

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr]Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhütnamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsisi için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gerekirim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhütnameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuzla tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız]alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır.Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**TÜRKİYE'DE SİGORTA
HUKUKUNUN SORUNLARI**

ve
GELECEĞİ

SEMPOZYUM

19 - 20 KASIM 2004
İSTANBUL DEDEMAN OTELİ

ÇIKTI !..

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**
ISSN: 1304-2408

YIL: 18

SAYI: 60

EYLÜL - EKİM 2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Basım Tarihi

30.08.2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok
Av. İ. Güneş Gürseler
Av. Soner Kocabey
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine
Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Dergi Yayın Kurulu

Av. Serkan Açar
Av. İlker Hasan Duman
Av. Oya Günendi
Av. Özcan Çine
Av. Dilara Ağaoğlu Canay
Av. Olcay Küçükpehlivan

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Haluk Günüşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)
Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)
Sabih Kanadoğlu (Em. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (DEÜ Hukuk Fak.)
Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "*Hakemli Dergi*" olarak yayımlanmaktadır. Bundan böyle "*Hakemli Dergi*" olarak yayımına devam edecektir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. Özellikle hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "*Word for Windows*"un değişik versiyonlarında kaydedilmiş bir diskette birlikte A4 boyutunda iki nüsha bilgisayar çıktısı ile gönderilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
Yazıların ana bölümlerinde 12 punto, dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "*Hakemli Yazılar*" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "*Hakemli Yazılar*" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlanmama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazının basımı için "*olur*" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.
Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca yazılar da yayımlanabilir. Yazı bu dillerden hangisi ile yazılmış olursa olsun, ULAKBİM koşulları için, yazarın olanağı varsa, yazının başlığının Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetlerin de yazının sonuna konulması gerekmektedir.
- TBB Dergisi*, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verecektir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
	27	Başkandan
Dr. Adnan DEYNEKLİ	31	İşverenin İflası veya İşverene Yönelik Haciz Halinde İşçinin Ücret Alacağına Önceliği Sorunu
Candaş GÜROL	44	Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN	55	Avrupa Birliği'nde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı
Prof. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU	71	Temsili Demokrasinin "Seçim" Ayağı
Doç Dr. Hakan HAKERİ	97	Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri
Yrd. Doç. Dr. Melikşah YASİN	105	Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu
Dr. Musa SAĞLAM	139	Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bireysel Başvuru): (Bir Reform Önerisi)
Cüneyd ER	169	İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
Av. S. Sinan KOCAOĞLU	189	Evrensel Yetki
Mahmut GÖKPINAR	214	Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Organize Suç
Hakan A. YAVUZ	235	Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi"
Yargıtay Kararları	263	
Disiplin Kurulu Kararları	395	
Danıştay Kararları	417	
AİHM Kararları	422	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	451	
Ekler	475	
Kitaplar - Dergiler	503	
e-postadan	508	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Dr. Levent GÖNENÇ - Ersoy KONTACI

Yaşayan Anayasa 2003-2004 Anayasa Gelişmeleri

Tamer SOYSAL

İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları

A. Emrah AKYAZAN

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yeni Müesseseler:
Gizli Soruşturmacı ve Teknik Artaçlarla İzleme

Ahmet TAŞKIN

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Beslenmenin Rolü

Dr. Tayfun AKSOYAK

İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü

Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN

Mülki İdare Amiri Olarak Vali ve Kaymakamların Belediye Meclisi Kararları Aleyhine
İdari Yargıya Başvurması ve Getirebileceği Sorunlar

R. Murat DÖNMEZ

Ödeme Emrinin Tebliği

Cemil ÇELİK

Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi

Cankat TAŞKIN

5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın Anayasa'ya ve Hukuka Aykırılık Açısından İncelenmesi

Mehmet ALTINDAĞ

Serbest Meslek Erbabına Yapılan Ödemelerde Katma Değer Vergisi Tevkifatı

Serkan AĞAR

Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 sayılı Vergi Barışı Yasası

Serkan AĞAR

Vergi Davalarının Hukuksal Niteliği

Halil YILMAZ

Hayvan Haklarına Bakış

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısının Hukuksal Boyutu

Ömer KESKİNSOY

Yeni Ceza Kanunu'nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi

editör' den...

Önümüzdeki gün ve yıllarda Türk yargı kuruluş ve işleyişi ile ilgili yeni bir konunun gündemi işgal edeceği anlaşılmaktadır. Umarız ki, Cumhuriyet Savcılarının duruşma salonlarındaki yeri ile görevlerinin yeniden tanımlanması, HSYK'daki Adalet Bakanı ve Müsteşarının varlığı sorunu gibi kronik hale gelmez veya DGM'lerdeki asker hakimlerin durumu ve C. Başsavcılığ'ın tebliğnamelerinin sanığa ve müdafiiine tebliği sorunları gibi, AİHM'nin zorlayıcı kararlarıyla değil de hukukçularımızın "*adil yargılanma hakkı*"nı içselleştirmeleri sonucu doğacak sinerji ve siyasi iktidarların -bürokratların etkisinden özgür- pozitif yaklaşımları ile çözülebilir.

Ankara Adliyesi Bülteni'nin 8. sayısında Ankara Cumhuriyet Savcısı Vahdet Polatkan, "*Cumhuriyet Savcısı'nun Kürsüdeki Yeri*" başlıklı, kişiliğinden beklenmeyecek bu yurgan bir üslupla "*Türk yargılama sisteminde Cumhuriyet Savcısı ve savunma eşit makamlar değildir ve olamaz.*", "*Kişileri değil toplumu, adaleti savunduğu sürece Cumhuriyet Savcısı'nun yeri kürsüdür, kürsü olmalıdır ve kürsü olacaktır*" diyor ve de bir sonuca varıyor: "*Biz bu savların Amerikan filmlerinin fazla izlenmesinden ve bu nedenle de ülkemizde de yargılamanın böyle olduğu ve yargılama makamlarının da mahkemede fiziki olarak öyle yer alması gerektiği gözleminden kaynaklandığını düşünüyoruz.*"

Öncelikle savcılarımızın kürsüdeki egemen yerlerini ve suskunluklarını bırakarak eşit silahlarla tartışabileceğimiz bir alana inmelerinden ve bu bağlamda gösterdikleri özveriden dolayı teşekkür ediyoruz.

Sayın Savcı'nın "*Türk yargılama sistemine*" göre bugünkü durumun böyle olduğu düşüncesine biz de katlıyoruz. Ama C. Savcılarının niçin kürsüde, hakimlerin yanında oturmaları gerektiğine dair herhangi bir yasal dayanak ve kaynak gösterilip gösterilemeyeceğini de merak ediyoruz.

Diğer yandan film izleyerek bir şeylere özenmek iyidir, ama okumak da gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi "*adil yargılanma hakkı*" kapsamında "*silahların eşitliği*" diyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında "*silahların eşitliği*"ni uzun uzun anlatıyor. En önemlisi Adalet Bakanlığı'nun tercümesiyle öğrendiğimiz 2003 ve 2004 İstisari Ziyaret raporlarında savcıların yargıçlarla eşit maaş almalarından tutun da, aynı binada görev yapmalarına kadar pek çok şey arasında "*silahların eşitliği*" kapsamında hakimle yan yana oturmaları da eleştiriliyor ve düzeltilmesi isteniyor.

Sayın Polatkan, "*öğrenelim ve unutmayalım*" başlığı altında ilginç düşünceler ileri sürüyor: "*Cumhuriyet Savcısı 'toplum' olan kamunun çıkarlarını savunur. Devlet olan kamunun çıkarlarını savunan 'hazine avukatları'dır. Onlar da silahların eşitliği prensibi gereği savunmanın tam hizasında ve karşısındadır.*" Yani savunma, toplum ve hazine olarak "*kamu*"nun karşısındadır ve topluma ve devlete karşı "*adalet*"i arayacaktır. Hakime derdini anlatacaktır. İşte sorun da burada. Yargılama aşamasında herkesin eşitliği ve eşit koşullarda hakime dertlerini anlatabilmeleri ve hakimin hiçbir etki ve baskı altında olmadan gerçeği bulması, yargılama diyalektiğinin duruşma salonuna eksiksiz yansması... Tarafın birinin devlet veya toplum olarak kamu olması, şahıs olması adalet arayışında hiç önemli değil. Eğer adalet arayışı içerisinde bir taraf diğer taraftan avantajlı konumda, hem de yargı makamını etkileyebileceği sanısı bulunan yetkilerle donatılmış ise yargılama diyalektiği bozulur, "*adil yargılanma hakkı*" uçar gider. Sözleşmeler, uluslararası kararlar ve hatta filmlerin ve sonuç olarak bizlerin anlatmak istediği bu. Bu dar alanda bilmem anlatabildim mi?

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

DİNİ KULLANIYORLAR

Toplumsal Saydamlık Hareketi Değerli Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok kırılırlık dini siyasete ve ticarete

Sakat bir iktidar anlayışı

Başbakan, Barolar Birliği (TBB) ve CHP'nin aklı bakan" dedi. Bu sözler bir diğer anlamda, ancak hakları yerine getirmiyorlar. Çünkü bu bakımdan da devletin görevi, vatandaşların haklarını korumaktır. Ancak bu bakımdan da devletin görevi, vatandaşların haklarını korumaktır. Ancak bu bakımdan da devletin görevi, vatandaşların haklarını korumaktır.

DİNİ KULLANIYORLAR

Toplumsal Saydamlık Hareketi Demişen diyor ki, değerli Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok, "Türkiye'nin önemli kırılırlık dini siyasete ve ticarete kalkınmıştır" dedi. Yargıtay başsavcısı hakkında dikleri çeken Ok, şu mesajları verdi:

Bu tablo çok vahim

Dürüstlük ve Yolsuzlukla Mücadele Odulları" töreninde konuşan Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok, "Türkiye'deki en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor" dedi.

Yargıtay'dan yargıyı siyasallaştırma uyarısı

Yargıtay, hakim adaylarının atamalarını Adalet Bakanlığının tarafında yapılmasını yargıyı siyasallaştırmaya neden olacağını bildirdi. Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi.

Nuri Ok



4 bin hakim atayıp 20 yılı garanti edecekler

Yargıtay (TBB) Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi. Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi.

Yargıtay'dan tüzbar

Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu. Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.

Ya

Yargıtay, Türkiye Barolar Birliği ve Hakimler-Savcılar Yüksek Kurulunun ardından da hükümeti uyardı: Hakimler ve Savcılar Kanunu'na tasarıların değişikliği, kararoy Sü...

Bir uyarı da Danıştay

Yargıtay, Türkiye Barolar Birliği ve Hakimler-Savcılar Yüksek Kurulunun ardından da hükümeti uyardı: Hakimler ve Savcılar Kanunu'na tasarıların değişikliği, kararoy Sü...

'Geri gidisten kay

Yargıtay, Türkiye Barolar Birliği ve Hakimler-Savcılar Yüksek Kurulunun ardından da hükümeti uyardı: Hakimler ve Savcılar Kanunu'na tasarıların değişikliği, kararoy Sü...

Yargıtay'dan tüzbar

Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu. Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.

'İktidar her anda hızla kadrolaşıyor'

Barolar Birliği Başkanı Özkök, iktidarda hızla kadrolaşıyor dedi. Barolar Birliği Başkanı Özkök, iktidarda hızla kadrolaşıyor dedi.

Hükümet TBB'den avukatlara eylem çağır

Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi. Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi.

'REFERANS OLUYOR'

Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor. Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor.

'REFERANS OLUYOR'

Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor. Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor.

Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor. Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor.

'Laiklik anlayışındaki geri gidisten kaygı duyuyoruz'

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Türkiye'nin laik anlayışındaki geri gidisten kaygı duyuyoruz dedi. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Türkiye'nin laik anlayışındaki geri gidisten kaygı duyuyoruz dedi.

'Laiklik' ultiyatı

Barolar Birliği'nin, dün yapılan açıklamasında, "Laiklik anlayışındaki geri gidisten kaygı duyuyoruz" denildi. Barolar Birliği'nin, dün yapılan açıklamasında, "Laiklik anlayışındaki geri gidisten kaygı duyuyoruz" denildi.

'Savcılar çoğunluk iktidar, laikliği farklı bakıyor'

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özkök, "Savcılar çoğunluk iktidar, laikliği farklı bakıyor" dedi. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özkök, "Savcılar çoğunluk iktidar, laikliği farklı bakıyor" dedi.

'Avukatlar savcılarle eşit kursu istiyor'

Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu. Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.

'Savcılara Budapeşte' akriteri

Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi. Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi.

'Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.'

Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu. Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.

'Avukatlar savcılarle eşit kursu istiyor'

Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu. Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.

'Bir uyarı da Danıştay'

Yargıtay, Türkiye Barolar Birliği ve Hakimler-Savcılar Yüksek Kurulunun ardından da hükümeti uyardı: Hakimler ve Savcılar Kanunu'na tasarıların değişikliği, kararoy Sü...

'Yargıtay'dan tüzbar'

Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu. Hükümetin sert uyarı amacıyla hazırlanan bildiriinden tüzbarın ilgili bakan, Yargıtay Başkanı Arslan tarafından son anda okunmuştu.

'Hükümet TBB'den avukatlara eylem çağır'

Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi. Yargıtay Başkanı Mustafa, Türkiye'nin en önemli kırılırlık, dini kullanımda yaşanıyor dedi.

'İktidar her anda hızla kadrolaşıyor'

Barolar Birliği Başkanı Özkök, iktidarda hızla kadrolaşıyor dedi. Barolar Birliği Başkanı Özkök, iktidarda hızla kadrolaşıyor dedi.

'REFERANS OLUYOR'

Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor. Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor.

'REFERANS OLUYOR'

Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor. Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor.

'REFERANS OLUYOR'

Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor. Yargıtay'dan sonra Türkiye Barolar Birliği (TBB) da, AKP Hükümeti'ne referans oluyor.

DÜZELTME VE ÖZÜR

21-22 Mayıs tarihinde yapılan TBB Genel Kurulu'nda TBB organlarına seçilen meslektaşlarımızla ilgi olarak geçen sayımızda verilen bilgilerde, teknik karışıklıklardan ileri gelen bazı yanlışlıklar olmuştur.

TBB Disiplin Kurulu Başkanı Av. Erdoğan Saruhanoğlu'nun, Sakarya Baro Başkanlığı (1994-1996),

TBB Başkan Yardımcısı Av. Ali Şen'in, doğum tarihi 1945,

Sayman Av. Soner Kocabey'in, 1973 mezunu, Baro Disiplin Kurulu üyesi (1988-1990),

Yönetim Kurulu üyesi Av. Muhsin Ergazi, 1968 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu,

Yönetim Kurulu üyesi Av. Alpay Sungurtekin, 1971 mezunu,

Yönetim Kurulu üyesi Av. Cengiz Tuğral, 1970 mezunu,

Yönetim Kurulu üyesi Av. Canan, 1972 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu,

Yönetim Kurulu üyesi Av. Halit Ökçesiz'in doğum yeri Kayseri,

Denetleme kurulu üyesi Av. Sabri Erik, 1988 mezunu,

olacaktır.

Düzeltilir, okuyucularımızdan ve değerli yöneticilerimizden özür dileriz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ 36. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ KUTLANDI

9 Ağustos 1969 yılında kurulan Türkiye Barolar Birliği'nin 36. Kuruluş Yıldönümü'nde yayımlanan bildiride "Adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi yanında 'hukukun üstünlüğü' ve 'insan hakları' kavramlarını savunmak ve korumak görevi bulunan Türkiye Barolar Birliği, kurulduğu günden bu yana her durumda görevlerini onurla ve cesaretle yerine getirmiştir. Kurucu Başkanımız Prof. Faruk Erem'den bu yana, Türkiye Barolar Birliği hiçbir siyasi kaygı taşımadan Cumhuriyet'in temel ilkelerine, kazanımlarına ve yurt sorunlarına da sahip çıkmıştır. Türkiye Barolar Birliği'nin bu kırılmaz çizgisinin ve tutumunun bazı çevrelerce yadırganması, ötelenmesi 'hukuk devletinin' gerçekleştirilmesi

yolundaki kavgamızın daha inançla yapılmasını sağlamaktan öte bir etki taşımayacaktır." denildi.

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, gönderdiği bir telgrafla kuruluş yıldönümünü kutladı.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YENİ YÖNETİCİLERİ ANITKABİR İLE CUMHURBAŞKANI'NI ZİYARET ETTİ

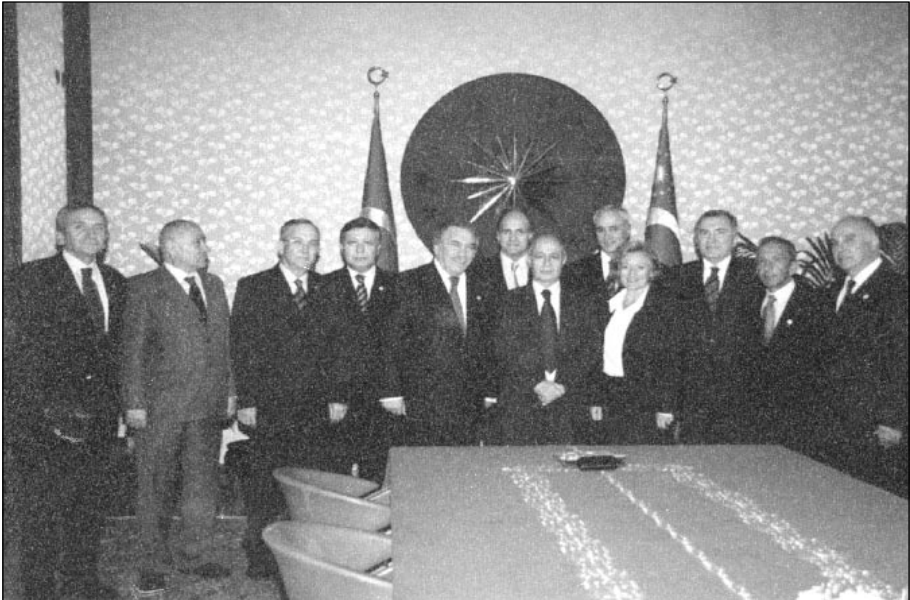
Antalya'da yapılan 28. Olağan Genel Kurul'da yeniden seçilen TBB Başkanı, Özdemir Özok ile yeni Yönetim Kurulu üyeleri Anıtkabir'i ve daha sonra da Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'i ziyaret ettiler.

Özdemir Özok, Anıtkabir'de deftere şunları yazdı: "Büyük Atatürk; yeni yönetim kurulu olarak; inancımızı, övüncümüzü ve bağlılığımızı

haberler...haberler...haberler...haberler...haberler...haberler...



Türkiye Barolar Birliği Yeni Yöneticileri Anıtkabir ile Cumhurbaşkanı'nı Ziyaret Etiler.



bir kez daha yinelemek üzere huzurlarınızdayız. Cumhuriyetimizin demokratik laik, çağdaş ve sosyal niteliklerinin örselendiği şu günlerde bağnazlıktan ve karanlıktan çıkmamış toplumlari gördükçe size olan minnet ve şükranlarımız hep artıyor. Biz avukatlar, ulusumuzun ve ülkemizin aydınlık geleceğinin insan haklarına dayalı, demokratik, laik, çağdaş bir hukuk devletiyle sağlanacağı inancıyla eseriniz olan cumhuriyete yapılan saldırıların karşısında olmayı, ilke ve devrimlerinizi sonuna dek korumayı kendimize görev sayıyoruz. Nur içinde yat, Atam.”

TBB BAŞKANI İLE İSTANBUL ANKARA VE DÜZCE BARO BAŞKANLARI AZERBAYCAN'I ZİYARET ETTİLER

Azerbaycan Avukatlar Forumu tarafından yerel avukatlar, yabancı barolar, uluslararası meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının katılımı ile avukatlık mesleğinin sorunlarının tartışıldığı bir konferans (sempozyum) düzenlenmiştir.

Bakü'de yapılan sempozyuma TBB Başkanı Özdemir Özok, İstanbul Barosu Başkanı Kazım Kolcuoğlu ve Ankara Barosu Başkanı Vedat Ahsen Çoşar ile Düzce Barosu Başkanı Ahmet Kurtuluş katıldılar.

TBB Başkanı “Türkiye’de Avukatlık”, İstanbul Barosu Başkanı “Adalet Erişimde Avukatlığın Rolü-Adli Yardıma Erişim”, Ankara Barosu Başkanı da “Avukatlığın Kurumsal-Adli Şekilleri, Türkiye ve Diğer Avrupa Ülke-



TBB Başkanı ile İstanbul Ankara ve Düzce Baro Başkanları Azerbaycan'ı Ziyaret Ettiler.

lerinde Yaşanan Tecrübeler” başlıklı birer konuşma yaptılar.

SEKİZİNCİ BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI: 6 EYLÜL 2005 TARİHİNDE ANKARA’DA KAPALI SALON TOPLANTISI YAPILMASINA KARAR VERİLDİ

Türkiye Barolar Birliği'nin yeni yönetimi ile baro başkanları Best Otel’de bir araya geldiler. Altmış baro başkanı veya temsilcisi ile yönetim kurulunun tümünün katıldığı “Sekizinci Baro Başkanları Toplantısı”nda yurt ve meslek sorunları tartışıldı.

Toplantı tutanakları TBB yayınları arasında yayımlandı.

Toplantı sonunda, "6 Eylül 2005 günü Ankara'da 'Eksiksiz Demokrasi, Gerçek Hukuk Devleti, Bağımsız Yargı ve Bağımsız Savunma' istek ve hedefini" dile getirecek bir toplantı yapılmasına karar verildi.

Toplantı ile ilgili hazırlıklara hemen başlandı. Bölge sorumluları seçildi. Bölge sorumluları 12 Ağustos'ta bir araya gelerek ayrıntıları gözden geçirdiler. Toplantı afişi arka iç kapakta yayımlanmaktadır.

CMK YÜRÜRLÜK VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDAKİ KANUN GEREĞİNCE HAZIRLANAN YÖNETMELİK

TBB Yönetim Kurulu, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin 3. bendi uyarınca bir yönetmelik hazırladı.

Yönetmeliğin amacı birinci maddede "*barolarca müdafii veya vekil olarak atanan avukatlara ödenecek ücret ve görevin yapılması için gerekli giderleri karşılamak üzere Maliye Bakanlığı'nca Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılan ödeneğin kullanımı ile barolar arasında dağıtımı ve ortak uygulamanın usul ve esaslarını saptama*" olarak belirtilmiştir.

Bu Yönetmelik'le 11.2.2001 günlü Yönetmelik yürürlükten kaldırıldı.

SAHTE VEKALET PULU ELE GEÇİRİLDİ

Bağcılar C. Savcılığı, TBB Başkanlığı'na elli adet sahte vekalet pulu ele geçirildiğini bildirdi. TBB Başkanlığı, barolara yaptığı duyuruda "*meslektaşlarımızın baro kalemleri*

ve baro görevlileri dışında herhangi bir yerden ve kişiden pul almaları" konusunda uyardı.

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA TÜLAY TUĞCU SEÇİLDİ

Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin'in emekli olmasından sonra boşalan Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na üç yedek üyenin katılımı ile yapılan elli tur seçimden sonra Tülay Tuğcu seçildi.

H. Tülay Tuğcu, 1942 yılında Ankara'da doğdu. Tuğcu, ilk ve orta öğrenimini TED Ankara Koleji'nde tamamladı. Ankara Hukuk Fakültesi'nden 1965 yılında mezun olan Tuğcu, bir süre serbest avukatlık yaptı. 1969 yılında Danıştay Yardımcısı olarak göreve başlayan Tuğcu, 1974 yılında Amme İdaresi Enstitüsü'nü bitirdi.

1992 yılında Danıştay üyeliğine seçilerek Altıncı Daire'de göreve başlayan Tuğcu, üç yıl burada çalıştıktan sonra Danıştay Onuncu Dairesi'ne geçerek Anayasa Mahkemesi Üyeliği'ne seçilinceye kadar bu Daire'de görev yaptı.

Tuğcu, Danıştay Genel Kurulu'nca belirlenen üç aday arasından 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel tarafından 22.12.1999 tarihinde Anayasa Mahkemesi Üyeliği'ne seçildi.

"*Suçluların İadesi*" ve "*İdarenin Takdir Hakkının Yüksek Yöneticilerde Kullanılması*" konulu tezleri ve "*Verimlilik*" konulu çevirisi bulunan Tuğcu, evli ve iki çocuk annesi.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na seçilen ilk kadın üye olan Tü-

lay Tuğcu'ya çalışmalarında başarılar dileriz.

ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELİKLERİNE ATAMALAR YAPILDI

Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin ve üyeler Prof. Dr. Fazıl Sağlam ile Ertuğrul Ersoy'un emekliye ayrılmalarından sonra boşalan Anayasa Mahkemesi üyeliklerine Av. Serruh Kaleli, Şevket Apalak ve Osman Ali Feyyaz Paksüt seçildiler.

Avukatlara ayrılmış bulunan üyeliğe seçilen Av. Serruh Kaleli Ankara

Barosu üyesi, önceki dönem Türkiye Barolar Birliği denetçilerinden.

Seçilen yeni üyelere çalışmalarında başarılar dileriz.

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Bakanlar Kurulu Kararı, 14.7.2005 tarihinde aldığı 2005/9184 sayılı kararlarla, 2809 sayılı Kanun'un Ek 30. maddesine göre, Hacettepe Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlı olarak hukuk fakültesi kurulmasına karar vermiştir.

YARGININ SİYASALLAŞMASI ENDİŞELERİ

TBB Başkanı Özdemir Özok'un Danıştay ve İdari Yargı Günü vesilesiyle yaptığı konuşmada dile getirdiği siyasal kadrolaşma sorunu, Hakimler ve Savcılar Kanunu ile doruk noktasına ulaştı.

Bu konuda Yargıtay, Danıştay, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bildiriler yayımladılar. TBB Başkanı 2 Temmuz Baro Başkanları Toplantısı'nda bu konudaki düşüncelerini yineledi. Başbakan bu bildirilere cevap verdi. Devlet Bakanı Mehmet Ali Şahin, TBB başta olmak üzere yargı organlarını ziyaret ederek çeşitli bilgiler verdi.

YARGITAY BAŞKANLAR KURULU'NUN BASIN AÇIKLAMASI

Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 30.6.2005 tarihinde yapmış olduğu toplantısında üzerinde görüş birliğine varılan aşağıdaki konuların kamuoyuna duyurulmasında zorunluluk bulunduğu karar verilmiştir:

• 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişiklikler, yargıdaki çalışma koşulları, özlük hakları ve diğer konulardaki sorunları çözmekten uzak olup; yürütmenin yargıyı etki altına alma düşüncesinin bir örneği olarak karşımıza çıkmıştır.

• Hakim adaylığına atamaların yürütme organı içerisinde ki Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi ve siyasi iradenin bu süreçte belirleyici olması, açık olan kadro sayısı da gözetildiğinde yargıda siyasallaşma yaratacaktır.

Bu durum laikliğe ve ulusal bütünlüğe aykırı söylemleri hayata geçirmeye çalışanlara destek yaratacak ve belirtilen değerler korumasız kalabilecektir. Hukuk devleti ilkesi ve Cumhuriyet'in nitelikleri anayasal düzen içerisinde yargı organlarının korunması gereken değerlerden olup, laiklik ilkesi ve ulusun bütünlüğünün korunmasında Yargıtay dün olduğu gibi bugün ve bundan sonra da taraf olmaya devam edecektir.

• Özveriyle çalışan teşkilattaki beklentinin aksine, verilen sözlere rağmen *"bazı kurumları birbiriyle karşı karşıya getirecek gerçeği yansıtmayan gerekçelerle"* hakimler ve Cumhuriyet Savcılarının özlük haklarında iyileştirici düzenlemelere gidilmediği gibi, birinci sınıf hakimler arasında özlük hakları yönünden hukuksal dayanağı olmayan farklılıklar da yaratılmıştır. Devletin üç erkenden biri diğerine üstün olmayıp, özlük hakları da bu kapsamda düzenlenmelidir.

• Yasaların yeterli bir hazırlık ortamından geçmeden kabul edilmesi, uygulamada farklı sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda bölge adliye mahkemelerinin mevcut görevleriyle faaliyete geçmesi, sistemin bütünüyle oturmadığı bu süreçte Yargıtay'ı ikinci planda bırakacak, sonuçta ise tam bir kaos ortamı ortaya çıkacaktır.

Temel yasaların bütünüyle değiştirildiği bu dönemde, yeni yasalara ilişkin uygulamalar Yargıtay içtihatlarıyla şekillenene kadar bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçirilmemelidir. Ayrıca, bölge adliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren konular daraltılmalı; adli denetim mercii olarak öngörülen bu mahkemeler üzerindeki yürütme organına bağlı teftiş sistemi ile *"denetim altında bir denetim organı"* yaratılmasının yargı bağımsızlığına aykırı olduğu da gözetilmelidir.

• Bölge adliye mahkemeleri kurulurken, ortaya çıkacak ihtiyaç ta gözetilerek dört bin hakim kadrosu alınmış; bu kadrolara ivedilikle atama yapılabilmesi için staj süresi kısaltılmış, avukatlıktan hakimliğe geçiş koşulları da kolaylaştırılmıştır. Böylece yeterli donanımına sahip olmayan ve dolayısıyla hakimlik nosyonunu alamayan, mevcut kadronun da yarısını oluşturacak bu atamalar yoluyla önümüzdeki otuz kırk yıllık bir dönem şekillendirilmek istenmektedir ki, bu durum eklenecek yeni boyutlarıyla yargıdaki sorunları ayrıca artıracaktır. Anılan düzenleme yapılırken, en az dört yıl hakimlik yapanların avukatlık unvanını alabilmesi ise gözetilmemiştir.

• Teftiş Kurulu Başkanlığı, ivedilikle yapılacak yasal bir düzenlemeyle Adalet Bakanlığı merkez teşkilatından alınarak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na (HSYK) bağlanmalı, adalet müfettişliğine yapılacak atamaların Adalet Bakanlığı yerine, bütünüyle HSYK tarafından gerçekleştirilmesi yoluna gidilmelidir. Mevcut düzenlemeye göre, Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı kapsamında yer alması, geçmişte ve günümüzde

örnekleri görüldüğü üzere yargı üzerinde vesayet yaratmaya elverişlidir. 2802 sayılı Kanun'da yapılan son değişikliklere yönelik tepkilerini demokratik yolla ortaya koyan hakimler hakkında soruşturma açılması da yargı üzerindeki vesayetlinin bir ifadesi olup, açılan soruşturmalar üzüntü ile karşılanmıştır.

• Hakimlerin kişisel veya görevle ilgili suçlarında farklı soruşturma yöntemlerine bağlı olmaları, yargı bağımsızlığı ve hakim teminatının bir gereğidir. Yargıda dokunulmazlık söz konusu olmayıp, hakimlere yönelik özel soruşturma yöntemlerinin, “mesleki dokunulmazlık” şeklinde yansıtılarak, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmamasına gerekçe yapılması da hukuksal gerçeklerle bağdaşmamaktadır.

Yargıtay olarak hukuk devleti ilke ve kurallarının uygulanmasında aynı duyarlılık ve kararlılık içerisinde hareket edilecek ve takipçisi de olunacaktır.

Kamuoyuna saygı ile duyurulur. (1.7.2005)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN GÖRÜŞÜ

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, 2 Temmuz 2005 tarihinde yapılan baro başkanları toplantısını açış konuşmasında bu konudaki düşüncelerini şöyle açıklamıştır.

“Toplumsal tabanda çoğunluk desteğine sahip olmamasına karşın, yasama organında çoğunluk gücüne sahip olan siyasi iktidar, elindeki büyük gücü objektif, eşit ve tarafsız olarak halkın hizmetine sunma yerine kendini iktidar yolunda koşulsuz destekleyen marjinal bir gurubun emrine tahsis etmiştir. Devletin çeşitli kurum ve kuruluşlarına, çeşitli kademelerde yaklaşık seksen bin civarında tama yapan iktidarın göreve getirdiği kişilerin profili incelendiğinde bu acı gerçek ortaya çıkmaktadır. Yargı başta olmak üzere tüm kurum ve kuruluşlarda belirli bir siyasal duruşu çağrıştıran, giyim, biçim, tavır ve davranışlar referans oluşturmaya başlamıştır. ... Son olarak dün Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun yayımlamış olduğu 'Basın Açıklaması' bu konudaki vahim gidişin ürktütücü uyarısıdır. Bu açıklamada, haklı olarak '2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişiklikler ... yargıyı etki altına alma düşüncesinin örneği olarak' değerlendirilmiştir. Ayrıca 'hakim adaylığına atamaların yürütme organı içerisindeki Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi ve siyasi iradenin bu süreçte belirleyici olması, açık olan kadro sayısı da gözetildiğinde yargıda siyasallaşma yaratacaktır,' yargısı diğer kurumlardaki vahameti de yansıtmaktadır. Tek tesellimiz bu iç karartıcı tablo karşısında Yargıtay'ın 'hukuk devleti ilkesi ve cumhuriyetin nitelikleri anayasal düzen içerisinde yargı organlarının korunması gereken değerlerden olup, laiklik ilkesi ve ulusun bütünlüğünün korunmasında Yargıtay dün olduğu gibi bugün ve bundan sonra da taraf olmaya devam edeceği' teminatı olduğunu açıklamış olmasıdır.”

Toplantının sonunda yayınlanan Baro Başkanları Bildirisi'nde de bu konuya dikkat çekildi: *"Son dönemde kolay yetiştirilemeyecek hızla gerçekleştirilen yasa değişiklikleri arasında yargının siyasallaşması sonucunu doğuracak düzenlemeler kaygı verici boyutta. Hiçbir gerekçe, yargı bağımsızlığından ödün verilmesini haklı kılamaz. Hakimler ve Savcılar Yasası'nda yapılan değişiklik karşısında Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun dahi eleştiriler getirmesi yasa değişiklikleri gerçekleştirilirken uygulamadan ve uygulayıcıdan ne kadar uzak kalındığının bir göstergesidir."*

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI ÖZDEMİR ÖZOK, DAHA SONRA ŞU DEĞERLENDİRMEYİ YAPTI

CNN Türk'teki Ankara Kulisi programına katılan Özok, *"Laiklik tehlikede mi?"* sorusu üzerine, bunu kendisinin değil, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Genelkurmay, Yargıtay ve HSYK'nın söylediğini vurguladı. *"Endişeler ve emareler var"* diyen Özok, tehlikeyi önlemek için hakim ve savcı adaylarının, yazılı sınavın ardından, Adalet Bakanlığı bürokratları yerine, HSYK'ya bağlı bir komisyon tarafından sözlü sınava alınmasını istedi. Özok, *"Bu alınacak dört bin kişi ülkemizin geleceğini oluşturacak. Yargıyı temsil eden insanlar bir tarikat ya da cemaatin üyesi olabilir mi? Kendilerine yakın hissettikleri kişilere avantaj sağlandığı çok net şekilde söyleniyor. Seksen bir ildeki başsavcılardan da benzer geliyor"* dedi.

HSYK'DAN KAMU OYU AÇIKLAMASI

Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun ardından HSYK yaptığı açıklama ile hükümeti uyardı. HSYK'nın seçimle gelen beş asil ve beş yedek üyesince yapılan açıklamanın tam metni şöyle:

"Anayasamıza göre yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemeler eliyle yürütülür. Temel hak ve özgürlüklerin, demokratik laik hukuk devleti ilkelerinin sağlam ve sarsılmaz güvencesi cumhuriyetin temel niteliklerini ilke edinen, hukuk devletinin yaşamına ve devamına hayat veren yargıdır.

Demokratik hukuk devletinde saygın olan ve herkesin saygı göstermesi gereken kurumlar vardır; bunların başında yargı yer almaktadır. Yargı, daima en güçlüye karşı, en güçsüzü koruyabilecek kudret ve kuvvette tutulmalıdır. Yargının onur ve güvenilirliği şahsi ve siyasi düşüncelere vasıta yapılmamalıdır.

Yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı, hakimlerin dokunulmaz olduklarını göstermez. Bu teminatlar, hakimler ve savcılar için değil, yargı hizmetlerinden yararlanan yüce milletimizin güvencesi olarak tanınmıştır.

Anayasamız kuvvetler ayrılığını esas almıştır. Erkler arasındaki bu ayırımın sonucu olarak yargı, üstlendiği hassas adalet dağıtım ve yargısal görevini ancak bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla yerine getirebilir. Yargı üzerinde yürütme erkine denetim ve vesayet yetkileri tanınması halinde, yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı istenilen düzeyde gerçekleştirilemez. Bu alandaki müdahale izlenimleri, yargı içinde ve dışında huzursuzluklara yol açmaktadır. Hukukun üstünlüğü ile yargı bağımsızlığı arasındaki bağ, çok iyi değerlendirilerek hassas dengeler bozulmamalıdır. Yargı, hak ettiği konuma getirilmiyorsa mutlaka baskı altındadır ve bağımsız değildir.

Yargının sorunları gün geçtikçe artmaktadır. Yargı ve sorunları bugüne kadar ihmal edilmiş, çözümü de düşünülmemiştir. Avrupa Birliği ilerleme yargı bölümü komisyon raporunda yargı bağımsızlığının sağlanması ısrarla vurgulanmaktadır. Bu hususlar onlar istediği için değil, demokratik-laik hukuk devleti için gereklidir.

Böylesine önemli anayasal görevi üstlenen ve kendi yasası olan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişiklikte, yargının biriken sorunlarını çözmekten uzaklaşarak yürütme, yargıyı etki altına almayı hedeflemiştir. Hakim adayları ile avukatlıktan alınacakların mülakatının ve mevcut yargıçlardan da Teftiş Kurulu'na alınacak müfettişlerin atanmalarının bakanlıkça yapılması, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Sekreteryası ile müstakil bütçe ve binasının bulunmaması; bunların çözümü için herhangi bir gayret gösterilmemesinin yargı bağımsızlığını engelleyeceği gibi, yargıda siyasallaşma yaratacağı da açıktır. Kaldı ki, kurulumuzun bu husustaki görüşleri, defalarca yazılı ve sözlü olarak yetkili mercilere intikal ettirildiği halde, bir sonuç alınamamıştır.

Bu durum karşısında yargı bağımsızlığının önündeki engellerin kaldırılması ve yargının siyasallaşmasının önlenmesi yolundaki düşüncelerimizin kamuoyunun bilgi ve takdirlerine sunulması uygun görülmüştür."

Kurul'un, Adalet Bakanı ve Bakanlık müsteşarı dışındaki seçilmiş üyeleri kurul tarihinde ilk defa bir hükümeti uygulamaları nedeniyle uyarma gereği duydu.

BİR UYARI DA DANIŞTAY'DAN: CUMHURİYET'E KARŞI ADIM

• Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören tasarrufların genel gerekçesinde yapılan açıklamalar ile gerçekleştirilen düzenlemeler arasındaki uyumsuzluk, yapılanın gerçekte reform olmadığı kanısını ve Cumhuriyet'in temel niteliklerine aykırı bir şekilde yargının siyasallaşması yolunun açılmasına neden olacağı endişesini yaratmaktadır. Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişikliklerin, BM, Avrupa Konseyi ve AB metinleri ile Anayasamızda yer alan yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi için belirlenen normlara uygun olmadığı görüşündeyiz.

• Bugün, uluslararası kuruluşların temel hedefi, yeryüzünde insan haklarına saygılı ve hukuka bağlı devlet anlayışının uygulamaya konulması ve yaygınlaştırılması için çaba gösterilmesidir. Devlet faaliyetlerinde, hukuk devleti anlayışının etkin biçimde yaşama geçirilmiş olmasının, uluslararası kuruluşlara ve aday olduğumuz AB'ye üyelik için önkoşul olarak aranmasının ve bu kuruluşlarda hukuka ve hukuk kurallarına birincil önem verilmesinin nedeni budur.

• Hukuk devleti anlayışının uygulamaya konulması ve yaşatılması, yasa, yürütme ve yargı erkleri arasındaki güç dengesinin sağlanmasına ve bunların güvencelerinin de birlikte getirilmiş olmasına bağlıdır. Bunlar arasında en etkili güvence, yargı denetimidir ve yargı denetimi olmaksızın diğer tüm güvenceler yetersizdir. Yargının siyasi iktidardan ve onun organı olan idareden bağımsızlığı ve yargıç güvencesi sağlanmadıkça, gerçek ve etkin bir yargı denetiminden söz edilmesi ve hukuk devleti anlayışının uygulamaya konulması olanaklı değildir. Bu yüzden, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, hukuk devleti anlayışının olmazsa olmaz koşuludur.

• Oysa, objektif ölçütlere sahip olmayan mülakat yöntemi, bu özelliği sebebiyle, anılan metinde önlem alınması gereği önemle vurgulanan riskleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu riskler arasında, yargıçların seçiminde, hükümet ile emrindeki idareye belirleyici yetki tanınması ve bu yolla, yargının ve yargıcın siyasi otoritenin etkisine açık hale getirilmesi de vardır.

YARGITAY C. BAŞSAVCISI'NIN UYARISI

Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok, son yasada kendi önerilerinin dikkate alınmadığını söyledi. Başta Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) oluşumu ve teftiş sistemi olmak üzere yargı bağımsızlığına engel düzenlemelere dokunulmazken, üç yıllık avukatların mesleğe kabullerine ve şimdiye kadar HSYK'ya ait olan bu yetkinin bakanlığa verilmesine tepki gösteren Ok, bunun çok tehlikeli olduğunu ifade etti.

Ok, *"Bu, hakim adayları arasında eşitsizliğe yol açmakta, mevcut olumsuzlukları pekiştirmekte. Bu yetki Adalet Bakanı'na bırakılmaz. Mevcut sistem zaten kötüydü. Ancak şimdi, yeni yasayla bu sistem daha adaletsiz hale getirilmek isteniyor"* dedi.

BAŞBAKAN'IN BU KONUDAKİ SÖZLERİ

Başbakan Recep Tayip Erdoğan, *"yargıda siyasallaşma olduğu yönünde yargı çevrelerinden açıklamalar yapıldığı, bu konuda bir infial olduğu"* sorusu üzerine, şunları söyledi:

"Böyle bir şey ne hazırlanan yasada mümkündür, ne de hükümetimizin böyle bir yaklaşımı söz konusudur. Maalesef böyle bir atmosferin içerisinde"

rol üstlenmeye gayret sarf edenler var. Adalet Bakanımızın da ifade ettiği gibi, bizim asla böyle bir ne anlayışımız, ne yaklaşımız söz konusu değildir, olamaz. Kaldı ki bu yasa hazırlanırken, burada da yine aynı şekilde, Yargıtay'ın ve diğer ilgili kuruluşların hepsinin kanaatleri alınmıştır, bu kanaatler istikametinde değerlendirmeler yapılarak yasa hazırlanmıştır ve Adalet Bakanımızın bu konudaki hassasiyeti, gerek benim, gerek arkadaşlarım tarafından da gayet iyi bilinir. Bizler de bu konuyu, aramızda da müzakeresini yaparak, tamamen şu ana kadar olan yasaları, çok daha farklı bir şekilde geleceğe taşımanın gayreti içerisindeyiz. Şu andaki bu tür siyasallaşma yaklaşımını asla kabul etmemiz mümkün değil. Kesinlikle bunu reddediyorum, böyle bir şey söz konusu değildir, olamaz. Buna ilk önce, biz temelinden karşıyız. Çünkü bunun bedelini ödeyenlerdeniz.”

ŞAHİN “İKNA TURU”NA ÇIKTI

ANKARA - Hükümet, yargı çevrelerinden gelen “siyasi kadrolaşma” uyarılarıyla gerilen ilişkileri yumuşatmak için dün ilk adımı attı. Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin, Türkiye Barolar Birliği’ni (TBB) ziyaret ederek Başkan Özdemir Özok’la görüştü. Şahin’e hassas değerlere dokunma sürdükçe tepkilerinin süreceği mesajını veren Özok, yargı bağımsızlığını engelleyen Anayasa maddelerinin değiştirilmesini istedi. Şahin ise hazırlıkları süren yeni Anayasa Değişikliği Paketinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısının değiştirilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunduğunu, bunun da yargıdan gelen eleştirileri gidereceğini kaydetti. (Radikal / 8.7.2005)

İNGİLTERE’DE HUKUKÇULARDAN HÜKÜMETE TEPKİ

Independent, baş sayfasını terörle mücadele önlemleri konusunda yargıyla hükümet ve muhalefet arasındaki kavgaya ayırmış.

Hükümet yetkililerinden sonra dün de ana muhalefetteki Muhafazakar Parti’nin lideri Michael Howard, özgürlükleri engelleyeceği gerekçesiyle terörle mücadele önlemlerine şüpheyle yaklaşan hukukçulara “*Halka hesap verecek olan biz seçilmiş temsilcileriz. Meclis’in iradesine saygı gösterin*” çağrısı yapmıştı.

Hukukçular gazetede ki demeçlerinde, bu suçlamalara yanıt veriyor ve yargının bağımsızlığını korumak için mücadelelerini sürdüreceklerini söylüyor.

Lord Goodhart, “*Eğer siyasetçiler, özgürlükleri kısıtlayacak yasalar yaparsa, buna müdahale etmek hukukçuların sadece hakkı değil aynı zamanda görevidir*” diyor.

Lord Carlile ise “*Eğer hükümet yargıyı yıpratırsa, yargı da öyle davranmak zorunda kalabilir*” uyarısında bulunuyor.

Başka bir hukukçu Lord Clyde da “*Yargının bağımsızlığı tartışılmaz.*”

Yargının görevi Anayasa'yı korumaktır. Eğer bir yargıç İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tehlike altında olduğuna inanıyorsa, üzerine düşeni yapmalıdır. Bu demokrasinin gereğidir" diyor. (NTV / 11.08.2005)

UZLAŞMA VE GERİ ALMA YÖNERGESİ YAYIMLANDI

TBB Yönetim Kurulu "*Türk Ceza Kanunu'nun 253,254 ve 255. maddelerinde Düzenlenen Uzlaşmanın Uygulanması Hakkında Yönerge*" ile "*CMK Gereğince Yapılan Hukuki Yardıma İlişkin Ödenen Avukatlık Ücreti ve Diğer Giderlerin Geri Alınmasına Ail Yönerge (Geri Alma Yönergesi*"ni kabul etti.

Yönergelerin tam metni *Ekler* bölümünde yer almaktadır.

TAİEX EĞİTİM SEMİNERLERİ

Türkiye Barolar Birliği ile Avrupa Konseyi İnsan Hakları Dairesi ve TAİEX Biriminin ortaklaşa yürütecekleri eğitim programı 17 Eylül 2005 tarihinde Trabzon'da başlayacaktır. İlk seminerin konusu "*Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)*" olarak saptanmıştır. Program 8 Ekim 2005 Malatya "*Yaşama Hakkı (AİHS m. 2)*"; 22 Ekim 2005, Konya "*İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10)*"; 12 Kasım 2005, Van "*Mülkiyet Hakkı (AİHS Ek Protokol 1)*"; Gaziantep 26 Kasım 2005, "*İş-kence Yasağı (AİHS m. 3)*"; 3 Aralık 2005, Antakya, "*Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü (AİHS m. 9)*"; 17 Aralık 2005, Antalya "*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS m. 5)*"; 21 Ocak 2006, İzmir "*Özel Hayatın ve*

Aile Hayatının Korunması (AİHS m. 8)"; 4 Şubat 2006, Ankara "*Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü (AİHS m. 11)*"; 18 Şubat 2006, İstanbul "*Nitelikli Haklar ve Sınırlandırılması*" şeklinde devam edecektir.

Her seminer çalışmasına insan hakları konusunda uzman Türk ve yabancılar katılacak ve maddelerin detaylı incelemesi gerçekleştirilecektir.

İHALE İLE AVUKATLIK HİZMETİ ALINMASI

Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan Enerji ve Tabii Kaynaklar eski bakanları Cumhur Ersümer ve Zeki Çakan haklarındaki dava sırasında Bakanlar Kurulu, *Resmî Gazete*'de yayımlanan bir karar ile, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinin (h) bendi uyarınca, serbest avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından hizmet alınmasını kararlaştırılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Adalet Bakanlığı'na yaptığı başvuru ile Avukatlık Kanunu ile Meslek Kuralları'na aykırılığı nedeniyle 4734 sayılı Yasa'nın (h) bendinin metinden çıkarılması için yasa değişikliği isteminde bulunmuştur. Bu yazı Başbakanlık, Maliye Bakanlığı ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na da gönderilmiştir.

Devletin hazine avukatlarına güvensizliği ve görülmekte olan aynı nitelikte (görevi suiistimal) davalar bulunduğu halde bir tek bu dava hakkında özel bir işlem yapılmasının yargıyı etkileme gibi bir amaçla yapılması ihtimali durumun vahametini göstermektedir. Diğer davalarda

hazine avukatları görevi suiistimal ile yargılanan sanıklara karşı görevlerini yapabiliyorlar da, bu sanıklara karşı mı yapamıyorlar, sorusu akla gelmektedir.

Aynı konuda Ankara Barosu da, Bakanlar Kurulu kararının iptali için, yürütmeyi durdurma talebi ile dava açmış bulunmaktadır.

**“YAKALAMA, GÖZALTINA,
ALMA VE İFADE ALMA
YÖNETMELİĞİ”NİN
22/1. MADDESİNİN
2. CÜMLESİNİN İPTALİ İÇİN
DAVA AÇILDI**

01.06.2005 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin, “Müdafiinin Soruşturma Evrakını İncelemesi” başlıklı 22/1 maddesi, “Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri gerekir,” hükmünün ikinci cümlesinin iptali için Ankara Barosu iptal davası açtı.

**CMK İLE BARODAN AVUKAT
TALEBİ DÖRT KAT ARTTI**

İstanbul Baro Meclisi 7. Olağan Genel Kurulu'nda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'ndaki (HSYK) değişiklikler, yargının siyallaşması ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) getirilen yeni düzenlemeler tartışıldı. Bahçeşehir Üniversitesi'nde yapılan genel kurula Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, baro başkanları ve avukatlar katıldı.

Kurulda söz alan Özdemir Özok da Barolar Birliği'nin muhalefet toplununun sesi olacağını bildirdi. 6 Eylül'de Ankara'da yapılacak toplantıya değinen Özok, “Yetmiş beş baro, elli iki bin avukatın gücü ilgililere net olarak bildirilecek. Bunun ilk uyarı eylemini 6 Eylül 2005'te gerçekleştireceğiz.” diye konuştu. “Ülkemiz sorunlarla doluyken siyasi iktidar küçük politikalar, örtüler ve dekoltelemlerle uğraşmaktadır.” diyen Özok, ideoloji olmadan Cumhuriyet'in değerlerini korumanın mesleki sorunlar kadar önemli olduğunu ve birinci derecede kendilerini ilgilendirdiğini kaydetti. Özok, ayrıca Kıbrıs sorunu, Ermeni sorunu ve Irak işgaline de değindi.

ANAYASA DEĞİŞİKLERİ ÇALIŞMALARI

Devlet Bakanı Mehmet Ali Şahin, Türkiye Barolar Birliği'ni ziyareti sonrasında yapılan basın toplantısında TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Burhan Kuzu'nun elli maddelik bir Anayasa değişikliği teklifi hazırladığını, bunu Başbakan'a sunduklarını ve bu çalışmalar arasında yargının ve baroların şikayetlerinin giderilmesine çalışacağını söylemişti. Dergimiz baskıya verileceği güne kadar bu konudaki gelişmeleri iki haberle aktarmak istiyoruz.

Gelişmeleri gelecek sayımızda verebileceğimizi sanıyoruz.

• ANKARA (Hürriyet) - TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu'nun hazırladığı elli maddelik paket üzerinde çalışan Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin, pakette YAŞ kararlarının yargı denetimine açılmasıyla ilgili bir düzenlemenin de yer alacağını söyledi. Şahin, "İdarenin her türlü tasarrufu mutlaka yargı denetimine açılmalıdır. Sayın Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışındadır. YAŞ kararları, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu kararları da yargı denetimi dışındadır. YAŞ kararlarının tayin, terfi ve emeklilikle ilgili işlemleri dışındaki kararları yargı denetimine alınmalı. Tamamını alırsanız dünyanın en disiplinli ordularının başında gelen TSK'da disiplin zedelenir" dedi.

YÖK ile ilgili düzenlemenin de pakette yer alacağını belirten Başbakan Yardımcısı Şahin, 2B'lerin satışı ile ilgili düzenlemenin de kamuoyuna iyi anlatıldıktan sonra pakette yer alabileceğini belirtti. Memurlara grev ve toplu sözleşme hakkı için de değişiklik yapılacaktır.

"Anayasa değişikliklerinin sahibi Meclis'tir" diyen Şahin, CHP'nin ve diğer milletvekillerinin de katkılarıyla paketin olgunlaşacağını söyledi. Hükümetin, Anayasa değişiklikleri için gerekirse referandumu da göze aldığını belirten Mehmet Ali Şahin, "Bir konsensüs sağlanırsa referanduma gidişi çok zayıf bir ihtimal olarak görüyorum. Yasalaşmazsa halka sormanın da son derece demokratik bir tavır olacağına inanıyorum" dedi.

Şahin, pakette YAŞ ve Cumhurbaşkanının kararlarının yargı denetimine açılmasına ilişkin düzenlemelerin yer alacağını söylemesine karşın; bazı AKP yöneticileri, devlet kurumları arasında ve toplumda yeni gerginlik yaratacak düzenlemelerin pakette yer almayacağını söylediler. AKP hükümeti, halkın desteğini alabilecek milletvekili yaşının yirmi beşe düşürülmesi ile memurlara grevli toplu sözleşme hakkı gibi düzenlemeleri pakete koyarak orman arazilerinin satışı, YÖK, Türkiye milletvekilliği, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasıyla ilgili değişiklikleri çıkarmak istiyor.

AKP içindeki Anayasa Komisyonu, ilk aşamada yedi maddenin pakette yer almasına karar verdi

• ANKARA (Cumhuriyet Bürosu) - AKP içinde Anayasa Değişikliği Paketi için oluşturulan komisyon, ilk aşamada yedi maddenin pakette yer alabileceğine karar verdi. CHP'nin desteğini almak için milletvekili dokunulmazlığını pakete almayı planlayan AKP, 1 Mart tezkeresi olayının yeniden yaşanmaması için yurtdışına asker gönderilmesiyle ilgili maddeye "ulusal çıkarların zorunlu kıldığı haller" ibaresini getirmek istiyor. Pakette yer alacak diğer düzenlemelerin Türkiye milletvekilliği, memurlara toplu sözleşme hakkı, milletvekili yemininin yeniden düzenlenmesi, milletvekili seçilme yaşının yirmi beşe düşürülmesi ve kamu denetçiliğinin olacağı belirtildi.

AKP içinde Anayasa Değişikliği Paketi için oluşturulan komisyon, dün ilk toplantısını yaptı. AKP Grup Başkan vekili Sadullah Ergin, toplantı son-

rasında yaptığı açıklamada TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu'nun hazırladığı metin ile partiye gelen anayasa değişikliği taleplerinden yola çıktıklarını, ilk aşamada pakette yer alabilecek yedi maddeyi belirlediklerini söyledi. Ergin, 29 Ağustos'ta ikinci toplantı yapacaklarını ve bu ayın sonunda taslağın oluşturulacağını kaydederek paketin yirmi-yirmi beş madde olmasının planlandığını bildirdi. Taslağın parti kurullarında görüşüldükten sonra TBMM içinde ve dışındaki muhalefet partilerine, sivil toplum örgütlerine ve ilgili kuruluşların görüşüne sunulacağını anlatan Ergin, "Anayasa değişiklikleri olabildiğince geniş bir toplumsal mutabakatla çıkarılması gerekiyor" dedi. Toplantıda, pakette yer alabileceğine karar verilen maddeler şöyle:

Kamu Denetçiliği: Bulgaristan, Hırvatistan ve Romanya'da uygulanan "Kamu Denetçiliği" kurumu getirilecek. Hükümet, tüm kesimlerin güven duyduğu bir kişiyi kamu denetçisi olarak atayacak. Denetçi, anlaşmazlık durumunda kamu ile kişiler arasında hâkimlik görevi yapacak.

Türkiye Milletvekiliği: TBMM, dört yüz elli milletvekilinden oluşacak. Yüz milletvekili de Türkiye milletvekili kontenjanından seçilecek. Türkiye milletvekiliği için seçim barajı aranmayacağı ya da çok düşük bir baraj konacak.

Yurtdışına Asker Gönderme: Türkiye'nin, uluslararası hukukun meşru saydığı hallerin yanı sıra "ulusal çıkarların zorunlu kıldığı hallerde" de yurtdışına asker göndermesi ve yabancıların Türkiye'de asker bulundurmasının yolu açılacak. ABD'nin Irak'ı işgali sırasında bu ülke askerlerinin Türkiye'de bulundurulması ve Türkiye'nin Irak'a asker göndermesi çok tartışılmış, BM'nin kararı olmadığı gerekçesiyle TBMM'ye getirilen tezkere sert biçimde eleştirilmişti. Anayasa değişikliğinin yapılması durumunda Türkiye'nin başka bir ülkeye asker göndermesi için BM kararı aranmayacak.

Milletvekili Seçilme Yaşı: Seçilme yaşı otuzdan yirmi beşe düşürülecek.

Milletvekili Dokunulmazlığı: Dokunulmazlığın, milletvekiliğine engel suçlar için sınırlandırılması planlanıyor.

Milletvekili Yemini: Yemin metni, Türkçe'ye uygun olmadığı ve telaffuzunun zor olduğu gerekçesiyle düzenlenecek. Ergin, milletvekillerinin %90'ının yeminde takıldığını belirterek "İçerik aynı kalmak koşuluyla Türkçe'ye daha uygun hale getirilecek" dedi.

Memurların Sendikal Hakları: Anayasa'ya göre toplu görüşme hakkı olan memurlara toplu sözleşme hakkı verilmesi öngörülüyor. Grev hakkı tartışılıyor.

YARGITAY, HIZ SINIRINI AŞAN İKİ ÜYEYE PARA CEZASI VERDİ

Yargıtay, İçişleri Bakanlığı'nın genelgesinin ardından hakim ve savcılara trafik kuralını ihlalde "imtiyaz" tanındığı iddialarını verdiği kararla sona erdirdi.

AA muhabirinin aldığı bilgiye göre, iki üyenin Karayolu Trafik Kanunu'na göre hız sınırını aştığına ilişkin tespit tutanakları ilgili emniyet müdürlükleri tarafından Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderildi.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu da toplanarak konuya ilişkin kararını verdi.

Kararda, bir üyenin iki kez hız sınırı ihlalinde bulunduğu bildirildiği belirtilerek, bu eylemin Kabahatler Kanunu'na göre kabahat niteliğinde olduğu ve idari yaptırımını gerektirdiği kaydedildi.

Karayolları Trafik Kanunu'na göre, hız sınırını iki kez ihlal ettiğinin sabit olduğu belirtilen kararda, bu üyenin, iki ihlalden 92'şer YTL olmak üzere 184 YTL idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ifade edildi.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, bir başka üyenin de öngörülen hız sınırını %30'dan fazla aştığı için 188 YTL idari para cezası ile cezalandırılmasını kararlaştırdı.

Kurul, yaptırımlara ilişkin tutanak düzenleyerek iki üyeye tebliğ etti.

Bu üyeler, tebliğden itibaren yedi gün içinde Yargıtay Başkanlar Kurulu'na itiraz edebilecek.

İtirazın reddedilmesi halinde bir aylık yasal süre içerisinde belirlenen para cezası ödenip, makbuz Birinci Başkanlık Kurulu'na ibraz edilecek. Ödenmemesi halinde Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddesi gereğince kesinleşen idari para cezasının derhal tahsili için karar görevli vergi dairesine gönderilecek.

Hazırlayan O. G.

NEDEN BAĞIMSIZ YARGI?

Av. Özdemir ÖZOK*

Kısa bir süre önce, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik öncesi başta Türkiye Barolar Birliği olmak üzere, Yargıtay, Danıştay ve en önemlisi Adalet Bakanı'nun engelleme çabalarına karşın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu peş peşe yayınladıkları kamuoyu açıklamalarıyla, konuyla ilgili kaygılarını ortaya koymuşlardır. Sayın Cumhurbaşkanı da aşağı yukarı aynı gerekçelerle ikinci defa görüşülmek üzere kanunu TBMM'ye geri göndermiştir.

Bu bildirilerin ve geri gönderme gerekçelerinin ortak yanı, yargı üzerine siyasal iktidarların gölgesinin düşmeyeceği, tam bağımsız bir yargının oluşması için gerekli duyarlılığın gösterilmesi isteğidir.

Demokratik parlamenter sistemlerde devletin çatısını yasama, yürütme ve yargı oluşturmaktadır. Bilindiği gibi yasama erkini parlamento ve meclisler kullanmakta, yürütme erkini başbakan ve bakanlar kurulu kullanmakta, yargı erki ise bağımsız yargıçlar tarafından kullanılmaktadır. Bu üç erk eşit koşullarda ve birbirine mesafeli ve saygılı bir biçimde görevlerini yerine getirirler. Yine bilindiği gibi bu üç erk arasında öncelik ya da üstünlük söz konusu değildir.

Bu ilkeler anayasalarda ve yasalarda açıkça yazılmasına, doktrin ve uygulayıcılar tarafından güçlü bir biçimde dile getirilmesine karşın, pratikte yasama ve yürütme erkleri, ülkemiz uygulamasında olduğu gibi, tek elde toplanmakta ve üstesinden gelinemeyecek bir güç haline dönüşmektedir. İşte bu koşullarda kişisel hak ve özgürlüklerin korunması yanında, hukukun üstünlüğü ve hukuk devletinin gerçekleşebilmesi için, bağımsız yargı çok büyük bir önem taşımaktadır.

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Toplumda adalet duygusunun oluşmasına ve korunmasına neden olan bağımsız yargı, aynı zamanda çağın yönetim biçimi olan “hukuk devleti” olgusunun da olmazsa olmaz koşuludur. Anayasamız Cumhuriyetimizi, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda, hukuk devleti “tüm eylem ve işlemleri hukuka ve anayasa kurallarına uyan devlet” demektir.

Devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek kurum da bağımsız yargıdır. Yargı bağımsız ve yargıç güvenceli olmalıdır ki, devletin yasama ve yürütme erklerinin hukuk dışı işlemlerini hukuk içine çekebilsin, hukuk içinde tutabilsin.

Ülkemizde Anayasa Mahkemesi, Meclis’in, dolayısıyla yasamanın çıkardığı yasaların Anayasa’ya uygunluğunu, idari yargı da (Danıştay ve İdare Mahkemeleri) yürütmenin ve idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu münhasıran, adli yargı da kişilerin hak ve güvenlikleri bakımından dolayısıyla denetlemektedirler.

1961 Anayasası’nın 143-144. maddeleriyle yapılandırılan ve içinde bir tek siyasi üyenin bulunmadığı “Yüksek Hakimler Kurulu” yargı erkinin, yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığını sağlamıştır.

Zamanın Yargıtay Başkanı, büyük hukukçu Recai Seçkin ilk Yüksek Hakimler Kurulu üyelerinin göreve başlaması nedeniyle yaptığı tarihi konuşmada; “Anayasamız Yüksek Hakimler Kurulu müessesesini hukuk hayatımıza armağan etmiştir. Bu mutlu olaydan dolayı ne kadar sevinsek ve ne kadar övünsek yeridir. Yüksek Hakimler Kurulu yabancı ülkelerde bile henüz kısa bir tarihe malik bir müessesedir. Gerek oralarda, gerek bizde bu müesseseye karşı olan bir çok kimselerin bulunduğu söylenebilir. Yüksek Hakimler Kurulu’na düşen ilk görev, çalışmalarını gayet sağlam ilkeler ve doğru gelenekler üzerine kurmak, işlemleri üzerinde eşitliğe aykırılık ve adaletsizlik gölgelerinin düşürülmesine meydan vermemektir. Gerçekten hakim teminat zırhına bürünmüştür, fakat o her şeyden önce davranışları ve tutumu ile böyle bir zırha layık olduğunu her an ispat etmek zorundadır. Hakime bu borcunu yerine getirtmek Yüksek Hakimler Kurulu’nun ödevlerindedir. Yüksek Hakimler Kurulu’nun görevini gereği gibi titizlikle yapmadığı, mesleği zayıf duruma düşürdüğü düşüncesinin sosyal ortamda yerleşmesi ve genişlemesi, zamanla bu kuruluşa karşı olanların cesaretlerini artırır ve bir anayasa değişikliğiyle, kurulun, şimdiki bağımsız durumu sona erer ki, bu hal; hakim teminatının sona ermesinden başka bir anlama gelmez. Bana öyle geliyor ki, Yüksek Hakimler Kurulu’nun üyeleri böyle bir tehlikenin gerçekleşmesine asla meydan bırakmayacaklar, kuruluşa karşı olanların cesaretlerini kıracaklardır” demiştir. Maalesef Recai Seçkin başkanın tüm kaygıları kısa bir süre sonra gerçekleşmiş, gerçekten bağımsız Yüksek Hakimler Kurulu 1971 yılında

başkandan

yapılan kısmi bir değişiklikten sonra 1982 Anayasası'yla tarih sayfalarındaki yerini almıştır.

Yargının görevlerini “*adil yargılama*” kriterlerine uygun biçimde yerine getirebilmesi için, öncelikle hiçbir sorununun çözümsüz bırakılmaması, tüm etkilere karşı bağımsızlığı ve tarafsızlığını güvence altına alacak ilke ve kurumların oluşturulması ve geliştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi eksiksiz bir biçimde yaşama geçirilmelidir.

Siyasetin gölgesinin yargı üzerine düşmemesi için, Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarı'nın kuruldan mutlaka ayrılması; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı bir teftiş kurulunun oluşturulması, bunun doğal sonucu olarak Adalet Bakanları'nın yargıç ve savcılar hakkında resen soruşturma başlatma yetkisinin kaldırılması, mesleğe giriş sınavının mutlaka bağımsız bu Kurul tarafından yapılmasının sağlanması ve hepsinden önemlisi özlük işlerinin tamamen Kurul'a bağlanması gereklidir. Kurul'un yapısı, teftiş ve soruşturma yetkisi sorunu için Anayasa'nın 144. maddesinin değiştirilmesi, özlük işlerin Kurul'a devri için yasa değişikliğinin yeterli olduğu düşüncesindeyiz.

Anayasalarda ve yasalarda yargı bağımsızlığından ve yargıç güvencesinden söz edilse dahi, bugün yargı bağımsız ve yargıç güvenceli değildir. Bu son yapılan atama ve yer değiştirme kararnamesi ile Yargıtay üyesi seçimlerinden sonra yapılan yakınmalardan daha net anlaşılmaktadır. 1982 Anayasa düzenlemesi bu uygulamaya olanak vermektedir, en kısa sürede bu düzenlemeden dönülerek, siyasal iktidarların yargıya müdahalelerini önleyecek yeni bir yapılanmaya gidilmelidir.

Bu ve benzeri rahatsızlıklarımızı yazılı ve sözlü olarak kamuoyuna aktardık peşinden aynı nedenlerle Yargıtay, Danıştay, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu açıklama yapınca hükümet kanadından duyarlılık gösterilerek Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı sayın Mehmet Ali Şahin, Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret etti, konuyla ilgili rahatsızlıklarımızın neler olduğunu dinlemek istedi. Yapılan görüşmede, yargının siyasallaşması girişimlerinden duyduğumuz rahatsızlıklar ve özelde yargı, genelde kamuda, gerçekleştirilen kadrolaşma girişimleriyle ilgili kaygılarımızı ilettik. Sayın Bakan da böyle bir amaçlarının olmadığını, asla kadrolaşmadıklarını bu konuda olabildiğince objektif davrandıklarını ifade ettikten sonra, yargı bağımsızlığıyla ilgili endişelerimizi ilk Anayasa değişikliğinde gündeme getirecekleri sözünü verdi. Bizde kendisine ziyaret ve gösterdikleri demokratik duyarlılık nedeniyle teşekkür ettik ve sözlerinin takipçisi olacağımızı ilettik.

Ancak son olarak sayın Bakan'ın bir gazetede yayımlanan demecinde, hükümetin hakim alınmasındaki yöntemden vazgeçmeyeceği anlaşılmaktadır. Oysa bu uygulama Anayasa'nın bugünkü hükmüne bile aykırıdır. Anayasa'nın 140. maddesine göre Adalet Bakanlığı sadece idari görevlerle sorumludur. Hakimlerin "atanma"ları ve hatta "mesleğe kabul"leri (Anayasa m. 159/3) ile tüm özlük işleri "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre" yapılmalıdır. "Atama" kavramına ilk atamanın da dahil bulunduğu, bunun bir "idari işlem" sayılamayacağı açık bulunmasına karşın 1982 rejiminin hatırası olarak bu görevi Adalet Bakanlığı, sonraki dönemlerde de "zevkle" yüklenmiş; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da bu görev ve yetkisine sahip çıkmamıştır..

Sorun, "mesleğe kabul"ün ilk "atama" olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Ancak, "mesleğe kabul" görevinin "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre" kurulmuş bulunan (Anayasa m. 159) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ait olduğu maddenin 3. fıkrasında da açıkça, "adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme" biçiminde belirtilmiştir.

Bu durumda, Adalet Bakanlığı'nın mülakat yaparak "mesleğe kabul" konusunda "yetki gaspı"nda bulunup bulunmadığı ciddi biçimde tartışılmalıdır ve de tartışılacaktır.

İŞVERENİN İFLASI VEYA İŞVERENE YÖNELİK HACİZ HALİNDE İŞÇİNİN ÜCRET ALACAĞININ ÖNCELİĞİ SORUNU

Dr. Adnan DEYNEKLİ*

GİRİŞ

İşverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartlarını ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenleyen İş Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasında ücretin tanımı yapılmıştır. Hükme göre genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.

İş sözleşmesinin temel unsuru olan ücret Anayasa'nın 55. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde ücretin emeğin karşılığı olduğu, devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa ile teminat altına alınan ücretle ilgili olarak İş Kanunu'nda, İcra ve İflas Kanunu'nda ve uluslararası sözleşmelerde koruyucu hükümler getirilmiştir. Bu şeklide işçinin tek geçim kaynağı olan ücretin indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması tehlikesini önleyici düzenlemeler yapılarak ücret teminat altına alınmak istenmiştir.¹

İşçi ücretini korumayı amaçlayan düzenlemelerden birisi işçinin ücret alacağının alacaklılar tarafından haczi ile ilgilidir. İş Kanunu'nun 35. maddesine göre işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Hükümde nafaka alacaklılarının hakları saklı tutularak bu kişiler yönünden istisna getirilmiştir.

* Yargıtay Tetkik Hakimi (yazarın Dergimizin 57. sayısında yayımlanan "İİK'nun 268. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la Değişiklik Yapıldıktan Sonra Alınan İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak Derecesi" başlıklı makalesinde ismi yanlışlıkla Ahmet olarak yayımlanmıştır. Düzeltir, yazardan ve okurlarımızdan özür dileriz.).

¹ Sümer, N. Binnur, *İşçi Ücretinin Bu Ücrete Yönelik Haciz ve İşverenin İflası ile İşverene Yönelik Haciz Halinde Korunması*, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, SÜHFD, C. V, Konya 1996, S. 1-2, s. 226.

Bu düzenleme incelememizin kapsamı dışında tutulduğundan ayrıntıya girilmemiştir.

İşçi ücretinin korunması yönünden işverene yönelik haciz veya işverenin iflası halinde de özel düzenlemeler yapılmıştır. Şimdi bu düzenlemeleri ayrıntılı olarak inceledikten sonra olağanüstü hal durumunda (İİK m. 317) ve işverenin iflasının ertelenmesi halinde işçi ücretine sağlanan imtiyazlara değineceğiz.

I. İŞVERENİN İFLASI HALİNDE ÜCRET ALACAĞININ ÖNCELİĞİ

Külli bir icra yolu olan iflasta amaç müflisin malvarlığını tasfiye ederek iflasa katılan bütün alacaklıları mümkün olduğu kadar tatmini sağlamaktır. Müflisin aktiflerinin alacaklıların taleplerinin hepsini tatmin etmesi çok defa mümkün olmayabilir. İflasta prensip alacakların eşit olarak ödenmesi ise de, bu eşitlik mutlak eşitlikten çok adaletin temin edilmesini amaçlayan bir eşitliktir. Bu nedenle kanun koyucu bazı alacakların diğerlerinden daha fazla korunmaya muhtaç olduğunu adalete uygun bularak alacakların belli bir sıraya göre tatmin edilmesini düşünmüş ve İİK'nın 206. maddesindeki düzenlemeyi yapmıştır.² Adi ve rehinli alacakların sırasını düzenleyen genel nitelikteki bu hüküm işçi alacaklarını koruma yönünden son derece önemlidir.

İİK'nın 206. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapılarak adi ve rehinli alacakların sırası yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.7.2003 tarihinden sonra düzenlenecek sıra cetvelleri yönünden uygulanacaktır.

Bu tarihten önce düzenlenen sıra cetvelleri yönünden önceki hüküm uygulanacaktır.

İİK'nın 206. maddesinde birinci sırada yer alan (A) bendine göre işçilerin iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatı alacakları birinci sırada imtiyazlıdır.

Buradaki imtiyaz, imtiyazlı olanın şahsına değil, alacağa ilişkindir. Bu nedenle alacak devredilmeden imtiyaz hakkının devri mümkün değildir.³

² Berkin, Necmeddin, *İflas Hukuku*, İstanbul 1970, s. 289; Kuru, Baki, *İflas ve Konkordato Hukuku*, Ankara 1971, s. 246-2473; Centel, Tankut, *İş Hukukunda Ücret*, İstanbul, s. 346; Deyneklî, Adnan - Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, Ankara 2002, s. 558.

³ Postacıoğlu, İlhan, *İflas*, İstanbul 1977, s. 194; Belgesay, M., Reşit, *İcra ve İflas Hukuku*, C. II 1953, s. 103; Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, C. III, Ankara 1993, s. 3011; Deyneklî, *Kısa- Sıra Cetveli*, 2002 s. 608.

İİK'nın 206. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değiştirilen (A) bendindeki hüküm değişiklikten önceki birinci sırasının A, B, C ve F bendlerinde sayılan alacaklara karşılık olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür.

İşçilerin iş ilişkisine dayanan iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş alacakları imtiyazlıdır. Bir yıllık sürenin hesabındaki iflasın açılma anı İİK'nın 165.maddesine göre belirlenecektir. İflas kararının Yargıtay İlgili Dairesi tarafından bozulmasından sonra tekrar iflasa karar verilirse yeni iflas kararı iflasın açılma anı olarak kabul edilecektir.

İflasın açılmasından bir yıllık süreden önce doğmuş işçi alacakları imtiyazlı değildir. Bu nedenle dördüncü sraya kaydedilmelidir. İşçi iflas tarihinden önce işten ayrılmışsa, iflas tarihinden geriye doğru bir yıllık sürenin başlangıcından işçinin işten ayrılma tarihine kadar olan süredeki ücret alacağı imtiyazlıdır.⁴ İflasın açılmasından bir yıl önce işten ayrılan işçinin işçilik hakları imtiyazlı olmadığından adi alacaklarla birlikte dördüncü sırada işlem görecektir.

Sürelerin hesaplanmasında iflasın açılmasından önce mühlet de dahil olmak üzere geçirilen konkordato süresi, iflasın ertelenmesi süresi ve alacak hakkında açılmış olan davanın devam ettiği süre, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesinde, ölüm tarihinden tasfiye kararı verilmesine kadar geçen süreler dikkate alınmaz (İİK m. 206/son).

İşçi, kıdem ve ihbar tazminatları yönünden İİK'nın 206. maddesindeki değişiklikten önce yürürlükte bulunan (F) bendinde bir süre ile sınırlı olmaksızın imtiyaz tanınmıştı. Yeni düzenleme ile iş ilişkisinin iflas nedeniyle feshi halinde kıdem ve ihbar tazminatı alacağı süreye bakılmaksızın imtiyazlı kabul edilmiştir.

İhbar ve kıdem tazminatı alacakları yönünden (A) bendindeki iki düzenleme arasında farklılık bulunup bulunmadığı konusuna değinmek istiyorum.

(A) bendinin lafzına bakarsak iş ilişkisinin iflas nedeniyle sona ermesi halinde kıdem ve ihbar tazminatı alacağı süreye bakılmaksızın imtiyazlı olduğu, iş ilişkisinin başka bir nedenle feshinden (örneğin; haklı nedenle fesih) sonra işverenin iflası halinde iflasın açılmasından geriye doğru bir yıllık ihbar ve kıdem tazminatı alacağının imtiyazlı olduğu sonucuna varabiliriz. Maddenin düzenleniş tarzı da böyle bir yorum yapmaya müsait gözükmektedir.

⁴ 19. HD. 10.2.1995, 10158/977 (Deyneklı, *Kısa-Sıra Cetveli*, 2002, s. 759).

Tercan, (A) bendindeki ihbar ve kıdem tazminatı ile ilgili ikinci düzenlemenin iflasın açılmasından sonraki ihbar ve kıdem tazminatıyla ilgili olduğunu, bu şekilde yapılan düzenlemenin isabetli olduğunu belirtmiştir.⁵

İİK'nın 206. maddesindeki imtiyazlı ve adi alacaklarla ilgili düzenlemede iflasın açıldığı tarihte mevcut olan alacaklar dikkate alınmıştır. İflasın açılmasından sonra doğan alacaklar masa borcu niteliğinde değilse o iflas masasından tatmin edilemeyecektir. Masa borçları iflasın açılmasından sonra ve devamı sırasında masa tarafından tekeffül tahsil edilen ve onun tarafından ödenmesi gereken borçlardır. Örneğin; müflise ait fabrikanın iflas idaresi tarafından işletilmesine karar verilmiş ve işçi çalıştırılmışsa bu işçilerin iş ilişkisinden doğan ücret alacakları masa borcu olarak işlem görecektir.⁶

İşçilerin masa borcu niteliğindeki ücret alacağının iflas alacaklarından önce ödenmesi gerekir.

