=HaberDetay&Refno2=306> adresinden erişildi.

65 Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un genel gerekçesine, 12.11.2011 tarihinde www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/tblgtkantat.pdf adresinden erişildi.

66 Kökçam, s. 506.

67 Kaşıkara S. M., Avukatsız Yargı Reformu, TBBD, Y. 2011, S. 93, s. 340-360, 13.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-93-696.pdf adresinden erişildi.

E-tebligatın avukatlara işgücünden tasarruf sağlayacağı açıktır. Avukatlar, adliyeyi daha az ziyaret etmek zorunda kalacaklar; bürolarından dava dosyalarıyla ilgili pek çok işi halledebileceklerdir. Böylece, avukatların adliyeye gitmesini zorunlu kılan sebep, duruşmalardan ibaret olacaktır.

Almanya’da 2004 yılında yapılan bir araştırmada, Alman avukatların %80’inin bilgi edinmek için interneti kullandığı; yüz otuz sekiz bin Alman avukatın ücreti karşılığında servis sağlayıcılardan çeşitli elektronik hizmetler satın aldığı ortaya çıkmıştır⁶⁸. Türkiye’de benzeri bir araştırmaya rastlanmamıştır; ancak Türk avukatların da internetten aynı hacimde yararlandığı tahmin edilmektedir. Almanya İç İşleri Bakanlığı’nın hesaplarına göre, de-mail sistemi işlemeye başladığında senelik bir milyar ile bir buçuk milyar-Euro arasında tasarruf sağlayacaktır⁶⁹. Posta başına, posta masrafı, materyal masrafı ve süreç masrafı sıfır nokta altmış beş ile sıfır nokta doksan beş-Euro arasında değişmektedir. İdare tarafından elli gramın altında gönderilen yıllık posta, bir milyar üç yüz on üç bin adettir. Bunlardan %75’i e-tebligatla gönderilebilir. İdarî makamların gönderdiği postaların ise, %80’i e-tebligatla gönderebilir. Yani yedi yüz seksen sekiz milyon posta e-tebligatla gönderilebilir. Vatandaşın e-tebligat yolunu seçmesi, yıllık elli ile seksen milyon-Euro arası tasarruf demektir. İdare açısından yıllık tasarruf miktarı, beş yıl sonra yüz iki ile yüz elli milyon Euro arasındır. Beş yıldan sonra yıllık toplam bir nokta dört milyar Euro tasarruf öngörülmektedir. Görüldüğü üzere, e-tebligat için Almanya’da azımsanmayacak bir tasarruf miktarı öngörülmüştür⁷⁰.

Türkiye’ye gelindiğinde, Maliye Bakanlığı, e-tebligat sayesinde, teknolojiden faydalanmak suretiyle, hem maddî yönden, hem de işgücü yönünden tasarruf etmeyi amaçlamaktadır⁷¹. Diğer taraftan, 2004 yılında İzmir’de yapılan bilişim temalı 4. Türkiye İktisat Kongresi’nde, Adalet Bakanlığı yetkilileri tarafından, Ulusal Yargı Ağı Projesi⁷² ile e-tebligatın birleşmesi neticesinde, önemli ölçüde işgücü ve masraf tasarrufu elde edileceği açıklanmıştır⁷³. Benzer

68 Noack, Ulrich/Kremer, Sascha, Professionelle-Dienste für Juristen; Neue Juristische Wochenschrift (NJW); Sayı: 46; 2006; s. 3313; Tanrıkulu, s. 316’dan naklen.

69 www.heise.de/security/Bundeskaabinet-verabschiedet-Buergerportalgesetz-news/meldung/126886 (Erişim Tarihi: 07.06.2009); Tanrıkulu, s. 320’dan naklen.

70 Bu bilgilere 7.2.2012 tarihinde <http://www.kamudanhaberler.com/haber/makaleler/e-tebligata-gecerken-turkiye-ornegi/4378.html> adresinden erişildi.

71 Bu bilgilere 7.2.2012 tarihinde <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/104malicozum/15%20ayse%20ginali.pdf> adresinden erişildi.

72 UYAP sisteminin mevcut alt yapı bilgisi yanı sıra, gelecekte temin edilmesi öngörülen “Donanım Temini Aşamaları” hakkında ayrıntılı bilgilere 7.11.2011 tarihinde www.uyap.gov.tr/tanitim/altyapi.html adresinden erişildi.

73 Tanrıkulu, s. 320.

şekilde, elektronik kamu alımları platformu sayesinde, ihale dokümanı basım maliyetinden tasarrufun, on bir milyon-TL; tebligatların elektronik ortamda yapılmasından tasarrufun üç milyon-TL; ihale işlemlerinin daha kısa sürede tamamlanmasından sağlanacak tasarrufun, doksan dokuz milyon-TL; artan rekabet ve fiyat düşüşlerinden sağlanması beklenen tasarrufun, dört nokta altı milyar-TL; toplam yıllık tasarrufun, dört nokta yedi milyar-TL olacağı öngörülmüştür⁷⁴.

Nihayet, ülkemizin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları dolayısıyla borçlandığı veya ödemek zorunda kaldığı yüksek meblağlardan tasarruf edeceği eklenmelidir. Konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse, 8.6.1995 tarihli Sadi Mansur-Türkiye davasında, ülkemiz, altı yılda yargılamayı tamamlayamadığı için yüksek miktarda maddî ve manevî tazminat ödemek zorunda kalmıştır⁷⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine verdiği ilk kararın, yargılamanın makul sürede tamamlanmasına ilişkin olması oldukça ilginçtir. Nitekim söz konusu yılda, doktrinde, yasal düzenlemelerin yeterli olmayacağı, yargılamanın araç ve gereç bakımından yeniden yapılandırılmasının gerektiği ifade edilmiştir⁷⁶. Sadi Mansur-Türkiye davasında, tercümelerin elektronik ortamda dava dosyasına gönderilmiş olması ihtimalinde, böyle bir gecikme yaşanmayacağı varsayılabilir. Buna benzer Türkiye aleyhine verilmiş pek çok karar bulunmaktadır⁷⁷. Bu bakış açısında, e-tebligat sayesinde, makul sürede yargılanma hakkı sağlandıkça, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhindeki kararlarının sayıca azalacağı; dolayısıyla Devletin böylelerine masraflardan kurtulacağı düşünülebilir.

74 Bu bilgilere, 7.2.2012 tarihinde http://mobilsad.org.tr/img/ebulten/eb10/eb63_ekap.pdf ve www.bilisimdergisi.org/s131/pdf/154-157.pdf adreslerinden erişildi.

75 "Manevî zararlar açısından üç ay içinde 30.000 (otuz bin) Fransız Frangının ve masraf ve giderler için ise 14,106 (on dört bin yüz altı) frank mahsup edilmek üzere 30,000 (otuz bin) frangın davalı devlet tarafından başvurana ödenmesine ilişkin talebin kabulüne" şeklinde karar metnine 8.2.2012 tarihinde <http://aihmkararlari.blogspot.com/2006/10/mansur-trkiye-davasi.html> adresinden erişildi. Ayrıca bkz. Kaşıkara, s. 247.

76 Ünal Ş., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mansur-Türkiye Davası Dolayısıyla Verilmiş Olduğu 8 Haziran 1995 Tarihli Kararı, Anayasa Mahkemesi Bülteni, Nisan-Temmuz-Ekim 1995, Y. 2, S. 2-3-4, s. 1-6, s. 5, 6, 18.2.2012 tarihinde www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyaları/bulten/Y2SAY234.pdf adresinden erişildi.

77 Makul sürede yargılanma hakkının ihlali konusunda Türkiye aleyhine verilen kararlara 18.2.2012 tarihinde www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11803.htm ve www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/uygur.doc adreslerinden erişildi.

V- SONUÇ

Tebliğat Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesinde, “ancak, ne kadar ideal düzenleme yapılırsa yapılsın, bu konuda uygulamacıların bilgileri, tutumları ve eğitimleri önemlidir. Bu açıdan ilgililerin bu konudaki hassasiyeti, Tebligat Kanunu uygulamasının başarisında özel öneme sahiptir. Kanun tasarısında uygulamada yaşanan sorunları önleyebilecek en önemli değişiklik, adres kayıt sisteminin Tebligat Kanunu'na intibakının sağlanmasıdır” denilmek suretiyle e-tebligata geçiş aşamasında bir dizi aksaklıklarla karşılaşılabilceği çekincesi konulmuştur⁷⁸.

Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı tarafından hazırlanan değerlendirmeye raporunda da, benzer bir çekince yer almaktadır: e-tebligata geçişte toplumsal direnç ve birtakım tecrübesizliklerden kaynaklanan zorluklar yaşanabilir⁷⁹. Doktrinde de, “elektronik ortamda hukuken geçerli nasıl bir tebligat alt yapısı öngörülmüş olduğu noktasında ciddi eksiklikler olduğu” belirtilmiştir⁸⁰.

Bu çekincelere rağmen, e-tebligatın, elektronik olmayan tebligata oranla, kalıcı hiçbir dezavantajı olmadığı; aksine birçok avantajı bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu çekincelerin bilimsel açıdan mutlak geçerliliği bulunmamaktadır. Tabii ki, e-tebligata geçiş ve e-tebligatın benimsenmesi aşamalarında, bir dizi problem ortaya çıkabilir. Ancak olumsuz portreler çizmek yerine, muhtemel problemlerin en aza indirilmesi için çareler önerilmelidir. Öncelikle fiil ehliyetini haiz olan her Türk vatandaşının, e-devlet şifresi ve kayıtlı e-posta adresi edinmeye özendirilmesi gereklidir. Bunun için, ucuz, hızlı ve güvenilir internet hizmeti sunumunda devlet öncülük etmektedir⁸¹.

Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından gerekli alt yapının hazırlanması; e-devletin tapu sicili ve ticaret sicili ayaklarının tamamlanması; adli işlerde elektronik veri alışverişi sağlayan UYAP'ta alt yapının güçlendirilmesi zaman alacaktır. Esasen UYAP sistemi, bugünler öngörülerek yüksek veri depolama kapasitesiyle donatılmıştır. Ancak yüksek hacimli verinin yönetilmesi şu ana kadar problem teşkil etmiştir⁸². Anılan işler tamamlandığında

78 Tebligat Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesine 7.2.2012 tarihinde [www.kgm.adalet.gov.tr / basbakanlik / tblgtkantast.pdf](http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/tblgtkantast.pdf) adresinden erişildi.

79 Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı tarafından hazırlanan değerlendirmeye 7.2.2012 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=63701 adresinden erişildi.

80 Tanrıkulu, s. 322

81 Demirel D., E-devlet ve Dünya Örnekleri, Sayıştay Dergisi, S. 61, s. 83-118, s. 104, 11.11.2011 tarihinde www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der61m6.pdf adresinden erişilmiştir.

82 Yazıcı A., Bilişim Teknolojileri Açısından UYAP, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08.01.2008-11.01.2008, Bilişim ve Hukuk, C. 2, 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 453-464, s. 458.

ve sorunlar aşıldığında, e-tebligatın avantajlarının belirginleşeceği ümit edilmektedir.

Konuyu tüm ayrıntılarıyla düzenleyen Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle, isteğe bağlı e-tebligata, gerçek kişilerce rağbetin artacağı düşünülmektedir. E-tebligatın yargılamayı hızlandıracağı; taraf, şahit ve bilirkişilerin yargılamaya katılımlarını arttıracığı dikkate alındığında, somut olay adaletine daha çok yaklaşılabileceği öngörülebilir. E-tebligatın, muhatap dışında, ilgisi ve yetkisi olmayan kişilere tebligat yapılmasını engelleyeceği; iş gücü, zaman ve masraf açılarından önemli faydalar sağlayacağı açıklanmıştır. Böylece, e-tebligat, masraf, iş gücü ve zamandan tasarruf noktasında, fizibilitesi en yüksek tebligat yöntemi olarak ortaya çıkmakta; dolayısıyla adaletin kalitesinin artmasına doğrudan hizmet etmektedir.

YARARLANILAN ESERLER

Alangoya Yavuz H./Yıldırım Kâmil M./Yıldırım Deren Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2011.

Alptürk Ercan, Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergilendirilmesi, İstanbul, 2005.

Belgesay Mustafa Reşit, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, 1963.

Bıçak Vahit, Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik, 18.2.2012 tarihinde www.kriminoloji.com/Ceza_Adaletinde_Kalite_Yonetimi.Bicak.htm adresinden erişildi.

Çelik Lamih M., Yargı Kararları Işığında Tebligat Uygulamaları, 7.11.2011 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/makale_375.htm adresinden erişildi.

Deliduman Seyithan, Tebligat Hukuku Bilgisi, 1. Baskı, Ankara, 2002.

Demirel Demokaan, E-devlet ve Dünya Örnekleri, Sayıştay Dergisi, S. 61, s. 83-118, s. 104, 11.11.2011 tarihinde www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der61m6.pdf adresinden erişilmiştir.

Devlet Planlama Teşkilatı Koordinasyon Başkanlığı, Adalet Hizmetlerinde İyileştirmeler Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kuralları, Ankara, 1991.

Ayrıca bkz. Yaşamış F. D., Türkiye'de Yargının Tıkanma Nedenleri ve Yargı Reformu, Yeni Türkiye Dergisi, Y. 1996, S. 10, YRÖS, s. 305-313, s. 309; Öztekin S., Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye Dergisi, Y. 1996, S. 10, YRÖS, s. 494-502, s. 494, 500.
Aynı yönde bkz. Kabatepe, s. 86, 87.

Erdem Hüsnü Fazıl, İslam Hukukunda Adalet Kavramı ve Olgusu, İstanbul, 1992 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

Ermış Emre Çetin, Tebligat Hukuku, s. 1-14, s. 2, 3, 7.11.2011 tarihinde www.hinis.adalet.gov.tr/tebligathukuku.doc adresinden erişildi.

Güçlü Yaşar, Tebligat Hukuku, s. 1-90, s. 2, 7.11.2011 tarihinde www.hud.gen.tr/newsready.asp?id=511 adresinden erişildi.

Kabatepe Tacettin, Hukuk Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Makul Süre, Ankara, 2009 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 17.2.2012 tarihinde <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5499/6158.pdf> adresinden erişildi.

Kaçak Nazif, Tebligat Kanunu Şerhi ve Tüm Yönleriyle Tebligat, 1. Baskı, Ankara, 2004.

Kaşıkkara Sedat M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı, TBBD, S. 84, Y. 2009, s. 230-259, s. 231, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2009-84-549.pdf adresinden erişildi.

Kaşıkkara Sedat M., Avukatsız Yargı Reformu, TBBD, Y. 2011, S. 93, s. 340-360, 13.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-93-696.pdf adresinden erişildi.

Ertem Kerem İ., Adaletin Kalite Yönetimi, 7.2.2012 tarihinde <http://ibrahimkeremertem.blogcu.com/adaletin-kalite-yonetim/3469262> adresinden erişildi.

Koca Geylani, Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu Ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi, 5.6.2012 tarihinde <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3267> adresinden erişildi.

Kökçam Mustafa, UYAP Uygulamaları, Mevzuattaki Gelişmeler ve E-İmza, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08.01.2008-11.01.2008, Bilişim ve Hukuk, C. 2, 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 504-513.

Kuru Baki/Arsalan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medenî Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara, 2010.

Muşul Timuçin, Medenî Usul Hukuku (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara, 2009 (Temel Bilgiler).

Muşul Timuçin, Tebligat Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2008 (Tebligat).

Odyakmaz Zehra, Hukukta Zaman ve İdari Yargıda Makul Süre Sorunu, 7.2.2012 tarihinde <http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad2/152.pdf> adresinden erişildi.

Oymak Celal, Türk Yargı Sisteminde Yeniden Yapılanma Yargı ve Yargılamada Toplam Kalite, TBBD., Y. 1997, S.1, s. 49-60, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1997-19971-904.pdf adresinden erişildi.

Özbek Mustafa, Adalet Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, 7.11.2011 tarihinde www.turkhukuksitesi.com/makale_807.htm adresinden erişildi.

Özmen E. Saba, “Telefaks Cihazları (Faksimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medenî Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları”, ABD, Y. 1990, S. 1, s. 72-84.

Özok Özdemir, Yargıda Reform İddiaları ve Gerçekler, TBBD, Y. 2008, S. 77, s. 29-32, s. 32, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2008-77-431.pdf adresinden erişildi.

Öztek Selçuk, Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye Dergisi, Y. 1996, S. 10, YRÖS, s. 494-502.

Öztürk Hakan, Hukukçuların Eğitimi, TAAD, Y. 2010, S. 1/Nisan, s. 167-194, 12.2.1012 tarihinde, www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad1/74.pdf adresinden erişildi.

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medenî Usul Hukuku Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara (Temel Bilgiler).

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2011 (Medenî Usul Hukuku).

Postacıoğlu E. İlhan, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul, 1975.

Ruhi Cemal Ahmet, Tebligat Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2006 (Tebligat Hukuku 2006).

Ruhi Cemal Ahmet, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008 (Tebligat Hukuku 2008).

Ruhi Cemal Ahmet, Türkiye’den Yurt Dışına Yapılan Tebligat, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2 (Haziran 2003), s. 523-540, 7.11.2011 tarihinde http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_25.pdf adresinden erişildi (Yurt

Dışına Yapılan Tebligat).

Samast Yüksel, Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi, 7.2.2012 tarihinde <http://ab.org.tr/ab10/bildiri/202.pdf> adresinden erişildi.

Stadler Astrid, Uluslararası Tebligatta Biçimselliğin Prosessual Hakkaniyete Önceliği?, Çeviren: **Ruhi Cemal Ahmet**, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Kasım-2003, S. 21, s. 1-13, s. 10, 7.11.2011 tarihinde www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-4.htm adresinden erişildi.

Şenyüz Doğan, Vergi Usul Hukukunda Tebligat, 2. Baskı, Bursa, 1997.

Tanrıkulu Cengiz, Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat, TBBD., S. 85, Y. 2009, s. 315-331.

Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, Y. 2004, S. 53, s. 191-215, 18.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-53-44.pdf adresinden erişildi (Adil Yargılanma).

Tanrıver Süha, Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD, Y. 2000, C. 49, s. 67-83, 18.2.2012 tarihinde <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2000-49-01-04/AUHF-2000-49-01-04-icindekiler.pdf> adresinden erişildi (Önlemler Üzerine).

Tutumlu Mehmet Akif, Medenî Usul Hukuku Sorunları, C. 1, 3. Baskı, Ankara, 2010.

Uyar Talih, İcra Hukukunda Tebligat, İBD, Y. 2004, S. 2, s. 602-640.

Ünal Şeref, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mansur-Türkiye Davası Dolayısıyla Vermiş Olduğu 8 Haziran 1995 Tarihli Kararı, Anayasa Mahkemesi Bülteni, Nisan-Temmuz-Ekim 1995, Y. 2, S. 2-3-4, s. 1-6, s. 5, 6, 18.2.2012 tarihinde www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/bul-ten/Y2SAY234.pdf adresinden erişildi.

Yaşamış Firuz Demir, Türkiye'de Yargının Tıkanma Nedenleri ve Yargı Reformu, Yeni Türkiye Dergisi, Y. 1996, S. 10, YRÖS, s. 305-313.

Yazıcı Ali, Bilişim Teknolojileri Açısından UYAP, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08.01.2008-11.01.2008, Bilişim ve Hukuk, C. 2, 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 453-464.

Yılmaz Ejder, Kamulaştırma Kanunundaki Tebligat Hükümleri ve Tebli-

gat Kanununun Genellik Niteliği, s. 79-102, 7.11.2011 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/303/2858.pdf> adresinden erişildi (Kamulaştırma).

Yılmaz Ejder/Çağlar Tacar, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, 1999, Ankara (Tebligat Hukuku 1999).

Yılmaz Ejder/Çağlar Tacar, Tebligat Hukuku, 5. Baskı, 2007, Ankara (Tebligat Hukuku 2007).

Yücel Mustafa. T., Türkiye’de Yargının Etkinliği, TBBD, Y. 1996, S. 1, s. 27-63, s. 28, 15.2.2012 tarihinde http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1996-19961-916.pdf adresinden erişildi.

YARARLANILAN WEB SİTELERİ

<http://ab.org.tr>

<http://acikarsiv.ankara.edu.tr>

<http://archive.ismmmo.org.tr>

<http://dergiler.ankara.edu.tr/>

<http://hukuk.erzincan.edu.tr>

<http://mansetgazete.mydizayn.com>

<http://medyatekst.com>

<http://mobilsad.org.tr>

<http://portal.ubap.org.tr>

www.alomaliye.com

www.anayasa.gov.tr

www.barobirlik.org.tr

www.basin.adalet.gov.tr

www.bfm.admin.ch

www.bilisimdergisi.org

www.e-akademi.org.

www.hinis.adalet.gov.tr

www.hud.gen.tr
www.hukuki.net
www.humanlawjustice.gov.tr
www.inhak-bb.adalet.gov.tr
www.insanbilimleri.com
www.kamudanhaberler.com
www.kararara.com
www.kgm.adalet.gov.tr
www.legifrance.gouv.fr
www.mevzuat.adalet.gov.tr
www.sayistay.gov.tr
www.sgm.adalet.gov.tr
www.tbmm.gov.tr
www.tdk.gov.tr
www.turkhukuksitesi.com
www.uyap.gov.tr
www.yargitay.gov.tr

KISALTMALAR CETVELİ

ABD : Ankara Barosu Dergisi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
art : Article (Madde)
AY : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Bkz : Bakınız

C : Cilt

CD : Ceza Dairesi

CEPEJ : Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu

CPCF : Fransız Medenî Usul Kanunu

CPCS : İsviçre Medenî Usul Kanunu

Değişiklik Kanunu : Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

E : Esas

Yönetmelik Taslağı : Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı

e-tebligat : Elektronik tebligat

e-posta : Elektronik posta

ETYT : Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı

HD : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

K : Karar

m : Madde

OCE : Elektronik İletişim Hakkında Yönerge

s : sayfa

S : Sayı

T : Tarih

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Teb. K	: Tebligat Kanunu
Teb. Tüz	: Tebligat Tüzüğü
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Y	: Yıl
Yarg	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YRÖS	: Yargı Reformu Özel Sayısı
ZPO	: Alman Medenî Usul Kanunu

Türk Anayasa Yargısında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğü Durdurma: Hukuksal Metinlerde, Normatif ve Pozitif Bir Eksikliğin Giderilmesi Sorunu

■ **Serdar NARİN***

GİRİŞ

Anayasanın 2.maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğu kurala bağlanmaktadır. Türkiye Cumhuriyetinin anayasal düzeninde, yargı, yasama ve yürütmeyi hukuka bağlı kılmak ve hukuka aykırılıkları önlemek fonksiyonunu yüklenmiştir. Bu anayasal sistemde keyfi uygulama ve tutumların, hukuka aykırılıkların barınamayacağı ne kadar belirgin kılınırsa, toplumun güven duygusu o oranda artacaktır. Yasama ve yürütme işlemleri, hukuka uygunlukları yargı tarafından onaylandığı oranda güvenilirlik kazanırlar.¹

Yargı denetimi, demokratik hukuk devletinin temel bir unsurudur ve etkili bir denetime olanak tanıyan hukuksal araçların kullanımına açık tutulması ile güvence altına alınmıştır. Bu araçlarda yapılacak her türlü kısıtlama yargı denetiminin özüne dokunur ve anayasal dengeyi bozar. Sadece etkili bir yargısal denetim ile hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü geçerli kılınabilir. Anayasa yargısında, iptal davalarında, anayasallık denetiminde, etkili bir yargı denetiminde, yürürlüğü durdurma en önemli araçlardan biridir.²

Anayasa yargısında yürürlüğü durdurma, oldu bittilerle hukuk düzeninin zedelenmesini önleyerek tüm toplumu, üstün yetkili idareye karşı da bireyi korumaktadır.

* Yrd. Doç. Dr.Serdar Narin, DEÜ Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

1 GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2011,s.332-333; GÜRAN Sait, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", Anayasa Mahkemesinin 23.Kuruluş Yıldönümü, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:5, Ankara 1986, s.149-152.

2 GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2011,s.333; GÜRAN Sait, "Yürütmenin Durdurulması", s.149-152.

Yürürlüğün durdurulması, yargı denetim faaliyetinin özünde mündemiç olup, anayasal sistemde güç dengelerinin korunmasına önemli katkıda bulunmaktadır.³

Yürürlüğün durdurulması kararı Türk Anayasa Mahkemesinin içtihat yolu ile iptal davalarına ilişkin yargılama süreci esnasında ortaya çıkmış ve daha sonra mahkemelerce yapılan itiraz başvurularında da uygulanmaya başlamış, anayasa yargısına özgü bir kurumdur. Ne var ki bu kurumun Türk Anayasa Mahkemesince içtihat yolu ile kabul edilmesi sürecinde yoğun tartışmalar yaşanmakla birlikte, bu tartışmaların nedeni, yürürlüğün durdurulması kurumuna anayasa yargısında ihtiyaç duyulup duyulmadığı değil, Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun ile Anayasa Mahkemesine yürürlüğü durdurma yetkisi verilmemiş iken, içtihat yoluyla Anayasa Mahkemesinin bu yetkiye sahip olduğunu kabul etmesinin hukuken mümkün olup olmadığı hususudur.⁴

Biz bu makalemizde yürürlüğün durdurulması kurumunu 1993 öncesi ve sonrası dönemde Türk Anayasa Mahkemesi içtihatları bağlamında inceledikten sonra, doktrindeki görüşleri değerlendireceğiz. Artık Türk Anayasa Mahkemesinin istikrarlı olarak başvurduğu bir karar türü olarak yürürlüğün durdurulması kararının koşullarını ortaya koyduktan sonra, kavramsal zeminde, anayasa yargısındaki yürürlüğün durdurulması geçici tedbirine benzer bir tedbir olarak idari yargıdaki yürütmenin durdurulması kararını bilimsel olarak karşılaştıracamız. Yürürlüğü durdurma kararlarının hukuki niteliği, süresi ve bu kararlara itiraz edilip edilemeyeceği sorunu üzerinde fikirlerimizi açıkladıktan sonra, sonuçta yürürlüğün durdurulması kararının yargısal etkinlik açısından etkisini vurgulamak ve konunun normatif bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu bilimsel olarak tespit ederek makalemizi sonuçlandırmayı düşünüyoruz.

I. GENEL OLARAK

Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisi ile ilgili temel bir sorun, yukarıda kısaca zikrettiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesinin, anayasaya uygunluğunu denetlediği bir normun yürürlüğünü durdurup durduramayacağı sorunudur. Bizim anayasa yargısı sistemimizde, anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine götürülen normun, hukuk düzeninde yürürlük gücü devam eder.

3 GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2011,s.333; GÜ-RAN Sait, "Yürütmenin Durdurulması", s.149-152.

4 ALTAY Evren, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğün Durdurulması", Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Editörler: Mehmet Turhan-Hikmet Tülen, Ankara Ağustos 2006,s.359.

Bunun kesintiye uğraması ancak, esasa ilişkin bir karar verilmeden önce, Anayasa Mahkemesince bir ara kararı verilmesi ile mümkündür. Bunun için, “askıya alma, geçici tedbir, yürürlüğün durdurulması,” gibi kavramlar ve deyimler kullanılmaktadır.⁵

Yürürlüğün durdurulması, iptal davaları sürecinde yapılan anayasallık denetimi esnasında, Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki içtihadı ile ortaya çıkmış ve daha sonra ise, mahkemelerce yapılan itiraz başvuruları yönünden de uygulanmaya başlanmış olan ve anayasa yargısına özgü bir kurumdur. Bu konuda yaşanan görüş ayrılığının nedeni, “yürürlüğün durdurulması” kavramına anayasa yargısı sistemimizde ihtiyaç olup olmadığı değil, Anayasa ve ilgili kuruluş kanununda, pozitif ve normatif olarak, “yürürlüğü durdurma” yetkisi verilmemiş iken, içtihat yolu ile Anayasa Mahkemesinin bu yetkiye sahip olduğunu kabul etmesinin hukuken mümkün olup olmadığı tartışmasıdır.⁶

Kanunların yürürlüğünün durdurulması ile ilgili olarak, Türk Anayasa Hukukunda, Anayasa, 2949 sayılı eski Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve de 30 Mart 2011 tarihli 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’da, Türk Anayasa Mahkemesinin Anayasa’ya uygunluk denetimi yaptığı sırada, yürürlüğü durdurabileceğine dair açık bir kural, normatif bir dayanak yer almamaktadır.⁷ Kanunda bir hüküm bulunmamasından ötürü,

5 KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7.Baskı, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 48, Eylül 2011, İstanbul, s.368.

6 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.359.

7 TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 13.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ağustos 2009, İstanbul, s.226-227; ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.455-456; KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, s.369; Federal Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, (m.32/1) bazı koşulların varlığı halinde, Federal Anayasa Mahkemesinin, yürütmenin durdurulmasına karar verebilmesini kabul etmiştir. Bu maddeye göre, “Federal Anayasa Mahkemesi, bir uyumsuzluk sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için, ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda, geçici tedbir kararıyla bir durumu geçici olarak düzenleyebilir; bkz.SABUNCU Yavuz, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, Amme İdaresi Dergisi, C:17, S:2, s.76; bkz.DOĞAN İlyas, “Alman Ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma”, İstanbul 1997, s.109; bkz.YILDIZ Mustafa, “Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.60; bkz.KIRATLI Metin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, A.Ü.S.B.F., No:162-144, Sevinç Matbaası, Ankara 1963, s.37; GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2011, s.328-329. Alman Anayasa Yargısında, Anayasal prosedür, bu hükümden de anlaşıldığı gibi, yargılama hukuku

Türk Anayasa yargısında, özellikle iptal davaları dolayısıyla, geçici bir önlem olarak, Anayasaya aykırılığı iddia olunan yasanın yürürlüğünün durdurulup durdurulamayacağı tartışmalıdır.⁸

genel kuramının, özellikle de yönetsel yargılama usulünün, bir olanağını, yetkili yargı yerinin, son kararı vermesine kadar, bir durumu geçici olarak düzenlemek için kullanılmaktadır. Alman hukukunda önlemler geçici bir tedbir olarak alınmaktadır. Ne var ki, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, yasa tarafından kendisine tanınmış olan bu olanağı büyük bir özen ve ihtiyatla kullanmaktadır. Mahkemeye göre, hukuksal sorun nihai bir çözüme kavuşturulmadığı sürece, geçici tedbir, güçler ayrılığına zarar verme tehlikesi yaratır. Bu nedenle, anayasaya aykırılığı iddia olunan işlem bir yasa ise, geçici tedbir ancak istisnai olarak kabul görebilir. Bu durumda da, ekonomik ya da kişisel zarar gerekçesi, bir yasanın yürütülmesinin durdurulması için yeterli sayılamaz. Bunun için kamu zararı gerekir; ÇAĞLAR Bakır, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Sentetik Bir Deneme İçin Notlar.", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1987, s.182; ABD'de, tarafların, bir kanunun, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla uygulanmamasını isteme hakkı vardır. Yargısal emirlerde ise (injunction), hem idarenin işlemlerine karşı, hem de kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası halinde mahkemelerin yargısal emir vermek yetkisi vardır. Yargısal emirlerde mahkeme, hem yürütmeyi, hem de yürürlüğü durdurabilir. Kanunların yürürlüğünün durdurulması, İngiltere kaynaklıdır. Hakkaniyet kavramından doğmuş bir usuldür. Bireyler, kendisine uygulanması olası olan ve uygulandığı takdirde daha sonra altından kalkılması mümkün olmayan, tamiri imkânsız zararlar doğuracak bir kanunun, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, mahkemeye başvurabilir ve mahkemeden uygulanmamaya ilişkin bir emir isteyebilir; ODYAKMAZ Zehra, "Yürürlüğü Durdurma", Anayasa Yargısı 12, Nisan 1995, s.150; ARSEL İlhan, Amerikan Anayasası Ve Federal Yüksek Mahkeme, Ankara 1958, s.165-166; FEYZİOĞLU Turhan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi, Ankara 1951, s.180-186; Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi de, Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanun'un 80.maddesi gereği, dava konusu olan norm hakkında belirli şartlar altında asıl kararını vermeden önce, "geçici tedbirler" alabilir. Polonya'da, 1 Ağustos 1997 tarihli, Polonya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 50.maddesi bağlamında, Anayasa Mahkemesi belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda uygulamayı durduran veya askıya alan bir ön karar verebilir. Hırvatistan'da ise, Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanununun 18.maddesine göre, Anayasa Mahkemesi belirli koşulların varlığı halinde, denetlediği işlemin yürütülmesini geçici olarak durdurma yetkisine sahiptir. GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, 1.Baskı Haziran 2011, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, s.842-843; "Belçika'da, güçlü kanıtların ortaya konması halinde ve başvuru konusu olan hükmün derhal uygulanması, giderilmesi güç ciddi sakıncalar yaratma riskini beraberinde taşıyorsa Hakem Divanı, normu askıya alabilir. Her iki koşul birlikte mevcut olmalıdır. İspanya'da, Anayasa Mahkemesi, gerek kendiliğinden, gerekse başvuru sahibinin istemesi üzerine, başvuru konusu olan işlemin icrası "amparo'nun" varlık nedenini ortadan kaldırma sakıncasını taşıyorsa, işlemi askıya alır. (AYM Yasası, md.56) Portekiz'de, ilgililerin istemi üzerine, Anayasa Mahkemesi bir önlem olarak iptali istenen işlemin etkililiğini askıya alabilir (md.103-E) Mukayeseli hukuk örneklerinde görüldüğü gibi, askıya alma işlemi, genellikle, bireylerin doğrudan başvurularına ilişkin işlemlerde söz konusu olmakta ve yasal bir dayanağa sahip bulunmaktadır. KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, s.368

8 Bu konudaki tartışmalar için bkz. NARİN Serdar, Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Hukuksal Yaptırımı Ve Etkisi, Dokuz Eylül

Yürürlüğün durdurulması kararları, idare hukukunda, idari yargı teşkilatı açısından, hem normatif olarak hüküm altına alınmış hem de mahkeme kararlarında uygulama bulmuştur⁹. İdari yargı açısından yürütmenin durdurulması tedbiri, Anayasanın 125.maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesinde pozitif dayanağını ve normatif içeriğini bulmaktadır.¹⁰

Aslında konu Türk Anayasa Yargısı sistemi açısından çok büyük bir önem taşımaktadır. Zira Türk Anayasa Mahkemesi Sisteminde, denetime tabi bir normun iptali için dava açılması, söz konusu normun uygulanmasını engellemez. Başka bir deyişle, iptal davası sürerken, uyumsuzluk konusu norma dayanarak yeni hukuki durumlar yaratılabilir.¹¹

-
- Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001, s.44 vd.; bkz.KÖKÜSARI İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, XII Levha Yayıncılık A.Ş., 1.Baskı İstanbul, Ekim 2009, s.149-150 vd.; bkz.RUHİ Emin, "Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", Atatürk Üniversitesi EHFD, AÜEHF'nin 10.Öğretim Yılına Armağan, Sayı 1-4, C V, 2001, s.129-130-131-132-133 vd.; AKYALÇIN Ahmet, "Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 23, Ankara 2006, s.46 vd; bkz. TEZİÇ Erdoğan, "Kanunun Yürürlüğünün Durdurulması", s.252; ŞEKERCİ Ersin, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:45, 1988/3, s.358; SABUNCU Yavuz, "Tebdir", s.76-86; GÖREN Zafer, "Türk Ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları Ve Yürürlüğü Durdurma Kararları", Anayasa Yargısı, C:12, Ankara 1995, s.192-244; BİLGİN Pertev, "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması", Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995, s.170-190; ALİFENDİOĞLU Yılmaz, "Anayasa Yargısı", s.343-370; ALİFENDİOĞLU Yılmaz, "Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", Argumentum, Ocak-Şubat-Mart, S:46, 1995, s.107-120; ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, s.420-423; KABOĞLU Ö.İbrahim, Anayasa Yargısı, s.120-125; YILDIZ Mustafa, Geçici Tebdir, s.136-165; TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.211-214; GÜRAN Sait, "Anayasa Mahkemesinin İşlevi Ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması", Anayasa Yargısı 12, Ankara1995, s.193-198; GÜRAN Sait, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s.157-159; ODYAKMAZ Zehra, "Yürürlüğün Durdurulması", s.143-170; KORKUT Levent, Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", Amme İdaresi Dergisi, C:27, S:3, Eylül 1994, s.141-147; DOĞAN İlyas, Alman Hukukunda, s.10-110; DOĞAN İlyas, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğü Durdurmaya İlişkin Kararları Ve Sonuçları", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Nisan 1998, s.6-7-8; TUTUMLU A.Mehmet, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:5, Yıl:1989, s.746; SAN-CAR Mithat, "Yürütmenin Durdurulması Kurumu Ve Anayasa Yargısı", AİD, C:26, 1993-4, s.153-171; MEMİŞ Emin, "Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Boşluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:9, S:1-3, 1995, s.158-177.
- 9 KÖKÜSARI İsmail, Anayasa, s.150.
- 10 ÖZBUDUN Ergun, Anayasa, s.457-458; TANÖR Bülent-YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 9.Baskı, Beta Basım A.Ş, Eylül 2009, İstanbul s. 524.
- 11 TUTUMLU A.Mehmet, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine",

Yargılama sonucunda söz konusu norm, iptal edilse bile, hukuk düzeninde meydana getirdiği sonuçlar yaşamaya devam edecektir. Çünkü Türk Anayasa Yargısında iptal kararları ex tunc (geriye yürüten) değil ex nunc (ileriye yürüten) bir etkiye sahiptir. Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesi iptal kararları geriye yürümez. Geriye yürümezlik kuralının, kazanılmış haklar ve hukuki güvenlik gibi düşüncelere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilen yasa, gerekçeli kararın yayımlandığı güne kadar veya kararla belirlenen daha sonraki bir tarihe kadar yürürlükte kalır ve ancak bu tarihten itibaren yürürlükten kalkar. Zira Anayasa Mahkemesi takdir hakkını kullanıp daha sonraki bir tarihi iptal kararının yürürlük tarihi olarak belirleyebilir. Bu ise kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren 1 yılı aşmaz.¹²

Türkiye’de olduğu gibi pek çok mukayeseli hukuk örneklerinde de, iptal kararları geriye yürümez. Anayasa mahkemelerinin iptal kararları kural olarak, resmi gazetede yayımlandıkları günde yürürlüğe girerler ve aynı gün iptal edilen kanun yürürlükten kalkar. İptal davalarında sonuca varılması, gerekçeli kararların yazılıp resmi gazetede yayımlanması ve kanunun yürürlükten kalkması aylar, yıllar gibi uzun zaman süreci alabilir. Gerçekten de, kanunların yürürlüğünün durdurulması sorunu, bir yandan Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesinden önceki, öte yandan da, iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasına değin geçen süreler olmak üzere iki aşamada düşünülebilir. Anayasa’ya aykırı olan ve sonuçta iptal edilecek olan bir yasa, uzunca bir zaman diliminde yürürlükte kalabilir. Kanun bu süreçlerde uygulanmaya devam ettiği için, iptal kararlarının pratikte etkisi kalmayacaktır. Bu durumların ortaya çıkmasını engellemek adına, anayasa mahkemeleri iptal kararı vermeden önce kanunların yürütülmesinin durdurulmasına karar verebilecek midir?¹³

Türk Anayasa Mahkemesi, 1993 yılından beri, içtihat yolu ile yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir. Mahkeme konu ile ilgili kararlarında, “Kanun, KHK ve TBMM İçtüzüğü’nün” yürürlüğünün durdurulabileceğini kabul etmektedir.

s.746; Norm denetiminde, yürürlüğün durdurulması ihtiyacı, iptal kararının verilmesinden önceki aşama ile iptal kararının verildiği tarih ile bu kararın gerekçeli olarak Resmi Gazetede yayımlandığı tarih arasında, belirgin olarak önem kazanmaktadır; TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, s.211; bkz. ARMAĞAN Servet, Anayasa Mahkemesimizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1967, s.1-32.

12 GÖREN Zafer, Anayasa 328; KANADOĞLU Korkut, Beta Basım Yayım, Yayım No:1467, 1.Baskı-Nisan 2004 İstanbul, s.271-282 vd; GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s.842.

13 GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s.842; TEZİÇ Erdoğan, Anayasa, 227.

Yürürlüğün durdurulması yetkisini, iptal davalarında kullanılacak bir yetki olarak gören Türk Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı, Anayasa’da denetimi öngörülen iki parlamento kararı olan; “ Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması” ve de “TBMM Üyeliğinin Düşmesi” ne ilişkin parlamento kararları açısından bir yürürlüğün durdurulması engeli olarak anlaşılamaz. Bu iki parlamento kararına dair yapılan iptal başvuruları, anayasa yargısı bağlamında dar ve teknik anlamda, “iptal davasının” kapsamında yer almamakla birlikte, “ ..nitelikleri itibarıyla birer iptal davası olmaları dolayısıyla, iptal davalarına ilişkin yargılama usulünün bir aracı ve iptal yetkisinin doğal sonucu olan “yürürlüğü durdurma” kurumunun bu başvurular yönünden de geçerli olduğu söylenebilir ne var ki, söz konusu kararlara yönelik iptal istemlerinin on beş gün içinde karara bağlanacağına dair Anayasa’nın 85.maddesi hükmü, yürürlüğün durdurulması kurumunun bu başvurulara uygulanmasına ihtiyaç duyulmamasına yol açacak niteliktedir.”¹⁴

“Yürürlüğün durdurulması” kurumunun, siyasi partilerin mali denetimleri ile siyasi partilerin kapatılmaları davalarında ve Yüce Divan sıfatıyla yapılan ceza yargılamalarında kullanılması ve uygulanması, bu karar türünün niteliği gereği olanaklı bulunmamaktadır.¹⁵

Yürürlüğün durdurulması bir koruma tedbiri olarak düşünülebilir. Hukukun pek çok dalında, yargılamanın amacına ulaşabilmesi için, farklı biçimlerde koruma önlemleri alınması, yargılamanın selameti açısından bir zorunluluk olabilmektedir: İhtiyati tedbir, müsadere, tehiri icra gibi. Anayasa yargılamasında da bu koruma ihtiyacı ortaya çıkabilir.¹⁶ Biz bu makalemizde, konuyu ülkemiz anayasa yargısı sistemi, anayasal mevzuatımız ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihatları açısından değerlendireceğiz.

14 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.360.

15 “Halkın Demokrasi Partisinin kapatılmasına karar verilmesi istemiyle açılan davada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, “yürütmenin durdurulması” veya her ne şekilde adlandırılırsa adlandırılın verilecek bir “tedbir” kararı ile, Halkın Demokrasi Partisi’nin 18.04.1999 günü yapılacak seçimlere katılmasının engellenmesi hususun da bir karar verilmesi”, talebi hakkında Anayasa Mahkemesince verilen kararda, yürürlüğün durdurulması kurumunun, Anayasa’ya aykırılık denetimi ile ilgili olması nedeniyle siyasi partiler hakkında açılan kapatma davalarında uygulanma olanağının bulunmadığı belirtilmiştir. E.1999/1, K.2003/1, Anayasa Mahkemesi Siyasi Parti Kapatma Kararı, 13.03.2003, RG: 19.07.2003-25173, ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.360.

16 TEZİÇ Erdoğan, Anayasa, 227.

II. TÜRK ANAYASA YARGISINDA YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA SORUNU, ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI, DOKTRİN GÖRÜŞLERİ

A. 1993 Öncesi Dönemde Yürürlüğü Durdurma

Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine ilişkin davaya bakarken, dava konusu kanunun uygulanmasını durduran geçici tedbire ilişkin açık bir yetki Anayasa Mahkemesine tanınmamıştır¹⁷. Peki, Anayasa Mahkemesi, içtihat yoluyla kanunların yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin karar verebilir mi?

1961 Anayasası döneminde, 22.04.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun gerekçesinde, konumuza ilişkin bir ipucu ortaya konmuştur. Buna göre, “Anayasa Mahkemesinin yeni bir müessese olduğu, bu itibarla konacak usul hükümlerinin ihtiyaca uygunluk derecesini şimdiden kestirmenin güç olacağı, kurulacak Anayasa Mahkemesinin vasfı itibarıyla karşılaşacağı usul meselelerini umumi esaslar dairesinde içtihat yoluyla kolaylıkla çözebileceği düşünülerek bu sahada kapsayıcı bir düzenlemeden kaçınıldığı” belirtilmiştir.¹⁸

Böylece Türk Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, ihtiyaca göre, usule ilişkin konularda, içtihatlar geliştirebilmekteydi. Zira içtihat geliştirebilme kapasitesi, 44 sayılı yasanın gerekçesinde açık tutulmuştur.¹⁹

17 DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.7; TUTUMLU A.Mehmet, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine”, s.746.

18 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 1.Dönem, C:4, S:54, s.1. (Aktaran: DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.7.)