Maddedeki iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine işçilerin hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının masa borcu gibi değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yukarıdaki görüşün iflas masasından tatmin edilecek iflas alacakları ile ilgili temel düzenlemeye uygun düşmeyeceği kanaatindeyim.

İşçinin ücret alacağı ihbar ve kıdem tazminatı alacağı iflasın kapanmasına kadar iflas masasına bildirilebilir (İİK m. 236). Geç bildirim imtiyaz hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak başvurudan önce kararlaştırılmış paylaşmaya işçi alacağının iştirak hakkı yoktur (3. fıkra). İşçinin alacağını bildirmesinden önce düzenlenmiş ve kesinleşmiş bir sıra cetveli varsa, artık bu sıra cetvelindeki birinci sırada yer alma hakkı bulunmamaktadır. Önceki paylaşım tamamlandıktan sonra yeni düzenlenen sıra cetvelinde birinci sırada yer alacaktır.

İİK'nın 196. maddesine göre iflasın açılmasıyla birlikte iflas masasına giren alacaklarda faiz işlemeye devam eder. Ancak anaparalar ödendikten sonra masada ödenebilir bakiye kalmışsa faizler ödenebilir. İşçi alacaklarının iflastan sonra işleyen faizleri de anılan hüküm uyarınca işlem görecektir ve masada bir meblağ kalmışsa ödeme yapılabilecektir. Faiz ödemelerinin hangi sıraya göre yapılacağı konusunda Kanun'da açıklık bulunmamaktadır. İmtiyaz kanunlarımızda sınırlı olarak tanındığından faiz ödemele-

⁵ Tercan, Erdal, 4949 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikten Sonra İcra ve İflas Kanunu 206'ya Göre İmtiyazlı Alacaklar (Batider C. XXII, S. 2 s. 25).

⁶ Oğuzman, Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdin Feshi*, İstanbul 1955, s. 82.

rinin masadan pay alan tüm alacaklılara garamaten yapılması gerektiği kanaatindeyim.

İflas masasında rehinli alacak da bulunması halinde şöyle bir sıralama yapmak mümkündür. Öncelikle rehin konusu malın aynından doğan gümrük resmi, bina ve arazi vergisi, veraset ve intikal vergisi, motorlu taşıtlar vergisi gibi kamu alacakları ödenmelidir.

Sonra rehinli malın muhafaza ve paraya çevirme masrafları (İİK m. 248) ödenmelidir.

Daha sonra sırasıyla rehinli alacaklar⁷ masa alacakları ve İİK'nın 206. maddesinde birinci sırada, ikinci sırada ve üçüncü sırada yer alan alacaklar ödendikten sonra adi alacaklar ödenecektir.

Önceki sıradaki alacaklılara ödeme yapılmadan sonraki sırada yer alan alacaklılara ödeme yapılmaz. İİK'nın 206. maddesinde yer alan (A), (B) ve (C) bendindeki alacaklar için ödeme garameten yapılmalıdır.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacağının işçi alacaklarından öncemi sonramı ödeneceği hususudur. Zira ülkemizde son yıllarda yaşanan ekonomik krizler nedeniyle bankalar iflas etmiş, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından mevduat sahiplerine ödemeler yapılmış, Fon'un bu ödemelerden kaynaklanan alacağı karşısında bankalarda çalışan işçilerin ücret alacağının ödeneceği sıra konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır.

Konu ile ilgili ilk tartışma bankalarla ilgili 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen düzenlemeden sonra ortaya çıkmıştır. 70 sayılı KHK ile ilgili düzenlenen sempozyumda TMSF alacağının işçilerinin alacağından önce işlem görmesinin adaletsiz olduğu görüşü ileri sürülmüş,⁸ Postacıoğlu bu görüşe karşılık, TMSF ne tanınan imtiyazın deniz ticareti hukukundaki kurtarıncının alacağının bütün ipoteklere takaddüm etmesi gibi bir imtiyaz olduğunu savunmuştur.⁹

⁷ Medeni Kanun'un 893/3. maddesi uyarınca bir taşınmaz inşaatında çalışan işçilerin ücret alacakları için kanuni ipotek hakkı tanınması halinde işçinin bu alacakları rehinli alacak olarak işlem görecektir. İşçilerin bu hükümden doğan ipotek hakları farklı tarihlerde tescil edilmiş bulunsada dahi aynı sırada işlem görecektir (MK m. 896). İşçi alacakları için konulan ipotek MK'nın 897. maddesindeki durumun varlığı halinde rehinli alacaklardan da önce işlem görecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Bıçakçı, Levent, *Yapı Alacaklısı İpotegi İHFM Atatürk'e Armağan*, s. 566 vd.; Reisoğlu, Safa, *Türk İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşverenlerin Kanuni İpotek Hakkı*, Ankara 1961, s. 163 vd.

⁸ Kuru, Baki, *Bankalar ve 70 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname*, Sempozyum 16-17 Aralık 1583, s. 278.

⁹ Postacıoğlu, İlhan, *Sempozyum*, s. 279.

İİK'nın 206. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce TMSF alacağı İİK'nın 206. maddesinde sayılan imtiyazlı alacaklardan önce ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰

İİK'nın 206. maddesinde 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen tüm alacakların üçüncü sırada işlem göreceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun amacı özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacakları üçüncü sıraya almaktır (madde gerekçesi). Bu durumda TMSF'nin alacağının üçüncü sırada işlem göreceğini kabul etmek gerekir.

Tercan 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra da TMSF alacağının İİK'nın 206. maddesinde sayılan imtiyazlı alacaklardan önce ödenmesi gerektiği görüşündedir.¹¹ Görüşüne gerekçe olarak tasarruf mevduatı sahiplerine Bankalar Kanunu'nun 10/2-c maddesinde İİK'nın 206. maddesinde birinci sırada imtiyaz tanındığını, değişiklik yapılmadığı sürece tasarruf mevduatı sahiplerinin birinci sırada, TMSF'nin üçüncü sırada işlem göreceğini, bu sonucun kanun koyucunun TMSF'ye daha fazla imtiyaz tanımak yönündeki iradesi ile bağdaşmadığını göstermektedir.

İİK'nın 206. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde iflas tasfiyesinde alacaklılar arasında olabildiğince eşitliğin ve daha adil bir paylaşımın sağlanması amacıyla imtiyazlı alacakların üç sıra halinde düzenlendiği belirtilmiştir. Hükmün gerekçesi ve açık düzenleme gözetildiğinde TMSF alacağının da üçüncü sırada işlem göreceğini kabul etmek gerekir.¹²

Bu durumda da tasarruf mevduatı sahiplerinin dışarıda gösterilen (Bankalar Kanunu 10/2-c) alacağının dördüncü sırada imtiyazsız alacaklarla birlikte işlem görmesi kanun koyucunun amacına uygun düşecektir.¹³

¹⁰ Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, C. III, Ankara 1943, s. 3008; Deyneklî, *Kısa-Sıra Cetveli*, 2002, s. 606.

¹¹ Tercan, s. 43.

¹² Kuru - Arslan - Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesiyle ilgili 45 nolu dipnotta 4385 sayılı Bankalar Kanunu'nun 16/4. maddesinde yer alan TMSF alacağının üçüncü sırada işlem göreceğini belirtmiştir.* (Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Kanunu*, 19. Baskı, Ankara 2003. s. 179); Buna karşılık Pekcanitez - Atalay - Özkes, *İcra ve İflas Kanunu'nun dışındaki imtiyazlı niteliği halde hangi sıraya gireceği belirtilmeyen alacakların da 206. maddedeki imtiyazlı alacaklardan önce ödeneceğini görüşündedir.* (Pekcanitez, Hakan - Atalay Oğuz - Özkes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2004, s.170).

¹³ Bkz., Deyneklî, Adnan, *Bankaların iflasında sıra cetvelinin özellikleri* 5.07.2003 tarihli seminer, s. 89.

II. İŞVERENE YÖNELİK HACİZ HALİNDE ÜCRET ALACAĞININ ÖNCELİĞİ

1. İşçinin Ücret Alacağı'nın Kamu Alacağı Dışındaki Alacaklar Karşısında Durumu ve Sırası

İşverenin mahcuz malları tamamen satılıp bedelleri ilgililere hisselerine göre paylaşılır (İİK m. 138). Satış tutarının bütün alacakları ödemeye yetmemesi halinde icra müdürü kendiliğinden yeni hacizler yaparak haczi tamamlar (İİK m. 139) işverenin tamamlama haczi ile birlikte haczedilen mallarının satış bedeli alacakların alacağını ödemeye yetmezse icra dairesi bir sıra cetveli düzenleyerek paylaştırmayı yapar (İİK m. 140/1).

İİK'nın 140. maddesinin 2. fıkrasında alacaklıların 206. madde gereğince hangi sıraya girmeleri gerekiyorsa o sıraya kabul olunacağı hükme bağlanmıştır. İşverene yönelik haciz halinde işçi alacakları yönünden 206. maddedeki sıra mutlak olarak uygulanacak mıdır? Yoksa bu sıranın uygulanması için başka koşulların da oluşması gerekecek midir?

Doktrinde işverene yönelik haciz halinde İİK'nın 206. maddesinin mutlak olarak uygulanacağı ve işçi alacağına birinci sırada yer verileceği görüşü hakimdir.¹⁴

Bir görüşe göre ise 206. maddedeki sıra hacze iştirak halinde mutlak olarak uygulanmaz, 100 ve 101. maddelere göre hacze iştirak hali mevcutsa iştirak derecesi içindeki sıra 206. maddeye göre belirlenir.¹⁵

Yargıtay da 206. maddedeki sıranın iflas halinde uygulanacağı, hacze iştirak halinde ilk hacze iştirak koşulları bulunması koşuluyla oluşan derece içindeki sıraların tayininin 206. maddeye göre yapılacağı görüşündedir. Konuya ilişkin karar şöyledir;

Davacı vekili, borçluya ait aracın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde müvekkilinin ihbar ve kıdem tazminatı alacağına öncelik tanınmamasının İİK'nın 206. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

¹⁴ Postacıoğlu, İlhan, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 534; Berkin, Necmeddin, *Tatbikatçılara İcra ve İflas Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 365; Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Özkan, Meral Sungurtekin - Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2004, s. 213; Üstündağ, Saim, *İcra Hukukununun Esasları*, İstanbul 2004, s. 297; Centel-ücret s. 348; Mollamahmutoğlu, Hamdi, *İş Hukuku*, Ankara 2004, s. 411; Sümer s. 233; Yürekli, Sabahattin, *İşçi Ücretlerinde Öncelik Hakkı*; Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 460.

¹⁵ Deynekli, *Kısa-Sıra Cetveli*, 2002, s. 147.

Davalı vekili, müvekkili bankanın haczinin daha önce olduğunu, haciz tarihine göre yapılan sıra cetvelinde usulsüzlük bulunmadığını belirterek şikayetin reddini istemiştir.

Merci hakimliğince, işçi alacağının birinci sırada imtiyazlı olduğu gerekçesiyle sıra cetvelinin iptaline karar verilmiş, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Bedeli paylaşma konu araca davalı alacaklının 16.01.2001 tarihinde uyguladığı ihtiyati haciz 22.01.2001 tarihinde kesin hacze dönüşmüştür. Davacı alacaklının işçi alacağı ile ilgili takip sonucu uyguladığı haciz davalının haczinden sonradır. İşçi alacakları iflas hakkında İİK'nın 206. maddesinin birinci sırasında imtiyazlı ise de, hacze iştirak halinde haciz tarihi önce olan alacaklının önüne geçemez. Ancak İİK'nın 100. maddesinde sayılan belgelere dayanan işçi alacakları bu hükme göre ilk hacze iştirak edip bir derece meydana getirirler ve oluşan derece içindeki sıra İİK'nın 206. maddesine göre belirlenir. Davacı alacaklının İİK'nın 100. maddesinde sayılan belgelere dayanmayan alacağından dolayı uyguladığı haciz davalının haczine iştirak edemeyeceğinden sıra cetvelinde davalı alacaklıdan sonra yer alması gerekir. Bu yönde düzenlenen sıra cetvelinde isabetsizlik bulunmadığından şikayetin reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir.¹⁶

Rehinli olan ve rehinli olmayan (imtiyazlı ve adi) alacakların sırası ile ilgili temel düzenleme İİK'nın 206. maddesidir. Ancak bu düzenleme külli tasfiye yolu olan iflas halinde uygulama yeri bulacaktır. İflasta tüm takipler (dolayısıyla hacizler) düştüğünden burada tek bir derece olduğu varsayılarak sıraya ilişkin bu hüküm çözüm sağlayacaktır. Oysa haciz ve hacze iştirak farklı olduğundan hacizde sıra cetveli ile ilgili İİK'nın 140/2. maddesindeki "alacaklılar 206. madde mucibince iflas halinde hangi sıraya girmeleri lazım geliyorsa o sıraya kabul olunurlar" şeklinde yapılan yollamayı hacze iştirak dereceleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Bu nedenle 100. maddede sayılan belgelerden birine dayanan işçi alacakları anılan hüküm uyarınca ilk hacze iştirak edip bir derece meydana getirecekler ve oluşan derece içindeki sıra İİK'nın 206. maddesine göre belirlenecektir. İşçi alacaklarının korunmasını zayıflatsa bile mevcut yasal düzenlemeye uygun olan Yargıtay kararlarının daha isabetli olduğu görüşümdedir.

¹⁶ 19. HD. 15.04.2004, 2003-8461/4464 (*Legal Hukuk Dergisi*, Haziran 2004, s. 1677); aynı yönde bkz., 19. HD. 15.11.2001, 5206/7495; 19. HD. 9.05.2002, 151/3535.

2. İşçinin Ücret Alacağı'nın Kamu Alacağı'ndan Dolayı Konulan Haciz Karşısında Durumu ve Sırası

İflasta kamu alacaklarına beşinci sırada tanınan imtiyaz 206. madde 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda kaldırılmış ve adi alacaklarla birlikte dördüncü sırada yer verilmiştir.¹⁷

Kamu alacağı'ndan dolayı işverene yönelik haciz halinde iki ihtimal ortaya çıkabilir.

Önce işçi alacağı'ndan dolayı haciz konulmuş, daha sonra kamu alacağı'ndan dolayı haciz konulmuştur.

Bu durumda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 21/1. maddesi uygulama yeri bulacaktır. Hükümde ilk haczin dayandığı alacağın niteliği belirtilmeden kamu alacağı'ndan dolayı konulan haczin ilk hacze iştirak edeceği ve satış bedelinin garameten paylaşılacağı belirtilmiştir. Bu durumda ilk haciz işçi alacağı'ndan dolayı konulmuş olsa bile kamu alacağı'ndan dolayı mahcuzun satışından önce konulan haciz ilk hacze iştirak edecek ve satış bedeli garameten paylaşılacaktır. Yargıtay kamu alacağı'ndan dolayı konulan haczin ilk haczin dayanağı ne olursa olsun iştirak edeceği görüşündedir.¹⁸

Önce kamu alacağı'ndan dolayı haciz konulmuş, daha sonra işçi alacağı'ndan dolayı haciz konulmuşsa Yargıtay işçi alacağı'ndan dolayı konulan haczin kamu alacağı'ndan dolayı konulan hacze iştirak edemeyeceği görüşündedir.

Konuya ilişkin karar şöyledir;

Davacı Ulaştırma Vergi Dairesi vekili, borçluya ait araçların satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinin hatalı olduğunu müvekkilinin

¹⁷ 19. HD. 6.07.2004, 7226/8112; 19. HD. 6.07.2004, 7069/8110.

¹⁸ "6183 sayılı Yasa'nın 21/1. maddesinde üçüncü şahıslar tarafından hacedilen malların paçaya çevrilmesinden önce o mal üzerine kamu alacağı için haciz konulması halinde bu alacağın hacze iştirak edeceği ve satış bedelinin garameten paylaşılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm kamu alacakların ilk hacze iştirakleri yönünden özel bir hüküm niteliğinde olduğundan İİK'nın 206. maddesi kamu alacakları yönünden hacze iştirak konusunda uygulanmaz. Kamu alacağının hacze iştiraki yönünden ilk haczin dayandığı alacağın niteliği yönünden bir ayırım yapılmadığından ilk haczin dayandığı alacak hangi sebepten doğarsa doğsun kamu alacağı için satıştan önce haciz konmuşsa ilk hacze iştirak eder. Mercii hakimliğince bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle şikayetin reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir." 19. HD. 27.01.2000, 1999-8051/408 (Yayımlanmamıştır).

araçlara 12.09.2000 tarih de haciz uyguladığını, haciz tarihlerine göre satış bedellerinin birinci sırada müvekkili idareye ödenmesi gerektiğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mercii hakimliğince işçi alacaklarının öncelikli alacaklardan olduğu, işçi alacaklarından sonra haciz tarihlerine göre Vergi Dairesi ve SSK'nın hacizlerinin geleceği gerekçesiyle sıra cetvelinin iptaline karar verilmiş, karar Vergi Dairesi ve SSK vekillerince temyiz edilmiştir.

Bedeli paylaşımına konu menkul mallar üzerine ilk haciz Vergi Dairesi tarafından konulduğundan satış bedellerinden öncelikle pay ayrılmalıdır. Ancak sıra cetveline karşı süresinde itirazda bulunmadığından sıra cetvelinde belirtilen 5.408.880.000.-TL.'den fazla pay ayrılmamalıdır.

Vergi Dairesi'nden sonra ilk haciz Yapı Kredi Bankası A. Ş. tarafından uygulanmıştır. Bu hacze SSK 6183 sayılı Yasa'nın 21/1. maddesi uyarınca işçi alacaklarından dolayı konulan hacizler İİK'nın 100/2. maddesi uyarınca iştirak ettirilerek paylaşım yapılmalıdır. Mercii hakimliğince bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.¹⁹

Yargıtay'ın her iki olasılıktaki görüşü işçi alacaklarının kamu alacakları karşısında hacze iştirak yönünden yeterli koruma sağlamamaktadır. Ancak 6183 sayılı Kanunu'nun 21/1. maddesi hükmü yürürlükte kaldığı sürece Yargıtay görüşü mevcut düzenlemeye uygun bulunmaktadır.

3. Üçüncü Kişiye Karşı Borçlarından Dolayı Müteahhide Yönelik Hacizlerde İşçinin Ücret Alacağına Önceliği

Müteahhitlerin İş Kanunu'nun 36. maddesinde belirtilen işverenlerdeki her çeşit teminat ve hak edişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder (İş Kanunu m. 36/3). Bu hükmün uygulanması genellikle şöyle ortaya çıkar. Müteahhidin maddede belirtilen işverenlerdeki²⁰ hak ediş alacağına başka alacaklılar tarafından haciz konulması, müteahhidin işçilerinin de ödenmemiş işçi alacağı bulunması halinde haciz işçilerin ödenmemiş alacağını (süreyle sınırlı olmadan) aşan kısım üzerinde geçerli olur.

¹⁹ 19. HD. 8.04.2004, 2003-8458/4106 (Yayımlanmamıştır).

²⁰ Mollamahmutoglu, buradaki işverenin kamu makamları ve asıl işverence sınırlı olup, asıl işveren konumundaki diğer işverenler için yükümlülük bulunmadığı görüşündedir. Mollamahmutoglu, s. 412. (Çil, Sakin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 84-842).

Müteahhidin istihkak alacağından fazla işçilere borcu varsa işverenin sorumluluğu istihkakla sınırlıdır.²¹

Hükümdeki sorumluluk işçinin ücret alacağı ile sınırlı olup ihbar ve kıdem tazminatı alacağı ile diğer işçilik haklarından dolayı işveren sorumlu değildir.²²

İşçi alacakları için burada sağlanan öncelikle rehin hakkı gibi bir öncelik olup her türlü devir, temlik haciz işlemi geçersiz sayılıp işçinin ücret alacağı için gerçek bir koruma sağlanmıştır.

Üçüncü kişilerin istihkak alacağının tamamına haciz uygulanması halinde maddede öngörülen haczin işçinin ücret alacağı yönünden geçerliliğinin hangi mercii de kimler tarafından ileri sürülebileceği konusunda açıklık bulunmamaktadır.

İş Kanunu'nun 36. maddesi ile işçi alacakları için sağlanan bir diğer öncelik de dördüncü fıkrada düzenlenmiştir. Hükme göre bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, halen kısım üzerinde hüküm ifade eder.

Hükümün uygulanması için maddede sayılan mallardan birine haciz konulması gerekir. Örneğin; işverenin taşınmazına haciz konulmuşsa hükümün uygulama yeri bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 36. maddesinin 3. fıkrasındaki öncelik süreyle sınırlı değilken burada işverenin icra kararının alındığı tarihten geriye doğru son üç ay içinde gerçekleşmiş ve ödenmemiş ücret alacağı ile sınırlı tutulmuştur.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 36. maddesi ile işçi alacaklarına sağlanan öncelik önemlidir ve gerçekten koruma sağlamaktadır.

²¹ 9. HD. 24.06.1988, 8815/10841.

²² Çenberci, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara 1986, s. 767; Yürekli, s. 463; 9. HD. 2.07.1998, 8598/1109 (Çil. s. 841).

III. İŞVERENİN ÖDEME ACZİNE DÜŞMESİ, OLAĞANÜSTÜ HAL DURUMU VE İFLASIN ERTELENMESİNDE İŞÇİNİN ÜCRET ALACAĞINA TANINAN İMTİYAZ

1. İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 33. maddesinde işverenin ödeme aczine düşmesi halinde işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan son üç aylık ücret alacaklarını Ücret Garanti Fonu'ndan alabilecekleri hükme bağlanmıştır. Hükümün uygulanabilmesi için işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması veya iflas nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğü içine düşmesi gerekir.

Ücret Garanti Fonu henüz kurulmamıştır. Hükümde yer alan konkordatonun ilanından anlaşılması gereken konkordatonun mahkemece tasdiğinin ilan edilmesidir. Yoksa mühletin veya tasdik talebinin ilanı hükümün uygulanması için yeterli değildir.

Özellikle iflas halinde iflastan önceki bir dönemdeki ücret alacağı ile ilgili ödeme yapan Ücret Garanti Fonu'nun ödediği meblağı iflas masasından isteyip isteyemeyeceği tartışması ortaya çıkabilir. Sigorta primleri ile oluşturulan bu fon bir riski garanti ettiğinden ödediği meblağı aciz haline düşen, konkordato ilan eden veya iflas eden işveren veya işverenin iflas masasından talep edemeyeceği görüşümdedir.

2. Olağanüstü Hal Durumu

İİK'nın 317. maddesine göre olağanüstü hallerde özellikle devamlı iktisadi buhranlarda Bakanlar Kurulu'na borçluların borcunu ödemesi için süre verme yetkisi tanınmıştır. Ancak verilen süre 500 milyondan aşağı alacaklara ve 206. maddenin birinci sırasındaki alacaklara uygulanmaz (İİK m. 326/1). İşçiler 206. maddenin birinci sırasında yer alan alacakları için haciz veya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilirler. İşçiler bu alacakları yönünden süreden önce işverene karşı iflas yoluyla takibe geçmiş olsa bile süreden sonra ancak haciz veya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması gerekir (İİK m. 326/2).

3. İflasın Ertelenmesi

İflasın ertelenmesi durumu TTK'nın 324. maddesinde düzenlenmiş iken İcra ve İflas kanununda 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda 179, 179/a ve 179/b maddelerinde hükme bağlanmıştır.

İflasın ertelenmesi borca batık durumda olan ancak mali durumunun iyileştirilmesi ümidi olan sermaye sahipleri ve kooperatifin başvuracağı bir yoldur. Bu durumda borca batık durumda olan anonim, limited şirket veya kooperatif iflas etmekten kurtulmaktadır.

İİK'nın 179/b maddesine göre erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur. Bu hükme iki istisna getirilmiştir. Birisi rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip, diğeri İİK'nın 206. maddesindeki işçi alacakları için yapılacak haciz yoluyla takiptir.

İşçilerin İİK'nın 206. maddesinin birinci sırasında yer alan alacakları için erteleme talebi kabul edilen borçluya karşı haciz yoluyla takip yapmaları mümkündür (İİK m. 179b/3). İşçiler maddede sayılı alacakları için iflas yoluyla takip yapamazlar. Hükümün gerekçesinde kıdem tazminatı haricinde istisna getirildiği belirtilmişse de hükümden bu yönde açıklık bulunmadığından kıdem tazminatı alacağı için de haciz yoluyla takip yapılabilir.

Tüm alacaklar için takip yasağı getirilirken işçi alacakları için haciz yoluyla takibe başlanması ve devam edilmesi imkanının verilmesinin iflasın ertelenmesi kurumunun amacıyla bağdaşmadığı ileri sürülerek eleştirilmiştir.²³

Tüm alacakların menfaati gözetilerek verilen iflasın ertelenmesi kararı o işletmenin faaliyetine devam etmesinde büyük yararı bulunan işçilerine takip yapma imkanı verilmesi alacaklılar arasında eşitliği bozduğu gibi, erteleme kararının başarıya ulaşmaması halinde kendilerine zarar veren bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak işçinin tek gelir ve geçim kaynağının ücret alacağı olması durumu gözetildiğinde böyle bir istisna tanınarak ücret alacağının korunmasının yerinde olduğu savunulabilir.

SONUÇ

İşveren karşısında zayıf durumda olan işçinin ücret alacağının kanun koyucunun müdahalesi ile korunması gerektiği açıktır. Kanun koyucu da bu amacı gözeterek İş Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlemeler yapmıştır. Özellikle işverene yönelik haciz veya iflas halinde ücret alacağı yönünden öncelikler sağlanmıştır.

²³ Atalay, Oğuz, *İflasın Ertelenmesi*, Prof. Dr. Baki Kuru Armağan, s. 85.

TANIĞIN KORUNMASI MÜESSESESİ

ve

ADİL YARGILANMA HAKKI

Candaş GÜROL*

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda, "tanık beyanı" kolay temin edilebilmesi nedeniyle sıkça kullanılan bir delil türüdür. Tanıklık müessesinin asıl önemi örgütlü suçluluk gibi yazılı delillerin neredeyse hiç var olmadığı, sıkı bir gizlilik ve sessizlik kuralının hüküm sürdüğü yapılanmalara karşı iddia makamının tek somut dayanağı olması gerçeğinin altında gizlidir. Gerçekten de tanık beyanı Bentham'ın da söylediği gibi "adaletin kulakları ve gözleridir". Bu nedenle tanık mutlak doğruyu söylemeli öte yandan bunu gerçekleştirebilmesi için tüm baskılara karşı etkin bir şekilde korunmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki Sessizlik Yasası birçok suç örgütünün temel kuralı halini almıştır.¹ Bunun temel sonucu da örgüt ve üyeleri hakkında tanıklık yapacak kişilerin ve onların yakınlarının ciddi bir baskı altına sokularak tanığın ve görevini yerine getirmesini engelleme teşebbüslerinin yoğunlaşması olacaktır. Öte yandan birçok yabancı ülke Ceza ve Ceza Usul Kanunu konu ile geniş boyutlu düzenlemelere yer vermekte ve tanığın etkin bir şekilde korunabilmesini amaçlayan enstrümanları muhakeme prosedürünün içersine dahil etmektedir.²

* Avukat, Poitiers Üniversitesi Ceza Hukuku ve Suç Bilimleri Doktora öğrencisi.

¹ Sicilya'da La Cosa Nostra ; Calabria 'da La Ndrangheta de Calabre , Campagnia'da La Camorra ve Puglia'da doğmuş olan La Sacra Corona gibi İtalya kökenli suç örgütlerinin yanı sıra et Rus Vory u Zakone gibi örgütlerde de sessizlik kuralı örgütün yazılı olmayan öte yandan varlığı da sorgulanmayan bir normudur. Örgüt üyeleri ve onların ilişkide bulunduğu kişilerin yanı sıra tesadüfen bazı vakialardan haberdar olan üçüncü kişilerin adli merciler önünde tanıklık yapması son derece net ve ağır bir şekilde cezalandırıla gelmiştir.

² 1970 tarihli The organised crime control act., Amerika Birleşik Devletleri'nde tanığa yeni bir kimlik ve fiziki görünüm verilmesini öngören tanık güvenlik programlarını düzenlemektedir. İsviçre'de ise 2004 yılında yürürlüğe giren Askeri Yargıda Tanık-

Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan 15 Kasım 2000 tarihli New York Milletlerarası Organize Suçluluğa Karşı Sözleşme'nin 24. maddesinde taraf devletler organize suçluluğa karşı mücadele tanıklara ve yakınlarına girişilebilecek saldırılar ve bazı telkinlere karşı gereken önlemleri almayı yükümlenmişlerdir. CMUK'un "Çağrıya Uymayan Tanıklar" başlıklı 46. maddesi ile tanığın kanunda sayılan haller dışında davete icap etmemesini hafif para cezası ile cezalandırılmıştır. Çağrıya uymayan tanıkların sebep oldukları masrafların kendilerine ödetilmesi ve yol ve diğer masraflarının mahkemece karşılanmaması gibi diğer yaptırımlarla da tanıklık yükümlülüğü yoğunlaştırılmıştır. Kısaca kanun koyucu tanığın çekinme nedenleri dışında duruşmada hazır olması gerekliliğinin altını çizmiş, öte yandan özel olarak tanığın korunmasına ilişkin hiçbir hükmü kanun metnine dahil etmemiştir. Bu durumda tanığın korunması ancak TCK'nun genel nitelikteki suç kalıpları ile, dolaylı olarak, sağlanmaya çalışıla gelmiştir. Bu durum, beş duyusu yardımıyla vakıf olduğu ve maddi gerçeğe ulaşmada önemi olan her vakıayı beyan etmekle yükümlü olan tanığın bu görevini korku ve adli makamlara güvensizlik nedeniyle gereği gibi ifa edememesi sonucunu doğurmakta ve tanıklık toplum içerisinde korkulan, istenmeyen bir olay haline gelmektedir.

Kanun koyucu yeni CMK'ın tanığın korunması müessesini düzenleyen 58. maddesi ile bu alanda büyük sayılabilecek bir yenilik getirmiş ve bu yenilik, çağdaş bir ceza muhakemesine ulaşma yolunda olumlu bir adım olarak algılanmıştır. Kanaatimizce kanun koyucunun tanığın korunması müessesine yer vermesinin altında yatan bir diğer neden de yeni CMK'nun 201/1.maddesi ile getirilen çapraz sorgu (cross-examination)³ karşısında tanığın haklarını güçlendirme arayışı olmuştur. Sanığın ve/veya vekilinin sorularına doğrudan maruz kalacak olan tanığın kimliğinin kimi durumlarda saklı tutulması da bunun bir sonucu olarak algılanmalıdır.

Ne var ki, tanığın korunması müessesinin varlığının dışında bir önemli husus da bu koruma için seçilen seviye ile adil yargılanma hakkı ile arasında doğacak olası çatışmalardır. Tanığın korunması kimi zaman savunma için öyle sonuçlar doğurmuştur ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu

ların Korunması Hakkında Kanun (Loi relative à la protection des témoins) tanığın askeri yargı sahasında da etkin bir şekilde korunmasını öngörmektedir, Fransız Ceza Usul Kanunu'nda değişiklik yapan 15.11.2001 tarihli Gündelik Güvenlik Hakkında Kanun (Loi relative à la sécurité quotidienne) ileride ayrıntılı olarak bahsedilecek olan müesseselerle etkin bir tanık koruma sistemi getirmiştir.

³ Çapraz sorgunun temel ilkeleri için bkz., Mustafa Tören Yücel, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adaleti Sistem'inin -de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkmazlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Nisan 2005, s. 29 vd.

seviyedeki tedbirlerin Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmış ve taraf devletleri tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Öte yandan Mahkeme birçok kararında tanığın hangi noktaya kadar ve hangi hukuki metotlarla korunabileceğinin sınırlarını çizmiş ve somut kriterler koymaya çalışmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde yeni CMK'nın 58. maddesi ile öngörülen ve hukuk hayatımıza giren tanık koruma formlarını karşılaştırmalı hukukun da ışığında incelemeye çalışacağız (I). Son bölümünde ise *"Tanığın korunması hangi noktada sanık haklarını ihlal eder?"* sorusunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla yanıtlamaya ve uygulamada bu hususta doğabilecek sorunları aydınlatmaya gayret edeceğiz (II).

I. YENİ CMK İLE ÖNGÖRÜLEN TANIĞIN KORUNMASI MÜESSESİ

A. Tanık Koruma Tedbirlerinin Uygulama Sahası ve Uygulamada Yaşanan Bazı Problemler

Yeni CMK'nın 58. maddesinin (5). bendinde gözümüze çarpan "2, 3 ve 4. fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir" hükmü maddenin uygulama sahasını oldukça daraltmaktadır. Madde metninde geçen "bir örgütün faaliyeti" ibaresinin, yeni TCK'nın suç işlemek amacıyla örgüt kurma başlıklı 220. maddesi⁴ ile birlikte telakki edilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. O halde tanık ilgili tedbirlerden, sadece yeni TCK'nın 220. maddesi anlamında bir "suç örgütü" tarafından işlenen suçlarda yararlandırılacaktır. O halde ceza yukarı haddi ne olursa olsun örgütlü suç olarak nitelendirilemeyecek olan suçların failleri hakkında beyanda bulunan tanık yeni yeni CMK'nın 58. maddesi ile düzenlenen korumadan yararlanamayacaktır. Oysa Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706/58. ve devamı maddeleri tanık hakkında, "ismin gizli tutulması" kararının verilebilmesini aleyhinde beyanda bulunduğu kişinin fiilinin en az verdiği beş yıl hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiriyor olması koşuluna bağlamış ve bu şekilde hükmün uygulama alanı genişletilmiştir. Gerçekten de tanığın korunması müessesesi ile amaçlanan tanığın beyanın hiçbir baskı altında kalmadan verilebilmesi iken sadece örgütlü suçluluk kapsamında tanığın koruma tedbirlerinden yararlanabileceği hususundaki bu düzenleme müessesenin varlık nedeni ile çelişmektedir.

⁴ Madde 220. - (1) "Kanun'un suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir".

Kanaatimizce tanık belirli bir aşığı haddten fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren her fiil hakkındaki beyanları nedeniyle karşılaşılabileceğı her türlü tehlikeye karşı korunmalıdır. Maalesef Türk hukuku ceza mahkemelerinin tedbir nitelikli kararlarına son derece yabancı bırakılmıştır. Uygulamada bu ne'vi tedbir kararlarının verilmesi talepleri çoğı zaman gerekçesiz olarak reddedilmektedir.⁵ Tanığın korunabilmesi için suç kalıplarının yerine asgari bir ceza haddi tespit edilmesinin yanında uygulamada var olan şikayete bağılı suçlarla ilgili tedbir kararı vermeme tutumunun tanığın korunması hususunda verilecek kararlara yansımaması için gereken önlemler de alınmalıdır. Hatırlatmak isteriz ki ölkemiz adalet sisteminin her ölkede olduğı üzere yazılı olmayan bir boyutu vardır. Bu boyut yasa maddelerinden farklı bir boyuttur. Adalet sosyolojisi ya da adalet psikolojisi çağdaş ölkeler ceza sistemlerinde belirleyici bir rol oynamakla birlikte ölkemizde bu kurumlara gereken önem verilmemektedir. Tanığın korunması müessesinin de "genel adli teamüllere" kurban edilmemesi ve etkin bir tedbir yolu olarak mahkememizce uygulanması için gereken hassasiyet gösterilmelidir.

B. "Tanığın Kimliğinin Saklı Tutulması" ve Alternatif Bir Tedbir Olarak "Tanığın Adresinin Gizlenmesi"

Yeni CMUK'un 58. maddesi tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri ve yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerinin saklı tutulması için gereken önlemlerin alınacağını öngörmüştür. Öncelikle belirtmek isteriz ki madde metninde bu husustaki kararın hangi merci tarafından verileceğı belirtilmemiştir. Bununla birlikte Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706-58. maddesi bu seviyede bir tedbirin uygulanabilmesi için Cumhuriyet Savcısı'nın veya sorgu hakiminin gerekçeli talebi doğrultusunda "Özgürlükler ve Tutuklama Yargıcı"⁶ tarafından verilen bir kararın varlığını aramaktadır.

Kanun koyucu "gereken önlemler alınır" ibaresiyle zımnem tanığın kimliğinin saklı tutulmasına yönelik özel konulu ancak genel nitelikte bir

⁵ Bakırköy 20. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 21.02.200X tarihli kararı ceza hakimlerimizin tedbir niteliğindeki kararlara olan güncel bakış açısını yansıtmaması açısından dikkat çekicidir. Mahkeme taklit markalar ihtiva eden ve bu nedenle gümrük müdürlüğü tarafından Gümrük Kanunu 57. maddeye göre hakkında "gümrük işlemlerinin geçici olarak durdurulması" kararı verilen mallar hakkında müştekinin zapt ve muhafaza altına alınma talebini şu "gerekçeyle" reddetmiştir: "Evrak içeriğine ve ekli belgelere göre talebin reddine ...". Bu ve bunun gibi sayısız kararda ceza hakimlerimiz kovuşturulması şikayete bağılı suçlarla ilgili olarak tedbir kararı vermeme tutumunu ısrarla sürdürmektedirler.

⁶ Juge des libertés et de la détention.

tedbir kararını vurgulamaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasının son cümlesi kimliği saklı tutulan tanığa ait kişisel bilgilerin Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkemece muhafaza edileceğini düzenlemektedir. Son cümleden adı geçen makamlar, kimliğin gizli tutulmasına yönelik tedbirlerin hangi merci tarafından verileceği hususundaki tereddütleri kuvvetlendirmektedir.

Önemle belirtmek isteriz ki 58/II madde hükmü kimliği saklı tutulan tanığın bu bilgileri hangi vesileyle öğrendiğini açıklamakla yükümlü olacağı yolundaki düzenlemesi ile ikinci bir tereddüt noktası yaratmıştır. Şöyle ki tanığın bu bilgileri hangi vasıtayla öğrendiğini açıklaması kimi durumlarda mesleğini, adresini, sanıklarla yakınlık derecesini açıklamasına ve böylece dolaylı olarak kimliğinin ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Yapılan bu açıklamanın sadece koruma tedbirine karar vercek makama mı yoksa tüm ilgililer tarafından haberdar olunacak bir şekilde mi yapılacağı da yine tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. “Gizli tanığın” beyanlarını hangi şekilde temellendirdiğinin ne dereceye kadara bilinmesi sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecektir. Belirtmek isteriz ki yeni CMK tanıkların korunması sahasını çağdaş ceza usul kanunlarına nazaran daha dar tutmuş bir diğer söyleyişle daha az suç tipi için tanığın korunmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Bunun yanı sıra öngörülen önlemler temel alındığında da gizli tanıklık müessesesinin uygulanması ile uygulanmaması arasında son derece faydalı olacağını düşündüğümüz “gizli adres” tedbiri öngörülmemiştir.

Vurgulamak isteriz ki adalet psikolojisi açısından ceza hakimini sanık aleyhine son derece ağır sonuçlar doğuracak bir tedbire karar vermekle, soruşturmanın selametini tehlikeye düşürecek bir tutumu takınmak (örneğin; hiç önlem almamak) seçenekleri arasından bırakmak, muhakemenin sıhhat ve objektifliğini hususunda olumsuz sonuçlar doğurabilir. Öyle bazı durumlar vardır ki hakim bir ara tedbirle yetinip olayın özel şartlarıyla muhakeme seyrinin uyumlu bir şekilde devam etmesini sağlayabilir. Fransız Ceza Usul Kanunu’nun yeni 706-56. maddesi de orta seviyeli bir koruma tedbiri olarak muhakeme açısından önem arz eden ve delil değeri olan bazı bilgi ve vesikayı sunmaya hazır olan ve hakkında o suçu işlediğine dair hiçbir şüphe unsuru bulunmayan kişilerin adres olarak polis ya da jandarma karakollarını gösterebileceklerini düzenlemektedir. Tedbirin uygulanabilmesi Cumhuriyet Savcısı veya Sulh Ceza Hakimî’nin bu yolda bir karar vermesine bağlı tutularak kolluğun keyfi davranışlarda bulunması tehlikesi de ortadan kaldırılmıştır. Belirtmek isteriz ki bu tedbir Fransa’da özellikle hazırlık soruşturması safhası süresince sıkça uygulanmaya başlanmış ve olumlu sonuçlar doğurduğu genel olarak kabul edilmiştir.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE TANIĞIN GİZLİLİĞİ

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere tanığın korunması iki boyutu ile ele alınması gereken bir müessesedir. Bir taraftan suçluluğa karşı mücadelede maddi gerçeğe ulaşılması açısından özellikle hazırlık soruşturması safhasında büyük faydalar getirebilecek bir hukuki enstrüman olarak karşımıza çıkmaktayken öte yandan sanığın savunma hakkını kısıtlayabilme tehlikesi olan bir delil türü olarak da görünebilir ve bu haliyle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal eden bir unsur olarak mahkeme kararlarının güvenilirliğini tartışılır hale dahi koyabilir.⁷ “Gizli tanığın beyanıyla hüküm verilebilmesi için gereken şartlar nelerdir?” sorusuna cevap arayacağımız bu bölümde konu ile ilgili temel içtihat kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1985 tarihli Kostovsky/Hollanda⁸ kararını inceleyeceğiz. Vurgulamak isteriz ki bu karar gizli tanığın beyanının ne dereceye kadar mahkumiyet hükmüne esas teşkil edebileceği hususunu somut kriterler koyarak belirtmesi nedeniyle çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Bahsi geçen kararda Mahkeme son derece yüklü bir adli sicile sahip olan Slobodan Kostovski isimli bir Yugoslav vatandaşının Hollanda mahkemeleri tarafından gizli tanık beyanlarını dayanılarak cezalandırılmasını Sözleşme’nin 6. maddesi ile düzenlenen adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak niteleyerek Hollanda hükümetinin sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kullandığı Temel Kriterler

1. Çekişmeli Yargılama “*Débat Contradictoire*”⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kökleşmiş içtihatlarından birisi de hükme esas teşkil eden delillerin sanığın huzurunda veya en azından bilgisi dahilinde üretilmesi zorunluluğudur. Hiç kuşkusuz bu içtihat ilk bakışta hazırlık soruşturmasının gizliliği prensibine aykırı bir izlenim yaratmaktaysa da Mahkeme birçok kararında bu içtihadın hükmü verecek olan yargı yerinde nazara alınması gerektiğini ve hazırlık soruşturmasında bu safhanın doğası gereği gizliliğin belirli bir noktaya kadar kabul edilebilir olduğunu vurgulamıştır.¹⁰ Öte yandan “*silahların eşitliği prensibi*”

⁷ Pradel, Jean, Corstens Geert, *Droit Pénal Européen*, no. 378 vd., Paris 1999, Dalloz.

⁸ Kararın tam metni için bkz., www.echr.coe.int 22.02.2005, M. Slobodan Kostovski C. - Royaume des Pays Pas, *Requête*, no. 11454/85.

⁹ Leclerc, Henri, “Les limites de la liberté de la preuve: Aspects actuels en France”, *RSC* 1992/1, s. 15 vd.

¹⁰ Öte yandan “Hazırlık soruşturmasının gizliliği” prensibi dahi karşılaştırmalı hukukta farklı şekilde uygulanma gelmiştir. Değişik uygulamalara AİHM’nin bakış açısı için bkz., Lamy c./Belgique, 30.03.1989, Bricmont c./Belgique, 07.07.1989, Edwards c./RU, 16.12.1992.

gereğince sanığın aleyhine beyanda bulunan tanıkla yüzleşmesi, bunun tanık açısından ciddi tehlikeler yaratması ihtimalinin varlığında ise en azından avukatı aracılığı ile yazılı olarak tanığa soru yöneltebilmesinin gerekliliği özellikle Kostovski kararında vurgulanmıştır. Mahkeme sanığın bilgisi dahilinde meydana çıkması ve üretilmesi gerekli olan ve delil niteliğinde olmaları nedeniyle mahkumiyet hükmüne esas teşkil eden beyanlarla ilgili olarak sanığın hiçbir sorusana cevap alamamış oluşunun altını çizerek tanığın gizliliğinin kabul edilmiş olması durumunda dahi dolaylı yollarla tanığa soru sorulabilmesi ve tanığın beyanına esas teşkil eden bilgileri nasıl öğrendiğini sorgulanabilmesine büyük önem vermiştir.¹¹ Kimliği açıklanmayan tanığın beyanına başvurulabilmesi imkanı her ne kadara kabul edilebilir bulunmuşsa da sanık veya en azından avukatının tanığa dolaylı olarak (çoğu zaman yazılı olarak) soru yöneltmesine imkan tanınmalıdır.¹² Aynı kararda Mahkeme; Kostovski'nin avukatı tarafından hazırlanan soru listesinin kimliği saklı tutulan bir tanık tarafından cevaplandırılmaması sonucunda Mahkeme'nin hiçbir özen göstermemesi ve bu durumun tanığın güvenilirliği üzerinde tereddüt yaratmasını Sözleşme'yi ihlal olarak değerlendirmiştir.

Adil yargılanma hakkının sanığa tanıdığı haklar ile devletin yargılama yetkisi arasındaki dengenin tespiti çoğu zaman güç olmaktadır. Bu bağlamda polisin savunma haklarının etkinliğinin artmasının suçluluk oranında artışa neden olduğu savı geleneksel bir hal almıştır.¹³ Diğer yandan AİHS'nin etkin bir şekilde uygulandığı ülkelerde, bireyin sahip olduğu temel haklar yargıç tarafından çoğu kez kendiliğinden gözetilmekte ve savunmanın talebi olmaksızın dahi uygulanmaktadır.

2. Kimliği Gizli Olan Tanığın Beyanının Mahkumiyet Hükmüne Belirleyici Olacak Derecede Tesir Etmesi “*Condamnation Fondée À Un Degré Déterminant Sur Les Déclarations Anonymes*”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre mahkumiyet hükmü tek başına ismi saklı olan ve sanıkla dolaylı dahi olsa karşılıklılık ilişkisine girmemiş olan bir veya birkaç tanığın beyanlarına dayandırılmamalıdır. Mahkeme tanık beyanının yanında mevcut olan ancak hükmü

¹¹ De Smet B., “La défense face aux témoins anonymes et les exigences d’un procès équitable dans la jurisprudence de la CEDH”, *RID*, pén., 1998.

¹² Van de Kerchova, Michel, La preuve en matière dans les jurisprudences de la Cour et de la Commission Européenne des Droits de l’Homme, *RSC*, 1992/1, s. 1 vd.

¹³ Pettiti Louis-Edmond, “Les Garanties Du Procès Équitable: La Jurisprudence De La Cour Européenne Des Droit De L’homme”, *Quelle politique pénale pour l’Europe sous la direction de Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

etkileyecek vasıflar taşımayan bazı emarelerin varlığı halinde dahi gizli tanığın beyanının hükmün verilmesinde “bir dereceye kadar belirleyici bir şekilde” kullanıldığından bahisle ihlal kararı verebilmektedir.¹⁴ Kostovski kararının belki de en dikkat çekici yanı Mahkeme’nin Hollanda hükümetinin tanık beyanlarının tam olarak gerçeğe dayanıyor olduğu ve kısıtlanan özgürlük ile toplum çıkarı arasında bir orantının varlığı yolundaki savunmasını kabul etmeyerek, adil yargılanma hakkının verdiği prosedüral garantilerin ve doğru işleyen bir adli mekanizmanın hiçbir şekilde feda edilemeyeceği şeklindeki görüşüdür. Mahkeme bir diğer kararında ise tanığın gizli oluşunun savunma için başlıbaşına başa çıkılmaz bir dezavantaj yarattığı sonucuna varmıştır.¹⁵ Yine benzer bir kararda, tanığın kimliğini öğrenememesi “savunmanın neredeyse aksi ispatlanamaz bir sav”la karşı karşıya kalması olarak nitelenmiştir.¹⁶ Adı geçen kararda Mahkeme savunmanın tanıkların inandırıcılık ve güvenilebilirlik gibi özelliklerinin muhakeme esnasında tartışma konusu dahi yapılamamış oluşunu adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelenmiştir.¹⁷

Mahkeme tüm bu kararlarında başlı başına tanığın gizliliğini değil savunmanın tanığın inandırıcılık ve güvenilirliği konusunda soru sormasını veya sorduğu soruların cevapsız bırakılmasını göstermiştir. Bununla birlikte AIHM’nin “gizli tanık beyanı kavramı” hakkındaki içtihatları incelendiğinde Mahkeme’nin adil yargılanma hakkı ihlali iddiaları karşısında ne denli hassas olduğu ve prensipte karşı çıkmamakla birlikte gizli tanık müessesesi üzerinde son derece dikkatli ve strict bir incelemeye gittiği de dikkatlerden kaçmamalıdır.¹⁸ Mahkemenin mahkemeye göre silahların eşitliğinden bahsedebilmek için bir mahkumiyet kararı karar gizli tanık beyanından başka delillerle de temellendirilmeli ve argümante edilmelidir. Bu bağlamda taraf devletler de milli mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri yapmış ve sadece gizli tanığın beyanının hükme esas teşkil edemeyeceği yolundaki hükümlere ceza usul kanunlarında yer vermişlerdir. Buna en iyi örneğin Fransız Ceza Usul Kanunu’nun (CPP) “Tanığın kimliğinin bilinmesinin savunma için kaçınılmaz bir durum yaratması durumunda” gizli tanıklığa dair hükümlerin uygulanamayacağı yolundaki 706-60 maddesidir. Yeni

¹⁴ Molina, Emanuel, “La Liberté De La Preuve Des Infractions En Droit Français Contemporain”, Marseille, PUAM, 2001.

¹⁵ Ulterperginter c./ Autriche 24.11.1986.

¹⁶ Delta c./France, 19.12.1990, Num. de requête 11444/85, www.echr.coe.int, 28.02.2005, 19 Décembre 1990.

¹⁷ Louis-Edmond Pettiti, a.g.e. s. 290.

¹⁸ Boulloc, Bernard, “L’audition Des Témoins Dans La Procédure Pénale En Droit Français Et En Droit Communautaire Après Les Derniers Arrêts De La Cour Européenne”, La Vie Judiciaire, 31.12.1990/6.01.1991, s. 5.

CMK'nın hazırlanma safhasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşık yirmi beş yıllık kökleşmiş içtihadı ve karşılaştırmalı hukukta bulunan bu örneklerin dikkate alınmamış oluşu son derece düşündürücüdür.

SONUÇ

Türk hukuk öğretisi ve uygulamasının yeni CMK ile tanışacağı ve bizim için son derece yabancı bir müessese olan "tanığın korunması" her ne kadar "kulağa hoş geliyor" olsa da bir ceza davasının akışını ve sonucunu değiştirebilecek kadar hassas kararların alınmasını gerektiren bir hukuki enstrümandır. Ana hatlarıyla özetlemeye çalıştığımız üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da "tanığın korunması" ile adil yargılanma hakkının ihlali arasındaki ince çizginin tespiti umuyoruz ki uygulamada hakim ve savcılarımız için zorluk yaratmayacak ve AİHM'nin kökleşmiş içtihatları hüküm veren yerel mahkeme yargıcı tarafından re'sen nazara alınacaktır. Benzeri bir durum adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile mahkum olan Fransa'da yargıçların özellikle prosedüral haklara yoğun bir dikkat göstermeleri olmuştur.¹⁹ Aksi taktirde adil yargılanma hakkı ihlal iddiaları, tazminat talepleri ve aleyhine çıkmış yüksek sayıdaki kararın yanına "tanığın korunması" gibi son derece iyiniyetle yapılmış bir düzenlemenin kötü meyvalarının da eklenme riski son derece yüksek görünmektedir. AİHS taraf devlet yargıçlarına hüküm vermeden önce AİHM'den bir yorum kararı talep etme hakkını tanımamaktadır. Bu durumun en önemli sonucu önüne gelen olayla ilgili karar verecek olan yargıcın İnsan Hakları mevzuatı ve mahkeme içtihadına hakim olması gerekliliğidir. Aksi taktirde Sözleşmeyi ihlal eder nitelikteki kararlar ülke aleyhine bir başvuru yapıldı devlet mahkum edilene kadar devam edecektir.²⁰ Günümüzde hukuk ve toplum düzenini ve hatta demokratik rejimin varlığını tehdit eden bir noktaya ulaşmış olan örgütlü suçlulukla mücadelede etkin bir hukuki enstrüman olan bu kurum doğru olarak algılandığı ve sanık hakları ile maddi gerçeğe ulaşma amacı arasındaki ince sınır doğru olarak tespit edildiği sürece büyük faydaları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Eleştirdiğimiz hususların dışında suçlulukla mücadele ve insan hakları sahalarda Türkiye'nin yükümlendiği bazı edimlerin kodifikasyon aşamasına gelip de tartışılıyor oluşu ise olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmelidir.

¹⁹ Lafarge, Philippe, "Les Garanties Du Procès Équitable", *Quelle Politique Pénale Pour L'europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

²⁰ Chemin, Anne, "Compte Rendu De La Table Ronde -les Garanties Du Procès Équitable-", *Quelle Politique Pénale Pour L'europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

KAYNAKÇA

Türkçe Eserler

Yücel Mustafa Tören, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (Yeni CMK) Karşısında Ceza Adaleti Sisteminin –de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkmazlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Nisan 2005, s. 29 vd.

Fransızca Eserler

Boulloc Bernard, “L’audition Des Témoins Dans La Procédure Pénale En Droit Français Et En Droit Communautaire Après Les Derniers Arrêts De La Cour Européenne”, *La vie judiciaire*, 31.12.1990/6.01.1991.

Chemin Anne, “Compte rendu de la table ronde –Les garanties du procès Équitable-”, *Quelle Politique Pénale Pour L’europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

De Smet B., “La Défense Face Aux Témoins Anonymes Et Les Exigences D’un Procès Équitable Dans La Jurisprudence De La CEDH”, *RID*, pén., 1998.

Lafarge Philippe, “Les Garanties Du Proèces Équitable”, *Quelle Politique Pénale Pour L’europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

Leclerc Henri, “Les Limites De La Liberté De La Preuve: Aspects Actuels En France”, *RSC*, 1992/1, s. 15 vd.

Molina Emanuel, “La Liberté De La Preuve Des Infractions En Droit Français Contemporain”, *PUAM*, Marseille 2001.

Pettiti Louis-Edmond, “Les Garanties Du Procès Équitable: La Jurisprudence De La Cour Européenne Des Droit De L’homme”, *Quelle Politique Pénale Pour L’europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

Pradel Jean - Corstens Geert, *Droit Pénal Européen*, Paris, Dalloz, 1999.

Van de Kerchova Michel, “La Preuve En Matière Dans Les Jurisprudences De La Cour Et De La Comission Européenne Des Droits De L’homme”, *RSC* 1992/1, s. 1 vd.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Bricmont c./Belgique, 07.07.1989

Delta c./France, 19.12.1990

Edwards c./RU,16.12.1992

Kostovski c./Royaume des Pays Pas, 20.11.1989

Lamy c./Belgique, 30.03.1989

Ulterperginter c./Autriche 24.11.1986



DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE
UNION OF TURKISH BAR
ASSOCIATIONS

1

Özdemir ÖZOK

Richard HONIG

Georgetta DUCULESCU

Yüksel ERSOY

Rona AYBAY

Deniz TEZCAN

Helmut KURY

Ahmet MUMCU

Güneş KOPTAGEL-İLAL

Christian RUMPF

Fırat Demir YAŞAMIS

Ören ERSÜL

ISSN: 1307-1061

ÇIKTI !!!

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE HİZMET EDİMİ SERBESTİSİ BAĞLAMINDA AVUKATLARIN SERBEST DOLAŞIMI

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN*

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) dört temel özgürlük üzerine kurulmuştur. Bunlar malların, kişilerin (işçilerin), hizmetlerin, sermayenin serbest dolaşımıdır. Bir başka özgürlük ise yerleşme hakkıdır, emeğin ve hizmetlerin serbest dolaşımı için olmazsa olmaz (sine qua non) nitelik taşımaktadır. AB bir ekonomik bütünleşme modelidir. Serbest dolaşım özgürlüğü olmadan ekonomik bütünleşmeden söz edilemez. Üye ülkeler arasında 0 (sıfır) gümrük, 3. ülkelere karşı Ortak Gümrük Tarifesi (OGT) uygulaması ve miktar kısıtlamalarının (kotaların) kaldırılmasıyla malların serbest dolaşımı sağlanmıştır. Ancak iç pazarın gerçekleşmesi için mallar yanında diğer üretim faktörlerinin (sermaye, işçi, hizmetli) serbest dolaşımının da sağlanması gerekiyordu.

Avrupa Topluluğu'nu kuran Anlaşma'nın Topluluk Politikaları başlıklı 3. kısmı II. başlığında 23-31 maddeler malların serbest dolaşımına, III. başlık ise kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ayrılmıştır. Bu başlık altında 1. bölümde işçiler (m. 39-42), 2. bölümde yerleşme hakkı (m. 43-48), 3. bölümde hizmetler (m. 49-55) 4. bölümde sermaye ve ödemeler (m. 56-60) yer almıştır. Ayrıca AT'yi kuran Anlaşma'ya Maastrich Anlaşması'yla giren Avrupa vatandaşlığı kavramının bir sonucu olarak Avrupa vatandaşlığı başlığını taşıyan ikinci kısımda yer alan Nice Anlaşması'yla değişik şekliyle 18/1. maddesi (eski 8a) Avrupa Birliği vatandaşlarının üye ülkelerde serbestçe dolaşım ve yerleşme hakkından söz etmektedir. Topluluk Politikaları başlıklı 3. kısmın kişilerin serbest dolaşımı ile ilgili

* Dokuz Eylül Üniversitesi Avrupa Birliği Hukuku ve Devletler Özel Hukuk öğretim üyesi.

4. bölümü vize, sığınma, göç ve diğer politikalarla ilgilidir. Daha önce Avrupa Birliğini kuran Anlaşma'nın getirdiği 3. sütunda “*Adalet ve İçişlerinde İşbirliği*” başlığı altında yer alan bu konu Amsterdam Anlaşması ile AT’yi kuran Anlaşma’nın içine alınmıştır. Bunun sonucu olarak AB Anlaşması’nın 3. sütununun başlığı “*Polis ve Adli İşlerde İşbirliği*” olarak değiştirilmiştir.

Hizmetler AT’yi kuran Anlaşma’nın 50. maddesinde malların, sermayenin, ve işçilerin serbest dolaşımını düzenleyen hükümler dışındaki faaliyetler olarak belirlenmiştir. Bunlar sınai, ticari faaliyetler, el sanatları ve serbest meslek faaliyetleridir. Avukatların AB’de serbest dolaşımı; doktorlar, mimarlar ve diğer hizmet sektörlerinde olduğu gibi bir ücret karşılığı yapılmayan serbest meslek faaliyetleri içinde değerlendirilmektedir. AB kurumları önce bu serbest mesleklere mensup kişilerin diplomalarının tanınması konusunda ikincil mevzuat çıkarmış, daha sonra da her bir meslek mensubunun hizmet edimini serbestçe diğer üye ülkelerde icra edebilmesi için gerekli kuralları belirlemiştir. Avukatlara ilişkin direktifler de bu amacı sağlamaya yöneliktir.

Araştırmamızda hizmet edinimi serbestisine ilişkin genel kuralları ve diplomaların karşılık tanınması konusundaki mevzuatı inceledikten sonra avukatlara ilişkin AB mevzuatı ve üye ülkelerdeki uygulamaları ele alacak ve Türkiye’nin AB’ye tam üye olması hainde Türk mevzuatında yapılması gerekli değişikliklere yer vereceğiz.

I. HİZMET EDİMİ SERBESTİSİ

1. Genel Olarak

AT’yi kuran Anlaşma’nın III. başlığının 3. bölümü “*hizmetler*” (services) başlığını taşımaktadır. Bu konu 49 (eski 59) – 55 (eski 66) maddeler arasında düzenlenmiştir. III. başlığın 2. bölümünde yer alan “*yerleşme hakkı*” (right of establishment) ile “*hizmetler*” bazı ortak hükümleri paylaşırlar. Zira 55. (eski 66) madde, yerleşmeye ilişkin 45-48 (eski (55-58) maddelerin hizmetler kısmının kapsadığı konulara da uygulanacağı ifade etmektedir. Ancak iki kısım arasında bir uygulama farklılığı vardır ve ayırt edici çizgiyi belirlemek gerekir.¹

A. Hizmetler ve Yerleşme Kavramı

AT Anlaşması’nın 2 ve 3. maddelerinde iç pazarın gerçekleşmesi için amaçlar belirlenmiştir. 3. maddenin (c) bendinde, bu amaçlar arasında

¹ Burrows, F., *Free Movement in European Community Law*, Oxford, 1987, s. 214.

malların, sermayenin ve işçilerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması sayılmıştır.

AT Anlaşması'nın 50. (eski 60.) maddesi, normal olarak bir ücret karşılığında yapılan, malların, sermayenin ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler tarafından düzenlenmeyen edimleri, hizmet olarak değerlendirmiştir. Sayılan hizmetler özellikle sınai, ticari nitelikteki faaliyetler, küçük el sanatları ve serbest meslek faaliyetleridir. Önemli olan faaliyetin bir kazanç temin etmesidir.²

Hizmetli teriminin tanımı esas olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) içtihatlarıyla belirlenmiştir. Divan Webb davasında,³ bir şirkette çalışan ve hiçbir iş akdi yapılmayan kişilerin faaliyetlerini hizmet olarak değerlendirmiştir. Sacchi davasında,⁴ televizyon sinyallerinin gönderilmesini hizmet olarak telakki etmiştir. Yerleşme geçici planda da olsa bir işyeri veya benzer yerin diğer bir ülkede kurulmasını gerektirir. Hizmetlerin serbest dolaşımında ise bu husus şart değildir.⁵

Yerleşme hakkında bağımsız bir ekonomik faaliyet zorunludur. Divan'a göre bir üye devlet, eğer fahişeliğin kurallarını belirlemişse, bu mesleğin icrasını kamu düzeni nedeni ile engelleyemez. Dava Hollanda ile ilgili idi ve bu konu Amsterdam'da belli kurullarla düzenlenmişti. Bir Polonyalı ve bir Çek kadının mesleğini icrasını, üçüncü bir kişi tarafından zorlanmadıkça, Divan kendi sorumluluğu altında bağımsız bir ekonomik faaliyet olarak yerleşme hakkı kapsamı içinde kabul etti.⁶ Buna karşın, hizmet edimi serbestisi, yerleşim hakkından geçici karakteri ile ayrılır. Bununla birlikte ATAD geçici olma özelliğini bir üye ülkede avukatlık mesleğini icra için gerekli bir büro, kabine veya etüt kurmasına engel olmadığını belirtmiştir.⁷ Bu nedenle İtalya mahkum edilmiştir.⁸

İtalya aynı şekilde başka bir üye ülkede yerleşik mimarlara, getirdiği yasak nedeniyle de mahkum edilmiştir.⁹

² Lasok, D. Q. C, *The Professions and Services in the European Economic Community*, Deventer, 1986, s. 7.

³ 279/80 (1981) ECR, s. 3305.

⁴ 155/73/(1974) ECR, s. 409.

⁵ Bkz., Özkan, Işıl, *Yabancıların Çalışma Hürriyeti ve Avrupa Topluluğunda Kişilerin Serbest Dolaşımı*, İstanbul 1997, s. 88.

⁶ Karar ve eleştirisi için bkz., Prieto, Catherine, "Liberté d'établissement et de Prestation de Services" *RTD eur* 39 (3) Juil-sept, 2003, s. 494.

⁷ Gebhard, C-55/94, *CJCE*, 30 Nov, 1995.

⁸ Commission/Italie, C-145/99 *CJCE* 7 Mars 2002.

⁹ Commission/Italie, C-.298/99 *CJCE* 21 Mars 2002.

Faaliyetin geçici olması sadece hizmetin süreci ile değil, sıklığı, düzenliliği veya devamlılığı ile belirlenir.¹⁰

Hizmetler çok geniş bir alanı kapsar. Tarım işletmelerinden, kişisel datalara, şirketlerden KOBİ'lere, madencilikten gıda imalatçılığına, yatırım ve kredi firmalarından bankacılık ve sigortacılığa kadar pek çok meslek bu kapsama girmektedir.¹¹

AB'ye 1 Mayıs 2004 tarihinde üye olan on ülkeden bazıları ile Bulgaristan hizmet sunumu serbestisine ilişkin geçiş dönemleri kabul etmiştir. Daha düşük yatırım muafiyet oranları uygulanmasında Bulgaristan 2009 sonuna, Slovakya 2006 sonuna kadar derogasyon (istisna) koymuştur. Kredi birliklerinin yeni mevzuat dışında tutulması (Polonya 2006 ya kadar), daha düşük banka garantisi ve yatırım muafiyeti oranları uygulanması için (Litvanya, Polonya, Estonya, 2007 yılı sonuna kadar) süre almıştır. Macaristan ise iki ihtisas bankasının mevzuat dışında tutulması ve daha düşük banka garantisi ve yatırım muafiyeti oranları için 2007 yılı sonuna kadar derogasyon almıştır.¹²

B. Üye Devlet Vatandaşı Kavramı

Hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanacak kişiler üye devletlerin vatandaşlarıdır. Kimin vatandaş olduğunu her üye devlet kendi iç hukukuna göre saptayacaktır. Üye devlet vatandaşlarının, üye devlet vatandaşı olmayan aile üyeleri için bazı şartlarla serbest dolaşım imkanı sağlanmıştır.¹³ Buna karşılık üçüncü devlet vatandaşlarının bu devletlerle üye devletlerin 1 Ocak 1958'den önce veya katılımdan önce yaptıkları anlaşmalarla elde ettiği avantajları devam etmektedir (m. 307 (eski 234)).¹⁴

AT'yi kuran Antlaşmaya Avrupa Birliği (Maastrich) Anlaşması'yla eklenen 2. kısımda yer alan "Avrupa Vatandaşlığı" kavramı tamamlayıcı nitelikte olup, milli vatandaşlıkların yerini almaz. Bir üye ülkenin vatandaşı olan herkes aynı zamanda Birlik vatandaşıdır. 2. kısımda Birlik vatandaşlarına tanınan haklar ifade edilmiştir. 18. maddenin (eski 8/ a) Nice Anlaşması'yla

¹⁰ Commission/Italie, C-131/01 CJCE 13 Feb 2003.

¹¹ Bkz., ISIC Major Groups OJ L.001. 03.01.94.

¹² Tablo için bkz., İKV, *Avrupa Birliği'nin Hizmetlerin Serbest Dolaşımı ve Bankacılık Müktesebatı ve Türkiye'nin Ayrımı*, İstanbul 2004. s. 76.

¹³ Greenwood, Christopher, "Nationality and the Limits of Free Movemet of Persons in Community Law" *YEL*, 7, 1987, s. 199-200.

¹⁴ Cerexhe, Etienne, *Le Droit European (La libre circulatin des Personnes et des Entreprises)*, Bruxelles, 1982, s. 43.

değişik 1. paragrafı bu haklar arasında Birlik vatandaşlarının üye ülkeler topraklarında serbest dolaşım ve yerleşme hakkını, bu Anlaşma'nın getirdiği şartlar ve sınırlamalar dahilinde kabul etmektedir.¹⁵ Ayrıca 29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/38 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, Birlik vatandaşlarına ve onların ailesi üyelerine üye ülkelerde serbestçe dolaşım ve yerleşme hakkı tanımaktadır.¹⁶

Bu Direktif 30 Nisan 2004'de yürürlüğe girmiştir. 73/148 sayılı Konsey Direktifi, 75/34 sayılı Direktif, 90/365 sayılı Direktif, 2004/38 sayılı Direktif yürürlüğe girdiği tarihten iki yıl sonra yürürlükten kalkacaktır (m. 38).¹⁷

Üye devlet vatandaşı kavramı, şirketler ve firmaları da kapsamaktadır. Yerleşim hakkına ilişkin 48. maddede (eski 58) bir üye ülke hukukuna göre kurulan ve kayıtlı ofisi, idare merkezi veya esas iş yeri Topluluk içinde olan şirket ve firmaların, üye devlet vatandaşları gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olacağı kabul edilmiştir. "*Şirket veya firma*" terimi, medeni hukuk veya ticaret hukukuna göre kurulan, özel hukuk veya kamu hukukuna tabi olan (kooperatifler dahil) ve kazanç sağlama amacıyla çalışan tüm tüzel kişileri kapsar. Anlaşma'nın hizmetlere ilişkin 55. maddesi (eski 66), 45-48 maddelerin hizmetler içinde uygulanacağını ifade etmektedir. Bu gönderme nedeniyle yukarıdaki tanıma uyan şirket ve firmalar da hizmetlerin serbest dolaşım ve yerleşme hakkından yararlanacaktır. Şirketler için teşebbüs hakkından da söz edilebilir.

2. Ayrımcılık Yapma Yasağı ve İstisnaları

A. Kural

AT'yi kuran Anlaşma'nın 12 maddesi (eski 6) Genel Kural olarak vatandaşlıktan dolayı ayrımcılık yasağı getirmektedir. Anlaşma'nın Nice Anlaşması'yla değişik 13. maddesi (eski 6/a) Konsey'e, Komisyo'nun önerisi ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra cinsiyet, ırk, dil, etnik köken, din ve inanç, özürllülük, yaş ve seksüel yapısına göre insanlar arasında ayrımcılıkla mücadele için gereken önlemleri alma görevi vermektedir.

Ayrıca hizmetlere ilişkin 54. madde (eski 65) hizmet edimi serbestisinde kısıtlamalar kalkmadıkça, her üye devletin bu kısıtlamaları vatandaşlık veya ikamet konusunda ayırım yapmadan 49. maddenin 1. paragrafı anla-

¹⁵ Anlaşma'nın değişiklikler içine alınarak yenilenmiş şekli için bkz. Blackstone's, E. C. Legislation, 2004-2005, 15th ed., Ed: Nigel G, Foster, Oxford, 2004, s. 6.

¹⁶ OJ 2004, L 158/77, Bkz., Blackstone, s. 291 vd.

¹⁷ Bkz., Blackstone, s. 306.

mında uygulayacağını ifade etmektedir. 49. maddenin (eski 59) 1. paragrafı ise hizmet edimi serbestisine gerilen tüm kısıtlamaların, hizmet alıcısının bulunduğu başka bir Topluluk ülkesinde yerleşen üye devlet uyrukları bakımından yasaklandığını ifade etmektedir. Topluk içinde yerleşik 3. ülke vatandaşlarının durumu ise Konsey tarafından belirlenecektir (49/2). Ayrımcılık, bir ülkedeki mevzuattan kaynaklanabileceği gibi (hukuki ayrımcılık), uygulamadan da kaynaklanabilir (fiili ayrımcılık).¹⁸ ATAD Van Duyn¹⁹ ve Rutili²⁰ gibi pek çok davada ayrımcılık yapmama gereğinin altını çizmiştir. Ancak yabancılar lehine pozitif bir ayrımcılık ta istenmemektedir.²¹

Ayrıca bu konuyu düzenleyen ikincil mevzuat çıkarılmıştır. 21 Mayıs 1973 tarihli ve 73/148 sayılı Konsey Direktifi²² hem yerleşme hakkı hem de hizmetlerle ilgilidir. 75/34 sayılı Konsey Direktifi²³ ise serbest meslek sahiplerinin bu faaliyetleri sona erdikten sonra da üye ülkede oturma hakkına ilişkindir. Bu konuda işçilerin ve serbest meslek sahiplerinin iş bittikten sonra o üye ülkede oturma hakkına ilişkin 90/365 sayılı bir Konsey Direktifi²⁴ de çıkarılmıştır.

B. İstisnalar

Hizmetlere ilişkin 55. madde (eski 66) yerleşim hakkına ilişkin 45-48 maddelerin hizmet edimi serbestisine de uygulanacağını belirtmiştir.

45. madde (eski 55) resmi yetkililerin faaliyetlerine (geçici de olsa) yerleşim serbestisine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını belirtmiştir. Aynı husus hizmetler için de geçerlidir. Hakimlik ve savcılık mesleği ve diğer memur statüsündeki kişilerin durumu bu istisnaya girer. Buna karşın Divan yargılamanın doğru bir biçimde yapılmasına yardımcı olan avukatlık faaliyetini resmi yetkililerin faaliyeti ile ilgili bir faaliyet olarak algılamamış ve böyle bir yorumun 45. maddenin amacını aştığı görüşünü benimsemiştir.²⁵

Mahkemeye göre faaliyetin resmi otoritenin kullanılmasıyla doğrudan ve özel bir ilişkisi olmalıdır ve bu kavram bir Topluluk hukuku kavramıdır.²⁶

¹⁸ Bkz., Özkan, s. 101-102.

¹⁹ 41/74 (1974) ECR, s. 1346.

²⁰ 36/75 (1975) ECR. s. 1236.

²¹ Lasok, D., s. 29

²² OJ 1973, L. 172/14, Bkz., Blackstone, s. 237. vd.

²³ OJ 1975, L. 14/10, Bkz., Blackstone, s. 239. vd.

²⁴ OJ 1990, L. 180/28, Bkz., Blackstone, s. 271. vd.

²⁵ Reyners v. Belgian state, 2/74 (1974) ECR, 631.

²⁶ (1974) ECR, 631, 654.

Divan trafik kazalarında bilirkişilik yapmanın bir kamu yetkisi faaliyeti olmadığını kabul etmiştir.²⁷

Anlaşma'nın 46. maddesi (eski 56) serbest dolaşım ve yerleşme hakkının yabancılar için kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedeni ile öngörülen özel muamelelere tabi olmasına izin vermektedir. Van Duyn v. Home Office davasında²⁸ bu kavramların bir Topluluk kavramı olmadığını ve ülkeden ülkeye değiştiğini kabul etmiştir. Ancak kuralın uygulama alanı Topluluk organlarının kontrolü altında belirlenmelidir. 25 Şubat 1964 tarihli Yabancıların Dolaşım ve Yerleşiminde Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği ve Kamu Sağlığı Konusundaki Özel Tedbirlerin Koordinasyonu'na ilişkin Konsey Direktifi'nin (64/221)²⁹ 3. maddesi bu nedenlerle alınacak önlemlerin ilgili kişilerin kişisel davranışına dayanması gerektiğini, önceki cezai mahkumiyetin bu tedbirler için sebep olmadığı, hüviyet kartı veya pasaport ya da ikamet tezkeresinin süresinin bitmesinin sınırdışı edilmeyi haklı göstermeyeceğini kabul etmiştir. Ayrıca bu tedbirler orantılı olmalıdır. Oranlilik (proportionalité) prensibi konusunda ATAD kontrol yapmaktadır. Hocsmann davasında,³⁰ Arjantin asıllı bir doktor daha sonra Fransız olmuştur. Onun Arjantin'den aldığı diplomanın denkliği İspanya'da kabul edilmiştir. İspanya'da üroloji dalında uzmanlık yapmıştır. İspanya'dan alınan bu diploma Fransa'da doktorların serbest dolaşımına ve diplomaların tanınmasına ilişkin 93/16 sayılı Konsey Direktifi'ne³¹ göre tanınmalıydı. Ancak tıp diploması bir üye ülkeden alınmamıştı. 1991'den beri Fransız hastanelerinde mesleğini asistan olarak icra ediyordu. Fransız yetkilileri bağımsız olarak çalışma isteğini reddetti. Divan 3. bir ülkeden alınan ve denkliği bir üye devlet tarafından tanınan diplomanın başka bir üye devletçe tanınmak zorunda olmadığını; fakat kabul eden ülkenin, diplomayı tanıyan ülkede geçen faaliyet yıllarını göz önüne alması gerektiğini kabul etti. Bir başka zorluk ise Hocsmann'ın dil bilgisi idi. Fransızca bir genel tıp sınavını zorlukla geçmişti. Bu dil zorunluluğu oranlilik prensiplerine tabi olmalıydı. Bir ülkede uzun yıllar doktorluk yapan birinin sınavda kalması oranlilik prensibine aykırıydı.

4 Temmuz 2000 tarihli Salomone Haim davasında³² bir Türk dış hekimi diplomasına sahip İtalyan vatandaşının, diploması Belçika tarafından tanınmıştı. Fakat Alman yetkilileri Almanya'da mesleğini icraya

²⁷ 306/89 (1991) *RJCTPI*, s. 1-5863.

²⁸ 41/74 (1974) *ECR*, s. 1337.

²⁹ *OJ Sp. ed.* 1964, no. 850/64, s. 117.

³⁰ 14 Eylül 2000, C-238/98, Rec. s. 1-6623.

³¹ *JOCEL* 165, p. 1.

³² C-424/97, Rec, 1-5123.

izin vermiyordu. Mahkeme burada Topluluk hukukuna aykırılığının üye ülkenin iç hukukuna göre değil, Topluluk hukukuna göre tespiti gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca milli hakim, dil bilgisi gerekliliğinin orantısız olup olmadığını değerlendirmelidir, sonucuna vardı. Oranlilik prensibine saygı her zaman bir olguya değil, bazen de hukuki sorunların takdirine ilişkindir. Bu nedenle kontrol yetkisinin her zaman milli hakime bırakılması doğru bulunmamıştır.³³

II. AB'de Avukatların Serbest Dolaşımı

1. İkincil Mevzuatta

Avukatların hizmet serbestisinde Birlik içindeki faaliyetlerine ilişkin esasları belirleyen ilk mevzuat 2 Mart 1977 tarihli 77/249 sayılı Konsey Direktifi'dir.³⁴ En az üç yıl süren yüksek öğrenim diplomalarının tanınmasına ilişkin 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/48 sayılı genel Direktif³⁵ avukatlık mesleği için de uygulanır. 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/49 sayılı Konsey Tavsiye Kararı³⁶ üye ülke vatandaşlarının 3. ülkelerden aldığı diplomalarla ilgilidir. Bağlayıcı olmamakla birlikte üye ülkelere bu diploma sertifika ve diğer belgelerin tanınması için düzenleme yapılması tavsiye edilmektedir. 98/5 sayılı ve 16 Şubat 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi³⁷ avukatların diplomalarını aldıkları ülke dışında mesleklerini devamlı olarak icra etmelerine ilişkindir.