19 Ne var ki, mukayeseli hukukta, Kara Avrupa’sı Anayasa Mahkemeleri, kendilerine tanınan yetkileri içtihatla genişletme yoluna gitmekten hep kaçınmışlardır; Kara Avrupa’sı, hukuk sistemindeki Roma hukuku etkisinin de bir sonucu olarak, kurumsal yetkileri sadece açık bir yasal temel varsa kullanılabilmektedir. Ancak bunun bir istisnasını kişi hak ve özgürlüklerinin korunması oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemeleleri, insan hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruma ve insan haklarını geliştirici yorumlarda bulunmakla görevli sayılmaktadır. Yani, Anayasada yer almasa bile, zamanın ve toplumsal gelişmeler sonucu ortaya çıkan bir insan hakkının, hukuk sisteminde dâhil olması için, ille de Anayasada açıkça yer verilmesi aranmamakta, Anayasa Mahkemelerinin yorum yolu ile bu yeni hakları Anayasal sisteme katmaya yetkili oldukları kabul edilmektedir; Anayasa Mahkemelerinin temel hakları koruyucu işlevi için bkz.TUNÇ Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı Ve Organları), Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.17,21,27-28; Anayasal haklar-anayasa yargısı ilişkisi için bkz. GÜLSOY Tevfik Mehmet, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri Ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.135-136; Temel hakların üstünlüğü, sınırlandırılması ve dengelenmesinde anayasa yargısının rolü için bkz. ERGÜL Ozan, Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.111-114 vd; DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.7-8; Bu bağlamda, yürürlüğün durdurulması kararının da Anayasal içtihat yolu ile verile-

Anayasal sistemimizde, yürürlüğü durdurma konusundaki ilk tartışmalar, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki “Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan’ın Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair” 17.03.1972 gün, 1576 sayılı kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında gündeme gelmiştir.²⁰

Ancak bu yöndeki talep Türk Anayasa Mahkemesince Anayasada kendisine açıkça böyle bir yetki tanınmadığı gerekçesi ile oy çokluğu ile geri çevrilmiştir. Mahkemeye göre, “.....Anayasa koyucunun Anayasa Mahkemesi için dava konusu olan kanunun yürürlüğünü durdurma yetkisini öngörmeyi düşünmediğini..... ortaya koyar. Anayasa Mahkemesinin, uygunluk denetimini yaptığı kanunun nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisini, yorum ve kıyaslamaya giderek, yasaca verilmemiş böyle bir yetki ile donatmasına olanak yoktur.” Karara muhalif kalan üç üye Recai Seçkin, Kani Vrana ve Şevket Müftügil, “maddi anlamdaki yani genel ve objektif kurallar koyan kanunlar hakkında böyle bir görev ve yetkinin varlığının söz konusu edilemeyeceğini, biçimsel anlamdaki kanunlar hakkında ise “Anayasa Mahkemesinin, kendisine açılan davada iptali istenen yasa kuralının uygulanmasını bazı özel ayırık hallerde durdurmaya karar verme görev ve yetkisinin var olduğunu” savunmuşlardır. Bu üyelere göre, “biçimsel yasaların konuları bakımından, yerine getirilmeleri halinde, artık geriye dönüşü olmayan kişisel bir sonuç doğurmaları olasılığı varsa, bunların uygulanmalarının bir süre durdurulmasına karar verme görev ve yetkisinin, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri içinde esasen var olduğunu kabul zorunlu olmaktadır. Kaldı ki, bir yasanın Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan Anayasamızın, daha hafif sonuçlar doğuracak olan, iptali dava edilen yasa kuralının uygulanmasını, belli ve ayırık hallerde, bir süre için erteleme yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü az, aksini gerektiren bir hüküm ve neden olmadıkça, bütünleştirdiği çoğun içinde her zaman vardır.” Karara muhalif kalan başka bir üye olan Muhittin Gürün, maddi kanun şekli kanun ayırımına da başvurmaksızın, “kanunun uygulanmasının durdurulmaması halinde geri dönülmesi mümkün olmayacak biçimde

bilmesinin tartışılması gerekmektedir. KORKUT Levent, “Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, s.141-147.

20 Davada, ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin birel nitelikli yasanın, yani idam kararının, uygulanmasının, esas karara ertelenmesi istenmekteydi. Bu istemin gerekçesi olarak da, esas hakkında karar verme yetkisi olan bir mahkemenin, esas kararı anlamsız bırakabilecek fiili durumların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, esas kararı güvenceye alacak ara kararlar alabileceği, savunulmaktaydı; DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.7; Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesinin uygunluk denetiminde bulunma yetkisinin, aynı zamanda, ara karar niteliğinde ki uygulamayı erteleme ya da durdurma kararı vermesini de kapsadığı savunulmakta idi; SANCAR Mithat, “Yürütmenin Durdurulması”, s.153-154-155.

Anayasaya aykırılık halinin meydana geleceği belli ise, Anayasa Mahkemesi, kesin karar kadar yürütmeyi durdurma kararı verebilir, hatta böyle bir kararı vermekle yükümlüdür. Zira bu yolda karar vermediği takdirde kişileri Anayasa himayesinden yoksun bırakmış olur, buna da yetkili değildir. Aksine bu himayeyi sağlamakla görevlidir.”²¹

Anayasa Mahkemesi, 1977 yılında verdiği bir kararında, denetlediği İçtüzük hükmünün yürürlüğünün durdurulması talebini de aynı gerekçelerle yetkisizlik yönünden reddetmiştir.²²

Türk Anayasal sisteminde, yürürlüğü durdurma ile ilgili sorun, 1982 Anayasası döneminde de yoğun olarak devam etmiştir. Bu tartışmalar, özellikle kamuoyunda “Araplara Mülk Satışı” olarak bilinen, yabancılara mülk satışını düzenleyen, 3029 sayılı yasa çevresinde yoğunluk kazanmıştır. Söz konusu yasa, Köy Kanunu ve Tapu Kanununda değişikliğe giderek, yabancılara mülk satışını kolaylaştırmakta ve özellikle bazı körfez ülkelerine, müteakabiliyet şartı aranmaksızın, gayrimenkul satışında kolaylıklar sağlanmasını mümkün kılmaktaydı²³. Anayasa Mahkemesi, iptal ettiği, fakat hakkındaki iptal kararını henüz yayınlamamış olduğu bu kanun hakkında, iptal kararı yayınlanıncaya kadar, bir tedbir niteliğinde durdurulma talebini ret etmiştir. Bu kararda da, Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararlarındaki gerekçeleri tekrarlamış ve kanunun yürürlüğünün durdurulması gibi “çok ağır ve önemli sonuçlar doğurabilecek bir durumda, Yüksek Mahkemenin böyle bir karar verebilmesinin ancak Anayasa ile bu yetkinin kendisine açıkça tanınmış olması ile mümkün” olabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, “böyle bir yetkinin varlığını, yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamının yorumu yolu ile kabul etmeye de imkân görülmemektedir.”²⁴

B. 1993 Sonrası Dönemde Yürürlüğü Durdurma

Türk Anayasa Mahkemesi, yürürlüğü durdurma taleplerini geri çevirmedeki olumsuz tavrını, 1993 Ekim’ine kadar sürdürmüştür. Ancak, bu arada geçen

21 E.1972/13, K.1972/18, KT:06.04.1972, AMKD, S:10, s.282-309-316.

22 E.1977/60, K.1977/81, KT:24.05.1977, AMKD, S:15, s.370.

23 İlgili karar hakkında tartışmalar için bkz Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.107-120; TANÖR Bülent-YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, s.526.

24 E.1985/659, K.1985/4, KT:01.08.1985, AMKD, S:21, s.263-267; Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması istemli bu davada, iptal kararı vermesine karşın, yürürlüğü durdurmadığından, iptal kararının basında duyulması ile Resmi Gazetede yayımlandığı dönem arasında satışlar devam etmiştir; Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, s.344; Anayasa Mahkemesi benzer gerekçelerle, İstanbul Boğazındaki özel nitelikli kaçak yapıları, hukuka uygun kılmayı amaçlayan, 3290 sayılı yasanın iptalinde de, yürürlüğün durdurulması istemini reddetmiştir. E.1988/61, K.1989/28, KT:28.06.1989, AMKD, S:25, s.322-330; TANÖR Bülent-YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 526.

uzun zaman zarfında, bu mahkemenin, böyle bir yetkisi bulunup bulunmadığı konusunda tartışmalar yoğun bir şekilde sürmüştür.²⁵

Türk Anayasa Mahkemesi bu tartışmalara, PTT'nin özelleştirilmesi ile ilgili yasal düzenlemeler hakkında ilk kez yürürlüğü durdurma kararı vererek yeni bir boyut katmış ve içtihat değişikliğine gitmiştir; Anayasa Mahkemesi, 20.08.1993 günlü ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin" Anayasaya aykırılığı savıyla iptali ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar KHK'nin yürürlüğünün durdurulması istemi ile açılan davada, KHK'nin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir.²⁶

Anayasa Mahkemesi, içtihadi yetki yoluyla kendisine tanıdığı yürürlüğün durdurulmasına ilişkin bu kararının gerekçesini daha sonra verdiği bir kararında açıklamış ve yürürlüğün durdurulması konusunda yetkili olduğunu, hukuk devleti, hak arama özgürlüğü ve hukukun üstünlüğü bağlamında,²⁷ şu argümanlara dayanarak netleştirmiştir²⁸: (1) Etkinlik Sağlama, "Yargı yetkisinin etkinliği, karar verme aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, yürütmeyi durdurma önlemi bu eksiksiz kullanma kapsamında yer alır. Anayasa yargısının görevi Anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktır. Bunun da yolu yürürlüğün durdurulması kararı verilebilmesinden geçer." (2) Dava Kavramı, "Dava kavramının içinde yürütmenin durdurulması da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlanma ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili bir organın davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü yargı yetkisinin eksiksiz kullanılmasıyla bağdaşmaz. (3) İhtiyati Tedbir, "İster özel hukuk, ister kamu hukuku uyumsuzluklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile önlem yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur. Gerçekten de her hukuk alanında da yargılamanın amacına ulaşabilmesi için farklı adlar altında çeşitli koruma önlemleri getirilmiştir. İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, yürürlüğü durdurma bu önlemlere örnek gösterilebilir. Anayasa yargısı yönünden de bunun kabulü kaçınılmazdır." (4) Yasa koyucunun, daha

25 KABOĞLU Ö.İbrahim, Anayasa Yargısı, s.120-125.

26 Bu karar için bkz.E.1993/33, K.1993/40-1, KT:21.10.1993, AMKD, S:29, C:1, s.563-563.

27 KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, s.123.

28 KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, s.369;

Bu karar için bkz.E.1993/33, K.1993/40-2, KT:21.10.1993, AMKD, S:29, C:1, s.564-604. İlgili gerekçeler ve tartışmalar için bkz. ALTAY Evren, "Yürürlüğün Durdurulması", s.359-360-369-370 vd.

hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olması, “Bir yasanın Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan Anayasa ve yasa koyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir. Çoğun içinde tersine hüküm ve neden olmadıkça, az her zaman vardır.” (5) Hukuk Boşluğu Ve Hâkimin Bu Boşluğu Doldurabilmesi, “Yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılması için kuşkusuz ideal olan bunun Anayasa ya da yasalarda açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da bu konuda herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin uygulamayı durdurma yetkisi konusunda yazılı kurallarda bir boşluk olduğu açıktır. Yasalarda açık hüküm bulunmaması durumlarında yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür. Anayasanın 138.maddesinin birinci fıkrasında, bu görüşe uygun biçimde yargıçların Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. Genel nitelikte bir yasa olan Medeni Yasanın 1.maddesinde hakkında hüküm bulunmayan meselelerde hâkim, örf ve âdete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi, bu meseleye nasıl bir kural koyacak idi ise ona göre hükmeder ilkesi yer almıştır. Bu kuralın ceza hukuku dışında kamu hukukunun öbür alanlarında da geçerli olduğu görüşünü Anayasanın 138.maddesi de desteklemektedir.” (6) Yetkinin Tanınması Değil, Yasaklanmamış Olması Aranmalıdır, “Anayasa Mahkemesi kararını verirken, bu yetkinin kendisine tanınıp tanınmadığını değil, yetkiyi yasaklayan bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.”

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin, davayı Anayasa Mahkemesi kararına kadar geri bırakabilmesini bir tür yürürlüğün durdurulması olarak niteleyen Anayasa Mahkemesine göre, bu yetkinin kendisine tanınmaması düşünülemez. Norm denetimi sırasında, insan yaşamının, devletin ve ulusun yüksek çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda kararlarıyla gerekli önlemi alma yükümlülüğünü, hukukilik ölçütünü de aşarak belirten Anayasa Mahkemesi, yasama organının, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı konuyu, benzer içerikte yeniden yasalastırması olgusuna işaretlerle, yürürlüğün durdurulmasını gereklilik ve önemi açısından da ortaya koymaktadır.²⁹

Anayasa Mahkemesi, 2.yürürlüğü durdurma kararını, 3974 sayılı Yasanın iptaline ilişkin davada 11.04.1994’te vermiştir. 15.06.1994 günlü kararında ise, 3987 sayılı Yasanın yürürlüğünü durdurma istemini reddetmiştir. O dönemde verdiği bazı kararlarında ise, 530 ve 546 sayılı KHK’nin yürürlüğünü dur-

29 E.1993/33, K.1993/40-2, KT:21.10.1993, AMKD, S:29, C:1, s.564-604; Bu ilke kararının yorumu için bkz.KABOĞLU Ö.İbrahim, Anayasa Yargısı, s.124.

dururken, 527, 528, 529, 532, 534, 535 ve 536 sayılı KHK'nin yürürlüğünü durdurma istemlerini reddetmiştir.³⁰

O dönemlerde 2000'li yılların başında Anayasa Mahkemesi, kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat, görev ve yetkilerine, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunların emeklilerinin mali ve sosyal haklarına ve kamu mali yönetimine ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak amacıyla, Bakanlar Kuruluna KHK çıkartma yetkisi veren 4588 sayılı Yasayı, Anayasaya aykırı olarak iptal etmiştir. Yüksek mahkeme, yasa maddelerinin iptalinin yanı sıra iptale ilişkin gerekçeli karar Resmi Gazetede yayınlanıncaya kadar iptal edilen maddelerin yürürlüğünü de durdurmuştur.³¹

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci

30 Bkz.KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, s.124.

31 Bu yasaya dayanılarak çıkarılmak istenen memurların meslekten ihracına ilişkin yeni düzenlemeler getiren 605 sayılı KHK taslağı ile T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Emlak Bankası A.Ş'nin yeniden yapılandırılarak özelleştirilmesinin sağlanmasını amaçlayan 620 sayılı KHK taslağı, Hükümet ile Cumhurbaşkanı arasında krize neden olmuştu. Fazilet Partisi, 4588 sayılı Yetki Yasası'nın anayasaya aykırılığını ileri sürerek iptal ve yürütmeyi durdurma istemiyle 20 Temmuz 2000 tarihinde Anayasa Mahkemesine başvurmuştu. Anayasa Mahkemesi, 5 Ekim'de aldığı kararla 4588 sayılı "Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat Görev ve Yetkilerine İlişkin Konularla Kamu Personeli arasındaki Ücret Dengesizliklerinin Giderilmesi ve Kamu Mali Yönetiminde Disiplinin Sağlanması İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanununun" tümünü iptal etmiştir.. Yüksek Mahkeme, iptale ilişkin gerekçeli karar Resmi Gazetede yayınlanıncaya kadar iptal edilen maddelerin yürürlüğünü de durdurmuştu. İptal kararı 3'e karşı 8 üyenin oyuyla verilmiştir. O dönemde Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili olan Haşim Kılıç, yaptığı açıklamada, yetki yasasının "Amaç ve Kapsamı" düzenleyen 1.maddesi ile "İlkeler Ve Yetki Süresini" düzenleyen 2.maddesinin iptal edildiğini söylemişti. Kılıç, yasanın yürürlük ve yürütme maddelerinin de uygulama olanağı kalmadığı için iptal edildiğini kaydetmişti. Kılıç, bu yasaya dayanılarak çıkarılan KHK'lar ile ilgili belirsizlik konusunda ise, "Hakkında iptal davası açılanları görüşeceğiz. İptal davası açılmamış KHK'lar ile ilgili ise eğer iki aylık dava açma süresi dolmamışsa iptal davası açılması gerekiyor" demişti. Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra hükümet, bu yetki yasasına dayanarak yeni kanun hükmünde kararname çıkaramamıştı. TBMM'de 30 Haziran 2000 tarihinde kabul edilen 4588 sayılı Yetki Yasası, 6 Temmuz 2000'de yürürlüğe girmişti. (Resmi Gazete 24101/Mükerrer) 6 ay süreli Yetki Yasası, 6 Ocak 2001'de yürürlükten kalkacaktı. Hükümet, Yetki Yasası'na dayanarak 20 KHK çıkardı. Fazilet Partisi ayrıca, Vakıflar Bankası'nın Özelleştirilmesi, Tarım Satış Kooperatifleri Birliği Yasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Ve Mühendis Ve Mimar Hakkında Kanun Ve Türk Mühendis Ve Mimarlar Odası Birliği hakkındaki KHK'ların iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle de dava açmıştı. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında dayanağı kalmayan Yetki Yasalarının iptalinin ardından açılan KHK'ların iptaline ilişkin davalarda esasa girmeden yetki yasası iptal edildiği için KHK'ları da iptal etmişti; bkz.www.belgenet.com.yetkiyasasi.htm; Hürriyet Gazetesi, 5-6.10.2000; iptal kararının gerekçesi için bkz.E.2000/45, K.2000/27, KT:05.10.2000, RG:28.10.2000, S:24214.

fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen son cümlede yer alan "alacaklının muvafakatı ve" ibaresi 12.1.2012 günlü, E. 2010/90, K. 2012/4 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına, 12.1.2012 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.³²

28.1.2010 günlü, 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin; üç ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasında yer alan "...otuz gün..." ibaresine yönelik iptal istemleri, 19.1.2012 günlü, E.2010/30, K.2012/7 sayılı kararla reddedildiğinden, bu hükümlere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin reddine, 19.1.2012 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.³³

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin, 8.12.2010 günlü, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen; 1- (1) numaralı fıkrasında yer alan "... altı aydan iki yıla kadar ..." ibaresine, 2- (2) numaralı fıkrasında yer alan "... üç aydan bir yıla kadar ..." ibaresine, ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından reddine, 24.2.2011 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.³⁴

25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son cümlesinin "Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismanına tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya;" bölümünün yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından reddine, 17.11.2011 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.³⁵

29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle

32 E. 2010/90, K. 2012/4, Karar Günü : 12.1.2012, R.G. Tarih-Sayı : 19.05.2012-28297.

33 E. 2010/30, K. 2012/7, Karar Günü : 19.1.2012, R.G. Tarih-Sayı : 19.05.2012-28297.

34 E. 2011/17, K. 2011/171, Karar Günü : 22.12.2011, R.G. Tarih-Sayı : 07.02.2012-28197.

35 E.: 2010/11, Karar Sayısı : 2011/153, Karar Günü : 17.11.2011, R.G. Tarih-Sayı : 14.02.2012-28204.

eklenen “... ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar ...” ibaresi, 3.11.2011 günlü, E.2010/75, K.2011/150 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına, 3.11.2011 gününde oybirliğiyle karar vermiştir.³⁶

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun: 1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; a- (a) bendinin “... bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ...” bölümüne, b- (d) bendinin “... uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak” bölümüne, c- (ı) bendinde yer alan “... her türlü ...” ibaresine, 2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine, 3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “... ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler” ibaresine, 4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesine, 5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesine, 6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasına, yönelik iptal istemleri, 2.6.2011 günlü, E. 2008/115, K. 2011/86 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin reddine, 2.6.2011 gününde oybirliğiyle karar vermiştir.³⁷

13.3.2008 günlü, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10. maddesiyle 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen; 1- 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... mektup, ...” sözcüğü, 2- 94/B maddesi mektupla oy kullanma yönünden, 29.5.2008 günlü, E. 2008/33, K. 2008/113 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu hükümlerin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar yürürlüklerinin durdurulmasına, 29.5.2008 gününde oybirliğiyle karar vermiştir.³⁸

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 5.6.2008 günlü, E.2008/16,

36 E. 2010/75, K. 2011/150, Karar Günü : 3.11.2011, R.G. Tarih-Sayı : 14.02.2012-28204.

37 E. 2008/115, Karar Sayısı : 2011/86, Karar Günü : 2.6.2011, R.G. Tarih-Sayı : 17.03.2012-28236

38 E. 2008/33, K.2008/15, Karar Günü : 29.5.2008, R.G.Tarih-Sayı:05.06.2008-26897.

K.2008/116 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu Kanun'un, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına, 5.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.³⁹

C.Türk Anayasa Yargısı Doktrinde Yaşanan Tartışmalar

Türk anayasa yargısı sisteminde, normatif ve pozitif bir dayanaktan yoksun olan bir karar türü olarak “yürürlüğü durdurma” kararının Türk Anayasa Mahkemesinin içtihadıyla ve yargı fonksiyonunun bir gereği olarak, Anayasanın bağlayıcılığının ve üstünlüğünün bir gereği olarak oluşturulduğunu tespit etmiştir. Ne var ki, Türk anayasa hukuku doktrinde bu içtihadı yetkinin varlığını ve doğruluğunu destekleyenler olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin yetki gaspına gittiğini ve pozitif hukuk düşüncesine aykırı olarak bir tutum takındığını ileri sürüp eleştirenler de bulunmaktadır. Konu güncel bir anayasa yargısı sorunu olmaya devam etmektedir zira yapılan 17 değişikliğe rağmen ne Anayasa’da ne de 30 Mart 2011 tarihli 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’da normatif bir düzenleme yapılmamıştır. Türkiye’nin seçkin anayasa hukukçuları karşıt zeminlerde değerli bilimsel görüşler ortaya koymaktadırlar. Biz burada farklı bilim adamı ve hukukçuların konuya ilişkin her biri birbirinden değerli ve bir o kadar da birbirinden farklı olan görüşlere değinmek istiyoruz.

Özbudun’a göre, gerek değişik 1961, gerek 1982 Anayasalarında, Anayasaya aykırı bulunan kanunun, iptal anında değil, gerekçeli iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı anda yürürlükten kalkması; hatta Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere ayrıca kararlaştırabilmesi, Anayasa koyucunun, kamu düzeni düşüncesiyle, Anayasaya aykırılığı saptanmış bir kanunun bile bir süre daha yürürlükte kalabilmesine imkân vermiş olduğunu göstermektedir. Bu durumda, Anayasa koyucunun, Anayasaya aykırılığı henüz hükme bağlanmamış bir kanunun yürürlüğünün durdurulması yetkisini, Anayasa Mahkemesine vermek istememiş olduğu sonucuna varılabilir. Ne var ki, kanunun uygulanması telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracak ve uygunluk denetiminin anlamını tamamen ortadan kaldıracaksa, Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulmasına karar verebilmektedir.⁴⁰

Özbudun’a göre, Anayasa ve kanunların vermediği bir yetki, yorum ve içtihat yolu ile ihdas edilemez. Özel hukukta olduğu gibi, kamu hukukunda

39 E. 2008/16, K.2008/16, Karar Günü : 5.6.2008, R.G. Tarih-Sayı :13.06.2008-26905

40 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, s.420-423.

yetki kullananlar, kanun boşluğunu dolduramazlar zira kamu otoriteleri ancak Anayasanın ve kanunların kendilerine tanıdığı yetkileri kullanabilirler.⁴¹

Kaboğlu'na göre, Anayasa Mahkemesinin kendini yetkili kıldığı yürürlüğü durdurma kararları üzerine şu saptamalar yapılabilir, “Birincisi, yürürlüğün durdurulması kararlarında öne çıkarılan öge, ilgili metnin “uygulanmasından doğabilecek ve ileride giderilmesi güç ve olanaksız durum ve zararları önlemektir”. Oysa Yüksek Mahkemenin bu ögeyi, ilgili metnin “Anayasaya aykırılığının açıkça görülmesi” ölçütü ile tamamlaması yerinde olur. İkincisi, Anayasa Mahkemesi kararlarında kimi zaman, yürürlüğü durdurma kararı ile esasa ilişkin karar arasında pek zaman farkı bulunmamaktadır. Bu durumda yürürlüğün durdurulmasından kaçınmak yerinde olur. Üçüncüsü, sistemimize ön denetim yolunun bulunmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması yetkisini içtihat yolu ile kendisine tanıma mecburiyeti duymuştur. Niteliği göz önüne alınarak yürürlüğü durdurmanın tamamen ayrı durumlara özgülenmesi ve güçlü gerekçelere dayandırılması gereği de açıktır. Nihayet, yürürlüğü durdurma yetki ve koşullarının yasa ya da Anayasa ile belirlenmesi belirtilmelidir.⁴²

Aliefendioğlu'na göre, Anayasal denetim gerektiğinde yürürlüğün durdurulması kararının verilmesini de gerektirir ve denetimin etkinliğinin sağlanabilmesi kimi durumlarda bu yetkinin kullanılmasını kaçınılmaz kılar. Ancak, yürürlüğün durdurulması yetki ve koşullarının yasada ya da Anayasada düzenlenmesi gerekmektedir.⁴³

Atar'a göre, kanunun uygulanması, telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecek nitelikte ise ve de aynı zamanda Anayasaya açık bir aykırılık taşıyor ise, yürürlüğün durdurulması kararı verilebilmelidir.⁴⁴

Tanör-Yüzbaşıoğlu, Anayasa Mahkemesinin, 1982 Anayasası'nın yürürlüğün durdurulması kararı alınmasını zorlaştıran, normatif ve pozitif metnini aşmak için kullandığı gerekçeler, son derece güçlü ve tutarlı hukuki gerekçelerdir. Yürürlüğü durdurma kararları, neticeleri itibariyle, Anayasa Mahkemesi'nin

41 ÖZBUDUN Ergun, Anayasa, s.457.