A. 72/249 Sayılı Konsey Direktifi

Bu Direktif'in 1. maddesinin birinci paragrafında üye ülkelerin, mirasın idaresi ve taşınmazlar üzerindeki haklarla ilgili belgelerin düzenlenmesi için belli avukat kategorisinin yetkili olacağını kabul edebileceği belirtilmiş, ikinci paragrafta her bir üye ülke için "avukat" terimi kendi dillerinde ifade edilmiştir. Üye ülkelerden birinde mesleki faaliyetlerde bulunan avukat, ikamet ve mesleki kuruluşlara (Baro) kayıt şartı dışında ev sahibi ülkenin kurallarına tabi olmaktadır (4/1). Bir mahkemede müvekkilini temsil için üye ülke, avukatın mahalli adetlere göre hakime veya baro başkanına takdim edilmesini veya mahalli bir avukatla birlikte çalışmasını isteyebilir (m. 5).

³³ Huglo, Jean-Guy, "Liberté d'établissement et Libre Prestation de Services", *RTD*, eur. 37(4) oct- déc. 2001, s. 755.

³⁴ Direktifin değişik hali için bkz., OJ 2003 L. 236 /257.

³⁵ OJ 1989, L. 19/16. Bu Direktif 2001/19 sayılı ve 14.5.2001 tarihli Direktif'le değişikliklere uğramıştır. OJ 2001, L. 206/1.

³⁶ OJ 1989, L. 19/24.

³⁷ OJ L. 77/36, 1998, değişiklik, OJ 2003, L. 236/257.

Bir üye devlet, diğer üye devlette kamu veya özel teşebbüste ücretle çalışan avukatın yerleştiği ülkede dava takip etme hakkı yoksa, bu kuruluşu mahkemede temsilini kabul etmeyebilir (m. 6). 77/249 sayılı Direktif'e göre başka bir üye ülke vatandaşı avukat, kabul eden ülkede (host State), gönderen ülke (home State) ülkesindeki unvanıyla çalışmakta ve kabul eden ülkenin meslek kurallarına tabi olmaktadır. Bu durum İngiltere ve İrlanda'da sorun teşkil etmektedir. İngiliz hukukuna göre üç ayrı avukat vardır: Bunlar *advocate*, *barrister* ve *solicitor*'dur. Mahkemede sözlü savunmaya ancak *barrister* çıkabilir. Bu ülkede kabul eden ülkenin mesleki kuralları, eğer bu faaliyet *barrister* veya *advocate*'e tahsis edilmemişse, *solicitors*'a ait kurallardır.

İngiltere'deki *barrister* ve *advocate*, İrlanda'da *barrister*'ları yöneten mesleki kurallara tabidir (4/3).

Ancak bu durum 1990 tarihli Mahkemeler ve Hukuki Hizmetler Kanunu ve 1999 tarihli Adalet Kanunu'nda Gelişim Kanunu ile değişti. Şimdi hem *barrister*, hem *solicitors* duruşmaya çıkma konusunda tam haklara sahip oldu. Ve yine bazı sınırlamalarla İstinaf Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme önüne çıkabiliyorlar.³⁸

Avrupa'da pek çok ülkede normal mahkemelere çıkan avukatlar ile Yüksek Mahkeme avukatları farklıdır (Alman Avukatlık K. m. 25) (Norveç Mahkemeler Usulü Kanunu m. 221). Fransız Avukatlık Kanunu'nda en az üç yıl çalışma zorunluluğu vardır (m. 4).³⁹ Genellikle Yüksek Mahkeme huzurunda avukatlık yapmak için fakülteden sonra en az bir yıl avukatlık yapması veya en az üç yıl, bir avukatın yardımcılığını, yargıçlık, savcılık veya akademisyenlik yapması gerekir.

B. 98/5 Sayılı Direktif

1997 Direktifi bir başka üye ülkede geçici olarak avukatlık mesleğini yapmayı sağlıyordu. Buna karşılık 1998 Direktifi, başka bir üye ülke avukatının devamlı olarak (yerleşik) bir üye ülkede mesleğini icra etmesine yöneliktir. Noterler hariç tutulmuştur. Latvia (Letonya Cumhuriyeti) dışındaki bütün üyelerde Direktif uygulanmaktadır. Her avukat, başka bir üye ülkede, gönderen ülkenin unvanıyla avukatlık yapabilir (m. 2).

³⁸ Elliott, Catherine-Frances Quinn, *English Legal System*, 5th ed., London 2004, s. 147.

³⁹ Bkz., *Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları I*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2004, s. 20, 143, 376.

Bir üye ülkede çalışmak isteyen diğer üye vatandaşı avukat bu ülkede yetkili otoritelere kayıt olmalıdır (3/1). Kabul eden ülke gönderen ülkedeki Barodan gerekli belgeleri isteyebilir (4/1). Gönderen ülke unvanıyla çalışan avukat bu ülke hukuku, Avrupa Topluluğu hukuku, uluslararası hukuk ve kabul eden ülke hukuku konusunda görüş verebilir. Duruşmalara çıkmak için bu ülke avukatıyla birlikte hareket etmesi istenebilir. Üye ülke yüksek mahkemeye çıkmak için uzmanlaşmış avukat isteme hakkına sahiptir (m. 5).

En az en üç yıl düzenli ve etkili bir şekilde çalıştıktan sonra, kabul eden ülke unvanıyla çalışmaya devam edebilir (m. 10). Mesleki davranış kuralları bakımından host ülke kurallarına tabidir (6/1). Buna ilaveten home ülkenin deontoloji kuralları da uygulanır (çifte deontoloji-etik). Host ülke Barosu'nun disiplin kurallarına tabi olur (m. 7/1). Home ülke Barosu'na haber verilir (7/2).

Bilgi testi yapılmaz, tecrübe yazılı delillerle gösterilmelidir. Diplomanın 89/48 sayılı Direktif'e göre tanınması şarttır. Kabul eden baro bir uyum testi isteyebilir (Bu test maddi hukuk ve usul hukukundaki farklılıklar için olabilir).

Kamu veya özel teşebbüste ücretli olarak çalışsa da, kabul eden devlet izin veriyorsa bu imkanlardan yararlanır (8/1).

12. madde bir avukatın, diğerinin veya avukatlık firmasının yanında bir grup ismi ile çalışmalarına ilişkindir. Gönderen ülkedeki grup adıyla kabul eden ülkede çalışabilirler. Kabul eden ülke grubun hukuki şeklinin ismin yanına eklenmesini isteyebilir.

Ayrıca kendi ülkesinde grup olarak çalışan avukatlar kabul eden ülkede bir acente veya şube açabilirler. Kabul eden ülke gruba izin vermiyorsa kamu yararına aykırılık vardır.

Kabul eden ülke, farklı ülkeler arasında avukatların birleşmesi veya bunların kabul eden ülke avukatlarıyla birlikte çalışmalarını için gerekli tedbirleri almalıdır (11/3).

Kabul eden ülke kendi kanunlarına aykırı ise grup içinde meslek üyesi olmayan kişiler varsa, grubun kendi ülkesindeki unvanıyla tescilini reddedebilir (11/5).

Üye ülkeler 14 Mart 2000 tarihine kadar gereken mevzuatı çıkarmalı ve yetkili otoriteyi belirlemelidir (m. 14).

C. Diplomaların Karşılıklı Tanınması Konusunda 89/48 Sayılı Direktif ve 92/51 Sayılı Ek Direktif

89/48 sayılı Direktif⁴⁰ Topluluk içinde en az üç yıllık eğitimi gösteren diploma, sertifika ve diğer belgelerin tanınması ile ilgilidir (m. 1). Bu Direktif herhangi bir üye ülke vatandaşının kabul eden ülkede serbest meslek sahibi veya işçi olarak çalışması durumunda uygulanır (m. 2).

Bir üye devlet, diğer üye devletin vatandaşının yapacağı meslek için gerekli diplomayı kendi vatandaşlarına uyguladığı şartlar içinde kabul etmelidir (m. 3). Üye devlet başvuruda mesleki tecrübe veya staj isteyebilir (m. 4).

Kabul eden devlet, mesleğini icra etmek isteyen kişiden iyi bir şöhrete sahip olduğunun veya iflas veya mesleği icradan men edilmediğinin ispatını isteyebilir (m. 6).

Üye devletin yetkili makamları kendi ülkesinde kullandığı akademik unvanları tanımalıdır (7/2). Kabul eden ülke belgelerin ibrazından itibaren dört ay geçmeden incelemeyi tamamlamalıdır (m. 8). Üye ülkeler bu konuda yetkili makamlarını belirlemelidir (m. 9).

Aranan mesleki tecrübe süresi dört yılı geçemez (4/1.b). Üye ülke bir uyum süreci veya test isteyebilir (m. 4/1.b ve 10). 92/51 sayılı ve⁴¹ 18 Haziran 1992 tarihli diplomaların tanınması konusunda 2. Genel Sistem Direktifi 89/48'e ek olarak çıkarılmıştır. Bu Direktif en az bir yıl süren lisansüstü diplomalar ile ya da eğitim ve mesleki kurslarla ilgilidir (m. 1). Başvurucu mesleğini tam gün olarak, geçen on yıl içinde iki yıl veya yarım gün olarak buna eşit zamanda başka bir üye ülkede yapmışsa, bu onun gerekli eğitim ve tecrübeye sahip olduğuna delil teşkil eder (m. 3). Bir üye devlet mesleği icra için yetki belgesi istiyorsa, kendi vatandaşlarına uyguladığından başka nedenlerle bunu reddedemez (m. 8). Üye devletin yetkili makamu iyi bir şöhret, iflasa tabi olmamak, mesleğini icradan men edilmemek şartları arıyorsa, kendi ülkesinden getirdiği belgeler yeterli delil olarak kabul edilmelidir (m. 10). Ek C ve D'de belirtilen eğitim ve meslek kurslarının listesi her üye devletin Komisyon'a başvurusuyla değişebilir (m. 15). 21 Aralık 1988 tarih ve 89/49 sayılı Konsey Tavsiye Kararı, 3. bir ülkeden diploma alan üye ülke vatandaşlarının bu diplomalarının tanınmasını tavsiye etmektedir.⁴²

⁴⁰ OJ 1989, L. 19/16, 2001/19, 14.5.2001 OJ 2001, L. 206/ 1 ile düzeltilmiştir.

⁴¹ OJ 1992, L. 209/25, 2001/19, OJ 2001, L. 206/1 ile değişmiştir.

⁴² OJ 1989, L. 19/24.

D. Deontoloji Kodu

AB’de avukatların etik kuralları (meslek ahlakı) Kodu Aralık 2002’de kabul edilmiştir. CCBE (Avrupa Barolar Konseyi) 1960’da kuruldu. Avrupa’da Baroların ve Hukuk Derneklerinin (AB ve Avrupa Ekonomik Alanı) bir araya geldiği bir dernek statüsünde olan CCBE’nin statüsü ve deontoloji kodu mevcuttur.⁴³

Bu kod 28 Ekim 1988 tarihli oturumda kabul edildi ve 28 Kasım 1998 ve 6 Aralık 2002 toplantılarında değiştirildi. Avukatlar hem kendi barolarındaki mesleki kurallara hem de bu Kod’daki kurallara uymak zorundadır (çifte deontoloji) (1.3.1). İç hukuktaki etik kuralları bu koda göre ve ona uygun olarak yorumlanmalıdır (1.3.2). Bu kurallar sınır aşan her türlü avukatlık faaliyetlerine uygulanır (1.5).

Kod ayrıca her türlü baskıdan uzak bir bağımsızlığı (2.1), güvenilirliği (2.2), meslek sırlarına saygıyı (2.3) kapsar. 2.5 madde avukatlıkla bağdaşmayan işleri saymıştır. Avukatın medyaya bilgi vermesi, işin gerektirdiği kurallara ve meslek sırlarına saygılı olmalıdır (2.6). Avukat hukuki ve mesleki ahlak kuralları içinde müvekkilinin menfaatini korumalıdır (2.7). Müvekkilini gelişmelerden haberdar etmelidir (3.1.2).

Avukat aynı davada eğer aralarında ihtilaf varsa, birden fazla müvekkile sahip olamaz (3.2). Avukat ücretini “*de quata litis*” Anlaşması’yla sabitleyemez. Bu anlaşma, davanın çözümünden önce, müvekkilin davanın sonucuna göre kazanılacak paranın bir kısmını avukata verme taahhüdü ile ilgilidir (3.3.1.2). Taraflar aksini kararlaştırılmadıkça, ücret Baro kurallarına uygun olmalıdır (3.4).

Avukat avans talep ederse, bunun miktarı tahmin edilen avukatlık ücretini geçemez (3.5). Avukatın vekalet ücretini avukat olmayan biriyle paylaşması prensip olarak yasaktır (3.6). Müvekkilin adli yardımdan yararlandığı hallerde, avukat onu bilgilendirmelidir (3.7).

Avukat müvekkilleri için bankada bir hesap açığında (Fonds-Clients) belirli kurallara uymak zorundadır (3.8). Üye devletin yetkili otoritesi bu hesabı denetleyebilir (3.8.1.7).

Avukatlar mesleki sorumlulukları nedeniyle makul bir limit içinde sigorta edilmelidir (3.9.1). Limit, onun faaliyeti nedeniyle karşılaşacağı risklere göre belirlenir (3.9.1). Eğer başka bir üye ülkede sigortalı ise, kabul eden ülkede istisna edilebilir (3.9.2.2). Eğer kendi ülkesinde böyle bir zorunluluk yoksa,

⁴³ http://www.ccbe.org/doc/Fr/code_2002-fr.pdf

kabul eden ülkede sigorta yaptırmalıdır (3.9.2.3). Avukat bir sigortaya sahip olamıyorsa, durumu müvekkiline bildirmelidir (3.9.2.4).

Avukat yargıca yalan ya da hatalı bilgi veremez (4.4). Aynı kural hakemde görülen davalarda da geçerlidir (4.5).

Avukatlar arasındaki ilişkiler de güvenli olmalıdır (1.5).

Başka bir üye ülkede yetkili olmadığı bir davayı alan avukat bu konuda başka bir avukattan yardım almalıdır (5.2.1).

Başka bir üye ülkedeki meslektaşı ile iletişimde “gizlilik” istiyorsa bunu açıkça belirtmelidir (5.3).

2. ATAD Kararlarında

Binsbergen davasında,⁴⁴ Divan AT. 59/1, 60/3’ün doğrudan etkisini kabul etti. Bu hükümlere göre vatandaşlık veya ikamet nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı belirtildi. Ancak bu özgürlüğün sınırlarının deontoloji kuralları ve meslek yeterlilikleri olduğunu da belirtti (kamu yararı).

Dava Hollanda mahkemesi tarafından ön karar usulüne göre ATAD’a götürülmüştür (AT 177). Hollanda kanunlarına göre sadece Hollanda’da yerleşik kişiler dava takip edebiliyordu. Mahkeme henüz bir uygulama Direktifi çıkarılmadığı halde, Hollanda mevzuatındaki ülkede devamlı oturma şartının hizmetlerin serbest dolaşımında her türlü ayrımcılığı yasaklayan AT Anlaşmasına aykırı olduğu sonucuna vardı. Hizmetlerin serbest dolaşımına milli hukukça hiçbir özel şart getirilemeyeceği belirtildi.

Klopp kararında⁴⁵ ATAD, yerleşme hakkının Topluluk içinde birden fazla faaliyet merkezi yaratmak ve sürdürmek hakkını kapsadığını belirtti. Dava Düsseldorf Barosu’na kayıtlı bir avukatın aynı zamanda Paris Barosu’na kayıtlı olması ile ilgiliydi. Mahkeme, Klopp kararıyla yerleşme hakkının, Topluluk içinde birden fazla faaliyet merkezi tesis etmeyi de kapsadığını kabul etti.

30 Kasım 1995 tarihli Gebhard Kararı’nda ise,⁴⁶ yerleşme hakkı ile hizmetlerin serbest dolaşımının birbirinden nasıl ayırt edileceğine ilişkin kriteri göstermektedir. Mahkemeye göre yerleşme hakkı, bir üye ülke vatandaşının başka bir üye ülkede ekonomik hayata devamlı ve istikrarlı bir biçimde

⁴⁴ CJCE 3 Aralık 1974, 33-73.

⁴⁵ CJCE 12 Temmuz 1984, 107/83.

⁴⁶ C-55/94, Rec. L. 4186; CJCE, 30 Kasım 1995.

katılımıyla ilgilidir. Buna karşılık hizmet edimi serbestisi geçici karakter taşır. Ancak geçici karakter taşıması, işini yapabilmesi için gerekliyse, bir avukatın başka bir üye ülkede bir büro, kabine veya çalışma yeri oluşturmasına engel değildir. Divan devamlı ya da geçici faaliyetlerin kriterlerini ise şöyle belirlemiştir: Hizmetin geçici karakteri, AT 60/3'e göre süresi, sıklığı veya düzenliliği ve devamlılığı ile anlaşılır. İtalyan hukukuna göre, başka bir üye ülkede yerleşik avukatın İtalya'da hizmet edimi serbestisi çerçevesinde bir kabine veya esas ya da ikincil büro açması yasaktı. İtalya bu nedenle Komisyon tarafından açılan ihlal davasında mahkum edildi.⁴⁷ Bu nedenle üye ülke kendi ülkesinde bir büro açmasına engel olamaz.⁴⁸

Diplomaların tanınması konusunda genel Direktif 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/48⁴⁹ sayılı Konsey Direktifi'dir. Direktif en az üç yıllık yüksek öğrenim diplomalarına ilişkindir. 92/51 sayılı Direktif ise 18 Haziran 1992 tarihlidir.⁵⁰ 89/48 sayılı Direktifi tamamlayan ikinci bir Direktiftir ve lisansüstü eğitimi kapsar. Bu Direktifler mesleki diplomaların tanınması ile ilgilidir, yoksa akademik bir tanıma sistemi değildir. Prensip olarak tanıma zorunluluğu vardır.⁵¹ 89/48 sayılı Direktif 4 Ocak 1991'de AT'ye üye ülkeler ve 1 Ocak 1994 de 5 EFTA üyesi için yürürlüğe girmiştir.

İtalya'nın bir baroya kayıt için orada oturmayı şart koşması nedeni ile mahkum edilmesine ilişkin kararda,⁵² 89-48 sayılı Direktif'e gönderme yapılmıştır. Bu Direktif'e göre avukat başka bir üye ülkede diplomasının tanınmasını her üye ülkede yapılan bir sınav kaydıyla isteyebilirdi. Komisyon, İtalyan yetkililerin bu sınavı yaparken zorluk çıkardıklarını tespit etti. ATAD'a göre bu sınav her bir olaya göre değerlendirilmeydi. İtalya 89/48 sayılı Direktif'e uyum için gerekeni yapmamıştı.

89/48 sayılı Direktif'in iptali davası reddedildi.⁵³ Fransa 14 Mart 2000'e kadar Direktif'in gereklerini yerine getirmediği için mahkum edildi.⁵⁴ İrlanda aynı nedenle mahkum edildi.⁵⁵

⁴⁷ Commissione/Italie, C. 145/99.

⁴⁸ Bkz., Prieto, Catherine, "Liberté d'Etablissement, et de Prestation de Services," *RTD eur*, 39 (3) Juil-sept. 2003, s. 500.

⁴⁹ OJ 1989, L. 19/24.

⁵⁰ OJ 1992, L. 209/25, 2001/19, OJ 2001, L. 206/1 ile değiştirilmiştir.

⁵¹ Favret, Jean More, "Le Systeme General de Reconnaissance des Diplômes et des Formations Professionnelles en droit Communautaire: L'Esprit et la Méthode; Règles Actuelles et Developpements Futurs" ,*RTD eur*. 32(2) Avr. Juin 1996, s. 261.

⁵² Commission/Italie C. 145/99, CJCE 7 Mart 2002.

⁵³ CJCE 7 Kasım 2000, L. 168/98.

⁵⁴ CJCE 26 Eylül 2002, Commission / France, C. 351/01.

⁵⁵ CJCE 10 Aralık 2002, Commissions/Irlande, C. 362/01, RDJ, 2002, I-11433, Bkz., Prieto, Catherine, "Liberté d'Etablissement et de Prestation de Services", *RTD eur*, 39(3) Juil Sep. 2003, s. 5233-524.

98/5 sayılı Direktif aleyhine Lüksembourg tarafından açılan iptal davası ATAD tarafından reddedildi.⁵⁶ 13 Kasım 2003 tarihli Morgenbesser kararında⁵⁷ bayan Morgenbesser, Fransız vatandaşı idi ve İtalya'da oturuyordu. Fransa'dan aldığı hukuk diplomasıyla stajyer olarak İtalyan Barosu'na kaydolmak istiyordu. ATAD onun ne 89/48 ne de 98/5 sayılı Direktif'ten yararlanamayacağını kabul etti. Zira 98/5 stajyerleri kapsamıyordu. Ayrıca Fransa'da gerekli sınava tabi tutulmamıştı. Bayan Morgenbesser avukatlık mesleğine değil, stajyerliğe kabul istiyordu. Bu süre altı yıllık bir uygulama süresiydi. Bu faaliyet düzenli bir meslek (iş) olarak değerlendirilemezdi. ATAD stajın da bir ekonomik faaliyet olduğunu kabul etti ve İtalya'da bir baroya stajyer olarak kaydını kabul etti.

AİD'nin (3. oda) 13 Ocak 2005 tarih T. 184/04 sayılı Sulvida kararında Portekiz'de kurulan bir şirket müdürü olan Buchbinder tarafından avukat olarak temsil ediliyordu. Avukatın Komisyon aleyhine açtığı davada, mahkeme sadece bir üye devlette mahkemede bu görevi ifa eden veya Avrupa Ekonomik Bölgesi Anlaşması'na taraf olan ülke avukatlarının Divan'ın önünde temsil yetkisine sahip olduğunu belirterek, Bay Buchbinder'in hem avukat, hem de şirketin temsilcisi olarak davayı temsil etmeye yetkili olmadığını sonucuna vardı. Zira avukat 3. şahıs değildi.⁵⁸

Lüksembourg İdare Mahkemesi'nce Divan'a ön karar usulüyle gönderilen bir davada (7 Aralık 2004),⁵⁹ Graham J. Wilson tarafından Lüksembourg Barosu'na karşı açılan bir dava söz konusuydu. Mahkeme, Divan'a 98/5 sayılı Direktif'in 9. maddesi ve 5. maddesine ilişkin sorular sordu. 5. maddeyle ilgili olarak avukatın sözlü bir dil sınavına tabi olup olmayacağı soruldu.

12 ekim 2004 tarihli Bloetzer davası ise İsviçre ile ilgili idi. Federal mahkeme sadece AB'ye üye ülkeler ve EFTA'ya üye ülkelerin vatandaşları olup, İsviçre'de devamlı olarak çalışan avukatların İsviçre'de kayıtlı olabileceğini kabul etti. (23 Haziran 2000 tarihli Avukatların Serbest Dolaşımı Kanunu m. 28) Bir Alman avukat Zoug Kontonu'na avukat olarak kaydolmak istedi. Bu talebin reddi üzerine dava Federal Mahkeme'ye geldi. Mahkeme bu avukatın mesleğini İsviçre'de devamlı şekilde yapabileceğine ve kantona kaydolduğu unvanı kullanabileceğine karar verdi. Ancak temsilcinin durumu geçici idi ve oturma izni yoktu.⁶⁰

⁵⁶ 7 Kasım 2000, C. 168/98.

⁵⁷ C/JCE 13 Kasım 2003, C. 313/01, bkz., Prieto, Catherine, "Liberté d'Etablissement et de Prestation de Services", *RTD eur.* 40 (3) Juil-sept. 2004, s. 540, 551.

⁵⁸ <http://curia.eu.int/jurisp/cai-bin/gettext-pl?Lang=fr&num=79949886T1904018418doc=T8ouve>.

⁵⁹ C. 506/04. Henüz karar çıkmamıştır. Bkz., OJ C31/15, (<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/lexuriserv/site/fr/oj/2005/c-031>).

⁶⁰ (<http://www.unige.ch/droit/ceje/actualites.php.3?İd-article:150>).

SONUÇ

Öncelikle hizmet edimi serbestisi konusunda genel kurallar koyan AB kurumları, daha sonra doktorlar, mimarlar, avukatlar gibi bazı serbest faaliyetleri için özel düzenlemeler getirmiştir. Avukatların serbest dolaşımını sağlamada en önemli kuruluş AB'ye üye devletler de ve Avrupa Ekonomik Bölgesi'ndeki bütün ulusal baro ve avukat birliklerinin temsilcisi olan CCBE'dir (Avrupa Baroları Konseyi). CCBE, üye baro ve avukat birliklerinin görüş ve politikalarını koordine eder. Genel Kurul 28 delegasyondan oluşur. Bulgaristan, Hırvatistan Makedonya, İsviçre ve Türkiye gözlemci statüsündedir. CCBE'nin Türkiye Barolar Birliği için de önemi vardır. Büyük baroların kaynaklarından yararlanma imkanı sunar. Türkiye AB'ye girdiğinde CCBE komitelerine katılma ve görüşlerini Avrupa kurumlarına bildirme imkanlarına sahip olacaktır. Diğer barolarla ortaklıklar kurulabileceği gibi, Avrupa yasalarının hazırlanması için projeler üretmek de mümkün olacaktır.

Türkiye'de çeşitli tarihlerde değişikliklere uğrayan 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun⁶¹ 30.01.1979 tarih - 2178 /1 ile değişik 3. maddesi a bendi avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için, TC vatandaşı olmak şartı aranmaktadır. Ayrıca Türk hukuk fakültelerinden mezun olmak ya da yabancı hukuk fakültelerinden mezun olanların Türkiye'de denklik sınavına tabii olmaları gerekmektedir (3/6).

Aynı maddenin (e) bendinde levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgah sahibi olması aranmaktadır.

2.5.2001 tarih ve 4667/30 md. ile değişik 44. maddesinin B bendi avukatlık ortaklığına ilişkindir.

Bu bentte Yabancı Sermayeyi Teşvik Mevzuatı çerçevesinde Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıklarının, bu kanuna uygun olarak kurulması şartıyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konusunda danışmanlık hizmeti verebileceği, aynı sınırlamaların bu yabancı ortaklıkta çalışan TC vatandaşları ya da yabancı ortakları da kapsadığı, ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmadığı, bu kuralın uygulanmasının müteakibliyet esasına bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bu düzenleme AB üyesi olmayan ülke vatandaşı avukatlar için yeterli olabilir. Ancak Türkiye'nin AB'ye tam üye olması halinde, vatandaşlık ve ikametgah nedeniyle ayrımcılık yapmama kuralının AB üyesi ülke vatandaşları avukatlar için geçerli olacağı açıktır.

⁶¹ RG, 7.4.1969-13168.

TEMSİLİ DEMOKRASİNİN “SEÇİM” AYAĞI

Prof. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU*

GİRİŞ

Eski Yunan’da “*demos*” (halk) ve “*kratos*” (iktidar-otorite) sözcüklerinden gelen demokrasi, halkın kendi kendisini yönetmesi, başka bir edeyişle halka ait egemenliğin, halk tarafından ve halk için kullanılması esasına dayanır ve halkın iktidarı anlamına gelir. Halk, kaynağı kendisinde bulunan yönetim yetkisini (egemenliği), doğrudan kullanmanın pratikteki güçlükleri nedeniyle, çoğunlukla, kendi seçtikleri ve kendilerine karşı sorumlu olan temsilciler vasıtasıyla kullanır (temsili demokrasi). Temsili demokrasi, bir ayağıyla çoğulcu, serbest ve dürüst seçim; öteki ayağıyla temel hak ve özgürlükler rejimi üzerinde durur. Halk, temsilcilerini belirlemek yönündeki istencini (iradesini), çoğulcu bir ortamda, serbest seçimlerle ortaya koyar,¹ çoğunluğu sağlayan görüş, halk adına iktidar yetkisini kullanır. Demokrasilerde iktidar yetkisi, halk için, halkın temsilcileri tarafından, azınlığın haklarını da kollayacak ve azınlığın daha sonraki seçimlerde çoğunluk olabilme yollarını kapatmayacak biçimde kullanılır.

Temsili demokrasilerde iktidar, halkın oylarıyla gerçekleşir, halkın istencini (iradesini) yansıtan dürüst ve serbest seçimle meşruiyet kazanır.

Genel anlamda seçim, seçmenlerin kendilerine sunulan değişik seçenekler karşısında tercihini belirleme olgusudur.² Siyasal anlamda seçim

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Üskül, Zafer, “Sadece Şekille Olmaz”, *Radikal*, 5.1.2002, “... demokrasi, egemenliğin kaynağını ulusa dayandırarak, çoğunluğun iradesini hakim kılmayı amaçlar.” Daver, Bülent, *Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi yayınları No: 13, Ankara 1989.

ise, halkın kendisini yönetecek temsilcileri oyuyla belirlemesidir. Seçimler, demokrasinin temel araçlarından biri olmasına karşın, sadece seçim, demokratik yönetimin göstergesi sayılmaz. Seçimlerin yönetime demokratik meşruiyet kazandırması, değişik görüşleri temsil eden partilerin serbestçe örgütlenebilmeleri ve seçim kulvarında her türlü baskıdan uzak, özgürlükçü bir ortamda yarışabilmeleri koşuluna bağlıdır. Tek partili ve tek adaylı seçimler, iktidarın isteklerinin seçmen istencinin yerini alması sonucunu doğurur, dikta yönetimlerin uygulama aracı olurlar. Bu tür biçimsel seçimler, temsili demokrasiyle bağdaşmaz ve halkın gerçek istencini belirlemez. Seçimler, ancak, özgür ve çoğulcu bir ortamda, genellik, eşitlik ve gizlilik ilkelerine uygun biçimde ve dürüstçe yapıldığı oranda geçerli sayılırlar. Demokrasilerde birey, tümüyle devlete bağlı uyruk (tebaa) değil, serbest istenciyle (iradesiyle) yönetimin oluşumuna ve siyasal kararların alınmasına katkıda bulunan siyasal bir özne ya da yurttaştır. Yönetenler iktidar yetkilerini, Tanrıdan değil yönetilenlerin seçimle belirlenen istencinden başka bir deyişle onayından alırlar. Seçim, verilen oylarla belirlenen bireysel istençlerin, toplumsal istence dönüşümünü sağlar.

OY

Oy, seçimlerde ya da halkoylamalarında ya da kamusal bir alanda karar alma sürecinde kişisel tercih belirleme aracıdır. Oy, genelde ret, kabul veya çekimser biçiminde olur. Kişi oyunu sözle, yazıyla, işaretle, açık ya da gizli olarak kullanabilir. Demokrasilerde, birey, seçimlerde oy kullanarak, karar alma sürecine katılır, aday olarak yönetme şansını arar. Seçimlerde oy kullanılması serbest istenç (irade) ile tercih belirleme işidir.

TARİHSEL GELİŞİMİYLE DEMOKRASİ VE SEÇİM

Eski Yunan'da, Atina'da, kadınlar, köleler ve yabancılar siyasal istencin oluşumunda ve siyasal karar sürecinde yer almamakta idiler. Seçme ve yönetime katılma hakkı, yirmi yaşlarını tamamlamış erkek Atina vatandaşlarına tanınmıştı. Erkek vatandaşlar, her ay dört kez site meclisinde toplanır yasa yapımı, yönetim ve yargı ile ilgili konuları oylarıyla karara bağlarlardı.³ Eski Yunan'da halkın bir araya gelerek doğrudan karar mekanizmasına katılmaları biçiminde gerçekleştirilen uygulama, "*doğrudan demokrasi*" olarak adlandırılmaktadır.⁴ Günümüzde, pratikteki güçlük nedeniyle, İsviçre'nin üç küçük dağ kantonu dışında doğrudan demokrasi uygulanmamaktadır.

³ Bkz., Ateş Toktamış, *Demokrasi*, İstanbul 1976, s. 24.

⁴ Soysal, Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 1968, s. 59.

Ülke sınırlarının büyümesine ve nüfusun artışına koşut olarak, site devletten feodal düzene, daha sonra da ulus devlete geçiş, temsil ve temsili yönetim kavramlarının gelişimini sağlamıştır. Ortaçağda, feodal düzen içerisinde,⁵ toprak aristokrasinin tekelinde olduğu kabul edilen temsilci seçme ve temsil etme kavramları ve feodal düzene uygun olarak bölgesel çıkarların temsilini amaçlayan buyurucu (emredici) vekalet anlayışı,⁶ XVII. ve XVIII. yüzyıllarda liberal ve doğal hukuk öğretilerinin savunduğu, insanların doğuştan kimi hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve egemenliğin kaynağının halkta bulunduğu yönündeki görüşlere ve ulus-devlet düşüncesine koşut olarak, “halk egemenliği” ve “ulusal egemenlik” kavramları doğrultusunda değişim ve gelişim göstermiştir. Fransa’daki değişim, 1789 Devrimi’ni takiben ulusal egemenlik anlayışı doğrultusunda olmuştur.⁷

Bu arada kentlerde ortaya çıkan ve giderek güçlenen burjuvazinin, ulusal egemenlik anlayışı doğrultusunda savunduğu, özgürlük, eşitlik ve kardeşlik kavramları ve iktidarın, tüm vatandaşların eşit biçimde katıldığı bir oylamayla belirlenen temsilcilere ait olması gerektiği yönündeki görüşler, “seçim” ve “geneloy” kavramlarının dayandığı düşünsel temeli oluşturmuştur.⁸ Daha sonra bu temel, XVIII. yüzyıl sonlarında gerçekleşen Amerikan ve Fransız devrimleriyle başlayan süreçte, çeşitli anayasalarda uygulama kazanmıştır. Ancak, seçim hakkının demokrasiye koşut gelişimi, “sımsırlı oy”dan “geneloya” geçiş biçiminde uzunca sürede gerçekleşmiştir.

⁵ Feodal düzen, tarıma dayalı bir ekonomide toprak sahipleri ile, bu topraklar üzerinde çalışarak üretenlerin karşılıklı ilişkileri ve bağlantıları üzerine kurulu bir toplumsal yapılanmadır. Bkz., Soysal, Mümtaz, a.g.k. s. 6.

⁶ Seçim Sistemleri ve Türkiye’deki Uygulamalar, TBMM Kütüphane ve Dökümantasyon Müdürlüğü yayınları No: 5, s. 14.

⁷ Halk egemenliği, J.J. Rousseau tarafından “genel irade” kuramına dayanılarak savunulur; bireysel iradelerin toplamından oluşan genel irade iktidarın sahibidir. Genel irade bireysel iradelerin toplamından ibaret olduğuna göre bireylerin her biri, iktidarın bir bölümünün sahibidir. Bu yetki bölünmez ve devredilmez. Halk egemenliği anlayışı, doğrudan demokrasinin bir unsurudur.

Ulusal egemenlik anlayışında ise, iktidar, soyut, kolektif ve bölünmez bir bütünlük oluşturan ulusa aittir. Ulusun seçilmiş temsilcileri ulus adına iktidar yetkisini kullanırlar. Seçilen temsilciler, kendilerini seçenleri değil, tüm ulusu temsil ederler. Ulusal egemenlik temsili demokrasinin bir unsurudur.

⁸ Bkz., Seçim Sistemleri ve Türkiye’deki Uygulamalar, TBMM Kütüphane ve Dökümantasyon Müdürlüğü yayınları No: 5, s. 14.

DEMOKRASİLERDE SEÇİMLERİN İŞLEVİ

Demokrasilerde seçimlerin dört temel işlevi vardır:

Temsil İşlevi

Seçimler, yönetilenlerin, özgür bir ortamda, verdikleri oylarla temsil edilmelerinin sağlar; iktidar yetkisinin, serbest seçimlerle oluşan temsili çoğunluk tarafından kullanılmasını olanaklı kılar.

Demokratik Katılım İşlevi

Seçmenlerin, seçim sırasında siyasal partiler tarafından kendilerine sunulan programlar arasında seçim yaparak (tercihte bulunarak); programlarını benimsedikleri siyasal partiyi oylarıyla göstermeleri ya da siyasal kararların alınmasına katkıda bulunmaları, verdikleri oylarla ve seçtikleri temsilciler yoluyla siyasal yaşama katılmaları anlamına gelir.

Siyasal meşruiyet kazandırma işlevi serbestçe ve dürüstçe yapılan seçimler, çoğunluğu elde eden parti ya da partilerin, iktidar olma olgusuna meşruluk kazandırır.

Hoşgörü ve Uzlaştırma İşlevi

Seçimler, farklı görüşleri temsil eden siyasal partiler, serbestçe örgütlenebildikleri ve özgür ve dürüst bir seçim ortamında yarışabildikleri oranda, toplumdaki gerilimi azaltır, siyasal tansiyonu düşürür ve uzlaşma sağlar.

SEÇİMLERİN TÜRLERİ

Seçimler, genel seçimler, ara seçimler ve yerel seçimler olarak türlere ayrılır.

Genel seçimler, temsilcilerin (milletvekillerinin) ülke genelinde seçmenlerin özgür istençleriyle belirlenmesidir.

1982 Anayasası'na göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), ulusça, geneloyla, beş yıl için seçilen beş yüz elli milletvekilinden oluşur (m. 75, 77). TBMM, bu süre dolmadan seçimin yenilenmesine karar verebilir. Cumhurbaşkanı da, Anayasa'nın 116. maddesindeki koşullar oluştuğunda beş yıllık sürenin dolmasını beklemeden TBMM Başkanı'na danışarak

seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Süresi biten milletvekili yeniden seçilebilir. Yenilenmesine karar verilen Meclis'in yetkileri, yeni Meclis'in seçilmesine kadar sürer.

TBMM tarafından seçimlerinin geriye bırakılması, savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılması olanaklı görülmezse, TBMM, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir. Geri bırakma nedeni, takip eden yılda da ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir (Anayasa m. 78/1 ,2).

Ara seçim, seçim dönemi içerisinde ölüm ya da istifa gibi nedenlerle boşalan temsilcilerin yerine yenilerinin seçilmesi için yapılır. TBMM üyeliklerinde boşalma olması halinde ara seçime gidilir (Anayasa m. 78/3).

Anayasaya göre, bir seçim döneminde (beş yıl içinde) bir kez ara seçim yapılabilir; genel seçimden itibaren otuz ay geçmedikçe ara seçime gidilemez. Ancak, boşalan üyeliklerin sayısı, üye tamsayısının %5'ini (yirmi sekiz sayısını) bulması durumunda, ara seçimlerin üç ay içinde yapılmasına karar verilir.

Genel seçimlere bir yıl kala ara seçim yapılamaz (m. 78).

Anayasa'nın 78. maddesine, 27.12.2002 günlü, 4777 sayılı Yasa'yla eklenen fıkraya göre, yukarıda sayılanlar dışında, bir ilin veya bir seçim çevresinin, TBMM'de üyesinin kalmaması durumunda, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde, Anayasa'nın yerel (mahalli) idarelerle ilgili 127. maddesinin yerel idare organlarının seçimlerine ilişkin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz.

Yerel (mahalli) idare seçimleri, yerel karar organlarının oluşturulması için yapılır. Türkiye'de, belediye başkanı, belediye meclis üyeleri, il genel meclisi üyeleri ve muhtarlar bu yolla seçilirler.

Anayasa'ya göre, yerel idare seçimleri, Anayasa'nın öngördüğü seçimlerin temel ilkelerine göre (m. 67'e göre) beş yılda bir yapılır. Ancak, milletvekili genel veya ara seçiminden önceki ya da sonraki bir yıl içinde yapılması gereken yerel idare seçimleri, milletvekili genel veya ara seçimleriyle birlikte yapılır (m. 127). Yasa, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir

Yerel idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ya da kaybetmelerine ilişkin itirazların çözümü yargı yoluyla olur. Ancak,

içişleri Bakanı, görevleriyle ilgili bir suç nedeniyle hakkında soruşturma ya da kovuşturma açılan yerel idare organları veya bu organların üyelerini, geçici bir önlem olarak, kesin hükme kadar görevlerinden uzaklaştırabilir (m. 127).

SEÇME VE SEÇİLME VE SİYASAL ETKİNLİKTE (FAALİYETTE) BULUNMA HAKLARI

1982 Anayasası'na göre, yurttaşlar, yasada gösterilen koşullara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içerisinde siyasi etkinlikte bulunma ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptirler (m. 67).

I. Seçme Hakkı

Seçme hakkı, temsili yönetimlerde yurttaşların, seçim ya da halkoylaması yoluyla, kamusal alanda görüş ve tercihlerini belirlemesi; bir başka deyişle, yönetilenlerin, yerel yönetimde ve merkezi hükümette kendilerini yönetecek olanları seçmesidir.

Seçmen olabilmenin yeterli koşulları:

- Yurttaş (vatandaş) Olmak;

Seçme hakkını kullanabilmenin ilk koşulu yurttaşlıktır. Seçim, ulusal istencin belirlenmesi amacını gütmesi ve egemenliğin kullanılmasının da ulusal istence (iradeye) bağlı olması nedeniyle sadece yurttaşların oy kullanmaları ulusal egemenlik anlayışına uygun düşmektedir. Ancak, iskan dinav ülkelerinde ve Avrupa Birliği devletlerinde giderek gelişen eğilim, ülkede belirli bir süre yaşayan yabancılara da seçme ve seçilme hakkının tanınması yönündedir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel yönetimle ilgili seçimlerde yabancıların da oy kullanmalarına olanak sağlanması gerektiği yönündedir.⁹ Bu Sözleşme'de özerk yerel yönetim kavramı tanımlanırken, "*yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı*"ndan söz edilmektedir. Bu hak, doğrudan, eşit ve geneliye dayanan gizli seçim sistemine göre serbestçe seçilmiş üyelerden oluşan meclisler veya kurullar tarafından kullanılacaktır (m. 3/1, 2).

⁹ Türkiye, bu Şart'ın onaylanmasını 8.5.1991 günlü, 3723 sayılı Yasa ile, Şart'ın 1. maddesinin belirlediği kapsama uygun bulmuştur.

Avrupa Birliği Parlamentosu, 14.2.1989 toplantısında, Birlik üyesi devletlerde yaşayan ve çalışan yabancılara yerel seçimlerde oy hakkı tanınması yönünde karar almıştır.¹⁰

- Siyasal Rüşte (Seçmen Olabilme Yaşına) Erişmiş Olmak;

Seçme hakkının bir başka koşulu, bu hakkın kullanılabilmesi için kişinin siyasal rüşte (seçmen olabilme yaşına) erişmiş olması gerekir. Kişinin, ancak, bu yaşta, oy kullanırken ulusal istencin oluşumuna katkıda bulunabilme bilincine eriştiği varsayılır. Bu yaş, anayasayla ya da yasayla belirlenir. Siyasal rüşt yaşı ülkelere göre değişmektedir. Genellikle on sekiz - yirmi iki arasında bir yaş kabul edilmektedir.¹¹ 1982 Anayasası'nda, 1995 yılında yapılan değişikliğe göre on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoymasına katılma haklarına sahiptir.

- Kısıtlı ve Kamu Hizmetlerinden Yasaklı Olmamak;¹²

Kısıtlılar, karşılıksız kazanım ve kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklar hariç, yasal temsilcinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyen kişilerdir¹³ (MK m. 16). (mahcur, hacir altına alınan kişidir).

Kamu hizmetinden yasaklılar ise, bir ceza hükmüne bağlı olarak bir süre için kamusal hizmet alanlarında görev alamayanlardır.

Ayrıca, silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar (Anayasa, m. 67; 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 2839 sayılı Yasa'yla değişik 7. maddesi). Anayasa'nın 67. maddesinin dördüncü fıkrasına, "*taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç*" ibaresi 3.10.2001 günlü,

¹⁰ Daver, a.g.m. s. 135.

¹¹ Bir çok ülkede oy verme yaşı on sekiz olarak kabul edilmektedir. Türkiye'de 1924 Anayasası'nda sadece erkeklerle tanınan oy verme yaşı on sekiz idi (m. 10), 1934 yılında kadınlara da oy hakkı tanınca bu yaş kadın ve erkek seçmen için yirmi iki oldu. 1961 Anayasası'nda seçmen yaşı belirtilmemiş bu konu yasaya bırakılmıştı. 298 sayılı Yasa'ya göre seçmen yaşı yirmi bir idi (m. 6). 1982 Anayasası seçmen yaşını başlangıçta "yirmibir yaşını dolduran" biçiminde benimsemişti, Anayasada 1987 de 3361 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle bu yaş "yirmi yaşına giren"; 1995 yılında 4121 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle "on sekiz yaşını dolduran" olarak kabul edilmiştir.

¹² 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa m. 8.

¹³ Kısıtlama nedenleri: akıl hastalığı veya akıl zayıflığı; savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim; Özgürlüğü bağlayıcı ceza ya da istek üzerine kısıtlılığa hükmedilir (MK m. 405-408).

4709 sayılı Yasa'yla eklenmiştir. 298 sayılı Yasa'da, Anayasa'ya koştur değişiklik henüz yapılmamıştır.

- Seçmen Kütüğüne Yazılı Olmak;

Seçimlerin temel hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Yasa'ya göre, oy kullanabilmenin bir başka koşulu, seçmen kütüğüne yazılı olmaktır. Seçmen kütükleri dört yılda bir yeniden düzenlenir, sürekli bilgi toplama ve her iki yılda bir genel denetleme ile güncelleştirilir (m. 33). Seçmen kütüğünde yazılı seçmenler oturdukları muhtarlık bölgesi askı listesine soyadlarına göre sıralanırlar. Muhtarlık bölgesi listesi, her yıl Nisan ayının ilk pazartesi günü askıya çıkarılır ve iki hafta süre ile askıda kalır (m. 40). Aynı sandık bölgesinde oturan, seçmen kütüğünde soyadı esasına ve alfabe sırasına göre düzenlenen listeye "Sandık Seçmen Listesi" denir (m. 43). Aylar, kesinleşen sandık seçmen listesine göre atılır.

II. Seçilebilme Hakkı

Seçilebilme hakkı, temsilci adayı olabilmedir. Seçilebilmek için aranan koşullar ülkelere göre değişmektedir, genellikle ikinci meclislere seçilebilmek için, adaylarda aranan yurttaşlık, yaş, kısıtlı olmamak gibi genel koşullara ilaveten, daha yüksek bir yaş ve eğitim düzeyi gibi özel koşullar da aranır.¹⁴

Milletvekili Seçilme Yeterliği

A. Milletvekili Seçilebilmenin Genel Koşulları

Türkiye'de 1982 Anayasası'na göre milletvekili seçilebilmek için (m. 76);

- Türk vatandaşı olmak,
- Otuz yaşını doldurmuş olmak,
- En az ilk okul mezunu olmak,
- Kısıtlı olmamak,
- Askerlik hizmetini yapmış olmak,
- Kamu hizmetinden yasaklı olmamak,

¹⁴ 1961 Anayasası'na göre Cumhuriyet Senatosu üyeliğine seçilebilmek için, milletvekili seçilmeye engel bir durumun olmaması koşulu yanında, kırk yaşını doldurma ve yüksek öğrenim yapma koşulları da aranıyordu.

- Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasına hüküm giymemiş olmak,
- Ağır hapis cezasına hüküm giymemiş olmak,
- Zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılmamış (4777 sayılı Yasa'yla değişik şekli) ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymemiş olmak gerekir. Bu kişiler afta uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

Maddedeki, “*bu kişiler*” deyiminin, madde gerekçesinden, hükümlü olmaları nedeniyle milletvekili seçilme yeterliğini kaybedenlerin tümünü kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, hükümlü olmaları nedeniyle milletvekilli seçilme yeterliğini kaybedenler, affa uğramış olsalar dahi, milletvekili seçilebilme hakkını bir daha kazanamayacaklardır.

B. Milletvekili Seçilebilmenin Özel Koşulları

• Göreve Bağlı Yasaklar;

1982 Anayasası, ayrıca kimi meslek mensuplarının görevlerinden çekilmedikçe aday olmalarını ve milletvekili seçilmelerini yasaklamıştır (m. 76). Bunlar;

Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliğini taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensuplarıdır.

• Geçici Yasaklar¹⁵

1. 1982 Anayasası'nın Geçici 4. maddesine göre, 16.10.1981 tarihinde 2533 sayılı Yasa'yla feshedilen siyasi partilerden 11 Eylül 1980 sonrasında haklarında dava açılmış olan parti tüzel kişiliği, merkez yöneticileri ve parlamento üyeleri ile; 11 Eylül 1980 günü iktidar ve ana muhalefet durumunda bulunan siyasal partilerin 1 Ocak 1980 ve sonraki tarihlerdeki genel başkanları, yardımcıları, merkez yönetim kurulu, ya da benzeri organların üyeleri Anayasa'nın Halkoyu ile kabulünden itibaren on yıl süre

¹⁵ 1982 Anayasası'nın Geçici 4 ve 16. maddelerinde, Siyasi Partiler ve Milletvekili Seçimi Yasası'nda geçici yasaklar yer almıştır.

ile milletvekili adayı olamazlardı. Bu geçici madde Anayasa'da 23.5.1987 günlü ve 3376 sayılı Yasa'yla ve halkaylaması ile yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır.

2. Bir başka yasak da, Anayasa'nın Geçici 16. maddesindedir. Bu maddeye göre, oy verme kütüğünde ve sandık listesinde kaydı ve oy kullanma yeterliği bulunduğu halde hukuksal ya da fiili bir özürlü olmaksızın halkoymasına katılmayanlar. Anayasa'nın halkoymasını izleyen beş yıl içinde yapılacak genel ve ara seçimler ile mahalli seçimlere ve diğer halkoymalarına katılamazlar, seçimlerde aday olamazlar. Bu madde hukuken yürürlükte ise de fiilen süresini doldurmuştur. Şu anda uygulanabilecek kural durumunda değildir. 1987 yılında yapılan halkoymasında bu ceza, ilçe seçim kurulu başkanının kararına bağlı olarak para cezasına dönüştürülmüştür.¹⁶

3. Kapatılan siyasi partilerin sonuçlarına bağlı yasaklar; 1982 Anayasası'nın 69. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre ise, *"bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan ve faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazete'de gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar."* Bu yasak Siyasal Partiler Yasası'nda on yıldır (m. 95). Siyasal Partiler Yasası'nda, 12.8.1999 günlü ve 4445 sayılı Yasa'yla, Anayasa'ya uygun değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle, Siyasal Partiler Yasası'nın 95 ve 101. maddesinin 2. bendinde öngörülen on yıllık yasak, 4445 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sırasında, Anayasa'ya uygun olarak beş yıla indirilmiş; 101. maddedeki yasak ise, yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu Yasa'yla getirilen, yeni bir hükümle siyasi partilere, bu kişileri hiçbir biçimde seçimlerde aday göstermemeleri yükümü de getirilmiştir (m. 95).

Milletvekili (Temsilci) Adaylığı

Seçilme yeterliğine sahip olan adayların ortaya çıkmaları kendileri ya da seçmenler tarafından veya siyasal partiler tarafından aday gösterilmeleri biçimlerinde gerçekleşir. Adayların, seçmenler ya da kendileri tarafından gösterilmelerinde bağımsız adaylık; siyasal partiler tarafından gösterilmelerinde parti adaylığı söz konusudur.

¹⁶ (23.5.1987 "günlü, 3376 sayılı "Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun".

Siyasi partilerin genel merkezleri, seçim çevrelerine ait aday listelerini, Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı'na, ön seçim gününden itibaren en geç on günü takip eden günde, saat 17.00'ye kadar alındı belgesi karşılığında verirler (2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasası, m. 20). Yüksek Seçim Kurulu bu adayları derhal il seçim kuruluna bildirir. Yüksek Seçim Kurulu, siyasi partilerin aday listelerini *Resmi Gazete'de* ve radyoda; il seçim kurulları da, kendi çevrelerine ait olanları alışılmış araçlarla geçici listeler halinde ilan eder.

Adaylarla ilgili itirazlar, geçici listelerin ilanından itibaren iki gün içinde il seçim kuruluna yapılabilir. itirazlar iki gün içinde karara bağlanır. İlgililer bu karara karşı iki gün içinde Yüksek Seçim Kurulu'na itiraz edebilirler. Yüksek Seçim Kurulu üç gün içinde ve en geç, kesin aday listelerinin ilanı gününe kadar, itirazları karara bağlar (2839/m. 22).

Yüksek Seçim Kurulu, adaylıklar kesinleştikten sonra, bütün adayları oy verme gününden önceki elli beşinci gün, seçim çevreleri itibarıyla *Resmi Gazete* ve radyo ile ilan eder (2839/m. 24).

Bağımsız Adaylık

Bir partiye bağlı olmadan milletvekili seçilme yeterliğine sahip bir kişinin adaylığını koyması ya da yasanın belirlediği sayıda seçmenin kendisini aday göstermesi durumunda söz konusu olur.

Türkiye'de, Milletvekili Seçimi Yasası'na göre, bir kişinin bağımsız aday olabilmesi kendi başvurusuna bağlıdır. Başvuru, adayın seçilmek istediği seçim çevresinin il seçim kurulu başkanlığına, yasanın adaylık için aradığı koşulları ve niteliklere sahip olduğunu gösterir bir belge ile ön seçim gününden sonraki en geç on gün, saat 17.00'ye kadar yapılabilir (2839/m. 20, 21).¹⁷ Başvuru derhal Yüksek Seçim Kurulu'na bildirilir ve adaylar geçici listeler halinde ilan edilir (2839/m. 21). Bağımsız adaylar, başvuruları sırasında, en yüksek derecedeki devlet memurunun brüt bir aylığı kadar parayı ilgili mal sandığına yatırmak ve aldığı makbuzu başvuru belgelerine eklemek zorundadır. Amaç gereksiz ve ciddi olmayan başvuruları önlemektir. Bağımsız adaylar, aynı seçim için birden fazla seçim çevresinde aday olamaz ve seçilemezler.

Siyasi partiye kayıtlı olmayan kimselerin, herhangi bir siyasal parti tarafından aday gösterilmeleri kendilerinin yazılı biçimde olur vermelerine bağlıdır (2839/m. 16).

¹⁷ Yasada "ön seçim gününden bir gün önce saat 17.00'ye kadar" ibaresi AYM'nin 18.11.1995 günlü E. 1995/54, K. 1995/59 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Siyasal Parti Adaylığı

Siyasal parti aday listeleri iki biçimde oluşturulmaktadır:

- Birincisi adayların partilerin geniş üye tabanları tarafından ön seçimle belirlenmesini öngören sistem, daha çok Amerika'da uygulanmaktadır;
- İkincisi siyasal partilerin adaylarını belirlemesini bir parti içi işlem olarak gören ve partilere bırakan sistem.¹⁸

Amerika'da, Avrupa'dan farklı olarak parti üyeliği sistemi olmadığı için adaylar, seçmenler ya da o partinin sempatanları arasında yapılan ön seçimle belirlenmektedir.

Adayların siyasal partiler tarafından gösterilmesinde üç yöntem uygulanmaktadır:

1. Adayların partinin yöneticileri ya da yetkili organları tarafından gösterilmesi. Bu yöntem parti içinde oligarşik eğilimlerin güçlenmesine neden olmaktadır.

2. Adayların delegeler tarafından belirlenmesi. Bu sistemde parti üyeleri delegeleri seçmekte, delegeler de adayları belirlemektedir. Bu yöntemin birinciye göre daha demokratik olduğu söylenebilir. Ancak, parti içi oligarşik eğilimler bu yöntemde de devam etmektedir. Bu yöntem, tüm adayların delegelerce seçilmesi ya da adayların bir bölümünün delegelerce, bir bölümünün de parti merkez karar organları tarafından seçilmesi biçiminde de uygulanmaktadır.

3. Adayların parti üyelerinin bütünü tarafından seçilmeleri. Bu en demokratik yöntemdir, parti içi demokrasiye uygun düşer.

Türkiye'de, Siyasi Partiler Yasası'nın ilk şekline göre, adaylar, partiye kayıtlı tüm üyelerin katılacakları ön seçimle belirlenecekti (m. 37). Ancak, daha sonra yasada yapılan değişikliklerle adayların belirlenmesi işi, parti içi bir sorun olarak kabul edildi ve partilerin takdirine bırakıldı. Siyasal partiler adaylarının belirlenmesini, serbest, eşit, gizli oy, açık tasnif esasına uygun biçimde kendi tüzüklerinde belirleyecekleri usul ve yöntemlerden biri veya birkaçı ile yapabilirler. Tüzükte belirlenen yöntem ön seçim ya da merkez yoklaması olabilir (2820 sayılı Yasa m. 37). Uygulamada adayların belirlenmesi, çoğunlukla, merkez yoklamasına göre yapılmaktadır.

¹⁸ Bkz., Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta 1986, s. 276.

Adayların belirlenme işinin partilerin tercihlerine bırakılması parti oligarşisinin devamı anlamına gelmektedir.

Adaylarla ilgili uygulanacak kurallar;

- Siyasi partiler, adaylarda, Anayasa ve yasada belirtilen koşullara aykırı olmamak kaydıyla ek kimi nitelikler de arayabilirler.

- Bir kimse, aynı zamanda, ön seçimlerde ve merkez adaylığında değişik siyasal partilerden veya aynı partiden, aynı seçim için birden fazla seçim çevresinden ön seçime katılamaz.

- Bir kimse, bir partiden ön seçim veya merkez adaylığı yoklamasına katıldıktan sonra başka bir partiden merkez aday gösterilemez ve partisinden istifa etmedikçe bağımsız aday olamaz (2820/40).

OY VERMENİN HUKUKÇA NİTELENMESİ

Oy Verme "Görevdir" - Oy Verme "Haktır"

Oy vermeyi görev ya da hak sayan iki görüş bulunmaktadır. Oy vermeyi görev sayan görüş, ulusal egemenlik düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, seçmenler oylarını kullanırken ulusal egemenliğin uygulamaya geçirilmesini sağlarlar, böylece kamusal bir görev yaparlar. Oy verirken kamusal bir görevi yerine getiren seçmen, oyunu sadece vermekle değil, inancı doğrultusunda en iyiyi, en yetenekliyi seçmekle görevlidir.¹⁹

Oy vermenin görev olarak kabul edilmesi, oy verme işleminden kaçınan ya da oy vermeyenlerin cezalandırılmasını da haklı kılar. Bu anlayışa göre, seçmen için seçime katılmak görev, oy kullanmak zorunluluktur. Oyunu haklı bir nedeni olmadan kullanmayan seçmen, çoğunlukla para cezasına ya da seçmenlik sıfatını bir süre için yitirme cezalarına çarptırılabilir.

Oy kullanmanın bir hak olduğu anlayışı, halk egemenliğine dayanır. Halk egemenliği anlayışına göre, genel istenç, bireylerin istençlerinin toplamını oluşturmaktadır. Birey, genel istence ait olan egemenliğe kendi istenciyle katılır. Seçimlerde oy verme yetkisi, vatandaşın kişiliğine bağlı bir haktır, hiç kimse onu bu hakkını kullanmaktan mahrum edemez, ancak bu hakkın kullanılması ihtiyaridir, birey isterse kullanır.²⁰ Bu anlayış, seçimlerde oy kullanmayan vatandaşlara ceza yaptırımını uygulanmasıyla bağdaşmaz.

¹⁹ Bkz., Teziç, a.g.y. s. 255.

²⁰ A.g.e.

Türkiye’de, 1982 döneminde, Anayasa’da “seçme hakkından” söz edilmesine karşın (m. 67), özürsüz oy kullanmayanların cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Böylece, 1982 Anayasası’yla, seçme, anayasal bir hak olarak kabul edilmesine karşın, oy vermek, zorunlu bir görev olarak benimsenmiştir.

Türkiye’de zorunlu oy kullanımı, ilk kez, 1982 Anayasası’nın halkoynaması sırasında uygulanmıştır. Bu Anayasa’nın Geçici 16. maddesine göre, Anayasa’nın halkoynamasına ilişkin oy verme kütüğünde ve sandık listesinde kaydı ve oy verme yeterliği olduğu halde hukuksal ya da fiili geçerli bir özürlü olmaksızın oyunu kullanmayan seçmen, beş yıl içerisinde yapılacak genel ve ara seçimlere, mahalli seçimlere katılım hakkını yitirmiş olacaktır. Daha sonra 10.6.1983 günlü, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Yasası, ilk milletvekili seçimlerinde özürsüz oy kullanmayanlar için para cezası öngörmüştür (m. 63). Benzeri bir düzenleme 1984 yılında çıkarılan mahalli idareler ile mahalle muhtarları seçimi hakkındaki yasayla da getirilmiştir (Geçici m. 4).

Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında 23.5.1987 günlü, 3376 sayılı Yasa’da da, hukuksal ve eylemsel bir özürlü olmaksızın halkoynamasına katılmayanlar hakkında para cezası öngörülmüştür. (m. 6/2)

Oy Verme Bireysel Bir Haktır

Oy verme, kişiye bağlı, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği bireysel bir haktır. Kişi, oyunu, vekalet ya da temsil esasına göre başkaları eliyle kullanamaz. Kural böyle olmasına karşın, ABD, Federal Almanya, Fransa ve İngiltere’de gibi ülkelerde, kimi özürleri nedeniyle sandık başına gidemeyen seçmenlere gıyaben oy kullanma olanağı sağlanmıştır.²¹ Bu ülkelerde, körler, seçim günü hasta olanlar, loğusalar, yatalaklar, dış işleri mensupları vekil aracılığıyla oylarını kullanabilmektedirler. Özellikle seçmenlerin oylarını posta ile göndermeleri yönteminin uygulanması da giderek yaygınlaşmaktadır.²²

Oy hakkı, bireye, bir meslek kuruluşunun ya da grubun temsilcisi olması nedeniyle değil, kişiliğine bağlı olarak verilmiştir. Kişi, bir grubu temsilen seçildiği istisnai durumlarda oyunu, kendi kişisel belirlemesine ve serbest istencine bağlı olarak kullanabilmektedir.

²¹ Soysal, Mümtaz, *Anayasa’ya Giriş*, Ankara 1968, s. 162.

²² *Seçim Sistemleri ve Türkiye’deki Uygulamaları*, TBMM Kütüphane ve Dökümantasyon Müdürlüğü yayınları No: 5, 1982, s. 20.

TEK DERECELİ YA DA İKİ DERECELİ SEÇİM

Tek dereceli seçimde seçmenler temsilcilerini doğrudan seçerler. İki dereceli seçimde ise, seçmenler önce "ikinci seçmen" olarak adlandırılan delegeleri belirlerler, ikinci seçmenler asıl temsilcileri seçerler. Temsilcilerin, seçmenler tarafından doğrudan seçilmesi daha demokratik görülmektedir. Ancak, kimi ülkelerde iki dereceli sistem benimsenmiştir. ABD'de başkan seçiminde her federe devlet delegelerini seçmekte, delegeler başkanı seçmektedir. Fransa'da da senatörler il ve belediye meclisi üyelerince seçilmektedir. 1961 ve 1982 Anayasalarına göre Türkiye'de seçimler tek derecelidir.

SEÇMENLE TEMSİLCİ ARASINDAKİ HUKUKSAL İLİŞKİ

Seçmenle temsilci arasındaki vekalet anlayışı zamana ve ülkelere göre farklı yorumlanmaktadır. Halk egemenliği anlayışını yansıtan buyurucu (emredici) vekalet anlayışına göre, egemenlik, bireylerin istençlerinin (iradelerinin) toplamından ibaret olan genel istence aittir, bu yetki devredilemez; temsilciler, kendilerini seçenleri ve seçildikleri bölgeyi temsil ederler, görevleri kendilerini seçenlerin dilek ve isteklerini meclislere götürmektir; kendi bağımsız istençleri ile değil, seçmen e ve seçmenin istekleri doğrultusunda bağlı yetki kullanırlar. Bu anlayışta temsilciler, kimi koşullarla kendisini seçen seçmenler tarafından azledilebilirler.

Ulusal egemenlik görüşünü yansıtan anlayışta ise, temsilciler yetkilerini (vekalet ilişkilerini) ülkenin bütününden almış sayılırlar, seçmene bağlı olmadan kendi serbest istençlerine göre oylarını kullanırlar. Seçmenlerinden buyruk ya da talimat almak zorunda değildirler. Bu uygulamada halkın yasama işlemine doğrudan katılması ya da çeşitli örgütler veya baskı grupları oluşturarak hesap sorması olanaklı değildir.²³

Vekalet ilişkisinin üçüncü biçimi, temsil edilen ya da seçenlerin, bir meslek grubu olmasıdır. Mesleki ya da korporatif sistem olarak adlandırılan bu uygulamada, yasama meclislerinin biri, bu yolla seçilen temsilcilerden oluşmaktadır. Bu sistem daha çok otoriter ülkelere benimsenmiştir. İtalya 1928, İrlanda 1937, Yunanistan 1927 bu anlayışa örnek gösterilebilir. Çağdaş ve demokratik anlayış, bir grup tarafından yetkilendirme yerine, yurttaşlık esasına dayalı bireysel temsil esasının benimsenmesidir.

²³ Karamustafaoğlu, Tuncer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayın No: 262, Ankara, 1970, S. XVI.

Türk anayasalarında kabul gören esas, TBMM üyelerinin, seçildikleri bölgeyi ya da kendilerini seçenleri değil, bütün ulusu temsil etmeleridir (1982A/m. 80). Ancak bu kural, 1982 Anayasası'nın, "*Partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleri ile sebep olduğu Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen millettekilinin millettekilliği*"nin sona ereceğine ilişkin 84. maddesindeki kuralla çatışmaktadır. Ulusal egemenlik anlayışı, bütün ulusu temsil eden bir millettekilinin, sadece bir partiye başka bir deyişle kendisini seçen seçmenlere karşı verdiği bir zardan dolayı "*bütün ulusu temsil*" niteliğini kaybetmesi haklı görülemez.

DEMOKRATİK SEÇİM İLKELERİ

Seçimlerin, göstermelik olmamaları, yönetenle yönetilen arasında demokratik bir araç olarak işlev görebilmeleri için, ulusal istenci doğru ve dürüst bir biçimde yansıtan ilkelere göre yapılmaları ve bu ilkelerin hukukça güvence altına alınmaları gerekir.

Demokrasilerde seçme hakkı, bireysel, genel, serbest, eşit, ve gizli olarak kullanılan bir yetkidir.²⁴

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, demokratik esaslara uygun seçim ilkelerini saymış ve seçimlerin yargının yönetim ve denetimi altında yapılması esasını öngörmüştür. 1982 Anayasası'na göre, seçimler ve halkoylaması, serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genelay, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır (m. 67).

Serbest Seçim

Serbest seçim, seçmenlerin, hiçbir baskı ya da tehdit altında kalmadan özgür istençleriyle oylarını kullanmaları anlamına gelir. Seçmenin korkutulması, tehdit edilmesi, sindirilmesi gibi fiziksel ya da kimi umut verici söz vermelerle iradesinin fesada uğratılmaya çalışılması gibi tinsel baskılarla karşılaşması serbestlik ilkesiyle çelişir. Örneğin kağıt paraların kesilerek yarısının verilmesi, öteki yarısının seçmenin seçimde kullanacağı oya göre verileceğinin söylenmesi ya da önce ayakkabının tekinin verilerek benzer uygulamaya gidilmesi tinsel baskılara örnek oluşturur.²⁵

Seçimlerin serbestliği, aynı zamanda, seçmenin tek yönlü propagandaların etkisinde kalmamasını da gerektirir. Her partinin, kendisini

²⁴ Taniili, Server, *Devlet ve Demokrasi*, 2. Bası, İstanbul 1981, s. 263.

²⁵ Bkz. Jean Marie Cotteret - Claude Emeri, *Seçim Sistemleri*, çev. Ahmet Kotil, İletişim Yay. 5. Bası, 1991, s. 42.

ve programını tanıtmasına olanak sağlanmalıdır. Seçimler çoğulcu bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Seçim propagandalarına, seçim gününden makul bir süre önce son verilmesi ve böylece seçmenin kendisini dinlemesine olanak sağlanması da serbestlik ilkesinin gereğidir. Seçmenin kullanacağı oy, her türlü etkinin dışında kalmalı, kişinin özgür istenci sandığa yansımalıdır.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Yasa'ya göre propaganda, oy verme gününden önceki onuncu günün sabahında başlar ve oy verme gününden önceki günün saat 18.00'inde sona erer. Seçim yasaları, seçimlerde serbestliğin sağlanması amacıyla, seçim günü silah taşıma, içkili olma, içki satışı, sandık başı güvenliği gibi konularda kimi yasaklar getirilmesini ve önlemler alınmasını öngörür (298 sayılı Yasa m. 79 - 85).

Seçmenin, oyunu kullanmaması durumunda cezai bir yaptırımla karşılaşma tehdidi altında bulunması, genellikle, seçimin serbestliği ilkesiyle bağdaşmaz. Ancak, uygulamada, oy vermenin bir hak ya da bir görev olduğu görüşlerine bağlı olarak "*ihtiyari oy verme*" yanında "*zorunlu oy verme*" ilkesi de geniş biçimde uygulanmaktadır. Zorunlu oy vermeyi savunulara göre, oy verme, seçmenin kamu yönetimine katılımı açısından yerine getirilmesi gerekli bir görevdir. Çünkü demokrasinin işlerliği ve başarısı, büyük oranda, vatandaşların siyasete duyacakları ilgiye ve katılıma bağlıdır. Bu nedenle oy vermenin bir görev ve zorunlu olması doğaldır. Zorunluluk, seçime katılım oranının artmasına da neden olacaktır.²⁶ Günümüzde, kimi ülkelerde zorunlu oy ilkesi benimsenmiştir.

Türkiye'de 1982 Anayasası'nın halkoyuna sunulmasına ve 1983 Milletvekili seçimlerine kadar oy kullanma serbestisi geçerli iken, bu tarihlerde yapılan oylamalarda ve daha sonraki seçimlerde zorunlu oy kullanma ilkesi geçerli olmuş, özürsüz oy kullanmamak cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Eşit Oy

Eşit oy, seçmenlerin verdiği oyların aynı ağırlıkta (etkide) olması, zenginliğe ya da öğrenim durumuna veya başka bir ölçüye göre ayırım yapılmaksızın herkesin bir oy kullanabilmesi anlamına gelir. Eşit oy ilkesinin geçerli olduğu bir ülkede her seçmenin tek oyu vardır ve oyunu tek sandıkta kullanabilir (tek kişi - tek oy ilkesi). Tarihsel uygulamalarda en

²⁶ *Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Uygulamalar*, TMMM Kütüphane ve Dokümantasyon Müdürlüğü, Yayın No: 5, a.g.y. s. 21-22.

fazla vergi ödeme, aile reisi olma, yüksek öğrenim görmüş olma, taşınmaz mal ile iş yerinin ve ikametgahın ayrı yerlerde olması gibi durumlar birden çok oy (çok sayılı oy)²⁷ ya da birden çok seçim çevresinde (kat sayılı oy)²⁸ oy kullanmanın gerekçesini oluşturmaktaydı. Örneğin, 1893 yılında Belçika'da otuz beş yaşında, evli ve çocuk sahibi vatandaşlar ile devlete yılda en az 5 Frank vergi ödeyenlere birden fazla oy kullanma hakkı Anayasa ile tanınmıştı. İngiltere'de, 1948 yılına kadar, bir kimse hem oturduğu yerde ve hem de, en az 10 Pount (sterling) değerinde bir iş yerine sahip olması koşuluyla, işyeri çevresinde oy kullanabilmekteydi. Fransa'da, Birinci Dünya Savaşı sırasında nüfus artışını özendirmek amacı ile aile reisine eşi ve çocukları için birer fazla oy kullanma hakkı tanınmıştı²⁹

Kimi kişilere birden çok oy kullanma hakkının tanınması daha kaliteli ve etkili temsil, ya da Fransa'da olduğu gibi, toplumun temelini oluşturan aileye oy hakkı tanınmalıdır, görüşüne dayanmaktadır.³⁰

Günümüzde kabul edilen ilke, "*bir adam bir oy*" (one man one vote), yani her seçmenin tek oyu olmasıdır.

Gizli Oy

Gizli oy, seçmenin oyunu zarflarken ve sandığa atarken yaptığı işlemlerin gizli olması, kullandığı oyun başkaları tarafından görülmemesi anlamına gelir. Gizlilik ilkesi, seçmenin hangi yönde oy kullandığını kimsenin bilmemesi, kapalı bir yerde kendi istenci ve tercihinine göre dış etkilerden uzak olarak tercihini yapması esasına dayanır. Seçmenin oyuna bağlı iradesinin serbestçe oluşması kadar, bu iradenin korkusuzca ve her türlü etkinin dışında sandığa yansması da önemlidir.³¹ Bu nedenle gizlilik, serbestlik ilkesinin uygulama araçlarından biridir. Türkiye'de, çok partili yaşama geçişte, ilk genel seçimlerde (1946), "*gizli oy, açık sayım*" yerine; "*açık oy - gizli sayım*" ilkesi uygulanmış ve bu nedenle de bu seçim, demokratik süreçte şaibeli (ayıplı) bir seçim olarak kabul edilmiştir. Halbuki demokrasilerde doğru olan "*gizli oy - açık sayım ve döküm*" ilkesidir. 1950 seçimlerinde gizli oy - açık sayım ilkesinin uygulanması dürüst ve güvenilir bir seçim yapılmasını sağlamıştır.

²⁷ Teziç, a.g.y. s. 250.

²⁸ A.g.e.

²⁹ *Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Uygulamalar*, TMMM Kütüphane ve Dokümantasyon Müdürlüğü, Yayın No: 5, s. 19.

³⁰ Bkz., Karamustafaoğlu, Tuncer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara 1970, s. 132.

³¹ Tanör B. - Yüzbaşıoğlu N., *Türk Anayasa Hukuku*, YKY, İstanbul 2001, s. 202.

Seçimlerin gizliliği ilkesinin gereği olarak ayların zarflara konulduğu özel kabinlerin iç kısımları görünmemelidir. Oy verme zarfları, kullanılan oy pusulasının rengini belli etmeyecek kalınlıkta ve renkte olmalıdır.

298 sayılı Yasa, sandık kurullarını, oy verme serbestliğini ve gizliliğini sağlayacak biçimde, yeteri kadar kapalı oy verme yeri hazırlamakla görevli kılmıştır. Seçmen, kapalı oy verme yerinde, sandık kurulu mühürünü taşıyan birleşik oy pusulasını kendi eliyle katlayıp, zamkı kenarına yapıştırır; birleşik oy pusulası kullanılmayan seçimlerde ilçe seçim kurulu ve sandık kurulu mühürlerini taşıyan zarflar kullanılır (m. 75, 77, 103). Yasada oy verme yerinin nitelikleri de belirlenmiştir. Yasaya göre, kapalı oy verme yeri, içerisi dışarıdan gözetlenemeyecek ve seçmenin, oy pusulasını inceleyip serbestçe zarflayabileceği biçim ve nitelikte olmalıdır (m. 76).

Genel Oy

Geneloy, yurttaşların, servet, eğitim, cinsiyet ya da ırk gibi kimi ayrımlara tabi tutulmaksızın oy kullanmaları anlamına gelmektedir. Ancak, geneloy, istisnasız her yurttaşın oy kullanması biçiminde algılanmamalı; makul ve demokratik ölçütlere uygun yeterlik koşullarına bağlı oy kullanma olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, bir seçimde, belirli bir yaşa gelmeyen, henüz çocuk sayılanlar ile özel görevli, olabildiğince sınırlı sayıda kimi kişilerin oy kullanamaması genellik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Avrupa'daki gelişim, başlangıçta, seçmenler topluluğunu olabildiğince dar tutmayı amaçlayan "Sınırlı Oy",³² anlayışından, XIX. yüzyıl sonlarına doğru, giderek, genel oy ilkesine geçiş yönünde oldu. XVIII. yüzyıldan itibaren güçlenen burjuva, sınırlı oy hakkı (kısıtlı oy) uygulamasıyla, XIX. yüzyıl sanayi devrimiyle giderek gelişen emekçi kitleleri olabildiğince siyaset sahnesinin dışında bırakmayı uygun görmüş, bu amaçla seçmen olabilmek için, belirli oranda vergi ödeme ya da taşınmaz sahibi olma (servet ölçütü); belirli seviyede eğitim yapmış olma (yetenek ölçütü), ya da okur yazar olma gibi koşullar aranmasının nedeni olmuştu. İşçi sınıfının güçlenmesi ve örgütlenmesi karşısında seçmen olabilmeye getirilen bu sınırlamalar XIX. Yüzyılın sonlarına doğru giderek kaldırıldı ise de; kadınların oy kullanamaması gibi cinsiyete, kimi ırkların seçmen olamaması gibi ırkçılığa bağlı koşullar XX. Yüzyılın ortalarına değin devam etmiştir.³³

³² Sınırlı oy, oy hakkının, toplumun ancak küçük bir bölümüne tanınmasıdır. Bu nedenle "geneloy" ilkesinin karşıtı sayılır. Tarihsel gelişim içinde oy hakkı, servete ve ödenen vergiye; yeteneğe; cinsiyete; ırk ayrımına bağlı bir yetki olarak düşünülmüştür.

³³ *Ana Britannica, Hürriyet Gazetesi*. C. 27, s. 270. Türkiye'de kadınlara oy hakkı, ilk kez 1930 Belediye Başkanlığı seçimlerinde tanındı; 1934'de Anayasa'da değişiklik yapılarak kadınlara seçme ve seçilme hakları verildi.

Günümüzde bu kısıtlamalar kaldırılmış olmakla beraber genel oy ilkesi, herkesin oy kullanması anlamına da gelmemektedir. Oy hakkı, yurttaşlık, belirli bir yaşa gelmiş olma, kısıtlı olmama, kamu hizmetlerinden yasaklı olmama, kimi suçlardan hüküm giymemiş olma, er ya da askeri öğrenci olmama gibi koşullarla sınırlıdır. Ancak seçme yeterliği için aranan bu koşulların bir hayli sınırlı ve dar bir alanda kalması genel oy ilkesine aykırılık oluşturmaz. Yurt dışındaki vatandaşlara da oy verme hakkı tanınması, genellik ilkesine uygun düşer.

Açık Sayım ve Döküm Esası

Açık sayım ve döküm, oyların sayımı ve sayılan oyların partilere göre dökümünün yapılması başka bir deyişle sandık seçim sonuçlarının tutanağa (döküm cetvellerine) geçirilmesi işleminin kamuya açık olarak yapılmasıdır. Bu uygulama, seçmen iradesinin belirlediği sonuçların gerçeğe uygun biçimde ve doğru olarak ilan edilmesini sağlar.

298 sayılı Yasa, oyların sayımı ve dökümüyle ilgili ayrıntılı bir düzenleme öngörmektedir (m. 95-107). Bu Yasa'ya göre, sayım ve döküm açık olarak yapılır. Oy verme yerinde hazır bulunanlar sayım ve dökümü takip ederler.

Yargı Yönetim ve Denetimi (Seçim Uyuşmazlıklarının Çözümü)

Seçim öncesi, seçim sırasında ve seçim sonunda çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi seçim hukukunun ayrı bir bölümünü oluşturmaktadır. Uygulamada seçimlerin yönetim ve denetimi ve seçim uyuşmazlıklarının çözümü ya meclise ya da yargıya bırakılmaktadır. Seçim uyuşmazlıklarının çözümünün meclislere bırakılmasının ulusal egemenlik ve parlamentonun üstünlüğü ilkesine daha uygun düştüğü söylenebilir.³⁴ Nitekim Belçika ve İtalya'da seçimler meclis tarafından denetlenmektedir. Fransa'da da, 1958 V. Cumhuriyet öncesinde seçimlerin denetimi meclis tarafından yapılmaktaydı.

Ancak, meclis yoluyla yapılan denetimlerde, denetim işine siyasi tercihlerin karıştırılması ve seçimlerle ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin yargısal işlevle daha çok bağdaşması gibi nedenler, seçimlerin, giderek, yargı yoluyla denetlenmesi ve seçimden doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin yargı yeri olması yönündeki görüşü güçlendirmiştir.

³⁴ Teziç, *a.g.y.* s. 280.

Çeşitli ülkelerdeki uygulamalar, daha çok, yargı yoluyla denetimden yana gelişim göstermektedir. Fransa'da V. Cumhuriyet Anayasası'na göre seçim uyumsuzlukları Anayasa Konseyi tarafından karara bağlanmaktadır (m. 59). Federal Alman Anayasası'na göre ise, seçimle ilgili ilk itirazlar Federal Meclis'e yapılmaktadır. Ancak, bu Meclis'in verdiği seçimle ilgili kararlara karşı Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu açıktır, nihai karar bu mahkemece verilmektedir (m. 41). Avusturya'da aynı yetki Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmaktadır (m. 141).

Türkiye'de 1954 yılına kadar seçim tutanaklarını inceleyip kesin karara bağlama yetkisi TBMM'ye aitti. Meclis bu yetkisini, 16.2.1950 günlü, 5545 sayılı Miletvekili Seçimi Yasası'na göre kurulan Yüksek Seçim Kurulu'nun verdiği raporu esas alarak kullanılmaktaydı. İlk kez, 1954 yılında çıkarılan 6272 sayılı Yasa ile seçim tutanaklarını inceleme ve kesin karara bağlama yetkisi Yüksek Seçim Kurulu'na başka bir deyişle yargısal bir kuruluşa verilmiştir. Daha sonra 1961 ve 1982 Anayasaları, Yüksek Seçim Kurulu'nu anayasal bir kurum durumuna getirmiş (m. 75, m. 79), seçimlerin yargı yönetim ve denetiminde yapılmasını öngörmüşlerdir (m. 75, 67).

Seçim Kurulları

Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen kütükleri Hakkındaki 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Yasa'ya göre, seçim işleri seçim kurullarınca yürütülür. Valiler, kaymakamlar, belediye başkanları, muhtarlar ve bütün kamu görevlileri her türlü seçim işleri ve seçmen kütükleri yazımında, seçim kurullarının istediği bilgi ve belgeleri, gecikmeden ve süresinde ve doğru olarak göndermeye mecburdurlar (m. 9).

Ankara'da bir Yüksek Seçim Kurulu, her seçim çevresinde bir il seçim kurulu, her ilçede bir ilçe seçim kurulu ve seçim bölgelerine konulacak her sandık için bir sandık kurulu bulunur.

İl merkezlerinde, ayrıca bir merkez ilçe seçim kurulu kurulur.

Son nüfus sayımına göre nüfusu 200.000'i aşan ilçelerde, köy ve mahalle sınırları (seçim bölgeleri) esas alınarak ve mümkün olduğu oranda nüfus sayısındaki eşitlik gözetilerek, birden fazla ilçe seçim kurulu kurulur (298/m. 10).

Yüksek Seçim Kurulu (YSK)³⁵

Yüksek Seçim Kurulu, 1961 Anayasası'yla anayasal kurul haline geldi. Yeni şekliyle Anayasa ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Yasa'yla kuruldu. 1982 Anayasası'nda da aynı yapıyla yerini korudu (m. 79).

1982 Anayasası'na göre, yüksek Seçim Kurulu (YSK), seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğüyle ilgili bütün işlemleri yapmak ve yaptırmakla, seçim süresince ve seçimden sonra seçimle ilgili tüm yolsuzluk, yakınma ve itirazları incelemek ve kesin karara bağlamakla ve TBMM üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etmekle görevlidir. YSK kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamaz (m. 19). Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların halkoyuna sunulması işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur.

YSK, yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurulu'nca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyuyla seçilir. Bu üyeler, bir başkan ve bir başkan vekili seçerler. YSK'ya, başkan ve başkan vekili hariç, Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır. YSK Başkanı ve Başkan vekili ad çekmeye katılmazlar (Anayasa m. 19).

YSK üyelerinin görev süreleri altı yıldır, süresi bitenler yeniden seçilebilir.

YSK'nın ve öteki seçim kurullarının görev ve yetkileri 298 sayılı Yasa'yla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (m. 11-14).

İl Seçim Kurulları

Her seçim bölgesinde bir il seçim kurulu kurulur. İl seçim kurulları, illerde, iki yılda bir Ocak ayının son haftasında, il merkezinde görev yapan en yüksek dereceli üç yargıçtan kurulur. Derecesi en yüksek olan başkan olur. Kurulun yargıçlardan iki de yedek üyesi vardır. Bu kurul iki yıl görev yapar.

³⁵ Yüksek Seçim Kurulu, ilk kez, 16.2.1950 günlü, 5545 sayılı Milletvekili Seçimi Yasası'na göre altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarının kendi üyeleri arasından seçtikleri onbir kişiden oluşacak şekilde kurulmuştur (m. 120). Bu Kurul'un, milletvekili tutanaklarına vaki itirazlarda, Meclise rapor vermekle sınırlı yetkisi, 17.2.1954 günlü 6272 sayılı Yasa'yla kesin karar verme yetkisine dönüşmüştür.

İl Seçim Kurulunun Görevleri

Bu kurul, il seçim çevresi içersinde seçimin düzenle yürütülmesini sağlamak gereken önlemleri alır, seçim işlerini denetler; ilçe seçim kurullarının kuruluşuna, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılan itirazları inceleyer ve derhal karara bağlar (298/ m. 16); ayrıca yasanın kendisine verdiği öteki görevleri yerine getirir.

İlçe Seçim Kurulları

Her ilçede, iki yılda bir Ocak ayının son haftasında bir başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden oluşan bir ilçe seçim kurulu kurulur. Bu kurul iki yıl süre ile görev yapar. ilçedeki en yüksek dereceli yargıç bu kurulun başkanıdır. İlçede aynı derecede birkaç yargıç bulunduğu takdirde en kıdemlisi, kıdemde eşitlik halinde en yaşlısı kurula başkanlık eder.

İlçe seçim kurulunun dört asıl, dört yedek üyesi siyasal partilerden yasada belirtildiği biçimde alınır. Öteki iki asıl, iki yedek üye, durumu yasada belirtilen koşullara uyan devlet memurları arasından ad çekme ile belli edilir (298/m. 19).

İlçe Seçim Kurulunun Görev ve Yetkileri (m. 20):

- İlçede seçimin düzenli yürütülmesini sağlar, bu amaçla gereken önlemleri alır, seçim işlerini denetler;
- Sandık kurullarının oluşumun, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılan itirazlarını inceleyerek karara bağlar.
- Yasada gösterilen öteki işleri yapar.

İl ve İlçe Seçim Kurullarındaki Siyasal Parti Temsilcileri

Son milletvekili genel ve ara seçimlerinde yasama meclisinde seçilmiş en az bir üyeye sahip olan ve YSK'ca 298 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin dördüncü bendi gereğince tespit ve ilan edilen siyasal partilerden birer temsilci il ve ilçe seçim kurullarında bulundurulur. Bu temsilciler kurulun tüm çalışmalarına ve görüşmelerine katılırlar, ancak oy kullanamazlar (m. 11).

YSK, il ve ilçe seçim kurulları başkan ve üyeleri görevlerine başlamadan önce kurul önünde yansızlık andı içerler (298/m. 21).

Sandık Kurulu (298/m. 21-26)

Sandık kurulu, bir başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden kurulur. İlçe seçim kurulu başkanı, ilçe seçim kuruluna siyasi partiler dışından getirilen asıl üyelerle görüşerek, sandığın kurulacağı seçim bölgesinde ya da dışında "iyi ün" sahibi olmakla tanınmış, okur-yazar kimseler arasından, seçim bölgesine bağlı her sandık için birer kişi olmak üzere liste düzenler. İlçe seçim kuruluna siyasal partilerden seçilmiş asıl üyelerden her biri de, belirtilen süre içerisinde birer liste düzenleyerek başkanlığa verirler. Düzenlenen listelerde her sandık için adı önerilen başkan adayları arasında kura çekilerek sandık kurulu başkanları belirlenir (298/m. 22).

İlçe seçim kurulu başkanı, ayrıca, sandık kurulu üyelikleri için, son milletvekili genel seçimlerine o seçim çevresinden katılan, o ilçede örgütü bulunan ve ilçede en çok oy almış beş partiye, her sandık için birer asıl ve yedek üye adınının beş gün içinde bildirilmesini tebliğ eder. Noksanlık olması durumunda, öteki partiler arasında ad çekilerek eksiklik tamamlanır. Son olarak, sandığın bulunduğu mahalle ihtiyar heyeti ve ihtiyar meclisi asıl ve yedek üyelerinden ad çekme ile iki kişi seçilir, ilk seçilen asıl ötekisi yedek üye olur.

Siyasal partiler ve bağımsız adaylar, sandık başı işlemlerini takip etmek üzere birer gözlemci gönderebilirler.

Anayasa Yargısı Yoluyla Denetim

Seçim sistemlerinin ve ilkelerinin bir başka denetim yolu, anayasa yargısı yoluyla yapılan denetimdir. Anayasa Mahkemesi seçim yasalarını ve seçim yasalarının dayandığı temel hak ve özgürlükler rejimiyle ilgili yasaları Anayasa'ya uygunluk yönünden incelerken bu denetimi geniş kapsamda yapar.³⁶ Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda, konuya temel hak ve özgürlükler yönünden de bakar. Mahkeme, saptanan seçim gününün siyasal partilere yeterli hazırlık olanağı verip vermediği, seçim öncesi propaganda süresinin makul genişlikte olup olmadığı, partilerin kamusal kitle iletişim araçlarından yararlandırılmalarında eşitliğe ve adalete uygun bir denge kurulup kurulmadığı, hazineden para yardımı yapılmasında adaletli ölçütler kullanılıp kullanılmadığı gibi konuları değerlendirirken sistemi, anlatım özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğü gibi özgürlükler rejimi yönünden de irdeler. Böylece seçim sisteminin, Anayasa, demokrasi ve hukuk devleti ekseninde işlerliğini sağlar.

³⁶ Daver, *a.g.m.*, s. 137.

Anayasa Mahkemesi (AYM)nin Seçimle İlgili Kararları

• Anayasa Mahkemesi, seçim gününün, yasa yerine, TBMM'nin kararıyla saptanmasını Anayasa'ya aykırı bulmuş, "yasa yerine karar yolunun seçilmesi denetimden kaçınma amacına yönelik bir davranış olarak yorumlanabilir" olarak nitelemiştir. Mahkeme, aynı kararda, büyükşehir belediyesi kurulmuş olan yerlerde büyükşehir belediye başkan adaylarının ortak oy pusulalarında birlikte gösterilmelerini serbest oy ilkesiyle bağdaşmaz, seçme ve seçilme özgürlüğünü zedeler nitelikte kabul etmiştir.³⁷

• AYM, seçimlerde propaganda süresinin yirmi bir günden on güne indirilmesini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulmamış; aynı kararda, 10.9.1987 günlü, 3403 sayılı Yasa'nın, küçük partiler aleyhine işleyecek, "altı milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde bölme işlemi bir ekşiğiyle yapılır." kuralını incelerken, yasa koyucunun, bölme işlemlerindeki belirlemesi ile tercih ve takdirlerini güçlü partilerden yana koymasını ve "nispi temsil sistemi"nin temelini oluşturan "adalet" ilkesi yerine çoğunluk sisteminin dayandığı "istikrar" ilkesine ağırlık vermesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.³⁸

• Mahalli İdareler Seçim Yasası'yla, Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkındaki Yasa'yla getirilen onda birlik indirimli baraj uygulanmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Aynı kararda, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri seçimine katılan siyasi partilere "radyo ve televizyon yolu ile propaganda yasağı" getirilmesini de Anayasa'ya aykırı görmemiştir.³⁹

• AYM, seçim gününün en çok altı aylık bir gecikmeye neden olacak biçimde geri bırakılmasını "makul ve kabul edilebilir" bir süre kabul etmiştir.⁴⁰

• AYM'ye göre, Anayasa, siyasal partilere devletçe yardım yapılmasına ilişkin kural öngörmediğine göre, bu yardım yapılabilir.⁴¹

A YM, hakkında görevleriyle ilgili soruşturma ve kovuşturma açılması nedeniyle İçişleri Bakanı tarafından görevinden geçici olarak uzaklaştırılan belediye başkanı yerine aynı bakanlıkça, Meclis üyeleri arasından geçici bir

³⁷ AYM'nin 14.6.1988 günlü, E. 1988/14, K. 1988/18 sayılı kararı, AYMKD, S. 24, s. 252-272.

³⁸ AYM'nin 9.10.1987 günlü, E. 1987/23, K. 1987/27 sayılı kararı, AYMKD, S. 23, s. 367.

³⁹ AYM'nin 1.3.1984 günlü, E. 1984/1, K. 1984/2 sayılı kararı, AYMKD, S. 23, s. 161.

⁴⁰ AYM'nin 21.4.1992 günlü, E. 1992/17, K. 1992/30 sayılı kararı, AYMKD, S. 28/1, s. 369.

⁴¹ AYM'nin 6.7.1989 günlü, E. 1988/39, K.1989/29 sayılı kararı, AYMKD, S. 26, s. 17.

başkan görevlendirilmesini demokratik hukuk devleti ilkesiyle ve devletin demokrasiyi koruma amacıyla bağdaşmaz bulmuştur.⁴²

SONUÇ

Dürüst ve adil seçimler, demokrasinin, çoğunluk istencinin belirlenmesi “çoğunlukçuluk”, farklı görüşlerinin özgürce ortaya atılabilmesi ve azınlığın da kendilerini ifade edebilmesi “çoğulculuk” ve siyasal kararların alınmasına halkın katılımı anlamındaki “katılımcılık” ilkelerinin yaşama geçirilmesinin aracıdır. Demokrasilerde çoğunluk iktidarı, azınlığın, hukuka dayalı iktidar olma yollarını kapamamalıdır.

Yargı gözetim ve denetiminde yapılması seçimlere, seçim yargısı yoluyla hukuksal güvence sağlar. Demokratik ilkelere uygun ve meşruiyet temeline dayalı seçimler, toplumsal barışı sağlamanın da en etkili yollarından birisidir. Siyasal partiler, seçim öncesi etkinlikleriyle, halkı doğru bilgilendirerek; aday göstererek ve adil ve dürüst seçimlerin gerçekleşmesini sağlayarak kamusal hizmet sağlarlar.

⁴² AYM'nin 13.6.1988 günlü, E.1987/22, K.1988/19 sayılı kararı, AYMKD, S. 24, s. 284.

YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA GÖRE EL KOYMA KORUMA TEDBİRİ

Doç Dr. Hakan HAKERİ*

TANIM

Bir koruma tedbiri olarak el koyma, rıza bulunmayan hallerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir (2001 Tasarısı, 91. madde gerekçesi). İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri rıza ile verildiği takdirde muhafaza altına alınacaktır (CMK 123/1).

TEMEL YENİLİKLER

El koyma bakımından yeni kanunumuzda ne tür yenilikler yapıldığına bakıldığında, CMK' da getirilen en önemli değişiklik olarak eşya müsaderesinin yanı sıra kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine de el konulması olanağının sağlanması olduğu görülmektedir. İkinci olarak, "taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma" da 4422 sayılı Kanun'dan sonra ilk defa Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan bir koruma tedbiridir (CMK 128).

Bunların dışında, diğer önemli bir yenilik "içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi"ne ilişkin 125. maddede getirilmiştir. Bu hüküm çok radikal bir adımı ifade etmektedir. Gerçekten de, önceki kanunumuzun "teslim olunmayacak vesikalar" başlıklı 88. maddesinde "resmi dairelerde saklı evrakın ifşasının memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edildiği takdirde, bu evrakın tesliminin istenemeyeceği, bu beyan yeterli görülmediği takdirde ilgili bakanlığa müracaat olunabileceği" hükme bağlanmaktaydı. 2001 Tasarısı'nda da bu konuda

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

ilgili bakanın bu konudaki bildirimini üzerine belgelerin verilmesine veya gösterilmesine karar verilemeyeceği şeklinde bir hüküm sevk edildikten sonra, mahkemenin bu belgelerin davanın sonuçlandırılması bakımından zorunlu olduğu hallerde Başbakanlığa başvurabileceği açıklanmaktaydı. Dolayısıyla 2001 Tasarısı'nda 1412 sayılı Kanun'dan içerik olarak farklı bir hüküm bulunmamakta, sadece yetkili amir konusunda farklı bir hüküm sevk edilmektedir.

Şeffaf bir hukuk devleti olmanın bir sonucu olarak hukuk sistemimizde önemli bir reform olarak değerlendirdiğimiz bu madde gereğince *"bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz"*. Bu hükmün nedenlerinden birisi Susurluk olayı ile devlet içinde bulunan bazı oluşumlar ile banka satışlarında yaşanan ve önemli devlet görevlilerinin de karıştığı bazı olaylarda, bazı bakanların devlet sırrı gerekçesiyle açıklama yapmamalarıdır. Böylece bu belgeler mahkemeye karşı saklı tutulamayacak, mahkeme ise sadece suçu aydınlatmaya yönelik bilgileri tutanağa kaydettirecektir. Ne var ki, her suç bakımından bu hükmün uygulanmasını önlemek bakımından, ancak hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak bu hükmün uygulanması benimsenmiş bulunmaktadır.

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma konusu da daha önce 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmaktaydı. Kanun'un 128. maddesindeki düzenlemede ise bu koruma tedbirinin uygulanacağı suçlar katalog olarak sayılmıştır. Bu hükmün 3 ve 4. fıkralarının şekillendirilmesinde de Alman CMK 111/c hükmünden yararlanılmıştır.

128. madde ile ilgili olarak belirtilmesi gereken husus, taşınmaz, hak ve alacaklara ancak şüpheli veya sanığa ait olmaları halinde el konulabileceğidir. Ancak bu taşınmaz, hak, alacak veya diğer malvarlığı değerleri şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi el koyma işlemi yapılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, bu değerlerin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde olsa dahi, el koyma işlemi için bunların şüpheli veya sanığın mülkiyetinde olması gerekmektedir. Bu itibarla Adalet Komisyonu raporundaki *"bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmektedir"* şeklindeki ifade yanlıştır.

Bir diğer yenilik, postada el koyma bakımından resmi kuruluşların dışında, her türlü özel kuruluşta bulunan gönderilere de el konulma olanağının sağlanmış bulunmasıdır (CMK 129). Böylece kargo şirketleri gibi ku-

rumlardaki gönderilere de el konulabilecektir. Aynı şekilde otobüs seyahat firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere de el konulması mümkündür. Fakat özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kapsamında kabul edilemeyecektir. El koyma bakımından gönderinin ticari amaçla teslim edilmiş veya taşınmış olması gerekmemektedir.

2001 Tasarısı'nın postada el koymaya ilişkin 96. maddesinde "*postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla*" gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderilenden bahsedilirken, kanunumuz bu tür el koymanın konusu olarak sadece "*gönderiler*"i düzenlemiştir. Böylece elektromanyetik araçlarla gönderilmiş yazı, belge ve diğer gönderiler iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine tabi olacaktır. Bu kapsamda faks ve elektronik posta örnek olarak verilebilir.

130. maddede düzenlenen "*avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma*" koruma tedbiri ise 2001 Tasarısı'nın 101. maddesinden aynen alınmıştır. Maddede avukat bürolarında arama, el koyma ve avukatlarla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin belge ve varakalara el koyma ile ilgili işlemler ayrı ve genel hükümlerden farklı usullere ve özel hükümlere bağlanmış bulunmaktadır. Bunun nedeni, "*savunma hakkını sağlam tutmaktır. Avukat ile müvekkili arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki sırlarının korunmasının temel koşuludur*" (2001 Tasarısı 101. madde gerekçesi). Esasen maddenin görüşmeleri sırasında gerek Adalet Komisyonu'nda gerekse Genel Kurul'da avukat bürolarındaki ve postadaki evraka hiçbir şekilde el konulamaması yönünde görüşler ileri sürülmüş ise de, bu görüşler kabul görmemiştir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111e/3 maddesinde "*el koyma işlemi suçtan zarar görene, bilinmesi veya muhakeme sürecinde tanınması durumunda gecikmeksizin bildirilir*" denmektedir. Bu hüküm 127. maddenin 5. fıkrasında şu şekilde ifadesini bulmuştur: "*El koyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir*". Böylece mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti hakkında bilgi sahibi olması istenmiştir. Nitekim 131. maddenin ikinci fıkrasına göre, "*128. madde hükümlerine göre el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir*". Ayrıca CMK 141/1j "*eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen*" kimselerin tazminat hakkı olduğunu belirtmektedir. Bu hakkın kullanılabilmesi için de bildirim gerekli görülmüştür.

Mağdurun bilinmemesi halinde bildirim yapılamayacaktır.¹ Ancak bu durumun kötüye kullanılmaması ve mağdurun tespiti yönünde gerekli çabaların gösterilmesi gerekmektedir.

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/5. maddesi hükmü gereğince bildirme işlemi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılacaktır. Alman hukukunda yönetmeliğimizde olduğu gibi bildirim daima savcılıkça yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi (Löwe-Rosenberg/Schäfer), davanın açılmasından sonra bildirim mahkeme tarafından yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.²

Bildirim, el koyma kararının infazından sonra yapılacaktır. Zira Kanun el koyma kararının değil, el koyma işleminin bildirilmesinden bahsetmektedir.

Bildirim kanunumuza göre "gecikmeksizin" yapılacaktır. Bildirimin başarısız kalacağı veya bildirim masraflarının el konulan şeyin değeriyle oranısız olarak yüksek olacağı anlaşıldığında bildirimden vazgeçilebilir.³

CMUK'un 103. maddesinde "mağdurdan alınan eşyanın iadesi" düzenlenmişti. 2001 Tasarısı'nın 106. maddesinde ise "geri verilmesi gereken şeyler" başlığı altında şüpheli, sanık, mağdur veya üçüncü kişilerden alınmış şeylerin geri verilmesine ilişkin bir hüküm sevk edilmişti. CMK da Hükümet Tasarısı gibi, CMUK'tan farklı olarak, sadece mağdurdan alınan eşyanın değil, şüpheli, sanık, üçüncü kişilerden alınarak el konulmuş eşyanın da iadesini düzenlemiş bulunmaktadır. Böylece özellikle suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu (TCK 165) dolayısıyla kuyumculardan alınan "emsal altın"ın, soruşturma için bir önemi kalmadığı hallerde de adliyenin eli altında bulundurulmaya devam edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanarak, mülkiyet hakkının ihlaline neden olunması önlenmek istenmiştir (2001 Tasarısı 106. madde gerekçesi).

Suç Eşyası Yönetmeliği'ne göre, "geri verilmesine karar verilmiş olup da sonuçları açıklanan usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli milli bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak faizli bir hesaba yatırılır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hakimidir. Satışın şekli ve satış için emanet memuru yanında kimlerin görevlendirildiği kararda gösterilir. Satış için yapılan bütün masraflar

¹ Meyer - Goßner, *Strafprozessordnung*, 47; B., München 2004, §111e, kn. 14.

² Meyer - Goßner, §111e, kn. 13.

³ Meyer - Goßner, §111e, kn. 14; Pfeiffer, *Strafprozessordnung*, 5. B., München 2005, §111e, kn. 3.

satış bedelinden karşılanır. Satılacak suç eşyasının değerinin, satış masraflarını karşılamayacağı bu işlemler sırasında anlaşılması halinde, satışa karar veren hakimın kararı üzerine” eşya imha edilir (m. 19).

1412 sayılı CMUK ile 2001 Tasarısı’nda yer almayan bir hüküm ise 132. maddede düzenlenmiş bulunan ve esas itibarıyla Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111/c ve 111/l maddelerinden esinlenilerek şekillendirilmiş bulunan *“el konulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması”*dır. Buna göre, *“el konulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir”*. Suç Eşyası Yönetmeliği’nin 14. maddesine göre, *“Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme tarafından emanet eşyasının elden çıkarılmasına ilişkin verilen kararlar, dosyadaki emanet makbuzu ile birlikte en geç iki gün içerisinde Cumhuriyet Başsavcılığı’na tevdi edilir.”* Cumhuriyet Başsavcılığı’nca bu kararlar, suç eşyasının elden çıkarılmasını temin amacıyla emanet memurluğuna gönderilir. Suç eşyasının elden çıkarılmasına, teminat ya da rayiç değerinin ödenmesi karşılığında karar verilmiş ise, bunun mahallin en büyük mal memurluğuna yatırıldığına dair makbuz ya da belge evraka eklenir. Aynı yönetmeliğin 9/son maddesine göre de, *“bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine mahkum edilen sanıktan alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır”*. Benzer işlemler suç eşyasının iadesi bakımından uygulanır.

132. madde gereğince elden çıkarılabilecek şeyler imha edilmesi gerekemeyen şeylerdir. Delil olarak el konulmuş eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi varsa, eşya elden çıkarılmadan önce fotoğrafını çekme, şahitlere gösterme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi delil değerini muhafaza etmek amacına yönelik tedbirlerin alınması gerekir. Eşyanın elden çıkarılması durumunda elde edilen değer, eşyanın yerine geçer.⁴ Dolayısıyla muhakeme sonunda müsadere kararı verilecek olduğunda, bu değerın müsaderesine hükmolunmak gerekir.

132. maddenin 1. fıkrası gereğince yapılacak *“elden çıkarma”* işlemi, ancak aynı maddenin son fıkrası gereğince ilgiliye teslimin mümkün olmaması durumunda yapılmalıdır. Orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak, ilgiliye teslimin koşullarının gerçekleştiği takdirde artık elden çıkarma yoluna başvurulmamalıdır.⁵ Bu itibarla delil değeri kalmayan ve zarara uğraması ya da değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin bulunduğu eşyalar ilgisinin rayiç değerini ödemesi halinde, ilgisine teslim edilmelidir.

⁴ Meyer-Gofsmar, §1111, kn. 1, 3.

⁵ Pfeiffer, §1111, kn. 2.

Yine yeni bir hüküm de, şirket yönetimi için kayyım tayinidir (CMK 133). Bu hüküm Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ilk defa düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hükmün CMK Bilim Komisyonu ile Adalet Komisyonu'ndaki şeklinde katalog belirlenmemiştir. Maddenin 4. fıkrasında yer alan katalog Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında eklenmiştir.

Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koymaya ilişkin 134. madde de yeni bir hükümdür. Bu hüküm ile amaçlanan husus, bilgisayarların içeriğine ulaşılmasının olanaklı olduğu hallerde, tümüne el konulmasının önüne geçmektir. Maddenin Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında, sadece şifreleme dolayısıyla girilememesi değil, ayrıca bazı silinmiş kayıtlara ulaşılabilmesini temin açısından *"gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde"* ifadesi eklenmiş bulunmaktadır.

Bilgisayarlara şifre dolayısıyla girilememesi dolayısıyla el konulması halinde de, gerekli çözüm yapıldıktan sonra el konulan cihazların gecikme olmaksızın iade edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

DİĞER DEĞİŞİKLİKLER

El koyma kararını gerek 1412 sayılı Kanun'a göre gerekse yeni kanuna göre hakim verecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bütün kanun ve tasarılar savcıya yetki verilmekte, fakat 1412 sayılı Kanun'da kolluğun da el koyma işlemini yapabilmesine imkan tanınırken, bu olanak 2001 Tasarısı'nda daraltılarak savcı veya kolluk amirinin yazılı emri koşulu getirilmiş, Bilim Komisyonu'nda hazırlanan metinde ise kolluğa verilen yetki daha da daraltılarak sadece savcının vereceği yazılı emir ile adli kolluk görevlilerinin el koyma işlemini gerçekleştirebilecekleri hükmü sevk edilmiştir (m. 127/1). Adalet Komisyonu'nda da *"kolluk amirlerinin yazılı emri ile el koyma hükmü, Anayasa'nın 20 ve devamı maddelerinde yapılan düzenlemeye paralel olarak ... metinden çıkarılmış"*tır gerekçesiyle bu haliyle kabul edilen madde kanunlaşmış, ancak kanunun 1 Nisan'da yürürlüğe girişinin ertelenmesinden sonra yapılan hazırlıklarda 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı CMK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesi ile *"gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın, Cumhuriyet Savcısı'na ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri"*nin de el koyma işlemini gerçekleştirebileceği hükmü konulmak suretiyle, uyum yasaları çerçevesinde Anayasa'da yapılan değişiklikler göz ardı edilerek ve hatta 2001 Tasarısı'nun getirmiş olduğu düzenlemenin de gerisine gidilmek suretiyle *"Cumhuriyet Savcısı'na ulaşılamayan hal"* gibi

günümüz Türkiye’inde fiiliyatta çok nadir hallerde gerçekleşebilecek olan bir hal kabul edilerek kolluk görevlilerine de el koyma yetkisi tanınmıştır. Umarız “savcıya ulaşılamayan hal” istisnaen gerçekleşecek bir durum olarak kalır ve kural haline dönüşmez. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, kanun savcıya ulaşılamamasından bahsetmektedir; bu itibarla, savcıya ulaşılmamasına rağmen savcının bu hüküm gereğince kolluk amirini yetkili kılması yasaya aykırı olur.

Gerek 1412 sayılı Kanun ve gerekse 2001 Tasarısı hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminde ilgili kişi veya onun ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri hazır bulunmamış veya bunlardan biri veya avukatı hazır bulunup da el koyma işlemine açıkça karşı çıkmışsa el koyma işlemi yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerektiğini açıklamaktaydı. CMK ise hakim kararı olmaksızın yapılan tüm el koyma işlemlerinde işlemin hakim onayına sunulması gerektiği yönünde hüküm sevk etmiştir. Böylece ilgili kişinin veya hısımının hazır bulunmaması veya itiraz etmiş olması gibi ek koşullar aranmaksızın hakim onayı gerekliliği konulmuştur (m. 127/3).

Bilim Komisyonu’nda “Bilgisayar Sistemlerinde Veri Taraması ve Karşılaştırması” başlıklı aşağıdaki hüküm 135. madde olarak benimsenmişti. Ancak madde kanunlaşmamıştır. Ülkemiz bakımından bir ihtiyaç olduğunu düşündüğüm ve benzerleri yabancı ülke kanunlarında bulunan hüküm şöyleydi:

“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, Cumhuriyet Savcısı’nın istemi üzerine, kamu kurum ve kuruluşları veya özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait bilgisayar sistemlerinde kayıtlı verilerin taramasının ve karşılaştırmasının yapılmasına, bu kayıtlardan kopya çıkarılmasına, kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine, hakim tarafından karar verilebilir.

(2) 1. fıkra hükmü ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

a. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan,

- 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80),*
 - 2. Çevrenin kasten kirletilmesi (1. fıkra hariç, m. 181),*
 - 3. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188),*
 - 4. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, m. 220),*
 - 5. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282),*
 - 6. Silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315),*
- suçları,*

b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları,

c. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar,

d. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

(3) 1. fıkra hükmü,

a. Devlet sırrı niteliğindeki bilgiler,

b. Tanıklıktan çekinebilecek kişilere ait bilgisayar sistemlerindeki bilgiler, hakkında uygulanmaz.

(4) *Tarama ve karşılaştırma işlemleri sonucunda elde edilen veriler, soruşturma bakımından ihtiyaç duyulmadığının anlaşılması halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın denetiminde derhal yok edilir ve bu husus, dosya içerisinde muhafaza edilmek üzere bir tutanağa bağlanır".*

Son olarak, 2001 Tasarısı'nın 111. maddesinde düzenlenmiş olan arama, kopyalama ve el koyma konusunda başka ülkelerin işbirliğine gereksinim olduğu takdirde uluslar arası adli yardımlaşma kurallarına göre bu tedbirlerine başvurulacağına ilişkin hüküm, Bilim Komisyonu'nda bu konuda böyle bir hükme ihtiyaç bulunmadığı ve genel kurallara göre adli yardımlaşmanın mümkün olabileceği düşüncesiyle metinden çıkarılmıştır.

KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARININ HUKUKİ BOYUTU

Yrd. Doç. Dr. Melikşah YASİN*

GİRİŞ

Ülkemizde “Kentsel Dönüşüm”ün hukuki bir kavram olarak kullanılmasının oldukça yeni olduğu söylenebilir. Bu çalışmada, şehirleşme olgusunun birlikte getirdiği çok sayıda sorunun çözümünde “*anahtar bir rol*” üstlenebilecek kentsel dönüşüm kavramının hukuki boyutu üzerinde durulacaktır. Kentsel dönüşümün amacı, uygulama alanları tespit edilerek, kentsel dönüşümün hukuki araçları ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar incelenecektir.

I. KENTSEL DÖNÜŞÜM KAVRAMI

A. Tanım

Kentsel dönüşüm, yeniden geliştirme, yenileme, yeniden canlandırma, yeniden üretme kavramları, ABD ve İngiltere de çok gelişmiş şehirlerin sürekli rahatsızlık veren kentsel sorunlarının çözümü için geliştirilen hükümet politikalarını ifade etmek için kullanılmaktadır.¹ Kentsel yenilenme, “*Kamu girişimi ya da yardımıyla, yoksul komşulukların temizlenmesi, yapıların iyileştirilmesi, korunması, daha iyi barınma, çalışma ve dinlenme koşulları, kamu yapıları sağlanması amacıyla, yerel tasar ve izlenceler uyarınca, kentleri ve kent özeklerinin tümünü ya da bir bölümünü, günün değişen koşullarına daha iyi çevre verebilecek duruma getirme*” şeklinde tanımlanmaktadır.² Çok genel bir

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi
e-mail: meliksahy@hotmail.com

¹ Lam, Kara, “Revitalisation From The Inside Out: The Attempts To Move Towards An Urban Renaissance In The Cities Of The United States And The United Kingdom”, *Connecticut Journal of International Law*, Fall 2003, s. 159.

² Ünal, Erol - Duyguluer, Feridun - Bolat, Ersin, *İmar Terimleri*, TODAİE Yay., Ankara 1998, s. 103.

ifade ile kentsel dönüşüm, şehirleşmenin beraberinde getirdiği sorunların çözümüne yönelik yenileme ve geliştirme projeleridir. Kentsel yenileşme, çeşitli nedenlerle eskimiş, yıpranmış, çöküntüye uğramış ya da bozulma süreci yaşamakta olan kentin önemli bir bölgesinin yeniden yaşama kazandırılması sürecidir. Bu süreç, kentin tarihi dokuları, terkedilmiş sanayi ve depolama alanları, kullanılmayan tersane, liman alanları ve konut alanlarını içermektedir.³ Şunu da ifade edelim ki, aşağıda açıklanacağı üzere, kentsel dönüşüm, sadece basit bir arazi kullanımı sorunu değildir. Aynı zamanda, sosyal, kültürel aktiviteleri, tüm şehri ve bölgeyi etkileyen sorunları da ele almaktadır.⁴

Kentsel dönüşüm kavramı ile yakından ilgili olarak “kentsel tasarım” kavramının açıklanması da yararlı olacaktır. Kentsel tasarım mimarlık, peyzaj mimarlığı ve şehir planlaması başta olmak üzere farklı meslek disiplinlerini birleştiren bir kavram⁵ olması nedeniyle çok farklı tanımları yapılmaktadır. Bu tanımlar içinde diğerlerine oranla daha kapsamlı bir tanım şu şekildedir: “Kentsel tasarım, sınırları belirlenmiş bir mekanın çevre kalitesini geliştirmeye yönelik, uygulama imar planının getirmiş olduğu genel ilkeler çerçevesinde, fiziksel bir müdahaledir. Bu fiziksel müdahale, kamusal alanların düzenlenmesi şeklinde ortaya çıkarken yaşanan çevrenin kalitesinin artırılması amacıyla özel mülkiyet alanlarına müdahale olarak da söz konusu olmaktadır.”⁶

Bu tanımlama ışığında, kentsel tasarımın, karar alma sürecinde, kentsel dönüşümden sonra geldiği, diğer bir ifade ile kentsel dönüşüm kararının gerçekleştirilmesi aracı⁷ olduğu söylenebilir. Örneğin; bir meydanın dönüştürülmesi sürecinde, meydana ne şekilde bir düzenleme yapılacağı kentsel tasarım projeleri ile belirlenir. Bu nedenle, kentsel dönüşüm ve kentsel tasarım birbirine bağlıdır.⁸

³ Karaman, Aykut, *Dönüşüm Projelerinde Kentsel Tasarımın Rolü*, Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu, MSÜ Yay. İstanbul 2003, s. 4.

⁴ Lam, s. 169.

⁵ Açmaz, Melda, “Kentsel Tarım ve Peyzaj Mimarlığı: Güllük Kıyı Bandı Kentsel Peyzaj Tasarımı Çalışması”, *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003, s. 358.

⁶ Yarar, Levent, “Kentsel Planlama Projelerinin Planlama Kademelenmesindeki Yeri”, *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003, s. 158.

⁷ Karaman, s. 4.

⁸ Kentsel tasarımın kentsel dönüşümle ilişkisi konusunda bkz., Ataç, Hatice, “Urban Design; A Key To Urban Regeneration”, *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003, s. 118 vd.

B. Kentsel Dönüşüm Kavramının Gelişimi

Kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamaları ülkemizde henüz yeni yeni gündeme gelmekle birlikte, Avrupa ülkeleri ve ABD’de uzun yıllar önce tartışılmış, yasal ve kurumsal bir yapıya kavuşturulmuştur.

İngiltere’de, II. Dünya Savaşı’ndan sonra, savaşta hava saldırıları ile yıkılan şehirlerin yeniden imarı önemli bir sorundu. Bu nedenle savaştan sonraki İngiliz hükümetlerinin önündeki en önemli konularından biri de şehirlerin fiziki yeniden inşasıydı. Bu süreçte halkın yaşayabileceği yeni konutlar inşa edildiği gibi, eski konutların yıkılması sağlandı. Çok sayıda ev yıkıldı ancak pek çok insan hiçbir zaman düşük kalitede yapılan konutlara yerleştirilemedi.⁹ Şehirler yeni altyapılarla daha izole hale geldi. Ancak, şehirlerin planlamasında ekonomik unsurların göz ardı edilmesi bu planlamanın başarısızlığına neden oldu. Zira yerleşim sorununun halledilmesi ile işsizlik ve ticaret gibi sorunların da doğal olarak çözüleceği varsayıyordu. Ancak, konut, işsizlik gibi şehir sorunlarının birbiri ile bağlantılı olmadığı ortaya çıktı. 1980’li yıllarda iktidara gelen muhafazakar hükümet, çözümü, girişim bölgeleri oluşturmakta buldu. Hükümet, bu bölgelerle, insanların yeni girişimlerde bulunmasını teşvik ederek, yeni iş sahalarının açılmasını, işsizliğin önlenmesini öngörüyordu. Ancak bu uygulama da, umulan sonucu vermedi, projenin maliyeti, elde edilen kazançla karşılaştırıldığında, umulandan çok daha sınırlı kaldı.¹⁰

Şehirleşme sorunları, Avrupa Konseyi tarafından da ele alınmış, Konsey 1981 yılında “*Urban Renewal*” adı altında bir kampanya başlatmıştır. Daha sonra adı, “*Urban Renaissance*” olarak değiştirilen kampanya, kentlerde yaşam koşullarının geliştirilmesi, kentlerin mevcut ve gelecekteki rollerinin tanımlanması ve ne olacağı tartışılması, kentsel yaşamın geliştirilmesi için mevcut yasaların uygulanması ve yeni yasal dayanaklar elde edilmesi, kentsel sorunlarla ilgili idari ve teknik yöntemlerin geliştirilmesi gibi temel ilkeler öngörmekteydi. Söz konusu kampanya, pek çok Avrupa kentinin yenilenmesine katkıda bulunmuştur. Seksenli yılların ortalarında, tüm Avrupa’da yeniden yapılanma üzerine bilimsel çalışmalar başlatılmış; 1987 tarihinde gerçekleştirilen Bellagio Konferansı, savaş sonrası kentlerinde yeniden yapılanmayı konu alan pek çok farklı disiplini bir araya getirmiştir. 1990 tarihinde Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından hazırlanan ve kentsel çevreyi ele alan “*Green Paper*”’ın katkısı ile, Batı Avrupa hükümetleri, kentsel planlamaya ilişkin kendi hedeflerini ortaya koymuşlardır. 1990’da yayınlanan bu rapor, 1993 tarihinde Çevre Departmanı tarafından yeniden

⁹ Lam, s. 163.

¹⁰ Lam, s. 165-166.

düzenlenerek, “Kent Merkezleri ve Yeniden Gelişim” başlığıyla yayınlanmıştır. Bu raporun oluşumunda, Hükümetin kentsel alanda yaşam koşullarını ve canlılığını sürdürme ve arttırma çabalarının büyük payı olduğu bilinmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde yürütülen kentsel dönüşüm çalışmaları 1994’te yapılan “Canlı ve Yaşanılır Kent Merkezleri: Mücadele Toplantısı”nı aynı yıl imzalanan Aalborg Sözleşmesi izlemiştir. Bu Sözleşme ile sürdürülebilir kentler oluşturmak üzere ölçütler belirlenmiş; yerel yönetimlere bu amacı gerçekleştirmede üstlenmeleri gereken roller tanımlanmıştır, Sözleşme bağlamında oluşturulan “Avrupa Sürdürülebilir Şehirler-Yerleşmeler Kampanyası” ile, tüm yerel yönetimler bu kampanyaya katılmaya davet edilmiş ve sözleşmeyi benimseyip imzalamaları öngörülmüştür.¹¹

ABD de ekonomi, endüstri ve iskan modellerinin değişimi, işçi ve toplulukların göçlerine neden oldu. 1920’li ve 1930’lu yıllarda, şehirlerin yoksul kenar mahallelerin sorunlarının çözümü için bu mahalleleri açıklığa kavuşturmak başlıca çözüm olarak kabul gördü. 1950’li yıllarda, “Kentsel Yenileşme” adı altında yeni gelişme yaklaşımı ortaya çıktı. Bu yeni yaklaşımla, eski moda yerleşimler yerine bilimsel planlama araçları kullanılarak modern, sağlıklı, ekonomik açıdan kullanılabilir mekanlar kurulması denendi. Düşük gelirli mahalleler, anayollar, konut ve yerel hizmetlerle geliştirildi. Bu yolla, halkın bu yeni mekanlara yerleşmesi teşvik edilerek kentsel yenileşme sağlanması hedeflendi. ABD sonraki yıllarda da kentsel yenileşme/gelişme amaçlı çalışmalar yapıldı.¹² ABD’de, şehirlerdeki fakirlik 1980 sonrası rahatsız edici boyutlara ulaşmış, ekonomik büyüme sırasında, şehirlerde yüksek oranda işsizlik, yoksulluk ve yaşam koşullarının kötüleşmesi gibi sosyal sorunlara yol açmıştı.¹³ 1980’li yılların başından itibaren vergi indirim gibi çeşitli teşviklerin uygulandığı “yatırım bölgeleri” programları uygulanmaya başlanmıştır. Zorlayıcı federal bir yasa olmamasına rağmen, eyaletlerin dörtte üçü bu tür programlar uygulamaya başladılar. Yatırım bölgelerinin, işsizliğin azalması ve yatırımların artmasına olumlu etkileri oldu.¹⁴

Ülkemizde kentsel yenileme sürecinin Avrupa ülkeleri ve Amerika’ya göre oldukça gerilerde seyretmekte, kentsel yenileme kavramı henüz yeni

¹¹ Özden, Pelin Pınar, *Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği*, <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/Turkce/Dergi/Sayi%2023-24/20.htm> , 2.7.2005.

¹² Lam, s. 166.

¹³ Ritegof, Peter, *Urban Revitalisation And Community Finance: An Introduction*, Peter R. Pitegof, University of Michigan Journal of Lap Reform, Spring-Summer 1994. s. 168.

¹⁴ Lam, s. 167-168.

yeni telaffuz edilmeye başlanmaktadır.¹⁵ Yukarıda açıklandığı üzere, Avrupa ülkeleri ve ABD’de uzun yıllardır üzerinde tartışılan, ilkeleri, yasal ve kurumsal yapılanması tamamlanan kentsel dönüşüm kavramı ülkemizde henüz yasal bir çerçeveye dahi kavuşmuş değildir. Şehirlerimizin içinde buldukları durum, yaşanan sosyal ekonomik ve kültürel sorunlar dikkate alındığında, kentsel dönüşüm uygulamalarının yaygın ve etkin şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal ve kurumsal yapılanmanın bir an önce gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır.

C. Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Amacı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, şehirleşme beraberinde çok farklı sorunlar getirmiştir. Şehirleşme olgusu, her ülkenin kendi tarihsel süreci içindeki olaylar ve gelişmelerle doğrudan ilgili olmakla birlikte, yarattığı sorunlar, hemen hemen aynı niteliktedir.

Bu sorunların bir kısmı, şehirlerin fiziki koşulları ile ilgilidir. Özellikle, şehirlerde yaşayanların konut, altyapı gibi ihtiyacının karşılanması ciddi bir sorun teşkil etmiştir. Nüfus artışı veya göçler, şehirlerde çok sayıda konut ve kamusal ihtiyaçların giderilmesine yönelik ortak mekanların ve sosyal donatı alanlarının üretilmesini zorunlu kılmıştır. Ancak, İngiltere örneğinde olduğu gibi, şehirlerdeki konut sorununun çözümü, diğer sorunları çözümünü sağlamamaktadır.¹⁶

Kentsel dönüşümün önemli amaçlarından biri de, şehirlerin zaman içinde eskiyen kısımlarının yeniden düzenlenmesi, değiştirilmesidir. Yapıların eskimesi, güvenlik açısından risk unsuru oluşturabileceği gibi, estetik açıdan da yenilenmesi gerekebilir.

Şehrin kültürel mirasının gelecek nesillere aktarılması, şehrin doğal, tarihi ve kültürel dokusunun korunması da kentsel dönüşümün en önemli amaç ve işlevlerinden biridir. Gerek kamusal mülkiyette bulunan gerekse özel kişilere ait tarihi eserler yasalar ile özel olarak koruma altına alınmakla birlikte, bunların yenilenmesi varlıklarının sürdürülmesi için zorunludur. Bu tür yenileme faaliyetleri, şehirlerin kimliklerinin korunması açısından son derece önemlidir.

¹⁵ Özden, Pelin Pınar, *Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği*, <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/Turkce/Dergi/Sayi%2023-24/20.htm> , 2.7.2005.

¹⁶ Lam, s. 165.

Şehirleşmenin doğurduğu sosyal sorunların ve ihtiyaçların giderilmesi amacıyla da dönüşüm/ gelişim projeleri yapılabilir.

Az gelişmiş şehirlerin gelişmesine katkıda bulunmak, sanayi ve ticaretin gelişmesi ve canlanmasını sağlamak da kentsel dönüşümün önemli işlevlerinden biridir.

Kentsel dönüşüm, bu olumlu işlevlerine rağmen, kimi zaman çıkar gruplarının amaçlarını gerçekleştirmek için de kullanılabilir. Özellikle kentsel dönüşüm adı altında yapılacak proje ve planların, belli gruplara menfaat temini amacıyla yönelebilir.¹⁷ Örneğin; büyük arazi sahiplerinin talepleri doğrultusunda verimli tarım arazilerinin sanayi bölgesi olarak tespit edilmesi gibi.

Kentsel dönüşüm aynı zamanda bir çevre sorunu olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Özellikle, sanayi bölgelerine ilişkin yenileşme projelerinde başlıca üç çevre sorunu ile karşılaşılabilir:

1. Endüstri kuruluşları tarafından kirletilen yerlerin düzeltilmesi (kirliliklerin giderilmesi için) yapılacak harcamanın bu yerlerin mülkiyet değerinden fazla olabilir,

2. Yeşil alanlarda endüstri faaliyetlerine izin vermek korunması gerekli yeşil alanların kirliliğine sebep olabilir,

3. Kent alanlarında yeni endüstri faaliyetlerine izin vermek, burada yaşayanlar açısından, çevresel haklara ilişkin toplumsal risklerin paylaşılmasında orantısızlığa neden olabilir.¹⁸

D. Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Kapsamı

Kentsel dönüşümün kapsamının belirlenmesi idarenin takdir yetkisindedir. Şüphesiz ki, bu yetkinin hukuk kurallarına uygun şekilde kullanılması gerekir. Kentsel dönüşüm, mevcut şehirlerin belli amaçlar doğrultusunda “dönüştürülmesi/yenilenmesi/değiştirilmesi” olduğuna göre, şehir sınırları içindeki herhangi bir alan, mahalle, semt kentsel dönüşümün konusu olabilir.

Bu başlık altındaki, özellikle şehir planlama uzmanlarının çokça kullandıkları “kentsel kamusal alan” kavramı üzerinde de durmak gerekir. Kentsel

¹⁷ McWilliams, A. Douglas, “Environmental Justice and Industrial Redevelopment: Economy and Equality”, *Urban Revitalisation, Ecology Law Quarterly*, 1994, s. 706.

¹⁸ McWilliams, s. 714.

kamusal alan kavramından anlaşılması gereken, halkın ortak kullanımına ayrılmış olan yerlerdir. Bu bağlamda, yollar, meydanlar, parklar, yeşil alanlar, sit alanları, kıyıları, alışveriş merkezleri, kültür merkezleri kentsel kamusal alan kapsamına girmektedir. Kamu malları teorisinde, hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar kategorilerine giren mallar kentsel dönüşüm projelerinin konusunu oluşturur.¹⁹ Ancak, özel mülkiyetteki taşınmazlar da kentsel dönüşüm ve tasarım projelerine konu olabilirler. Örneğin; Balat-Fener Kentsel Dönüşüm Projesi çerçevesinde, bu alanda kalan özel mülkiyetteki taşınmazlar da yenilenmeye tabi tutulmaktadır. Ayrıca, dönüşüm projelerinin amaçlarına göre, özel mülkiyetteki taşınmazlara bazı sınırlamalar, yükümlülükler getirilebilir. Deprem riskini ortadan kaldırmak amacıyla hazırlanacak bir dönüşüm projesi kapsamında kalan taşınmazların belirlenen kriterler çerçevesinde sağlaştırılması hatta gerektiğinde yıkılması istenebilir. Dolayısıyla, şehir planlamasında, sadece mülkiyeti idareye ait olan mallar değil ama bir yönüyle kamuyu ilgilendiren özel mülkiyetteki taşınmazlar, bu ilgileri ile sınırlı olmak üzere, kentsel dönüşüm ve kentsel tasarım konusu olabilirler. Ancak, hukuki açıdan, bu tür taşınmazları kamusal mal olarak nitelendirmemiz mümkün değildir.

II. KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN HUKUKİ BOYUTU

A. Kentsel Dönüşüm Amacıyla Kullanılabilecek Yasal Düzenlemeler

Kentsel dönüşüm kavramının hukuki bir kavram olarak kullanılması yeni olmakla birlikte, ülkemizde, kentsel dönüşümü sağlayacak kanunlar ve uygulamalar yapılmıştır. Aşağıda öncelikle bu yasal düzenlemeler kısaca aktarılacak ardından, doğrudan kentsel dönüşümü düzenleyen kanunlar üzerinde durulacaktır.

1. İmar Kanunu ve Planlama

Şehir planlaması, “*şehirseller yerleşmelerin, mevcut ve gelecekteki tabii, kültürel, iktisadi ve sosyal şartlarla bir düzen içinde bağdaştırılması için gerekli işlem ve eylemlerle, örgütlenme çabalarının tümü*” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰ Ülkemizdeki planlama faaliyetleri konusundaki temel yasal düzenleme 3194 sayılı İmar Kanunu’dur. Söz konusu Kanun’un amacı “*yerleşme yerleri ile*

¹⁹ Hizmet malları, bir kamu hizmetine tahsis edilmiş kamu mallarını, Orta malları; doğrudan doğruya halkın ortak kullanımına sunulmuş malları, sahipsiz mallar ise, özel mülkiyete geçirilmeye elverişli olmayan, tepe, dağ gibi malları ifade eder.

²⁰ Yayla, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İÜ Yay., İstanbul 1975, s. 9.

bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak” şeklinde ifade edilmektedir. Belediye, mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde, yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu kanun kapsamında kalmaktadır.

Planlamanın amacının diğer tüm idari faaliyetlerde olduğu gibi, “*kamu yararı*” olduğu açıktır. İmar planlarının amacı, bir Danıştay kararında şu şekilde açıklanmaktadır: “*İnsan, toplum, çevre ilişkilerini kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımları yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın korunma ve kullanım dengesini en rasyonel biçimde belirlemek üzere hazırlanır.*”²¹

Planlamanın kentsel dönüşüm aracı olarak kullanılması mümkündür. Ancak, imar planlarının her zaman tek başlarına dönüşüm işlevini yerine getirmeleri mümkün olmayabilir. Diğer bir ifade ile planlama kentsel dönüşüm amacıyla kullanılabilir ancak, kentsel dönüşüm için her zaman planlama tek başına yeterli olmayabilir. İmar planları, plansız şehirleşmeyi engellemeyi amaçlar. Halbuki kimi zamanlarda, planlı yapılaşmış şehirlerin de dönüştürülmeye/yenilenmeye ihtiyaçları olabilir.

Ülkemizde, İmar Kanunu ile öngörülen bazı uygulamaların, özellikle plansız yapılaşmayı önleyici işleve sahip olduğu söylenebilir. İdarelere, İmar Kanunu’nun 18. maddesi çerçevesinde, binalı ve binasız arazilerin, maliklerinin rızası aranmaksızın, düzenlenmesine imkan tanımakta, plansız yapılaşan alanların, yeniden düzenlenerek, özellikle yol, yeşil alan, park, okul alanı kimi kamusal alanlarının oluşturulmasına imkan sağlanmaktadır. Ayrıca, zaman içinde imar planlarındaki yetersizliklerin çıkması, yeni ihtiyaçların belirmesi halinde, imar planlarının değiştirilmesi mümkündür. İdareler, “*revizyon imar planları*” ile “*gerek nazım ve gerekse uygulama imar planlarının ihtiyaca cevap vermediği veya bunların uygulanmasının sorun çıkardığı durumlarda, planın tümünün veya büyük bir kısmının plan yapım tekniklerine uyularak yenilenmesini sağlayabilirler*”.²²

2. Hukuka Aykırı Yapılarla İlgili Düzenlemeler

Ülkemizdeki şehirlerinin en büyük sorununun plansız yapılaşma olduğu herkesçe bilinmektedir. Özellikle göç alan büyük şehirlerde, henüz imar planı yapılmamış alanlarda veya planlı alanlarda izinsiz inşa edilen

²¹ Danıştay, 6. D., T. 21.6.2000, E. 1999/1533, K. 2000/4161, (Karar www.kazanci.com.tr adresinden alınmıştır.)

²² Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 63-64.

yapılar ciddi bir sorundur. “Gecekondu” olarak ifade edilen bu tür yapılar, “Bayındırlık ve yapı kurallarına aykırı olarak, gerçek ya da tüzel kamu ve özel kişilerin arsaları üzerine, arsa sahibinin isteği ve bilgisi dışında, izinsiz olarak yapılan, barınma ihtiyaçlarının devletçe ve şehir meclislerince karşılanamayan yoksul ya da dar gelirli ailelerin yaşadığı plansız, gelişigüzel yapılmış yapı statüsü olmayan barınaklar”²³ şeklinde tanımlanmaktadır. 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nda kullanılan gecekondu kavramı ile “imar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalınmaksızın, kendisine ait olmayan arazi veya arsalar üzerinde, sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılar kastedilmektedir”. Kanun, sadece başkalarının arazisi üzerinde - ki bu arazilerin büyük bir çoğunluğu Devlete aittir- inşa edilen yapıları gecekondu olarak kabul etmiştir.

Ancak ülkemizdeki gecekondulaşma olgusu açısından bu tanımlama yetersiz kalmaktadır. Öncelikle, artık plansız bölgelerde çok katlı binalar yapılmakta, bu alanlara her türlü kamu hizmeti götürülmekte, arsa malikleri de kaçak binalar inşa etmekte, bu yapılar çıkarılan imar afları ile hukuki açıdan meşruiyet de kazanabilmektedirler.

Gecekondu Kanunu, mevcut gecekonduların ıslahı, tasfiyesi, yeniden gecekondu yapımının önlenmesi ve bu amaçlarla alınması gereken tedbirleri düzenlemektedir. Kanunla belediyelere gecekondu önleme bölgeleri oluşturma, bu bölgelerde vakıflara ait malların idare adına tesciline, gecekondu ıslah ve tasfiye sahaları içinde bulunan veya bu kanun hükümleri dairesinde yeniden teşkil edilecek önleme bölgeleri içine rastlayan özel mülkiyetteki arazi ve arsaları ve bunlar içerisinde yapı veya sair herhangi bir tesis bulunduğu takdirde bu yapı ve tesisleri, kanunun amacına uygun olarak kullanılmak şartıyla, İmar ve İskan Bakanlığı’nın izni ile sahipleriyle anlaşarak satın alınmasına veya kamulaştırılmasına imkan sağlanmaktadır.

Belediyelerin mülkiyetinde bulunan veya yukarıda belirtilen yöntemlerle mülkiyetine geçecek olan arazi ve arsalarından, belediye meclisi kararı ile belli edilip, İmar ve İskan Bakanlığı’nca uygun görülenler, konut yapımına ayrılır. İmar ve İskan Bakanlığı, belediye meclislerince tespit edilen yerleri redde, aynen veya değiştirerek onaylamaya veya değiştirilmek üzere geri göndermeye yetkili olduğu gibi, teklif edilenler dışında lüzumlu gördüğü yerlerin de bu maksada ayrılmasını belediyelerden isteyebilir.

Kanun, aynı zamanda, mevcut gecekonduların ıslahına ilişkin hükümler de içermektedir. Gecekonduların iyileştirilmesi, iyileştirilmesi mümkün

²³ Ünal - Duyguluer - Bolat, s. 39; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kalabalık, s. 480 vd.

olmayan yapıların yıkılması, bu yapılarda ikamet edenlere arsa tahsisi, teknik ve mali yardımların sağlanması yolları ile şehrin yapılaşma ve konut sorununun çözümü öngörülmektedir.

Ancak, Gecekondu Kanunu, şehircilik ilkelerine, yapı kurallarına aykırı inşa edilmiş yapılarla oluşan şehir bölgelerine meşruiyet kazandırmanın ötesinde ciddi bir dönüşüm sağladığı söylenemez. Zira 1966 yılında yürürlüğe giren kanun, o tarihten günümüze, ne mevcut gecekonduların tasfiyesini ne de yeni gecekonduların inşasını engelleyememiştir. Aslında, söz konusu kanunun, kentlerin özellikle çarpık yapılaşma sorununu çözümüne yönelik önemli bir kanun olduğu söylenebilir. Uygulamada, şehirlerin konut sorununun hala devam ettiği, kaçak yapılaşma, başkalarına ait arsalarda veya yapı kurallarına aykırı bina inşası gibi hukuka aykırı eylemlerin engellenemediği görülmektedir. Ayrıca, Gecekondu Kanunu, tam anlamıyla bir kentsel dönüşüm sağlayacak hukuki araçları da içermemektedir.

Plansız ve kaçak yapılarla ilgili diğer bir kanun ise 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'dur. 2981 sayılı Kanun, Belediye ve mücavir alan sınırları içinde imar ve gecekondu mevzuatına aykırı olarak inşa edilmiş ve inşa halindeki bütün yapılar hakkında uygulanacak işlemleri düzenlemek üzere çıkarılmıştır.

Kanun imar mevzuatına aykırı inşa edilmiş ve edilmekte olan yapılarla gecekonduları; muhafaza edilecekler, ıslah edilerek muhafaza edilecekler, bu Kanun'un hükümlerinden yararlanamayacak olanlar şeklinde tasnif edilmiştir. Bu Kanun'da belirlenen esaslara göre, muhafaza edilecek veya ıslah edilerek muhafaza edilecek yapılara bu Kanun'daki yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydı ile ruhsat ve kullanma izni verilmesi öngörülmektedir.

Söz konusu kanun, bir imar affı kanunudur. Bu nedenle, kentsel dönüşüm aracı olmaktan uzaktır. Kentlerin çevresinde oluşan hukuka aykırı yapılara, fiilen oluşmuş şehirlere meşruiyet kazandırmanın ötesinde bir işlevi olmamıştır. İmar afları, şehirleşmenin en önemli sorunlarından biri olmuştur.

Düzensiz ve sağlıklı şekilde oluşmuş yerleşim alanlarının, yukarıdaki kanun hükümleri çerçevesinde düzenli ve sağlıklı bir hale getirilmesi için İslah İmar Planları hazırlanır. İslah İmar Planları'nın amacı, sağlıklı ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan başka bir amaçla ıslah imar planı yapılması mümkün olmadığı gibi, ıslah imar planlarının sınırlarının genişletilmesi de mümkün değildir. Ayrıca,

ıslah imar planlarının, maddi hataların giderilmesine yönelik değişiklikler hariç, imar planı tadilatı adı altında değişikliğe konu edilemez.²⁴

3. Konut Soruna Çözüm Arayışları: 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu

Konut sorununun çözümü, kaçak yapılaşmanın önlenmesi ve şehirleşmenin daha planlı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik kanunlardan bir de 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'dur. Kanun ile kurulması öngörülen Toplu Konut İdaresinin kaynaklarının *"Ferdî ve toplu konut kredisi verilmesi, köy mimarisinin geliştirilmesine, gecekonduların dönüşümüne, tarihi doku ve yöresel mimarinin korunup, yenilenmesine yönelik projelere kredi verilmesi ve kredilerde faiz sübvansiyonu yapılması, toplu konut alanlarına arsa temin edilmesi, araştırma, turizm alt yapıları, konut alt yapıları, okul, karakol, ibadethane, sağlık tesisleri, spor tesisleri, postane, çocuk parkları, benzeri tesisler ve konut sektörü sanayisini teşvik için yatırım ve işletme kredisi verilmesi, iş ve istihdam yaratmak üzere esnaf ve sanatkarlara ait işyerleri ve küçük sanayi teşebbüslerinin kredi yoluyla desteklenmesi, afet mahallerinde konut yapımının teşvik ve desteklenmesi amacıyla kullanılması"* öngörülmektedir.

Aynı Kanun'un Ek madde 7'de Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın, gecekonduların tasfiyesine veya iyileştirilerek yeniden kazanımına yönelik olarak gecekonduların dönüşüm projeleri geliştirebileceği, inşaat uygulamaları ve finansman düzenlemeleri yapabileceği, gecekonduların Dönüşüm Projesi çerçevesinde idare tarafından yapımı gerçekleştirilen konutların bedelleri proje uygulamalarının yapıldığı illerdeki mevcut ekonomik durum, doğal afetler, konut rayiç bedelleri ve gecekondular bölgesindeki kişilerin gelir durumu göz önünde bulundurularak gerekli görüldüğünde kamuoyuna ilan edilerek yapım maliyetlerinin altında tespit edilebileceği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Toplu Konut Kanunu'nun da temel amacı, konut sorununun çözümü, plansız, sağlıksız yapılaşmanın ucuz konut ve arsa üretimi ile engellenmesi, gecekonduların dönüştürülmesinin sağlanmasıdır. Ancak, yukarıda kentsel dönüşüm kavramının anlam ve kapsamı incelenirken açıklandığı üzere, kentsel dönüşüm şehirlerin fiziksel sorunları (konut, altyapı vb.) ile ilgilenmekle beraber bunlarla sınırlı değildir.

²⁴ Danıştay 6. D., E. 1995/6284, K. 1996/3870, DD, S.93, s. 329.

B. KENTSEL DÖNÜŞÜMDE YENİ DÖNEM: DOĞRUDAN KENTSEL DÖNÜŞÜMÜ DÜZENLEYEN KANUNLAR

1. Kültürel, Tarihi ve Tabii Varlıkların Yenilenmesi

Kentsel dönüşüm projelerinin amaçlarından biri de, şehirlerin kültürel ve tarihi kimliklerinin korunması, canlandırılması, doğal yapısının korunması ve gelecek nesillere aktarılmasıdır. Türk hukukunda, tarihi, kültürel ve tabii varlıklarının korunması, geliştirilmesi, onarımına ilişkin çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Çevre Kanunu, Milli Parklar Kanunu, Boğaziçi Kanunu, Kıyı Kanunu, kültür ve tabii varlıkların korunmasına yönelik başlıca kanunlar olarak ifade edilebilir. Bu başlık altında, 5336 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun ile yıpranan, eskiyen tarihi, kültürel ve tabii varlıkların yenilenmesi usulü incelenecektir.

16.6.2005 tarihinde kabul edilen 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun, tarihi eserlerin, kültürel ve tabii varlıkların yerel yönetimler tarafından “yenilenmesine” olanak sağlamaktadır. Büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri ve nüfusu 50.000’in üzerinde olan belediyeler ile belediye sınırları dışında il özel idareleri yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarını yenileme alanı olarak tespit edebilirler. Yerel yönetimlerce hazırlanacak yenileme projeleri ile bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılması sağlanır.

Kanun’da, yenileme projesi kapsamına alınacak “kültürel ve tabiat varlıkları”nın niteliği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nda, kültür ve tabiat varlıklarının tanımı yapılmıştır.²⁵ 2863 sayılı Kanun’da yapılan tanımların, bu yasa için de kabul edileceği ileri sürülebilir. Ancak, yeni yasa, bu konu-

²⁵ 2863 sayılı Kanun’un 3. maddesinde kültür varlıkları, tabiat varlıkları şu şekilde tanımlanmıştır:

Kültür Varlıkları: Tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.

da bir düzenleme yapmadığına göre, kanun kapsamına giren kültür ve tabiat varlıklarının tespiti konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı da söylenebilir. Ayrıca, tek bir tarihi eserin veya taşınır kültürel değerlerin yenileme projesine konu edilip edilemeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda bir sınırlama olmadığına göre, taşınır kültürel varlıkların ve tek bir tarihi eser içinde yenileme projeleri yapılabileceği söylenebilir.

Yenileme alanları belediyelerde belediye meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı, il özel idarelerinde il genel meclisince tespit edilir. Büyükşehir belediyesi sınırları belediye meclislerinin aldıkları kararlar Bakanlar Kurulu'na sunulur. Büyükşehirlerde ise ilçe ve ilk kademe belediye meclislerince alınan bu kararlar, büyükşehir belediye meclisince onaylanması halinde Bakanlar Kurulu'na sunulur. Bakanlar Kurulu projenin uygulanıp uygulanmamasına üç ay içinde karar verir.

Bakanlar Kurulu, projeleri onaylayabileceği gibi reddine de karar verebilir. Bakanlar Kurulu'nun projeler hakkındaki ret kararlarına karşı projeyi hazırlayan idare yargı yoluna gidebilir. Bakanlar Kurulu'na projeyi değiştirme yetkisi tanınmamıştır. Bakanlar Kurulu, kanunla tanınan bu vesayet yetkisini süresi içinde kullanmaz ise, diğer bir ifadeyle, yasa ile kendisine tanınan onama veya onaylamama yetkisini üç aylık süre içinde kullanmaz ise, proje kendiliğinden kesinlik kazanarak yürürlüğe girer.²⁶

Bakanlar Kurulu'nca kabul edilen alanlardaki uygulama bir program dahilinde etap etap projelendirilebilir. Etap proje ve programları, meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve belediyelerde belediye başkanının, il özel idarelerinde valinin onayı ile uygulamaya konulur. Bu etap projelerinin her biri de ayrı bir idari işlem olduğundan dava konusu edilebilir. Dolayısıyla, bu kanun uyarınca bir bölgenin yenileme alanı olarak tespit edilmesi işlemi ile bu işleme dayanılarak hazırlanan etap projelerinin her biri ayrı idari işlemler olup tek başlarına dava konusu edilebilirler.

Kanun'un 3. maddesinde yenileme projelerini onaylamak üzere 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 51. maddesine

Tabiat Varlıkları: Jeolojik devirlerde tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.

Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'nun 9. maddesinde sayılmıştır.

²⁶ Vesayet yetkisini kanunda belirtilen sürede kullanmaması halinde kararın kendiliğinden kesinlik kazanır ve yürürlüğe girer. Özey, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 167.

göre gerektiği kadar Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu oluşturulacağı, bu Kurulca onaylanan projelerin, il özel idaresi veya belediyelerce uygulanacağı ifade edilmiştir. 2861 sayılı Kanun'un 51. maddesinde yurt içinde bulunan ve bu Kanun kapsamına giren korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili hizmetlerin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak üzere, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu" ile Bakanlıkça belirlenecek bölgelerde "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları" kurulacağı ifade edilmiş ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun görev ve yetkileri sayılmıştır. Koruma Kurulları'nın oluşumu ise, Kanun'un 58. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla yasada kurulması öngörülen bölge koruma kurullarının 2863 sayılı Kanun'un 58. maddesinde düzenlenen koruma kurullarının oluşumu usulüne göre oluşturulması gerektiği söylenebilir.

Söz konusu hükme göre Koruma Kurulları şu şekilde oluşur:

Koruma Kurulları aşağıda belirtilen üyelerden oluşur;

a. Arkeoloji, sanat tarihi, "hukuk", mimari ve şehir plancılığı konularında uzmanlaşmış kişiler arasından Bakanlıkça seçilecek "beş" temsilci,

b. Yükseköğretim Kurulu'nca, kurumlarının arkeoloji, sanat tarihi, mimarlık, şehircilik bilim dallarından aynı daldan olmamak üzere iki öğretim üyesi,

c. Görüşülecek konu, belediye sınırları içinde ise ilgili belediye başkanı veya teknik temsilcisi, dışında ise ilgili valilikçe seçilecek teknik temsilci,

d. Görüşülecek konu, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile ilgili ise Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nden "bir" teknik temsilci,

e. Görüşülecek konu, Vakıflar Genel Müdürlüğü ile ilgili ise Vakıflar Bölge Müdürü veya teknik temsilcisi,

f. Görüşülecek konu, "Çevre ve Orman Bakanlığı" ile ilgili ise konuyla ilgili teknik temsilci.

g. Görüşülecek konunun müze müdürlüğünü ilgilendirmesi halinde ilgili müze müdürü.

Ayrıca kurula oy hakkı olmamak kaydıyla danışman uzman çağırılabilir. İlgili meslek odaları koruma bölge kurulu toplantılarına gözlemci olarak katılabilirler.

Burada üzerinde durulması gereken sorunlardan biri de, 2863 sayılı Kanun'un kültür ve tabiat varlıkları konusunda Kültür ve Turizm Bakanlığı'na verilen yetkilerin 5336 sayılı Kanun döneminde de geçerli olup olmayacağıdır. Zira 2863 sayılı Kanun pek çok konuda Bakanlığa yetki ve görev vermiştir. Kanun'un 10. maddesine göre, *"her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların denetimini yapmak, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir"*. 5336 sayılı Yasa, yenileme alanlarının belirlenmesi, yenileme projelerinin hazırlanması konusunda yerel yönetimleri yetkili kılmaktadır. Yerel yönetimlerin yenileme alanlarının tespitine ilişkin kararlarının Bakanlar Kurulu tarafından onaylanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, yeni yasa kapsamında yerel yönetimler tarafından alınacak yenileme kararında Bakanlığın iznine gerek olmadığı söylenebilir. Ayrıca, yeni yasanın 2863 sayılı Yasa hükümlerini ilga etmediğinden, kültürel ve tabiat varlıkları konusunda Bakanlığın yetkilerinin devam ettiği de kabul edilebilir.

Yerel yönetimler tarafından belirlenen alan sınırları içindeki tüm taşınmazlar, hazırlanacak yenileme projelerinin kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulunca karara bağlanmasını müteakip bu Kanun'a göre yapılacak yenileme projesi hükümlerine tabi olurlar. Büyükşehir belediye sınırları içinde büyükşehir belediyelerinin yapacaklarının dışında kalan yenileme projeleri, ilçe ve ilk kademe belediyelerince hazırlanması ve meclislerinde kabulünden sonra büyükşehir belediye başkanınca onaylanarak yürürlüğe girer. Buna göre kamulaştırma ve uygulama yapılır.

Yenileme alanları olarak belirlenen bölgelerde yerel yönetimler tarafından hazırlanan veya hazırlatılan yenileme projeleri ve uygulamaları ilgili yerel yönetim eliyle yapılabileceği gibi kamu kurum ve kuruluşları veya gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine de yaptırılarak uygulanır. Bu alanlarda Toplu Konut İdaresi ile ortak uygulama yapılabilir veya uygulama doğrudan Toplu Konut İdaresi'ne yaptırılabilir.

Büyükşehirlerde, büyükşehir belediyeleri tarafından başlatılmayan uygulamalar ilçe ve ilk kademe belediyelerince tek başına veya müşterek olarak yapılır veya yaptırılır. Burada, özellikle büyükşehir belediyeleri ile ilçe ve ilk kademe belediyeleri arasında yetki sorunu yaşanabilir. Büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan ve birden fazla belediyenin sınırları içinde kalan kültürel ve tabiat varlıkları konusunda büyükşehir belediyeleri yetkili kılınabilir. Belediyelerin sınırları içinde kalan yenileme alanları konusunda da öncelikle bu belediyelerin yetkili kılınması, bu belediyelerin talep etmesi halinde büyükşehir belediyesinin bu alanlarda yenileme projeleri

uygulayabilmesi gerekir. Büyükşehir belediyesi sınırları dışındaki birden çok belediye sınırları içinde kalan kültürel ve tarihi alanların yenilenmesi konusunda bu belediyeler ortak çalışabilirler. Belediyelerden birinin ortak çalışmayı kabul etmemesi veya maddi kaynaklarının yetersizliği gibi bir nedenle projeyi ortak yürütememesi halinde yenileme uygulaması nasıl yürütülecektir? Öncelikle, birden fazla belediyenin ortak çalışması halinde, alanın belirlenmesi ya da uygulanacak proje gibi konularda ihtilaf çıkabilir. Yasa’da bu tür ihtilafların çözümüne yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Büyükşehir belediyesi sınırları içindeki belediyeler arasında çıkacak ihtilafların çözümü konusunda 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 27. maddesi uygulanabilir. Söz konusu hükme göre, *“büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyeleri arasında hizmetlerin yürütülmesi ile ilgili ihtilaf çıkması durumunda, büyükşehir belediye meclisi yönlendirici ve düzenleyici kararlar almaya yetkilidir”*. Ancak, büyükşehir sınırları dışındaki belediyeler arasındaki ihtilafların çözümü konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 5336 sayılı Kanun’da belediyelerin ortak çalışmaları hususunun da düzenlenmesi faydalı olacaktır. Bu konuda 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 75. maddesi de uygulanabilir. 75. maddeye göre, *“Belediye, Belediye Meclisi’nin kararı üzerine yapacağı anlaşmaya uygun olarak görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda; mahalli idareler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım, bakım, onarım ve taşıma işlerini bedelli veya bedelsiz üstlenebilir veya bu kuruluşlar ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilir ve bu amaçla gerekli kaynak aktarımında bulunabilir”*. Birden fazla belediyenin görev ve yetki alanına giren yenileme bölgesinde, belediyeler, 75. madde hükmü çerçevesinde anlaşarak yenileme uygulamasının yapılmasını bir belediyeye bırakabilirler.

Yenileme projeleri kapsamında kalan özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazların hukuki statüsü konusunda da Kanun’da bazı düzenlemelere yer verilmiştir. 5336 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre; *“İl özel idaresi ve belediye, yenileme alanı ilan edilen yerlerdeki taşınmazlar üzerinde, her türlü yapılaşma, kullanım ve işletme konularında proje tamamlanuncaya kadar geçici kısıtlamalar uygulayabilir. Yenileme alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır. Anlaşma sağlanamayan hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ilgili il özel idaresi ve belediye tarafından kamulaştırılabilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak kamulaştırmalar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki iskan projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır. Tapuda mülkiyet hanesi açık olan taşınmazlar ile varisi belli olmayan, kayıym tayin edilmiş, ihtilaflı, davalı ve üzerinde her türlü mülkiyet ve mülkiyetin gayri aynı hak tesis edilmiş olan taşınmazlar için de aynı madde hükümlerine göre kamulaştırma işlemleri yürütülür. Kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesinde il özel idareleri ve belediyeler veraset ilanı çıkarttırmaya, kayıym tayin ettirmeye*

veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir. Yenileme alanlarında yenileme projelerinin uygulanması sırasında tabii afet riski taşıdığı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca belirlenen bölgelerde gerekli tedbirleri almak üzere il özel idareleri ve belediyeler yenileme projelerinde tasfiye de dahil olmak üzere gerekli düzenlemeleri yapabilir, yasaklar koyabilir”.