42 KABOĞLU Ö.İbrahim, Anayasa Yargısı, s.124-125; KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, s.369-370; Nitekim Anayasa Mahkemesi sonraki kararlarında, “Anayasaya aykırılığı açık olan”, “Anayasaya aykırılıkları konusundaki güçlü belirtiler ile uygulamalarından doğacak ve sonradan giderilmesi olanaksız durumlar” şeklinde, her iki ölçütü birlikte kullanmaya başlamıştır.”; Aktaran, KABOĞLU Ö.İbrahim, Anayasa Yargısı, s.124-125.; E.1996/23, K.1996/5-1; E.1996/61, K.1996/6; E.1996/58, K.1996/7, AMKD, S:2, C:2, s.512, 568, 575, 578.

43 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.107-120.

44 ATAR Yavuz, Türk Anayasa, s.321.

iptal kararını, verildiği tarihten itibaren etkili kılmak çabasından başka bir şey değildir. Bu bağlamda düşünülürse, 1961 Anayasası'nın ilk metnine göre de, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verdiği hükümler, karar tarihinde yürürlükten kalkıyordu.⁴⁵

Tanör-Yüzbaşıoğlu'na göre, uygulanmakla hukuksal sonuçlar doğuran (hükümünü icra eden) yasalar için yürürlüğün durdurulması düşünülebilir. Çünkü bu yasalar, açılacak iptal davası ile sonradan iptal edilseler bile, bunların uygulandıkları süre içinde doğurdıkları sonuçları gidermeye olanak yoktur. Örneğin kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin kanunlarda olduğu gibi, sonradan açılacak iptal davası ile iptal edilseler de, uygulandıkları sırada doğurdıkları sonuçları sonradan giderme olanağı yoktur. Şu halde, yasanın uygulanması, telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuruyorsa ve de Anayasaya uygunluğun yargısal denetimini pratikte ortadan kaldırıyorsa, Anayasa Mahkemesinin bu istisnai hallerde, yürütmenin durdurulmasına karar verebilmesi mümkün olmalıdır. Başka tür bir yorum, bu türden yasaların pratikte Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarmak anlamına gelir ki, Anayasa koyucunun amacının bu olmadığı açıktır. Bu nedenle böyle durumlarda yürütmeyi durdurma yetkisinin varlığı, yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamının yorumu yoluyla kabul edilebilir.⁴⁶

Sait Güran'a göre, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verebilmesi yetkisinin gerekliliği göz ardı edilemez. Ancak özellikle 1982 Anayasasının kısıtlanmış Anayasa yargısı modelinde böyle bir yetkinin yorum yoluyla, hatta kanun koyucunun iradesiyle tanınması mümkün değildir ve bir Anayasa değişikliği gerekir.⁴⁷

Sabuncu'ya göre, yürürlüğün durdurulmasının kabulü, özellikle, Anayasanın 91.maddesine göre TBMM'nin Bakanlar Kuruluna verdiği yetkiye dayanarak acele bir şekilde çıkarılan KHK'nın Anayasa Mahkemesince daha etkili bir biçimde denetlenmesini sağlayacaktır.⁴⁸

Gören'e göre, Anayasanın 2.maddesinde, demokratik bir hukuk devleti olma niteliği, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış ve bu niteliğin korunmasında yargıya önemli görevler tevdi edilmiştir. Zira yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, hukuk devletinin temel bir ögesidir ve etkili bir denetime olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile

45 TANÖR Bülent-YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s.527-528.

46 TANÖR Bülent-YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türk Anayasa Hukuku, s.515-516-517.

47 GÜRAN Sait, "Yürütmenin Durdurulması", s.158-159.

48 SABUNCU Yavuz, "Tedbir", s.86.

garanti altına alınır. Bu araçlarda gerçekleştirilecek her türlü sınırlama, yargı denetiminin özüne dokunur ve Anayasal dengede bozulmaya neden olur. Bu bağlamda, etkili bir yargı denetimi için, iptal davası dışında, yürütmeyi durdurma önlemi en önemli araçlardan birini oluşturur.⁴⁹

Yürürlüğü durdurma kararı, yargı denetim faaliyetinin özünde bulunup, anayasal sistemde güç dengelerinin korunmasına önemli katkıda bulunmaktadır. Dayanağını da Anayasanın 138.maddesinde bulmaktadır. Bu maddeye göre: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.” Bu düzenlemede adı geçen “vicdanî kanaat” kavramı ile “yargıcın önüne gelen uyuşmazlığın çözümü ve hukukun geçerli kılınması için vicdanî kanısına göre kullanmasını gerekli gördüğü tüm araçları kullanması, alması gereken önlemlerin hepsini alması amaçlanmıştır. Yürürlükteki Anayasa hukukuna göre yargıcın konumu, onu yargı erkinin temel bir ögesi olarak yerine getirdiği fonksiyon çerçevesinde, ulus adına son sözü söylemeye yetili kılmaktadır. Bu fonksiyon ve Anayasa ile bu fonksiyonun yerine getirilmesi için öngörülen yargılama mekanizmaları, Anayasanın yürürlüğü durdurmaya yasaklamadığının aksine onu benimsediğinin göstergeleridir.”⁵⁰

Gören’e göre, ısrarla tekrarlamak gerekirse, yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi, yargı erkinin içinde bulunan doğal bir yargılama yetkisidir. Aksi halde, Anayasa Mahkemesince de haklı olarak teyit edildiği üzere, hem ilgili kişiler, hem toplum ve özellikle kamu düzeni hukuk korumasından yoksun bırakılmış olur. “Anayasa Mahkemesi haklı olarak pozitif hukuk tarafından yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin tanınıp tanınmadığına değil, Anayasa ve ilgili yasa kurallarının, bunu engelleyen kurallar içerip içermediğine önem vermiştir.”⁵¹

Türkiye’de 1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan 22.04.1962 tarihli 44 sayılı ilk, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun genel gerekçesinde: “.....Anayasa Mahkemesinin memleketimiz için henüz tecrübe edilmemiş tümünden yeni bir kurum olduğu, bu nedenle konacak usul kurallarının ihtiyaca uygunluk derecesini şimdiden kestirmenin güç olacağı, kurulacak Anayasa Mahkemesinin niteliği bakımından karşılaşılabilecek sorunlarını genel esaslar çerçevesinde içtihat yoluyla kolaylıkla çözebileceği düşünülerek bu alanda kapsayıcı bir düzenlemeden kaçınılmış” denilmektedir. Bu gerekçe Anayasa Mahkemesine bir içtihat yaratabilme es-

49 GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, s.311-312.

50 GÖREN Zafer, Anayasa 333-334; GÜRAN Sait, “Yürütmenin Durdurulması”, s.152-153-154-159.

51 GÖREN Zafer, Anayasa 337.

nekliliğini sağlamıştır. 52

Gören'e göre Anayasa Mahkemesi yargıcı, Anayasa'nın 36.maddesinin ikinci fıkrasındaki, "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." İlkesini esas almalıdır. Yasada bir kural bulunmaması durumunda yargıç bunu bahane göstererek davaya bakmaktan kaçınmaz. "Buradan Anayasa Mahkemesi yargıcı için de içtihat yoluyla kendini bu konuda görevli kılmasına dair bir yetki doğmaktadır. Aksi durumda onun suskun kalması sonuçta hukuk korumasından kaçınma sonucuna götürür."53

Türkiye'de yürürlüğün durdurulması kurumunun içtihat yolu ile Türk Anayasa Mahkemesince, anayasa yargısı sistemimize kazandırılması, özellikle, Anayasanın 91.maddesine göre, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna verdiği yetkiye dayanılarak alelacele çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesince daha etkili bir biçimde denetimini sağlamış olmaktadır.54

Teziç, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararına ilişkin görüşlerini şöyle özetlemektedir, "a) Yargı yetkisinin etkinliği, karar verme aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, yürütmeyi durdurma önlemi, bu eksiksiz kullanma kapsamında yer alır. b) Genelde yargılama uzun bir süreci gerektirir. Bu süreç, giderilmesi olanaksız zararlara ya da durumlara neden olabilir. Giderilmesi olanaksız bu zarar ya da durumların önlenmesi için, yargıcın zamanı durdurma yetkisini kullanması, yargı işlevinin doğru gereğidir. c) İptal ve yürürlüğün durdurulması kararları, yasama işlemini hukuksal sonuç doğuramaz duruma getirir. Bu yönüyle durdurma kararı iptal hükmüyle eşdeğerde kabul edilebilir. Ancak, iptal hükmünün, kuralı ortadan kaldırıcı etkisi göz önüne alınırsa, iptalin daha ağır bir yetki olduğu sonucuna kolaylıkla

52 MMTD, C.4, Sıra Sayısı 54, Dönem 1.Toplantı 1, 19.01.1962, S.2; CSTD (1961-1980) C.3, s.51, S.1'den aktaran GÖREN Zafer, Anayasa 335.

53 Tüm devlet Anayasalarında, hukukun genel ilkelerine benzer biçimde, boşlukların doldurulması yoluyla somutlaştırılması gereken çok genel nitelikte normlar bulunmaktadır. Alman ve İsviçre Devlet Hukukunda, Bonn Anayasası ve İsviçre Federal Anayasası için bu problem derinliğine araştırılmış ve boşlukların var olduğu ve yazılı olmayan Anayasa Hukuku tarafından doldurulması gerektiği sonucuna varılmıştır..... Yürürlüğü durdurma kararı Anayasa Yargısında da asıl davaya ilişkin yetkilerin dışında düşünülemez ve son kararı vermeye yetkili olma, yürürlüğü durdurma kararını vermeye yetkiyi de içerir. Yürürlüğü durdurma kararı bir yargılama çeşidi olmaktan çok, asıl dava kararına hizmet eden onu hazırlayan ve geç kalmaktan doğacak tehlikeleri önlemeye yönelik "yargılamanın bir bölümünü" oluşturmaktadır. "HUBER H., Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrecht, Berner Festgabe - für den Schweizerischen Juristenverein, Rechtsquellen Probleme im Schweizerischen Recht, 1995, S.96 vd'dan ve de GIACOMETTİ, "Freiheitsrechtskatalog als kodifikation der Freiheit" ZSR 1995, S.149 vd ve de PESTALOZZA C., Verfassungsprozessrecht, München, 1991, & 17, KN 8 den aktaran GÖREN Zafer, Anayasa 336-337

54 Bkz. SABUNCU Yavuz, "Tedbir", s.86 ve GÖREN Zafer, Anayasa 338.

varılabilir. Bir yasanın Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan Anayasa ve yasa koyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir. d) Yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılabilmesi için kuşkusuz ideal olan, bunun Anayasa ya da yasalarda açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Yasalarda açık hükümler bulunmaması durumlarında yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür. İster maddi hukuk, ister usul hukuku alanına girdiği kabul edilen, Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma kararı vermesi olanaklıdır ve Anayasal denetim yetkisi kapsamı içindedir. e) Anayasa Mahkemesi, yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Anayasayı yorumlama işlevini Anayasa Yargısı denetiminin isteklerine uygun olarak kullanıp, uygulamayı durdurma kararı vermek yükümlülüğündedir. Çünkü tersi durumda, kişileri olduğu kadar kamu düzenini de Anayasa korumasından yoksun bırakmış olur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararını verirken, bu yetkinin, kendisine tanınıp tanınmadığını değil, yetkiyi yasaklayan bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. f) Anayasanın 153. maddesindeki “İptal kararları geriye yürümez, iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz ve iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarih ayrıca kararlaştırılabilir.” biçimindeki kurallar, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı almasına engel değildir. İptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı kuralı da yürürlüğün durdurulmasına engel değildir. Çünkü, ortada henüz açıklanması söz konusu olan bir iptal kararı yoktur. İptal hükmünün yürürlüğe gireceği günün ayrıca belirlenmesi kuralı da yürürlüğün durdurulmasına engel olarak görülmemelidir. İptal kararının yürürlüğe gireceği günün ayrıca kararlaştırılabilmesinin amacı, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuksal boşluğun kamu düzenini tehdit etmesine ya da kamu yararını bozmasına izin verilmemesidir. Hiç kuşkusuz, yürürlüğü durdurma kararı verilirken bu koşullar, gözetilecektir. g) Anayasanın 152. maddesinde, kendiliğinden işleyen bir tür yürürlüğün durdurulması kurumu getirilmiştir. Görülmekte olan dava öznel bir hak ile sınırlı olsa da, ilk derece mahkemelerinin kimi zaman tek yargıcına tanınan bir yetkinin, Anayasa Mahkemesine tanınmaması düşünülemez.”⁵⁵

Kaldı ki, görülmekte olan bir dava sırasında, itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın dava mahkemelerinde ileri sürülmesinde, davanın esası hakkında karar verilebilmesi Anayasa Mahkemesinin kararına kadar durdurulmaktadır. (m.152/1) Teziç, anayasal mevzuatımızda, yürürlüğün durdurulmasını yasaklayan bir hükmün de olmadığını vurgulamaktadır. Ona göre, kanunların yürürlüğünün durdurulması yetkisine, Anayasa Mahkemesi içtihatla sahiplenebilir. ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, kanunların Anayasaya uygunluğunun yar-

55 TEZİÇ Erdoğan, “Kanunun Yürürlüğünün Durdurulması”, s.252.

gısal denetimini ve koruma tedbirlerini (injunction, declaratory judgement) içtihatla oluşturabilmiştir. ⁵⁶

Anayasa yargısında itiraz yolunda davanın geri bırakılmasını bir tür yürürlüğün durdurulması olarak kabul edersek, itiraz yoluna başvuran mahkemelere tanınan bu yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne tanınmadığını düşünmek mümkün değildir. Anayasa koyucunun itiraz başvurularında öngördüğü yürürlüğün durdurulması müessesesinin iptal davalarında da geçerli olmasını istemesi halinde bu yönde bir düzenleme yapması gerektiğini, böyle bir düzenlemenin olmamasının ise Anayasa koyucunun bu konudaki iradesini gösterdiği savunulabilir.⁵⁷

Somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesine intikal eden durumlarda, başvuran mahkemenin Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakması öngörülmekte ve Anayasa Mahkemesince beş ay içinde karar verilmezse mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı hüküm altına alınmaktadır.⁵⁸

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalarının tümünde iptal davaları söz konusu iken, itiraz başvurularında yürürlüğün durdurulmasının mümkün olup olmadığı yolunda kararlara yansıyan herhangi bir tespit ve değerlendirme bulunmamaktadır. “..... yürürlüğün durdurulması ile itiraz başvuruları arasındaki tek bağlantı, itiraz yoluna başvuran mahkemece davanın geri bırakılmasının bir tür yürürlüğün durdurulması olduğu saptanmasından ibaret kalmıştır.”⁵⁹

Altay'a göre; “Mahkemece davanın beş ay süreyle geri bırakılması, Anayasaya aykırılığı iddia edilen kuralın bu süre içinde uygulanmayacağını, bir diğer deyişle kuralın o dava bağlamında yürürlüğünün durdurulması anlamını taşımaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesince, itiraz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulması hakkında ayrıca bir karar verilmesine gerek yoktur. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi beş ay içinde karar veremeyebilir. Bu durumda başvuran mahkeme, Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulduğu ya da Anayasaya aykırı olduğu kanısına vardığı kuralı uygulamak durumunda kalacaktır. Bu nedenle, itiraz başvurusunda bulunan mahkemelerin yürürlüğün durdurulması talebinde bulunabileceklerinin kabulü gerekmektedir. Kaldı ki, 1982 Anayasası açısından, iptal davası ile itiraz başvurusu arasında,

56 TEZİÇ Erdoğan, Anayasa, 227.

57 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.375-376.

58 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.376.

59 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.376-377.

verilen kararların etkisi ve sonuçları bakımından bir fark kalmamıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesince yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi halinde bu hüküm de herkes bakımından geçerli olacaktır.”⁶⁰

Altay’a göre; “Beş ay içinde, itiraz konusu kuralın hukuk aleminde yürürlüğü durmamakta, yalnızca o davada uygulanmamaktadır. İtiraz başvurusuna konu kural, söz konusu dava hariç olmak üzere yürürlükte ve uygulanma kabiliyetine sahip bulunmaktadır. İster itiraz başvurusu nedeniyle isterse iptal davası nedeniyle Anayasa’ya aykırılığı saptanmış olsun, bu ilgili norm hakkında verilen iptal kararının herkes bakımından geçerli olması karşısında, Anayasa’ya aykırılığı yönünde kuvvetli emareler taşıyan bir kuralın da herkes açısından etkili olacak şekilde yürürlüğünün durdurulabilmesine bir engel bulunmamaktadır. İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesinin öncelikle bir davanın varlığına bağlı olması, ilk bakışta bu davayla sınırlı bir etkinin varlığını akla getirmekle birlikte, başvurunun Anayasa Mahkemesine gelişinden sonra davanın seyrinden bağımsız olarak incelenmesi ve karara bağlanması asıldır. Anayasa Mahkemesinin beş ay içinde karar verememesi halinde mahkemece davanın sonuçlandırılmasının ya da davacının davasından feragat etmesinin dahi, Anayasa Mahkemesince başvurunun incelenerek esas hakkında karar verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaması da bu görüşü teyit etmektedir.”⁶¹

Azrak’a göre, yürürlüğü durdurma kararının verilmesi, aslında yargı erkinin bir etkinlik koşuludur. Zira, Anayasa m.153/3’e göre, iptal edilen norm, gerekçeli karar Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkmaktadır. Ayrıca, Anayasaya göre, iptal kararları geriye yürümediğinden, Anayasa Mahkemesinin iptal kararını açıkladığı tarih ile bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarih arasında, iptal edilen yasa yürürlükte sayılacağından ve idarenin yasanın uygulanmasına yönelik bir karar alması da söz konusu olamayacağından göre bu yasanın uygulanmasından avantaj sağlayacak olanlar girişimlerini arttırabileceklerdir. Böyle olunca da, yasanın iptalinden beklenen sonuca ulaşamayacaktır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin öncelikle, koruyucu bir

60 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.377.

61 Anayasa Mahkemesince, itiraz başvurularındaki yürürlüğün durdurulması taleplerinin tamamı 2006 yılına kadar, itiraz başvurularında yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulmasının mümkün olup olmadığı hususunda herhangi açıklayıcı bir ifadeye yer verilmeden ret edilmişken, bu tarihten sonra verilen kararlarda, “koşulları bulunmadığından” yürürlüğün durdurulması talebinin reddedildiğinin belirtilmeye başlanması, itiraz başvurularında da yürürlüğün durdurulabileceğinin ilk işareti olmuş ve nitekim yüksek mahkeme, 2006 yılında iki itiraz başvurusunda yürürlüğün durdurulması kararı vermiş, bir kararında ise, yürürlüğün durdurulması talebini kısmen kabul etmiştir. ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.378-379.

önlem olarak, yürürlüğün durdurulmasına karar verebilmesi zorunludur.⁶²

Gözler, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulabileceğine ilişkin argümanlarına da katılmamaktadır, “Öncelikle Anayasa Mahkemesinin, etkinlik sağlama gerekçesi isabetsizdir. Zira tasviri öncüllerden normatif sonuçlar çıkarılamayacağı yolundaki Hume kanunu buna engeldir. Anayasa Mahkemesinin, yürürlüğü durdurma kararı veremezse, yaptığı denetimin etkisiz kaldığının söylenmesi tasviri bir önermedir. Bu bir vakiadır. Doğru da olabilir. Ancak bu olgusal doğrudan, bu tasviri öncülden normatif bir sonuç çıkarılamaz. Çünkü olgusal dünya ile normatif dünya birbirinden ayrıdır. Anayasa Mahkemesinin, ihtiyati tedbir dayanağı da sağlam değildir. Zira tedbir kararı verebilmek açıkça bir kanun hükmünü gerektirir. Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki tanıyan kanun yoktur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kendisini adli ve idari yargı mahkemelerine benzeterek bir sonuca varamaz. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının daha ağır, yürürlüğün durdurulması kararının ise daha hafif bir karar olduğunu gerekçe olarak göstermesi de isabetsizdir. Bu argüman kamu hukukunda kullanılamaz. Çünkü kamu hukukunda tüm yetkiler istisnai yetkililerdir ve her yetkinin kapsamı verildiği kadardır. O nedenle, kamu hukukunda büyük yetkinin küçük yetkiyi kapsamaması diye bir şey söz konusu olamaz. Kamu hukukunda bir yetkinin kapsamı Anayasanın veya kanunun belirttiğinden ibarettir. Küçük olan yetki, o yetkinin kapsamında belirtilmemişse, o yetkinin kapsamında bulunamaz. Anayasa Mahkemesinin, hukuk boşluğu olduğu ve Anayasa yargısı yargıcının boşluk doldurma yetkisinin olduğu yolundaki görüşü de yanlıştır. Çünkü kamu hukukunda boşluk yoktur. Kamu hukukunda yasaklanmamış davranış serbesttir; verilmemiş bir yetki de yoktur. Böyle bir sistemde Anayasa veya bir kanun bir konuda hüküm getirmiyorsa bundan boşluk olduğu sonucu çıkmaz; çıksa çıksa yasaklanmamış insan davranışlarının serbest olduğu, verilmemiş olan yetkiye de kamu organlarının sahip olmadığı sonucu çıkar. Ayrıca, Anayasa Hukukunda Anayasa Mahkemesini boşluk doldurmaya yetkilendiren bir hüküm de yoktur. Yetkili olmak için, yetkinin tanınmasının şart değil, yetkinin yasaklanmamasının yeterli olduğu argümanı da tutarsızdır. Zira kamu hukuku alanında kişi veya organların yetkisizliği asıl, yetkili olması ise istisnaidir. Ve İstisnalar da dar yorumlanmalıdır. Anayasamız 6.maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz” diyerek, kamu hukuku yetkilerinin Anayasa tarafından verilmesi gerektiği esasını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin dava kavramı gerekçesi de isabetsizdir çünkü yürürlüğü durdurma kararı, son kararı verebilmek için çözülmesi gereken bir mesele değildir ki, Anayasa Mahkemesi, yargı yet-

62 AZRAK A.Ülkü, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı, Ankara 1994, s.161.

kisinin eksiksiz kullanılması gerekçesiyle böyle bir karar verebilsin.”⁶³

Özetle, Gözler’e göre, Anayasa Mahkemesi tüm diğer kamu hukuku organları gibi kendisine ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse, o konuda yetkisizdir, hiçbir karar alamaz. Şayet alırsa, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya norm eklemesi, sadece basit bir Anayasaya aykırılık sorunu teşkil etmez, aynı zamanda kurucu iktidarı gasp etme anlamına gelir. Çünkü Anayasada değişiklik yapma yetkisi, salt olarak, halkın temsilcisi konumunda olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin norm eklemesi, ne pozitif Anayasa hukuku ilkeleriyle, ne de demokrasi ilkesiyle bağdaşır.⁶⁴

Kanımızca iptal kararından beklenen sonucun doğması ve haksız kazanımların engellenebilmesi için yürürlüğün durdurulması kararının verilmesi zorunludur. Çünkü özellikle itiraz yolu açısından, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan tarafın haklarının korunması için yürürlüğün durdurulması şarttır. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümez.

Kanımızca, bütün bu gereksinimden dolayı, pozitif bir düzenleme, yasama organı tarafından derhal yapılmalıdır. Çünkü Anayasa Mahkemesi yetki gaspına giderek Anayasada olmayan bir yetkiyi kullanamaz. Mutlaka konunun net olarak, pozitif bir dayanağa ve anayasal bir normla düzenlenmesi ve hüküm altına alınmasına ihtiyaç vardır.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARININ KOŞULLARI

Anayasa yargısında kabul edilebilecek yürürlüğü durdurma kararı nasıl verilebilir? Hangi koşullar aranmalıdır? 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesi belki Anayasa Yargısı için de ışık tutabilir. Adı geçen maddede, yürürlüğü durdurulması için iki şart aranmaktadır: 1-İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkânsız zararların doğması, 2-İdari işlemin hukuka açıkça aykırı olması.

Anayasa Mahkemesi davanın esastan karara bağlanmasından önce yürürlüğü durdurulabilmek için “iptali istenilen kuralın Anayasaya aykırılığı konu-

63 GÖZLER Kemal, Türk Anayasa, s.971-976; Bilgen’e göre, “Son kararı vermeye yetkili mahkeme uyuşmazlığı karara bağlamak için gerekli olduğu (hadise yargılaması) ve başka bir kural önlemediği takdirde (bekletici mesele) davanın başka bölümleri (ön mesele) hakkında da karar vermeye yetkilidir; BİLGİN Pertev, “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması,” s.180.

64 GÖZLER Kemal, Türk Anayasa, s.970, 976; Benzer görüşler için bkz. YENİCE Kâzım, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Etkinlik”, Cumhuriyet Gazetesi, 03.11.1986.

sunda güçlü belirtiler bulunmasını”; esas hakkında karar verdikten sonra yürürlüğün durdurulabilmesi kararı verebilmek için ise, “iptali istenilen kuralın Anayasaya aykırılığının saptanmasını” aramaktadır. Bu hallerde, yürürlüğün durdurulması kararında Anayasa Mahkemesinin Anayasa’ya açık aykırılıktan bahsetmesi gerekmekte, iptal kararından bahsedilmesi yeterli kabul edilmektedir. Ayrıca, yüksek Mahkeme, “...uygulamanın sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlara neden olması” şartını aramaktadır.⁶⁵

Yeniden vurgulamak gerekirse, Türk Anayasa Mahkemesi, esasa ilişkin nihai kararı öncesinde yürürlüğün durdurulması kararı verebildiği gibi, nihai kararı sonrasında da yürürlüğün durdurulması kararı verebilmektedir. İster nihai karar öncesinde, isterse nihai karar sonrasında, yürürlüğün durdurulması kararının verilebilmesi için aranan ortak koşul, “kuralın uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğacak olmasıdır. Yürürlüğün durdurulmasında aranan ikinci koşul ise değişebilmektedir. Gerçekten de, yürürlüğün durdurulması kararının nihai karar öncesinde verilebilmesi için, “iptali istenen kuralın Anayasaya aykırılığı konusunda güçlü belirtilerin bulunması” koşulu aranırken, nihai karar sonrasında verilebilecek yürürlüğün durdurulması kararlarında, ikinci koşul olarak, “iptal kararının sonuçsuz kalmaması” koşulu aranmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilmemekle birlikte, “iptali istenen kuralın yürürlükte bulunması” ve “yürürlüğün durdurulması talebinin varlığı” koşulları da yürürlüğün durdurulabilmesi için gereken diğer önemli koşulları oluşturmaktadır. Yürürlüğün durdurulması koşulları bağlamında, iptal davaları ile itiraz başvuruları yönünden bir farklılık da bulunmamaktadır.⁶⁶

Aliefendioğlu’na göre ise, Türk Anayasa yargısında, Anayasaya açık aykırı-

65 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.386-387-388.

66 “Henüz yürürlüğe girmeyen bir kuralın yürürlüğünün durdurulması talebi, incelenmeksizin reddedilmektedir. Bütçe kanunu hükümlerinde olduğu gibi yürürlük süresi baştan belirli olan kuralların yürürlükten kalkmasından sonra artık yürürlükte bulunmayan söz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulabilmesi olanaklı değildir. Bu gibi kuralların yürürlükte bulundukları süre zarfında Mahkemece yürürlüklerinin durdurulması halinde ise, söz konusu kararların geçerlilik süreleri, bu kurallar yönünden öngörülen yürürlük süreleri ile sınırlı bulunmaktadır. Bir norm yürürlüğe girdikten ve iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduktan sonra, başka bir düzenleme ile değiştirilmiş olması ya da ortadan kaldırılması halinde de söz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulması mümkün değildir. Yürürlüğün durdurulması talebinin mutlaka Anayasa Mahkemesine yapılan ilk başvuruda, iptal dava dilekçesinde yapılması zorunlu değildir. İlk başvurudan sonra da yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulabilir. Ortaya çıkabilecek yeni hukuki ve fiili durumlardan ötürü, yürürlüğün durdurulması talebinin reddi halinde, yeniden yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulabilinmelidir. Anayasa Mahkemesi itiraz başvurularında, somut davanın taraflarının yürürlüğün

rılık şartı aranmamaktadır.⁶⁷ Doğan'a göre, yürürlüğü durdurma kararı verebilmek için, Anayasa yargısında da, açık bir Anayasaya aykırılık ihtimali söz konusu olmalıdır. Bu durum, Türk Anayasa Hukuku için zorunludur. Çünkü hakkında uygulamanın ertelenmesi kararı verilen yasal düzenleme, herkese etkili olmaktadır.⁶⁸

Anayasaya aykırılığın en güçlü emarelerinden birisi, Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce iptal edilen bir normun aynısının ya da benzerinin yeniden düzenlenmiş olmasıdır. Yabancıya taşınmaz mal satışı, milletvekillerinin emekli aylığı, imar affı ve KHK çıkarma yetkisi konularında yürürlüğe konulan düzenlemeler bu konuda örnek olarak verilebilir. Esas kararı vermeden önce de, Anayasaya aykırılık olasılığından da ileri, Anayasaya aykırılığın açık olarak belirtildiği kararları da Anayasa Mahkemesi verebilmektedir.⁶⁹

Anayasa Mahkemesi, "uygulanmasından doğabilecek ve ileride giderilmesi güç ve olanaksız durum ve zararları önlemek", iptal kararının sonuçsuz kalmaması", gibi ifadeleri kullanarak, yürürlüğün durdurulması için hangi şartları aradığını ortaya koymuştur.⁷⁰ Gerçekten, yürürlüğün durdurulmasının bir şartı da, geçici tedbir kararı alınmadığı takdirde, nihai kararı anlamsız bırakabilecek nitelikte ciddi bir tehdit bulunmasıdır.⁷¹

durdurulması taleplerini incelememekte, sadece davaya bakan mahkemenin yürürlüğün durdurulması talebini incelemektedir. Anayasa Mahkemesi uygulamada resen - de, talep olmasa da, esas hakkında verdiği kararla birlikte, iptal edilen hükümlerin yürürlüğünün durdurulmasına karar verebilmektedir. Davacıların dava sonuçlanana kadar yürürlüğün durdurulması talebine rağmen, Anayasa Mahkemesince dava sonrasını da kapsar şekilde yürürlüğün durdurulması kararları verilebilmektedir. Bkz. 27.06.2002, E.2002/100, K.2002/13; 21.9.2004, E.2002/100, K.2004/9, R.G. 24.9.2004-25593. ALTAY Evren, "Yürürlüğün Durdurulması", s.382-383-384

67 ALİFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.358.

68 DOĞAN İlyas, "Yürürlük", s.11; Bu konuda Alman Anayasal sisteminde egemen görüş, uygulamanın durdurulması için açık bir Anayasaya aykırılık şüphesinin zorunlu olmadığı yönündedir. Ancak, bu sistemde uygulamanın durdurulması kararları kural olarak sadece davanın tarafları arasında sonuç doğurur. Yine de, bir yasa aleyhine yurttaşlar tarafından yaygın bir şekilde Anayasa şikayeti başvurusunda bulunulması, Türk Anayasal sistemindeki yürürlüğü durdurma kararlarıyla eşdeğer sonuçlar doğurmaktadır. Fakat uygulamayı durdurma yetkisinin açıkça düzenlenmiş olması ve Alman Anayasal sisteminin özünde egemen olan etkin yargı denetimi anlayışı, Alman Anayasa Mahkemesini uygulamayı durdurma kararı vermek için, açık bir Anayasaya aykırılık şüphesi şartını aramaya itmemiştir; Alman Anayasal Sistemi hakkında daha geniş bilgi için bkz.DOĞAN İlyas, "Yürürlük", s.11; SABUNCU Yavuz, "Tedbir" s.76-86; DOĞAN İlyas, "Alman Hukukunda", s.1-110; YILDIZ Mustafa, "Geçici Tedbir", s.68-73.

69 ALTAY Evren, "Yürürlüğün Durdurulması", s.387-388.

70 İlgili Anayasa Mahkemesi kararlarını aktaran: YILDIZ Mustafa, "Geçici Tedbir", s.168.

71 TUTUMLU A.Mehmet, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", s.747.

Bu durum idari yargıda, telafi edilemez zarar tehdidi, olarak da ifade edilmiştir.⁷² Anayasa hukukundaki telafi edilemez bir durumun doğması tehlikesi ya da tehdidinden, ilerde iptal kararı verilse bile, bu kararın “kıymeti harbiyesinin kalmaması“, Anayasaya aykırı durumun kalıcı hale dönüşme tehlikesi anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle, ilerde verilebilecek bir iptal kararının sonuçsuz kalması tehdidinden söz edilmesi, ciddi anlamda mümkün ise, dava konusu kanun ya da kanun hükmünde kararname hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilebilir.⁷³

Aranılacak bir başka şart ise, yürürlüğü durdurma kararının kamu yararına aykırı olmamasıdır.⁷⁴ Kamu yararının içeriği, uygulamada Anayasa Mahkemelerince belirlenmekle beraber, ülke güvenliği, kamu huzuru, kişi özgürlüklerinin ciddi ihlal tehlikesiyle karşı karşıya kalması gibi durumlarda bir kamu yararından söz edilebilir.⁷⁵ Bununla birlikte, kamu yararı, her davada ayrı özellikler gösterebilecek niteliktedir ve kavram hakkında tam bir uzlaşmaya varmak her zaman kolay olmamaktadır.⁷⁶

Doğan’a göre, yürürlüğün durdurulması acilen gerekli olmalıdır. Uygulamanın durdurulması kararı verilmeden, esas karara kadar doğabilecek tehlike ve hukuka aykırılıkların başka tür tedbirlerle önlenmesi hükümet tarafından açıklanmış ya da daha sonra giderilmesi mümkünse bir ivedilikten söz edilemeyecektir. İvedilik, Anayasallık denetiminin etkin olarak gerçekleşmesi açısından değerlendirilmelidir.⁷⁷

IV. KAVRAMSAL ZEMİNDE KARŞILAŞTIRMA: YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI-YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Anayasa yargısındaki yürürlüğün durdurulması geçici tedbirine benzer bir tedbir, idari yargıda, yürütmenin durdurulması olarak gerçekleşmektedir.⁷⁸ Ancak bu iki geçici tedbir, ismen benzeseler de bazı farklı özelliklere sahiptirler.⁷⁹

72 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitapevi, Ankara 1999, s.454.

73 DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.11.

74 ALİFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.116-117.

75 ALİFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.116-117; DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.11.

76 DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.11.

77 DOĞAN İlyas, “Yürürlük”, s.11.

78 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetmelik Yargı, s.454-455.

79 ALİFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.119.

Her iki kurumun da, yargısal denetimin etkinliğini arttıran birer araç ve önlem olmaları benzeyen yönleridir. Ne var ki, yürütmenin durdurulması tedbir, Anayasanın 125.maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesine pozitif dayanağını bulurken, yürürlüğün durdurulması Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla anayasa yargısına soktuğu bir kavramdır.⁸⁰

İdari yargıdaki yürütmenin durdurulması kararları, geriye yürüyüp, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren etkili olurken,⁸¹ yürürlüğün durdurulması kararının böyle bir etkisi yoktur. Yürürlüğün durdurulması, iptali istenen hükmü, şayet iptal edilirse, gerekçeli iptal kararı yürürlüğe girene dek askıya alıp uygulanmasını durdurur ve haksız kazanımları engeller.⁸²

Anayasanın 125.maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesi, yürütmenin durdurulması için iki şart aramaktadır. İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğması, idari işlemin hukuka açıkça aykırı olması.

Anayasa yargısında ise, Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması için, kamu yararının kollanması ve ileride giderilmesi güç ve olanaksız durumların ortaya çıkmasının önlenmesi, koşullarını aramaktadır.⁸³ Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması kararlarında anayasaya açık aykırılık şartını aramamaktadır.⁸⁴ Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesinin, yürürlüğün durdurulması kararı verirken, henüz esas yönden bir inceleme yapmadığından, çoğu kez “hukuka açık aykırılığı” “saptayamadığını” söyleyerek, bu koşula bağlı kalındığında, mahkemenin, kararla birlikte, esasa ilişkin görüşünü de ortaya koymak istemediğini ifade etmektedir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin bu tutumuna rağmen, Aliefendioğlu, sadece, “ileride giderilmesi güç ve olanaksız durumların ortaya çıkmasını önlemek” koşulunun aramasının, mahkemeyi yerindelik denetimi yapmaya iteceğini savunarak, hukuka açık aykırılık şartının aranmasını ısrarla istemektedir.⁸⁵

İdari yargıda, yürütmenin durdurulması talebinde bulunabilmek için dava

80 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.119-120.

81 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetmelik Yargısı, s.460-465; “İdari yargıda dava konusu işlem bireysel (subjektif) işlemse davanın taraflarının, genel düzenleyici bir işlemse tüm ilgililerin dava sonucuna kadar eski durumlarının devamını sağlar. Böylece davacı tarafın daha fazla zarara girmesi önlenmiş olduğu gibi, esasa ilişkin mahkeme kararının da etkinliği sağlanmış olacaktır.” KÖKÜSARİ İsmail, Anayasa, s.150-151.

82 ŞEKERCİ Ersin, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, s.360-363.

83 E.1993/33, K.1993/40-2, KT:21.10.1993, AMKD, S:29, C:1, s.564-604.

84 bkz.ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.358.

85 bkz.ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.358.

açılmış ya da kanun yollarına başvurulmuş olması gereklidir.⁸⁶ Zira hukuka açık aykırılık koşulunun incelenebilmesi için, davanın açılmış olması zorunludur.⁸⁷ Anayasa yargısında ise, hukuka açık aykırılık koşulu aranmadığı için, Aliefendioğlu, özellikle yürütülmekle sonuç doğuran kanunlar açısından, gerekçeli iptal dilekçelerinin verilmesinden önce, yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulabileceği kanısındadır. Bu tür istemler, esas dava açılıncaya kadar etkisini göstermeli ve esas dava dosyasının ilk incelenmesi aşamasında, yürürlüğün durdurulması kararı yeniden gözden geçirilmelidir. Esas dava da süresinde açılmaz ise, yürürlüğün durdurulması kararı da kendiliğinden hükmüsüz hale gelmelidir.⁸⁸

Anayasa Mahkemesinin verdiği yürürlüğün durdurulması kararları, idari yargıda verilen yürütmenin durdurulması kararlarına benzer şekilde, hem bireylerin temel haklarını koruyan hukuksal koruma işlevine, hem de, hukuk düzenini koruyan yargısal denetim fonksiyonuna sahiptir.⁸⁹

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında yürütmenin durdurulması ibaresini kullanmıştır.⁹⁰ Kanımızca, terminolojik açıdan, yürütmenin durdurulması ibaresi yürütme erkine, yürürlüğün durdurulması ibaresi de yasama erkine işlevsel açıdan daha uygun düştüğünden, Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması ibaresini tercih etmelidir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARININ HUKUKU NİTELİĞİ, SÜRESİ VE YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARINA İTİRAZ EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ SORUNU

A.YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARININ HUKUKU NİTELİĞİ

Yürürlüğün durdurulması, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve yürütmenin durdurulması gibi bir önlemdir.⁹¹ Amacı, Anayasaya aykırılığı söz konusu olan düzenlemenin, dava sonuçlanıncaya kadar yürürlükte kalarak, kamu yararını ve kamu düzenini olumsuz etkilemesini, giderilmesi güç ve veya imkânsız za-

86 GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetmelik Yargısı, s.454-455.

87 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", s.119-120.

88 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.359.

89 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.359.

90 Bkz.ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", s.119-120.

91 TUTUMLU A.Mehmet, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", s.745.

rarlar doğurmasını önlemektir.⁹²

Yürürlüğün durdurulması kurumundan amaçlanan, sonradan giderilmesi imkânsız zararların önlenmesi bu kararların ivedilikle verilmesini sonuçlar. Yürürlüğün durdurulması talebi iptal talebinin ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünden, her iptal talebi ile birlikte yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulması alışkanlığını beraberinde getirir. Bu alışkanlığın yol açtığı iş yoğunluğu, yürürlüğün durdurulması istemlerinin arzulanan sürelerde incelenmesi ve neticelendirilmesine engel oluşturmaktadır. Bu sorunun çözümünde ise, yürürlüğün durdurulması koşullarının bulunmadığının ilk inceleme aşamasında tespiti yapılabiliyorsa yapılmakta ve yürürlüğün durdurulması talepleri bu aşamada reddedilebilmektedir.⁹³

Yürürlüğün durdurulması bir usul kuralı değildir.⁹⁴ Çünkü usul kuralları yargının, elde edilmesi istenilen sonuca varmasını sağlayan kurallardır ve yargılama usulü denince de genellikle bir dava sırasında mahkemelerin uymak zorunda oldukları usul kurallarının tamamı anlaşılır.⁹⁵ Yürürlüğün durdurulması bir ara karar da değildir. Çünkü ara kararlar, usul kurallarının gereklerini yerine getirmek amacıyla verilen kararlardır.⁹⁶ Yürürlüğün durdurulması, dava sonuna kadar aynen iptal sonuçlarını doğuran etkin bir karardır.⁹⁷ Bu yüzden ki, Anayasaya aykırılık davası kendiliğinden yürürlüğü durdurmaz. Bu karar, davanın her aşamasında, istek üzerine veya Anayasa Mahkemesince kendiliğinden verilebilmelidir.⁹⁸

Kanımızca da davanın her aşamasında ve zorunlu şartlar gereği, istek üzerine ya da resen mahkeme tarafından yürürlüğün durdurulmasına karar verilebilmelidir.

92 TUTUMLU A.Mehmet, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", s.745-746.

93 ALTAY Evren, "Yürürlüğün Durdurulması", s.393.

94 ODYAKMAZ Zehra, "Yürürlüğün Durdurulması", s.149.

95 KURU Baki-ARSLAN Ramazan-YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.1-10.

96 ODYAKMAZ Zehra, "Yürürlüğün Durdurulması", s.149.

97 ODYAKMAZ Zehra, "Yürürlüğün Durdurulması", s.149.

98 ODYAKMAZ Zehra, "Yürürlüğün Durdurulması", s.149; Bir istem olmadan, Anayasa Mahkemesinin kendiliğinden yürürlüğün durdurulmasına karar vermesi gerektiğini savunan Aliefendioğlu'nun aksine, Anayasa Mahkemesindeki mevcut eğilim, yürürlüğün durdurulmasının istemle bağlı olduğu yönündedir; bkz.ALİFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.367; Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi, resen, talep olmasa bile, yürürlüğün durdurulması tedbirine başvurabilmektedir; SABUNCU Yavuz, "Tedbir" s.83.

B. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARININ SÜRESİ VE YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARINA İTİRAZ EDİLİP EDİLEMeyeceği Sorunu

Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararlarında belirli bir süreyle sınırlama getirmemiştir. Anayasa Mahkemesinin, yürürlüğün durdurulması kararlarını bir süreyle sınırlandırması yerinde olacaktır.⁹⁹ Özetlersek, yürürlüğün durdurulması kararının geçerliliği açısından, bir süre öngörülmediği durumlarda ilgili karar, Mahkemece yeni bir karar verilmek suretiyle kaldırılmadıkça nihai karara bağlı olarak, davanın reddedilmesi halinde bu tarihe kadar, davanın kabul edilmesi halinde ise, iptal kararının yayımlandığı tarihe kadar geçerlidir.¹⁰⁰

Yürürlüğü durdurma kararlarına karşı, itiraz edilip edilmeyeceği sorunu Türk Anayasa yargısında henüz tartışılmamıştır; Aliefendioğlu, bu kararlara karşı itiraz yolunun işletilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰¹ Altay’a göre, Yürürlüğün durdurulması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz mümkün olmalıdır zira bu yürürlüğün durdurulması kararı geçici olma niteliğine sahiptir. Anayasa’nın 153.maddesindeki kararların kesinliğinden kasıt nihai kararlar açısından, yürürlüğün durdurulması kararları açısından değil. Aksi halde, yürürlüğün durdurulması kararlarının Anayasa’nın 153.maddesinde yer alan kararlar kapsamında olduğunu düşünmek, Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği yürürlüğün durdurulması kararını kaldıramayacağı anlamına da gelecektir ki, yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu mümkün değildir.¹⁰²

Kanımızca Anayasaya açık aykırılık taşıyan bir normun bir şekilde Anayasa Mahkemesinin de dikkatinden kaçabilme ihtimalinin her zaman belirebileceği düşüncesi karşısında, özellikle yürürlüğün durdurulması taleplerinin reddi

99 Bkz.ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.364-365; Alman Anayasa Mahkemesi Yasasına göre, geçici önlem kararı 3 ay geçtikten sonra kendiliğinden ortadan kalkar. Üç yargıç tarafından alınan kararlarda bu süre bir aydır. Hükmün amacı, geçici önlem kararı verilen durumlarda, Federal Anayasa Mahkemesini asıl davayı hızla karara bağlamaya zorlamaktır; SABUNCU Yavuz, “Tebdir”, s.78- 86.

100 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.392-393.