Bilindiği üzere, kamu yararının gerektirdiği durumlarda mülkiyet hakkı yasa ile sınırlandırılabilir. Bu nedenle, yenileme projeleri kapsamındaki taşınmazlar hakkında bazı sınırlamaların getirilmesi mümkündür. Ancak, hukuk devleti ve katılımcı yönetim ilkesi doğrultusunda, yenileme uygulamaları kapsamındaki işlemlere maliklerin katılımının sağlanması öncelikli olarak benimsenmelidir. Diğer bir ifade ile yenileme bölgesi içinde bulunan özel mülkiyetteki taşınmazların yenilenmesi projelerinde, mümkün olduğu ölçüde mülkiyet hakkının korunmasına özen gösterilmelidir. Kanun'da, yapılacak kamulaştırmaların 2942 sayılı Yasa 3/2.maddesindeki iskan projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, idareye kamulaştırma bedelinin en az altında birini nakden ve peşin ödemek, kalan kısmı ise peşin ödeme miktarından az olmamak ve en fazla beş yıl içinde faiziyle birlikte ödenmek üzere eşit taksitlere bağlama imkanı getirilmiştir. Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırılan toprağı doğudan işleten küçük çiftçiye ait bedellerin her halde peşin ödenmesini öngörmektedir. 5336 sayılı Kanun'da ise böyle bir istisnaya yer verilmemiştir. Örneğin; ikamet ettiği evi veya dükkan olarak kullandığı bina yenileme projesi kapsamında kalan maliklerin kamulaştırma bedelleri de taksitle ödenebilecektir. Bu uygulama, bu durumdaki malikleri mağdur edebilir. Dolayısıyla, kanunda, belli bir miktarın altında olan veya ikamet ve iş amacıyla kullanılan taşınmazların bedelinin peşin olarak ödenmesi öngörülebilirdi.

İl özel idareleri ve belediyeler taşınmaz mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, uygun gördükleri takdirde satın alma, kat karşılığı ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerinde düzenlenen intifa hakkı veya üst hakkı kurulması yolu ile sınırlı aynı hak tesis edebilirler.

Kanun, yenileme alanı içinde yapı parsellerindeki uygulamalarda kendi parseli ve yapısı aynen korunarak yenilenecek yapılar, projenin bütünlüğünü bozmamak şartıyla belediyece kabul edilen projeye bağlı kalmak ve il özel idaresi ve belediyenin belirleyeceği amaçta kullanılmak kaydıyla parsel sahibince yapılabilmesine imkan tanımaktadır. Bu durumlarda uygulamanın projeye eş zamanlı olarak başlatılması ve tamamlanması esastır. Aksi takdirde il özel idaresi ve belediyece bu Kanun hükümleri uygulanır. Ancak, malik tarafından yenilenen kültür ve tabiat varlığının

idarenin belirleyeceği amaçta kullanılması da sorunlara neden olabilir. Şöyle ki; kanun, yenileme projesi kapsamındaki alanların özel hukuk kişilerine kamusal amaçlarla kullanılmasını öngörebilir. Örneğin; sit alanı içinde kalan bir bölge, doğa parkı olarak düzenlenip kamunun yararlanmasına sunulabilir. Bu bölge kapsamında kalan taşınmazların da kamulaştırılması gerekecektir. Bu gibi olasılıklarda, maliklere projeyi bizzat gerçekleştirme imkanının tanınmasının bir yararı olmayacaktır.

Kanun'un 5. maddesine göre, *“Kamu kurum ve kuruluşlarının ellerinde bulunan tarihi eser niteliğini haiz bina ve müstemilatı, tarihi özelliklerine uygun olarak restore ettirmek ve/veya tarihi özellikleri korunmak ve mülkiyeti ilgili kamu kurum ve kuruluşunda kalmak suretiyle; eğitim, sağlık, kültür ve sosyal amaçlı olmak üzere kamu yararına çalışan dernekler, vakıflar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler ile ticari faaliyetlerde kullanılmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine sınırlı aynı hak olarak tesis edilebilir. Sınırlı aynı hak tesisi ile ilgili esas ve usuller ile bedeli ve kullanma süresi, ilgili belediye veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından Türk Medeni Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu, Belediye Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde belirlenir”*. Üzerinde özel hukuk kişileri lehine aynı hak tesis edilse bile, bu taşınmazların kamu malı nitelikleri değişmeyecektir.²⁷ Aynı şekilde bu malların, nitelikleri itibari ile tabi olduğu hukuki statüleri de aynen devam edecektir.

2. Belediye Kanunu

Yeni yürürlüğe giren Belediye Kanunu'nun 73. maddesi belediyelere, kentsel dönüşüm uygulamaları yapmak konusunda yetki vermiştir. Kentsel dönüşüm projeleri uygulama yetkisi, Büyükşehir Belediyeleri, Büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri ve il belediyeleri ile nüfusu 50.000'in üzerinde olan belediyelere tanınmıştır. Kentsel dönüşüm projeleri konusunda yetkili olan belediyelerin nüfusu dikkate alınarak sınırlandırılması bazı açılardan eleştirilebilir. Her şeyden önce, nüfusu az olan belediyelerde de kentsel dönüşüm ihtiyacı duyulabilir. Kentsel dönüşümün amaçlarından birinin de, şehirlerdeki sosyal ve ticari hayatı canlandırmak olduğuna göre, nüfusu az olan, göç veren şehirlerde göçün önlenmesi için az nüfuslu şehirlerde kentsel dönüşüm/ gelişim projeleri hazırlanabilir. Yine, deprem riskini önlemek için kentsel dönüşüm zorunlu olabilir. Kentsel dönüşüm konusunda az nüfuslu belediyeler yet-

²⁷ Kamu malları üzerinde özel hukuk kişileri lehine tesis edilen aynı hakların niteliği konusunda bkz., Yasin, Melikşah, *“İdari İrtifaklar”*, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

kileri sınırlandırılabilir. Örneğin; bunların projelerinin öncelikle il genel meclisinde onaylanması zorunluluğu getirilebilir. Ancak, bu belediyelerin dönüşüm projeleri hazırlama konusunda tamamen yetkisiz kılınması küçük şehirleri, kentsel dönüşüm yoluyla sağlayabilecekleri gelişim fırsatından yoksun bırakabilir.

Yetki konusunda diğer bir sorun ise, büyükşehir belediyesi ile bu belediye sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri arasında çıkabilir. Büyükşehir belediyeleri, tüm büyükşehir genelinde mi yetkili olacaktır, yoksa sadece kanunla kendisine verilen görev ve yetkilerle sınırlı olarak mı dönüşüm projeleri hazırlayabilirler? Diğer bir ifade ile büyükşehir belediyesi ilçe veya ilk kademe belediyelerinin görev ve yetki alanında kalan bölgelerde kentsel dönüşüm projeleri gerçekleştirebilir mi? Kanaatimizce, büyükşehir belediyesi kendi görev ve yetki alanına giren konularda dönüşüm/ gelişim projeleri uygulayabilir. İlçe ve ilk kademe belediyeleri de kendi yetki alanlarında dönüşüm/ gelişim projeleri hazırlayabilirler. Büyükşehirlerde, şehir planlaması ve gelişimi konusunda büyükşehir belediyesine geniş yetkiler verilmiştir.²⁸ Bu yetkiler dışında kanal ve ilçe ve alt kademe belediyelerinin görev ve yetki alanına giren konularda dönüşüm projelerinin öncelikle ilçe ve ilk kademe belediyesi tarafından yapılması gerekir. Birden fazla belediye

²⁸ Bu konuda Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda Büyükşehir Belediyesi'nin görev ve yetkilerinin düzenleyen 7. maddesinin aşağıdaki fıkraları örnek olarak gösterilebilir:

a. İlçe ve ilk kademe belediyelerinin görüşlerini alarak büyükşehir belediyesinin stratejik planını, yıllık hedeflerini, yatırım programlarını ve bunlara uygun olarak bütçesini hazırlamak.

b. Çevre düzeni planına uygun olmak kaydıyla, büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar planını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak; büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plana uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar planlarını, bu planlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon planlarını ve imar ıslah planlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek; nazım imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar planlarını ve parselasyon planlarını yapmayan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin uygulama imar planlarını ve parselasyon planlarını yapmak veya yaptırmak.

m. Büyükşehirin bütünlüğüne hizmet eden sosyal donatılar, bölge parkları, hayvanat bahçeleri, hayvan barınakları, kütüphane, müze, spor, dinlenme, eğlence ve benzeri yerleri yapmak, yaptırmak, işletmek veya işlettmek; gerektiğinde amatör spor kulüplerine malzeme vermek ve gerekli desteği sağlamak, amatör takımlar arasında spor müsabakaları düzenlemek, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclis kararıyla ödül vermek.

o. Kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla bakım ve onarımını yapmak, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa etmek.

sınırlarında kalan alanlarda belediyeler Belediye Kanunu'nun 75. maddesi çerçevesinde ortak projeler geliştirebilirler.²⁹

Bir yerin kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edilebilmesi için; belediye veya mücavir alan³⁰ sınırları içinde olması ve en az 50.000 m² olması şarttır. Ancak bazı kentsel dönüşüm projelerinin uygulanmasında, özellikle alan büyüklüğüne ilişkin koşulun sağlanmasında zorluk yaşanabilir. Örneğin; tarihi bir sokağın yenilenmesi projesinde, sokağın alanı 50.000 m²'den az olabilir. Bu nedenle, alan büyüklüğü koşulunun sadece, konut, sanayi, sosyal donatı alanlarının oluşturulması veya deprem riskini ortadan kaldırma amacına yönelik projeler için geçerli olacağı söylenebilir.

Belediye Kanunu'na göre, ile belediyeler aşağıdaki amaçlarla kentsel dönüşüm/gelişim projeleri yapabilirler:

- Eskiyen kent kesimlerinin yeniden inşa ve restore etmek,
- Konut, ticaret ve sanayi alanları oluşturmak,
- Teknoloji parkları, sosyal donatı alanları oluşturmak,
- Deprem riskine karşı önlemler almak,
- Kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak.

Görüldüğü üzere, Kanun'da, kentin hem fiziki koşullarının iyileştirilmesi hem de sosyal, kültürel ve ekonomik hayatının geliştirilmesi/korunması amacıyla dönüşüm projeleri yapılabilecektir. Burada üzerinde durulması gereken birkaç husus vardır: Birincisi, kültürel ve tabii alanların yenilenmesi 5366 sayılı Yasa'da ayrıntılı şekilde düzenlendiğinden, belediyeler bu alanlardaki yenileme projelerini bu Yasa'ya uygun olarak yapmak zorundadırlar. İkincisi; dönüşüm projesinin, dönüşüm kararının amacı ile uyumlu olması gerekir. Örneğin; deprem riskine karşı önlem almak için yapılacak kentsel dönüşüm projelerinde, depreme uygun olarak inşa edilmiş binaların yıkılması veya kamulaştırılması öngörülemez. Tarihi

²⁹ Madde 75. Belediye, belediye meclisinin kararı üzerine yapacağı anlaşmaya uygun olarak görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda;

a. Mahalli idareler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım, bakım, onarım ve taşıma işlerini bedelli veya bedelsiz üstlenebilir veya bu kuruluşlar ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilir ve bu amaçla gerekli kaynak aktarımında bulunabilir. Bu takdirde iş, işin yapımını üstlenen kuruluşun tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır.

³⁰ **Mücavir Alan:** Kentsel alanlarda bir veya kentsel alanların etkisi altında bulunan ve imar mevzuatı bakımından belediyelerin denetim ve sorumluluğu altındaki alanlar. Büyükşehir belediyelerinin mücavir alanı ilçe belediyelerinin mücavir alanları toplamından oluşur. Ünal - Duyguluer - Bolat, s. 80.

binaların restorasyonu için yapılan bir dönüşüm projesinde, tarihi nitelikte olmayan yapılarla ilgili bazı yükümlülükler öngörülemez.

Kentsel dönüşüm projeleri uygulayan idarenin, özel mülkiyetteki taşınmazlara ilişkin bazı yükümlülükler getirmesi hatta bu taşınmazların satın alma veya kamulaştırma yoluyla özel mülkiyetin sona erdirilmesi de söz konusu olabilir. Belediye Kanunu, özel mülkiyetteki taşınmazların yıkım ve kamulaştırmada anlaşma yolunun esas olduğunu vurgulamıştır. Kentsel dönüşüm kapsamında yapılacak kamulaştırmalarda, kanunda ayrı bir düzenleme olmadığından, kamulaştırma kanunu hükümleri uygulanacaktır.

3. 5104 Sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu

Kuzey Ankara girişi, protokol yolu olarak bilinen Ankara Esenboğa Havaalanı'ndan Ankara kent merkezine gidilen bölgeyi ifade etmektedir. Bu bölge, özellikle şehre gelen yabancıların geçtikleri güzergah olması nedeniyle, şehrin imajı açısından da önemli bir bölgedir. Ne var ki, bu bölge, plansız ve kaçak yapılaşmanın yoğun olduğu bir bölgedir. 4.3.2004 tarihinde kabul edilen 5104 sayılı Yasa şehrin bu bölgesinin *"fiziksel durumunun ve çevre görüntüsünün geliştirilmesi, güzelleştirilmesi ve daha sağlıklı bir yerleşim düzeni sağlanması ile kentsel yaşam düzeyinin yükseltilmesi"* amaçlanmıştır. Kanun, Kuzey Ankara Giriş Kentsel Dönüşüm Projesi alan sınırları içinde kalan her tür ve ölçekteki planlar, inşa edilecek resmi ve özel her türlü yapı alt yapı ve sosyal donatı düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemlerinin usul ve esaslarını düzenlemektedir.

Kanun, kentsel dönüşüm alanındaki planlama ve imar Kanunu'ndan doğan yetkiler büyükşehir belediyesine verilmiştir. Kanun'un 4. maddesine göre, ilgili mevzuatına göre, ilçe belediyeleri ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan her ölçekteki imar planları, parselasyon planları ve benzeri imar uygulamalarına dairi izin ve yetkiler ile proje onayı, yapı izni, yapım sürecindeki yapı denetimi, yapı kullanma izni ve benzeri inşaata dair izin ve yetkiler proje alan sınırları içinde kalan bölgede büyükşehir belediyesine aittir. Ancak büyükşehir belediyesinin hazırladığı 1/5000'lik nazım imar planları Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından onaylanarak yürürlüğe girer. Kanun'la devredilen bu yetkiler, projenin sona ermesinden sonra ilgili mevzuata göre, ilgili ilçe belediyeleri ve kamu kurumlarına devredilir.

Proje kapsamındaki alanda kentsel tasarım projeleri ile konut, sosyal donatı, çevre düzenlenmesi ve teknik altyapı projeleri ile yapım dahil diğer

işler büyükşehir belediyesi ile Toplu Konut İdaresi tarafından yapılır. İki idare arasındaki görev dağılımı, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın bağlı olduğu bakanlık tarafından yapılır.

Kanun'la, idareye, proje kapsamında kalan bölgede arazi ve arsa düzenlemesi konusunda da yetkiler vermiştir. Kanun'un 5. maddesine göre, belediye, proje alan sınırları içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazilerde yeni yapılacak imar planlarına göre düzenleme yapar. Proje alan sınırları içinde yapılacak planlarda, kamu tesislerine ayrılan veya ayrılacak alanlar, daha önce belediyeye devredilmiş ise, devir miktarını aşmayacak kısmı bedelsiz olarak ilgili kamu tüzel kişisine geri verilir.

Kanun, idareler arası mal devri usulünde de Kamulaştırma Kanunu'ndan farklı bir usul belirlemiştir. Bilindiği üzere, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde, kamu kurum ve tüzel kişileri arasında mal devri usulü düzenlenmiş, taşınmazların Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre tespit edilecek bedel karşılığında devri öngörülmüştür. 5104 sayılı Kanun'a göre ise, proje alan sınırları içerisinde kalan bölgede proje için ihtiyaç duyulan arazi ve arsalar, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunanlar bedelsiz olarak belediyeye devredilir. Fiilen bir kamu hizmetinde kullanılan ve üzerinde kullanım amacına yönelik yapı bulunan taşınmazlar ise devredilemez. Bu istisnai hükümlerle fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazların devri önlenerek kamu hizmetlerindeki aksama engellenmiş olmaktadır.

Gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkuller ile 24.2.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'a göre hak sahibi olan kişilerin haklarına konu gayrimenkuller, malikler ve hak sahipleriyle yapılacak anlaşmalar çerçevesinde projede kullanılır. Bu anlaşmaların usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

Anlaşma sağlanamayan hallerde gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkuller belediye tarafından kamulaştırılabilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak kamulaştırmalar 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki, iskan projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır.

Proje alan sınırları içinde yapılacak planlarda, kamu tesislerine ayrılan veya ayrılacak alanlar, daha önce belediyeye devredilmiş ise, devir miktarını aşmayacak kısmı bedelsiz olarak ilgili kamu tüzel kişisine geri verilir.

Proje alanı içerisinde 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile aynı 2981 sayılı Kanun'un bazı maddelerini değiştiren 3290 ve 3366 sayılı kanunlardan süre itibariyle yararlanamayan, ancak 1 Ocak 2000 tarihinden önce yapıldığını belgeleyen ruhsatsız yapı ve gecekondu sahipleri, hak sahipleri için yapılacak konutlardan, bedelini on yıl içinde ödemeyi taahhüt etmek kaydıyla hak sahibi olurlar. Hak sahibi olacak kişiler, bu ödemeleri 775 sayılı Gecekondu Kanunu'ndaki hükümlere göre yaparlar.

Proje alanı sınırlarında kalan ve içme suyu kullanımından vazgeçilen baraj ve koruma kuşaklarındaki su havzalarını planlamaya ve bunlara ilişkin sınırları belirlemeye belediye yetkilidir.

Proje alan sınırlarındaki kentsel tasarım projeleri ile konut, sosyal donatı, çevre düzenlemesi ve teknik alt yapı projeleri ile yapım dahil diğer işler Belediye ve İdare tarafından, Bakanlıkça tespit edilecek görev dağılımına göre yapılır veya yaptırılır.

Projedeki müşavirlik ve kontrollük hizmetleri idare ve belediye tarafından özel hukuk hükümlerine göre kurulacak veya iştirak edilecek şirket tarafından bedeli karşılığında yürütülür. Kuzey Ankara girişi ve çevresini kapsayan alanlarda kentsel dönüşüm projesi çerçevesinde, projedeki müşavirlik ve kontrollük hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kısa adı TOBAŞ olan "Toplu Konut - Büyükşehir Belediyesi İnşaat Emlak ve Proje A.Ş." Şirketi kurulmuştur. Sermayesi 2 Trilyon TL olan şirketin %40'lık hissesi TOKİ'ye, %49 Ankara Büyükşehir Belediyesi, %10 Emlak Pazarlama Proje Yönetimi A. Ş., %0.05 Ankara, Elektrik Otobüs Havagazi İşletme Müessesesi, %0.05 Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi'ne aittir.³¹

Kanun, projenin finansmanını da düzenlemiştir. Kentsel dönüşüm projelerinin mali boyutunu iki açıdan incelemek gerekir: Birincisi, projenin gerçekleştirilmesi için gerekli olan finansmanın sağlanması, ikincisi ise, projenin gerçekleşmesinden sonra idarenin sağlayacağı gelirler.

Kanun'un 7. maddesine göre, proje için gerekli mali kaynaklar;

- Her yıl bütçe kanunlarında gösterilen miktarda Toplu Konut İdaresi ve Ankara Büyükşehir Belediyesi bütçesinin özel tertiplerine aktarılacak ödenekler,
- Belediye ve İdarenin kendi kaynaklarından ayıracağı ödenekler,

³¹ <http://www.toki.gov.tr/page.asp?link=html/istirakler.html#d 26.07.2005>

- Satış gelirleri dahil her türlü proje gelirinden oluşur.

Bu ödenekler ve proje gelirleri İdare ve Belediye tarafından açılacak müşterek banka hesabına aktarılır ve projeye dair her türlü harcama bu hesaptan yapılır. Hesapla ilgili işlemler, kamu kurumlarının kaynaklarını banka hesabında toplamalarına dair düzenlemeler uygulanmaksızın özel hukuk hükümlerine göre yürütülür.

İdare, bütçesine aktarılan ödeneklerden veya kendi kaynaklarından, projedeki konut, sosyal donatı, çevre düzenlemesi ve teknik alt yapı işleminde kullanılmak üzere, Belediyeye konut kredisi sağlayabilir.

Projenin uygulanması neticesinde bazı gelirler elde edilmesi mümkündür. Özellikle proje kapsamında inşa edilen konutlardan, hak sahiplerine verilecek olanların dışında kalan konutların, proje kapsamında inşa edilecek işyerleri, alışveriş merkezlerinin satışından, sosyal donatı alanlarındaki özel kişilere tahsis edilebilecek alanlardan elde edilecek kira gibi gelirler söz konusu olabilir. Belediye ve İdare tarafından yapılacak konut ve iş yeri satışları 2.3.1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu hükümlerine göre yapılır. Projeden elde edilen gelirler öncelikle projenin finansmanında kullanılır. Projenin tamamlanmasından sonra artan Proje geliri varsa, bu gelirin Bakanlık tarafından belirlenecek kısmı, İdare, Belediye, ilçe belediyeleri ve proje alan sınırları içerisinde alanı bulunan diğer belediyelerin bütçesine, kalan kısmı ise genel bütçeye gelir kaydedilir. Artan proje gelirlerinin bu idareler arasında ne şekilde paylaşılacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, paylaşım konusunda Bakanlığın takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilir. Ancak, bu takdir yetkisi kullanılırken özellikle, kentsel dönüşüm projesinin devamlılığının sağlanması, proje alanı içindeki idarelerin mali ihtiyaçlarının dikkate alınması gerekir.

4. Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Kanunu Tasarısı

Kentsel dönüşüm şehirlerimizin en ciddi sorunlarından bir olmasına rağmen ülkemizde henüz kentsel dönüşümü bir bütün olarak ele alan ve düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır. “Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Kanunu Tasarısı”³² TBMM’de kanunlaşmayı beklemektedir. Aşağıda bu Kanun tasarısı hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Kanun’un amaç ve kapsamı tasarımın genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Kent’in eskiyen dokularını ve yerleşim alanlarını, kültürel miras değerini korumak, koruma/kullanma dengesini sağlayarak sosyal donatı alanlarını

³² Tasarı metni www.tbmm.gov.tr adresinden alınmıştır.

büyütmek ve sağlıklılaştırmak, otopark sorununu çözüme kavuşturmak, günümüz konforu ve kullanım şartlarını içeren konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturmak, tarihi ve kültürel dokuyu geleceğe taşımak amacıyla restore ederek kullanmak, böylelikle kentlerin merkez alanlarının sağlıklı bir şekilde iskan edilerek şehrin güvenliğini tehdit eden denetimsiz bölgeler olmaktan çıkarıp yenileştirmek ve günümüz gereklerine uygun olarak kullanılabilir hale getirmek amacıyla bu alanları kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan etmek ve bu alanlarda uygulama yapmaya imkan vermek.”

Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Kanun Tasarısı'nın amacı;

- Tarihi ve kültürel mirasın korunması,
- Eskiyen kent bölgelerinin yenilenmesi,
- Modern yaşam koşullarına sahip kentlerin oluşturulmasıdır.

Ancak, tarihi, kültürel ve tabiat varlıklarının yenilenmesi amacıyla, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun kabul edildiğinden, tasarının ilgili hükümlerinin çıkarılması gerekecektir.

Tasarı ile kentsel dönüşüm projeleri hazırlamak konusunda, büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyelerinin sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri ve il belediyeleri yetkili kılınmıştır. Belediye sınırları dışındaki mücavir alanlarda dönüşüm projeleri yapılması için bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak kanaatimce, belediyeler, Belediye Kanunu'nun 14. maddesine göre, belediye meclisinin kararı ile mücavir alanlara da belediye hizmetleri götürülebilir. Kentsel dönüşüm projeleri hazırlama ve uygulama hem Belediye Kanunu'nun 73. maddesi ile belediye verilmiş bir görevdir hem de tasarı belediyeleri bu konuda yetkilendirmektedir. Dolayısıyla, belediye meclis kararı ile belediye sınırları dışında da kentsel dönüşüm projeleri uygulanabilecektir. Ancak, belediye sınırları dışındaki alanlarda il özel idarelerinin yetkili kılınması daha doğru bir çözüm olabilir. Zira 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile belediye sınırları dışında belediye hizmetlerini yerine getirme konusunda yetki verilmiştir. Nitekim 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'da da, belediye sınırları dışında il özel idareleri yetkili kılınmıştır.

Tasarı, kentsel dönüşüm uygulamalarının ancak belediye sınırları içinde veya mücavir alan sınırları içinde yapılabileceğini öngörmektedir. Ayrıca kentsel dönüşüm alanın on bin metrekareden az olmaması gerekir. Kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarının belirlenmesine ilişkin karar belediye meclisinin salt çoğunluğunun kararı ile olur. Belediye meclisinin aldığı karar, Bakanlar Kurulu'na sunulması ve kabul edilmesi gerekir.

Kentsel dönüşüm kararı Bakanlar Kurulu tarafından kabul edildikten sonra, bir yapı adasından az olmamak üzere etap planları ve programları belediye tarafından hazırlanır. Etap plan ve programları belediye meclisinin salt çoğunluğu ve belediye başkanının onayı ile yürürlüğe girer.

Belediyeler tarafından hazırlanan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe giren kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri, bizzat belediye tarafından uygulanabileceği gibi, projelerin uygulanması kamu kurumlarına veya özel hukuk kişilerine de bırakılabilir. Projelerin uygulanması bir başka kamu kurumuna veya özel hukuk kişisine para karşılığında yaptırılabilmesi gibi, sınırlı aynı hak sağlanması veya belli süreli yararlanma hakları tanınması gibi koşullarla bırakılabilir. Örneğin; özel hukuk kişisine verilecek arazilerde kat karşılığı konut yaptırılabilir.

Tasarı, kentsel dönüşüm projeleri çerçevesinde, kentsel dönüşümü uygulayacak belediyelerin, proje alanı içinde kalan taşınmazlarla ilgili bazı yetkilere sahip olmasını öngörmektedir. Öncelikle, tasarı belediyelere proje kapsamındaki yerlerde bulunan taşınmazlar üzerinde, uygulamanın amacıyla sınırlı olmak koşuluyla, her türlü yapılaşma, kullanım ve işletme konularında geçici veya sürekli kısıtlamalar yapabilmemesini öngörmektedir. Tasarı'ya göre, özel hukuk kişilerine ait taşınmazları kamulaştırabilir. Ancak, yeterli olduğu durumlarda kamulaştırma yerine Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak sınırlı aynı hak kurulması yoluna da gidilebilir.

Dönüşüm alanları içinde kalan, hazineye ait taşınmazlar bedelsiz olarak belediyeye devredilir. Devir için, malik olan kamu tüzel kişisinin rızası aranmaz. Devre ait işlemler ilgili belediyenin talebi doğrultusunda tapu sicil müdürlüklerince re'sen yapılır. Milli Savunma Bakanlığı'na tahsisli arsa, arazi, yapı ve tesisler ile 2566 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu kapsamında bulunan yerler ile sivil ve askeri havaalanları ile mania planları kapsamında kalan yerlerde dönüşü ve yenileşme projelerinin ne şekilde uygulanacağına Milli Savunma Bakanlığı, ilgili bakanlık ve belediye tarafında müştereken karar verilir.

Tasarıda, kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarında uygulama esnasında veya uygulama sonucu belediye adına iktisap edilen taşınmazlar, hak ve imtiyazların tasarruf ve değerlendirmeleri Türk Medeni Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde yapılacağı ifade edilmiştir.

Kentlerimizin içinde bulunduğu sorunlar dikkate alındığında, şehircilik sorunlarını bir bütün olarak ele alan yasal bir düzenlemenin gerekliliği kaçınılmazdır. Öncelikle tasarının önemli bir kısmını oluşturan kültür ve tabiat varlıklarının yenileştirilmesi ayrı bir yasa ile düzenlenmesinin, yasa-

ma yöntemi olarak doğru olmadığı söylenebilir. Kentsel dönüşüm, tanım ve kapsam itibari ile tarihi, kültürel ve tabiat varlıklarının yenilenmesini de içerdiğine göre, bunların da aynı yasa kapsamında bir bütün olarak düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Yasa tasarısına yöneltilen eleştirilerden biri de, üst ölçekli planlar ile kentsel dönüşüm projeleri arasındaki bağın düzenlenmemiş olmasıdır.³³ Tasarıda, proje sınırları içindeki tüm taşınmazların, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce mevzuata uygun olarak yapılmış ve onaylanmış herhangi bir ölçek ve türdeki imar planı kapsamında kalsalar dahi, bu kanun hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir. Ancak, tasarı, proje alanıyla sınırlı olmak üzere, üst ölçekli imar planlarını etkisiz kılmakta ise de, projenin tamamlanmasından sonra yapılacak imar uygulamaları konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tasarı, şehirlerin sadece fiziksel sorunlarını dikkate almaktadır. Kentsel dönüşümün, sosyal ve ekonomik boyutuna ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Tasarı'daki diğer önemli bir eksiklik ise, dönüşüm alanlarının belirlenmesi ve uygulanması aşamasına katılımı sağlayacak hükümlere yer verilmemiş olmasıdır. Ülkemizde, idari karar alma sürecine katılıma ilişkin genel bir düzenlemenin de bulunmadığı dikkate alındığında, kentsel dönüşüm ve gelişime ilişkin karar alma ve uygulama sürecine halkın ve ilgili kuruluşların katılımının sağlanmasının ne kadar önemli olduğu daha açık anlaşılabilir. Ayrıca, birden çok idarenin görev ve yetki alanına giren projelerin ne şekilde uygulanacağı, çıkacak yetki sorunlarının ne şekilde açılacağı da açıklanmamıştır. Sonuç olarak tasarının bu haliyle eksik, üzerinde yeterince çalışılmamış, kentsel dönüşümü her yönüyle kapsayan bir kapsam ve nitelikte olmadığı söylenebilir.

III. KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARINDA KARŞILAŞILABİLECEK HUKUKİ SORUNLAR

A. Özel Mülkiyete İlişkin Sınırlamalar

Kentsel dönüşüm, bir yönüyle özel mülkiyeti de doğrudan etkilemektedir. Bu etki, mülkiyet hakkının sınırlandırılması şeklinde olabileceği gibi mülkiyetin sona erdirilmesi sonucunu da doğurabilir. Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın

³³ Kentsel Dönüşüm Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Türk Mühendis Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Görüşü, http://www.spo.org.tr/TMMOB_Kentsel_Donusum_gorus.htm. (17.07.2005).

35. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Anayasa Mahkemesi içtihatlarında mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığını, kamu yararının gerektirdiği durumlarda mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir.³⁴ Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların, söz konusu hakkın ihlali niteliğinde olup olmadığı konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında tartışılmıştır. Söz konusu içtihatlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalarda, kamu yararı ile birey yararı arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM, mülkiyetin kullanılması üzerine, kullanma ve yararlanma konusunda sınırlamalar getirilebileceğini kabul etmektedir. Mahkeme, altyapının, tarım arazilerinin geliştirilmesi, kamusal ihtiyaçların giderilmesi gibi amaçlarla yapılan arazi düzenlemelerin, yapı yasalarının arazilerin rantabilitesi artırması, tarımın geliştirilmesini sağlaması nedenleriyle hem arazi sahiplerinin hem de toplumun ortak menfaatlerine uygun olduğunu ifade etmektedir. Ancak, arazi üzerine getirilen sınırlandırmalar, düzenlemeler yapılırken, mülk sahipleri ile toplum yararı arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Aksi uygulamalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mülkiyet hakkını koruyan 1 Nolu Protokol’ün 1. maddesi ile koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.³⁵

Kentsel dönüşüm projelerinin, toplumun genel yararı için yapıldığı kuşkusuzdur. Ancak, burada özellikle vurgulamak gerekir ki; kentsel dönüşüm projeleri kapsamında mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların, kentsel dönüşümün amacına uygun olmalı. Bu amaçla bağdaşmayan veya amacı aşan sınırlamalar mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.

B. Kazanılmış Haklar

Kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri, önceki yasal düzenlemelere uygun olarak tesis edilmiş işlemleri etkileyecek midir? Kazanılmış hak, “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gerekli hak” şeklinde tanımlanmaktadır.³⁶

³⁴ AYM, E. 2001/24, K. 2001/356, T. 5.12.2001, RG, T. 13 Nisan 2002, S. 24725; AYM. E. 2000/26, K. 2000/48, T.16.11.2000, RG, T. 15 Mart 2002, S. 24696.

³⁵ AİHM’nin bu konudaki kararlarına örnek olarak, Wiesinger v. Austria, Sporrang and Lönnroth v. Sweden,, Erkner and Hofauer v. Austria, kararlarını örnek olarak gösterebiliriz. Kararlar için bkz., <http://www.echr.coe.int>

³⁶ Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 28.

Kentsel dönüşüm kararından önce yapılmış binalar, verilmiş ruhsatlar kentsel dönüşüm projesine aykırılık teşkil ediyor ise, bunlar iptal mi edilecektir yoksa kazanılmış haklar korunacak mıdır?

İmar hukukunda, imar planlarının değiştirilmesinin hukuki sonuçlarının, diğer düzenleyici işlemlerinin değiştirilmesi gibi olduğu, imar planı değişikliğinin geri alma olmadığından geçmişe etkili olmadığı kabul edilmektedir.³⁷ İdare hukukunda, kural olarak hukuka uygun idari işlemler geri alınamaz. Bu işlemlerin kaldırılması veya değiştirilmesi geriye etkili olmaz.

Dolayısıyla kural olarak, imar planlarındaki değişikliklerin geriye etkili olmadığı, değişiklik yapılmıncaya kadar hukuka uygun olarak verilmiş izin ve ruhsatların hukuken geçerli oldukları söylenebilir.³⁸

Acaba dönüşüm projelerinin özellikleri nedeni ile, kazanılmış hak teorisinin bir istisnası olarak kabul edilebilir mi?

Kentsel dönüşüm proje ve uygulamaları, mevcut imar planları ve mevzuata uygun yapılmış yapılar hakkında da bazı değişiklikler yapılmasını gerektirebilir. Dönüşüm projelerinin bütünlüğü açısından daha önce hukuka uygun olarak yapılmış binaların yıkılması gerekebilir. Örneğin; daha önce konut alanı olarak tespit edilmiş bir bölgenin, kentin gelişimi açısından ticaret ve sanayi bölgesi olarak tespit edilip bu amaca uygun sosyal donatı ve altyapı tesisleri yapılması öngörülebilir. Bu durumda, bu bölgede konut amaçlı binaların tahliyesi, yıkılması veya niteliklerinin değiştirilmesi söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, kazanılmış hakların korunması, söz konusu taşınmazların önceki hukuki statülerinin devamı anlamına gelir. Dönüşüm projelerinin zorunlu kıldığı durumlarda, daha önce hukuka uygun olarak inşa edilmiş olsa bile, bu binaların niteliklerinin değiştirilmesi veya kamulaştırılması gerekebilir. Taşınmazların niteliğinin değişmesi nedeniyle değerinde bir azalma meydana geliyor ise bu zararın da idare tarafından tazmin edilmesi gerekir. Dolayısıyla, kamu yararının gerektirdiği durumlarda kazanılmış haklar da ortadan kaldırılabilir. Ancak bu olasılıkta, ilgilinin uğradığı zararların karşılanması gerekecektir.

C. Kentsel Dönüşüm Projelerinin Yargısal Denetimi ve İdarenin Bu Uygulamalardan Doğan Sorumluluğu

Kentsel dönüşüm uygulamaları kapsamında yapılacak işlem ve eylemleri diğer idari işlemler ve eylemlerde olduğu gibi idari yargının denetimine

³⁷ Yayla, s. 205.

³⁸ İmar planları değişikliklerinin kazanılmış haklara etkisi ve bu konuda Danıştay içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Oğurlu, s.164 vd; Kalabalık, s. 167 vd.

tabidir. Kanunlarda kentsel dönüşüm uygulamalarının değişik aşamalarına ilişkin geniş takdir yetkisi tanınmış olması bu işlem ve eylemlerin denetimini daha da önemli kılmaktadır.

1. İşlemlerin Yargısal Denetimi

Kentsel dönüşüm uygulamaları birden fazla aşamadan oluşur. Diğer bir ifade ile kentsel dönüşüm uygulamaları çerçevesinde birden fazla idari işlem söz konusu olabilir. Kentsel dönüşüm alanının tespitine ilişkin işlem, dönüşüm alanında uygulanacak proje, proje kapsamında alınacak kararların her biri ayrı ayrı kesin ve icrai nitelikte idari işlemler olduğundan tek başlarına dava konusu edilebilirler.

Dava açılması durumunda, diğer idari davalarda olduğu gibi, davacı yürütmenin durdurulmasını talep edebilecektir. Yürütmenin durdurulması koşullarının mevcut olup olmadığı, mahkemece somut olayın özelliğine göre tespit edilecektir. Ancak, özellikle yıkım kararları gibi, telafi güç zararların doğabileceği durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerekecektir.

Dava açma ehliyeti açısından da, kentsel dönüşüm alanının belirlenmesine ilişkin karar veya kentsel dönüşüm projeleri nedeniyle menfaati ihlal edilen herhangi bir kişi dava açabilir. Bu durumda, bu alanda ikaamet eden, malik, kiracı, aynı hak sahipleri gibi işlemde dolayı menfaati olumsuz etkilenebilecek kişiler dava ehliyetine sahip olacaklardır. Ancak, projelerin uygulanması sırasında, birel nitelikte işlemler de tesis edilebilir. Birel işlemlere karşı dava, bu işlemde dolayı menfaati olumsuz etkilenen kişiler tarafından açılabilir. Örneğin; proje kapsamındaki bir taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin karar, ancak bu karardan etkilenen kişiler tarafından açılabilir.

2. İdarenin Kentsel Dönüşüm Projelerinin Uygulanmasından Doğan Sorumluluğu

Kentsel dönüşüm uygulamaları, bazı sonuçları itibari ile kişiler aleyhine sonuçlar yaratabilirler. İdarenin, uygulamalar kapsamında yapacağı işlem ve eylemler, idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğuna yol açabilir. İdarenin kusurlu sorumluluğunun söz konusu edilebilmesi için, ortada hukuka aykırı bir işlem veya eylem bulunması ve bu işlem ve eylemden kaynaklanan bir zararın bulunması gerekir. Örneğin; yıkım çalışmaları sırasında, gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle yıkılmaması gereken

binanın da yıkılması durumunda bina sahibi zararının tazminini kusuru sorumluluğu esasına dayanarak talep edebilecektir.

Kentsel dönüşüm projeleri kapsamında idarenin kusursuz sorumluluğu da söz konusu olabilir. Projenin uygulanması aşamasında, idarenin hukuka uygun işlem ve eylemleri de bireylerin zararına yol açabilir. Örneğin; proje kapsamında yapılan yol nedeniyle binasının değeri düşen veya ticaret alanının konut alanına dönüştürülmesi nedeniyle işyeri sahiplerinin uğrayacakları zararlarının karşılanması gerekecektir. Bu gibi olasılıklarda idarenin sorumluluğu, *“kamu külfetleri karşısında eşitlik”* ilkesine dayandırılabilir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Şehirleşme ve şehirleşme olgusunun getirdiği sorunlar, ülkemizin en ciddi sorunlarından. Kaçak ve plansız yapılaşmanın yarattığı düzensiz ve sağlıksız yaşam koşulları, sosyal ve ekonomik sorunlar ağırlaşarak devam etmektedir. Bu durumun ortaya çıkmasında nüfus artışı, kontrolsüz göç, şehirlerin plansız büyümesi, ekonomik sorunlar gibi birden çok sebep etkili olmuştur. Dolayısıyla ülkemizdeki kentsel dönüşümün öncelikli hedefi, şehirlerin fiziki koşullarının iyileştirilmesi, kaçak, sağlıksız ve düzensiz yapılaşmanın engellenmesi olmuştur. Halbuki yukarıda üzerinde durulduğu gibi, kentsel dönüşüm olgusu, Avrupa’da II. Dünya Savaşı sonrasında şehirlerin yeniden inşası amacıyla yapılmış olmakla beraber, günümüzde daha çok şehirlerin eskiyen yönlerinin yenilenmesi, şehrin sosyal, ekonomik ve hatta suçlularla mücadele gibi hukuki sorunlarının giderilmesi hedef alınmaktadır.

Esasen ülkemizde, düzenli ve sağlıklı koşullarda şehirleşmeyi sağlayacak yasal düzenlemeler mevcuttur. Hatta belli ölçüde dönüşüm projeleri uygulamayı mümkün kılan düzenlemeler de vardır. Ancak, kentsel dönüşümü bir bütün olarak ele alan, şehirleşmeyi sadece konut boyutunu değil sosyal, ekonomik, kültürel yönleriyle de dönüştürmeyi, geliştirmeyi hedef alan yasal bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç açıktır. Ayrıca, mevcut düzenlemelerin, birden çok idareyi yetkili kılması, kentsel dönüşümün sadece belli alanlarını düzenlemesi nedeniyle uygulamada, şehrin bütüncül bir şekilde yenilenmesi ve dönüştürülmesini zorlaştırmaktadır.

Dönüşüm projelerinde öncelikli hedef, kişilerin sağlıklı ve düzenli yerleşim mekanlarına sahip olmalarını sağlamakla birlikte, dönüşüm projelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel boyut ihmal edilmemelidir. Dönüşüm projeleri sadece gelişmiş, büyük şehirlerde değil, göç veren, ekonomik ve

sosyal sorunları olan şehirlerde de kalkınma ve gelişme aracı olarak kullanılmalıdır. Dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, kentsel dönüşüm uygulamalarının bir imar affı aracı olarak kullanılmamasıdır.

Dönüşüm projeleri aynı zamanda belli kişiler tarafından rant aracı olarak kullanılabilir. Gerek yapılacak yasal düzenlemelerde gerekse projelerde, haksız kazançları engelleyecek hükümlere yer verilmelidir. Özellikle, dönüşüm projeleri nedeniyle taşınmazların değerinde meydana gelecek artış nedeni ile taşınmazların devri belli koşullara bağlanabilir.

Dönüşüm ve gelişim projelerinde özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkının korunması öncelikli amaç olmalıdır. Bu nedenle, mümkün olduğu ölçüde, projelerin uygulanması aşamasına taşınmaz maliklerinin bizzat katılımı sağlanmalıdır. Bunu sağlamak üzere, proje uygulamalarını gerçekleştirecek özel hukuk kişilerine uzun vadeli düşük faizli kredi olanaklarının sağlanması, ücretsiz planlama ve danışmanlık hizmetlerinin sunulması, vergi indirim gibi kolaylıklardan yararlandırılmaları düşünülebilir. Dönüşüm projeleri hiçbir şekilde, bir kamulaştırma, devlet mülkiyetini arttırma aracı olarak kullanılmamalıdır.

Dönüşüm ve gelişim projelerinin hazırlanması ve uygulanmasında şehirlerin sosyal ve kültürel dokularının korunması gerekir. Çünkü dönüşüm projelerinin amacı, yeni şehirler oluşturmak değil, mevcut şehirleri yaşanabilir mekanlar haline getirmektir. Özellikle tarihi semtlerin yenilenmesi projelerinde kültürel dokunun korunması, bu kültürel ve sosyal doku ile uyumlu projelerin gerçekleştirilmesi gerekir.

Kentsel dönüşüm uygulamalarının her aşamasına, şehir halkının, uzman kurum ve kuruluşların, kamu ve özel sektör temsilcilerinin katılımına imkan sağlanmalıdır.

Son olarak şu hususu da vurgulamak gerekir ki; kentsel dönüşüm projeleri uzun süreli projeler olduğundan, bu projelerin devamlılığının sağlanması, projelerin başarısı için son derece önemlidir. Zaman içinde, projenin bazı açılardan geliştirilmesi gerekebilir. Aksi halde, büyük emek ve maliyetlerle gerçekleştirilen projelerden beklenen sonuçların alınması zorlaşabilir.

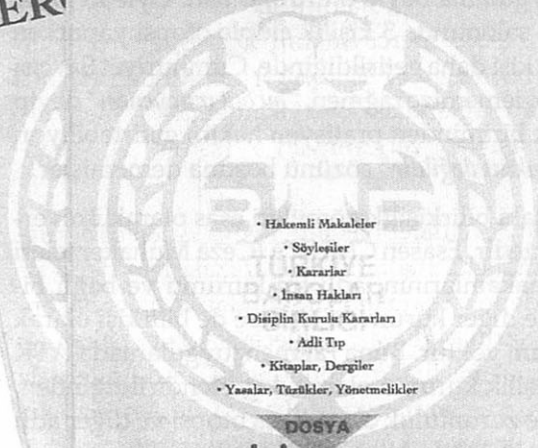
KAYNAKÇA

- Açmaz, Melda, "Kentsel Tarım ve Peyzaj Mimarlığı: Güllük Kıyı Bandı Kentsel Peyzaj Tasarımı Çalışması", *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003.
- Ayataç, Hatice, "Urban Design: A Key To Urban Regeneration", *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003.
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2002.
- Karaman, Aykut, "Dönüşüm Projelerinde Kentsel Tasarımın Rolü", *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003.
- Lam, Kara, "Revitalisation From The Inside Out: The Attempts To Move Towards An Urban Renaissance", *The Cities Of The United States And The United Kingdom Connecticut Journal of International Law*, Fall 2003.
- McWilliams, A. Douglas, "Environmental Justice and Industrial Redevelopment: Economy and Equality", *Urban Revitalisation, Ecology Law Quarterly*, 1994.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2003.
- Özay, İl Han; *Günüşişiminde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Özden, Pelin Pınar; *Kentsel Yenileme Uygulamalarında Yerel Yönetimlerin Rolü Üzerine Düşünceler ve İstanbul Örneği*, <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/Turkce/Dergi/Sayi%2023-24/20.htm>, 2.7.2005. 2.7.2005.
- Ritrgof, Peter, *Urban Revitalisation And Community Finance: An Introduction*, Peter R. Pitegof, University of Michigan Journal of Lap Reform, Spring-Summer 1994.
- Ünal, Erol - Duyguluer, Feridun - Bolat, Ersin, *İmar Terimleri*, TODAİE Yay., Ankara 1998.
- Yarar, Levent, "Kentsel Planlama Projelerinin Planlama Kademelenmesindeki Yeri", *Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu*, MSÜ Yay. İstanbul 2003.
- Yasin, Melikşah, "İdari İrtifaklar", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2005.
- Yayla, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İÜ Yay., İstanbul 1975.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurul Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2014 - 31.05.2014

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

BİREYLERİN ANAYASA MAHKEMESİ'NE BAŞVURUSU¹ (BİR REFORM ÖNERİSİ)

Dr. Musa SAĞLAM*

GİRİŞ

Ülkemizde özellikle Avrupa Topluluğu'na üyelik süreciyle birlikte temel hak ve özgürlüklerin daha etkin bir güvenceye kavuşturulması fikri kuvvet kazanmıştır. Bu alanda mevcut koruma mekanizmalarının yetersiz kaldığı düşüncesi Türkiye'nin yabancı deneyimleri dikkate almasını gerekli kılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kendisi ve doktrinin bir bölümü temel haklar konusunda etkin bir koruma sağlamak için Almanya, Avusturya ve İspanya örneklerinde gördüğümüz Anayasa Mahkemesi'ne bireylerin başvurusunun kabulünü şart olarak görmektedir. Böyle bir önerinin ha-

* Dr. Musa Sağlam, Niğde Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü.

¹ Kişilerin doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurusunu Anayasa şikayeti (plainte constitutionnelle), Anayasal başvuru (recours constitutionnel) veya bireysel başvuru (recours individuel) olarak adlandırmak mümkündür. Ancak biz bunlardan bireysel başvuru kavramının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü bu yolda esas olan bireylerin temel haklarının ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla AYM'ye başvurusudur ve kavram mutlaka buna vurgu yapmalıdır. Bilindiği gibi itiraz yolunda da bireyler görülmekte olan bir davada uygulanacak normu AYM'ye gönderebilme imkanına sahiptirler. Ancak burada sorun bir Anayasa meselesi haline eğer yerel mahkeme bireylerin bu iddiasını ciddi bulursa gelmektedir. Zaten AYM'ye göre 1982 Anayasası çerçevesinde itiraz yolunun esas amacı, temel hakları korumak değil, Anayasaya saygınlığı sağlamaktır. Ayrıca bu yolu nitelendirmede niçin "Anayasal" kelimesinin kullanımının tercih edilmediğini de belirtmemiz gerekecektir. Bu yolun mutlaka Anayasa değişikliğine ilişkin bir yasayla Türk sistemine girmesi gereği bu tür başvuruya ilişkin bütün esasların Anayasa metninde belirtileceği anlamını taşımamaktadır. Bu esaslar pekala Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişiyle ilgili kanunda belirtilebilir. Anayasa'ya yapılacak bir cümlelik ilave bu başvuru yolunun kabulünde yeterli olacaktır. Sadece bu ilave nedeniyle "Anayasal" kelimesinin kullanılması yerinde olmayacaktır. Bu tür başvuruda Anayasa Mahkemesi'nce yapılan inceleme de bu kelimenin kullanımını doğrulamaz. Zira AYM'ye farklı başvuru yolları vardır ve hiçbirinde "Anayasal" sıfatı kullanılmamaktadır.

yata geçirilmesi, 7 Mayıs 2004’de yapılan Anayasa değişikliğini de dikkate aldığımızda, ülkemizde temel haklar alanında Avrupa standartlarının yakananmasında önemli bir aşama olacaktır. Artık insan haklarına ilişkin bir antlaşmayla bir kanun hükmü çatıştığında Anayasa Mahkemesi birincisine göre uyumsuzluğu çözecektir. Diğer yandan kamu otoritelerinin herhangi bir işlemi nedeniyle Anayasal haklarında herhangi bir ihlal olduğunu iddia eden herkese Anayasa Mahkemesi’ne başvuru hakkının verilmesi Türk Anayasal yargı sisteminde radikal anlamda bir değişikliği ifade edecektir. Çünkü, 1982 Anayasası’nın kabulünden beri ilk defa Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini kısmak yönünde değil de onun yetkilerini genişletmek amacıyla bir reform önerisi hayata geçirilmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) kurulduğundan beri Mahkeme’ye başvurmaya ilişkin koşullarda sürekli olarak kısıtlama yönünde değişiklikler yapılmıştır. Öyle görünüyor ki bu olumsuz süreç son bulabilir, çünkü AYM’ye bireylerin başvurusunun kabulü yönünde ciddi teklifler ve tartışmalar vardır. Bu yöndeki çalışmaların ana hedefi temel hak ve özgürlüklerin daha etkin bir şekilde korunmasıdır. Gerçekten de Anayasal yargı yolunun kişilerin doğrudan başvurusuna açılmasının temel esprisi kişilerin haklarında yasal, idari veya yargısal bir işlem nedeniyle meydana gelen ihlallere son verilmesidir.

1961’de Anayasa koyucu bireysel başvuru yolunun kabulü taleplerine olumlu cevap vermedi ve bu yol Anayasa’da yer almadı. AYM’de Anayasa koyucunun bu iradesine saygılı davrandı (1). Bununla beraber günümüzde bireysel başvuru yolunun kabulü doktrin ve AYM tarafından istenilmekte ve insan haklarının korunmasındaki yetersizlikler bu talebi gerektirmektedir (2). Bu sebepten bireysel başvuru yolunun şartlarını ve uygulama esaslarını yabancı deneyimlerin (Almanya, Avusturya ve İspanya)² ışığı altında tanımlamak gerekmektedir (3). Sonuç olarak da böyle bir reform önerisinin geleceği konusunda fikrimizi ifade edeceğiz.

1. Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşundaki Çifte Ret

Bireysel başvuru yolunun Türk sistemine girmesi yönündeki tartışmaların 1961 Anayasası’nın kabulü döneminde cereyan ettiğini tahmin etmek zor değildir, çünkü 1982 Anayasası’nın hazırlanmasında temel fikir AYM’nin yetkilerini genişletmekten ziyade daha da azaltmak yönünde olmuştur (A). Anayasa koyucunun kabul etmemesine paralel olarak AYM’de

² Bireysel başvuru yolunun İtalya, Portekiz ve Fransa gibi ülkelerde kabul edilmediğini belirtmemiz gerekir.

sistematik bir biçimde bireylerden gelen başvuruları reddetmiştir (B). Bu konudaki önerimizi ortaya koymadan önce bu iki gözlemin daha detaylı açıklanması yerinde olacaktır, çünkü buradan elde edilen bilgiler yeni önerilerin hazırlanmasında dikkate alınmalıdır.

A. 1961 Kurucu İktidarının Reddi

1961 Anayasası'nın hazırlanışında ön taslağın AYM'ye başvuruya ilişkin maddelerinin Temsilciler Meclisi'nde tartışıldığı esnada bazı üyeler büyük bir heyecanla her şahsın temel haklarına dokunup dokunmadığına bakmaksızın Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü bütün yasalara karşı AYM'ye başvuru hakkının olması gerektiğini savunuyorlardı.³ Buna taraftar olanlar temel hak ve özgürlüklerin insana has, onun ayrılmaz bir parçası olduğu ve şayet bu başvuru imkanı her kişiye verilmezse temel hakların derin bir yara alacağı iddiasına dayanıyorlardı. Çünkü onlara göre temel hak ve özgürlüklere saldırılar sürekli olarak siyasi otoritelerden gelmekteydi ve kişilerin haklarında sürekli olarak bir zedelenme olmaktadır. Bu nedenle AYM'ye başvurunun siyasi otoritelerden çok şahıslara tanınması normaldi.

Buna karşılık, Temsilciler Meclisi'nin çoğunluğu böyle bir hakkın şahıslara tanınması durumunda dava açmayı bir saplantı haline getirenlerin veya reklam yapmak isteyenlerin Parlamento tarafından kabul edilen her yasadan dolayı Mahkeme'yi sürekli olarak ve gereksiz yere meşgul edeceğini ve Mahkeme'nin işleyemez hale geleceğini iddia etmişlerdir. Bu iddialar bireysel başvuru yolunun kabulüne taraftar olanları ikna edememiş, çünkü onlara göre bu hakkın sadece Mahkeme'nin iş yükünü artıracacağı bahanesiyle bireylere tanınmaması büyük bir haksızlıktır. Burada söz konusu olan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır ve bu amaç karşısında iş yükünün Mahkeme'yi işleyemez kılması iddiası çok da önemli değildir. Bu noktada bireysel başvuruyu savunanlar haklı görülebilir, zira Mahkeme'nin artan iş yüküne cevap verecek mekanizmalarla donatılması bu sorunu çözebilecekti.

Bundan da anlaşılmaktadır ki; Anayasa Mahkemesi'nin çok fazla başvuru nedeniyle tıkanmasının önlenmesi bireysel başvuru yolunun reddinde temel iddia olarak kullanılmıştır. Zaten, Anayasa Mahkemesi de 1968/36

³ Bu konudaki tartışmalar izleyen kaynaktan özetlenerek aktarılmıştır: Öztürk, Kazım, *İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanaklar İle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C. III (m. 76-157), Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966, s. 3769-3782.

karar sayılı ve 26 Eylül 1968 günlü kararında bu yolun Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmemesini aşırı başvurular nedeniyle Mahkeme'nin işleyemez hale gelmesi ihtimaline bağlamaktadır.⁴

B. Anayasa Mahkemesi'nin Reddi

AYM'nin kuruluşundan beri ne Anayasalarda ne de kendi kuruluş ve işleyişine ilişkin yasalarda bireysel başvuru yolunu kabul eden bir hüküm bulunmamasına rağmen kişiler ihlal edilen haklarının yeniden tesisini⁵ veya Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündükleri bir yasanın iptalini Mahkeme'den istemekten geri durmuyorlardı.⁶

Anayasa Mahkemesi Nisan 1962'den itibaren çalışmaya başladı ve bu ilk yıl içinde Mahkeme'ye yüz kırk bir başvuru yapıldı. Bunları başvurunun yapıldığı kaynağa göre tasnif ettiğimizde yirmi dokuz başvurunun itiraz, üç tanesinin iptal başvuruları olduğunu ve yüz dokuz başvurunun ise doğrudan kişilerce yapılmış olduğunu görmekteyiz. Diğer bir ifadeyle yapılan başvuruların %77.30'u bireyler tarafından yapılmıştır. İzleyen yılda (1963) başvuruların toplam sayısı yüz altmış sekize yükselmekte fakat bireysel başvuruların oranı bu başvurular içinde düşmektedir. Bununla beraber bireysel başvurular yine de toplam başvuruların yarıya yakınına oluşturmaktadır (%44.56).⁷ 1964 yılında ise kişilerden gelen başvurularda ani bir düşüş gözlemlenmektedir, çünkü yüz yirmi yedi başvurudan sadece on ikisi bireysel başvurudur ve bu da toplamın %12.59'unu oluşturmaktadır. Bunu izleyen yıllarda bireysel başvuruların sayısı çok nadir olarak bir yıl içinde on beşi geçmiştir. Bu dönemde yapılan toplam bireysel başvuruların sayısı dört yüz elli bir civarındadır. Bu tip başvuruların gittikçe artan oranda düşmesinin temel sebebi Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki istikrarlı içtihadı ve şahısların Mahkeme'nin yetkileri konusunda zaman içinde daha fazla bilinçlenmiş olmasıdır.⁸

⁴ E. 1967/21, K. 1968/36, K. T. 26 Eylül 1968, AYMKD S. 6, s. 231.

⁵ 1962/13 karar sayılı AYM kararında başvuru sahibi kendisine ait araziye kamulaştırma idarenin işleminin iptalini talep etmekteydi: E. 1962/15, K. 1961/13, K. T. 5 Eylül 1962, AYMKD S. 1, s. 5.

⁶ 1962/1 karar sayılı AYM kararında ise başvuru sahibi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 104. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmekte ve onun iptalini AYM'den istemektedir: E. 1962/2, K. 1962/1, K. T. 5 Eylül 1962, AYMKD S. 1, s. 3.

⁷ Başvuruların sayısı konusundaki bilgiler Yılmaz Aliefendioğlu tarafından hazırlanan tablodan alınmıştır: Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 276.

⁸ Ünsal, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Anayasa Mahkemesi)*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları no. 443, 1980, s. 147.

Gerçekten de Mahkeme zamanla yerleşik bir içtihat oluşturmuş ve kişilerden gelen başvuruları dosyanın daha ilk inceleme safhasında reddetmiştir. Bu konuda verdiği ilk kararında⁹ kişilerin bir kanunun veya onun bir hükmünün Anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ye başvurmaya yetkilerinin olmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “(1961) Anayasası'nın 149. ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22 Nisan 1962 gün ve 44 sayılı Kanun'un 21. maddelerinde iptal davası açmaya yetkili olan kişi, kurul ve makamlar açıkça belirtilmiştir. İstek sahibi ise bu maddelerde sayılanlardan değildir. Bu sebeple dilekçenin yetki bakımından reddi gereklidir”. 1982 Anayasası'nın kabulü Mahkeme'nin bu içtihadında herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır.¹⁰ Zaten bu Anayasa'nın ilk on iki yıllık döneminde yapılan on beş bireysel başvurudan hiçbirisi Anayasa Mahkemesi'nce incelenmemiştir.¹¹

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi sadece Anayasa'ya aykırılık itirazını ortaya koyabilmek amacıyla yerel mahkemeler önünde açılan davalar vesilesiyle yapılan Anayasa'ya aykırılık iddialarını yaptığı ilk inceleme sonucunda reddetmektedir. Zira bu tür Anayasa'ya aykırılık itirazlarını incelemek bireysel başvuru yolunun kabulü anlamına gelecektir. Mahkeme'nin 1981/14 karar sayılı ve 18 Mart 1981 günlü kararı bu konuda bir örnek oluşturmaktadır:¹² “Dava dilekçesinden de anlaşılacağı üzere davacının İstanbul 10. İş Mahkemesi'nde açmış olduğu davada amacı, itiraz konusu yasa maddelerinin iptal edilmesi ve bu yoldan yasama organını yeni bir yasal düzenleme yapmaya yöneltmektir. Çünkü davacı, davalı kurumdan herhangi bir istemde bulunmamakta ve sadece (...) 2167 sayılı Yasa'nın ek 7 ve 8. maddelerinin Anayasa'ya aykırı bulduklarının tespiti ile giderilmesini istemektedir. Hatta davalı kurumun yapılan işlemlerin yasalara uygun olduğu hakkındaki savunmasına verdiği cevapta kurumun kendisine aylıklı aylığı bağlanmasına ilişkin işlemin yanlış ve eksik olduğunu ileri sürmemiş, yalnız sözü edilen yasa maddeleriyle yapılan uygulamanın dava dilekçesinde yazılı olduğu gibi, Anayasa'ya aykırılığının saptanmasını ve giderilmesine ilişkin isteğini yinelemiştir. Bu görünümüyle açılan dava bir tesbit davası niteliğini taşımaktadır. Tesbit davasının ilk koşulu ortada bir uyumsuzluğun bulunması, davalının da bu isteği yerine getirmekten kaçınmasıdır. Halbuki inceleme konusu olayda böyle bir istek olmadığı gibi davalının, karşılık dilekçesinde de görüldüğü üzere bir kaçınması da yoktur.”

⁹ E. 1962/2, K. 1962/1, K. T. 5 Eylül 1962, AYMKD S. 1, s. 3; Bu yönde diğer bir karar için bkz., E. 1967/57, K. 1968/1, K. T. 16 Ocak 1962, AYMKD S. 6, s. 100.

¹⁰ E.1987/29, K.1987/30, K. T. 12 Kasım 1987. Bu karar Anayasa Mahkemesinin resmi İnternet sitesine bakılabilir: <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-30.htm> (14 Şubat 2005).

¹¹ Bkz., Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, op. C. s. 280.

¹² E. 1981/5, K. 1981/14, K. T. 18 Mart 1981, AYMKD S. 19, s. 72.

Anayasa Mahkemesi'ne göre davacının davalıdan herhangi bir istekte bulunmaması ve "dava açabilmenin ikinci koşulu olan yarar ögesi(nin) de olayda bulunmaması (... yerel) mahkemenin elinde (1961) Anayasa(sı)nın 151. maddesinde belirtilen denetimin yapılabilmesi için koşullarına uygun olarak açılmış bir dava olmadığı" göstermektedir. Diğer bir ifadeyle AYM haklı olarak itiraz yolunun şartlarından biri olan "görülmekte olan bir davanın varlığı" koşulunun yerine getirilmemesi sebebiyle işin esasına girmeden davanın reddine karar vermiştir.

Böylece sadece yasanın iptalini elde etmek amacıyla yerel mahkemelerde açılan davaların incelenmesi reddedilmektedir. Bu durum bireysel başvuru yolunun içtihadı yolla Türk sistemine giremeyeceğine bir delil olarak gösterilebilir. Ancak kişiler ile AYM arasında daha yakın bir ilişki kurulması gereği vardır ki Anayasa Mahkemesi'nin itiraza ilişkin koşulları dar yorumlaması bunun itiraz yoluyla sağlanamayacağını göstermektedir.¹³ Başka bir deyişle şu andaki mevcut mekanizmalarla bu sağlanamamaktadır. Bu nedenle çözümün başka yerlerde aranması gerekecektir.

2. Bireysel Başvuruyu Haklı Kılan Nedenler

Kişilerin bazı koşulların gerçekleşmesi halinde haklarının korunması amacıyla Anayasa yargıcının müdahalesini isteyebilmesini sağlayan bireysel başvuru yolunun tanınmasını başlıca iki faktör doğrulamaktadır : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi faktörü ve temel Anayasal haklar konusundaki mevcut koruma mekanizmasının yetersizliği.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Faktörü

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-AİHS) ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 1982 Anayasası'nın insan haklarına ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında esas olarak alınmıştır.¹⁴ Hatta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı hükümleri kelime kelime Türkçe'ye tercüme edilmiş ve Anayasa metnine konulmuştur.¹⁵ Bu gözlemleri ileten Kuzu¹⁶ Türkiye'deki

¹³ Anayasa Mahkemesi'nin itiraz yoluna ilişkin şartları nasıl yorumladığı konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz., Sağlam, Musa, *L'expérience de la justice constitutionnelle en Turquie, thèse de doctorat*, Université Panthéon-Assas, Paris 2004, s. 207-236.

¹⁴ Bkz., Polatcan, İsmet, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gereklçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, İstanbul 1989, Bayrak Yayınları, s. 69.

¹⁵ Bu durum 1982 Anayasası'nın 15. maddesinin ilk fıkrasında gayet net bir şekilde görülmektedir. Bu fıkra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin ilk fıkrasının aynen tekrarıdır.

¹⁶ Kuzu, Burhan, "Etude comparative des Constitutions de la République turque du point des vues des droits de l'homme", *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol. 15, 1993, s. 87.

insan haklarına ilişkin sorunların kaynağının bu alanları düzenleyen metinlerin yokluğu değil de insan haklarına ilişkin kuralların tam anlamıyla uygulanmaması olduğunun altını çizmektedir.

Diğer yandan, 1982 Anayasası, iç hukuku Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle uyum içine sokmak amacıyla, dört önemli değişikliğe uğramıştır. Bunlardan ilki 23 Temmuz 1995 gün ve 4121 sayılı Anayasa'nın bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanundur¹⁷ ve bu kanun diğer düzenlemeleri yanında Anayasa'nın başlangıç bölümünün 1 ve 2. paragraflarını kaldırmış ve siyasi partilerin ve sendikaların hukuki statülerinde düzeltmeler yapmıştır.¹⁸

Bu yöndeki ikinci değişiklik¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Türkiye'yi cezalandıran bir kararının ardından yapılmıştır (İncal/Türkiye davası).²⁰ Bu kararında Strasbourg Mahkemesi, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin sivil ve askeri hakimlerden oluştuğunu belirterek Anayasa'nın 143. maddesini Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı bulmuştur. Strasbourg Mahkemesi'ne göre askeri hakimlerin varlığı nedeniyle davacı kişi bu mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe etmekte haklıdır. Bunun üzerine TBMM 18 Haziran 1999 gün 4388 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa'yla Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin sadece sivil hakimlerden oluşacağına karar vermiştir.²¹

İçerik ve kapsamı açısından bu zamana kadar yapılanların en önemlisi olan üçüncü değişiklik 3 Ekim 2001 gün ve 4709 sayılı Anayasa'nın Değiştirilmesi Hakkında Yasa²² ile yapılmıştır. Bu yasa teklifinin genel gerekçesinde 1982 Anayasası'nın *"uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gerektiği"* doğduğu belirtildikten sonra şöyle devam edilmektedir: *"Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada*

¹⁷ 23 Temmuz 1995 günlü ve 4121 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa 26 Temmuz 1995 günlü 22355 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır.

¹⁸ Bu konudaki açıklamalar için bkz., Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Eylül 2001, s. 48-52.

¹⁹ 4388 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa 18 Haziran 1999 günlü ve 23729 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır.

²⁰ <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=incal%20%7C%20c/turquie&sessionid=1240122&skin=hudoc-fr> (28 Şubat 2005).

²¹ Bkz., Tanör, Bülent - Yüzbaşıolu, *Necmi, 1982 Anayasası'na Göre ...*, op. cit., s. 52-53.

²² Bahsedilen Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa 17 Ekim 2001 günlü ve 24556 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır.

*bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkararak bir Anayasa değişikliği hedeflemektedir”.*²³

En son yapılan değişiklik de, 7 Mayıs 2004 günlü ve 5170 sayılı Anayasa değişikliğine dair yasa, benzer gerekçelerle kabul edilmiştir.²⁴ Avrupa Birliği üyeliğine aday olan Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterlerini yerine getirmeyi taahhüt ettiğini belirttiğinden sonra teklifin genel gerekçesi şöyle devam etmektedir: *“Bir taraftan hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğunu vurgulayan ve ülkemizde de imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 13 Nolu Protokol gereğince ölüm cezasının kaldırılmış olması; diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasa'da da değişiklikler yapma zorunluluğunu doğurmuştur”.*²⁵

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa metni arasında açık bir paralellik bulunması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin müdahale alanının insan hakları ihlallerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi tabii kabul edilmelidir. Böylece, AİHM'nin AYM'nin konu üzerinde görüşünü açıklamadan önce Türkiye'yi cezalandırmasının da önüne geçilmiş olacaktır. Diğer yandan, kişiler temel haklarının ihlali durumunda Strasbourg Mahkemesi önünde bu ihlalin durdurulmasını isteyebilmektedirler. Hangi sebeple onların bu ihlale karşı kendi ülkesindeki Anayasal yargı mekanizmasını harekete geçirmesini engelleyebiliriz?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Hakimî Türmen²⁶ 2000 yılı içerisinde AİHM'de Türkiye'ye karşı açılan dava sayısının yedi yüz otuz beş olduğunu ve bunlardan ancak otuz sekizinin çözüme bağlandığını belirtmektedir: yirmi üç davada Türkiye mahkum olmuş, iki davada Türk hükümeti haklı bulunmuş ve on üç dava ise taraflar arasındaki anlaşmayla sonuçlanmıştır. Ayrıca, Türmen, 2001 senesi itibarıyla karar bekleyen on altı bin başvurudan iki bin altı yüz Türkiye'yi ilgilendirmekte olduğunu bildirmekteydi.

²³ Bkz., http://www.belgenet.com/2001/Anayasa37_03.html (14 Şubat 2005).

²⁴ 7 Mayıs 2004 günlü ve 5170 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa 22 Mayıs 2004 günlü ve 25469 sayılı *Resmî Gazete'* de yayınlanmıştır.

²⁵ http://www.belgenet.com/2004/Anayasa_052004-2.html (14 Şubat 2005).

²⁶ Rıza Türmen'in yukarıdaki açıklamaları için bkz., *Milliyet Gazetesi*; 13 Mayıs 2001.

Türmen daha sonra şöyle devam etmektedir: “Türkiye’nin ne kadar problemi varsa hepsini AİHM’de bulabilirsiniz (...) Yargıda gördüğümüz tüm bozukluklar oraya geliyor. Onun için o mahkemede verilen kararlar, Türkiye bakımından önem taşır”. Türkiye’nin AİHM kararlarına bakarak “kendine çekidüzen vermesi lazım”dır. Sağlam’ında²⁷ belirttiği gibi bu yönde en iyi çözüm bireysel başvuru yolunun AİHM önüne gitmeden önce başvurulacak bir koruma mekanizması olarak Türk yargı sisteminde tanınması olacaktır. Aynı yazara göre, böylece “insan haklarına ilişkin sorunlar ülke içinde çözülmüş olacak ve uluslararası makamların Türk demokrasisi ile ilgili ağır yükü de belirgin bir ölçüde azaltılmış olacaktır”. Aynı şekilde Kaboğlu²⁸ da bireysel başvuru yolunun kabulünün Strasbourg Mahkemesi’ne başvuruları azaltacağını belirtmektedir. Bu insan hakları ihlalleri konusunda Türkiye hakkındaki olumsuz fikirleri de yok etmeye yarayacaktır.

Ancak bu başvuru yolunun kabulü aşağıdaki önlemle birlikte olmalıdır: Avusturya örneğinde olduğu gibi İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne Anayasal bir değer atfedilmesi.²⁹ Gerçekten de “1964’ten beri Avusturya Anayasa Mahkemesi kendini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin çoğunlukla yaratıcı olan içtihadını büyük ölçüde uygulamak zorunda görmektedir. Strasbourg organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni yorumlama biçimi son elli yıllık dönemde (Avusturya) Anayasa Mahkemesi’nde yeni bir insan hakları anlayışının doğmasına neden olmuştur”.³⁰

7 Mayıs 2004 günlü ve 5170 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa’yla uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri hususunda önemli bir adım atılmıştır. Bundan böyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda

²⁷ Sağlam, Fazıl, “Avrupa’da Haklar Çerçevesinde Türkiye”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. XXIV, Ocak-Şubat 2000, s. 108.

²⁸ Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, Ankara 1997, İmge Yayınları, s. 76.

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal hukukların Sözleşme’ye Anayasal bir değer atfedip atfetmediğine bakmaksızın ülkelerin Anayasa Mahkemeleri tarafından incelenmiş ve Anayasaya uygun bulunmuş kanun hükümlerini Sözleşme’ye aykırı ilan etmektedir. AİHM’nin 28 Ekim 1999 günlü “Zelinski” ve 9 Kasım 1999 günlü “Chabibi et Debboub” kararları bu tespiti doğrulamaktadır. Çünkü, ilgili kararlarda Strasbourg Mahkemesi Fransız Anayasa Konseyi’nce incelenen ve Anayasaya uygunluk kararı verilen kanun hükümlerini Sözleşme’ye aykırı bulmaktadır. Strasbourg hakimlerinin bu tutumu Anayasa hakimlerinin davranışları üzerinde mutlaka birtakım etkiler meydana getirecektir. Bu konuda bkz., Roussillon, Henry, “La saisine du Conseil constitutionnel, contribution à un débat”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, S. 2, 2002, s. 502.

³⁰ Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, “Le recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001, s. 87.

farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacaktır (An. 90/5). Bireysel başvuru yolunun kabulü halinde Anayasa Mahkemesi bu yeni hükme dayanarak temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddeleri Avusturya örneğinde olduğu gibi AİHM içtihadına uygun şekilde yorumlama imkanına kavuşacaktır.

B. Mevcut Koruma Mekanizmasının Yetersizliği

Yasaların Anayasallığının denetiminin temel hedefi her türden Anayasa'ya aykırılığı cezalandırmak olması nedeniyle insan haklarının korunmasını hedefleyen denetimden farklıdır. Gerçekten de bu son denetim şekli özel yöntemlerle yapılmakta ve sadece kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan saldırılara son vermeyi amaçlamaktadır.

Bu açıdan 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla gerçekleştirilen yasaların Anayasa'ya uygunluğu denetiminin esasen temel hakları korumayı amaçladığını söylemektedir. Zira *"iptal davası açmaya hakkı olanların bir kanunun yalnızca Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki görüşleri Anayasa'ya uygunluk denetimi düzenini işletmeye yeterken burada (itiraz mekanizması durumunda) böyle bir hükmün ancak belirli bir kişinin belirli haklarını etkileme durumuna geçişi halinde düzen işleme yoluna girebilmektedir (...)* O halde Anayasa'ya aykırı kanunların ayıklanması 151. maddede öngörülen düzenin baş ereği ve o düzenle doğrudan doğruya elde edilebilecek bir sonuç değildir. Bunun düzenin dolaylı bir etkisi, bir yan sonucu gibi görülmesi daha yerinde olur".³¹ Yani AYM'ye göre ne zaman ki bir yasa hükmü şahısların haklarına zarar vermeye başlamakta itiraz mekanizması o zaman işlememektedir. Dolayısıyla 1961 Anayasası'nın 151. maddesi ile getirilen düzenlemenin nihai amacı hukuk düzeninden Anayasaya aykırı normları temizlemek değildir.

Buna karşılık 1982 Anayasası döneminde Mahkeme aynı fikirde değildir, çünkü AYM'ye göre bu yeni Anayasa ile olayla sınırlı yalnız tarafları bağlayıcı hüküm verme yetkisinin kaldırılması 1961 Anayasası dönemindeki bakış açısının değiştiğini göstermektedir. Somut norm denetimi esas olarak Anayasa'ya aykırı normları hukuk düzeninden yok etmek amacıyla getirilmiştir. Somut norm denetiminin bu temel rolü onun temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini ikincil amaç durumuna getirmektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasallık denetimi misyonu Anayasa koyucu tarafından belirgin bir şekilde vurgulanmıştır.

³¹ E. 1971/3 K. 1971/17 K. T. 11 Şubat 1971, AYMKD, S. 9, s. 306-307.

“Şurası hemen belirtmelidir ki 1982 Anayasası’nın 152. maddesiyle düzenlenen Anayasa’ya aykırılığın (yerel) mahkemelerce öne sürülebilmesinde (...) amaç Anayasa Mahkemesi’nin o kararından yararlanmayı o davanın yalnızca taraflarına inhisar ettirmek değildir. Tam tersine 1961 Anayasası’nın itiraz yolunda Anayasa Mahkemesi’ne tanıdığı iptal kararının olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına dair karar verme yetkisi, 1982 Anayasası ile kaldırılmış bulunmaktadır. O halde dava mahkemesinde itiraz yolunun işletilerek bekletici sorun yapılmasını daha açık deyimle Anayasa Mahkemesi’ne başvurma kararı alınmasına kadar ön planda olan somut ve kişisel durum, Anayasa Mahkemesi’nde etkinliğini kaybetmekte, bunun yerini soyut, genel ve objektif bir nitelik almaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önünde önem kazanan ve incelenmesi gereken husus o davanın taraflarının bu işlemde yararlanıp yararlanmayacakları değil, kuralların muhakemesi yapılarak, Anayasa’ya aykırılık varsa o kural iptal edilmek suretiyle Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınmasıdır. Bu nedenlerle, Anayasa’ya aykırılık savlarının Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi yolunu açan 1982 Anayasası’nın 152. maddesiyle güdülen temel amacın, kişilerin haklarının korunması yanında, bu yolla, Anayasa’ya aykırı kuralların iptaline de olanak vermek suretiyle kamu düzeninin ve o düzenin temelini oluşturan Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin himayesi olduğu duraksanamaz.”³² Somut norm denetiminin kabul nedeni yalnızca temel hak ve özgürlükleri korumak değil aynı zamanda kamu düzenini ve böylece Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğünü sağlamaktır.

Bir diğer kararında AYM bu hususu daha açık olarak şöyle ifade etmektedir: “İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasındaki esas amaç, yürürlükte bulunan kanun ve kanun hükmünde kararnamenin Anayasa’ya aykırı olan hükümlerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi ile ayıklanmasıdır.”³³

Bekletici sorun mekanizmasıyla yapılan denetim şahısların Anayasal yargıya ulaşabilmelerinin tek koşulu olmasına rağmen -ki bu yolun dolaylı olduğu unutulmamalıdır- AYM bu mekanizmanın koşullarını dar bir şekilde yorumlamaktadır.