101 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, s.121; 10.06.1994 günlü, 4000 sayılı, Telgraf Ve Telefon Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Ve Bu Kanuna Bazı Ek Ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunun iptali istemi ile açılan davada, Ulaştırma Bakanlığı, yürürlüğün durdurulması kararının kaldırılmasını istemiş de, Anayasa Mahkemesi, bu konuda bir karar vermemiştir; bkz.ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, s.366; Almanya’da, Federal Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması ya da yürürlüğün durdurulması isteminin reddi kararlarına karşı, ilgili herkes itirazda bulunabilir; SABUNCU Yavuz, “Tebdir”, s.83; YILDIZ Mustafa, “Geçici Tebdir”, s.74-76.

102 ALTAY Evren, “Yürürlüğün Durdurulması”, s.393

hallerinde, bireylerin ya da karara muhalif kalan üyelerin Anayasaya açık aykırılık iddiaları karşısında, en azından makul bir zaman dilimi boyunca, itiraz sonrasında, yürürlüğün durdurulması kararı verilebilmeli ve zaman sonunda Anayasaya açık aykırılık iddiası tekrar değerlendirilip ispatlanamaz ise bu karar kaldırılabilirdir. Elbette ki kötü niyetli itirazların da bertaraf edilmesi hukuk mantığının gereği olduğundan, yüce Mahkeme, itirazın Anayasaya sıfır aykırılık ihtimali karşısında, kötünietli bu itirazları yine de geri çevirebilme yetkisine sahip olmalıdır.

SONUÇ

Türk Anayasa yargısı sistemi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi kanununda tanınan, geçici tedbir niteliğinde olan kararları verebilme yetkisini açık olarak düzenlememektedir. Özellikle, yürürlüğün durdurulması kararının, gerek 1982 Anayasasında, gerek mülga 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda, gerekse 30.03.2011’de kabul edilen 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda, pozitif bir temeli, düzenlemesi yoktur. Mahkeme, bu karar türünü, 1993 yılında, içtihat ve yorum yoluyla verip, geliştirmiştir.

Türk anayasa yargısı sisteminde, normatif ve pozitif bir dayanaktan yoksun olan bir karar türü olarak “yürürlüğü durdurma” kararının Türk Anayasa Mahkemesinin içtihadıyla ve yargı fonksiyonunun bir gereği olarak, Anayasanın bağlayıcılığının ve üstünlüğünün bir gereği olarak oluşturulduğunu tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, içtihadi yetki yoluyla verdiği yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararların özünde, hukuk devleti, hak arama özgürlüğü ve hukukun üstünlüğü düşüncesi yatmaktadır. Yasama erkinin, kuvvetler ayrılığı düşüncesinin bir gereği olarak sınırlandırılmasında, anayasa yargısının yeri yadsınamaz. Bu bağlamda, yürürlüğün durdurulması kararının, yasamanın üstün gücüne karşı “anayasal denge aracı olarak, bu işlevin yerine getirilmesinde, Anayasa Mahkemesinin yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma yetkisinin içeriğinde bu karar türünün varlığının zorunluluğu hem mahkemece hem de mahkemenin içtihadını destekleyen bilim çevrelerince yüksek sesle dile getirilmektedir.¹⁰³

Özellikle Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulmasını, yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araç olarak görmekte, anayasaya aykırı

103 KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitapevi, Ankara 1994, s.99-100.

olan yasaların biran önce uygulanmasına son verilmesini istemekte ve durdurma yetkisine ilişkin bir kuralın bulunmamasını bir boşluk olarak nitelendirirken, içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma kararı verirken, pozitif hukuk kurallarına yollama yaparak, genel ilkeler çerçevesinde yargıcın hukuk yaratma yetkisine güçlü bir vurgu yapmaktadır. Ayrıca, itiraz yolunda başvuran mahkemenin davayı Anayasa Mahkemesi kararına kadar geri bırakabilmesi karşısında, Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olmamasının düşünleremeyeceği değerlendirilmektedir. Hiç kuşkusuz, yasama organının, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı içerikli konuları, benzer içerikte yeniden yasalaştırması olgusu, yürürlüğün durdurulmasında güçlü dayanaklardan biri olarak gösterilmektedir.¹⁰⁴

Ne var ki, Türk anayasa hukuku doktrinde bu içtihadi yetkinin varlığını ve doğruluğunu destekleyenler olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin yetki gaspına gittiğini ve pozitif hukuk düşüncesine aykırı olarak bir tutum takındığını ileri sürüp eleştirenler de bulunmaktadır.¹⁰⁵ Konu güncel bir anayasa yargısı sorunu olmaya devam etmektedir zira yapılan 17 değişikliğe rağmen ne Anayasa’da ne de 30 Mart 2011 tarihli 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’da normatif bir düzenleme yapılmamıştır. Türkiye’nin değerli bilim adamları olan anayasa hukukçuları karşıt zeminlerde değerli bilimsel görüşler ortaya koymaktadırlar.

Yürürlüğü durdurma kararının koşullarını ve verilebileceği halleri pozitif hukuk, yani hem Anayasa hem de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, açıkça içermeli, pozitif ve normatif bir hukuksal dayanak sağlanmalıdır. Böylece, iptale konu normun uygulanmasıyla doğacak ağır sonuçların doğması engellenecek ve bireyler, Anayasal himayeden yararlandırılacak ve telafisi imkânsız sonuçlar önlenecektir. Kanımızca, yürürlüğün durdurulması için, kamu yararı, telafisi güç zarar ihtimali ve

104 KABOĞLU Ö. İbrahim, Mahkeme, s.99-100.

105 Kemal Gözler’e göre: “Anayasa Mahkemesi kanunların yürütülmesinin durdurulmasına karar veremez. Çünkü Anayasa Mahkemesine Anayasa’nın hiçbir yerinde böyle bir yetki verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, tüm kamu hukuku organları gibi, kural olarak yetkisiz bir organdır. Kendisinin sahip olduğu yetkiler, kendisine “verilmiş” olan yetkililerdir. Anayasa Mahkemesi tüm diğer kamu hukuku organları gibi kendisine ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse, o konuda yetkisizdir hiçbir karar alamaz. Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması kararı ile Anayasa’ya, Anayasa’da olmayan fiili bir norm eklemiştir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa’ya norm eklemek gibi bir görevi yoktur. Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın kendisine açıkça vermediği bir yetkiyi kullanamaz. Anayasa Mahkemesinin kendinden menkul yetkileri yoktur. Anayasa Mahkemesinin bunu yapması Anayasa’ya aykırılık teşkil eder. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya norm eklemesi, sadece basit bir Anayasaya aykırılık değil, tali kurucu iktidarı gasp etmek anlamına gelir.” GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi, 12.Baskı, Bursa Ağustos 2011, s.445-446.

Anayasaya açık aykırılık şartları birlikte aranmalıdır. Anayasa ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun konuya ilişkin olarak normatif bir hükme kavuşurken, tali kurucu iktidar ve yasa koyucu tarafından yürürlüğü durdurma kararının tanımı, hukuki niteliği, koşulları, süresi, bu kararın verilmesine ya da verilmemesine itiraz edilmesi ve de belli bir süreye tabi tutulup tutulmayacağına ilişkin yukarıda değindiğimiz bilimsel tespitler ve mukayeseli hukuk örnekleri ışığında tali kurucu iktidar ve kanun koyucu tarafından net, şüpheye yer bırakmayacak düzenlemeler şeklinde bir an önce anayasa yargısı kurumumuza kazandırılmalıdır.

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı Ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.(Anayasa Yargısı.)

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, Argumentum, S:46, Ocak-Şubat-Mart 1995. (“Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması.”)

AKYALÇIN Ahmet, “Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması ”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 23, Ankara 2006. (Yürürlük)

ALTAY Evren, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğün Durdurulması”, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Editörler: Mehmet Turhan-Hikmet Tülen, Ankara Ağustos 2006. (Yürürlüğün Durdurulması)

ARMAĞAN Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1967. (Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi.)

ARSEL İlhan, Amerikan Anayasası Ve Federal Yüksek Mahkeme, Ankara 1958.

ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2000. (Türk Anayasa.)

AZRAK A. Ülkü, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürütmezliği“, Anayasa Yargısı, Ankara 1994. (“Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürütmezliği.”)

BİLGİN Pertev, “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesince Durdurulması”, Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995. (“Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesince Durdurulması.”)

ÇAĞLAR Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Sentetik Bir Deneme İçin Notlar.”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1987.

DOĞAN İlyas, Alman Ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma, İstanbul 1997. (Alman Hukukunda.)

DOĞAN İlyas, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğü Durdurmaya İlişkin Kararları Ve Sonuçları”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Nisan 1998. (“Yürürlük”.)

DURAN Lütfi, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, Anayasa Yargısı, Ankara 1984.

ERGÜL Ozan, Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

FEYZİOĞLU Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Ankara 1951.

GIACOMETTİ, “Freiheitsrechtskatalog als kodifikation der Freiheit”ZSR 1995, S.149 (aktaran GÖREN Zafer, Anayasa)

GÖREN Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999. (Anayasa Hukuku.)

GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2011. (Anayasa)

GÖREN Zafer, “Türk Ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları Ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, Anayasa Yargısı, C:12, Ankara 1995.

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, 1.Baskı Haziran 2011, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa. (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi)

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi, Bursa 2000. (Türk Anayasa Hukuku Dersleri.)

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi, 12. Baskı, Bursa Ağustos 2011.

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa 2000. (Türk Anayasa.)

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitapevi, Ankara 1999. (Yönetmelik Yargı.)

GÜLSOY Tevfik Mehmet, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri Ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

GÜRAN Sait, “Anayasa Mahkemesinin İşlevi Ve Bu Bağlamda Yürürlüğü Durdurulması”, Anayasa Yargısı 12, Ankara1995.

GÜRAN Sait, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, Anayasa Mahkemesinin 23.Kuruluş Yıldönümü, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:5, Ankara 1986. (“Yürütmenin Durdurulması.”)

HUBER H., Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrecht, Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Rechtsquellen Probleme

im Schweizerischen Recht, 1995, S.96. (aktaran GÖREN Zafer, Anayasa)

KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitapevi, Ankara 2000. (Anayasa Yargısı.)

KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitapevi, Ankara 1994. (Mahkeme)

KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7.Baskı, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 48, Eylül 2011, İstanbul. (Anayasa Hukuku Dersleri)

KANADOĞLU Korkut, Beta Basım Yayım, Yayım No:1467, 1.Baskı-Nisan 2004 İstanbul.

KIRATLI Metin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, A.Ü. S.B.F., No:162-144, Sevinç Matbaası, Ankara 1963.

KORKUT Levent, “Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, Amme İdaresi Dergisi”, C:27, S:3; Eylül 1994. (“Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme.”)

KÖKÜSARİ İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, XII Levha Yayıncılık A.Ş., 1.Baskı İstanbul, Ekim 2009. (Anayasa)

KURU Baki - ARSLAN Ramazan - YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1993. (Usul.)

MEMİŞ Emin, “Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Boşluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:9, S:1-3, 1995.

NARİN Serdar, Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Hukuksal Yaptırımı Ve Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001.

ODYAKMAZ Zehra, “Yürürlüğü Durdurma”, Anayasa Yargısı 12, Nisan 1995. (“Yürürlüğü Durdurma”.)

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000. (Türk Anayasa Hukuku.)

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010. (Anayasa)

PESTALOZZA C., Verfassungsprozessrecht, München, 1991, & 17, KN 8. (aktaran GÖREN Zafer, Anayasa)

RUHİ Emin, “Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, Atatürk Üniversitesi EHFD, AÜEHF’nin 10.Öğretim Yılına Armağan, Sayı 1-4, C V, 2001. (Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması)

SABUNCU Yavuz, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, Amme İdaresi Dergisi, C:17, S:2., Haziran 1984. s.86. (“Tedbir”.)

SANCAR Mithat, “Yürütmenin Durdurulması Kurumu ve Anayasa Yargısı”, AİD, C:26, 1993-4. (“Yürütmenin Durdurulması.”)

ŞEKERCİ Ersin, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:45, 1988/3. (“Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması.”)

TANÖR Bülent - YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY Yayınları, İstanbul 2001. (Türk Anayasa Hukuku.)

TANÖR Bülent - YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 9.Bası, Beta Basım A.Ş., Eylül 2009, İstanbul.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş, İstanbul 1997. (Anayasa Hukuku.)

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 13.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, Ağustos 2009, İstanbul. (Anayasa)

TEZİÇ Erdoğan, “Kanunun Yürürlüğünün Durdurulması”, İnan Kırac’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No:1, 1994. (“Kanunun Yürürlüğünün Durdurulması.”)

TUNÇ Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

TUTUMLU A. Mehmet, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:5, Yıl:89. (“Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine.”)

YENİCE Kâzım, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Etkinlik”, Cumhuriyet Gazetesi, 03.11.1986.

YILDIZ Mustafa, Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, Beta Yayınları, İstanbul 1998. (Geçici Tedbir.)

YARGI KARARLARI

AİHM KARARI

AIHM İkinci Daire

Keshmiri /Türkiye Davası (No. 2)

(Başvuru no. 22426/10)

■ Çeviren: İzmir Barosu İngilizce Çalışma Grubu[1]
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

KARAR
STRASBOURG
17 Ocak 2012

Bu karar Sözleşmenin 44/2 maddesinde belirtilen koşullar altında kesinleşecektir. Yazınsal düzeltmelere tabi olabilir.

Keshmiri / Türkiye davasında,
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire), şu kişilerden oluşmaktadır:
Françoise Tulkens, Başkan,
Danut Jočien,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Işıl Karakas,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, yargıçlar,
and Stanley Naismith, Daire Yazı İşleri Müdürü,

13 Aralık 2012 tarihinde kapalı toplantıdan sonra aynı tarihte şu kararı vermişlerdir:

USUL

1. Dava, 22 Nisan 2010 tarihinde İran uyruklu Bay Mansour Edin Keshmiri (Başvurucu) tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmenin (“Sözleşme”) 34. maddesine dayanılarak Mahkemeye yapılan başvurudan (no. 22426/10) kaynaklanmaktadır. Başvurucu İstanbul’da avukatlık yapan Bayan Sinem Uludağ tarafından temsil edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti (Hükümet) kendi temsilcileri tarafından temsil edilmiştir.

2. 16 Haziran 2010 tarihinde İkinci Daire Başkanı, başvuruyu Hükümete

bildirmeye karar vermiştir. Aynı zamanda başvurunun kabuledilebilirliği hakkında ve esas yönünden karara bağlanması kabul edilmiştir. (Madde 29 paragraf 1)

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

3. Başvurucu 1958 doğumludur ve Kırklareli’de yaşamaktadır.

A. Davanın Arka planı

4. Başvurucu, 1985 yılında İran Halkın Mücahitleri Örgütüne katılmıştır. (“HMÖ”)

5. 1986 yılında Irak’a gelmiştir. 2003 yılında örgütten ayrılincaya kadar, Irak’ta HMÖ üyelerinin barındırıldığı El-Eşref kampında yaşamıştır. HMÖ’nden ayrıldıktan sonra, Irak’taki Amerikan Güçleri tarafından kurulmuş olan Geçici Mülakat ve Koruma Merkezine (GMKM) gitmiştir. Bu merkez daha sonra Eşref Mülteci Kampı olarak isimlendirilmiştir (“EMK”).

6. 5 Mayıs 2006 tarihindeki mülakattan sonra, Başvurucu Irak’ta kaldığı süre boyunca, Cenova’daki Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Merkezi (BMMYK) tarafından mülteci olarak kabul edilmiştir.

7. Belirtilmeyen bir tarihte Başvurucu, sahte bir pasaportla Türkiye’ye girmiştir.

8. 1 Haziran 2008 tarihinde, Başvurucu sahte bir pasaportla Bodrum limanından Yunanistan’ın Kos adasına gitmeye çalışırken Türk güvenlik güçleri tarafından yakalanmıştır.

9. Belirtilmeyen bir tarihte BMMYK şubesi, ulusal makamlardan, Başvurucunun Türkiye’de sığınma işlemlerine erişimini sağlamasını istemiştir. Bu talep, Başvurucunun HMÖ üyesi olarak Türkiye’deki varlığının milli güvenliğe bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

10. Başvurucu 1 Ağustos 2008 tarihinde, bariz bir şekilde İran’a sınır dışı edilmek amacı ile Doğu Türkiye’deki Van iline nakledilmiştir.

B. Mahkeme’deki Usul

11. Başvurucunun avukatı 1 Ağustos 2008 tarihinde Mahkeme’ye başvurarak, Sözleşmenin 2 ve 3. maddelerine göre İran’a gönderilmesinin Başvurucuyu gerçek bir kötü muamele riskine sokacağını öne sürerek İran’a sınır dışı edilmesinin durdurulmasını talep etmiştir. (başvuru nu. 36370/08).

12. Aynı gün içerisinde, İkinci Daire Başkanı Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince, ikinci bir bildirim kadar, Başvurucunun İran'a sınırdışı edilmemesi gerektiğini Türk Hükümeti'ne bildirmeye karar vermiştir.

13. Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesinde düzenlenen geçici tedbir uyarınca sınır dışı etme işlemleri ertelenmiş ve 3 Ağustos 2008 tarihinde Başvurucu Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezine gönderilmiştir.

14. Mahkeme İkinci Dairesi 13 Nisan 2010 tarihinde, Başvurucunun İran veya Irak'a gönderilmesi halinde Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edileceğini tespit etmiştir. (Bakınız Keshmiri / Türkiye, no. 36370/08, paragraf 28, 13 Nisan 2010)

15. 25 Mayıs 2010 tarihinde İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü ("Bakanlık") Başvurucunun Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nden salıverilmesine ve Kırklareli'nde geçici bir oturma izni çıkarılmasına karar vermiştir. Buna göre 26 Mayıs 2010 tarihinde Başvurucu salıverilmiştir. Kendisi halen Kırklareli'nde yaşamaktadır.

C.Yerel Mahkemeler Nezdindeki Yargı Süreci

16. Bu zaman zarfında, 28 Ağustos 2009 tarihinde, İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat Bay A.Yılmaz, Başvurucunun Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezinden salıverilmesi için Bakanlığa bir dilekçe sunmuştur.

17. İdari Makamların 60 gün içerisinde cevap vermemeleri İdari Yargılama Usulü Yasası'nın(6 Ocak 1982 tarih ve 2577 Sayılı Yasa) 10.maddesi uyarınca zımni red sayıldığından, Bay A.Yılmaz, 25 Kasım 2009 tarihinde Ankara İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

Mahkemeden, mülteci statüsünde bulunan müvekkilinin, özgürlük haklarını ihlal eden Bakanlığın salıverilme talebinin reddi yönündeki kararının iptalini ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesini talep etmiştir.

18. 13 Ocak 2010 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi, yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir. Bay A.Yılmaz karara itiraz etmiştir.

19. 10 Şubat 2010 tarihinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi, itirazı incelemeye talebini reddetmiştir.

20. 16 Mart 2010 tarihinde, Ankara İdare Mahkemesi, Başvurucunun davasını reddetmiştir. Mahkeme başlangıçta, ilgili mevzuat uyarınca Türkiye'ye yasa dışı yollardan girmiş olup, ülke içinde bulunmaları kamu düzeni ve güvenliği için tehlike oluşturan, Başvurucu ile aynı pozisyonda bulunan kişilerin, sınırdışı edilmelerinin gerekliliğine karar vermiştir. Bununla beraber sınırdışı

edilme bazı nedenlerden gerçekleştirilememiş ise ilgili kişiler sınır dışı işlemleri sonuçlandırılincaya kadar, Bakanlıkça gösterilen bir yerde barındırılacaktır. Söz konusu davada İdari Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir kararını takiben, Başvurucunun sınır dışı edilmesinin durdurulduğunu ve yasaya uygun olarak ikamet merkezine yerleştirildiğini belirtmiştir. Bu yüzden idare, Başvurucunun salıverilmesinin reddedilmesi işlemiyle mevzuata uygun davranmıştır. İdare Mahkemesi ayrıca, sınır dışı edilmeyi bekleyen kişilere geçici ikamet izni verilmesinin, onların takibini ve kontrolünü çok zorlaştıracığını belirtmiştir.

21. Başvurucu, Ankara İdare Mahkemesinin kararına karşı itirazda bulunmuştur. İtirazında, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde 3 Ağustos 2008 tarihinden beri rızası olmaksızın tutulmakta olduğunu ve özgürlükten mahrumiyetinin iç hukukta hiç bir hukuki dayanağının bulunmadığını ve de herhangi bir yasal himayeden yoksun olduğunu ileri sürmüştür.

Dahası, Başvurucu sınır dışı edilmesinin Sözleşmenin 3.maddesi anlamında ihlal oluşturacağına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına rağmen, serbest bırakılmamış olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca idarenin, kendisinin kamu düzeni ve güvenliğine karşı tehdit oluşturduğuna ilişkin iddialarını destekleyen herhangi bir delil sunmamış olduğunu da öne sürmüştür.

22. Temyiz incelemesinin halen Danıştay'da görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu esnada, Bakanlığın emri üzerine Başvurucu, 26 Mayıs 2010 tarihinde Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezinden serbest bırakılmıştır (Bknz. Yukarıdaki 15.paragraf).

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

23. Uluslararası materyallerin yanı sıra, ilgili iç hukuk ve uygulamanın tanımını, Türkiye'ye karşı Abdolkhani ve Karimnia davasının içerisinde bulunabilir (no. 30471/08, paragraf 29-51, 22 Eylül 2009).

MEVZUAT

I. SÖZLEŞMENİN 5. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

24. Başvurucu, Sözleşmenin 5/1 maddesi uyarınca, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezinde hukuka aykırı ve keyfi olarak tutulmakta olduğundan bahisle şikayetçi olmuştur. Başvurucu, ayrıca Sözleşmenin 5/4 ve 13.maddeleri uyarınca, alıkonulmasını hızlı bir şekilde denetleyecek yargısal bir denetimin ve etkili bir iç hukuk yolunun bulunmadığını da belirtmiştir.

25. Başvurucunun etkin iç hukuk yollarının bulunmadığına dair şikayetin, Mahkeme, Sözleşmenin 13.maddesinde düzenlenmiş genel şartlara na-

zaran, özel bir düzenleme getiren sözleşmenin 5/4 maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir (Bknz. A. ve Diğerleri / Birleşik Krallık (GC) no.3455/05, paragraf 202. AIHM 2009).

A. Kabuledilebilirlik

26. Hükümet, Başvurucunun Sözleşmenin 35/1 maddesine göre iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda hukuka aykırı tutulma iddiasına ilişkin olarak, Başvurucunun yeni Ceza Yargılama Usulü Yasası'nın (5271 Sayılı Yasa) 141. maddesi gereğince tazminat talep edebileceğini iddia etmiştir. Alternatif olarak, Başvurucu Anayasa'nın 125. maddesi gereğince, şikayetçi olduğu idari işlemin iptali için idari dava açabilirdi. Öte yandan Hükümet'in iddiasına göre Başvurucu, Sözleşmenin 5. maddesine dayanarak yaptığı şikayeti yönünden, etkin iç hukuk yolunun bulunmadığı düşüncesinde olmuş olsa idi, şikayetini Mahkemeye 22 Nisan 2010 tarihinden önce yapmış olması gerekirdi. Bu sebeple, Hükümet Başvurucunun Sözleşmenin 35/1 maddesinde belirlenen, 6 ay kuralını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

27. Hükümetin, 5271 Sayılı Yasa ile sağlanan iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair ilk itirazına gelince, Mahkeme söz konusu Yasanın 141. maddesinin kişilerin ceza soruşturması veya kovuşturması esnasındaki tutukluluğuyla ilgili olduğuna dikkat çekmektedir. Başvurucu aleyhine hiçbir ceza soruşturması bulunmadığından ve belirtilen hükmün Başvurucunun durumuna benzer hallerde usulünce uygulandığına dair Hükümet tarafından herhangi bir emsal gösterilmediğinden, Mahkeme 5271 Sayılı Yasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yasa yolunun etkin ve elverişli olmadığı kanaatine varmıştır. Bu sebeple Mahkeme, Hükümetin bu başlık altındaki ilk itirazlarını reddetmiştir.