Bundan şu sonuç çıkmaktadır ki; insan haklarının korunması Anayasa Mahkemesi’nin temel kaygısı değildir ve Anayasal denetimin sağlanmasında öngörülen iki denetim yolu, iptal davası ve bekletici sorun yollarıyla yapılan denetim, insan hakları için etkin bir korunma sağlamaktan uzaktır. Oysa Anayasal denetimi gerçekleştiren organ “demokratik meşruluğunun bir kısmını kişilerin temel hak ve özgürlüklerine saygıyı sağlama misyonundan almak-

³² E. 1981/10 K. 1983/16 K. T. 8 Aralık 1983, AYMKD, S. 20, s. 116-117.

³³ E. 1983/1 K. 1983/5 K. T. 26 Nisan 1983, AYMKD, S. 20, s. 31.

tadır. Diğer yandan insan haklarına saygı bir siyasi rejimin demokratik niteliğini kazanabilmesi için gerekli bir koşul olarak düşünülmektedir.”³⁴

Gerçekten de genel olarak bu iki mekanizma insan haklarının korunmasında etkin bir korunma sağlamaktan uzaktır. Bu açıdan Grewe³⁵ “İtalya’da somut norm denetiminin hakimiyeti”nin altını çizdikten sonra şu çıkarsamayı yapmaktadır: “İtalya’daki somut norm denetimi (...) yasaların Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmekte ve temel hakların korunmasını sağlamaktadır. Bununla beraber bu sistem hiçbir biçimde bireysel başvuru yolunun yerini tutamaz (onun boşluğunu dolduramaz). Özellikle bireysel başvurunun yargı kararlarına karşı da yöneltilebildiğini hatırladığımızda somut norm denetiminin daha az etkin bir koruma sağladığı aşikardır”.

3. Bireysel Başvuru, Bir Öneri Denemesi

Bireysel başvuru yolunun Türk yargı sistemine kabulünde kullanılacak yöntemi belirledikten (A) ve bu yolun şartlarını ortaya koyduktan sonra (B) Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruları hangi biçimde inceleyeceği konusunu tartışmak gerekecektir (C). Belirtmemiz gerekir ki bu öneri denemesinde Almanya, Avusturya ve İspanya örnekleri bize yol gösterecektir.

A. Bireysel Başvurunun Anayasa Değişikliğiyle Kabulü

Yargı sistemimizde bireysel başvuru mekanizmasının kabulünün Anayasa değişikliği ile olması en sağlıklı yol olarak gözükmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi “Anayasal organ” niteliğine sahiptir ve mahkeme yetkileri itibarıyla Anayasa’ya tabidir. Diğer bir ifadeyle onun yetkileri ve görevleri Anayasaca belirlenmiş ve garanti altına alınmıştır. Zaten 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin son fıkrası da Anayasa değişikliği dışında herhangi bir yolla Mahkeme’ye yetki verilmesine imkan vermemektedir: “Anayasa Mahkemesi Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getirir.”

Bu durumda normal olan; kişilere temel haklarını ihlal eden yasalara, yönetsel kararlara ve yargı kararlarına karşı Anayasal yargı organının yardımını talep etme yetkisini verecek olan düzenlemenin Anayasa değişikliğine dair bir yasayla yapılmasıdır.

³⁴ Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2. Baskı, Paris, Montchrestien, Coll. “Clef/Politique”, 1996, s. 44.

³⁵ Grewe, Constance, “A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : L’enchevêtrement des contentieux et des procédures”, *Mélanges en l’honneur de Michel Fromont, Strasbourg*, Presses Universitaires de Strasbourg 2001, s. 260-261.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları incelemeyi reddettiği yukarıda belirtilen kararlarında da Mahkeme ilk önce böyle bir yetkinin kendisine Anayasa tarafından tanınıp tanınmadığına bakmaktadır.

Burada şu soru akla gelebilmektedir: Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurma kararını kendisini bu konuda yetkili kılan ne Anayasal ne de yasal bir dayanak olmamasına rağmen vermiştir. Bundan hareketle Mahkeme bireysel başvuruyu da içtihadı yolla kabul edebilir mi? Yürürlüğü durdurmaya kabul ettiği kararında AYM hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve kamu yararı ilkelerinden hareket etmiştir. Ayrıca AYM'ye göre, bir normu iptale yetkili olan mahkemenin o normun uygulanmasını, şayet insan yaşamı toplumun ve devletin yüksek çıkarları söz konusu ise, onun hakkındaki kesin kararın verilmesine kadar askıya almaya yetkili olduğunun kabulü gerekir. Gerçekte yürürlüğü durdurma Mahkeme tarafından hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak düşünülmüştür. Ama bireysel başvuru yolunun kabulü gerek niteliği gerekse sonuçları itibariyle tamamen farklı nitelikte olan bir yetki olması, iki durumun aynı kategori içinde değerlendirilmesini mümkün kılmamaktadır.³⁶

Almanya, Avusturya ve İspanya örneklerinde de bireysel başvuru yolu Anayasal bir temele sahiptir: Federal Alman Anayasası'nın 93. maddesi, Avusturya Anayasası'nın 144. maddesi ve İspanya Anayasası'nın 53. maddesi. Buna karşın bireysel başvuru yoluna ilişkin esasların (başvurunun kabulüne ilişkin koşullar, AYM önünde izlenecek yargılama usulü vb.) Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişine ait yasada düzenlenmesi daha makul olabilir.

B. Bireysel Başvurunun Koşulları

Bireysel başvuru mekanizmasının koşulları başlığı altında kimlerin mahkemeye başvurma hakkına sahip olacağını (1), bu başvuruya konu olabilecek Anayasal hak ve özgürlükleri (2), hangi organların ve bunların hangi işlemlerinin başvuruya yol açabileceğini (3), kanun yollarının tüketilmesinin (4) ve başvuranın Anayasal hak ve özgürlüğün ihlalinden direkt olarak (şahsi olarak) zarar görmüş olmasının (5) ne anlam ifade ettiğini ve başvuruya ilişkin süreleri ve başvurunun şekline ait esasları (6) inceleyeceğiz.

³⁶ Zafer Gören'de Anayasa Mahkemesi'nce 1995 yılında düzenlenen sempozyumda bireysel başvurunun içtihat yoluyla Türk hukuk sisteminde kabulünün mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz., *Anayasa Yargısı*, S. 11, Ankara 1995, s. 135-136.

1. Bireysel Başvuruyu Kimler Yapabilir ?

Bireysel başvuru mekanizmasını harekete geçirebilme hakkı kamu otoritelerinin bir işlemi nedeniyle Anayasal haklarında zarar ortaya çıkmış olan herkese tanınmalıdır. Almanya, Avusturya ve İspanyol modellerinde temel hakları kullanma yetisine sahip olan herkes Anayasa tarafından güvence altına alınan haklarına yapılan saldırının durdurulmasını veya zararın tazminini isteyebilmektedir.³⁷ Böylece sadece gerçek kişiler değil tüzel kişiler de bireysel başvuru sayesinde kendi haklarını koruma imkanına sahip olmaktadır. Ancak tüzel kişilerin yalnızca kendilerine uygulanabilme durumunda olan haklarında maruz kaldıkları ihlalleri AYM önüne taşıyabilmeleri normaldir. Bu bağlamda örnek olarak evlilik hakkının ihlali tüzel kişiler tarafından ileri sürülemeyecektir. Diğer yandan Almanya örneğinde kamu hukuku tüzel kişileri kamusal nitelikleri nedeniyle bu haktan mahrumdurlar. Ancak İspanyol Anayasa Mahkemesi³⁸ istisnai de olsa kamu hukuku tüzel kişilerinin de bireysel başvuru yolunu (amparo başvurusunu) kullanabilmelerine imkan vermektedir.

Şayet kamu görevlerine girmede eşitlik ilkesinde olduğu gibi sadece vatandaşları ilgilendiren bir hak söz konusu değilse yabancılar da Almanya ve Avusturya’da bireysel başvuru yolundan yararlanabilmektedirler. Amparo başvurusunu düzenleyen İspanyol Anayasası’nın 53. maddesi “*her vatandaş (tout citoyen)*” terimini kullanarak bu hakkın dar bir kapsamını benimser ve yabancıları bu haktan mahrum eder görünmektedir. Bununla beraber Anayasa’nın 162. maddesinin 1. fıkrası bu şüpheyi ortadan kaldırmakta ve bunun gerçek ve tüzel bütün kişilere tanındığını göstermektedir. Zaten Anayasa Mahkemesi ve doktrin de başvuruda bulunabilecekleri oldukça geniş yorumlama eğilimindedir.³⁹

Bireysel başvuru yolunu kullanarak Anayasallık denetimi yapan organı harekete geçirenler Anayasa tarafından garanti altına alınmış bir hakkı

³⁷ Almanya, Avusturya ve İspanya Anayasa Mahkemeleri bu kavramı geniş yorumlama eğilimindedir. Bu konuda bkz., Pfersman Otto, “Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001, s. 68; Dittman, Armin, “Le recours constitutionnel en droit allemand”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001, s. 74; Kuckso-Stadlmayer, Gabrielle, “Le recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien”, op. cit., s. 83; Ruiz Miguel, Carlos, “L’amparo constitutionnel en Espagne, droit et politique”, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001, s. 90.

³⁸ Esen Arnwine, Selin, “İspanya’da bireysel başvuru yolu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, 2003, s. 257.

³⁹ Bkz., Bon, Pierre, “Espagne, Portugal”, *L’exception d’inconstitutionnalité, Expériences étrangères et Situation française*, Paris, STH, Coll. “Les grands colloques”, 1990, s. 46; Esen Arnwine, Selin, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, op. cit., s. 257.

kullanabilme yetisine sahip olan ve kamu otoritelerinin karar ve eylemi nedeniyle bu hakkında herhangi bir zarar meydana gelmiş gerçek ve tüzel kişilerdir. Bu nedenle bizde de bu mekanizmayı uygulayan ülkelerin sistemlerine uygun olarak Anayasal bir hakkı kamu otoritelerinin herhangi bir karar veya eylemi nedeniyle zedelenmiş her kişi, ister vatandaş isterse yabancı; ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun, bu başvuru yolundan yararlanabilmelidir.

2. İhlali Davaya Konu Olabilen Haklar

İhlali durumunda kişilerin yeniden tesisini veya uğradıkları zararın tazminini isteyebileceği haklar konusuna gelince, her üç ülke -Almanya, Avusturya ve İspanya- kendi Anayasal geleneklerine göre bir haklar listesi oluşturmaktadır. Federal Alman Anayasası'nın 93. maddesi bireysel başvuru yoluna konu edilebilecek hakları şu şekilde sıralamaktadır: Anayasa'nın 1'den 19'a kadar olan maddelerinde belirtilen haklar,⁴⁰ 20. madde (direnme hakkı), 33. madde (Almanların sivil eşitliği), 38. madde (seçimlerle ilgili genel hükümler), 101. madde (olağanüstü mahkemelerin yasaklanması, yasal yargıç ilkesi), 103. madde (mahkeme önündeki temel haklar) ve 104. madde (gözümlenme durumunda tanınan haklar).⁴¹

Avusturya'da ise kamu otoritelerince ihlali durumunda kişilerin yeniden tesisini veya uğradıkları zararın tazminini isteyebilecekleri haklar iç hukukta Anayasal değerde olan sübjektif haklardır: özgürlük hakları ve siyasi haklar. Sosyal, ekonomik ve kültürel haklar bu listeye dahil değildir, çünkü bunlar Avusturya sistemine yabancıdır.⁴² İspanyol Anayasası'nın 41. maddesi de ihlali durumunda kişilerin amparo başvurusunu yapabileceği hakların Anayasa'nın 14'den 29'a kadar olan maddelerinde sayılan haklar

⁴⁰ Federal Almanya Anayasası'nın ilgili maddelerinde düzenlenen haklar şunlardır: İnsan haysiyetinin korunması (m. 1), insan özgürlüğü (m. 2), kanun önünde eşitlik (m. 3), inanç ve vicdan özgürlüğü (m. 4), ifade özgürlüğü (m. 5), aile, evlilik ve nesebi sahih olmayan çocuk (m. 6), eğitim (m. 7), toplanma özgürlüğü (m. 8), dernek kurma özgürlüğü (m. 9), iletişim, posta ve yazışmaların gizliliği (m. 10), seyahat özgürlüğü (m. 11), meslek seçimi ve angaryanın yasak olması (m. 12), askerlik ve diğer hizmetlere ilişkin yükümlülükler (m. 12a), konut dokunulmazlığı (m. 13), mülkiyet, miras, kamulaştırma (m. 14), devletleştirme (m. 15), vatandaşlığın kaybı, sınır dışı edilme (m. 16), sığınma hakkı (m. 16a), dilekçe hakkı (m. 17), kişi haklarının kanun tarafından askerlik hizmeti nedeniyle sınırlandırılması (m. 17a), temel hakların kaybedilmesi (m. 18) ve temel hakların kısıtlanması (m. 19).

⁴¹ Bkz., Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", *Anayasa Yargısı*, S. 11, Ankara 1995, s. 100.

⁴² Kuckso-Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 84.

olduğunu belirtmektedir.⁴³ Bu listeye İspanyol Anayasası'nın 30. maddesinde belirtilen vicdani ret hakkını da ilave etmek gerekecektir.⁴⁴ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki İspanya'da yukarıdaki maddeler arasında mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen hükümler yer almamaktadır, çünkü bu hak 33. maddede düzenlenmiştir.⁴⁵

Bireysel başvuruya yol açan haklar bu üç ülkede Anayasalarda net bir biçimde belirtilmiştir ve bunlar esas olarak klasik haklar olarak adlandırığımız haklardır. Bu net belirleme bireysel başvuruya konu olmayacak hakları kolayca ortaya koymayı mümkün kılmaktadır. Diğer yandan, kültürel, ekonomik ve sosyal haklara yöneltilmiş olan ihlallerin bireysel başvuruya yol açmaması konusunda ilgili ülkelerin Anayasalarında bir iradenin olduğunu da altını çizmek gerekir.

Türkiye'de bireysel başvurunun kabulü halinde AYM önünde korunması istenebilecek hakların kesin bir şekilde sıralanması gerekecektir. Anayasa'nın genel esasları düzenleyen birinci kısım 10. maddede yer alan eşitlik ilkesi ile ikinci kısım ikinci bölümde kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında tanınan hakların (17'den 40'a kadar olan maddeler) bireysel başvurunun konusu olması gerekir.⁴⁶ Görüldüğü üzere bu öneri Avusturya sisteminden çok Al-

⁴³ İspanyol Anayasası'nın yukarıdaki maddelerinde belirtilen haklar şunlardır : eşitlik, yaşam hakkı ve vucut bütünlüğü, ideolojik, dini özgürlük ve ibadet özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği, özel hayatın gizliliğine ve kişi onuruna saygı, seyahat özgürlüğü, ifade ve bilgi edinme özgürlüğü , toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, vatandaşların kamu hizmetine girme hakkı, etkin hakim korumasından yararlanma hakkı, ceza yasalarının geriye yürümezliği, eğitim hakkı ve öğretim özgürlüğü, sendikal haklar ve dilekçe hakkı.

⁴⁴ Cascajo, Castro J. L., "Les droits invocables dans les recours constitutionnels", *La protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle, Coll. Science et technique de la démocratie, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1996, s. 22.*

⁴⁵ İspanya'da amparo başvurusuna konu olan haklar konusunda dar bir yorumun olması gerektiği ifade edilmesine rağmen, bu haklarla çok sıkı bir ilişki içinde bulunan ve Anayasal korumadan yararlanması gerektiği düşünülen başka haklara yönelik saldırılarda da Mahkeme incelemeyi kabul etmektedir. Siyasi parti kurma özgürlüğü dernek kurma hakkı ile sıkı irtibatından dolayı Mahkemece amparo başvurusuna konu olabilecek haklar arasında değerlendirilmiştir. Bkz., Cascajo, Castro J. L., "Les droits invocables ...", op. cit., s. 25-28. Ayrıca bu konuda Esen Arnwine'in makalesine de bakılabilir: Esen Arnwine, Selin, "İspanya'da bireysel başvuru yolu", op. cit., s. 252-253.

⁴⁶ 1982 Anayasası'nın bu bölümünde düzenlenen hakların neler olduğunu belirtmek faydalı olacaktır: Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m. 17), zorla çalıştırma yasağı (m. 18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19), özel hayatın gizliliği (m. 20), konut dokunulmazlığı (m. 21), haberleşme hürriyeti (m. 22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 23), din ve vicdan hürriyeti (m. 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26), bilim ve sanat hürriyeti (m. 27), basın hürriyeti (m. 28), süreli ve süresiz yayın hakkı (m. 29), basın araçlarının korunması

manya ve İspanya sistemine daha yakındır. Ayrıca bu konuda Aliefendioğlu'nun görüşünü de paylaşıyoruz, çünkü kendisi bu haklar listesini çok geniş tutmanın AYM önünde aşırı iş yığılmasına neden olacağını ve Mahkemeyi şu andaki organizasyonu ile işleyemez hale getirebileceğini belirtmektedir.⁴⁷ Bu açıdan en azından başlangıçta haklar listesinin daha dar tutulması yararlı olabilecektir.⁴⁸ Diğer yandan, bireysel başvuru yolunun istisnai bir başvuru yolu olduğu ve diğer insan haklarını koruma mekanizmalarını ikame edici değil, sadece tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı unutulmamalıdır.

3. Bireysel Başvuruya Konu Olan İşlemler

Bireysel başvuru yolunun kabulü amacına uygun olarak sadece Anayasa'da işaret edilen temel hakları ihlal eden işlemler Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir. Geniş bir norm yelpazesinin bireysel başvuru yoluyla AYM önünde denetlenebildiği Alman sisteminde, kamu otoritelerinin her türlü işlemleri için Karlsruhe Mahkemesi'ne başvuruda bulunulabilmektedir. "*Kamu otoritelerinin her türlü işlemleri*" tabiri yasama işlemlerini (yasalar, uluslararası antlaşmaları onay yasaları), yürütme organı işlemlerini (idarenin genel düzenleyici ve birel işlemleri), yargı organının işlemlerini (kararlar ve seri muhakeme kararları) ve idarenin genel organizasyonu içinde yer alan ve kamu gücünü kullanan özel kişilerin işlemlerini içermektedir. Yani bir kamu otoritesinin yaptığı işlemin aldığı form (şekil) Alman sisteminde önem taşımamaktadır.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi önünde başvuruya konu olabilen normların sayıca çokluğu yönünden Alman sistemini Avusturya sistemi takip etmektedir. Bu ülkede kişiler idarenin birel işlemlerinin ve herhangi bir ara işleme gerek olmaksızın bireye doğrudan uygulanan ve onun temel haklarından birinde güncel bir ihlale yol açan genel düzenleyici işlemlerin (yönetmelikler, idarenin diğer genel düzenleyici işlemleri, yasalar -ister Anayasal isterse yasal düzeyde olsun-, federal ve federe devletlerin yasaları ve uluslararası antlaşmalar) Anayasallığı konusunda AYM'ye başvurma imkanına sahiptirler.⁵⁰

(m. 30), kamu tüzel kişilerinin basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m. 31), düzeltme ve cevap hakkı (m. 32), dernek kurma hakkı (m. 33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m. 34), mülkiyet hakkı (m. 35), hak arama hürriyeti (m. 36), kanuni hakim güvencesi (m. 37), suç ve cezalara ilişkin esaslar (m. 38), ispat hakkı (m. 39) ve temel hak ve hürriyetlerin korunması (m. 40).

⁴⁷ Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, op. cit., s. 203.

⁴⁸ Kimi yazarlar bu haklar listesinin daha uzun tutulmasını tercih etmektedirler. Örnek olarak Gören, siyasi hakların ve yasamanın eksik işlemlerinin de bireysel başvuruya konu olmasını istemektedir. Bkz., Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesi'ne ...", op. cit., s. 134.

⁴⁹ Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel en droit allemand", op. cit., s. 75.

⁵⁰ Kuckso-Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 82.

Bununla beraber İspanya⁵¹ genel nitelikteki idari işlemleri ve kanun değerindeki genel işlemleri amparo başvurusunun alanından çıkarmaktadır. Başvuru aşağıdaki işlemlere karşı yöneltilir. İlk önce Cortes⁵²'lerce veya onun organlarınca kabul edilen ve kanun değerinde olmayan işlemler; otonom (özerk) toplulukların yasama meclisleri veya onların organlarınca kabul edilen ve kanun değerinde olmayan işlemler; hükümet ve onun birimleri görevlilerinin ve otonom kurumların ortak (collegial) yürütme organlarının hukuki işlemleri ve onların eylemleri; son olarak da kimi durumlarda yargı organlarının işlemleri ve eksik işlemleri.

Genel normların (kanun ve yönetmelikler) bireysel başvuruya konu edinilmesi (Almanya ve Avusturya sistemini ilgilendirmektedir), ancak bunların doğrudan başvuran kişinin hakkına hemen ve mevcut (un danger immédiat et actuel) bir tecavüz durumu içermesi ve kişinin kendi hakkını bu saldırıya karşı savunmak için idari veya adli herhangi bir araca sahip olmaması halinde mümkündür.⁵³ Diğer bir deyimle genel norma karşı başvuru olması için "genel norm tarafından hakkın ihlalinin soyut olmaması, Anayasal olarak korunan bir hakkın somut olarak ihlali söz konusu" olmalıdır.⁵⁴ Gerçekte soyut ve genel nitelikteki normların kişilerin hukuki durumları üzerinde hemen ve somut etkiler meydana getirmesine az rastlanmaktadır.

Şayet bireysel başvuru yolunun Türk hukuk sisteminde kabulü mümkün olursa bu yolun hedefi kamu gücünün herhangi bir işlemi nedeniyle temel hakların ihlalinin önlenmesi olmalıdır. Burada kamu otoritesinin hangi organca kullanıldığıнын veya onun ortaya çıktığı formun (şeklin) bir önemi yoktur: Yasama organının işlemleri ki temel hak ve özgürlükleri düzenlemede geniş yetkilere sahiptir,⁵⁵ daha sonra yürütmenin işlemleri

⁵¹ Riiz Miguel, Carlos, "L'amparo constitutionnel en Espagne ...", op. cit., s. 92.

⁵² İspanya'da iki meclisten oluşan merkezi yasama organına Cortes Generales adı verilmektedir. Millet Meclisi (Congrès des députés) nispi temsil esasına göre dört yıl için seçilmiş üç yüz elli üyeden oluşmaktadır. İki yüz elli altı üyeden oluşan Senato'nun (Sénat) oluşumuna gelince iki yüz sekizi çoğunluk sistemine göre genel oйдan çıkmakta kırk sekizi ise otonom topluluklarca atanmaktadır. Senato'daki her iki grup üyelerin görev süreleri dört yıldır. Son olarak yasama konusunda esas yetkinin Millet Meclisi'nde bulunduğunu söylememiz gerekir.

⁵³ Bkz., Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 75 ; Kukso-Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 85.

⁵⁴ Pfersman, Otto, "Le recours direct ...", op. cit., s. 69

⁵⁵ 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin genel ve özel sınırlama sebepleri belirsiz ve geniş bir şekilde yorumlanabilecek kelimelerle ifade edildiğinden (Bkz., Kaboğlu, İbrahim, "Droits de l'homme et sous-développement", Turkish Yearbook of Human Rights, C. 9-10, 1987-1988, s. 113) bu durum yasa koyucuya insan haklarını düzenleme konusunda geniş yetkiler vermektedir (Bkz. Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre ..., op. cit., s. 133).

ki temel haklar konusunda ciddi bir tehlike arz etmektedir⁵⁶ ve de yargı organının işlemleri.⁵⁷

Burada bizim hedefimiz yukarıda belirtilen kamu otoritelerinin temel haklarda ihlale yol açan işlemlerini listelemek değildir. Ancak yargı faaliyetlerinden doğabilecek bir temel hak ihlalini Türk Anayasa yargısının şu andaki işleyişini yakından ilgilendirdiğinden bahsetmekte yarar vardır.⁵⁸ Anayasa'ya aykırılık itirazı, davanın taraflarından birince ileri sürülür ve bu iddia davaya bakan mahkemece ciddi bulunmadığı durumda eğer bu dava temyize giderse temyiz makamı bu itirazın ciddiliği üzerinde tekrar karar verebilmektedir. Şayet esasa dair karar temyiz edilemeyecek bir karar ise veya temyiz makamı da bu itirazı ciddi bulmazsa davanın taraflarından birince ileri sürülen bu aykırılık itirazı hiçbir zaman incelenemeyecektir. Fakat bireysel başvuru yolunun kabulü halinde bu itiraz AYM önünde incelenme olanağına kavuşabilecektir.

4. Diğer Başvuru Yollarının Tükenmesi

Bireysel başvuru yolu, hakkın korunması için ek bir korunma sağladığından bütün başvuru yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi önünde bu başvurunun formüle edilmesi söz konusu olmalıdır.⁵⁹ Gerçekten de kamu gücünün bir işlemi nedeniyle hakkının ihlal edildiğini iddia eden her insan ilk önce olağan yargı yerleri önünde kendi Anayasal haklarının korunmasını talep etmek durumundadır. Şayet bu şekilde bir sonuca ulaşılamazsa bu durumda ihlalin durdurulabilmesi için bireysel başvuru mekanizması harekete geçirebilir. Bu açıdan bakıldığında eğer temel hakların ihlali bir idari işlemde kaynaklanıyorsa mağdur işlemi önce idari uyumsuzluklar konusunda yetkili mahkemelere götürmek zorundadır. İdari yargı yolunun hakkın korunmasında kendisine sunduğu bütün imkanların başarısız kalması halinde mağdur Anayasa hakimine başvurabilir. Bu durum yargı kararları için de geçerlidir. Yani önce olağan yargı yerleri önünde kanunun tanıdığı bütün başvuru yolları kullanılacaktır. Böylece Anayasa

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz., Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, İstanbul 1994, BDS Yayınları, s. 163-178.

⁵⁷ Yargı organlarından kaynaklanan insan hakları ihlalleri hususunda Tanör'ün yukarıdaki eserine bakılabilir: Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, op. cit., s. 215-254. Ayrıca bu konuda 312. madde çerçevesinde bir değerlendirme için bkz., Sağlam, Fazıl, "Anayasa şikayeti yolu açılmalı", *Milliyet Gazetesi*; 18 Temmuz 2000.

⁵⁸ Bkz., Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, op. cit., s. 203.

⁵⁹ Bkz., Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 76 ; Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 83; Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 50.

hakimi dava hakiminin yerini almayacak ve olağan yargı yerlerinin yetki ayrımına saygılı olunacaktır.

Ancak bu durum istisnalar içermiyor değildir. Eğer temel hakkın ihlali her türlü yargısal kontrolden hariç tutulan bir yasama işleminden veya son derece mahkemesi olarak karar veren bir mahkemeden kaynaklanıyorsa Anayasa Mahkemesi'ne kişiler tarafından doğrudan başvurulmalıdır.⁶⁰ Diğer yandan Alman Anayasa Mahkemesi olağan başvuru yollarının tüketilmesi şartını şayet davacı ciddi bir zarara uğrama durumunda ise veya genel yarar söz konusu ise aramamaktadır.⁶¹

Olağan başvuru yollarının tükenmesi şartı Anayasa Mahkemeleri'nin ağır bir iş yükü altında kalmalarını engellemenin en önemli araçlarından biri olarak da dikkat çekmektedir. Bu şart Anayasa hakiminin önüne gelen dosyaların sayısını azaltmayı sağlamakta ve sorun bu şekilde AYM önüne gelmeden olağan yargı yerlerince incelenmektedir.⁶²

Bireysel başvurunun Türkiye'de kabulü halinde bu şarta yer verilmeli ve AYM bu şarta saygınlığı dikkatli bir şekilde incelemelidir.⁶³ Bu bireysel başvurunun olağan korunma mekanizması yanında ek bir korunma sağlamasının gereğidir. Bu şekilde AYM'nin gereksiz yere meşgul edilmesi de önlenecektir.

Buna karşılık olağan yargı mekanizmasının sağladığı imkanlar tüketilmeksizin Anayasallığı konusunda bu yolla itiraz edilebilecek kamu gücü işlemlerinin de olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten de temel hakları etkileyecek nitelikte olduğu ileri sürülen kimi Parlamento kararları (örneğin; olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanına ilişkin olanlar) ne Anayasa Mahkemesi'nce ne de Danıştay'ca incelenmektedir.⁶⁴ AYM incelemeyi ret kararını bu işlemlerin Anayasal yargı organınca kontrol edilebilecek normlar arasında sayılmadığı gerekçesine dayandırmakta Danıştay ise söz konusu işlemlerin niteliği gereği kendi yetkisizliğini ileri sürmektedir. Bu durumda

⁶⁰ Seibert, Helga, "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour", in La protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle, Coll. Science et technique de la démocratie, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1996, s. 159; Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 50.

⁶¹ Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 76.

⁶² Seibert, Helga, "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels ...", op. cit., s. 158.

⁶³ Bkz., *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, TÜSİAD (Yayın no. TÜSİAD-T/98-11/237), Kasım 1998 s. 48.

⁶⁴ Bkz., Teziç, Erdoğan, "Parlamento Kararı ve Kanun", *Anayasa Yargısı*, S. 5, Ankara 1989, s. 129.

bu işlemlerden dolayı hakkının ihlale uğradığını iddia eden kişinin, hiçbir hukuki başvuru imkanına sahip olmadığından, bireysel başvuru yolunu harekete geçirebilme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

5. Davacı Durumdan Bizzat Zarar Görmüş Olmalı

Bireysel başvuru yoluna ancak temel haklarından birine tecavüzde bulunan yani ihlalden şahsen mağdur durumda bulunan kişice gidilebilir. Bu şart "*actio popularis*"in hukuk sisteminde kabul edilmediğini ifade etmektedir.

Bireysel başvurunun kabul edildiği üç ülkede de davacının itiraz edilen işlemde bizzat zarara uğramış olması şartı aranmaktadır. İspanyol Anayasası'nın 161. maddesi amparo başvurusunun kabul edilebilir olması için "*meşru bir menfaati olduğunu ileri süren*" birinden gelmesini zorunlu görmektedir. İspanyol Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin organik kanunun 46. maddesi de amparo başvurusunun ilgili işlemde "*doğrudan etkilenen kişi tarafından*" gerçekleştirilebileceğini söyleyerek konuyu daha da netleştirmiştir.⁶⁵ Aynı şekilde Federal Alman Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun kabulünde itiraz edilen normun başvuruda bulunanı Anayasal haklarından birinde etkilemiş olması, haklarından birine zarar vermiş olması şartını ısrarla aramaktadır.⁶⁶ Avusturya'da ise temel haklara olan tecavüzün belirgin bir şekilde olması gerekmekte, yani iddia edilen ihlal başvuruda bulunanın hukuki durumunda doğrudan bir etkiye sahip olmalıdır.⁶⁷

Diğer yandan Karlsruhe Mahkemesi⁶⁸ başvuru sahibinin itiraz edilen norm nedeniyle temel haklarında uğradığı etkinin hemen ve mevcut (immédiate et actuelle) olmasını istemekte yani başvurunun yapıldığı anda mevcudiyetini aramaktadır. Temel haklar alanındaki saldırının başvuru anında varlığını talep eden Avusturya Anayasa Mahkemesi için de durum aynıdır.⁶⁹

Başvuru yapılan normun temel haklara yönelik saldırısının o anda olması, başvuru anında mevcut bir tehlikeyi işaret etmesi koşulu, Anayasal yargı organına bireysel başvuruyu dar bir çerçeve içinde tutma imkanını verecektir. Bu da bireysel başvurunun temel haklar hususunda genel hukuki koruma yollarının yanında ikinci derece bir koruma mekanizması olma özelliğine işaret etmektedir.⁷⁰

⁶⁵ Bkz., Bon Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 50-5.

⁶⁶ Bkz., Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 75.

⁶⁷ Bkz., Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 83.

⁶⁸ Bkz., Seibert, Helga, "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels ...", op. cit., s. 156.

⁶⁹ Bkz., Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 85.

⁷⁰ Bkz., Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 76.

Bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde bu yolun vazgeçilmez şartlarından biri olarak belirtilen davacının itiraz edilen normdan bizzat etkilenmesi şartına bu yolun ülkemizde kabulü halinde de yer verilmesi ve bu şartın yerine getirilip getirilmediğinin AYM önünde dikkatli bir incelemeye tabi tutulması doğru olacaktır.

6. Bireysel Başvuruda Süreler ve Şekle Ait Şartlar

Bireysel başvurunun kesin sürelerle bağlanmasını da onun istisnai bir koruma mekanizması olmasının bir sonucu olarak kabul etmek gerekir. Böylece yargı kararlarının kesinliği ilkesine olan güven korunmuş olacak, hukuk güvenliği sağlanacaktır. Bununla beraber belirlenen sürelerin davanın taraflarına kendi haklarını yeterince kullanmasına imkan verecek derecede uzun olmasına da dikkat edilmelidir.

Bireysel başvuru yolu yargı kararlarına karşı yöneltildiğinde itiraz edilen kararın taraflara bildirilmesinden itibaren Almanya'da bir aylık,⁷¹ İspanya'da ise yirmi⁷² günlük süre içinde başvuru yapılabilmektedir. Başvurunun kanuna karşı yapılması halinde Almanya bir senelik bir süre öngörmesine rağmen Avusturya sisteminde hiçbir süre belirtilmemiştir.⁷³ İspanya'da kanun değerinde olmayan yasama işlemlerine karşı başvurunun üç ay içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁷⁴ Bilindiği gibi bu son ülkede kanunlara karşı amparo yoluna gidilemez. İdari işlemlere karşı yapılan başvurular Avusturya'da altı hafta,⁷⁵ Almanya'da bir ay,⁷⁶ İspanya'da ise yirmi gün⁷⁷ içinde yapılmalıdır.

Türkiye'de süreye ilişkin şu şekilde bir düzenleme yapılabilir: Yeni bir yasanın varlığından haberdar olmak ve ondan doğacak sonuçları kısa sürede tam olarak kestirmek mümkün olmadığından bireysel başvuru kanunlara karşı onların yayınlanmasından itibaren bir senelik süre içinde mümkün olmalıdır. Buna karşılık 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesi ilk şeklinin "*hukuki dokunulmazlık*" sağladığı ve bundan dolayı 3 Kasım 2001 tarihindeki Anayasa değişikliğine kadar Anayasallık denetimi yapılamayan kanunlar için başvuruda süre koşulu aranmayabilir. İdari işlemler ve yargı kararları için başvuru süresi ise bir ay olarak kabul edilebilir.

⁷¹ Bkz., Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesine ...", op. cit., s. 119.

⁷² Bkz., Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 51.

⁷³ Bkz., Pfersman, Otto, "Le recours direct ...", op. cit., s. 69.

⁷⁴ Bkz., Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 51.

⁷⁵ Bkz., Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 84.

⁷⁶ Bkz., Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesi'ne ...", op. cit., s. 119.

⁷⁷ Bkz., Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 51.

Davacı gerekçeli başvuru dilekçesini belirlenen süre içinde Anayasa Mahkemesi'ne teslim etmeli ve bu dilekçe şu unsurları içermelidir: bireysel başvurunun dayandığı olaylar, başvuruya konu olan kamu otoritesinin işleminin kesin tarihi, itiraz edilen norm tarafından ihlal edildiği iddia edilen Anayasal hakkın hangisi olduğu ve yapılan işlemin niçin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğinin ayrıntılı nedenleri.⁷⁸

Sonuç olarak bireysel başvuru Türk sistemine Anayasa değişikliğine ilişkin bir yasayla girmeli ve davaya konu olan haklar kesin bir şekilde belirtilmelidir. Bunun için Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesine 3. fıkradan sonra şu ibare eklenebilir: *"Anayasa'nın 10. maddesi ve 17'den 40'a kadar olan maddelerinde belirtilen haklarından birinin kamu gücünün bir işlemi nedeniyle saldırıya uğradığını iddia eden bir kişi olağan yargı yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'nden bu ihlalin giderilmesini isteyebilir."*

C. Anayasa Mahkemesi'ndeki Yargılamada İzlenecek Usul

Temel Anayasal haklarından birinde tecavüze uğrayan kişilerin AYM'ye başvurma olanağı kabul edildiğinde AYM önüne gelecek işlerin sayısının hayli çok olacağını tahmin etmek zor değildir. Bu nedenle ortaya etkili bir filtre mekanizması koymak mahkemeyi gereksiz sorunlardan kurtaracak ve mahkemenin gerçek sorunlar üzerinde yoğunlaşmasını sağlayacaktır.

Bireysel başvuru yoluyla gelen dilekçeler yukarıdaki şartları yerine getirmesi halinde AYM tarafından ayrıntılı olarak incelenecektir. Anayasa Mahkemesi hangi yargılama usulünü uygulayarak başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediğini belirleyecektir. Bu konuda şöyle bir yöntem önerebiliriz.

İlk inceleme –ki davaya hazırlık niteliğinde olacaktır- AYM raportörlerinden birince gerçekleştirilebilir. Bu inceleme AYM üyelerinin işlerini kolaylaştırmak daha ilk bakışta kabul edilemez gözükten başvuruları mahkemeye gelmeden tasfiye etmeye yönelik olacaktır. Raportörün bu incelemesi sadece başvuruya ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde olmalıdır: Süreye ilişkin şartlar, başvuru dilekçesine gerekli belgelerin

⁷⁸ Bireysel başvuru mekanizmasının işlemesi için verilmesi gereken dilekçeye ait esaslar ülkeden ülkeye benzerlikler göstermektedir. Alman ve İspanyol sistemleri için sırasıyla şu makalelere bakılabilir: Seibert, Helga, "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels ...", op. cit., s. 160; Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 51.

eklenip eklenmediği, ihlali iddia edilen hakkın bu başvuruya sebep teşkil edecek Anayasal haklardan biri olup olmadığı ... Ayrıca raportörün dava sahibine başvurusunun olumlu bir neticeye varıp varmayacağı konusundaki kanaatini bildirebileceği de kabul edilebilir. Bu bildirim bir karar niteliğinde olmadığını sadece öneri mahiyetinde olduğunu söylememiz gerekir. Davacının başvurusunu bu ikaza rağmen geri almaması durumunda başvuru AYM önünde incelemeye konu olacaktır. Zaten buna benzer bir çalışma Federal Alman Anayasa Mahkemesi kalemince Mahkeme'nin yükünü azaltmak niyetiyle yapılmaktadır.⁷⁹

Daha sonra raportör kendi şahsi görüşlerini de ekleyerek raporunu Mahkeme heyetine sunmalı ve heyet bireysel başvurunun kaderi konusunda yetkili tek mercii olmalıdır. Avrupa Anayasa Mahkemeleri'nde bu tip başvuruları inceleyen Anayasa hakimlerinin toplandığı birimin adı kurul, daire, genel kurul olarak değişmektedir: Genel Kurul olarak kararlar sadece Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından alınmaktadır.⁸⁰ Alman ve İspanyol Anayasa Mahkemeleri başvuruların ilk incelemesini yapmayı ve bu konuda kesin bir çözüm önerisi getirmeyi üç hakimden oluşan bir kurula vermektedir. Şayet Türk Anayasa Mahkemesi'nin yapısında herhangi bir değişiklik meydana gelmezse Avusturya örneğinde olduğu gibi bireysel başvuru dosyaları Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nda incelenebilir ve burada karara bağlanabilir.

Buna karşılık Alman ve İspanyol mahkemeleri örneklerinde olduğu gibi Türk Anayasa Mahkemesi içerisinde de dairelerin meydana getirilmesi ve daireler bünyesinde kurulların oluşturulması bir gereklilik olarak görülmektedir.⁸¹ Zira şu anda bile AYM'nin yüklü ajandası daire ve kurulların

⁷⁹ Seibert, Helga, "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels ...", op. cit., s. 162.

⁸⁰ Avusturya Anayasa Mahkemesi'nde de Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ni örnek olarak dairelerin oluşturulması önerilmiş fakat bu öneri Mahkeme'nin içtihadındaki tutarlılık ve homojenlik üzerinde olumsuz etkide bulunacağı endişesiyle kabul görmemiştir (Bkz., Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel ...", op. cit., s. 87).

⁸¹ Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin Mahkeme'nin 41. kuruluş yıldönümü vesilesiyle yaptığı konuşmada Mahkeme'nin mevcut iş yükünün fazlalığını rakamsal olarak belirttiikten ve bunun nedenlerini ortaya koyduktan sonra, Mahkeme'nin kırk bir yıl önceki yapısıyla insan haklarını koruma ve hukuk devletini gerçekleştirme görevini etkin olarak yerine getirmesinin güç olduğuna işaret etmiştir. Diğer bir ifadeyle, Başkan'a göre Mahkeme'nin "kırk bir yıl önce kurulduğu gün oluşturulan geleneksel yapısından kurtarılması ve yeniden yapılandırılması gerekir". Ayrıca Başkan Bumin "bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşum biçimi ve çalışma yönteminin örnek olarak alınabileceğini" düşünmektedir (Bkz., Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin'in konuşması, <http://www.Anayasa.gov.tr/anyarg20/mbumin.pdf> (21 Şubat 2005))

olmaması nedeniyle Mahkeme'nin denetim görevinde gecikmelere neden olmaktadır. Bir de buna bireysel başvuru yolu eklendiğinde Mahkeme'nin iş yükünün çok daha ağır olacağı kesindir.

Anayasa Mahkemesi'nin yapısında muhtemel bir değişiklik durumunda oluşturulacak kurullar ve daireler bireysel başvuruları karara bağlama görevini üstlenecektir. Her kurul raportörün hazırladığı rapora dayanarak başvurunun kabul şartlarını yerine getirip getirmediğini denetleyebilecektir. Bununla beraber bu rapor kesinlikle kurulu bağlayıcı bir nitelik taşımamalıdır. Şayet kurul Anayasal hak ihlali iddiasını yerinde görmez ve başvuruyu bireysel başvurunun kötüye kullanımı olarak değerlendirirse başvuruyu oyçokluğu ile reddedilme yetkisine sahip olmalıdır. Ancak bu ret kararı gerekçeli olmalı ve hüküm kısmını içermelidir. Kurul'un bu gerekçeli kararına karşı herhangi bir yargı yolu olmamalıdır. Böylece daha derin bir incelemeyi gerektiren bireysel başvurular Kurul'un bağlı olduğu dairece incelenecektir.⁸²

Kurul görevini bir yandan Anayasa Mahkemesi'nin ağır iş yükü altında işleyemez hale gelmesini engelleyecek diğer yandan vatandaşların Anayasal haklarının etkin bir korumasını sağlayacak şekilde yerine getirmelidir. Bu şekilde ilk defa kurullarca incelenen başvurular ilgili daire önüne gelecektir. Daireler önündeki yargılama usulü davaların tarafları arasında eşitlik ilkesini uygulamalı ve çelişmeli yargı prensibine saygılı olacak şekilde düzenlenmelidir.⁸³ Her daire başvurular üzerinde kesin karar almaya yetkili olmalıdır.⁸⁴ Bu durumun tek istisnası şu olabilir: Eğer dairelerden biri

⁸² Alman ve İspanyol Anayasa Mahkemeleri'nde kurulların yaptığı incelemeler konusunda sırasıyla şu makalelere bakılabilir: Seibert, Helga, "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels ...", op. cit., s. 162-163; Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 54-55. Gerçekte bireysel başvurunun kişiler nezdinde büyük bir rağbet görmesi Anayasa Mahkemeleri'nin bu konuda ciddi bir filtre mekanizması kurmasını gerektirmiştir. Bkz., Favoreu, Louis et alii, *Droit constitutionnel*, 1. Baskı, Paris, Dalloz 2000, s. 269.

⁸³ Çelişmeli yargı ilkesine Alman, İspanyol ve Avusturya Anayasa Mahkemeleri'nce yer verilmektedir. Diğer yandan, İspanya'da sadece yerel mahkeme önündeki davaya taraf olanlar değil amparo başvurusuna konu olan işlemde yararlananlar ve dava neticesine bağlı meşru bir menfaati olduğunu ispatlayanlar Anayasa Mahkemesi önündeki amparo başvurusuyla ilgili davaya katılabilirler (Bkz., Ruiz Miguel, Carlos, "L'amparo constitutionnel ...", op. cit., s. 93).

⁸⁴ Almanya'da olduğu gibi İspanya'da da bireysel başvuruya ilişkin davalara bakmak Anayasa Mahkemeleri'nde oluşturulan dairelerin yetki alanı içindedir (İspanya için bkz., Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", op. cit., s. 50). Zaten Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nin genel kurul olarak bir dava üzerine karar verdiği durumlar çok nadirdir (Bkz., Fromont, Michel, "Allemagne - Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VIII-1992, Economica & Puam, s. 165).

daha önce Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilen bir içtihattan herhangi bir konuda uzaklaşma durumunda ise karar Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na bırakılmalıdır.⁸⁵

Sonuç yerine: Anayasal Reformun Geleceği

Türkiye'nin tanınmış hukukçuları⁸⁶ tarafından gittikçe artan oranda savunulması, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki pozisyonu⁸⁷ ve Türkiye'nin Avrupa Topluluğu içinde yer almasının insan hakları ihlallerindeki düzelmeye bağlanması bireysel başvuru yolunun Türkiye'de kabul edilme şansını yükseltmektedir. Bununla beraber ilk önce politikacıların böyle bir reformun yararlı ve gerekli olduğu konusunda ikna olmaları gerekecektir. Bu sonuncular bireysel başvurunun uygulandığı bütün ülkelerde temel hak ve özgürlüklerin etkin korunmasının vazgeçilmez bir aracı olarak algılandığını gözden uzak tutmamalıdır.

Bu reform, şayet kabul edilirse, Anayasa Mahkemesi'nin temelli bir değişimini de sağlayabilir, zira böylece Mahkeme ideolojik olmayan ve insan haklarının korunması üzerine odaklanmış bir içtihat oluşturabilecektir.⁸⁸ Bu durum Avrupa makamları önünde Türkiye'yi insan hakları alanında daha avantajlı hale getirecektir.

⁸⁵ Zaten böyle bir durumda davaya genel kurul olarak bakmaya hem Alman Karlsruhe Mahkemesi hem de İspanyol Anayasa Mahkemesi yetkilidir.

⁸⁶ Bkz., Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, op. cit., s. 202-203; Gönül, Mustafa, "Türk Anayasa Yargısında Karşı Oy", *Anme İdaresi Dergisi*, C. XXVIII, S. 2, Haziran 1995, s. 25; Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", op. cit., s. 132-134; Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, op. cit., s. 79-80; Sağlam, Fazıl, "Avrupa'da Haklar Çerçevesinde Türkiye", op. cit., s. 108; Sağlam, Fazıl, "Anayasa şikayeti yolu açılmalı", op. cit.; Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Nemci, *1982 Anayasası'na Göre ...*, op. cit., s. 460; *Yargılama Düzeninde Kalite*, op. cit., s. 48-49.

⁸⁷ 1982 Anayasası'nda kapsamlı değişiklikler yapılacağı yolundaki bilgilerden sonra Anayasa Mahkemesi tarafından bu konuda çalışmalar yapmak üzere bir komisyon oluşturulmuş ve bu komisyonun hazırladığı rapor AYM Genel Kurulu'na incelenmiş yapılan tartışma ve oylamalar neticesinde bir öneri metni hazırlanmıştır. Bu metin daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na, Hükümete ve Ana Muhalefet Partisi Başkanlığı'na sunulmuştur. Belirtmemiz gerekir ki; bu reform önerisi içinde bireysel başvurunun kabul edilmesi önemli bir yer tutmaktadır (Bkz., Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin'in Mahkeme'nin 42. kuruluş yıldönümü münasebetiyle yaptığı konuşma, <http://www.anayasa.gov.tr/YDONUM/K42.HTM> (15 Şubat 2005))

⁸⁸ Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili kararlarını hatırlatmak gerekir, çünkü bu kararlar Mahkeme'nin belli bir ideolojinin savunuculuğunu yaptığı izlenimini doğurmaktadır.

Diğer yandan bireysel başvurunun yargı kararlarına karşı da yapılabilecek olması Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin ve Anayasanın 138. maddesi 2. fıkrasında belirtilen hakimler kararlarını Anayasaya uygun olarak verirler ilkesinin tam olarak tesisine imkan verecektir. Bireysel başvuru yoluyla yüce mahkemeye hakimlerin onun kararlarına saygılı olması ve özellikle de hakimlerin Anayasa'yı onun yorumladığı şekilde anlaması yönünde etkin bir araç verecektir.

Gerçekten de bireysel başvuru kabul edildiği ülkelerde -her sene yapılan binlerce başvurunun da gösterdiği gibi- büyük bir rağbet görmüştür. Bunlar arasında bir yargı yerinin özellikle de yüksek yargı yerlerinin verdiği kararların Anayasal haklar açısından yeniden değerlendirilmesi başvuruları önemli bir orana sahiptir.⁸⁹

Bireysel başvuru yolunun sadece mevcudiyeti bile kamu gücünü; faaliyetlerinde insan hakları alanında Anayasal gereklere uygun olarak hareket etmeye itmektedir.

Diğer yandan kamu gücünün işlemleri nedeniyle Anayasal haklarında herhangi bir ihlal olduğunu iddia eden herkese Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkının verilmesi Türk Anayasal yargı sisteminde radikal anlamda bir değişikliği ifade edecektir. Zira ilk defa Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini kısmak yönünde değil de onun yetkilerini genişletmek amacıyla bir reform önerisi hayata geçirilmiş olacaktır.

Bireysel başvuru aynı zamanda kişilerde kendi temel haklarının daha güçlü bir korunma mekanizmasına sahip olduğu duygusunu uyandıracaktır. Bu başvuru yolunun kabulü Türk özgürlükler hukukunu baskıcı ve kısıtlayıcı karakterinden arındırmak için gereklidir.⁹⁰ Bu aynı zamanda AYM'nin vatandaşlarca daha kolay kabul edilmesini de sağlayacaktır. La Pergola'nında⁹¹ belirttiği gibi "*Anayasa Mahkemeleri'ne yapılan başvuruların sürekli bir şekilde artması onun vatandaşların zihninde oluşturduğu olumlu moral gücü ispat etmektedir. Zira vatandaşlar Mahkeme'nin Anayasa'ya uygunluğu sağlamak görevi vesilesiyle temel hak ve özgürlükleri kullanmada gerekli garantiyi oluşturma kapasitesine güvenmektedirler.*"

⁸⁹ Bkz., Favoreu, Louis et alii, Droit constitutionnel, op. cit., s. 269.

⁹⁰ Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, op. cit., s. 80.

⁹¹ "L'allocution de A. La Pergola" *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Actes du séminaire de Bucarest, 8-10 juin 1994*, s. 13 -15.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara 1996, Yetkin Yayınları, s. 463.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi (AYMKD)* muhtelif sayıları.
- Bon, Pierre, "Espagne, Portugal", *L'exception d'inconstitutionnalité, Expériences étrangères et Situation française*, Paris, STH, Coll. "Les grands colloques", 1990, s. 45-67.
- Bumin, Mustafa, Anayasa Mahkemesi'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle 25 Nisan 2004 Tarihinde Yaptığı Konuşma, <http://www.Anayasa.gov.tr/YDONUM/K42.HTM> (15 Şubat 2005)
- Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Nisan 2003 Tarihinde Yaptığı Konuşma, <http://www.Anayasa.gov.tr/anyarg20/mbumin.pdf> (21 Şubat 2005)
- Dittman, Armin, "Le recours constitutionnel en droit allemand", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001. Bu makale Fransız Anayasa Konseyinin resmi internet sitesinde de yayınlanmıştır: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc10/09rec2.htm> (25 Şubat 2005)
- Esen Arnwine, Selin, "İspanya'da bireysel başvuru yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 52, S: 4, 2003, s. 249-271
- Favoreu, Louis et alii, *Droit constitutionnel*, 1. Baskı, Paris, Dalloz 2000, s. 954.
- Fromont, Michel, "Allemagne - Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles", *Annuaire International De Justice Constitutionnelle*, VIII-1992, Economica & Puam, s. 163-177.
- Gönül, Mustafa, "Türk Anayasa Yargısında Karşı Oy", *Amme İdaresi Dergisi*, C. XXVIII, S. 2, Haziran 1995, s. 11-27.
- Gören, Zafer, "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", *Anayasa Yargısı*, S. 11, Ankara 1995, s. 97-134.
- Grewe, Constance, "A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: L'enchevêtrement des contentieux et des procédures", *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, s. 255-266.
- Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, 2. Baskı, Ankara 1997, İmge, s. 222.
- "Droits de l'homme et sous-développement", *Turkish Yearbook of Human Rights*, C. 9-10, 1987-1988, s. 91-118.
- Kuckso - Stadlmayer, Gabrielle, "Le recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", *Les Cahiers du*

- Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001. Bu makale Fransız Anayasa Konseyi'nin resmi Internet sitesinde de yayınlanmıştır: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc10/09rec3.htm> (25 Şubat 2005)
- Kuzu, Burhan, "Etude comparative des Constitutions de la République turque du point des vues des droits de l'homme", *Turkish Yearbook of Human Rights*, C. 15, 1993, s. 51-90.
- La protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle*, Coll. *Science et technique de la démocratie*, Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 1996, s. 324.
- L'allocution de A. La Pergola, in *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Actes du séminaire de Bucarest, 8-10 juin 1994, s. 13-15.
- Milliyet Gazetesi*; 13 Mayıs 2001.
- Pfersman, Otto, "Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001. Bu makale Fransız Anayasa Konseyi'nin resmi Internet sitesinde de yayınlanmıştır: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc10/09rec1.htm> (25 Şubat 2005).
- Polatcan, İsmet, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, İstanbul 1989, Bayrak Yayınları, s. 494.
- Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2. édition, Paris 1996, Montchrestien, Coll. "Clef/Politique", s. 158.
- Roussillon, Henry "La saisine du Conseil constitutionnel, contribution à un débat", *Revue Internationale de Droit Comparé*, S. 2, 2002.
- Ruiz Miguel, Carlos, "L'amparo constitutionnel en Espagne, droit et politique", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 10, 2001. Bu makale Fransız Anayasa Konseyi'nin resmi Internet sitesinde de yayınlanmıştır: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc10/09rec4.htm> (25 Şubat 2005).
- Sağlam, Fazıl, "Avrupa'da Haklar Çerçevesinde Türkiye", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. XXIV, Ocak-Şubat 2000, s. 97-108.
- "Anayasa Şikayeti Yolu Açılmalı", *Milliyet Gazetesi*; 18 Temmuz 2000.
- Sağlam, Musa, *L'expérience de la justice constitutionnelle en Turquie, thèse de doctorat*, Université Panthéon-Assas, Paris 2004, s. 741.
- Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Nemci, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Eylül 2001, s. 524.
- Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, İstanbul 1994, BDS Yayınları, s. 343.

Teziç, Erdoğan, "Parlamento Kararı ve Kanun", *Anayasa Yargısı*, S. 5, Ankara 1989, s. 121-130.

Ünsal, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Anayasa Mahkemesi)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları no. 443, Ankara 1980, s. 351.

Anayasa değişiklikleri ve gerekçeleri için bkz., <http://www.belgenet.com>

Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, TÜSİAD (Yayın no. TÜSİAD-T/98-11/237), Kasım 1998, s. 111. Ayrıca bu çalışma için TÜSİAD'ın kendi Internet sitesine bkz., <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/yargi/pdf/index.html> (15 Şubat 2005).

İŞKENCEYE KARŞI BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÖZLEŞMESİ¹

Cüneyd ER*

GİRİŞ

Tarihin karanlık dönemlerinden kalan insanlık dışı bir uygulama olan işkence, 2. Dünya Savaşı'nın ardından dünya çapında büyük önem kazanan "insan hakları" kavramı kapsamında önemli uluslararası metinlerde yer almış, hatta yalnızca işkenceyi konu alan uluslararası sözleşmeler hazırlanmış² ve kapsamlı düzenlemelere gidilmiştir. Nitekim, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Misak'ın 7. maddesinde, 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin³ 3. maddesinde, 1969 tarihli Amerika⁴ İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ve 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü'nde yer alan hükümlerin yanı sıra, münhasıran işkence konusunu düzenleyen "İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" ve "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" yapılmıştır.

İşkencenin ve Gayri insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, bölgesel bir mekanizma olup Avrupa kıtasının etkili kurumlarından Avrupa Konseyi bünyesinde dir. Söz konusu

* İstanbul Barosu üyesi.

¹ İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.

² Demirbaş, T., *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara 1992, s. 1-2.

³ Gerek Türkçe gerekse İngilizce literatürde, yaygın kullanılan kısa ve bilinen adı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

⁴ Kuzey Amerika ve Güney Amerika kıtaları.

sözleşme ile kurulan Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, benzersiz bir işlev yerine getirmektedir. Çalışmamızın konusu dışında olan bu uluslararası metin açısından dikkat çekmek istediğimiz bir nokta, Sözleşme'nin maddi hukuk hükümlerinden ziyade usulü bir yapı arz etmesidir. İlk maddesinden itibaren, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin kuruluş ve işleyişi düzenlenmiştir.⁵

Ele almakta olduğumuz İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁶ ise üç kısımdan oluşmaktadır. Kısım I'de, işkence kavramına yer verilerek konuya ilişkin maddi hükümler düzenlenmiştir. Kısım II'de, İşkenceye Karşı Komite'yi kuran hükümlere, Kısım III'de ise Sözleşme'nin yürürlüğüne dair maddelere yer verilmiştir. Çalışmamızda, Kısım I'yi çeşitli önemli maddeleri inceleyerek, Kısım II'yi düzenlemekte olduğu İşkenceye Karşı Komite'yi tüm niteliğiyle açıklayarak, Kısım III'ü ise yürürlüğe ilişkin esaslar çerçevesinde ele alacağız. Ardından, Türkiye'nin Sözleşme'ye ilişkin durumunu değerlendirecek ve ihtiyari protokole değineceğiz.

I. İŞKENCE VE KONUYA DAİR MADDİ HÜKÜMLER

Sözleşme'nin belki de en önemli maddesi, işkence kavramının tanımlandığı 1. maddedir. Bir tanımın yapılmasıyla, işkence kavramının niteliği, kapsamı, unsurları ve aktörleri konusunda, aşağıda değineceğimiz gibi çok genel görülse de, uluslararası bir mutabakata varılmış olunmaktadır. Söz konusu hükme göre işkencenin tanımı şu şekildedir:

A. İşkencenin Tanımı

Madde 1;

1. "İşkence" terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.

⁵ Resmi Gazete: 27.2.1988 - 19738.

⁶ Resmi Gazete: 10.8.1988 - 19895.

2. Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata halel getirmez.

Tanımdan da anlaşılacağı gibi, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile işkence suçu geniş anlamda kabul edilmiş, hatta teknik bakımdan işkence kabul edilmeyecek kötü muameleler de işkence kapsamına alınmıştır.⁷

1. Fail ve Mağdur

a. Fail

BM Sözleşmesi, işkenceyi tanımlarken faili, “bir kamu görevlisi” veya “bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle hareket eden kişi” olarak öngörmüştür. Bir kamu görevlisi veya bu sıfatla hareket edenler ile bu kişilerin teşviki, rızası ya da onayıyla fiili işleyenler, fail olabileceklerdir.⁸

b. Mağdur

BM Sözleşmesi, “işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle” ibaresine yer vererek, “suç” kelimesi yerine “fiil”, “sanık” kelimesi yerineyse “şahıs” kavramlarını kullanmıştır. Böylelikle, ceza soruşturması dışındaki soruşturma hallerinde de işkencenin varlığına hükmedilmektedir. Dolayısıyla, disiplin soruşturması gibi süreçlerde de işkence mağdurluğundan bahsedebilmek mümkündür.⁹

2. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsur

Maddi unsur bakımından işkence, maddi ve manevi nitelikteki acı ve ızdırıp veren eylemlerdir. “Fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil”, BM Sözleşmesi kapsamında işkencenin temel unsurlarındandır. 16. maddede, taraf devletlerin önlemeye yükümlü olduklarına hükmedilen zalimane, Gayri insani veya küçültücü muamele veya ceza ile işkence fiili arasındaysa, yalnızca bir derece farkı vardır.¹⁰

⁷ Demirbaş, T., s. 27.

⁸ Demirbaş, T., s. 30.

⁹ Demirbaş, T., s. 33-34.

¹⁰ Demirbaş, T., s. 37.

Nitekim, Sözleşme'nin hazırlık aşamasında, 1. maddeye bir başka fıkra ile, "İşkence; zalimane, gayri insani veya küçültücü muamele veya cezanın kasıtlı ve ağır halidir" hükmü eklenmek istenmiştir. Ancak, BM İnsan Hakları Komisyonu'nda cereyan eden tartışmalar sırasında, bu hükmü destekleyen temsilciler, kısa ve öz bir biçimde işkenceyi tanımladığı için fıkranın iç ceza hukukları adına çok önemli olduğunu ifade ederlerken, karşı çıkan taraflarsa, "zalimane, gayri insani veya küçültücü muamele veya ceza" kavramlarının evrensel bir tanımı bulunmadığını, dolayısıyla bu hükmün Sözleşme'de yer almasının uygun olmayacağını savunmuşlardır. Ardından bu fıkra hükmünün 16. maddeye kaydırılmasıyla mutabakata varılmıştır.¹¹

b. Hukuka Aykırılık Unsuru

Sözleşme'nin konusu ve amacı bakımından değerlendirdiğimizde, mağdurun razı olmasının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği kesindir.

c. Manevi Unsur

İşkence suçundaki manevi unsur "özel kast"tır. Fail, 1. maddedeki şekliyle, "bilgi veya itiraf elde etmek" maksadını güdüyor olmalıdır. Suçluyu tespit etmek, yakalamak, suç hazırlıklarını ve delilleri öğrenmek bu kavram kapsamındadır.¹²

İşkence tanımını içeren 1. maddenin ilk fıkrası hakkındaki genel değerlendirmelerde, tanımın tümüyle tatmin edici olmadığını vurgulayan yazarlar mevcuttur. Ahcene Boulesbaa'ya göre, tanımın belirsiz, üstü kapalı ve geniş olması itibariyle, devletlerin Sözleşme'nin etrafını dolanabilmelerine mümkün olmaktadır. Ancak aynı yazar, bu yorumlarından Sözleşme'nin başarısız olduğu anlamının çıkartılmaması gerektiğini savunur. Çünkü, bazı problemlerin giderilmesi halinde, Sözleşme, hızla değişmekte olan dünyadaki pek çok meseleyi çözme potansiyeline sahiptir. Yazar, tanımdaki belirsizliğinsen, bölgesel mekanizmalar yoluyla giderilebileceği fikrindedir.¹³

B. Diğer Sözleşmeleri ve İç Hukukları Koruma

Maddenin 2. fıkrasında yer alan, "Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzu-

¹¹ Boulesbaa, A., *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1999, s. 8.

¹² Demirbaş, T., s. 45.

¹³ Boulesbaa, A., s. 36-37.

ata halel getirmez" hükmüyse işkenceyi daha geniş tanımlayan uluslararası metinlerinden veya iç hukuk kurallarından, bilhassa eski tarihli olanlarının önünü kapatmamayı amaçlamaktadır. Böylelikle, daha geniş işkence tanımlarının BM Sözleşmesi'yle çatışması halinde doğabilecek tereddütlerin önüne geçilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN UYGULANMASI

A. Önleme Borcu

BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ilk fıkrası, "*Sözleşme'ye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari ve adli veya başka tedbirleri alacaktır*" demektir. Hükümde sınırlı bir saymaya gidilmemiş, "*veya başka tedbirleri*" ifadesiyle, taraf devletlerin tüm imkanlarını seferber ederek, işkenceyi önlemeleri borcu öngörülmüştür. Uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesinde, taraf devletlerin ahde vefa göstererek bu borcu yerine getirmeleri söz konusudur.

Konu bakımından değerlendirdiğimizde, hüküm "*işkence olayları*"nı esas almaktadır. Kişi bakımından ise taraf devletlerin yetkisi kapsamındaki herkesin Sözleşme'nin koruması altında olduğuna şüphe yoktur. Zaman bakımından, uluslararası antlaşmalar onaylanmalarından itibaren yürürlüğe girerler ve yürürlük tarihlerinden itibaren söz konusu olan olaylara uygulanırlar. Yani, geriye etkili değildirler. Ancak, temel hak ve hürriyetlere ilişkin antlaşmalar, geriye yürümezlik ilkesi bakımından istisnai bir özelliğe sahiptir. Buna göre, bu tür antlaşmalar, yürürlüğe giriş tarihinden önce gerçekleştiği halde ihlalin, mağduriyetin konusunun devam ettiği olaylar için geriye dönük bir etkiyle uygulanırlar. Yer bakımından değerlendirdiğimizde, 2. maddede, "*yetkisi altındaki ülkelerde*" ibaresi bulunmaktadır. Yani "*anayasal sınırlar*" gibi kesin bir hat çizilmiş değildir. Dolayısıyla, bu hükmü değerlendiren Boulesbaa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesini yorumlayışına vurgu yapmaktadır.¹⁴ Mahkemenin, Loizidou v. Turkey¹⁵ ve Cyprus v. Turkey¹⁶ kararlarıyla geliştirip Bankoviç ve Diğerleri'nin¹⁷ Avrupa Konseyi üyesi NATO ülkelerine karşı yaptığı başvurusunda verdiği karar ile farklı bir

¹⁴ Boulesbaa, A., s. 74-75.

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Arama Sayfası; <http://hudoc.echr.coe.int/>, HUDOC Referans no: REF00000593, Başvuru no: 00015318/89.

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Arama Sayfası; <http://hudoc.echr.coe.int/>, HUDOC Referans no: REF00002519, Başvuru no: 00025781/94.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Arama Sayfası; <http://hudoc.echr.coe.int/>, HUDOC Referans no: REF00022674, Başvuru no: 00052207/99.

boyuta taşıdığı içtihadına göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yer bakımından etkisi, taraf devletlerin anayasal hudutlarıyla sınırlı değildir. Devletler, "etkili ve mutlak kontrol" (veya "etkili ve kapsamlı kontrol")¹⁸ icra edebildikleri tüm ülkeler üzerinde sözleşmedeki borçlarından sorumludurlar. Bu itibarla, aynı yorumu BM Sözleşmesi için de yaparak, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da cezaya karşı olan bu uluslararası antlaşma ile doğan borcun, devletlerin anayasal sınırlarıyla kısıtlı bulunmadığını, etkili ve mutlak biçimde kontrol ettikleri tüm ülkeler üzerinde Sözleşme'den doğan borçlarını yerine getirmek zorunda olduklarını görüyoruz.

B. Olağanüstü Haller

BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, işkencenin hiçbir şekilde hukuka uygun hale gelemeyeceğine dair hükümdür: "Hiçbir istisnai durum, ne harp hali, ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez." Böyle bir fıkranın Sözleşme'de yer almasının sebebi, çok sayıda uluslararası metnin, özel hallerde borçların askıya alınabileceğine dair hükümler içermesidir. Devletler, taraf oldukları ve borç altına girdikleri sözleşmelerden doğan hak ve borçları, dışarıdan gelen saldırılar veya iç çekişme ya da çatışmalardan ötürü kısmen veya tamamen istisna haline getirebilmektedirler. Bu itibarla, insan hakları alanındaki gelişmeler çerçevesinde durumu tespit eden uluslararası toplum, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı ve düşünce özgürlüğü gibi çeşitli temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma rejimlerinin dışında kalmasına yönelik düzenlemelere yönelmiştir. BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrası da, böyle bir gelişmenin sonucu olup, Siyasi Misak'ın 4(2). maddesinde, Avrupa Sözleşmesi'nin 15(2). maddesinde ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 27(2). maddesinde yer alan sınırlandırma yasakları gibi bir örnektir.¹⁹

III. İŞKENCECİ DEVLETE İADE YASAĞI

BM Sözleşmesi'nin 3. maddesi, taraf devletlerin bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermelerini, sınır dışı etmelerini ve iade etmelerini yasaklamaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında da, 1. fıkra hükmünün uygulanış esaslarına dair ipuçları yer almakta ve geri

¹⁸ Effective overall control.

¹⁹ Boulesbaa, A., s. 76-77.

gönderme, sınır dışı veya iade kararından önce, söz konusu devlette sistematik biçimde yaygın, açık seçik ve kütleli insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil tüm ilgili hususların göz önünde tutulması gerektiğine hükmedilmektedir.

Böylelikle, bir devlet, 2. fıkradaki kıstaslar çerçevesinde ikna olmuşsa, siyasi suçlu veya zanlı olsun ya da olmasın, bu kişiyi iade etmeme borcu altındadır. Ancak bu durumda da yine kendi görevi artacak ve dosyanın kovuşturulması gerekecektir.²⁰

IV. İŞKENCE SUÇUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. İşkence, Teşebbüs ve İştirak

BM Sözleşmesi, 4. maddesiyle taraf devletlerin işkence eylemini ceza kanunlarında suç olarak düzenlemeleri borcu doğmaktadır. Öte yandan aynı madde, işkence yapmaya teşebbüs eden, işkenceye iştirak eden veya suç ortaklığı yapan şahsın fiilinin de, ceza kanunlarıyla suç kapsamına alınması gerektiğine hükmeder.

İşkence suçunda teşebbüsü incelediğimizde, failin, ulaşmak istediği delilleri bulmak gibi bir amacı elde etmesi şart olmadığından, neticenin harekete bitişik olduğu açıktır. Bu itibarla, işkenceye tam teşebbüs mümkün olmazken, hareketin parça parça gerçekleştiği durumlarda eksik teşebbüs mümkündür.²¹

B. Kovuşturma ve Usul Hükümleri

Sözleşme'nin 5, 6, 7, 8 ve 9. maddeleri ise 4. maddede sayılan işkence, işkenceye teşebbüs, işkenceye iştirak ve işkenceye ortaklık suçları faillerine yönelik usulü düzenlemeler getirmekte, suçun devletlerce ne şekilde kovuşturulacağı, sanığın kendi uyuşu olması ve olmaması, kendi ülkesinde bulunması veya bulunmaması durumlarında ne gibi yöntemler izleyecekleri, konuya dair dosyanın hangi aşamalardan ve hangi konumdaki devletler eliyle geçeceği gibi çeşitli aşamaları düzenlemektedir.

Özet bilgiler vermek gerekirse, 5. madde uyarınca, taraf devletler, yetkileri altındaki gemi veya uçaklarda işlenen ya da sanığın kendi uyuşunda olduğu söz konusu suçlar üzerinde, yetkisini tesis edecektir. Tabii bu noktada dikkat çekmek istediğimiz bir husus, devletlerin kendi bayraklarını

²⁰ Boulesbaa, A., s. 219-220.

²¹ Demirbaş, T., s. 44.

taşıyan gemi ve uçaklardaki yetkisinin, bilhassa uçağın uçmayarak yabancı bir alanda bulunduğu ya da bir geminin bir başka devletin iç sularında bulunduğu durumlarda mutlak ve paylaşılmaz olmadığıdır.²²

6. maddeye göre, söz konusu suçları işlediği iddia edilen herhangi bir kişinin ülkesinde bulunduğu herhangi bir taraf devlet, bu kişiyi tutuklayıp hazır olmasını sağlayacak önlemleri de alacaktır.

7. madde, hakkında kovuşturulma yapılan şahsa, kovuşturmanın her aşamasında adil davranılacağını garanti altına almaktadır.

8. maddenin düzenlemesine göre, taraf devletler arasında mevcut herhangi bir iade sözleşmesi çerçevesinde, 4. madde kapsamındaki suçlar, iade edilebilir suçlar kapsamında kabul edilmek durumundadır. Bu itibarla, siyasi bir suçun varlığı da iadeyi engellemeyecektir. Tabii bu durumda, işkenceci devlete iade yasağı engelinin de söz konusu olmaması gerekir.²³

9. madde ise taraf devletlerin birbirlerine adli yardım yapmasını şart koşmaktadır.

C. Devletlerin Yapması Gereken İç Düzenlemeler

1. Kamu Görevlilerinin Eğitimi

BM Sözleşmesi, işkence bakımından en temel meseleye vurgu yapan 10. maddeyle, kanun uygulayıcı personel, sivil veya askeri, tıbbi personel, kamu görevlileri ve herhangi bir şekilde tutuklanan, nezarete alınan veya hapsedilen (cezaevine konulan) herhangi bir şahsın tutuklanması, sorgulanması veya o kişiye davranılmasıyla ilgilenebilecek diğer şahısların eğitim programına, işkencenin yasaklanmasına dair bilgi ve eğitimin dahil edilmesine hükmetmektedir.

Bu hükmün iki aşamada anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Birinci aşama, hizmete başlamadan önceki dönem olup, anılan görevlere getirilecek kişilerin eğitim-öğretim müfredatlarına, işkencenin yasaklanmasını tüm boyutlarıyla telkin eden bir programın yerleştirilmesi olmalıdır. İkinci aşama ise göreve başladıktan sonra, belirli zaman aralıklarıyla gerçekleştirilen hizmet içi eğitim-öğretim müfredatlarına, işkencenin yasaklanmasına ilişkin bilgi ve eğitimin eklenmesi ve böylesi programlar yoksa, gerçekleştirilmeleri yönündedir. Anılan görevleri yapan kişilerin, göreve başlamadan önce

²² Boulesbaa, A., s. 234.

²³ Boulesbaa, A., s. 219.

ve görev esnasında belirli aralıklarla eğitime tabi tutulmaları bir ihtiyaç olduğundan, tüm bu çalışmalara işkence konusunun da eklenmesi, BM Sözleşmesi'nin doğurduğu bir borçtur. Nitekim, 10. maddenin 2. fıkrası, bu kişilerin görev ve yetkilerine dair yayınlanan kurallarda işkence yasağının mutlaka vurgulanması şartını getirir.

10. madde çerçevesinde değerlendirdiğimizde, özellikle kolluğun eğitimi büyük önem arz etmektedir. Diğer taraftan, adli kolluğun var olmaması da işkence tehlikesini doğurur. Deliller konusunda uzmanlığı bulunmayan kolluk mensupları, yargılamanın uzamasına da sebep olmaktadır.²⁴

Diğer taraftan, 11. madde de, her taraf devletin sorgulama kurallarını, talimatları, yöntem ve uygulamaları sistematik biçimde gözden geçirmesini öngörür.

2. İşkence Mağdurunun Zararının Giderilmesi

BM Sözleşmesi'ne göre işkence mağdurlarının zararı karşılanmalı, mağdura rehabilitasyon imkanı sağlanmalı, ayrıca adil ve yeterli bir tazminat verilmelidir. Sözleşme metninden açıkça anlaşıldığı gibi ve tabiatıyla, tüm bu borçların ayrı ayrı ve mutlaka yerine getirilmesi gereklidir. Mağdurun ölmesi durumundaysa, bakmakla yükümlü olduğu muhtaç kişilerin tazminat almaya yetkisi doğmaktadır.

3. Delil Yasağı

BM Sözleşmesi'nin en önemli hükümlerinden biri, işkence yoluyla alınmış herhangi bir ifadenin delil olarak kullanılmasını önlemeye yönelik 15. maddedir. Söz konusu hüküm uyarınca, *"işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesi"* sağlanacaktır. Bu hüküm, 1. maddede, *"bilgi veya itiraf elde etmek"* amacıyla yapılmasından söz edildiğinden, *"zehirli ağacın meyveleri"* denilen durumu da kapsamaktadır.²⁵

V. İŞKENCEYE KARŞI KOMİTE

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin *"Kısım II"* başlıklı

²⁴ Demirbaş, T., s. 56-57.

²⁵ Demirbaş, T., s. 53.

17-24. maddeleri, İşkenceye Karşı Komite'nin kuruluş, işleyiş ve görevlerini düzenlemektedir.

BM Sözleşmesi'nin uygulanışını izlemek üzere kurulan İşkenceye Karşı Komite, 1984 tarihli Sözleşme'nin yürürlüğe girişinden altı ay sonra, 1 Ocak 1988'de faaliyete geçti.²⁶ Taraflarca seçilen ve devletleri temsil etmeyen bağımsız 10 uzmandan²⁷ oluşan Komite'nin genel hedefi, devletlerin BM Sözleşmesi'nden kaynaklanan işkenceyi önleme ve cezalandırma yükümlülüklerine uymalarını güvence altına almaktır. Komite'nin temel fonksiyonları, devlet raporlarının incelenmesi (m. 19), gizli araştırma usulüyle olguların tespiti (m. 20), devletler arası şikayetlerin değerlendirilmesi (m. 21) ve bireysel şikayetlerin ele alınmasıdır (m. 22).²⁸

İşkenceye Karşı Komite, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini üç temel esas çerçevesinde belirler ve bu esaslara göre faaliyet gösterir:

A. Raporların Denetlenmesi

BM Sözleşmesi'nin 19. maddesi uyarınca, bütün taraf devletler Komite'ye, sözleşmeyi onaylamış olmakla altına girdikleri borçları yerine getirişlerine ilişkin raporlar sunmakla yükümlüdürler. Sözleşme uyarınca ilk raporlar, yürürlüğe girişten bir sene sonra sunulacakken, takip eden raporlar her dört senede bir hazırlanacaktır. Komite, gerekli gördüğü takdirde ek rapor talep edebilir.

Raporlar Komite tarafından aleni bir toplantıyla değerlendirilmektedir. Bu toplantı esnasında, Komite üyeleri, raporu değerlendirilen ülke temsilcisine, ilgili her türlü soruyu yöneltebilmektedirler. Bu sorular arasında, sivil toplum örgütleri gibi teşkilatlarca tespit edilmiş konular da yer alabilir.²⁹ Ancak Komite'nin raporlara ilişkin yorumu, "genel değerlendirme"nin ve

²⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch>

²⁷ İşkenceye Karşı Komite'nin Üyeleri: Sayed Kassem El Masry (Mısır), Fernando Marino Menendez (İspanya), Ole Vadel Rasmussen (Danimarka), Alexander M. Yakovlev (Rusya) ve Yu Mengjia (Çin) 31.12.2005 tarihine kadar; Guibril Camara (Senegal), Felice Gaer (ABD), Claudio Grossman (Şili), Andreas Mavrommatis (Kıbrıs Rum Kesimi) ve Julio Prado-Vallejo (Ekvador) ise 31.12.2007 tarihine kadar görevlidir. (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch>)

²⁸ Giffard, C., *İşkencenin Rapor Edilmesi*, çev. Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir Mart 2001, s.193.

²⁹ Rouget, D., *Preventing Torture - International and Regional Mechanisms to Combat Torture*, Association for the Prevention of Torture, Geneva Ağustos 2000, s. 27.

“*olgu tespiti*”nin ötesine gitmemektedir. Herhangi bir devlete ultimatoma vermek ya da belirli zaman sınırları bildirerek, en kısa zamanda alınması gereken önlemleri sıralamak gibi bir uygulaması yoktur. Komite Usul Kuralları’ndan 68. maddeye göre raporlarda, taraf devletin Sözleşme uyarınca yerine getirmesi gereken “*yükümlülüklerinden bazıları*”na riayet etmediği belirtilecektir.³⁰

B. Soruşturma Usulü

Soruşturma usulü, Sözleşme’ye taraf bir devlette sistematik biçimde işkence suçu işlendiğine yönelik iddiaların araştırıldığı bir yöntemdir.³¹ Madde 20 uyarınca, “*işkencenin sistematik bir şekilde uygulandığına dair inandırıcı bilgi*” alınması halinde, “*Komite ilgili Taraf Devleti bu bilginin incelenmesinde işbirliği yapmaya ve bu maksatla alınan bilgi dolayısıyla gözlemlerini sunmaya davet edecektir*”. Gözlemleri değerlendiren Komite, bir veya birçok üyesini gizli bir soruşturma yapmak üzere tayin edebilecektir. Taraf devletle anlaşma yapılarak, soruşturmanın suçun işlendiği iddia edilen ülkenin ziyaret edilmesi biçiminde yürütülmesi söz konusu olabilir. Bu usul, bugüne değin Meksika, Sri Lanka, Peru, Mısır ve Türkiye aleyhine işletilmiştir.³² Türkiye’ye ilişkin durumu, ileriki bölümlerde ele alacağız.

Devletlerin, Komite’nin gizli soruşturma yetkisini tanımadıklarını beyan etme hakları mevcuttur. Bu itibarla, aksi mevcut olmadıkça bu usule saygı gösterdikleri kabul edilir.³³

Soruşturma usulü, bir ülkeye karşı böyle bir soruşturma başlatılmış olmasının, uluslararası kamuoyun nezdinde doğuracağı menfi kanaatten ötürü bir silahtır. Nitekim, soruşturma usulü, ancak durumun son derece ciddi olduğu hallerde uygulanır. Çünkü, “*sistematik işkence yapan devlet*” durumuna düşmek, ağır bir itham ve ağır bir cezadır. Soruşturmanın sonuçlarının kamuoyuna ilan edilip edilmemesi kesin değildir. Ancak, böyle bir yargının ilan edilmesi ihtimali bile işkenceci durumuna düşen devlet üzerinde ciddi bir baskı sebebidir.³⁴

³⁰ Boulesbaa, A., s. 260-261.

³¹ Giffard, C., s. 194.

³² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhcr.ch/>

³³ Giffard, C., s. 198.

³⁴ Giffard, C., s. 195.

C. Devletler Arası İletişim

Siyasi Misak'tan esinlenen devletler arası iletişim sistemi, Sözleşme'ye taraf devletlerin birbirlerinin Sözleşme'den doğan performanslarını izlemelerine imkan vermektedir. Ancak bu usul, Sözleşme'nin onaylanması safhasında, söz konusu sistemi bir yetki olarak tanıdığını beyan eden devletleri bağlayacaktır.³⁵

Madde 21'e göre, taraf devletlerden biri, bir diğerinin Sözleşme'ye herhangi bir şekilde uygun davranmadığı kanaatine varırsa, o taraf devlete yazılı bir başvuruda bulunabilir. Başvuruyu alan devletin, iç hukukuna ve tazmin usullerine atıf yaparak olayı açıklayan yazılı bir beyanı üç ay içinde başvuruyu gönderen devlete iletmesi gerekmektedir. İki taraf arasında, meselenin altı ay içinde giderilememesi halinde, bu devletlerden biri, Komite'ye ve diğer devlete yapacağı bir bildiri ile hadiseyi Komite'ye intikal ettirebilir. Sözleşme'ye göre Komite, iç hukuktaki tüm tazmin yollarına başvurulduğunu ve bu usullerin tüketildiğini tespit ettikten sonra meseleyi inceleyecektir. Madde 21'in (e) bendi uyarınca, Komite'nin taraflara dostane çözüm teklif etmesi mümkündür. Dostane çözüm usulünün başarıya ulaşması halinde, Komite'nin raporu, olayların kısa beyanından ve varılan çözümü içerecektir. Dostane çözüme varılamaması halinde, raporda olayların kısa bir açıklamasına yer verilecek ve ilgili taraf devletlerin yazılı ve sözlü açıklamalarının tutanağı rapora eklenecektir. Her halükarda, Komite'nin başvuru bildirimini aldığı tarihten itibaren on iki ay içerisinde raporu sunması gerekmektedir.³⁶

D. Bireysel Şikayet Usulü

İşkenceye Karşı Komite'nin faaliyetlerinden bir diğeri, bireysel şikayet usulünü kabul ettiğini beyan etmiş bulunan devletlere karşı, bireylerin işkence iddialarını incelemektir. İşkenceye uğrama tehlikesi altında oldukları bir ülkeye yakın zamanda iade edilmelerini içeren vakalar da bu kapsamdadır.³⁷

Sözleşme'nin ihlal edilmesinden mağdur olan herkes, bu kişilerin akrabaları, yetkili temsilcisi veya başvuru yapanın mağdur adına hareket etmesini haklı çıkaracak durumlarda herkes başvuruda bulunabilecektir. Bir hukuki vekil veya temsilci aracılığıyla takip edilmesi zorunlu olmayan

³⁵ Boulesbaa, A., s. 277.

³⁶ Boulesbaa, A., s.277-286.

³⁷ Giffard, C., s. 194.

bu süreçte, bir başka uluslararası mekanizmada girişimde bulunulmuş olması, başvuruyu engelleyecektir. Normal şartlar altında bir yıl kadar süren, yazılı layihalar ve duruşmalarla gerçekleştirilen ve ihtiyati tedbir imkanının mevcut bulunduğu bu süreçte, talep edilmesi halinde başvurucunun kimliği saklı tutulmaktadır.³⁸

Başvurunun imzasız ve bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması, şikayetin Sözleşme hükümleriyle bağdaşmaması, aynı olayın başka uluslararası soruşturma usullerince incelenmiş ya da incelenmekte olması ve başvuru yollarının makul olmayan derecede uzunluğu ve etkisizliği gibi istisnalar dışında iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması, başvuruların kabul edilemez bulunmasına sebep olur.³⁹

İşkenceye Karşı Komite, bir başvuru aldığı anda, başvurunun hükümete havale edilmesinin gerekip gerekmediğine karar vermek için üyelerinden birini raportör olarak tayin eder. Ardından, yorumlarını bildirmesi amacıyla başvuru hükümete havale edilir. Hükümete kabul edilebilirliğe ilişkin gözlemlerini bildirmesi için üç ay verilir veya kabul edilebilirliğe ve esasa dair yorumlarını iletmesi için altı ay verilir. Hükümetin yorumları şikayetçiye gönderilir. Şikayetçiye, kabul edilebilirlik üzerine yapılan yorumlara ilişkin cevaplarını bildirmesi için dört hafta süre tanınır veya kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin yorumlarını bildirmesi için altı hafta verilir. Kabul edilebilirliğe ilişkin cevapları bildirmesi için dört hafta süre verilirse, İşkenceye Karşı Komite kabul edilebilirlikle ilgili kararını verir ve hükümetin esasa ilişkin yorumlarını bildirmesi için altı haftası vardır. Hükümetin yorumları şikayetçiye iletilir ve altı hafta içinde değerlendirilmesini bildirmesi istenir. Şikayetçiye dört veya altı haftalık süreler verme uygulamasının sonucunda, İşkenceye Karşı Komite, tüm bilgileri ele alır ve ihlal bulunup bulunmadığına dair bir kanaate varır. Komite'nin kararı şikayetçiye ve taraf devlete iletilir. Devletin, karar doğrultusunda hareket etmek adına ne gibi girişimlerde bulunduğu konusunda Komite'ye bilgi vermesi istenebilir. Sonuç olarak, olayın bir özeti de Komite'nin yıllık raporunda yayınlanacaktır.⁴⁰

VI. HAKEM USULÜ VE ULUSLARARASI ADALET DİVANI

Sözleşme'nin 30. maddesine göre, iki ya da daha fazla devlet arasında, Sözleşme'nin uygulanmasını veya yorumlanmasını ilgilendiren ve müzakerle ile çözümlenemeyen bir husus olduğunda, birinin talebiyle anlaşmazlık

³⁸ Giffard, C., s. 209-210.

³⁹ Giffard, C., s. 207.

⁴⁰ Giffard, C., s. 205-206.

hakeme iletilecektir. Tarafların altı ay içerisinde hakem üzerinde mutabakata varamamaları halinde, herhangi bir tarafın anlaşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na götürmesi mümkündür. Tabii bu girişim, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne de uygun biçimde yapılacaktır. Sözleşme'ye taraf devletlerin, bu mekanizmayla bağlı olmadıklarını beyan etmeleri mümkündür.

VII. SÖZLEŞME'NİN FESHİ

Feshi düzenleyen 31. maddeye göre, taraf devletlerin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne yapacakları yazılı bildirimle Sözleşme'yi feshetmeleri mümkündür.⁴¹ Fesih, bildirim Gen. Sekreter tarafından alındığı tarihten itibaren bir yıl sonra geçerli olacaktır. Ancak, böyle bir fesih, yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil veya ihlaller için kurtarıcı etki yapmamaktadır. Taraf devletler, fesih sonrası da, eski fiil ve ihlallerinden ötürü Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin altındadırlar. Aynı şekilde, Komite'nin fesih öncesi incelemeye almış olduğu derdest meseleler de herhangi bir şekilde etkilenmeyecektir. Böylelikle, taraf devletlerin fesih kurumunu işleterek işkenceye ilişkin borçlarından geriye veya ileriye etkili biçimde kurtulmaları engellenmiştir. Fesih çerçevesinde eleştirebileceğimiz önemli bir husus, 31. maddenin 3. fıkrasında yer alan ve bir taraf devletin, fesih ihbarının yürürlüğe girmesini takip eden tarihte, Komite'nin o devleti ilgilendiren yeni bir meselenin tetkikine başlayamayacağına dair hükmüdür. Bu hükmün, Sözleşme'nin konusu ve amacıyla çeliştiğini söyleyebiliriz. Zaman bakımından değerlendirdiğimizde, sürmekte olan mağduriyet ve ihlaller için Sözleşme'nin geriye bile yürüdürebileceğini ifade ediyoruz. Bu değerlendirmelerin sebebi bir insanlık suçu olan işkencenin en etraflı biçimde önlenmesi ve devletlerin bu konuda sıkı biçimde borç altında olmasıdır. 31. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve feshin bildirimden itibaren bir sene sonra yürürlüğe gireceğine ilişkin düzenlemenin de bu kapsamda etkili olması beklenirdi. Ancak, 3. fıkrada aksine bir özel düzenlemenin yer alması şaşırtıcıdır.

⁴¹ Yetmiş dört devletin imza atmış bulunduğu Sözleşme'yi yüz otuz altı devlet onaylamıştır. (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhcr.ch/>)

VIII. BM İŞKENCEYİ ÖNLEME SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE

A. Onaylama, Çekince ve Beyanlar

Yukarıda da değindiğimiz gibi Türkiye Cumhuriyeti, BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ni, 21.4.1988 günlü ve 3441 sayılı Kanun'la⁴² onayı uygun bularak, Bakanlar Kurulu'nun 16.6.1988 günlü, 88/13023 sayılı kararıyla⁴³ onaylamıştır.

Türkiye, Sözleşme'ye iki beyan ve bir ihtirazi kayıtla taraf olmuştur. Söz konusu iki beyan oldukça önemli ve olumlu olup, Türkiye'nin, "Sözleşme'ye göre mükellefiyetlerini yerine getirmediği hususunda yapılacak şikayetleri kabul etmek ve incelemek için İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin yetkisini tanıdığını" ve Sözleşme'nin "ihlalden mağdur olduğunu iddia eden, kendi yargısına tabi kişilerden gelen veya onlar adına yapılan şikayetleri kabul etmek ve incelemek için, İşkenceyi Önleme Komitesi'nin yetkisini tanıdığını" bildirmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin çekincesi ise 30. maddenin 2. fıkrası uyarınca, aynı maddenin 1. fıkrasıyla kendisini bağlı addetmediği yolundadır. Yani Türkiye, yukarıda incelediğimiz hakem usulünü reddederek, iki veya daha fazla devletin arasında Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili olup müzakere ile çözümlenemeyen herhangi bir anlaşmazlığın, bu devletlerden birinin talebiyle hakeme havale edilmesini kabul etmemiştir. Tabii yine 30. maddenin son fıkrası uyarınca, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne yapılacak bir bildirimle, çekincenin geri alınması her zaman için mümkündür.

B. Soruşturmanın Türkiye'ye Karşı Uygulanması

Sözleşme'ye taraf bir devlette sistematik biçimde işkence suçu işlendiğine yönelik iddiaların araştırıldığı soruşturma usulü, Türkiye'ye karşı işletildi. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'ye taraf olurken sunduğu çekince veya beyanlarında, soruşturma usulünü reddedici herhangi bir bildirimde bulunmadığından, Komite'nin bu usulü işletmesine herhangi bir engel yoktur. Nitekim, Nisan 1990'da Türkiye'de işkencenin sistematik biçimde uygulandığı kanaatine varan Komite, Uluslararası Af Örgütü gibi kuruluşların sunduğu bilgileri inanılır bulmuştur. Bu doğrultuda, 4 Mayıs 1990'da Türk hükümetini, 31 Ağustos 1990'a kadar söz konusu durumun araştırılması için işbirliğine davet etti. 31 Ağustos 1990'da Türk hükümeti, Komite'nin Sözleşme'den kaynaklanan yetkilerini aştığını beyan etti. Ko-

⁴² Resmi Gazete, 29.4.1988 - 19799.

⁴³ Resmi Gazete, 10.8.1988 - 19895.

mite ise bu konudaki beşinci ve altıncı oturumlarında, Türk hükümetinin argümanlarını reddetmiş ve konuyu araştırmaya yönelik davetini tekrarladı. Yine altıncı oturumda Komite, Başkan Voyame ile Perlas'ın Türkiye'deki durumu tahlil ederek bir rapor hazırlamalarına karar verdi. Söz konusu raporun hazırlanmasının ardından, yedinci oturumda meselenin gizli biçimde soruşturması kararı alındı ve Dipanda Mouelle ile Voyame bu konuda görevlendirildi.⁴⁴

Ardından Komite, Türk hükümetine bilgi vererek, yapılması planlanan ziyaret için rıza göstermesini talep etmiş ve muhtemel ziyaret tarihini Şubat 1992 olarak belirlemiştir. Kasım 1991'de genel seçimler sonucu iktidara gelen yeni hükümet, Dipana Mouelle ve Voyame'in teklif edilen ziyaretini reddetmediklerini beyan etti. Bununla beraber, hükümet ziyaretin Şubat 1992'den sonra gerçekleşmesini tercih ettiğini bildirmiş ve Komite'yle yapılan görüşmeler sonucunda 6 Haziran 1992 - 12 Haziran 1992 tarih aralığı tespit edildi.

6 Haziran ile 12 Haziran 1992 tarihleri arasında gerçekleştirilen ziyarette, Dipana Mouelle ve Voyame, Ankara ve Diyarbakır'da ziyaretlerde bulundu. Bakanlar ve yargı mensuplarıyla görüşmeler yapan Komite temsilcileri, Ankara ve Diyarbakır'da İçişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı'na bağlı bulunan ve tutuklama, gözaltı ve nezaret işlemlerinin yapıldığı çeşitli yerleri ziyaret ettiler.⁴⁵

Komite tarafından yayımlanan raporda, temsilcilerin gözaltında bulunan kişilerle, tutuklu ve hükümlülerle serbestçe görüşmelerine izin verilmiş olsa da, Diyarbakır'da İçişleri Bakanlığı'na ait bazı bina ve müstemilata girmelerinin kesinlikle esirgendiği vurgulanmaktadır. Ayrıca Komite temsilcileri, her iki şehirde de çok sayıda bireyin yanı sıra, beş ayrı insan hakları örgütünün temsilcileri ve üyeleriyle temaslarda bulundular.⁴⁶

Yayımlanan raporun sonuç kısmında, Türk yetkililerin soruşturma sırasındaki işbirliğinden memnun olduğu vurgulanmıştır. Yapılan tavsiyeler doğrultusunda düzenlemelere gidildiği, Sözleşme'yi uygulamak için önlemler alındığı ve Türkiye'de insan haklarının durumunu geliştirmek adına adımlar atıldığı için yetkililerin tebrik edildiği raporda, olumsuz bir sonuca varılmış, Komite'nin Türkiye'de sistematik biçimde işkencenin

⁴⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch/>

⁴⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch/>

⁴⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch/>

uygulandığını doğrulayan bulgular tespit ettiği belirtilmiştir. Rapor, yeni hükümetin, işkence uygulamasının Sözleşme doğrultusunda sona erdirilmesi adına güçlü ve etkili tedbirler almasını ümit ettikleri bir temenniyle sona ermektedir.⁴⁷

C. Bireysel Şikayet ve Türkiye

Taraf olurken yaptığı beyan ile *“ihlalinden mağdur olduğunu iddia eden, kendi yargısına tabi kişilerden gelen veya onlar adına yapılan şikayetleri kabul etmek ve incelemek için, İşkenceyi Önleme Komitesi'nin yetkisini tanıdığını”* belirten Türkiye aleyhine İşkenceye Karşı Komite'ye yalnız bir tek müracaat olmuştur. Bu başvuru da Komite tarafından kabul edilmez bulunarak ele alınmamıştır.⁴⁸

D. Türkiye'nin Devlet Raporu

Yukarıda değindiğimiz gibi BM Sözleşmesi'nin 19. maddesi uyarınca, taraf devletler, sözleşme gereğince üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getirmek için aldıkları tedbirler hakkında, bu uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra bir yıl içinde ve her dört senede bir Komite'ye raporlar sunacaklardır. Türkiye'nin bu raporları sunmak konusunda titiz davrandığını söyleyemeyiz.

Türkiye ilk raporunu 1990 yılında iletmiş, ikinci raporunu ise tevdi edilmesi gereken tarihten sekiz sene sonra, ciddi bir gecikmeyle sunmuştur. Nitekim, sunulan rapora ilişkin değerlendirme metninin ilk satırlarında, bu uzun süreli gecikmenin üzüntüye sebep olduğu vurgulanmaktadır. Ölüm cezasının kaldırılması, olağanüstü hale son verilmesi, gözaltı sürelerinin kısaltılması, işkence ile elde edilen delillerin geçersiz sayılması, cezaevi izleme kurullarının oluşturulması, ombudsmanlık kurumu için girişimlerde bulunulması ve insan haklarına ilişkin uluslararası izleme komitelerinin ziyaretleri için işbirliği yapılması gibi gelişmelerin takdir edildiği raporda, her şeye rağmen gözaltındaki kişilere yönelik işkence eylemlerinin yaygın biçimde sürdüğü, gözaltındaki kişilerin kayıtlarının tutulması konusunda eksiklikler olduğu, işkence ve kötü muamele faili kişilere yönelik soruştur-

⁴⁷ Activities of the Committee against Torture pursuant to article 20 of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Turkey. A/48/44/Add.1. (Inquiry under Article 20) 15.11.1993: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch/>

⁴⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch/>

ma ve cezalandırma işlemlerinin nadir olduğu, söz konusu sürecin yavaş işlediği ve haklarında soruşturma yapıldığı süre zarfında da memurların görev yapabildiği, F tipi cezaevi eylemleri sırasında altmıştan fazla kişinin öldüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hükmettiği tazminatların ödenmesinde eksiklikler bulunabildiği gibi konularda Komite'nin kaygıları dile getirilmiştir. Komite ayrıca, gözaltında işkenceye maruz kalmış kişilerle ilgili tıbbi personelin eğitiminde eksiklikler bulunduğu, ülkeye yasadışı giriş yapmış olup ülkesine iade edilmesi halinde işkence ve kötü muameleye tabi tutulacak yabancıların durumunun dikkate alınmadığına ve insan hakları savunucuları ile hükümet dışı kuruluşların eziyet iddialarının yer aldığı raporların gelmeye devam ettiğine dikkat çekmiştir. Çeşitli tavsiyelerin yer aldığı rapor, Türkiye devletinin gelecek periyodik raporunu 31 Ağustos 2005 itibarıyla sunması gerektiğine ilişkin hatırlatıcı bir ibareyle sona ermektedir.⁴⁹

IV. BM SÖZLEŞMESİ'NE İHTİYARI PROTOKOL

18 Aralık 2002 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu A/RES/57/199 sayılı kararıyla *"İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne İhtiyari Protokol"*ü kabul etmiştir. 4 Şubat 2003'ten itibaren, New York'taki Birleşmiş Milletler Merkezi'nde imza, onay ve katılıma açılan bu metnin amacı, önce başlangıç kısmında dile getirilmekte, ardından 1. maddede kesin bir hüküm olarak yer almaktadır. Başlangıç kısmında yer alan ifadeyle, gözaltı yerlerine yapılacak düzenli ziyaretlerle önleyici bir etki amaçlanmaktadır. 1. maddede ise protokolün amacının, işkence ile zalimane, insanlık dışı ya da küçültücü muamele veya cezanın engellenmesi için insanların hürriyetinin kısıtlanmadığı yerlere düzenli bir ziyaret sistemi kurmak olduğu belirtilmektedir. 2. maddeye göre, bu itibarla, protokolda yer alan faaliyetlerde bulunmak üzere bir alt komite ihdas edilecektir. Bu alt komite, on üyeden oluşacaktır. Ancak, ellinci katılım veya onaylamanın ardından üye sayısı yirmi beşe çıkarılacaktır.

Protokol ayrıca her taraf devletin, iç düzeninde işkence ve kötü muameleyi önleyici bir mekanizma kurması gerektiğine hükmetmektedir. İhtirazi kayıt konulması mümkün olmayan yani çekinceye kapalı bulunan protokol, yirminci devletin onayı veya katılımı ile yürürlüğe girecektir. 23 Nisan 2004 tarihi itibarıyla, ihtiyari protokole Arnavutluk katılmış ve

⁴⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhcr.ch/>

yalnızca Malta ile Birleşik Krallık onaylamıştı.⁵⁰ İhtiyari protokol, getirdiği önleyici düzenli ziyaret mekanizmasıyla, İşkencenin ve Gayri insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne benzer bir yapıyı dünya çapında kurmayı hedeflemektedir.

SONUÇ

Günümüzde bir insanlık suçu olarak kabul edilen ve pek çok insan hakları hukuku metninde düzenlenen işkence fiilini münhasıran düzenleyen, bu konuda bir tanım yaparak taraf devletleri borçlar altına sokan ve bir denetim mekanizmasını hayata geçiren İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni incelediğimiz çalışmamızda, öncelikle Sözleşme'nin getirdiği maddi hükümlere değinerek işkencenin tanımı ve Sözleşme açısından diğer zalimane, insanlık dışı ya da küçültücü muamele veya cezadan farkını ele aldık. Sözleşme'nin uygulanışına ve devletlerin yapması gereken iç hukuk düzenlemelerine dair hükümleri inceledikten sonra İşkenceye Karşı Komite'nin görev ve işlevlerini mercek altına aldık. Türkiye'nin Sözleşme karşısındaki durumunu değerlendirdiğimiz kısımda ise gerek Türkiye'ye karşı işletilmiş olan soruşturma sürecine gerekse Türkiye'nin sunduğu periyodik rapora yönelik Komite değerlendirmesine temas ettik. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, tüm yönleriyle ele alındığında, bir insanlık suçuna karşı yüz otuz altı taraf devletin genel hatlarıyla da olsa ortak bir paydaya varmış olması bakımından çok önemlidir. Nitekim Sözleşme, İşkenceye Karşı Komite'nin fonksiyonlarını daraltıcı çeşitli beyanlar ileri sürmeyi mümkün kılmakla beraber, yine genel de olsa bir işkence tanımına varılması ve işkence ile kötü muamelenin önlenmesi adına girişimlerde bulunmayı borç haline getirmesi bakımından önemlidir. Uluslararası hukukun pre-modern mahiyeti itibarıyla, ahde vefa prensibinin yetersiz kalması ihtimalinden ötürü, özellikle uluslararası siyaset yoluyla etkili kılınabileceğini düşündüğümüz Sözleşme, bilhassa taraf devletlerin işkencecilikle suçlanmaktan kaçınması yoluyla ve bölgesel mekanizmalar aracılığıyla ciddi bir silah olabilecektir. Nihayetinde, dikkate alınması gereken en önemli husus, insan haklarıyla ilgili olarak iç hukukta veya uluslararası hukukta yer alan metinlerin, uluslararası alanda uygulanmak üzere değil, her devletin kendi yargı yetkisi altındaki kişiler için kabul edilmiş olmasıdır. Yani her devlet, insan hak-

⁵⁰ İmzalayan devletler: Arjantin, Avusturya, Brezilya, Kosta Rika, Hırvatistan, Danimarka, Finlandiya, Guatemala, İzlanda, İtalya, Madagaskar, Mali, Meksika, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Romanya, Senegal, Sırbistan-Karadağ, Sierra Leone, İsveç ve Uruguay. (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Web sitesi; <http://www.unhchr.ch>).

ları metinlerini kendi ülkesi için kabul etmektedir. Bu sebeple, hukukun üstünlüğünü kabul eden insan hakları prensiplerine bağlı demokratik bir devlette, işkencenin önlenmesi uluslararası mekanizmaların baskısıyla değil, devletin kendi iradesiyle söz konusu olacaktır. Fakat, dünya genelinde insanı ilgilendiren bir konuda fikir birliğine varılarak BM Sözleşmesi'nde yer aldığı gibi temel normların konulması ve aksi yönde hareket eden yönetimlere karşı bu normların uygulanmasını sağlayıcı mekanizmaların işletilmeye çalışılması önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

A. Genel Eserler

Boulesbaa, Ahcene, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1999.

Demirbaş, Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara 1992.

Giffard, Camile, *İşkencenin Rapor Edilmesi*, çev: Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, İzmir Mart 2001.

Rouget, Didier, *Preventing Torture – International and Regional Mechanisms to Combat Torture*, Association for the Prevention of Torture, Geneva Ağustos 2000.

B. Süreli Yayınlar

Resmi Gazete; 27.2.1988 - 19738.

Resmi Gazete; 29.4.1988 - 19799.

Resmi Gazete; 10.8.1988 - 19895.

C. Web Siteleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Arama Sayfası; <http://hudoc.echr.coe.int/>

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesi; <http://www.unhchr.ch>

EVRENSEL YETKİ

Av. S. Sinan KOCAOĞLU, LL. M*

*“Hostes Humani Generis”**
İçin Artık Sığılacak
Hiçbir Emin Liman Yok!*

Evrensel Yetki, Uluslararası Ceza Hukuku'nun en tartışmalı konularından biridir. Henry A., Kissinger bu kavram hakkında: *“En son bağbozumu bir kavram ... 1990 basım tarihli Black's Hukuk Sözlüğü'nde bile bu terim için herhangi bir kayıt veya açıklama yok”* diyerek bu kavramın literatürdeki tazeliğini ortaya koymuştur.¹

Liberal demokrasiler ile yönetilen Kuzey Yarımküre'nin pek çok gelişmiş hukuk sisteminde dahi ancak 20. yy.ın ikinci yarısından sonra pek az uygulama alanı bulan Evrensel Yetki, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yeni Türk Ceza Kanunu ile hukuki sistemimize daha önceleri teorik dahi olsa pek bilinmeyen ve yepyeni bir olgu olarak girecek. Ulusal alanda sadece Avustralya, Avusturya, Belçika, Kanada, Danimarka, Fransa, Almanya, İsrail, Hollanda, Senegal, İspanya, İsviçre, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere sadece on dört ülkede kanuni ve yargısal uygulama alanı olan Evrensel Yetki kavramı uygulandığı her davada dünya kamuoyunu çok uzun süreler meşgul etmiş ve halen de etmekte olan devrimsel nitelikteki bir hukuki konudur.² Çeşitli insan hakları ihlallerinin veya gayr-ı meşru çeşitli suçların failleri veya azmettiricisi konumunda olan devlet ve hükümet başkanları da dahil olmak üzere pek çok ülkenin askeri ve sivil üst düzey yöneticilerinin başlarının üzerinde Demokles'in kılıcı gibi sallanmış ve sallanmakta olan Evrensel Yetki kavramı, bu yetkiyi

* Ankara Barosu üyesi.

** İnsanoğlu'nun Bütün Düşmanları. Bu terim korsanlar, eşkiyalar, savaş suçluları ve esir tacirleri için kullanılan tarihi bir anlama sahiptir.

¹ Kissinger, Henry, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, 80 Foreign Affairs 86 (2001) July/August. Henry Kissinger Amerika Birleşik Devletleri eski Devlet Sekreteri (Bakan) ve Milli Güvenlik Danışmanıdır.

² Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 83 (2003).

kullanan başka devletlerin sıradan mahkemelerinin yargısal uygulamaları ile sadece klasik uluslararası kamu hukuku doktrinlerini değil, siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler öğretilerini de sarsmış; akademisyenleri derin fikri ayrılıklara bölmüştür. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı tarihi ve genel bir bakış açısıyla birlikte bu yetkinin diğer yetki tipleri ile genel bir karşılaştırmasını yaptıktan sonra, bu kavramın yasama ve yargısal olarak en geniş uygulandığı ülke olan Belçika ile evrensel yetkinin uygulandığı en meşhur davaya sahip olan İsrail'in çeşitli uygulamalarıyla kavramı geliştirilerek konuyu daha somut bir hale getirmektir.

Örf ve Adet Hukuku ile Milletlerarası Antlaşmalar uluslararası hukukun iki ana kaynağıdır ve bu iki kavram en son noktada devlet özerkliğine, yani "Egemenlik" (State Sovereignty) olgusuna dayanmaktadır.³ Örf ve adet hukuku, devletlerin hukuki bir sorumluluk duygusu ile devamlı ve tutarlı olarak yaptıkları uygulamalardan kaynaklanırken;⁴ Milletlerarası Antlaşmalar, antlaşmalar hukuku ile ilgili Viyana Sözleşmesi'ne göre devletler arasında yapılan mukavelelerden meydana gelir.⁵

Yetki, uluslararası hukukta devlet egemenliğinin bütün yasama, yargı ve idari yeterlilikleri ile ilgili bir kavramdır. Her ne kadar "Egemenlik Nazariyesi" devletin egemen olarak kendisinin ki hariç hiçbir sınırlandırmaya maruz kalamayacağı varsayımında temellendirilmiş bir yaklaşım olsa da bu görüş geçerliliğini çoktan yitirmiş ve modern hukukçular tarafından itibar edilmeyen bir tez haline gelmiştir.⁶ Bu durumun altında yatan paradoksal soru şudur: "Eğer devletler ve tasarrufları sınırlandırılmayacaksa uluslararası hukuka niçin ihtiyaç vardır?" Bu soruya verilecek cevap esasen uluslararası hukukun gerekliliği ile yakından ilgilidir. Şöyle ki, eğer devletler kendilerinden başka hiçbir güç tarafından sınırlandırılmayacak bir tür tanrısal aygıtlarsa zaten uluslararası hukukun varoluş nedeni zaten ortadan kalkmaktadır; dolayısıyla da uluslararası hukuk ilminin bizatihi varlığı bu eski "Egemenlik Nazariyesi"nin en başlıca antitezidir.

Ayrıca, uygulama alanında da özellikle İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden yıllarda devletlerin otoriteleri uluslararası hukuk tarafından aşındırılmış ve sınırlandırılmıştır. Bu aşındırma süreci zamanımızda da devam

³ Henkin, Louis, *Human Rights and State "Sovereignty"*, Sibley Lecture March 1994, GA. J. INT'L & COMP. L (vol. 25: 31 1995/96), p. 35.

⁴ Restatement (third) of the Foreign Relations Law of The United States § 102 (2) (1987).

⁵ Antlaşmalar hukuku ile ilgili Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties), 23 Mayıs 1969, m. 6-80, 1115 UNT S. 332. Ayrıca sözleşmenin tam metni <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> adresinde de bulunabilir.

ederek uluslararası ceza hukukuna “Ülke Dışı Yargılama Yetkisi” (Extraterritoriality) kavramını kazandırarak yeni ufuklar açmıştır. Böylelikle, Ülke Dışı Yargılama Yetkisi, 21. yy.ın Modern Devlet’ini artık sadece kendi vatandaşlarından değil, bütün insan ırkından sorumlu bir aygıt haline getirmiştir.

20. yy özellikle ikinci çeyreğinden başlayarak dünya hukukçuları yetki konusunda teorik pek çok çalışmaya imza atmışlardır. Bu çalışmaların en başlıca iki örneği; olan 1935 yılında Amerika’nın önde gelen hukuk akademisyenleri tarafından yaratılmış olan “*Harvard Ceza Yargılamasına Dair Taslak Sözleşmesi*”⁷ ile “*Ceza Meseleleri İçin Yetki Çatışmaları Üzerine Taslak Avrupa Konvansiyonu*”⁸ yetki konusunda en çok başvuru doktrinsel nitelikte çalışmalardır. Her ne kadar resmi bir hüviyete sahip olmasalar da birbirine oldukça benzeyen bu iki ilmi çalışma özellikle devletlerin yargılama yetkilerine ait geleneksel uygulamalarını karşılaştırmalı olarak inceleyebilmek için oldukça fonksiyoneldirler. Harvard Ceza Yargılamasına Dair Taslak Sözleşmesi’ne göre ceza yargılaması ile ilgili olarak beş kategori yargılama yetkisi devlet uygulaması olarak aşağıdaki gibi listelenmiştir:

1. Yer Yönünden Yetki İlkesi (Jurisdiction based on the territoriality principle): Her devletin kendisinin hakimiyet alanı içerisinde meydana gelmiş olan bir suçu kovuşturma, yargılama ve cezalandırma yetkisi vardır. Özellikle delil toplama, tanıklara ulaşma, yargılama süresinin ve masraflarının asgariye indirilmesi gibi ceza usulü açısından faydacı yansımalar göz önüne alındığında yer yönünden yetki yalnızca suçun bütün unsurlarının kovuşturmayı yapan devletin ülke sınırlarının içerisinde meydana geldiğinde iyi bir verimle çalışan ilkedir.⁹ Haliyle suçun cezalandırması da toplumsal sonuçlarını yine bu ülkede doğuracaktır. Ayrıca yetkinin mülkiliği konusunda Sürekli Uluslararası Adalet Divanı da (Permanent Court of International Justice [P.C.I.J.] 1927 tarihli Lotus Davası’nda bütün hukuk sistemlerinde ceza hukukunun yerel karakterinin temel olduğu hükmünü vermiştir.¹⁰

⁶ Appleman John, Alan, *Military Tribunals and International Crimes*, The Bobbs-Merrill Company, Inc, 14 (1971).

⁷ Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, *American Journal of International Law Supp.* (1935) 443. Bu Taslak Sözleşme, 1935 senesinde meydana getirilmiş olsa da halen geçerliliğini korumaktadır.

⁸ Draft European Convention on Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters, Consultative Assembly of Council of Europe, Rapporteur Mr. De Grailly, 27 January 1965, Doc. 1873.

⁹ Bantekas, Ilias - Nash, Susan, *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, 144 (2003).

¹⁰ P. C. I. J, Reports, “Lotus”, Judgment no: 9, 192., Series A, no: 10, 20.

2. Etken Kişilik İlkesi (Jurisdiction based on the active personality principle): Failin milliyetinin önemli olduğu bu ilke, *ratione personae*, devletlerin kendi sınırları dışında suç işleyen vatandaşlarının kovuşturma ve yargılama yetkisini ifade etmektedir.¹¹

3. Koruma İlkesi (Jurisdiction based on the protective principle): Eğer bir ülkenin güvenliği, para-pasaport-bayrak gibi milli birlik sembolleri, ekonomik menfaatleri veya kurumları işlenen suç tarafından tehlikeye atılmaktaysa, koruma ilkesi o devlet aygıtının düzen tesis etme aracıdır.¹²

4. Edilgen Kişilik İlkesi (Jurisdiction based on the passive personality principle): Mağdurun yani suçtan zarar görmüş kişinin milliyeti esası üzerine kurulu olan bu ilkesi tanımını tarihi Lotus Davası'nda bulmaktadır.¹³ Türk bandıralı Bozkurt Şilebi ile Fransız bandıralı Lotus Şilebi arasında meydana gelen ve sekiz Türk gemicisinin ölümü ile neticelenen gemi kazası nedeniyle Milletlerarası Sürekli Adalet Divanı tarafından verilen tarihi Lotus kararına göre uluslararası hukuk tarafından yasaklanmadığı için Türkiye edilgen kişilik ilkesi ile ülke dışı yargılama yetkisine (*extraterritoriality*) haiz olduğu kabul edilmiştir.¹⁴ Dolayısıyla, devletlerin uluslararası kamu hukukunun özel bir kuralı ile yasaklanmamış her türlü yetkiyi veya hakkı kullanmakta serbest oldukları kabul görmüştür.¹⁵

5. Evrensel Yetki (Universal Jurisdiction): Bazı suçlar o kadar kötü ve ağırdır ki bütün insanlık bu suçların faillerini adaletin önüne behemehal getirebilmelidir.¹⁶ Evrensel Yetki, devletlerin sadece ve sadece suçun doğmasına dayanarak ceza yargılaması yapabilme yetki ve sorumluluğudur. Suç mahalli, failin milliyeti, mağdurun milliyeti veya yargılama yetkisini kullanan devlet ile herhangi bir bağ, evrensel yetki uygulaması için gerekli

¹¹ Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 281 (2003).

¹² Madde 7, Draft European Convention on Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters, Consultative Assembly of Council of Europe, Rapporteur Mr. De Grailly, 27 January 1965, Doc. 1873.

¹³ P. C. I. J, Reports, "Lotus", Judgment no: 9, 192, Series A, no.: 10, 4.

¹⁴ Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann, Israel, the District Court of Jerusalem, 1961, *International Law Reports*, vol. 36, p. 5(1968). Ayrıca bütün duruşma tutanaklarına <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolff/transcripts/Sessions/> adresinden de ulaşılabilir.

¹⁵ Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of the International Legal Argument*, 221 (1989).

¹⁶ Pillay, Navanethem, *Rwanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Başkanı* (President of the International Criminal Tribunal for Rwanda [ICTR]), Africa Legal Aid Experts Meeting on "African Perspectives on Universal Jurisdiction for International Crimes", International Criminal Tribunal for Rwanda, 18-20 October 2002, Arusha, Tanzania; available at <http://www.ictt.org/ENGLISH/speeches/pillay201002.htm>

değildir. Yukarıda sayılan klasik yetkiler diye adlandırabileceğimiz ilk dört yetkiden de kolayca anlaşılacağı gibi yargılama yetkisini kullanan ülke ile suç, fail veya mağdur arasında bir bağlantı (nexus) gerekliken, evrensel yetkide bu tip hiçbir bağlantı gerekmemektedir. Evrensel Yetki tarafından kapsanan suçlar, insanlığa karşı ve insanlığın düşmanları tarafından işlenen suçlar olarak kabul edilmekte ve her devletin bu caniler üzerinde evrensel yetki vasıtasıyla yargılama yapabilme hakkı kabul edilerek, bunların cezasız kalmaları önlenmek istenmektedir.

Dünya üzerinde genel olarak ceza yargılamasında en çok kullanılan ilkeler yer yönünden ve kişi yönünde yetki ilkeleri iken, koruma ilkesi ve evrensel yetki bu ikisine kıyasla çok az olarak uygulanmaktadır. Ancak, aşağıda anlatacağımızdan da anlaşılacağı gibi, evrensel yetki kullanımının süratle artacağı yönünde gelişmeler gözükmemektedir.

EVRENSEL YETKİ KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ

Evrensel Yetki kavramının ilk şeklinin Roma hukukunun meşhur Justinian Kanunu'ndan [C. III, 15, Ubi de criminibus agi oportet,§1] neşet ettiğine dair hukuk tarihçilerinin çeşitli görüşleri vardır.¹⁷ Corpus Iuris Civilis (C. I. C) zanlının yakalandığı yerde yargılanması gerekliliğini (forum deprehensionis) formüle eden kuralları vardır.

Ortaçağ'da ise, Evrensel Yetki ilkesi tarihi İspanyolların meşhur tarihi Kanonik Salamanca Okulu'nun kurucusu Peder Francisco de Vitoria, takiben de öğrencisi Diego de Covarruvias tarafından teolojik açıdan geliştirilmiştir. Katolik dinsel öğretilerin tabii hukuk yaklaşımının harmanlanması ile bu görüş uluslararası hukukun babası kabul edilen Hugo Grotius tarafından 1625 yılında ünlü eseri "*Savaş ve Barış'ın Hakları Üzerine*" ile doktrinde iyice yaygın bir öğreti haline gelmiştir.¹⁸ Grotius bu eserinde:

"Krallar, ve krallara denk güçlerle teçhiz edilmiş olanlar, sadece kendileri veya tebaalarına karşı işlenmiş kötülöklere değil ayrıca kendilerini özellikle ilgilendirmeyen ama tabii hukuku ve milletler hukukunu ihlal edenleri de cezalandırmak hakkına tam olarak haizdirler.

¹⁷ Universal Jurisdiction, *The Duty of States to Enact and Enforce Legislation* (2001), Chapter I, Amnesty International Reports. Bu rapor <http://web.amnesty.org/library/index/engior530032001?OpenDocument> 'den de bulunabilir. Ayrıca ubi de criminibus agi oportet: "Zanlının yakalandığı yerde yargılanmasının yapılması uygundur" demektir.

¹⁸ Vitoria, Francisco de. *Encyclopedia of Philosophy*, 1967. Alvarado, C., Ruben, *Fountainhead of Liberalism*, Contro Mundum, no: 10, Winter 94. Bu makale için ayrıca: http://www.visi.com/~contra_m/cm/features/cm10_font.html#fn19

... çünkü başkalarının intikamlarını almak kendi intikamını almaktan daha onurludur. Krallar kendi egemenlikleri altındakiler kadar bütün insanlık ailesinden de sorumludurlar ..."¹⁹

Grotius'un bu yaklaşımı birkaç yüzyıl sonra, 1961'de ünlü Eichmann Davası'nın temelinde yerini almıştır. Gerekçeli hükmünde İsrail Bölge Mahkemesi Grotius'un yukarıdaki paragrafına tam atıfta bulunarak şuna hükmetmiştir:

"Bu yüzden her egemen devletin tabii hukuku ve milletler hukukunu ihlal edenleri cezalandırmak ahlaki görevi ve doğal hakkıdır (Krallar, ve krallara denk güçler ...). Bu beyanıyla uluslararası hukukun babası 'İnsanlığa Karşı Suçların' gelecek tanımını 'Milletler hukukunun yargılaması altındaki suçlar' olarak yapmakta ve bu tip suçların üzerindeki Evrensel Yetki'nin temellerini ortaya koymaktadır."²⁰

AUT DEDERE AUT JUDICARE

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin gerekçesinde de yer alan aut dedere aut judicare "*iade et veya yargıla*" anlamına gelen Latince bir hukuk özdeyişidir ve genellikle uluslararası hukukçular tarafından Evrensel Yetki ilkesinin bir alt kategorisi olarak kabul edilir.²¹ Bu özdeyiş Grotius'un tarafından "*Savaş ve Barış'ın Hakları Üzerine (De Jure Ac Pacis)*"de kullanılan aut dedere aut punire(*iade et veya cezalandır*) özdeyişinin çağdaş bir uyarlamasıdır.²²

¹⁹ Zaid, S., Mark, Symposium, *Universal Jurisdiction: Myths, Realities and Prospects: Will or Should the United States ever Prosecute War Criminals?: A Need For Greater Expansion in the Areas of both Criminal and Civil Liability*, 35 New England L., Rev. 447, *New England School of Law*, New England Law Review, 3 (2001). Bu makale için ayrıca: http://www.publicinternationallaw.org/publications/conferences/Need_for_Greater_Expansion.pdf David, J., Bederman, *Reception of the Classical Tradition in International Law: Grotius, De Jure Belli ac Pacis*,

Third Meeting of the International Society for the Classical Tradition, Boston University, March 9, 1995. Bu makale için ayrıca: <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spring96/bederman.html>

²⁰ Attorney General of Israel v Eichmann, District Court of Jerusalem, para 14, 12 December 1961, 36 Int'l L Reports 5. Bu tutanaklar için ayrıca: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolof/transcripts/Judgment/Judgment-002.html>

²¹ What's Universal Jurisdiction?, Universal vs. Other Types of Jurisdiction, Universal Jurisdiction Information Network, <http://www.universaljurisdiction.info/index/78691,78003>

²² Universal Jurisdiction, The Duty to Enact and Enforce Legislation, Chapter I, <http://web.amnesty.org/library/index/engior530032001?OpenDocument>

“Devletlerin ülke sınırlarının, başka devletler tarafından cezalandırma amacıyla askeri güçle geçmesi alışıl gelmemiş ve beklenilmez bir durum olduğundan, topraklarında böyle bir suçlu yakalamış olan devlet şu iki şeyden birisini yerine getirmelidir: Ya kendisi suçlu şahsı hak ettiği cezaya çarptırmalıdır ya da onu talep edildiğinde başvuruda bulunan devletin adaletine teslim etmelidir.”²³

Bu paragrafın son cümlesi, aut dedere aut punire (iade et veya cezalandır) ilkesinin Grotius tarafından formüle edilmiş şeklini bizlere açıkça vermektedir. Bu formüldeki diğer önemli nokta ise iade etmek veya cezalandırma yükümlülüğünün ancak diğer devletin talebi ile doğmasıdır.

Hem Covarruvias hem de Grotius, yabancı bir suçlunun sığındığı veya kaçak olarak yaşadığı başka bir ülkede, cezalandırılmaktan uzak tatlı bir yaşantının keyfini sürmesini hoş görmüyor ve suçlunun aut dedere aut judicare ilkesi gereğince iade edilmesini veya yargılanmasını bir zorunluluk olarak algılamaktaydılar.²⁴ Yüzyıllar öncesinin bu iki önemli fikri şahsiyetinin öğrencileri ve takipçileri ise, suçluyu iade et veya yargıla prensibini eserden esere taşıyarak, bu ilkenin çağdaş dünyada gerekli bir hukuki araç olarak yerini bulmasını sağlamışlardır.

YENİÇAĞ ŞEHİR DEVLETÇİKLERİNDE EVRENSEL YETKİ

16.yy.da özellikle otuz yıl savaşlarının sonrasında Alman ve İtalyan şehir devletçiklerinde korsanlık, haydutluk, ve köle ticareti gibi bazı suçlar suç mahallinin neresi olduğu dikkate alınmadan yargılanıyor ve cezalandırılıyorlardı. Özellikle, korsanların ve eşkıyaların evrensel yargı ilkesi gereğince yargılanmaları oldukça basit bir mantık yürütmeye dayanıyordu. Korsanlar ve eşkıyalar, lanetli suçlarını açık deniz, orman derinlikleri veya yüksek dağlar gibi genellikle bütün devletlerin yerel yargılama yetkilerinin dışında işledikleri için uygulama açısından bu canileri ele geçiren her devletin adaleti tecelli ettirilmesi açısından yargılama yapabilmesi gerekliliği doğuyordu. Dolayısıyla, bu canileri ele geçiren devlet suçun işlendiği ülkenin neresi olduğuna aldırmadan yargılama ve cezalandırma yapıyordu. Bu gelenek, yüzyıllar içinde devam ederek gelişmiş ve ulusla-

²³ Grotius, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis libri tres*, Bkz., II, ed. by Carnegie, transl. F., Kelsey chapter XXI, pt. IV, 1.

²⁴ Covarruvias, *Practicarum quaestionum*, Chap II, no: 7; Grotius, *De jure belli ac pacis*, Book II, Chap XXI, para. 4; see also Book I, Chap. V (quoted from International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000, *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, 14 February 2002, List No 121), ayrıca <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/2002/1.html>

rarası hukukun açık denizlere yönelik hükümlerini düzenleyen 1958 Açık Denizler (Cenevre) Konvansiyon'unun 19. maddesine açıkça evrensel yetki ilkesine atıf olarak aşağıdaki gibi 19. madde olarak girmiştir.

*"M. 19: Açık denizlerde veya herhangi bir devletin yargılama yetkisi alanı dışında, her devlet korsan gemisini veya hava aracını, veya korsanlar tarafından ele geçirilmiş bir gemiye ve üzerindeki mallara el koyabilir, kişileri tutuklayabilir. El koymayı yapan devletin mahkemeleri hüsnüniyetle hareket eden üçüncü ülkelerin hakları saklı kalmak üzere uygun görülecek cezalara karar verebilir ve el konulmuş mallara yönelik olarak adil hareket tarzını benimseyebilir."*²⁵

20. YY'DA EVRENSEL YETKİ

Birinci Dünya Savaşı'nı takip eden yıllar, evrensel yetki ilkesinin doktrinsel ve pozitif sahada adımların atıldığı ve gerçek bir ivmelenmenin yaşandığı bir dönemdir. Bu adımlardan ilki olan Birinci Ceza Hukuku Uyumlaştırılma Konferansı 1927 yılında ki sonuç bildirgesinde Varşova Formülü olarak da adlandırılan milletler hukukuna yönelik bütün uluslararası toplumun maddi ve manevi menfaatlerini tehdit eden bir özel suçlar listesini ortaya koymuştur.²⁶

Bu suçlar:

"M. 6: Herkim yabancı bir ülkede aşağıdaki suçları işlerse milletler hukukuna uygun olarak suçun işlendiği mahal ve failin milliyeti ile bağlantısız olarak cezalandırılacaktır.

a. Korsanlık,

b. Madeni ve kağıt para kalpazanlığı,

c. Köle ticareti,

d. Kadın ve çocuk ticareti,

e. Kamuya yönelik tehlike oluşturacak herhangi bir aracın kasıtlı kullanımı,

f. Uyuşturucu ticareti,

²⁵ Madde 19, Convention on the High Seas; signed at Geneva on 29 April 1958, came into force on 30 September 1962, Registration Number: 6465, vol. no: 450. Tam metin için ayrıca: <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

²⁶ Lemkin Raphael, 5th Conference on the Unification of Penal Law in Madrid (14-20 October 1933), Special Report, also available at <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>

g. *Müstehcen yayın ticareti.*"²⁷

Bu suç kataloguna Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1931 Cambridge toplantısı ile "*Denizaltı Kanal ve İletişim Kablolarına Saldırı*"; 1932 Hague Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'nde ise "*Bulaşıcı Hastalık Yayılmak*" suçları da eklenmiştir.²⁸

Akademik konferanslar dışında Evrensel Yetki ilkesine dair pek çok milletlerarası anlaşma Birleşmiş Milletler'in öncülüğünde İkinci Dünya Savaşı sonrasında imzalanmış ve yürürlüğe girmiştir. İkinci Dünya Savaşı öncesinde ise evrensel yetki ilkesini sadece, kısaca "*Sahte Para Kalpazanlığı Sözleşmesi*"²⁹ ile "*Yasadışı Uyuşturucu Ticareti Sözleşmesi*"³⁰ olarak bilinen iki uluslararası konvansiyon içermektedir. Bu iki uluslararası Sözleşme'nin evrensel yetki maddeleri benzer hükümler içermekte ve aut dedere aut judicare formülünü bu iki suçu kapsayan dar bir çerçeveye oturtmaktadır. Sahte Para Kalpazanlığı Sözleşmesi'nin 9. maddesinde imzacı devletler;

"M. 9: Dış ülkede bu uluslararası sözleşmenin üçüncü maddesinde ki suçları işleyen yabancılar, eğer iç hukuk sistemleri yurt dışında işlenmiş suçların cezai takibati prensibini genel bir ilke olarak tanıyan bir ülkede iseler, bu suçları aynen o ülkede işlenmişler gibi cezalandırılabilirler.

Takibati başlatmak zorunluluğu suçlunun iadesinin talep edilmesine ve suçlunun iadesi kendisinden talep edilen ülkenin işlenen suçla ilgisiz bir nedenden zanlıyı iade edememesine bağlıdır".³¹

Sözleşme'nin yukarıdaki maddesinde ki aut dedere aut judicare ilkesi iki hukuki gerekliliğin yerine getirilmesi şartına bağlanmış ve bu şekilde formülün kapsamı daraltılmıştır. Bu darlaştırıcı yan tümceler, takibati yap-

²⁷ Resolution on International Penal Law, adopted by the Conference for the Unification of Penal Law, Warsaw, 5 November 1927, (English Translation by Amnesty International), quoted from <http://web.amnesty.org/library/index/engior530042001?OpenDocument>

²⁸ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International And Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 37 (2003).

²⁹ International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 20 Nisan 1929; 112 LNTS 371. Ayrıca tam metin için: <http://untreaty.un.org/English/treaty.asp> veya <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1982/8.html>

³⁰ Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs, Geneva, 26 Haziran 1936; 198 LNTS 299.

³¹ Madde 9, International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 20 Nisan 1929; 112 LNTS 371. Ayrıca tam metin için: <http://untreaty.un.org/English/treaty.asp> veya <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1982/8.html>

çak devletin yerel hukuk sisteminde genel bir ülke dışı yargılama yetkisinin (extraterritoriality) bulunması ile başka bir ülke tarafından yapılan suçlunun iadesi (extradition) talebinin suçlunun nezaretinde bulunduğu devlet tarafından mevzu suçtan bağımsız bir nedenle reddedilmesidir. Suçlunun iadesini sözleşmeye taraf olmayan devletlerde dahil olmak üzere herhangi bir ülke talep edebilir. Ama böyle bir iade talebinin olmadığı durumlarda cezai kovuşturmayı başlatıp başlatmama yetkisi tamamen suçlunun nezaret altında bulunduğu ülkenin yetkisindedir.³²

İkinci Dünya Savaşı'nın sebebiyet verdiği büyük acılardan hemen sonra meydana gelen küresel ve bölgesel örgütlenmeler yeniden bu tip kötü olayları engellemek için evrensel ceza takibatı formüllerini içeren uluslararası sözleşme yapım süreçlerini tetiklemiş ve hızlandırmışlardır. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları arasında sadece yukarıda bahsedilen iki adet uluslararası sözleşme evrensel yetkiye sınırlı olarak atıfta bulunurken, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem iki düzineyi aşkın uluslararası anlaşma ile bir tür evrensel yetki kullanımına dayanan bir tür suç baskılama sistemi tesis etti. Uluslararası insancıl hukukunun dört kız kardeşi olarak nitelen- dirilen "*Cenevre Konvansiyonları*"³³ ile bunlara ek iki protokol³⁴ ve "*Birleşmiş Milletler İşkence Konvansiyonu*"³⁵ bu sistemin önde gelen örneklerdir.

³² Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International And Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 45 (2003).

³³ Geneva Conventions for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Geneva Convention I, Geneva, signed in 12 August 1949; came into force 21 October 1050, 75 UNTS 970 (Geneva Convention I). Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Geneva Convention II), Geneva, signed in 12 August 1949, came into force 21 October 1050; 75 UNTS 971 (Geneva Convention II). Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva Convention III). Geneva, signed in 12 August 1949, came into force 21 October 1050, 75 UNTS 972 (Geneva Convention III). Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva Convention IV), Geneva, signed in 12 August 1949; came into force 21 October 1050, 75 UNTS 973 (Geneva Convention IV).

³⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) adopted at Geneva on 8 June 1977; came into force on 7 December 1978; 1125 UNTS 17512; and Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) adopted at Geneva on 8 June 1977, came into force on 7 December 1978; 1125 UNTS 17513. Ayrıca bu iki ek protokolün ekleri için: <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

³⁵ UN Torture Convention (the Convention Against Torture & Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment), adopted by the General Assembly of the United Nations on 10 December 1984, New York, came into force on 26 June 1987, 1465 UNTS 24841. Ayrıca tam metin için: <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

Dört Cenevre Konvansiyonu da evrensel yetki konusunda kelimesi kelimesine aynı maddelerini içermektedir. Cenevre I Konvansiyonu'nda m. 49; Cenevre II Konvansiyonu'nda m. 50; Cenevre III Konvansiyonu'nda m. 129 ve nihai olarak Geneva IV Konvansiyonu'nda m. 146 metin olarak aşağıdaki gibidir:

“M. 50: Sözleşmeci yüksek Taraflar takip eden maddede tanımlanmış olan bu sözleşmenin ağır ihlallerini içeren fülleri işleyen, işlenmesi için emir veren kişilere etkin cezai yaptırımların uygulanmasını sağlamak için her türlü yasama faaliyetinin çıkarılmasını üstlenirler.

Sözleşmeci Yüksek Taraflar'ın her birisi bu ciddi ihlalleri işleyen ve işlenmesi için emir veren kişileri aramak yükümlülüğü altındadır ve bu kişileri milliyetleri ne olursa olsun kendi mahkemelerinin önüne getirebilir. Sözleşmeci Yüksek Taraf ayrıca eğer tercih ederse ilk nazarda haklı görülen bir davaya (prima facie case) sahip olan başka bir Sözleşmeci Yüksek Taraf'a bu kişileri yargılaması maksadıyla teslim edebilir.”³⁶

Ayrıca bu dört Sözleşme'deki evrensel yetki maddelerinin hemen takip eden sırasındaki maddede de “ağır ihlaller” kavramı tanımlanmıştır ve bu kavram dört konvansiyonda da metinsel olarak birbirinin aynısıdır. Sözleşmelerin ağır ihlalleri sırasıyla; kasten adam öldürme; işkence veya gayr-i insani muamele (biyolojik deneyler sonucunda olanlar da dahil olmak üzere); kasten büyük acıya sebebiyet vermek veya büyük tahribat; askeri ihtiyaçlardan kaynaklanmayan kanunsuz olarak ve zorbalıkla, veya vücut bütünlüğüne ve sağlığa zarar vererek mülkiyete el koymak ve harp hukukunun diğer ciddi ihlalleri olarak tanımlanmıştır.³⁷

Cassese' göre dört Cenevre Konvansiyonu'nun imzacı devletleri zanlıları yargılamak veya ilgili başka bir devlete teslim etmek zorundadırlar (aut dedere aut judicare).³⁸ Cassese ile aynı görüşü paylaşan Reydams, bu dört konvansiyondaki emredici dille yazılmış formülünün cezai kovuşturmayı başlatma yükümlülüğünün suçlunun iadesi talebinden önce ve ondan bağımsız olarak geldiği için aut dedere aut judicare olarak değil aut

³⁶ Madde 50, Geneva Convention II, Chapter VIII, Repression of Abuses and Infractions, United Nations Treaty Series. Ayrıca bu konvansiyonların tam metinleri için: <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

³⁷ Madde 51, Geneva Convention II, Chapter VIII, Repression of Abuses and Infractions, United Nations Treaty Series. Ayrıca bu dört konvansiyonun tam metni için: <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

³⁸ Cassese Antonio, International Criminal Law, Oxford University Press, 286 (2003). Cassese, eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Başkanlığı'nı yapmıştır ve halen Floransa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Kürsü'sünde öğretim üyesidir.

judicare aut dedere olarak yorumlanması gerektiğini öne sürmektedir.³⁹ Sonuç olarak evrensel yetkinin bu formülasyonu 1960'ların ve 1970'lerin terörizmle ilgili ünlü konvansiyonlarına taşınmış; Birleşmiş Milletler İş-kence Konvansiyonu ve daha sonra imzalanan uluslararası sözleşmelerin önemli bir yönü haline gelmiştir.⁴⁰

ÇEŞİTLİ ULUSAL UYGULAMALARLA EVRENSEL YETKİ (YASAMA VE YARGI AÇISINDAN)

Makalenin başında evrensel yetki prensibinin bir düzineyi aşkın ülkede yasama ve yargı uygulamaları ile bir devlet pratiği haline geldiğini belirtmiş-tim. Belçika'dan, Amerika Birleşik Devletleri'ne kadar birbirinden tamamen farklı olan hukuk sistemlerindeki uygulamaları ile evrensel yetki, özellikle son on senede dünyada uluslararası hukuk alanına damgasına vurmuş olan bir kavramdır. Evrensel Yetki'yi en çok kullanan ülkelerin başında gelen Belçika'nın bu konu hakkındaki yasal düzenlemelerine ve yargı uygulamalarına kısa bir bakışın bile ülkemizde hiçbir uygulaması olmamış olan bu kavramın zihinlerde daha iyi yerleşmesine yardımcı olacağına inanıyorum.

Evrensel Yetki konusunda birbirine muhalif gibi görünen iki uygulamadan biri Orta Avrupa ülkesi Belçika iken diğeri Amerika Birleşik Devletleri'dir. Pan-Avrupa sürecinin motorlarından küçük bir coğrafi yüzölçümüne sahip on milyon nüfuslu Belçika son yirmi senedir Soykırım (Genocide), İnsanlığa Karşı Suçlar (Crimes Against Humanity) ve Savaş Suçları (War Crimes) faillerini yani "*hostes humani generis*"leri Rwanda'da dan İsrail'e yargı önüne getirmektedir.

ABD, SSCB'nin yıkılmasından sonra daha büyük bir siyasi, ekonomik ve askeri güç olmak için çabalayan Avrupa Birliği'ne rağmen halihazırda tek kutuplu dünyanın süper gücü ve liderliği postunda oturmanın keyfini sürmektedir. 1948'de Soykırım Konvansiyonu'nun hazırlık komitesinin bir toplantısında evrensel yetki prensibinin konvansiyona dahil edilme tekliflerine şiddetle muhalefet etmiş ve evrensel yetkiyi "*gelmiş geçmiş en tehlikeli ve kabul edilemez prensip olarak*" ilan etmiştir.⁴¹ Bu eleştirinin üzerinde kendi içerisinde çok tutarlı olarak yarım yüzyıl geçmişken, 1998 Haziran'ında Roma'da Ulus-

³⁹ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International And Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 56 (2003).

⁴⁰ Broomhall, Bruce, Symposium: Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law, 35 New Eng. L. Rev. 399, 4 (2001).

⁴¹ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 51 (2003).

lararası Ceza Mahkemesi (International Criminal Court - ICC) Tüzüğü'nün kabulüne, yüz yirmi taraf devlet içerisinde karşı oy şerhi koyan yedi devletten birisi oldu ve Tüzüğe çok aktif bir muhalefet yürüttü.⁴² 1998'deki Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yönelik ABD muhalefeti ile bundan elli sene evvel ki Soykırım Konvansiyonu'na evrensellik prensibine karşı yapmış olduğu eleştirisi pratik olarak aynı temel korkudan kaynaklanmaktadır. Bu korku ise Amerikalı sivil ve askeri otoriteleri aleyhine açılacak uluslararası hukuk kaynaklı ceza davalarıdır. Ancak şaşırtıcı olarak Amerika Birleşik Devletleri son senelerde bu pozisyonunu terk ederek kendisini temel korkudan arındırarak bir takım olaylarda evrensel yetki prensibini uygulamaya başlamıştır.

EVRENSEL YETKİ VE MİLLİ UYGULAMALAR (YASAL-YARGISAL DURUM) VE İSRAİL

14 Mayıs 1948 yılında Filistin topraklarında bağımsız bir İsrail devletinin kurulduğu ilan edildi. Bu ilan ile 1922 yılından beri Milletler Topluluğu (League of Nations) kararı ile varolan manda yönetimi de sona erdi. Doğal olarak İngiliz etkisi İsrail'in hukuk sistemini uzunca bir müddet derinden etkiledi.

Ceza hukuku alanında İsrail'in temel düzenlemesi 1936'da İngiliz Manda Yasama Meclisi tarafından çıkartılmış bulunan Ceza Yasası Buyruğu'dur ve daha sonra İsrail devleti tarafından da aynen benimsenmiştir.⁴³ O tarihten bu yana ise ceza hukukunun uygulama alanı İsrail devleti tarafından sürekli olarak tedricen genişletilmiştir. 1980 yılında İsrail'li bir hukuk yorumcusu "*İsrail devleti, yer bakımından yetki prensibine (mülkellik-territoriality) sıkı sıkıya bağlı olan Anglo-Saxon kampını terk etmiştir*" diyerek İsrail'in yeni ceza yargılama anlayışına ışık tutmuştur.⁴⁴

EICHMANN DAVASI (ATTORNEY GENERAL OF ISRAEL v EICHMANN)

Uzunca bir dönem pek çok siyasi ve hukuki tartışmanın odağında olan İsrail Başsavcısı Eichmann' Karşı Davası, Evrensel Yetki'ye dayanan en eski ve en meşhur davadır.

⁴² US threats to the International Criminal Court, International Justice, Amnesty International Website, available at http://web.amnesty.org/pages/icc-US_threats-eng

⁴³ Criminal Code of Ordinance, British Mandatory Legislature, Israel, 1936.

⁴⁴ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 158 (2003).

II. Dünya Savaşı sırasında toplama kamplarında Yahudiler'in yok edilmesindeki önemli rolü olan üst düzey Nazi Subayı Adolf Eichmann, savaşı müteakiben hemen Arjantin'e kaçmış ve orada kendisine verilen yeni bir kimlik ile ortaya çıkmadan uzun yıllar hayat sürmüştür.⁴⁵ İsrail Gizli Servisi Mossad yerini ancak seneler sonra tespit edebildiği bu eski Nazi subayını umulmadık bir şekilde kaçırmış ve 1961 senesinde Kudüs Bölge Mahkemesi'nde "Savaş Suçları, İnsanlığa Karşı Suçlar, Almanya ve Alman işgal bölgelerinde Soykırımın sonuçlanan Eylemler" suçlamaları ile yargılayarak idama mahkum etmiştir.⁴⁶ Mahkeme gerekçesinde aşağıdaki hususu belirtmiştir.

"Ş 30. İsrail devletinin suçluyu yargılama hakkı, görüşümüze göre iki ana kaynaktan çıkmaktadır: Bu tipten bütün suçları cezai kovuşturma, yargılama ve cezalandırma hakkını milletler ailesi içinde her devlete veren bütün insanlığa ait olan evrensel bir kaynak ve varlığına saldırılan mağdur millete veren özel veya milli bir kaynak."⁴⁷

İsrail Yüksek Mahkemesi temyiz safhasında Kudüs Bölge Mahkemesi'nin kararındaki gibi uzun sayfalar boyunca evrensel yetkiyi değişik doktrinsel yaklaşımlarla, Grotius'a ve ius gentium'a yaptığı atıflarla aşağıdaki paragraftaki gibi yorumlayarak alt derece mahkemesince verilen idam kararını onamıştır.

"12(b). [...] kavram geniş manasında kullanıldığında insanlığa karşı suçların uluslararası karakteri, bu davada bütün şüphelerden uzak biçimde ortaya çıkmıştır; emsalsiz zararlı ve öldürücü etkisi ile günümüzde tartışmaya dahi gerek yoktur ve evrensel yetkinin burada uygulanması için mahkememizde tam bir kanaat oluşmuştur."⁴⁸

⁴⁵ Attorney General of Israel v Eichmann, District Court of Jerusalem, 12 December 1961, 36 Int'l L Reports 5. Ayrıca tüm duruşma tutanakları için: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Sessions/>

⁴⁶ Universal Jurisdiction, The Duty of States to Enact and Enforce Legislation(2001), Chapter II, the Evolution of the Practice Of Universal Jurisdiction, Amnesty International Reports, AI INDEX: IOR 53/004/2001, <http://news.amnesty.org/library/Index/ENGIOR530042001?open&of=ENG-2AF>

⁴⁷ Attorney General of Israel v Eichmann, District Court of Jerusalem, 12 December 1961, 36 Int'l L Reports 5; para 30. Ayrıca bütün duruşma tutanakları için: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Judgment/Judgment-006.html>

⁴⁸ Supreme Court Of Israel, Criminal Appeal 336/61; 29 May 1962, Appeal Session 7, paragraph 12(b). Ayrıca tüm tutanaklar için <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Appeal/Appeal-Session-07-04.html>

"12(f). Bu konu hakkındaki düşüncelerimizi aşağıdaki gibi toparlıyoruz: Temyiz edene atfedilen bütün suçlar uluslararası karaktere sahip oldukları kadar şeytani ve cinai etkileri nedeniyle uluslararası toplumun istikrarını en derin temellerine kadar sarsacak içeriktedirler. İsrail devleti, bu yüzden evrensel yetki ilkesine uygun olarak; uluslararası hukukun koruyucusu ve uygulanmasının vasıtası olarak temyiz edeni yargılama hakkına sahiptir. Davanın bu niteliğinin olması nedeniyle, İsrail devletinin suçların işlenme zamanda varolmaması önemsizdir."⁴⁹

İsrail Yüksek Mahkemesi'nin kararında İsrail devletini Evrensel Yetki bağlamında "Uluslararası hukukun koruyucusu" olarak ilan etmesi evrensellik ilkesinin bir yüksek mahkeme tarafından kabul edildiği ilk karardır.

Eichmann Davası'nın ilginç noktalarından bir tanesi ne Batı, ne de Doğu Almanya'nın davaya müdahil olmaması ve diplomatik alanda bu davayla ilgili bu iki ülkeden de en ufak bir protestonun gelmemesidir.⁵⁰ Bu konudaki bilinen tek protesto, Arjantin tarafından yapılmıştır. Ayrıca Adolf Eichmann'ın topraklarından İsrail Gizli Servisi Mossad tarafından kaçırılması ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne Arjantin'in başvuru yapması üzerine, Güvenlik Konseyi kaçırma olayını kınamış ve İsrail'den Arjantin'e uygun tazminde bulunmasını talep etmiştir.⁵¹

BELÇİKA

Daha evvelki bölümlerde bahsettiğim gibi, evrensel yetki Belçika Hukuk Sistemi'nde en geniş uygulama sahasını bulmaktadır. Belçika Mahkemeleri savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi Belçika vatandaşı olmayan vatandaşların Belçika dışında yine Belçika vatandaşı olmayan şahıslara karşı, sanığın Belçika topraklarında varlığını bile gerektirmeden 1993 Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Yasası gereğince ince uzunca bir süre evrensel yetki yargılamaları yapmıştır.⁵² Bu Yasa'ya ek olarak İnsan Kaçakçılığının ve Çocuk Pornografisi'nin Bastırılması Yasası ile Ceza Usul Kanunu'nun başlangıç bölümü Belçika Yargısı'na çocuk fahişeliği, çocuk pornosu, insan kaçakçılığı gibi sayılı çeşitli fiillere karşı suçun işlendiği yer, failin ve mağdurun milliyetleri gibi öğeler

⁴⁹ Supreme Court Of Israel, Criminal Appeal 336/61; Appeal Session 7, paragraph 12(f). Ayrıca tüm tutanaklar için <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Appeal/Appeal-Session-07-05.html>

⁵⁰ Supreme Court Of Israel, Criminal Appeal 336/61; 29 May 1962, Appeal Session 7, paragraph 12(d). Ayrıca tüm tutanaklar için <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Appeal/Appeal-Session-07-05.html>

⁵¹ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 161 (2003).

hiç dikkate alınmadan yargılama yapma yetkisi vermektedir. Bu suçlardan bazıları, mesela çocuk pornosu ve insan kaçakçılığı gibi suçlar temellerini uluslararası sözleşmelerde bulurken; küçüklere tecavüz ve sarkıntılık gibi suçlar temellerini yukarıda saydığımız Belçika kanunlarında bulmaktadır (özellikle Ceza Usul Kanunu'nun 10. maddesi).⁵³

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN AĞIR İHLALLERİNİN CEZALANDIRILMASI YASASI (1993)

1993 yılında Belçika Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Yasası'nı Cenevre Sözleşmeleri ve bunlara ek iki protokolü yerine getirmek için kanunlaştırdı. Bu yasa ile Belçika savcılarını uluslararası toplum adına Cenevre Sözleşmeleri'ni ve iki Ek-Protokol'ün ihlallerini kovuşturma hakkı verildi. İhlallerin meydana geldiği ülkelerin yerel savcılar veya soruşturma hakimleri tarafından failer hakkında cezai soruşturma başlatılmadığı veya cezai soruşturması konusunda hareketsiz kaldıkları durumlarda, Belçika Yargı Sistemi, bu yasa ile kasten adam öldürme, biyolojik deneyler dahil olmak üzere işkence veya gayri insani muamele, mülkiyete büyük ölçekli zarar vermek gibi konularda evrensel yetkiye sahip oldu.⁵⁴

Eski Sömürgesi Rwanda'da Hutu ve Tutsi Kabile'leri arasındaki iki milyona yakın insanın ölümü ile sonuçlanan soykırımın meydana getirdiği şokun sonucu olarak, 1999 yılında, zamanın Belçika Hükümeti tarafından Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar kavramları da suç listesine eklenerek yasanın kapsamı genişletildi. Suç listesinin genişletilmesinden başka 1999'da Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar işleyen failerin muhakemesine dair çok önemli iki muhakeme şeklini de yasaya soktu. Bu muhakeme yeniliklerinin ilki failerin in absentia olarak yargılanabilmesidir. İkinci büyük yenilik ise, devlet görevlisi olduğundan dolayı çeşitli dokunulmazlık zırhlarına sahip olan failerin bu dokunulmazlıklarının Belçika mahkemelerince bir yargılama engeli olarak tanınmamasıdır.⁵⁵ İkisinde Belçikalı uluslararası hukukçular olan Smis and Van der Borght ise sanığın gaipliğinde yargılama

⁵² Lemaitre, Roemer, Belgium Rules the World: Universal Jurisdiction over Human Rights Atrocities, <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/37n2/lemaitre.htm>

⁵³ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 102-104 (2003).

⁵⁴ Hans, Monica, *Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish this Goal?*, 15 *Transnat'l Law*. 357, 5 (2002).

⁵⁵ Smis, Stefaan - Van der, Borght, Kim, *Belgian Law concerning The Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law: A Contested Law with Uncontested Ob-*

yapmak olarak da tanımlayabileceğimiz in absentia'yı bu Yasa merceğinden şu şekilde açıklamaktadırlar:

*"Belçika mahkemelerinin bu tip suçları yargılaması suç mahallinden, failin Belçika topraklarında varolmasından, failin veya mağdurun milliyetinden ve suçun işlenme zamanından bağımsız olarak yargılama yetkisine sahip olmasıdır. Böyle bir hakkı arayabilmek için kişinin ne Belçika vatandaşı olması ne de Belçika'da ikamet etmesi koşulları gerekli değildir."*⁵⁶

Evrensel Yetki uygulamasında devlet ve hükümet başkanlarının dokunulmazlık zırhlarının yani cezai bağımsızlıkların yargılamayı engel olması durumunun kaldırılması suçun işlenme tarihinde ve halen failin görevdeki devlet yetkilisi olması durumunu da kapsamaktadır.⁵⁷

KAMU SAVCISI HİGANİRO'YA KARŞI-BUTARE DÖRTLÜSÜ DAVASI (PUBLIC PROSECUTOR v HIGANIRO ET AL - THE BUTARE FOUR CASE)

Kamu Savcısı Higaniro'ya karşı veya kamuoyunda bilinen adıyla Butare Dörtlüsü Davası, Belçika'nın ilk evrensel yetki uygulamasıdır. 1892'de daha devlet statüsü kazanmamışken ilk kez Almanya tarafından sömürgeleştirilen, I. Dünya Savaşı'nda Almanya'nın yenilgisi ile Belçika tarafından kolonileştirilen Rwanda'nın iki büyük kabilesi olan Hutu ve Tutsi'nin nesnel bir biyolojik veya kültürel farklılığa dayanmayan ama sadece Rwanda toplumundaki iki değişik sosyoekonomik pozisyonu simgeleyen toplumsal kategorilerin bir yüzyıla yakındır süren çatışması, 6 Nisan 1994 tarihinde Başkan Juvenal Habyarimana'nın uçağının Kigali semalarında şeytani bir bombalama neticesinde düşürülmesi ile bir milyona yakın kişinin ölümü ile neticelenen iç savaşı tetiklenmişti.⁵⁸

jectives, The American Society Of International Law, ASIL Insights, July 2003. Bu makale için; http://www.asil.org/insights/insigh112.htm#_edn2

⁵⁶ Smis, Stefaan - Van der, Borgh, Kim, *Belgian Law concerning The Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law: A Contested Law with Uncontested Objectives*, The American Society Of International Law, ASIL Insights, July 2003. Bu makale için; http://www.asil.org/insights/insigh112.htm#_edn2

⁵⁷ Smis, Stefaan - Van der, Borgh, Kim, *Belgian Law concerning The Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law: A Contested Law with Uncontested Objectives*, The American Society Of International Law, ASIL Insights, July 2003. Bu makale için; http://www.asil.org/insights/insigh112.htm#_edn2

⁵⁸ Percival, Valeri - Dixon, Thomas Homer, *Environmental Scarcity and Violent Conflict: Case of Rwanda*, University of Toronto 1995, <http://www.library.utoronto.ca/pcs/eps/rwanda/rwanda1.htm>

Neticesinde bir milyona varacak kadar büyük sayıda ölüme sebebiyet veren iç savaş, bir soykırım suçuna sebebiyet vermiştir (bir bütün veya parça olarak milli/etnik/ırksal veya dini grubun yok edilmesi gerçekleştirilmiştir).