28. Başvurucunun Anayasanın 125.maddesinde öngörülen idari mahkemelere başvurmadığı yönündeki itirazına gelince, Mahkeme Hükümetin iddialarının aksine, Başvurucunun idari kararın iptalini idari mahkemeler nezdinde talep ettiğini ve davanın halen Danıştay'da derdest olduğunu vurgulamıştır. Bu yasa yolunun Sözleşmeye göre etkili sayılıp sayılmayacağı meselesi, Başvurucunun Sözleşmenin 5/4 maddesi yönünden şikayetin esasıyla yakından ilintilidir. Bu sebeple Mahkeme, Hükümetin bu konudaki itirazını bu aşamada esasla birleştirmiştir.

29. Mahkeme, ayrıca başvurucuların Sözleşmenin 35/1 maddesinde öngörülen altı aylık süre bakımından, iç hukuk yollarının tüketilmesi sürecinde nihai karardan itibaren 6 ay içerisinde başvurmalarının gerekliliğini yinelemektedir (Bknz. birçok emsal arasından Türkiye'ye karşı Salmanoğlu ve Polattaş no:15828/03 paragraf 72,17 Mart 2009). Ayrıca Mahkeme Başvurucunun, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nden salıverilmesi talebini reddeden idari kararın iptali amacı ile başladığı idari yargılamanın halen

Danıştay’da derdest olduğunu bir kez daha vurgulamaktadır .

Bu sebeple Mahkeme 22 Nisan 2010 tarihinde yapılan başvurunun Sözleşmenin 35/1. maddesindeki altı aylık süreye uygun olduğu kanaatindedir. Sonuç itibarı ile Mahkeme Hükümetin ilk itirazını bu bağlamda aynı şekilde reddetmiştir.

30. Dahası, Mahkeme başvurunun Sözleşmenin 35/3 maddesi kapsamında açıkça mesnetsiz olmadığını belirtmiştir. Başvurunun kabuledilir olmadığına dair başkaca bir sebep tespit edilememiştir. Dolayısıyla başvurunun kabul edilebilirliği belirtilmiştir.

B. Esas

1. Sözleşmenin 5/1 Maddesinin ihlali iddiası

31. Hükümet Başvurucunun alıkonulmadığını, sadece bir yabancılar kabul ve ikamet merkezinde idari bir tedbir olan kamu güvenliği amacıyla sınır dışı işlemleri öncesinde, gözetim için “barındırıldığını” ileri sürmüştür. Hükümet bu uygulamanın, 5683 Sayılı Yasanın 23. maddesine ve 5682 Sayılı Yasanın 4. maddesine dayandığını iddia etmiştir. Hükümet böyle bir gözetim tedbirinin yasa dışı göç ve insan ticaretini kontrol altında tutmak için elzem olduğunu dahası Sözleşmenin 5/1f maddesine uygun olduğunu belirtmiştir.

32. Başvurucu kendisinin Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi’nde alıkonulmasının geçerli hukuki bir dayanağı olmadığını ve tamamiyle keyfi olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemenin başvurunun İran veya Irak’a sınır dışı edilmesi halinde Sözleşmenin 3. maddesinin ihlalinin gerçekleşeceğini tespit ettiği, Keshmiri – Türkiye (no. 36370/08, paragraf 28, 13 Nisan 2010) kararını müteakiben, kendisi aleyhinde hiçbir sınır dışı işlemi yapılmayacağını açık olduğunu özellikle belirtmiştir. Buna rağmen, yukarıda bahsi geçen karardan sonra dahi, Başvurucu alıkonulmaya devam edilmiştir.

33. Hükümetin başvurunun alıkonulmasını haklı çıkarmak için atıfta bulunduğu yasal düzenlemelerin, sınır dışı işlemleri aşamasında özgürlükten mahrum bırakmaya yönelik olmadığını fakat sadece bazı yabancı grupların Türkiye’de ikametlerini düzenlediğini Mahkeme daha önceden benzer davalarda tespit etmiştir. Bu hükümler ne sınır dışı edilme maksadı ile alıkonulma kararı verilmesinin ya da alıkonulma süresinin uzatılmasının şartlarını ne de böyle bir alıkonulma için azami süreyi belirlemektedir (daha önce 125-135 paragraflarda sözü edilen Bkz. Abdolkhani ve Karimnia,). Bu sebeple Mahkeme Başvurucunun Kırklareli Yabancılar Kabul Ve İkamet Merkezi’nde alıkonulmasının yeterli hukuki dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir.

34. Mahkeme ayrıca sınır dışı edilme işlemleri süresince herhangi bir öz-

gürlükten yoksun bırakmanın Sözleşmenin 5/1 (f) maddesine göre mazur görüleceğini ifade etmektedir.

Ancak Mahkemenin 1 Ağustos 2008 tarihli ihtiyati tedbir kararı uygulanmasını müteakiben davalı Hükümet Sözleşmenin 34. maddesinden kaynaklanan sorumluluğunu ihlal etmeksizin Başvurucuyu İran'a gönderemezdi ve bu nedenle Başvurucu hakkında yürütülen herhangi bir sınırdışı işleminin ertelenmesi zorunluydu (Gebremedhin -Gaberamadhien- / Fransa, no. 25389/05, paragraf 73 ve 74, AİHM 2007-V). Mahkeme, yetkililerin daha sonraki bir aşamada sınırdışı etmeyi düşünmeleri ve alıkonulmanın gerekçesiz uzatılması koşuluyla, işlemlerin ertelenmiş ise de "yürütülmekte olması" nedeniyle ihtiyati tedbir neticesi sınır dışı işlemlerinin geçici ertelenmesinin ilgili kişinin tutulmasını hukuka aykırı kılmayacağını ifade etmektedir (Bknz S.P. / Belçika (dec.), no. 12572/08, 14 Haziran 2011).

Mahkeme, daha sonraki bir aşamada yetkililerin halen sınır dışı etmeyi engermesi durumunda -sınır dışı süreci askıda olmasına rağmen "hukuki sürecin" devam edebilmesi açısından-ve alıkoymanın gereksiz uzamaması koşuluyla sınır dışı etme süreciyle ilgili ihtiyati tedbir kararının uygulamasından kaynaklanan geçici durdurmanın tek başına ilgili kişinin hukuka aykırı alıkonulduğunu göstermediğini hatırlatır.(Bkz.S.P-Belçika karar no: 12572/08,14.06.2011)

Bununla beraber söz konusu davada başvurunun alıkonulması, ihtiyati tedbirin uygulanmasından sonra aylarca sürmüş ve bu zaman zarfında alternatif çözümler için hiçbir adım atılmamıştır. Dahası Mahkeme Keshmiri kararında (yukarıda bahsedilen) Başvurucunun İran veya Irak'a sınır dışı edilmesinin Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaline yol açacağını belirtmiştir. Mahkeme, Başvurucunun diğer bir ülkeye gönderilebilmesi olanaklıyken Hükümetin bu hususta herhangi bir beyanda bulunmadığına dikkat çekmektedir. Sonuç olarak Başvurucunun alıkonulması gerekçesiz olarak uzatılmıştır.

35. Yukarıda belirtilenlerin ışığında, Mahkeme Başvurucunun Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde alıkonulmasının Sözleşmenin 5. Maddesi'nin 1. bendinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

2. Sözleşmenin 5/4 Maddesinin İhlali İddiası

36. Hükümet, bir kişinin yabancılar kabul ve ikamet merkezine yerleştirilmesi kararının iptali için İdare Mahkemesi'ne başvurusunun, her seferinde lehte bir sonuç vermesi beklenemeyecek olsa da, Sözleşmenin 5/4. Maddesi anlamında etkili bir hukuk yolu olduğunu ileri sürmüştür.

37. Başvurucu, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nden salıverilmesi talebiyle Ankara İdare Mahkemesi'ne başvurduğunu belirtmiştir.

Buna rağmen, idari yargılama süreci hızlı ve özenli olmamıştır ve dava halen Danıştay'da derdesttir.

38. Mahkeme, Sözleşmenin 5/4. maddesinin amacının, göz altına alınan ve alıkonulan kişilere uygulanan tedbirin, yargısal denetim hakkını sağlamak olduğunu yinelemektedir (bknz, mutatis mutandis, De Wilde, Ooms ve Versyp / Belçika, 18 Haziran 1971, paragraf 76, A Serisi no. 12). Bir kişinin alıkonulduğu süre boyunca alıkonulmasının hukukiliğinin ivedi yargısal denetimine imkan veren ve kişinin salıverilmesini sağlayabilecek nitelikte bir kanun yolu mevcut bulunmalıdır.

39. Mahkeme, ilk olarak, Başvurucunun yasal temsilcisinin 28 Ağustos 2009 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi'nde, İçişleri Bakanlığı'nın müvekkilinin salıverilme talebinin reddi kararının iptali ve söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulması talebiyle dava açtığını tespit etmiştir. Talep 16 Mart 2010 tarihinde, Ankara İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir ve dava dosyasındaki bilgiye göre, temyiz süreci Danıştay'da devam etmektedir. Böylelikle idari yargılama süreci halihazırda iki yıldan fazla sürmüştür.

40. Mahkeme söz konusu davadakine benzer konuların öne sürüldüğü davalarda Sözleşmenin 5/4. maddesi ihlallerini tespit ettiğine dikkati çekmektedir. Mahkeme özellikle ZNS/Türkiye davasında (no. 21896/08, paragraf 58-63, 19 Ocak 2010), İdare Mahkemesi nezdinde iki ay on gün süren yargısal denetim sürecinin Sözleşmenin 5/4. Maddesi bağlamında süratli sayılmayacağını belirtmiştir.

İşbu davada sürecin çok daha uzun zamandan beri devam ettiği ve Hükümetin bu aşırı gecikmeyi gerekçelendirecek bir açıklama yapmadığı göz önüne alındığında, Mahkeme Türk hukuk sisteminin, Sözleşmenin 5/4. Maddesi bağlamında, Başvurucunun alıkonulmasının hızlı yargısal denetimini sağlamadığı sonucuna varmaktadır.

41. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümetin Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediği itirazını reddederek Sözleşmenin 5/4. Maddesi'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİ'NİN UYGULANMASI

A. Tazminat, masraf ve harcamalar

Başvurucu 50.000 Euro manevi tazminat talep etmiştir. Hükümet bu talebe asılsız ve fahiş olduğu yönünde itiraz etmiştir. Mahkeme Başvurucunun sadece ihlalin varlığının tespitiyle giderilemeyecek olan manevi bir zarara uğradığını göz önünde tutmaktadır. Hakkaniyete uygun olarak, Mahkeme manevi tazminat yönünden Başvurucuya 9000

Euro verilmesine karar vermiştir.

Başvurucunun masraf ve harcamayla ilgili talebi yoktur. Buna göre bu başlık altında bir karar verilmemiştir.

B. Gecikme Faizi

46. Gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredilere uyguladığı faiz oranına asgari % 3 fark eklenerek uygulanmasını Mahkeme uygun bulmuştur.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE

1. Hükümetin idari başvuru yollarının tüketilmediğine dair itirazını esasla birleştirerek reddine;

2. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;

3. Sözleşmenin 5/1. ve 5/4. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna;

4. a) Manevi tazminat için Davalı Devletin, Sözleşmenin 44/2. Maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç aylık süre içinde, ödeme tarihinde uygulanan Türk Lirası döviz kurlarına göre Başvurucuya 9000 Euro (Dokuz bin Avro) ve bu miktar ile ilgili olarak gerekli vergi tutarını ödemesine;

b) Yukarıda belirtilen tutar üzerine, söz konusu üç aylık sürenin bitiminden ödeme tarihine kadar Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli marjinal kredi faizinin oranına eşit olarak % 3 arttırılması suretiyle bulunacak basit faizin uygulanmasına;

5. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2. ve 77/3. Maddesine uygun olarak 17 Ocak 2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan

■ *İzmir Barosu İngilizce Çalışma Grubu (İBİÇG)", İzmir Barosu üyelerinden oluşan "İngilizce Çalışma" grubuna katılan Av. Nuray Rüzgar Av. Serap Kervan, Av. Ata Sabri Atılğan, Av. Özlem Şahin Başa, Av. Ahmet Aras'tan oluşmakta olup, İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız, gönüllülük temelinde faaliyet gösterir.*

YARGI KARARLARI

İDARİ BÖLÜM

Bireysel Emeklilik İçin Ödenen Ana Paradan Gelir Vergisi Alınamayacağı

İSTANBUL

6. Vergi Mahkemesi

Esas : 2011/1800

Karar : 2012/214

Özet:Davacının sigorta şirketine üç yıl boyunca nakden ödeme yaptığı anapara menkul sermaye iradının niteliğinde değildir. Bu nedenle davacıya iade edilen anapara tutarı üzerinden 193 sayılı Gelir Vergisi

Kanunun 94. maddesinin 15/a bendi uyarınca yapılan tevkifatın “matrahta hata” kapsamında değerlendirilmesi ve hukuka aykırı şekilde idarenin uhdesinde bırakılan paranın ve faizinin genel hükümler uyarınca ödenmesi gerekir.

Davacı :

Davalı : Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı

Davanın Özeti : Bireysel Emeklilik sisteminden ayrılan davacıdan fazladan kesildiği öne sürülen 7.498,63 TL’nin iadesi istemiyle yapılan şikayet başvurusunun reddine dair 17.08.2011 tarih, 078966 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı işleminin, hukuka aykırı olduğu, sadece getiri üzerinden vergi alınması gerektiği, ana paranın vergilendirilemeyeceği ileri sürülerek iptali ve söz konusu tutarın yasal faiziyle birlikte iadesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu tevkifatın yasa gereği yapıldığı iddiaların haksız olduğu, davacı iddialarının hata kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren İstanbul 6. Vergi Mahkemesi Hakimliğince dava dosyası incelenerek işin gereği düşünüldü:

Dava; Bireysel Emeklilik Sisteminden ayrılan davacıdan fazladan kesildiği öne sürülen 7.498,63 TL’nin iadesi istemiyle yapılan şikayet başvurusunun reddine dair 17.08.2011 tarih, 078966 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı işleminin iptali ve söz konusu tutarın yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılmıştır.

213 sayılı Kanunun 116. maddesinde vergi hatalarının, vergiye mütaallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olduğu, 117. ve 118. maddelerinde hata türlerinin “matrah hataları, vergi miktarında hatalar, verginin mükerrer

olması, mükellefin şahsın hata, mükellefiyette hata, mevzuda hata, vergilendirme ya da muafiyet döneminde hata” şeklinde olduğu, 122. maddesinde mülçelleflerin, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile isteyebilecekleri. 124. maddesinde ise Vergi Mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanların şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracaat edebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun Menkul Sermaye İradı Başlıklı 75 inci maddesinin ilk fıkrasında ise; sahibinin ticari zirai veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkül sermaye dolayısıyla elde ettiği kar payı, faiz, kira ve benzeri iratların menkul sermaye iradı olduğu aynı maddenin 15/a bendinde ise tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından on yıl süreyle prim aidat veya katkı payı ödemediği ayrılanlara yapılan ödemelerin menkul sermaye iradı sayılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden davacı ile sigorta şirketi arasında düzenlenen hayat sigortası poliçesi uyarınca davacının 10 yıldan az yıl süreyle prim ödediği, poliçenin davacının isteği ile sonlandırılması üzerine sigorta şirketi tarafından davacıya ödediği ana para ve getirisinin iade edildiği, ancak ödeme yapılırken anapara ve getiriden oluşan toplam tutar üzerinden 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinin 15/a bendi uyarınca gelir vergisi tevkifatı yapıldığı, kesintinin sadece getiri üzerinden yapılması gerektiğinden bahisle yapılan düzeltme başvurusunun reddi ve bundan sonra yapılan şikayet başvurusunun da Gelir İdaresi Başkanlığı’nca reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun yukarıda belirtilen 75 inci maddesinin ilk fıkrasında menkul sermaye iradının tanımı yapılmış ve açıkça nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkül sermaye dolayısıyla elde edilen kar payı, faiz, kira ve benzeri iratların menkul sermaye iradı olduğu belirtilmiştir. Buna göre davacının sigorta şirketine üç yıl boyunca nakden yaptığı ödemelerin tamamı değil bu ödemenin ana para dışında kalan kısmı menkul sermaye iradı niteliğindedir. Bu nedenle davacıya iade edilen anapara tutarı üzerinden 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinin 15/a bendi uyarınca yapılan tevkifatta hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından, söz konusu fazla tevkifatın “matrahta hata” kapsamında değerlendirilmesi ve dava konusu işlemin bu kısmının iptali, fazlaya ilişkin iptal isteminin ise reddi gerekmektedir.

Diğer taraftan; davacıya ait bir paranın hukuka aykırı bir şekilde idarenin uhdesinde bırakılması nedeniyle davacıya genel hükümlere göre faiz ödenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; Davanın Kısmen Kabulüne Kısmen Reddine, dava konusu işlemin ana paradan yapılan kesintiye ilişkin kısmının iptaline ve davacıdan fazladan kesilen gelir vergisinin kesinti tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya iadesine, fazlaya ilişkin istemin Reddine, aşağıda dökümü yapılan 50,40 TL yargılama giderinin 40,00 TL’lik kısmının davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine, kalan 10,40 TL’nin ise davalı idare üzerinde bırakılmasına, davacıdan davalı idarece 21,15 TL’den az olmamak üzere binde 3,96 nispetinde karar harcı alınmasına, artan posta avansının kararın kesinleşmesinden sonra istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz yolu açık olmak üzere, 31/01/2012 tarihinde karar verildi.

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan

Vergi Ziyai Cezasının vergi aslının bir katı olarak uygulanması

DANIŞTAY
DOKUZUNCU DAİRE
Esas : 2008/5263
Karar : 2011/7772

Özet: Defter ve belgelerin incelenmeye ibraz edilememesi nedeniyle KDV indirimlerinin reddedilmesi sonucu matrah farkı davacının beyannamelerinden çıkarıldığından ve harici bir araştırmaya gerek kalmaksızın saptandığından cezanın bir kat uygulanması gerekir.

Karşı Taraf: Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti: Davacı adına, 2004/Ocak-Aralık dönemlerine ilişkin olarak tarh edilen katmadeger vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı dosyanın incelenmesinden davacının defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi üzerine indirimlerinin reddi suretiyle 2004/Ocak-Aralık dönemleri için üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarh edildiğinin anlaşıldığı olayda, Mahkemelerince verilen 27.2.2008 günlü ara kararla davacıdan mal ve hizmet alımında bulunduğu firmalar tarafından adına düzenlenmiş olan fatura ve diğer belgelerin temin edilerek Mahkemeye ibrazının istenildiği halde ibraz yükümlüğünün yerine getirilmediğinin görüldüğü, bu durumda, davacının alış belgelerini ibraz etmemesi nedeniyle indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı tarhiyatta isabetsizlik görülmüştüğü gerekçesiyle reddeden İzmir 4. Vergi Mahkemesi'nin 21.5.2008 tarih ve E:2007/1336, K:2008/658 sayılı kararının; ekonomik durumunun bozulması nedeniyle alacaklarını tahsil edememesine bağlı olarak piyasaya kestiği çeklerin karşılıklarını ödeyemediğinden karşılıksız çek keşide etmek suçundan 2005 yılında ceza evine girdiğini, işyeri olarak kiralanan yerde bulunan defter ve belgelerin mal sahibi tarafından işyerinin boşaltılması sırasında kaybolması nedeniyle incelemeye ibraz edemediğini, bu nedenden ötürü cezalı tarhiyat yapılmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddalar, Mahkeme kararının vergi aslına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Vergi ziyai cezasına gelince;

Başka bir araştırma yapılmadan defter ve belgelerin incelemeye ibraz

edilmemesi nedeniyle kdv'si indirimlerinin reddedilmesi sonucu matrah farkı bulunduğu gözönüne alındığında, cezanın ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında uygulanması gerektiğinden Mahkemece ceza yönünden verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu nedenle Mahkeme kararının vergi aslı yönünden onanması, ceza yönünden bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Cüneyt Karaman'ın Düşüncesi: İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü: Uyuşmazlıkta, davacı adına, tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen üç kat vergi ziyai cezasının terkini istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Davacı tarafından, ileri sürülen iddaalar vergi mahkemesi kararının, vergi aslı ile vergi aslının bir katına isabet eden vergi ziyai cezasına ilişkin hüküm fıkralarını kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Vergi ziyai cezasının vergi aslının bir katını aşan kısmına gelince;

Olayda, matrah farkı davacının beyannamelerinden çıkarıldığından ve harici bir araştırmaya gerek kalmaksızın saptandığından cezanın bir kat uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kısmen reddine, kısmen kabulüne, İzmir 4. Vergi Mahkemesi'nin 21.5.2008 tarih ve E:2007/1336, K:2008/658 sayılı kararının, vergi aslına ilişkin hüküm fıkrasının esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile onanmasına, vergi aslının bir katı tutarındaki vergi ziyai cezasına ilişkin hüküm fıkrasının oybirliği ile onanmasına vergi ziyai cezasının vergi aslının bir katını aşan kısmına ilişkin hüküm fıkrasının oyçokluğu ile bozulmasına, onanan kısım üzerinden 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı 3 sayılı Tarife uyarınca hesaplanacak ilam harcının temyiz isteminde bulunan dan alınmasına 17.11.2011 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY AÇIKLAMASI

Temyizde ileri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerekeceği görüşü ile dairesiz kararının vergi ziyai cezasının bir katına indirilmesine ilişkin kısmına katılmıyorum.

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan

YARGI KARARLARI

HUKUK BÖLÜMÜ

Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2011/7501

Karar : 2011/8352

Özet: Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi :Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi

Tarihi :26/10/2010

Numarası :2009/335-2010/258

Davacı :Tayfur Çetinbaş ve diğerleri Vekili Avukat Rüştü Atpulat

Davalı :1-Ahmet Yılancı Vekili Avukat Saim Tuğrul 2-Milli Savunma Bakanlığı Vekili Avukat Halide Esen

Taraflar arasındaki maddi ve manevi tazminat davasından dolayı yerel mahkemece verilen gün ve sayısı yukarıda yazılı kararın; Dairemizin 28/02/2011 gün ve 2011/1803-2011/2028 sayılı ilamıyla bozulmasına karar verilmiştir. Süresi içinde davalılardan Ahmet Yılancı vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla HUMK'nun 440-442. maddeleri uyarınca tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, davacıların Tufan Çetinbaş'ın dalgıç er olarak askerlik hizmetini yaparken davalı Kıdemli Başçavuş Ahmet Yılancı'nın kullandığı botun pervanesinin kafasına çarpması sonucu yaralandığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece idare görevlisinin hizmet sırasında kusurlu davranışından kaynaklandığından idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle istem görevden reddedilmiştir. Karar davacının temyizi üzerine dairece davalı Mili Savunma Bakanlığı yönünden onanmış; davalı Ahmet Yılancı'ya yönelik istem yönünden "kişisel kusura dayanıldığından işin esasının incelenmesi gerektiği" gerekçesiyle bozulmuştur. Bu defa davalı Ahmet Yılancı'nın karar düzeltme istemi üzerine dosya yeniden incelenmiştir.

Dava, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurları sonucu kişilere zarar vermelerinden kaynaklanan ve zarar görenlerin kamu görevlileri aley-

hine açtıkları tazminat davasıdır.

Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibarıyla davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Bu durumda, kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa, hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse:

Sabahleyin aracı ile kamu hizmeti yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.

Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelememiz gerekir.

Anayasa'nın 129/5 maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ANCAK idare aleyhine dava açılabilir.

Borçlar Yasası'nın (Haksız muamelelerden doğan borçlar başlıklı) 41/1 maddesinde; gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.

Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargı'da dava açılabilceğinin kabulü mümkün değildir. Zira: Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak "zarar ika eden şahsi" esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir.

Bir konuda hem genel hüküm, hem de özel hüküm varsa, o takdirde özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılması hukukun temel prensiplerindendir.

Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabilceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir.

Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlüktedir. Ve mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir. Ve Yasal düzenleme yapma yetki ve görevi T.B.M.M.'ne aittir.

Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ANCAK kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir.

Davaya konu olayda davalı Kıdemli Başçavuş Ahmet Yılandıcı'nın görevi sırasında kullandığı botun çarpması sonucu meydana gelen yaralanmadan dolayı tazminat istenildiğine göre davanın onun yönünden husumetten reddi gerekir. Mahkemenin bu yönü gözetmeyerek davalı Ahmet Yılandıcı yönünden de idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekir ise de başka gerekçeyle bozulmuş bulunduğundan davalı Ahmet Yılandıcı'nın karar düzeltme istemi

HUMK'nun 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli ve kararın davalı Ahmet Yılandıcı'ya yönelik kısmı gösterilen nedenle değişik şekilde bozulmalıdır.

Sonuç: Davalı Ahmet Yılandıcı'nın karar düzeltme isteminin kabulüne; bozma ilamının kaldırılmasına, kararın yukarıda gösterilen nedenle davalı Ahmet Yılandıcı yararına değişik şekilde BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 14/07/2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY AÇIKLAMASI

Temyiz ilamında bildirilen gerektirici nedenler karşısında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değişik 440. maddesinde sayılan nedenlerden hiç birine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin reddi gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun kararına katılmıyoruz. 14/07/2011

Gönderen: Dr. Cüneyt Uyar

İhalenin Yapılış Saatinin Kamu Düzeni ile İlgili Olmayışı

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas : 2011/20292

Karar : 2012/6407

Özet:İhalenin ilan edilen saatler arasında yapılıp yapılmadığı hususu, kamu düzeni ile ilgili olmadığından, taraflarca ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürülmediği sürece ihale tutanağında başlangıç ve bitiş saatlerinin yazılmamış olması mahkemeye resen nazara alınarak ihalenin feshi nedeni yapılamaz.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi :Denizli 3. İcra Hukuk Mahkemesi

Tarihi :13/05/2011

Numarası :2010/937-2011/249

Davacı :Şerife Kasapoğlu

Davalı :Aksay Taban İmalat Nakliyat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, Selahattin Dinçer, Yapı ve Kredi Bankası A.Ş.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temzilen tetkiki davacı ve davalı Yapı Kredi Bankası tarafından işlenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

- 1) Tarafların iddaa ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre davacının temyiz itirazlarının REDDİNE;
- 2) Davalı Yapı Kredi Bankası A.Ş.'nin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

İ.İ.K'nun 126. maddesinde satış hazırlığı sırasında icra müdürlüğünce düzenlenecek satış ilanında satışın yapılacağı yer, gün ve saatin açıkça belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu kural ihalenin düzenli yapılmasını ve alıcıların katılacakları saatin önceden tespit edilmesini ve satışın tarafların menfaatine uygun şekilde yapılmasını sağlamaya yöneliktir.

Buna göre ihalenin de ilan edilen günde ve saatlerde başlayıp ve bitirilmesi gereklidir.

Ancak, artırmanın devam etmesi halinde ihale saatinin belirlenen saatten sonraya taşınması durumu bu kuralın tarafların menfaatine uygun gelen

istisnasıdır.

Ne var ki, ihalenin ilan edilen saatler arasında yapılıp yapılmadığı hususu, kamu düzeni ile ilgili olmadığından, taraflarca ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürülmediği sürece, ihale tutanağında başlangıç ve bitiş saatlerinin yazılmamış olması mahkemece resen nazara alınarak ihalenin feshi nedeni yapılamaz. Bir diğer anlatımla, ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvuran şikayetçi tarafından, ihalenin ilan edilen saatte başlayıp sonlandırılmadığı iddia edilmediği takdirde, salt bu nedenle ihalenin feshine karar verilemez. Aksinin kabulü aşırı şekilcilik olup, hak kaybına yol açabileceği tabidir.

Somut olayda, şikayetçi borçlu tarafından, ihalenin ilan edilen saatler arasında yapılmadığı konusunda bir iddia olmadığı gibi, anılan şekil eksikliği de şikayet konusu yapılmış değildir.

O halde mahkemece ihalenin feshi isteminin tümünden reddi yerine, 42 ve 54 parsel sayılı taşınmazlara ilişkin ihale tutanaklarında satışın başlangıç ve bitiş saatlerinin yazılı olmadığı gerekçesiyle re'sen ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir.

Sonuç: Davalı Yapı Kredi Bankası A.Ş.'nin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 06/03/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz Toksöz

Kooperatif üyeliğinden ayrılan davacının ödediği aidatların kendisine ödenmesi usulü

YARGITAY

16. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/4126

Karar : 2010/4832

Özet: Dava kooperatif üyeliğinden ayrılan davacının ödediği aidatların kendisine iadesi istemine ilişkindir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17. Maddesine göre kesinleşmiş bir genel kurul

kararı ve buna göre belirlenmiş bir gider payı bulunmamaktadır. Üstelik, yapılan harcamalara ilişkin hesap raporları da genel kurulda kabul edilmemiştir. Ancak mahkemece kabul edilmeyen hesap raporuna göre belirlenmiş giderler esas alınarak belirlenen gider payı tazminatın belirlenmesinde esas alınmış olup, buna göre kurulan hüküm doğru olmamıştır.

Taraflar arasında, sona eren üyelik sırasında kooperatife ödenen aidat bedellerinin iadesine yönelik olarak başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkin dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi istenmekle; temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu, GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin üyeliğinden istifa ettiğini, kooperatife ödediği aidatın kendisine iadesi amacıyla başlattığı icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dave etmiştir. Davalı kooperatif vekili, davacının alacağının muaccel olmadığını, eski yönetici olduğunu, kooperatifin bir kısım paralarının davacı tarafından kooperatife ödemediğini, hakkında tetkik yapıldığını, sonucunun beklenmesinin gerektiğini ve alacak varsa genel gider payının düşülmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemenin, bilirkişi raporuna göre davanın 10.526,26 YTL asıl alacak ve 652,44 YTL işlemiş faiz üzerinden kısmen kabulüne ilişkin kararı Dairmiz'ce tazminattan gider payının düşülmediği gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece, verilen kararda gider payının düşüldüğü gerekçesiyle ilk kararda direnilmiş, bu karar üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen kararda mahkemenin kararında gider payının düşüldüğü gerekçesiyle direnme kararı yerinde görülmüş, ancak düşülen gider payının hesap şeklinin yasaya uygun olup olmadığının incelenmediği gerekçesiyle, bu hususun incelenmesi için dosya Dairemize gönderilmiştir.

Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle, yasaya uygun gerektirici nedenlere göre, davalı vekilinin sair temyiz itirazları yerinde değildir. Dava kooperatif üyeliğinden ayrılan davacının ödediği aidatların kendisine iadesine iliş-

kindir. Mahkemece, koopertaif üyeliğinden ayrılan davacıya ödenecek çıkma payının belirlenmesine ilişkin alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, 22.04.2006 tarihinde yapılan genel kurulda yönetim ve denetim kurulunun ibraları ve hesap raporları kabul edilmemiş, hesap tetkik komisyonu kurulması kararlaştırılmıştır. Bu durumda, (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17. Maddesine göre kesinleşmiş bir genel kurul kararı ve buna göre belirlenmiş bir gider payı bulunmamaktadır. Üstelik, yapılan harcamalara ilişkin hesap raporları da genel kurulda kabul edilmemiştir. Ancak mahkemece, kabul edilmeyen hesap raporuna göre belirlenmiş giderler esas alınarak belirlenen gider payı tazminatın belirlenmesinde esas alınmış olup, buna göre kurulan hüküm doğru olmamıştır.) Bu durumda mahkemece, davacının kooperatif üyeliğinden ayrıldığı tarihi takip eden bilançonun akıbetinin araştırılması, hesap tetkik komisyonu kurulmasına ilişkin karardan sonra ne gibi bir işlem yapıldığının belirlenmesine, bu yıla ilişkin bilançonun kesinleşme imkanının kalmaması halinde ise kooperatif kayıt ve belgeleri üzerinde inceleme yapılmak suretiyle gerçek gider payının re'sen belirlenmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, kabul edilmeyen hesap raporlarına göre belirlenmiş gider payı esas alınarak belirlenen çıkma payına göre hüküm kurulması doğru olmadığından, temyiz itiraları yerinde görüldüğünden kabûlü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 08.07.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Alper Uyar

Kooperatifte Huzur Hakkı

YARGITAY

16. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/6390

Karar : 2009/8473

Özet: Kooperatif aidat alacağının tahsili için başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkin davada doğru sonuca ulaşılması için bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle, davalının huzur

hakkı olacağının tamamen ya da kısmen davacıya ödenip ödenmediği hususunun araştırılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gibi kabule göre de vekili olmayan davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmiş olması da isabetsizdir.

Taraflar arasında, kooperatif üyeliğine dayalı aidat borcunun tahsiline yönelik icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkin dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay’ca incelenmesi istenilmekle; temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu, gereği görüldü.

Davacı vekili, müvekkili kooperatifin üyesi olan davalının birikmiş 6.815,00- YTL aidat ve 18.205,00-YTL gecikme faizi borcunu ödemediği, tahsili için başlatılan icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile icra inkar tazminatının davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini ve %40 kötü niyet tazminatının davacıdan tahsilini istemiştir. Mahkemece, davalının kooperatife borcunun bulunmadığı gerekçeyle, davanın reddine, 2.726,00-YTL %40 kötü niyet tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı vekilince temyiz etmiştir.

Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak, dava kooperatif aidat alacağının tahsili için başlatılan icra takibine yapılan itirazın istemine ilişkin olup, uyuşmazlık davalının huzur hakkı alacağının tamamının aidat borcuna mahsup edilip edilmediği noktasında olduğu halde davalının huzur hakkı alacağına ilişkin olarak, temyize konu edilen 2.400,00-YTL huzur hakkının davalıya ödenip ödenmediği ya da aidata mahsup edilip edilmediği hususunda yapılan inceleme yeterli bulunmamaktadır. Zira bilirkişi ön raporunda; 2001 yılından itibaren, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ücretlerine ilişkin bordro, beyanname, muhasebe fişleri, bu ödemelere ilişkin hesap dökümleri

ve bütçeler istenilmiş olmasına karşın, sonraki raporda belirtildiği üzere; 3 adet karar defter, 6 mahsup fişi, 2 adet hakkı huzur ödeme belgesi sunulmuştur. İstenilen tüm belgeler getirilmemiş olduğu gibi, mevcut belgelere göre huzur hakkı alacağının davalıya ödenip ödenmediği de anlaşılamamaktadır. Doğru sonuca ulaşılması bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle, davalının huzur hakkı alacağının tamamen ya da kısmen davacıya ödenip ödenmediği hususunun araştırılması ve sonuca göre hüküm kurması gerektiği gibi kabule göre de vekili olmayan davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmiş olması da isabetsiz olup, temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA, bozma nedenine göre kötü niyet tazminatına ilişkin temyiz itirazlarının ise incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 08.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Alper Uyar

İflas Erteleme Kararının Sonuçları

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/1261

Karar : 2010/2348

Özet: İflas ertelenme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılmaz, evvelce başlamış taleplerde durur.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi : Turgutlu İcra Hukuk Mahkemesi
Tarihi : 26/02/2009
Numarası : 2008/265-2009/42
Davacı : Güler Toblot Ltd. Şti.
Davalı : Türkiye İş Bankası
Dava Türü : Şikayet

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki davalı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gerçeği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi borçlu Güler Gıda Tab. Lok. Fırın Mand. Mar. İşl. Ltd. Şti. vekili, müvekkilinin, takip sonucunda borçlular Hüseyin Güler ve Muammer Güler adına kayıtlı taşınmazın ihalesi ile alacaklı T.İş Bankası'na satılması nedeniyle 12 yıldır bu taşınmazda faaliyet gösteren şirketin T.İş Bankası'nın kiracısı konumuna geldiğini ve kira bedelini de yatıracaklarını, taşınmazla bir ilişkilerinin olmadığını aynı zamanda şirket hakkında Turgutlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/415 esas sayılı dava dosyasında iflasın ertelenmesi talepli dava bulunduğundan tahliye emrinin iptalini talep etmiştir.

İİK'nun 135/2.maddesi; "taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise onbeş gün içinde tahliyesi için borçlu ya ve işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkarılıp taşınmaz alıcıya teslim olunur" hükmünü içermektedir.

Somut olayda, az yukarıda açıklanan nitelikte bir sözleşme ibraz edemeyen müşteki borçlunun tahliyesine karar verilmek gerekir ise de, dava dosyasında iflasın ertelenmesi talepli bir dava bulunduğundan bahsedildiğine göre

bu hususun değerlendirilmesi gerekirdi. Zira, iflas ertelenme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 Sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz, evvelce başlamış takipler de durur. Bu bağlamda iflas erteleme kararı olduğu sürece borçlu aleyhine alınmış tahliye kararının infazı da yapılamaz. İflas erteleme kararı verilmesinin amaçlarından biri de, borçlunun ekonomik durumunun iyileştirilmesine imkan tanınarak borçlarının ödenmesinin sağlanması olduğuna göre borçlunun bulunduğu yerden tahliyesinin bu amacın gerçekleştirilmesine imkan tanımayacağı açıktır. Sonuç olarak hiçbir takip yapılamaz hükmünden tahliye kararının infazının da bu aşamada mümkün olamayacağının anlaşılması gerekir (12.HD'nin 02.12.2008 tarih, 2008/17246-21403). Gönderilen dosya muhteviyatı içerisinde anılan iflas erteleme kararı görülememiştir.

Bu itibarla mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, **08.02.2010** gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Alper Uyar

Kooperatif Üyeliğine Dayalı Tazminat İstemi

YARGITAY

16. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/6409

Karar : 2009/8478

Özet: Kooperatif üyeliğine dayalı tazminat istemine ilişkin baroda tazminat hesabının yapılması.

Taraflar arasında, kooperatif üyeliğine dayalı tazminat istemine ilişkin asıl ve birleşen ek davanın yargılaması sonucunda verilen hükmün, Yargıtay’ca incelenmesi süresinde duruşmalı olarak istenmiştir. Ancak, hükmün miktarı itibarıyla, davanın HUMK’nun 438. maddesi gereğince duruşmalı olarak incelenebilecek davalardan olmaması nedeniyle duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildi. İnceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu. GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ;

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin üyeliğinden ihraç edildikten sonra mahkeme kararı ile üyeliğe geri döndüğünü, ancak müvekkiline konut tahsis edilmediğini ileri sürerek, müvekkiline konut tahsisini veya asıl davada 1.000.000.000-TL (1.000,00-YTL) ve ek davada ise 5.269.836.000-TL (5.269,83-YTL) olmak üzere toplam 6.269.836.000-TL (6.269,83-YTL) tazminatın temerrüt faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının sadece ödediği aidatın istirdadını isteyebileceğini, istenilen tazminatın fahiş olduğunu ve konutun davacının ihracından sonra genel kurul kararı uyarınca satıldığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemenin, ilk olarak asıl davanın kabulüne ve ikinci olarak asıl ve birleşen ek davanın kabulüne ilişkin iki ayrı kararı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nce sırasıyla bozulmuş, her iki Yargıtay bozma ilamında da aynı nitelikte özetle; “Belirlenen tazminatın doğru hesaplanmadığı belirtilmiş, DİE’nin TEFE artış oranlarını gösteren ve ilgili dönemi kapsayan verileri öğrenildikten sonra uzman bir bilirkişiye normal bir ortağın ve davacının yaptığı her bir ödemenin ödeme tarihinden itibaren dava tarihine kadar ulaştığı toplam güncellenmiş değeri saptanarak istenebilecek tazminat miktarı hesaplattırmak ve ortaya çıkacak rakama davacı ödemelerinin güncel değeri eklenerek bulunması gerektiğine” değinilmiştir. Mahkemece son bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda davacının alacağı tazminat tutarının toplam 1.491,57-YTL olduğu, ilk davaya konu 1.000,00-YTL’nin icra yoluyla tahsil edildiği gerekçeleriyle, buna göre kalan 491,57-YTL’nin 11.06.2001 tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

HUMK'nun 21.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanun ile değişik 427/2. maddesi hükmüne göre, karar tarihi itibarıyla miktar veya değeri 1.250.000.000.TL'yi geçmeyen taşınır mal veya alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir. Mahkeme kararında 491,57-YTL'nin tahsiline karar verilmiş olup, bu karar yukarıda anılan madde hükmüne göre temyiz edilebilirlik sınırının altında kaldığından, davalı vekilinin temyiz isteminin HUMK'nun 432/4. maddesi hükmü uyarınca REDDİNE karar vermek gerekmiştir.

Davacı vekilinin temyizine gelince, dava kooperatif üyeliğine dayalı tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece Yargıtay bozma ilamına ikinci kez uyulmuş ise de; bozma ilamında açıklandığı şekilde bir hesaplama yapılmayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulmuştur. Her iki bozma ilamında da belirtildiği üzere tazminat hesabı özetle şu şekilde yapılmalıdır: Önce kooperatifçe üyelerine tahsis edilen bir konutun dava tarihi itibarıyla rayiç değeri, bundan sonra tam olarak ödeme yapan bir üyenin ödemelerinin dava tarihindeki TEFE oranlarına ile güncellenmiş değeri belirlenerek, bu iki kalem arasındaki fark bulunmak suretiyle, buna göre üyelikle elde edilen yarar saptanmalıdır. Bundan sonra davacının eksik olan ödemesinin dava tarihindeki TEFE oranına göre güncel değeri belirlenmeli, daha sonra orantı kurulmak suretiyle davacının güncel ödemesinin ne kadar yarar elde edeceği belirlenmelidir. Son olarak da belirlenen yarar miktarına davacının ödemelerinin güncel değeri de eklenecek davacının isteyebileceği tazminat miktarı belirlenmelidir. Oysa hükme esas alınan son bilirkişi raporundaki hesaplama buna göre yapılmamıştır. Bununla birlikte taşınmazın değeri ile ödemelerin güncelleştirilmesi, ek dava açıldığı hususu da dikkate alınarak, tek bir tarihe göre belirlenmelidir. Bu itibarla, açıklanan ilkelere uygun olmayan bilirkişi raporuna göre karar verilmiş olması isabetsiz olup, temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 08.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Alper Uyar

İflasın Ertelenmesinin Koşulları

YARGITAY

23. Hukuk Dairesi

Esas : 2012/577

Karar : 2012/1402

Özet: İflas ertelenme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz, evvelce başlamış taleplerde durur.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi :Alanya 3. Asliye Mahkemesi

Tarihi :13/09/2011

Numarası :2011/70-2011/505

Davacı :Toplar Cam Ltd. Şti. Vek. Av. Hüseyin Alpay Köse

Müdahiller :1-T.İş Bank A.Ş. Vek. Av. Elif Papila Bahadır 2-Şekerbank A.Ş. Vek. Av. Seçkin Baş 3-Trakya Cam San. A.Ş. Vek. Av. Ahmet Reşit Yaşar 4-Asya Katılım Bank A.Ş. Vek. Av. Hikmet Şifa 5-Finansbank A.Ş. Vek. Av. Onur Yazıcı

Davacının iflasın ertelenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün Asya Katılım Bankası A.Ş. vekili ve süresi içinde müdahillerden, Finansbank A.Ş. ve T.İş Bankası A.Ş. vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, cam sektöründe faaliyet yürüten müvekkili şirketin, yaptığı satışlar karşılığı alacağını alamaması nedeniyle borca batık hale geldiğini, ciddi ve inandırıcı iyileştirme projesinin uygulanması halinde borca batıklıktan kurtulabileceğini ileri sürerek, iflasın bir yıl süre ile ertelenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi ön raporu ve dosya kapsamına göre, davacı şirketin borca batık ve iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğu, davacının borca batıklık halinden kurtulabilmesi için ortaklarca alınabilecek başkaca ekonomik tedbirin bulunmadığı, şirket alacaklılarının büyük ölçüde teminatlarının bulunduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile davacı şirketin iflasının bir yıl süre ile ertelenmesine karar verilmiştir.

Kararı, müdahillerden, Finansbank A.Ş., T. İş Bankası A.Ş. ve Asya Katılım Bankası A.Ş. vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava, davacı şirketin iflasının bir yıl süre ile ertelenmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece yapılan yargılama sırasında alınan ön birlikçi raporuna itibar edilerek karar verilmiştir. İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için iflas erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda olması ve mali durumunu iyileştirme ümidinin bulunması gerekir.

Mahkemece itibar edilen bilirkişi raporu ön rapor olup, mahiyeti itibariyle verilecek tedbir kararlarının değerlendirilmesi bakımından alınmıştır. Bu durumda, mahkemece, davacının borca batık olup olmadığı, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı hususlarında ehil bilirkişi heyetinden rapor alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

2- İcra ve İflas Kanunu'nun 179/b maddesinin ikinci fıkrasına göre faizlerin teminatlandırılması hakkındaki tedbirlerin mahkemece alınması gerekirken, bu yönde bir tedbir alınmaması da doğru olmamıştır.

3- Müdahillerden Asya Katılım Bankası A.Ş. vekilinin temyiz istemine gelince; Mahkemece iflasın ertelenmesi talebi hakkında verilen hüküm temyiz eden müdahillerden Asya Katılım Bankası A.Ş. vekiline 21.10.2011 günü tebliğ edildiği halde, temyiz dilekçesi İİK'nun 164. maddesinde öngörülen 10 günlük yasal süre geçirildikten sonra 10.11.2011 tarihinde verilmiştir. Süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 1989/3 esas, 1990/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay tarafından da karar verilebileceği kabul edilmiş olmakla, temyiz isteminin reddi gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıdaki (1) ve (2) no'lu bentlerde açıklanan nedenlerle, müdahillerden Finansbank A.Ş. ve T. İş Bankası A.Ş. vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, bu müdahiller yararına BOZULMASINA, 3 nolu bette açıklanan nedenle müdahillerden Asya Katılım Bankası A.Ş. vekilinin temyiz isteminin süre yönünden reddine, peşin harçların istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz Toksöz