Belçika her ne kadar artık Rwanda'nın sömürge efendisi olmasa da Rwanda İç Savaşı'na yol açan olaylara ve şüphelilerle bağlantısı olduğu kadar; iki düzineye yakın Belçikalı'nın da iç savaş esnasında sadece ait oldukları milliyetlerinden dolayı öldürülmüş olması; ayrıca soykırım fiilinin ve bu Belçikalı vatandaşlarının öldürüldüğü olaylarda provokasyonculardan birinin de bir Belçikalı olması bu davayı tam anlamıyla saf bir evrensel yargı uygulaması olmaktan çıkarmıştır.⁵⁹

Bu davanın özüne ilişkin iki diğer önemli hukuki nokta daha vardır. Bu hukuki noktalardan ilki, Rwanda'da soykırım suçu işlendiği zaman, soykırım Belçika kanunlarının altında suç olarak tanınmamaktaydı ve bundan dolayı sanıklara Soykırım suçundan dava açılmamıştır.⁶⁰ İkinci ise, 1999 değişikliklerine kadar ülke sınırları dışında işlenen İnsanlığa Karşı Suçları yargılayabilecek uygulanabilir ulusal hukuki temellerin var olmamasıdır.⁶¹

1994'de Rwanda'lı Zaire'li ve Belçika'lı mağdur kişiler tarafından Belçika resmi makamlarına 1993 Belçika Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Yasası'nın uygulanması için talepte bulunulmuştur.⁶² Bu talebin üzerine bir sorgu hakimi konuyu araştırması ve davayı geliştirmesi için atanmıştır. Belçika'da başlayan bu hukuki gelişmeler yani Rwanda soykırımını üzerine başlayan bu soruşturma, 1995 Mart'ında Rwanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR)'nin kurulmasını sağlamıştır.⁶³

Rwanda'daki kitlesel soykırımların bir iç harp neticesi olması yani uluslararası karakterde olmaması, uluslar arası çatışma hukukunu düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri'nin bu davaya uygulanabilmesini zorlaştırmıştır.

⁵⁹ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International And Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 109 (2003).

⁶⁰ Keller, Linda, *Belgian Jury to Decide Case Concerning Rwandan Genocide*, American Society of International Law, ASIL Insight, <http://www.asil.org/insights/insigh72.htm>

⁶¹ Keller, Linda, *Belgian Jury to Decide Case Concerning Rwandan Genocide*, American Society of International Law, ASIL Insight, <http://www.asil.org/insights/insigh72.htm>

⁶² Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International And Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 112(2003)

⁶³ Lemaitre, Roemer, *Belgium Rules The World- Universal Jurisdiction over Human Rights Atrocities*, available at <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/37n2/lemaitre.htm>

Şöyle ki; sadece dört Cenevre Sözleşmesi'nde de ortak olan üçüncü madde, iç silahlı çatışmalara yönelik bir hüküm içermektedir ve iki ek protokol sözleşmelerin üçüncü maddesinin uygulamasını ulusal özgürlükten savışlarından kaynaklanan çatışmalara (Protokol I) ve diğer iç çatışmalara (Protokol II) genişletmiştir.⁶⁴

Cenevre Sözleşmeleri'nin ve Protokollerinin 3. maddesi;

“Sözleşmeci Yüksek Taraflar’dan birisinin bölgesinde uluslararası karakterde olmayan silahlı çatışma meydana gelmesi durumunda asgari olarak aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükelleftir:

*(1)(a) Hayata veya kişiye şiddet, özellikle her türlü cinayet, uzvun tatili, zalimane muamele ve işkence.”*⁶⁵

Butare Dörtlüsü Davası ile ilgili olarak bahsedebileceğimiz son konu ise 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin zorunlu aut dedere aut judicare sistemini ortak üçüncü maddeyi ve Ek Protokol II'yi kapsamaması dolayısıyla Belçika'nın Rwanda katliamı sanıklarını yargulamak için hiçbir zorunluluğu bulunmamaktaydı.⁶⁶

Sonuç olarak dava, Soykırım veya İnsanlığa Karşı Suçlar kavramına dayanmadan yapıldı ve Belçika Mahkemesi ayrı ayrı on iki seneden yirmi seneye kadar değişen cezalarla dört sanık için mahkumiyet hükmü vermiştir.⁶⁷

⁶⁴ Keller, Linda, *Belgian Jury to Decide Case Concerning Rwandan Genocide*, American Society of International Law, ASIL Insight, available at <http://www.asil.org/insights/insigh72.htm>

⁶⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Kabuk Tarihi 8 Haziran 1977 (Cenevre); Yürürlük Tarihi 7 Aralık 1978; 1125 UNTS 17513. The full text is available at <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>

⁶⁶ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 111 (2003).

⁶⁷ UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, RWANDA: Genocide Convicts Sentenced by Brussels Court, 11 June 2001, available at <http://www.irinnews.org/>

**11 NİSAN 2000 TARİHLİ YAKALAMA MÜZEKKERESİ
İLE İLGİLİ DAVAKONGO DEMOKRATİK CUMHURİYETİ
BELÇİKA KRALLIĞI'NA KARŞI
(THE CASE CONCERNING THE ARREST WARRANT OF
11 APRIL 2000-DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO
V. BELGIUM)**

"11 Nisan 2000 tarihli Yakalama Müzekkeresi-Kongo Demokratik Cumhuriyeti Belçika'ya Karşı", Belçika'nın Nisan 2000 tarihinde Kongo Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi hakkında çıkarttığı tevkif müzekkeresinin Kongo tarafından Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) önüne getirilmesi ile ilgili bir davadır.

Belçika'nın uluslararası insancıl hukuku ihlal ettiği iddiasıyla halen görevde olan Dışişleri Bakanı Ndombasi hakkında tevkif müzekkeresi çıkartması üzerine, Demokratik Kongo Cumhuriyeti:

"Belçika devletinin kendisine atfettiği evrensel yetki ... bir devletin başka bir devletin alanında otoritesini kullanmayacağı ve Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması'nın m. 2§1'e konularak bütün üyeleri için geçerli olan Devletlerin Eşit Egemenliği ilkesini ihlal eder." iddiasında bulunmuştur.⁶⁸

Davanın başlangıç safhasında Evrensel Yetki ilkesinin uluslararası hukuk altında ki hukukiliğini sorgulamak isteyen Kongo, daha sonra talebini daraltarak yakalama müzekkeresi çıkartılması esnasında görevde olan fakat dava esnasında görevde olmayan bir dışişleri bakanının cezai bağımsızlığının olup olmadığına çevirmiştir.⁶⁹ Neticeten bu talebi inceleyen Uluslararası Adalet Divanı Ndombasi'nin görevini icra ederken tam bir cezai bağımsızlığa sahip olduğunu ve vazifesini yapma performansını etkileyecek başka bir devletin yetki kullanıma karşı korunması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁰ Bu kararı takiben Belçika Ndombasi aleyhine çıkartmış olduğu tevkif müzekkeresini kaldırmış ve davanın temyiz aşamasında mahkeme evrensel yetki

⁶⁸ Summers, Mark A., The International Court of Justice's Decision On Congo v. Belgium : How has it Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction that Would Obligate All States to Prosecute War Criminals, 21 B U Int'l. L. J. 63, 3 (2003).

⁶⁹ Bekker, Pieter. H. F., *Prorogated and Universal Jurisdiction in the International Court: The Congo v. France*, April 2003, available at <http://www.asil.org/insights/insigh103.htm>

⁷⁰ Steiner, Henry J., *Three Cheers for Universal Jurisdiction – or is It Only Two?*, 5 Theoretical Inq. L. 199, 11(2004); also the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000-Democratic Republic of Congo v. Belgium, 2002 International Court of Justice, General List Nr:121, (Feb.12), reprinted in 41 Int'l Leg. Mat. 536 (2002).

kullanımını yabancı sanığın Belçika’da gönüllü olarak bulunması şartına bağlamıştır.⁷¹

ABBAS HİJAZİ SHARON’A KARŞI ABBAS HIJAZI et al. v SHARON et al.

Beyrut’teki Şabra ve Şatilla katliamından kurtulan Bayan Samiha Abba Hijazi ile diğer yirmi iki Filistinli ve Lübnanlı mağdur 18 Haziran 2001’de İsrail Başbakanı Ariel Sharon ve General Amos Yaron’un uluslararası insancıl hukuku ağır ihlallerinden dolayı Belçika’da bir şikayet dilekçesi verdiler.⁷² İsrail ordusu 1982’de Lübnan’ı işgal etti ve bu işgal sırasında 16-18 Eylül 1982’de Batı Beyrut’ta İsrail’in eski Savunma Bakanı olan General Ariel Sharon komutası altındaki sığınma kamplarında kitlesel ölümler, tecavüzler ve sivillerin kaybolması olayları meydana geldi.⁷³ İsrail Parlamentosu Knesset, bu olayları araştırması için Kahan Komisyonu adı altında bir soruşturma komitesi kurdu ve bu komisyon Ariel Sharon’un bu katliamlardan kişisel olarak sorumlu olduğuna karar verdi.⁷⁴ Buna ek olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu büyük bir çoğunluk ile aldığı 37/123D sayılı kararı ile Şabra ve Şatilla sığınma kamplarındaki katliamları kınadı ve 16 Eylül 1982’de meydana gelen bu canice olayların bir soykırım suçu oluşturduğuna da bu karar da yer verdi.⁷⁵

Hijazi ve diğer şikayetçilerin Belçika’lı avukatı olan Luc Walley, ilk kez “Kuzeyli” bir ülkenin liderinin evrensel yetki ile Belçika mahkemelerinde sanık sandalyesine oturtulduğu Sharon davasından dolayı, Belçika’daki Yahudi toplulukları, İsrail ve hatta Amerika Birleşik Devletleri’nden Belçika’ya çok büyük siyasi baskılar geldiğini belirtmiştir.⁷⁶

⁷¹ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International And Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 116 (2003).

⁷² Complaint against Sharon and Others(English), Sharon Case (Belgium), p. 1-4, Universal Jurisdiction Information Network, available at <http://www.universaljurisdiction.info/index/101407>

⁷³ Complaint against Sharon and Others(English), Sharon Case (Belgium), p. 4-6, Universal Jurisdiction Information Network, available at <http://www.universaljurisdiction.info/index/101407>

⁷⁴ Complaint against Sharon and Others(English), Sharon Case (Belgium), p. 4-6, Universal Jurisdiction Information Network, available at <http://www.universaljurisdiction.info/index/101407>

⁷⁵ Complaint against Sharon and Others (English), Sharon Case (Belgium), p. 4-6, Universal Jurisdiction Information Network, available at <http://www.universaljurisdiction.info/index/101407>

⁷⁶ Walley, Luc, *The Sabra & Shatila Massacre and Belgian Universal Jurisdiction*, p. 7, available at http://www.sscc.org/programs/gsc/publications/ICA_memos/Panel3.Walley.doc

İlk Derece Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi, Sharon Davası'nda Ndombasi Davası ile paralel olarak sanığın Belçika'da varlığının evrensel yetki uygulaması için bir yeterli şart olması gerektirdiğine hükmetti ve in absentia yargılamayı uluslararası hukuka ve "Devletlerin Egemen Eşitliği" ilkesine aykırı buldu.⁷⁷

BELÇİKA EVRENSEL YETKİ İLKESİNDEN VAZ MI GEÇİYOR?

Evrensel Yetki Yasa'sı olarak da adlandırabileceğimiz Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Yasası (1993), Belçika Parlamentosu tarafından 2003 yılında yapılan bir değişiklikle evrensellik ilkesini sınırladı. Belçika'nın bu değişikliği yapmasını sağlayan süreç Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri'nin bu ülke üzerindeki baskısıyla başladı. ABD Dışişleri Bakanı Donald H. Rumsted, Haziran 2003'de Belçika'yı eğer bu evrensel yetki yasasını yürürlükten kaldırmazlarsa NATO karargahının Belçika'dan Polonya'ya nakledileceğini söylemesi üzerine çok büyük sayıda kişinin işsiz kalma ihtimali üzerine, Belçika hükümeti Yasa'yı değiştirme kararını verdi.⁷⁸ Bu değişiklikle artık Belçika mahkemeleri uluslararası suçlar üzerinde evrensel yetki kullanımını sadece failin Belçikalı olması, mağdurun Belçikalı olması veya suçun işlendiği tarihte en az üç senedir Belçika'da yaşıyor olması, bir uluslararası antlaşmanın gerekliliği olarak Belçika'nın yargılama yapması şartlarının gerçekleşmesine bağlı duruma getirildi.⁷⁹

TÜRKİYE

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecek Yeni Türk Ceza Kanunu 765 sayılı Ceza Kanunu'nda var olmayan bir değişiklikle Evrensel Yetki ilkesine yer vermiştir.⁸⁰ Diğer suçlar başlığı altında 13. maddede düzenlenen evrensel yetki ilkesi "Soykırım", "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti", "İşkence", "Çevrenin Kasten Kirletilmesi", "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti", "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaş-

⁷⁷ Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction-International and Municipal Perspectives*, Oxford Monographs in International Law, 117 (2003).

⁷⁸ Laurie King Irani, On Learning Lessons. Belgium's Universal Jurisdiction Law Under Threat; available at <http://www.globalpolicy.org/intljustice/universal/2003/0626gut.htm>

⁷⁹ Belgium: Universal Jurisdiction Law Repealed, Human Rights News, 1 August 2003, <http://www.hrw.org/press/2003/08/belgium080103.htm#ngos>

⁸⁰ Kanun no: 5237, kabul tarihi: 26 Eylül 2004, yayımlandığı *Resmî Gazete*: 12.10.2004, S. 25611. Ayrıca <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>

tırma” suçlarının hangi ülkede işlenmiş olurlarsa olsunlar, failin Türkiye Cumhuriyeti devleti veya yabancı bir devlet vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın Türk kanunlarına göre muhakeme edileceğini hüküm altına almıştır.⁸¹

Maddenin gerekçesinde aut dedere aut judicare/aut punire kuralı ve Türkiye’nin taraf olduğu evrensel yetki ilkesini içeren 1963 Uçaklara Karşı İşlenen Suçlara veya Diğer Fiillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi vs. gibi çeşitli uluslararası sözleşmeler zikredilerek yukarıda zikredilen suçların faillerinin Türk vatandaşı veya yabancı olmasına bakılmaksızın Türkiye’de Türk kanunlarına göre yargılama yapılacağını düzenlemiştir.

Örnekle açıklamak gerekirse bu madde Türkiye’ye Türk vatandaşı olmayan kişiler tarafından Nijerya’da işlenecek bir soykırım suçunu veya dünyanın herhangi bir bölgesinde işlenecek bir insan ticareti suçunu yargılama ve cezalandırma yetkisine sahip olacaktır.

SONUÇ

Evrensel Yetki, 191 Birleşmiş Milletler üyesi devletten halihazırda sadece on beşinin yasama düzenlemeleri ve yargısal uygulamaları ile pratikte oldukça seyrek kullanılan bir yetkidir. Dolayısıyla evrensel yetki henüz anlamına uygun evrensel nitelik kazanarak uluslararası uygulama alanı kazanmamıştır. Yeni Ceza Kanunu’nun 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yürürlüğe girmesi ile de, ülkemizde soykırım, insanlığa karşı suçlar, işkence vs. gibi suçlara karşı evrensel yetki ilkesini uygulayabilme yolları açılmıştır.

Makalenin ağırlık noktasını oluşturan Belçika’daki çeşitli evrensel yetki davaları, bu yetki uygulamalarının en azından uluslar arası siyasi arena- da sebebiyet verebileceği çeşitli sonuçlara dikkat çektim. Amerika Birleşik Devletleri eski Başkanı George Bush ve General Tommy Franks aleyhine ceza davalarının açılması için yapılan hazırlıklara karşı, ABD’den Belçika’ya yapılan NATO karargahının Belçika’nın başkenti Brüksel’den, Polonya’nın başkenti Varşova’ya taşınması tehdidi veya Sharon’a açılan dava üzerine Belçika’daki Yahudi cemaati tarafından Antwerp Elmas Borsasının bu ülkeden başka bir ülkeye nakledileceği gibi örnekler, evrensel yetki ilkesinin uygulamasında siyasi ve ekonomik sorunlar çıkabileceğini göstermektedir.

⁸¹ Madde. 13, Kanun no: 5237, kabul tarihi: 26 Eylül 2004, yayımlandığı *Resmi Gazete*: 12.10.2004, S. 25611. Ayrıca <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>

Bu örnekler, elbetteki yargılamaya konu olan suç tipleri ve sanıklar açısından bakıldığında dünyanın en büyük siyasi, ekonomik ve askeri gücüne sahip ülkelerine karşı uygulanmasından ortaya çıkmış sonuçlardır. Yoksa daha Evrensel Yetki ilkesi hakkında makalemin başında yer verdiğim alaycı yaklaşımı merceğinden bakıldığında Henry Kissenger'in yapmış olduğu bir Paris seyahati esnasında Şili hükümet darbesinde oynadığı rolü ve bazı Fransız vatandaşlarının bu darbe esnasında öldürülmesi ile ilgili sorulara cevap vermesi için bir mahkeme celbinin kendisine verileceği istihbaratının Amerikan Büyükelçiliği tarafından kendisine bildirilmesi ile alelacele Fransa'yı terk etmek zorunda kalması da oldukça manidardır.⁸²

Yapılan siyasi baskılar, evrensel yetki ilkesini seyrek uygulaması ile pratik bir alandan çıkarıp daha teorik bir alan içerisine sınırlandırırsa da bu ilkenin uygulamasında ki en önemli iki eksiklik devletlerin birbirleriyle karşılıklı hukuki destek konusunda zafiyetlerinin bulunması ve değişik ülke uygulamalarının birbirlerinden farklı özellik göstermesidir. Ulusal ve olağan mahkemeler tarafından uyumlaştırılmış bir evrensel yetki uygulamasının uluslararası ceza hukukunun asil hedeflerini gerçekleştirmekte yani bütün insanlık ailesini yaralayan utanç verici suçlarla savaşta işlenen insanlığa karşı fiillerde oldukça faydalı olacağı şüphesizdir. Fakat bu konuda devletlerin özellikle adil yargılama hakkı, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı gibi genel ilkelerle uyumlu olarak bu yargılamayı yapabilecek siyasi istek sahibi olmaları, bu ilkenin etkin işleyebilmesi için, bir "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu koşulu sağlayacak uluslararası fikir birliği ve uygulama azminin yerleşmesi için gayretlerin sürdürülmesi gerektiği inancını taşımaktayız.

Ancak küçük bir kısmına yer verdiğim evrensel yetki uygulamaları bile, devlet aygıtını her şeyin üzerinde gören antik Egemenlik Nazariyesi'nin 21. yy'da artık mutlak uygulamasının sürdürülemeyeceği gerçeğini göstermesi bakımında dikkate değer bulmalıyız. Diplomatik bağışıklıklara sahip devlet başkanlarının, başbakanların, bakanların, asker ve sivil bürokratların vs. uluslararası konjonktürde bir dönem evrensel yetki ilkesi ile sanık sandalyesine oturtulabilmeleri bile uluslararası hukukun açıldığı yeni ufuklar açısından heyecan vericidir.

Henüz emeklemekte olan bu yeni uluslararası ceza hukuku argümanlarına dünyanın en köklü medeniyetlerinden birinden çıkan hukukçularımızın katacağı oldukça çok şey olduğunu düşünüyorum.

⁸² Rohter, Larry, For Chilian Cop, Kissinger is Numbered Among the Hunted , New York Times, March 28 2002, <http://nucnews.net/nucnews/2002nn/0203nn/020328nn.htm#330>

Fakat bu uygulamaları yapabilmek ve tekrar uluslararası toplumun prestijli aktörlerinden biri olabilmek için ülkemizin ayağının yere sağlam basması gerektiği aşikardır. Dünya piyasaları ile bütünleşmiş, tam işleyen sağlam bir serbest piyasa ekonomisine sahip, insan haklarına saygılı, demokratik kurumlarının oturmuş olduğu bir Türkiye özel konumu ile küresel huzurun sağlanmasında başat rollerden birine soyunmuş olan çok önemli bir ülke olduğunu göstermek zorunda olduğu, inancını taşımaktayız.

Sonuç olarak evrensel yetki ve uluslararası suçlarla ilgili maddelerin yeni Türk Ceza Kanunu'nda modifiye edilmiş olmasının çağdaş dünya ile bütünleşmek isteyen ve dış dünyada insan haklarına saygılı bir Türkiye profili için olumlu bir adım olduğu kanaatindeyiz. Her ne kadar yeni ceza kanunu aceleye getirilmiş bir kanun olsa da uluslararası ceza hukukunun evrensel hükümlerini içermesinin sevindirici bir gelişme olduğu muhakkaktır. Bu yeniliklerin başta hukukçularımız ve insanımızın dünya ile bütünleşmesini daha çok sağlayacağı ve hakkımız olan çağdaş uygarlık seviyesine ulaşacağımız konusundaki inancımı vurgulamak istiyorum.

SOSYAL VE KRİMİNAL BOYUTLARIYLA ORGANİZE SUÇ

Mahmut GÖKPINAR*

GİRİŞ

Sosyal yaşamın çoğu sektöründe tanık olunan küreselleşme modern dünyamızın karakteristiklerinden biri olarak suç alanını da etkilemektedir. Orta Avrupa ve Akdeniz bölgelerindeki suç örgütleri, uyuşturucu, silah, çalıntı araç, insan trafiği alanlarında olduğu kadar suçtan elde ettikleri değerleri uygun alanlara yatırım yapmak üzere işbirliği içindedirler. Bu nedenle ekonomik sistemler, mali pazarlar ve kamu kurumları ile halk, bu küresel suçlu sistemin ekstrem tehdit ve tehlikesi altında bulunmaktadır. Bu gerçek ışığında, hiçbir ülke kendisini organize suçların varlığından soyutlayamaz. (Bileşik kaplar kuramı) Bu bağlamda, bazı ülkelerin kara para aklayarak diğer ülkeler için sorun olabileceği de göz ardı edilmemelidir.¹

Çıkar amaçlı suç örgütleri (Mafya) geride bıraktığımız yüzyılda olduğu gibi, bu yüzyılda da önemli bir toplumsal sorun olma özelliğini koruyacağına benziyor. Çünkü bu tür oluşumları besleyen sosyo-ekonomik sorunlar vardır ve var olamaya da devam edecektir. Sanayi toplumunun sorunları olarak ortaya çıkan bu tür çarpıklıkların giderilmesi kolay olmayacağına göre onun doğurduğu suçların tümüyle ortadan kaldırılması da kolay olmayacaktır. Özellikle işsizlik, çarpık kentleşme ve gelir dağılımındaki dengesizlikler gibi olgular hep işine gelmiştir suç örgütlerinin. Devlet yapısındaki zayıflıklardan ve çürümelerden de yararlanan bu örgütler kimi zaman neredeyse devlet içinde devlet olmuşlardır. İhaleler üzerinde nüfuz ve denetim sahibi olmak, uyuşturucu pazarını elde tutmak, beyaz kadın ticareti ve silah kaçakçılığı gibi konularda söz sahibi olmak başlıca amaç-

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Y.Lisans Öğrencisi.

¹ Yücel, Mustafa, T., "Organize Suç", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1998/3, yıl: 11, s. 106.

ları olmuştur. Kısacası bu örgütler geçmişte ve günümüzde ülkelerin ve ulusların baş ağrısı olma özelliğini sürdürmüşler ve de sürdürmektedirler. Günümüzde konunun önemini anlayan ülkeler özel savaşım yöntemleri oluşturmuşlardır. Batıda bu konudaki savaşımın 80'li yıllarda başladığını görüyoruz. Bir hayli yol aldıkları da kesin bu konuda. Ülkemizde ise bu süreçte siyasal, etnik ve dinsel terörle uğraşan devletin, çıkar amaçlı suç örgütleri ve çetelerle savaşımında oldukça geç kaldığı, günümüzde ekonomiyi çökerten ve bir çok devlet kurumunu işlevsizleştiren yolsuzlukların başlıca nedeninin bu gecikme olduğu ifade edilmektedir.²

I. ORGANİZE SUÇLAR VE ÖZELLİKLERİ

A. Organize Suç Kavramı

A.1. Organize Suçun Tarihi

Organize suçlar, tarihsel kökenleri çok daha geriye uzansa da, modern bir fenomen niteliğindedir. Batı ülkelerindeki adli kuruluşlar ve güvenlik makamları, 1970'li yılların başından itibaren o zamana kadar niteliği tam olarak belirlenemeyen bir suç türüyle mücadele yöntemleri konusunda yeni arayışlara girdiler.

Organize suç terimi, ilk kez 1920'li yıllarda ABD'de sosyal, ekonomik, hukuki ve siyasi açıdan yeni bir fenomeni tanımlamak için kullanılmıştır. 1960'lı yıllardan itibaren ise mafya ve organize suç örgütleri terimleri eş anlamlı olarak kullanılmaya başlanmıştır.³ Bu suçluluğun faileri suç işleme metotlarını sürekli geliştirmekte ve böylece bu konudaki polis kovuşturmasından rahatlıkla kurtulabilmektedirler. Çok gelişmiş bir profesyonellik ve ticarileşme yoluyla işlenen bu suçlar, organize suçluluk olarak adlandırılmaktadırlar.⁴

A.2. Organize Suçun Tanımı

Organize suçun bir tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Ancak bu konuda bütün uzmanların üzerinde hem fikir olduğu ortak bir tanımın üzerinde

² Ünver, M. Naci, *Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Kurmak*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 9.

³ Türk Demokrasi Vakfı, *Demokrasi ve İnsan Hakları Serisi, Terörizm ve Organize Suçlar, Demokrasi Ve İnsan Haklarının Gelişim Sürecine Etkileri*, Ankara 1999, s. 9.

⁴ Sözüer, Adem, "Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 9, s. 1-3, 1995, s. 255.

bu günde tam bir anlaşma sağlanmamıştır.⁵ Mevcut tanımlamaların ortak noktalarını içeren aşağıdaki tanım, organize suçlar kavramı hakkında bir fikir verecektir. Buna göre:

Organize suçluluk, geniş kapsamlı suçların, örgütlü olarak belirli bir plana göre, bir çok kişi tarafından, uzun veya belirsiz bir süreyle, mesleki veya ticari benzeri yasal yapıların kullanılması yada siyaset, basın, kamu yönetimi, yargı ve ekonomi üzerinde etkide bulunulması suretiyle, yasa dışı kazanç ve güç elde edilmesidir.⁶

A.3. Genel Tanımların Eleştirisi

Söz konusu tanımlarda organize suçun yapısal unsurları bütünüyle yansıtılmak istenmiştir, ancak bu tanım, çok belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çünkü bu tanımlamalarda hangi unsurların zorunlu hangilerinin eksik olabileceği belirli değildir. Diğer yandan böyle bir tanımın, organize suçluluğa ilişkin suç tiplerini diğer suçlardan ayırarak ele almaya uygun bir ölçüt ortaya koymadığı da ileri sürülebilir. Böyle bir tanım, hukuk devleti ilkesi açısından da eleştirilebilir.

Bu eleştiri ve tartışmalar nedeniyle organize suçların kesin bir tanımından ziyade, bir yandan bu suçluluk türünün organize yapısı ve ortaya çıkış biçimleri üzerinde durulmakta, diğer yandan hangi suçların organize formda işlendiği tipik durumlar tespit edilmeye çalışılmaktadır.⁷

A.4. Organize Suçun Ölçütleri

Suçlu gurup, devamlılık gösteren organize olmuş kişiler topluluğu olup; güç ve gelir sağlamak üzere yıldırma ve yolsuzluğa başvurmaktadır. Bu bağlamda, suçlu gurubun organize suç olarak belirlenme işleminde yer alan ölçütler başlıca iki grupta toplanabilir.⁸

Zorunlu Ölçütler

Batılı ülkelerde organize olmuş örgütler için aranan kriterler ana başlıklarıyla şunlardır:

⁵ Sözüer, *a.g.m.*, s. 256.

⁶ Türk Demokrasi Vakfı, s. 10.

⁷ Sözüer, *a.g.m.*, s. 256, 257.

⁸ Yücel, *a.g.m.*, s. 1017.

Yasadışı kazanç temin etmek için bir araya gelmiş ve aralarında işbölümümü ilişkisi bulunan hiyerarşik bir yapı;

Suç ile elde edilen bir kazancın olması,
Suç işleme konusunda bir süreklilik olması,
Mevcut organize yapı içinde uygulanan bir yaptırım sistemi,
Şiddet, tehdit vs. yöntemler,
Kamuya veya özel sektöre nüfuz,
Elde edilen kara paranın aklanması,⁹

İhtiyari Ölçütler

Her katılanın belirli bir rolü veya görevi olması,
Uluslararası düzeyde çalışılması,
Ticari veya işletme benzeri örgütler kullanılması,¹⁰

B. Organize Suçun Özellikleri

1. Organize Suçun Karakteristiği

Organize suç kavramının ayırt edici unsuru, organize suç örgütlerinin görünüşte yasal bir çerçeve içerisinde hareket etmeleridir. Yasadışı faaliyetler, yasal çerçevede faaliyet gösteren paravan kuruluşlar vasıtasıyla yürütülmektedir. Bu kuruluşlar, yasadışı faaliyetlerin ortaya çıkmasını engelleyecek mekanizmalar geliştirmiştir. Ayrıca paravan kuruluşlar olarak faaliyet gösteren organize suç örgütleri, hiyerarşik yatay ve dikey örgütlenme modelleriyle, ulusal ve uluslararası pazarlarda birbiriyle bağlantı ağları oluşturmuştur.¹¹

2. Organize Suç Örgütlerinin Yöntemleri

Organize suç örgütleri, çalışmalarında başvurdukları vasıta genelde şiddet olmayıp yolsuzluk ve yıldırma. Yolsuzluk ve yıldırma, kişilere, özel ve kamu kurumlarına karşı işlenmektedir. Şiddet eylemleri kendilerinin açığa vuracağı, kamuoyunda tehlike sinyalleri vereceği ve sonuçta kamu otoritelerini mücadeleye mecbur kılacağından, suç örgütleri şiddete en son

⁹ Ömür, Topaç, "Organize Olmuş Suç Örgütleri İle Yapılabilecek Hukuksal Mücadele Yöntemleri" *Ankara Barosu Dergisi*, 1997/2, s. 70.

¹⁰ Yücel, *a.g.m.*, s. 1067.

¹¹ Türk Demokrasi Vakfı, *a.g.e.*, s. 11.

çare olarak başvurumaktadırlar. Buna karşın yolsuzlukla yaratılan işbirliği ortamı aynı sonuçların daha az riskle elde edilmesini sağlamakta ve kamu kurumlarına yönelik içten bir tehdidin var olmasını sağlamaktadır.

Organize suçlular, genelde uluslararası ağın bir kısmı olarak yüksek derecedeki suçluluk enerjileri ve finansal imkanlarıyla özel ve ticari temasları kullanarak mümkün olduğunca fazlaca illegal kazanç elde etmek ve olabildiğince güçlü olabilmek için faaliyet göstermektedirler. Bu nedenle uluslararası düzeyde faaliyetlerini geliştirmekte olan günümüz organize suç örgütleri fazla gelir getiren her türlü illegal trafik veya işte boy göstermekte; yakalanma riskleri, doğrudan etkilenen mağdurların olmaması veya mağdurların adli makamlar önünde ifade vermekten çekinmeleri nedeniyle düşük olmaktadır.¹²

3. Organize Suç Örgütlerinin İşledikleri Suç Tipleri

Organize suçluluk çerçevesinde işlenen suçlarla belirli hukuki değerlere saldırmaktan ziyade, kazanç elde etme amacı güdülmektedir. Bu nedenle organize suçluluğu yalnızca belli suçların işlenmesi bakımından tanımlamak zordur. Çünkü kazanç sağlamayı mümkün kılan her suç, organize suçluluğun konusu olabilir.

Organize suçluluk çerçevesinde tipik olarak işlenen suçlar bakımından ilk grubu, suç ihbar veya şikayet etmek isteyen mağdur sayısının çok az olduğu ve mağdurların tutkunluğundan yararlandığı, uyuşturucu ticareti, illegal şans oyunları alanındaki suçlar oluşturmaktadır. Aynı şekilde yasak malların temini ve bazı ihtiyaçların giderilmesi için işlenen, silah ticareti, fuhuş, pornografi suçlarını da bu guruba dahil edebiliriz. Devleti ve büyük ticari işletmeleri zarara uğratan fiiller ise bu konudaki ikinci grubu oluşturmaktadır. Böylelikle organize suçlar çerçevesinde aşağıdaki suçların tipik olduğu genel kabul görmektedir. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

İllegal uyuşturucu madde ticareti,
 İllegal silah ticareti,
 Kıymetli evrak sahtekarlığı,
 Altın kaçakçılığı,
 Tarihi eser kaçakçılığı,
 Sermaye yatırım dolandırıcılığı,
 Kara para aklama,

¹² Yücel, *a.g.m*, s. 1065, 1069, 1070.

İhale ve kredi yolsuzlukları,
Ödeme araçlarının kötüye kullanımı ve sahtekarlığı.¹³

4. Organize Suçların Tezahür Tipleri

Organize suçluluk çerçevesinde, organize oluş biçimine göre farklı derecelendirmeler ve kademeler yapılabilir. Bu bakımdan en alt kademe-
de çete suçlarının varlığına şahit olunmaktadır. Orta derecede organize
suçluluk ise, sağlam, düzenli planlama ve stabil bir yapı göstermektedir.
Ağır organize suçluluk ise, mafya benzeri organizasyonlar olup, bunlar
ekonomik güç yanında siyasal gücüde elde etmeyi amaçlamaktadırlar.

Belirtmek gerekir ki organize suçluluk dar anlamda öncelikle sosyal-
psikolojik bir fenomen olarak ortaya çıkmaktadır. Organize suçluluğun
bizatihi sosyal bir kurum olarak çıktığı yerlerde, yani politik- ekonomik
toplumsal koşulların kötüleştiği durumlarda buna paralel olarak aşırı güç
kazandığı gözlemlenmiştir.¹⁴

5. Her Biraraya Geliş Organize Suçluluk Mudur?

Organize suçluluk kazanç ve güç sağlamak için fonksiyonel iş bölü-
mü ve hiyerarşik bir düzen içinde faaliyet gösteren faillerden oluşan bir
yapılanma içindedir.

Stratejik ve taktik planlar çerçevesinde, rasyonel bir hareket tarzına
göre suç işleyen organizasyon üyeleri, genellikle çeşitli suçlar bakımından
uzmanlaşmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki her suç organizasyonu aynı
biçimde katı bir hiyerarşik yapı içinde olmayabilir. Bazı organizasyonlar
daha gevşek bir yapılanma içinde örgütlenebilir. Ayrıca bir takım faillerin
suç işlemek için bir araya gelmeleri her zaman için organize suçluluğun
varlığını göstermez. Bu bakımdan, dikkat edilecek husus, organizasyonun
illegal kazanç elde etmek amacı gütmesi, devamlı bir biçimde ve hukuka
aykırı bu amacın gerçekleştirilmesinin bir hayat tarzı haline getirerek, katı
veya gevşek bir hiyerarşik yapı içinde sürekli olarak suç işlenmesidir.¹⁵

C. Organize Suçluluğun Nedenleri

Organize suç örgütlerinin varlığı karşısında bu gün için önemli olan
bu örgütlerin nasıl suç işledikleri ve onları organize olmaya götüren temel

¹³ Sözüer, *a.g.m.*, s. 261.

¹⁴ Sözüer, *a.g.m.*, s. 258.

¹⁵ Sözüer, *a.g.m.*, s. 259.

nedenlerin neler olduğudur. Sorun diğer bir anlatımla, bu düşmanın çok iyi tanınmasıdır. Hiç kuşkusuz ulusal veya uluslararasına ilişkin olarak yapılacak bu saptamaların güncelleştirilmesi de gerekmektedir. Nedenler bağlamında, mal ve hizmetlerin yasaklandığı, karşılanmadığı zaman ve yörelerde, bu gereksinmelerin karşılanması için organize suçlara ancak kuvvetli bir talep olduğunda (ABD’de içki yasağı/Türkiye de yargı yoluyla alacağın tahsilatı geciktiği zaman) başvurulduğunun görülmekte olduğu belirtilmektedir (arz ve talep kanunu.)

Genelde organize suç nedenleri arz ve talep yönündeki faktörler olarak ikiye ayrılabilir. Talep yönü a) legal kaynaklı, b) illegal kaynaklı mal ve hizmetlere olan talepleri kapsamaktadır. Legal mal/hizmetler arasında yabancı ülkelerden gelen çalıntı lüks vasıtalar ve yüksek fiyattaki eşyalar ile senet-çek tahsilatı; illegal mal ve hizmetlerde ise uyuşturucu madde, silah, kumar ve fuhuş yer almaktadır. Arz yönündeki faktörler ise, ülke sınırlarında kontrol, etkili yargılama, tanıkları koruma ile kapital akışı veya finansal kurumlarında düzenleme sağlayamama örneklerinde olduğu gibi organize suç tahrir eder nitelikteki “yokluklar”dan ibarettir.¹⁶

1. Mafyanın Yükseldiği Toplum Yapısı

Mafya, toplumsal, ekonomik, politik ilişkilerin ayakta kalmasında belli işlevlere sahiptir. Amerikalı sosyolog Robert K. Merton’ un ünlü cümlesi şöyledir. “Resmi yapıların işlevsel yetersizlikleri, mevcut ihtiyaçlara etkin bir şekilde yanıt vermek için alternatif (resmi olmayan) yapıları ortaya çıkarmıştır. Tipik olan, ekonomik büyümenin çalkantılı yürüdüğü ve devletin, bu yüzden ortaya çıkan problemlere karşı mücadelede yetersiz kalabildiği toplumsal koşullarda mafyanın etkili olmaya başlamasıdır. Mafya, bu tür problemleri kısa vadede çözme iddiası ile ortaya çıkar. Bir yandan ortaya çıkan tekil sorunları çözerken, diğer yandan kazançlarının devamı için mevcut problemlerin devamından yanadır. Çünkü problemlerin varlığı onun kazanç kapısıdır. Bu nedenden dolayı mafya uzun bir zaman dilimi içinde ele alındığında daima tutucudur ve sorunların köklü çözümüne de karşıdır. Bu aynı zamanda ahlaki bir sorundur. Organize suçlar, suç işlemeye eğilimli insanların var olduğu koşullarda ortaya çıkar.”¹⁷

¹⁶ Yücel, a.g.m., s. 1068.

¹⁷ Bovenk, Frank - Yeşilgöz, Yücel, *Türkiye’nin Mafyası*, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 54.

2. Toplumsal ve Yasal Koşular Karşısında Mafyanın Gelişim Seyri

Dünyanın hemen her yerinde mafya benzeri, kriminal sektörde faaliyet gösteren, suç örgütleri oluşmuştur. Yapılan bir çok araştırmaya göre İngiltere’de suç örgütlerinin ABD ile karşılaştırıldığında çok az sayıda ve görece etkili olamamasının nedeni, mafyanın en yaygın faaliyet alanı olan kumar sektörünün İngiltere’de yasal olarak faaliyet göstermesidir. İngiltere’de kumarhanelerin yasal ve devlet kontrolünde faaliyet göstermesi, suç örgütlerinin oluşmasına mani bir etmendir. ABD’de suç örgütlerinin güç kazanması ve yaygınlaşması 1917 yılında ABD Anayasası’nın alkollü içki üretimini ve nakliyesini yasaklaması ile başlamıştır. Bu yasağın uygulanması ile pek çok suç örgütü oluşurken, İngiltere’de böyle bir yasaklama getirilmemiş, alkolle mücadele için bira fiyatları ucuzlatılmıştır. ABD 20. yy.ın başında en çok göç edilen ülke iken, İngiltere’ye göç çok az ve kontrollü olmuştur. Farklı kültürlerden gelenlerin kaynaşması ABD’de uzun zaman almış ve suç örgütlerinin önemli rol oynadığı çatışmalar yakın tarihe kadar süre gelmiştir. Bazı gözlemcilere göre, günümüzde, ABD’de örgütlü suçlarda yerel mafyanın rolü giderek azalmış, yerini Güney Amerika kökenli suç örgütleri almıştır. Bu gelişmeye yol açan etmenlerden biri, farklı kültürlerden gelenlerin, özellikle Sicilyalı azınlıkların ABD toplumu ile kaynaşması, diğeri de mafyanın kolayca elaman bulmasını sağlayan koşulların ortadan kalkmaya başlamasıdır.¹⁸

3. Sosyo-Politik Nedenler

Organize suça, yer altı ekonomisine yol açan nedenlerin sosyo-politik nedenlerin başında kentleşme gelir. Kentleşme bir yandan sosyal düzenin oluşmasına mani olurken, diğeryandan anonim kalabilmenin koşullarını hazırlamaktadır. Kentleşme aynı zamanda toplumsal değişime de yol açar. Kentleşmeye yol açan en önemli faktör ise hızlı nüfus artışıdır.¹⁹

4. Ekonomik Nedenler

Organize suçun nedenlerin başında ekonomik nedenlerle uygulamaya sokulmuş olan yasaklar gelir. Ayrıca işsizlik ve gelir dağılımı bozukluğu da mafyaya neden olan önemli unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır.²⁰

¹⁸ Özsoylu, A. Fazıl, *Yeraltı Ekonomisi*, Akçağ Yayınları, Ankara 1999, s. 9, 10.

¹⁹ Özsoylu, a.g.e., s. 14.

²⁰ Özsoylu, a.g.m., s. 34.

5. Kamu Otoritelerinin Yetersizliklerinden Kaynaklanan Nedenler

Yer altı ekonomisinde oluşan yüksek kar marjları, tüm akıcı davranan ve risk seven bireyler için çekici olabilmektedir. Ancak yakalanma olasılığı ve yasal yaptırımlar caydırıcı unsurlar olarak ortaya çıkmaktadırlar. Başka bir ifade ile; bireyin (oluşan örgütlerin) yer altı ekonomisinden beklediği çıkar, zamanını ve kaynaklarını kullanarak yasal faaliyetlerden beklediği çıkardan fazla ise yer altı ekonomisi faaliyetleri (hırsızlık, kaçakçılık, tefecilik, rüşvet) gerçekleşecektir. Gerçekleşmemesi için yakalanma olasılığının yüksek ve cezaların ise şiddetli olması gerekir. Yakalanma olasılığı ve cezaların şiddeti doğrudan kamu otoritesi ile ilgilidir.²¹

D. Uluslararası Dünyada Organize Suç

Organize suç bir yandan hukuk devletini tahrip ederken, diğer yandan da özgürlükçü demokrasilerin imkanlarından yararlanmaktadır. Ülkelerarası serbest dolaşımın artması, gümrüklerin liberalleştirilmesi enformasyon ve seyahat imkanlarının gelişimi buna örnek olarak gösterilebilir.

Organize suçların milli ekonomiler üzerindeki zararlı etkileri de çok büyüktür. Örneğin; Almanya'daki zarar 1990 yılında yaklaşık yüz seksen sekiz milyar mark dolayında tahmin edilmektedir. Organize suçun sürekli profesyonelleşmesi ve enternasyonalleşmesi, bu suçluluğun çoğulcu bir toplumdaki güçler dengesini maniple etmesine ve buna karşı mücadele eden güçlerin etkisizleştirilebilmesi yeni arayışları ortaya koymaktadır ki bunların başında da uluslararası işbirliği gelmektedir.²²

1. Soğuk Savaş Sonrası Organize Suçların Gelişim Seyri

Soğuk savaşın bitimiyle birlikte, organize suçlar içinde yeni bir dönem başlamıştır. Globalleşen sorun, yetersiz düzeyde kalan bazı uluslararası anlaşmalar ve demokratik hukuk devletlerinin aldıkları tedbirlere rağmen büyümeye devam etmiştir.

Bu iki tehdit soğuk savaş sonrasında da daha belirgin bir nitelik kazanmıştır. Uyuşturucu kaçakçılığı, terör örgütlerinin silah satın almak için finansman sağlama ve kara para aklama operasyonlarında kullandıkları yöntemler arasında yer almıştır.

²¹ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 48.

²² Sözüer, *a.g.m.*, s. 263.

Soğuk Savaş sonrası dönemde ülkeler arası ekonomik sınırlar giderek kalkmış, ekonomik bağımlılık ilişkileri gelişmiştir. 1989-1990'da ki demokratik devrimler ile doğu bloğundaki kapalı kumanda ekonomileri serbest piyasa ekonomisine geçerek dünya ekonomik sistemine açılmıştır. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin eski sosyalist ülkelerinin yeniden yapılanma sürecinde kaynak bulma güçlükleri ile karşılaşmaları, bu ülkeleri yabancı sermaye girişlerine mümkün olduğunca az güçlük çıkarma yoluna itmiştir. Söz konusu ülkelerin organize suçlar konusundaki mevzuatlarının yetersizliği ve ekonomik sistemlerinin serbest piyasa ekonomisine geçişte yeniden yapılanma sürecinde bulunması terör ve organize suç örgütlerinin istismar ettikleri bir ortam yaratmıştır. Böylece organize suç örgütleri terörizm-uyuşturucu madde trafiği-büyük mafya zinciri oluşmuştur.²³

3. Batı'da Organize Suç

a. Danimarka: Bu ülkede özellikle uyuşturucu suçlarındaki artış dikkat çekicidir. 1975-1981 yılları arasında uyuşturucu suçları beş kat artmış ve bu yıldan sonra her yıl Danimarka'da 1400 civarına ağır uyuşturucu suçları işlendiği tespit edilmiştir. Son yıllarda yargı alanında yapılan değişiklikler ile azalma görülmektedir.

b. İngiltere: İngiltere'de organize suçlar bakımında terörizm, uyuşturucu madde ticareti, organize dolandırıcılık ve sahtecilik sanat eseri ve antika kaçakçılığı, kara para aklama suçları dikkat çekmektedir. Organize suçla mücadelede özel polis birlikleri oluşturulmuş ve özellikle istihbarat örgütünün iyileştirilmesi için NCIU adı altında oluşturulan birim organize suçlarla ilgili bütün bilgileri toplamaktadır.

c. Yunanistan: Yunanistan'da organize suçluluk özellikle terörizm, uyuşturucu madde kaçakçılığı izinsiz silah ticareti ekonomik suçlar, orman tahribi suçları antika eşya kaçakçılığı alanlarında ortaya çıkmaktadır. Yunanistan'da yer altı ekonomisinin artması nedeniyle 1993 yılında çıkarılan bir kanun ile kara para aklanması suç haline getirilmiş, özellikle vergi kaçakçılığının önlenmesi çeşitli kanunlar yapılmış, ayrıca borsa ile ilgili yeni suç tipleri oluşturulmuştur.

d. İtalya: İtalya organize suçluluğun bütün siyasal ve ekonomik sistemi önemli ölçüde etkilediği ülkelerden biridir. Bu nedenledir ki bu ülkede organize suçlulukla mücadeleyi yalnız kovuşturma makamları yoluyla değil, bütün toplu kesimleri aracılığıyla yürütmek çabasıdadır.²⁴

²³ Türk Demokrasi Vakfı, *a.g.m.*, s. 92, 93.

²⁴ Sözüer, *a.g.m.*, s. 264, 265.

İtalya'da mafya tipi kültür yapılarında bireylerin kişisel güç ve kudretleri rekabet halindeki birey ve aile gruplarına verilen onur derecesinin belirlenmesinde her şeyden daha dolaysız ve açık bir etkiye sahipti. Onur dağılımının belirlenmesinde ne doğum nede kurumsal etkenler belirleyici idi. İnsan doğuştan onur sahibi olmaz, onur, herkese açık rekabet ortamında kazanılırdı. Mafya kültürü diğer kültürlerden, düşmanca yüzleşmelerin doğal görülmesi ve her olayda kendini göstermesiyle ayrılmaktaydı. Balolar, festivaller, uzak yolculuklar statü ve saygınlığın değerlendirileceği esaslı fırsatlar arasındaydı.²⁵

E. Türkiyede Organize Suç

1. Tarihi

Ülkemizde mafya Dünyadaki benzer örgütlerden farklılık göstermektedir. Tarihsel süreç içerisinde incelendiğinde Türk mafyasının özünü kırsal kesimde eşkıyalık, kentlerde ise külhanbeylik ve kabadayılık oluşturmaktadır. Kırsal alanda faaliyet gösteren eşkıyaların büyük bölümü devletle, devlet baskısı altında kalan yoksul halkın arasında tampon oluşturmuşlar hatta bir kısmı kahraman olmuşlardır. Buna karşılık kentlerde kaba dayılar suç üreten ortamlarda sözü geçen kişiler olarak ortaya çıkmışlardır. Bölgelerinde her şey onlardan sorulur olmuş ve örgütlü olmaktan çok bireysel hüviyetleri ile ön plana çıkmışlardır. Şehir kabadayılarını etkinlikleri kentleşme süreci ile son bulmuş, yerini kısmen daha organize ve daha geniş alanda faaliyet gösteren babalara bırakmışlardır.²⁶

2. Gelişim Seyri

1950'li yıllar değişen ekonomi politikaları ile bir çok alanda yasadışı kazanç alanları oluşturmuştur. Bu dönemde babalar, öncelikle taşradan gelen yeni zenginlerin taleplerini karşılamak üzere eğlence sektöründe faaliyet göstermişlerdir. Ayrıca ağırlıklı olarak haraç, gizli kumar, kadın ve küçük çapta da olsa uyuşturucu önemli rol oynamıştır. Ayrıca döviz kaçakçılığı ve klasik iş alanları olan çay bahçeleri işletmeciliği, meyve halleri ve ulaşım diğer faaliyet alanlarını oluşturmuştur. Bu süreç 1960'ların sonuna kadar sürmüştür.

²⁵ Arlacchi, Pino, *Mafya Ahlakı ve Kapitalizm Ruhu*, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 27.

²⁶ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 10, 11.

1960'ların sonlarına doğru siyasette yaşanan hareketlilik suç dünyasına da yansımıştır. 68 gençlik hareketlerinin Türkiye'yi etkilemesi sonucunda farklı siyasi görüşlerin silahlı çatışmaya girmesiyle Türk mafyası için yeni bir alan ortaya çıkmıştır. Silah kaçakçılığı, Siyasi kutuplaşmaların ortaya çıkardığı siyasi örgütlenmelerin silah gereksinimleri, dönemin ünlü babaları tarafından organize edilen suç örgütleri tarafından karşılanmıştır. 70'li yılların Türk mafyası için diğer önemli gelir kaynağı ise elektronik eşya ve silah kaçakçılığıdır.

1980'li yıllar Türkiye'de ki mafya açısından çok önemli değişimler yol açmıştır. Özellikle 1983 yıllarından sonra Türk mafyası için en önemli kazanç kapısı döviz, sigara, elektronik alet kaçakçılığı uygulanan ekonomi politikaları nedeni ile önlenirken, yeni alanlar açılış uyuşturucu ve silah kaçakçılığının yanı sıra altın kaçakçılığı, hayali ihracat ve çek senet tahsilatı işleri önem kazanmıştır.²⁷

3. Mafya mı, Çete mi?

Ülkemizde mafya; her şeyde olduğu gibi batılı anlamda organize görüntüsünden uzak; daha çok Türkiye'ye özgü, bizatihi devlet bürokrasisi ve uzun yıllar gümrük duvarları ile korunmuş ve devlet ihaleleri ile zengin olmuş iş adamları tarafından yaratılmıştır. Özellikle 90'lı yıllarda eski ideolojik kökenli sabıkalarının devreye girmesiyle, geleneksel Türkiye'ye özgü babalık kurumunun sarsıldığı, bu nedenle Türkiye'deki suç örgütlerini çete olarak değerlendirmenin daha doğru olacağı belirtilmektedir.²⁸

Mafya ile çete arasındaki en önemli fark yapılanma şekilleri ve faaliyet alanlarında yatmaktadır. Mafya da gizlilik esas iken, çeteler özellikle çete reisi gücünü ispatlamak için ortalıkta görünmek zorundadır. Mafya daha çok silah ve uyuşturucu kaçakçılığı ile uğraşırken, çeteler sistemdeki tıkanıklıktan doğan ranttan pay almak peşindedir. Türkiye'de son yıllarda çetelerin en önemli faaliyet alanları arazi, çek-senet, kumar otopark eğlence yerleri, haraç, tefecilik, plaka alanlarında yoğunlaşmaktadır. Mafya gerek ulusal gerekse uluslararası zeminde ortak bir beyin ve stratejiye sahip iken çeteler bu büyük pastadan sadece dilim alma peşindedirler. Bu nedenle çeteleri mafya taşeronları olarak değerlendirmek mümkündür denmektedir.²⁹

²⁷ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 11, 12.

²⁸ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 12.

²⁹ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 12, 13.

4. Türkiye’de Organize Suçların Mevcut Durumu

Ülkemizde organize suçlulukla mücadele, güvenlik kuruluşları içindeki farklı birimlerin kendi inisiyatifleri ile sürdürdükleri ve zaman zamanda olumlu sonuçlar alınan tarzda yıllardan beri devam etmiştir. Son yıllarda gerek teknolojik gerekse ekonomik alanındaki gelişmeler paralelinde, ülkemizdeki organize suç örgütleri de bu yeniliklere ayak uydurmak suretiyle faaliyet alanlarını genişletmeye ve organize yapılarında da değişiklik yapmak yoluna gitmişlerdir .

Ülkemizde turizm, inşaat, arazi , ihaleler oto kiralama at yarışları, dernekler, vakıflar, şirketler ve otel sektöründe boy gösteren organize suç örgütleri; çek-senet, haraç alma karaborsa, arazi yolsuzluğu, otopark, kara para aklama, silah ve mühimmat kaçakçılığı, fidye karşılığı adam kaçırma silahla yaralama, para karşılığı cinayet, şantaj suçlarında faaliyetlerini gösterme çabasındadırlar.

İstanbul başta olmak üzere gelişmekte olan illerimizde görülen suç guruplarının, haksız kazançlarının bir kısmını yardım adı altında dağıtmak suretiyle kamu oyunda sempatik görünmeye çalışarak, legal alana kaymak istedikleri ve böylelikle giremedikleri ve açamadıkları pek çok kapıyı iş adamı sıfatıyla açmaya çalıştıkları görülmektedir.

Mevcut yasalarımızda bu konuda özel bir düzenlemenin olmaması nedeniyle caydırıcı nitelikte bir cezalandırma yapılamadığı ve kamu vicdanını da rahatsız eden bu durumun özellikle örf, adet, gelenekler ve görenekler gibi ilişkilerin ön planda olduğu ülkemizde, olumsuz adli sicili bulunan ve ekonomik sıkıntı içinde bulunan bir takım insanların bu örgütlere katılmasına sebep olduğu ifade edilmektedir.³⁰

5. Türkiye’deki Organize Suç Örgütlerinin Karakteristik Özellikleri

Ülkemizde organize suçluluk kriminolojik olmakla birlikte, sosyolojik bir görünümde arz etmektedir. Örf, adet, gelenek görenek gibi sosyal unsurların yoğun olarak yaşandığı ülkemizde; suç organizasyonlarını tespiti yapılan klasik özellikleri aşağıda sıralanmıştır

Suç organizasyonunun yapısı bir şirket, holding yapısına daha çok benzemektedir.

Suçü üstlenmek örgütte kalmanın en önemli unsurlarındandır.

³⁰ Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 99, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, s. 73.

Güvenlik kuvvetlerine yönelik her hangi bir eylemleri yoktur. Bu psikolojik tesire müsait önemli bir taktiktir. Ancak gerektiğinde çekinmezler

Sürekli olarak arsa alımı, şirketlere ortak olma ihalelere katılma gibi legal görüntülü faaliyetlerde bulunurlar.

Devlet mekanizmasındaki pek çok unsuru kullanmak yada aracılık yapmak, yapılanmanın en büyük özelliğidir.

Sabıkalı olmak, cezaevi görmek gibi vasıflar hiyerarşik yapının gereğidir.

Sicili temiz kişiler vasıtasıyla şirketler kurarak kara para aklama yöntemine başvururlar. Vakıflar kurarak yardım görüntüsünde zorla para toplarlar.

Örgütün genişlemesinde hemşericilik önemli bir yer tutar.

Mal varlıkları genellikle başkalarını üzerine kayıtlıdır.³¹

6. Türkiye’de Mafya Çeşitleri

Mafya kavramı Türkiye’de yalnız uyuşturucu ticaretiyle sınırlı olarak değil, yasadışı faaliyetlerin değişik türleri içinde kullanılmaktadır. Türkiye’de vatandaşların pek çoğunun günlük yaşantısında uyuşturucu ticaretinin önemli bir yeri yoktur, ama aynı insanlar gece kondu, çek-senet veya park mafyası gibi suç örgütleriyle öyle yada böyle yüz yüze gelmişlerdir. Ülkemizde görülen belli başlı mafya tipleri şunlardır:

a. Çek Senet Mafyası

Çek-senet mafyası, şiddet kullanımı ve tehdit yoluyla alacak tahsil eden özel ve yasadışı para tahsil bürolarının, Türkçe de kullanılan karşılığıdır. Pratikte tek tek bireyler ya da girişimciler, devlet kurumlarının onların pazar mekanizmasındaki ihtiyaçlarına yavaş ve hantal kaldıkları için ortaya çıkmakta olduğuna işaret edilmektedir.³²

b. İhale Mafyası

İhale mafyası özellikle devlet dairelerinin yeni bina ve yol yapımı ihalelerinin almak isteyen müteahhitler için çalışmakta olduğu, bu tür ihalelere

³¹ Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 99, a.g.e., s. 74, 75.

³² Bovenrk - Yeşilgöz, a.g.e., s. 46.

ilgi duyan rakip firmaların Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yayınlarına göre "atletik" yapılı kimi kişilerin ziyaretleri sonucunda korkularak ihaleden çekilmek zorunda bırakıldıkları, eğer ihaleden çekilmezlerse tehdit, kaçırma, şantaj hatta öldürmenin gündeme geldiği belirtilmektedir. İhaleye ilgi duyan diğer rakip firmalar çekildikten sonra geriye kalan firma çok yüksek bir bedel karşılığında ihaleyi almaktadır.

c. Gecekondu Mafyası

80'li yıllarda toplumun değişik alanlarında görülen dengesiz ekonomik gelişme, devlet kurumları tarafından kontrol edilemedi. Bu dönemde birbirleriyle de ilişkileri olan çok sayıda mafya ortaya çıktı. Hızlı şehirleşme konut sıkıntısını da beraberinde getirmişti Büyük kentlerin çevresindeki boş yerleşim alanları bu sıkıntıyı giderilmesi için kullanılmaya başladı Buda gece kondu mafyasının oluşmasını sağladı. Aslında gece kondu mafyası 60'lı yıllardan beri mevcuttu. Bu mafya kırsal kesimden şehirlere göç eden kalacak yeri ve evi olmayan insanlara "bir gecede ev inşa etme" işini düzenliyor. İstanbul Mimarlar Odası Başkanı, yalnızca gece kondu yapımın değil aslında tüm İstanbul'un mafyanın elinde olduğunu söylüyordu denmektedir.³³

d. Arazi Mafyası

Asıl sahipleri öldürülen veya yurt dışına kaçmaya zorlanan boş arazilerin satışı da bir suç gurubunu oluşturmaktadır. 1915 yılında Ermenilerin tehcirinden sonra sahipsiz kalan geniş ve boş arazilerin, yeraltı dünyasının önde gelenleri tarafından kapatıldığı, Kıbrıs krizinin patlak vermesi üzerine 1960'lı yıllarda göç den Rumların arazilerinin üzerinde de benzer durumların ortaya çıktığı belirtilmektedir.³⁴

e. Kaçak İşçi Mafyası

Kaçak işçi ticareti de -ki şu an Avrupa polisinin öncelikle önem verdiği bir suçtur- uluslararası organize suçların ve Türk mafyasının faaliyet alanı içerisindedir. Seralarda veya Türk konfeksiyon atölyelerinde kaçak olarak çalışan insanlar sadece kendiliğinden kişisel bir girişimin sonucu olarak orada bulunmamaktadır. Sahte pasaportların hazırlanışında, Avrupa'ya gelişe kadar tüm işlemler suç gurupları tarafından düzenlenir. Avrupa'ya

³³ Bovenrk - Yeşilgöz, *a.g.e.*, s. 48.

³⁴ Bovernk - Yeşilgöz, *a.g.e.*, s. 49.

getirilen kaçak işçiler daha sonra işverenlere ucuz iş gücü olarak teslim edilirler denmektedir.³⁵

f. Otopark Mafyası

Şehirlerde mahalleler ve caddelerin değişik guruplar arasında paylaşmış olduğu, arabasını rast gele bir yere park eden bir kişinin, bir park kahyasının, arabasını korunması karşılığında kendisinden para istemesinin gündelik yaşamın bir parçası olduğu belirtilmektedir. Kim kahyaya parasını vermese arabasının hasar göreceğini unutmamalıdır.³⁶

7. Ekonomi - Adalet - Mafya Üçgeni

Özellikle kriz zamanlarında şirketler ve kişiler borçlarını zamanında ödeyemediklerinden, alacaklıları paralar enflasyondan dolayı ciddi değer kaybına uğramaktadır. Bu durumda alacaklılar ne yapacaklardır. Tabi ki ilk akla gelen alacaklının mahkemeye başvurmasıdır. Bunun pratikte çok büyük bir anlamı yoktur denmektedir. Çünkü çoğu kez mahkemelerden sonuç almak yıllar almaktadır. Kimi zaman en basit davalarda dahi durum böyledir. Borcunu zamanında ödemeyen ya da karşılıksız çek yazan müşteriden alacağın tahsil edilmesi aylara hatta yıllara mal olmaktadır. Borçların tahsil edilmesi Türk mafyası için büyük çaplı bir iş olmuştur.³⁷

8. Türkiye’de Organize Suçun Nedenleri

a. Hızlı Nüfus Artışı

Türkiye’de nüfus hızlı bir artış göstermektedir. Türkiye’de her reform hareketinin ve kalkınma çabalarının kazanımlarını ortadan kaldıran hızlı nüfus artışıdır. Hızlı nüfus artışı bireylerin refahtan daha büyük pay almasını ve ekonomik değişim sürecinin daha hızlı gelişmesini önlemekte, sürdürülebilir kalkınma çabalarını zorlaştırmakta, konut, sağlık ve alt yapıya olan ihtiyacı artırmaktadır. Türkiye, her ne kadar yüksek büyüme hızları kaydetse de artan nüfusa iş yaratamamaktadır. Bu durum işsiz olanların her işi yapabilecek duruma düşmesine diğer yandan da devletin kamu kesinde yapay olarak istihdam oluşturmaya neden olmaktadır. Bu durumda da kamu çalışanlarının ücretleri düşük olmaktadır. Görevlilerin düşük

³⁵ Bovernk - Yeşilgöz, *a.g.e.*, s. 48.

³⁶ Bovernk - Yeşilgöz, *a.g.e.*, s. 51.

³⁷ Bovernk - Yeşilgöz, *a.g.e.*, s. 50.

maaşları ile geçinememeleri, gelirlerini artırmak amacı ile çeşitli yollara başvurmalarına neden olmakta ve enformel sektör başta olmak üzere yer altı ekonomisine neden olabilmektedir. Kamu hizmetlerinin artan nüfus karşısında yeterli olmaması nedeni ile hizmetten kimin yararlanacağını, iltimas, rüşvet, adam kayırma, zor kullanma gibi yoz yöntemlerin belirlenmesine ve dolayısıyla yeraltı ekonomisine neden olabilmektedir.³⁸

b. Kentleşme

Kentleşme; sanayileşme ve ekonomik gelişmeye bağlı olarak kent sayısının artması ve halen var olan kentlerin büyümesi sonucunu doğuran, toplum yapısında artan oranda örgütlenme, iş bölümü ve uzmanlaşma oluşturan, insan davranış ve ilişkilerinde kentlere özgü değişiklikler yol açan süreç şeklinde tanımlanmaktadır. Türkiye'deki kentleşme hareketini Batı'daki benzerlerinden ayırır. Şöyle ki Batı'da kentleşme kalkınma ile birlikte yürümüştür. Oysa Türkiye'deki ekonomik büyüme hızı her zaman kentleşme hızından düşük olmuştur.

Kentleşmenin özellikle de çarpık kentleşmenin neden olduğu, mafya ve benzerlerine yol açan toplumsal ayrışmanın unsurları şöyle özetlenebilir: Hızlı nüfus artışı, nüfusun yoğunlaşması ve ekonomik faaliyetlerin çeşitlenmesi etnik, mezhepsel ve sınıfsal farklılaşmayı artırmış ve özellikle de kentsel çevre mekanlarda, gece kondular da nüfusun heterojenleşme sürecini hızlandırmıştır. Böylece aynı yörede oturan aileler farklı farklı mezhepler içinde farklı cemaatler, değişik meslek grupları ve toplumsal tabakalara ayrılmış durumdadır. Kendilerine benzer durumda bulduklarıyla yakın ilişki içinde olan aileler etnik grup, dini inanç etrafında kümelenerek içeride dayanışmacı dışarıya karşı ise ayrımcı bir davranış sergilemektedirler. Bu heterojenleşme başka etmenler ile birleşince çatışmaya ve suça, özellikle de organize suça neden olabilmektedir.³⁹

c. Toplumsal Değişim

Türkiye geleneksel bir toplum olmaktan çıkan ve hızla sanayi toplumu haline gelen bir ülkedir. Bu süreçte geleneksel toplum yapısında bazı değişikliklerin olması ve bu değişimin toplumun tüm katmanlarında ve dolayısıyla toplumsal yaşamı belirleyen bütün yapılarda kendini göstermesi kaçınılmazdır. Toplumların hızla değiştiği dönemlerde ahlak kuralları hızla sarsılmaya başlar. Hızlı değişim sürecindeki bu toplumlarda yaşanan

³⁸ Bovernk - Yeşilgöz, *a.g.e.*, s. 46, 47.

³⁹ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 15, 16, 17.

bu gelişme, ahlak kurallarının iki kategoride sınıflandırılmasını gerektirir. Toplumun örf ve adetleri, değer yargıları ve normlarından kaynaklanan ve resmen kabul edilen, yasalarla zorunlu kılınan, eğitim ve toplumsallaşma yoluyla empoze edilen resmi ahlak; ve hızla değişen toplumsal ve ekonomik şartlarla aynı hızda ilerleyen resmi olmayan ahlak.

Bir toplumda aynı anda resmi ve resmi olmayan gibi iki farklı ahlak anlayışının olması ve bunlar arasındaki çelişkiler ahlaki yozlaşmanın en önemli göstergesidir. Eğer bir toplum hızla değişiyor, toplumda kaynaklar ve fırsatlar eşit olarak dağılmıyor ise kriminal sektörleri engelleyeceği düşünülen ahlak normları geçerliliğini yitirir.⁴⁰

d. Eğitim

Bireye bilgi ve beceri kazandırma, bireyin topluma uyumunu sağlama süreci olarak tanımlanan eğitim ile bireylerin refah düzeylerini artırmaları arasında sıkı bir ilişki vardır.

Eğitilmiş toplumlarda suç oranını düşeceği genel kanıdır. Suç oranını, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak eğitim düzeyinin bireyin gelirinin yükseltmesi sonucunda suç işlemenin alternatif maliyeti yükselmektedir. Birey suç işleyip mahkûm olması durumunda çalıştığı işten ayrı kalması gelirini ortadan kaldıracığı için suç işlemeyecektir. İkinci olarak okula devam etme bireyin kötü çevrelerle ilişkisini kesebileceği gibi aynı zamanda uygun bir disiplin altında ahlaki gelişimlerine de katkıda bulunur. ABD’de yapılan araştırmalarda çocuklar arasındaki suçluluğun okula devam etmeyen çocuklar arasında çıktığı ve okulun tatil olduğu dönemlerde çocuklar arası suçluluğun arttığını ortaya koymuştur. Öğrencilerin ilgi ve yeteneklerini dikkate almayan, ezberci, yetenekleri körelten, sürekli bir yarışma gerginliği altında tutan sınav sistemi, bilimsel olmayan eğitim programları Türkiye’de suça mani olamamaktadır denemektedir.⁴¹

e. Yasaklar

Piyasada bir takım mallar yasaklanmış olabilir. Yasaklanmış mallar için normal piyasa arz ve talebi geçerlidir. Ancak yasaklar bu malların arzını dışsal faktörlere bağlı hale getirir. Bu malların alım satımı yüksek fiyat ve kar marjları ile gerçekleşir. Neticede bu yüksek karlar bir çokları için cazip olabilir ve suça zemin oluşturur.⁴²

⁴⁰ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 17, 18, 20, 23.

⁴¹ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 26, 27, 28.

⁴² Özsoylu, *a.g.e.*, s. 29, 30, 32, 34.

f . İşsizlik

Türkiye’de işsizliğe neden olan en önemli faktör nüfusun iş olanaklarından fazla artması, sınırlı sayıda nitelikli işgücüne istihdam olanaklarının sağlanmasıdır. İşsizlik ve yeraltı ekonomisi arasındaki ilişki çok uzun zamandan beri tartışılmaktadır. Günümüzde işsizlikle yeraltı ekonomisi arasında doğrudan ilişki kurulamamaktadır. Ancak işsizlerin daha çok zamanlarının olması ve gelir elde edememeleri nedeniyle suça daha yatkın oldukları da kabul edilmektedir. Ancak çok sayıdaki işsiz suç işlememek hatta çocuklarını da suçtan korumak için özel çaba gösterdikleri bilinmektedir. Bu nedenlerle işsizlikle bağlantılı bir takım sosyal etmenlerin varlığı suça etkili olmaktadır.⁴³

g. Gelir Dağılımındaki Bozukluk

Bir ülkede gelirlerin dağılımı, o ülkenin gelişmişlik düzeyi, toplumun sosyal ve idari yapısı hakkında bir fikir vermektedir. Türkiye gelir dağılımının adil olmadığı bir ülkedir. Hatta çok kötü olduğu da iddia edilebilir. Aslında genel kanı gelir dağılımı bozukluğu ile suç arasında doğrudan bir ilişki kurulamayacağıdır. Yoksulluk tek başına bir suç etmeni değildir. Ancak gelir dağılımının bozukluğu bazı sosyal gelişmelere yol açmaktadır. Türkiye örneğinde olduğu gibi en zengin ile en fakir arasındaki 10-11 katlık fark, bunun yanı sıra sermaye sahibinin sürekli rant elde edebiliyor olması, toplumda suçu engelleyebilecek normların bozulmasına neden olmuştur.

Bölgeler arası dengesizlik uçuruma dönüşünce, bu dengesizlik sosyal huzursuzluk, işsizlik ve göçe yol açmaktadır. Göçün nedeni ekonomik olunca da sonuçları olumsuz olmakta ve yeraltı ekonomisi, suçluluk aradığı zemini bulabilmektedir. Yeni göç edenlerin şehirlerin sefalet bölgelerinde oturmak zorunda kalmaları, ana babaların çalışmak zorunda olmaları nedeni ile çocuklarının ihtiyaçlarını madden ve manen giderememekte buda suça zemin hazırlamaktadır. Aynı şekilde içki, uyuşturucu ile gerçek yaşamla temas kesilmektedir. Böylelikle yoksulluk, suç olan yaşam tarzı ile devamlı temas halindedir. Bu nedenle gelir dağılımı bozukluğu ve yoksulluk bireysel farklılıkların oluşmasına etki ederek suçluluğa, yeraltı ekonomisine neden olmaktadır.⁴⁴

⁴³ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 36.

⁴⁴ Özsoylu, *a.g.e.*, s. 40, 41.

ORGANİZE SUÇLULUKLA MÜCADELEDE ÖNERİLER

Organize suçluluğun yapısal özellikleri ve doğurduğu tehlike sonucunda, pek çok ülkede bu suçlulukla klasik suçlarla mücadele yöntemleriyle başa çıkılamayacağı anlaşılmış, bu alanda yeni önlemler alınmıştır. Ülkemizde bu suçlulukla mücadelede aşağıdaki önlemler alınmaya başlanmalıdır.

- “Kara para aklama” suç tipi düzenlenmelidir. Bu gerçeği göz önüne alan kanun koyucu, 4208 sayılı Kara Paranın Önlenmesi Hakkındaki Kanun’u ihdas etmiş, kara para ve kara para aklama kavramlarını düzenlemiştir. Söz konusu kanun, bu konuda çıkarılmış ilk yasal düzenlemedir. Yeni TCK da “Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama” başlıklı 282. madde ile kara para aklama suçu yeniden düzenlenmiştir.⁴⁵

- Organize suçla mücadelenin gereği hakkında yerli ve yabancı kamuoyu aydınlatılmalıdır.

- Bu suçlarla ilgili bilgilerin tek elde toplanabileceği merkezler oluşturulmalıdır.

- Mücadeleyi tek elden yönetecek merkezi birimler oluşturulmalıdır.

- Mücadele için özel birimler oluşturulmalıdır.

- İtirafçı, tanık koruma programları hakkında yeni düzenlemeler yapılmalıdır.⁴⁶

SONUÇ

Organize suçları işleyenler, serbest piyasa ekonomisinin sağladığı imkanlardan yararlanan, yasal çerçevede faaliyet gösteren iş adamları gibi davranmaktadırlar. Yasadışı faaliyetler paravan kuruluşlar aracılığıyla sürdürülmektedir. Organize suç örgütleri aralarında küresel bir ağ oluşturmuşlardır. Ulusal ve uluslararası sosyo-ekonomik yapılar organize suçluluğun zeminin oluşturmakta, onu sürekli beslemektedir.

Organize suçlar bir yandan hukuk devletini tahrip ederken, diğer yandan demokrasilerin imkanlarını istismar etmektedir. Yasadışı yollardan elde edilen finansman politik sisteme, basına, kamu yönetimine nüfuz edilmesinde, onların yönlendirilmesinde bir güç unsuru olarak kullanılmaktadırlar.

⁴⁵ Coşkun, Neslihan, “Kara Para Aklama” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 21, Sonbahar 2004, s. 202.

⁴⁶ Özsoylu, a.g.e., s. 42, 46.

Organize suç grupları sivil toplum içinde yasa dışı bir ekonomik- siyasi güç odağı oldukları için, demokrasiler açısından büyük bir sorun olmaktadır. Organize suç örgütlerinin ekonomik güç odağı haline gelmeleri, demokratik hukuk devletinde güçler dengesini yönlendirebilme imkânını yaratmış, İtalya’da olduğu gibi demokratik hukuk devletinin onlara yönelik verdiği mücadeleyi zorlaştırmıştır.⁴⁷

KAYNAKÇA

- Arlacchi, Pino, *Mafya Ahlakı ve Kapitalizm Ruhu*, İletişim Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2000.
- Bovenrk, Frank - Yeşilgöz, Yücel, *Türkiye'nin Mafyası*, İletişim Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2000.
- Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 99*, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı.
- Coşkun, Neslihan, “Kara Para Aklama”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004.
- Sözer, Adem, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 9, S. 1-3, 1995.
- Ömür, Topaç, “Organize Olmuş Suç Örgütleri ile Yapılabilecek Hukuksal Mücadele Yöntemleri” *Ankara Barosu Dergisi*, 1997/2.
- Özsoylu, A. Fazıl, *Yeraltı Ekonomisi*, Akçağ Yayınları, Ankara 1999, s. 9.
- Türk Demokrasi Vakfı, *Demokrasi ve İnsan Hakları Serisi, Terörizm ve Organize Suçlar*, *Demokrasi Ve İnsan Haklarının Gelişim Sürecine Etkileri*, Ankara 1999.
- Ünver, M. Naci, *Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Kurmak*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Yücel, M. Tören, “Organize Suç”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1998/3, yıl: 11.

⁴⁷ Sözüer, a.g.m., s. 270, 271.

CEZA YARGILAMASINDA BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK “TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ”

Hakan A. YAVUZ*

GİRİŞ

Bilim ve teknolojinin hızlı gelişim süreciyle birlikte ortaya çıkan yeni imkanlar, yaşamın her alanında büyük çaplı değişikliklere neden olmaktadır. Bu değişikliklerin bir sonucu olarak ortaya çıkan yeni kavramlar, yeni suçlar, yeni suçlular ceza ve ceza yargılaması hukukunda bir takım düzenlemeler yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu zorunluluğun bir sonucu olarak, bazı temel insan haklarının sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Biz bu çalışmada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin, bir ceza yargılaması tedbiri olarak denetlenmesi hususunda yapılan yeni yasal düzenlemeyi inceleyeceğiz.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenmiştir. Önceki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nda bu tedbire ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı.¹ Ancak 1999 yılında çıkarılan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK)'nda, sınırlı bir düzenleme öngörülmüştü.² Karşılaştırmalı hukukta ise bu tedbir İngiltere'de 1985,³ İtalya'da 1988, Almanya'da 1968,⁴ Avusturya'da 1974,

* Adli Yargı Ankara hakim adayı, GÜ Sosyal Bil. Ens. Kamu Hukuku ABD doktora öğrencisi.

¹ 1999 yılına kadarki uygulamada, söz konusu tedbir el koyma kapsamında değerlendirilip, kısmen uygulanabiliyordu. Ancak konuyla ilgili açık bir yasal düzenleme bulunmadığı için, bu yolla elde edilen delillerin hukuka uygunlukları gerek doktrinde gerekse uygulamada ciddi tartışmalara sebep oluyordu.

² ÇASÖMK'daki düzenlemeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Şafak, Ali, *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Ankara 2003, s. 92 vd.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdoğan, Ali, “İngiliz Teknik Dinleme Mevzuatı (İngiliz ...)”, *Polis Dergisi*, Yıl: 8, S. 30 (Ocak-Şubat-Mart 2002), s. 2-4.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdoğan, Ali, “Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları (Alman ve Fransız ...)”, *Polis Dergisi*, Yıl: 8, s. 32 (Temmuz-Ağustos-Eylül 2002), s. 14-16.

Fransa'da 1991, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1994⁵ yılında yapılan düzenlemelerle yasal bir zemine oturtulmuştur.⁶

Telekomünikasyon kelimesi, İngilizce'de bulunan "telecommunication" kelimesinin Türkçeleşmesi sonucu dilimize girmiş bir kelimedir. Kelimenin sözlük anlamı, elektromanyetik sistemlerle haber, bilgi, resim vb. şeylerin yayılması ve alınmasıdır.⁷ Telekomünikasyon yoluyla iletişim günümüzde, daha çok telefon, telsiz ve internet vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Kanun koyucu tedbirin düzenlendiği 135. maddenin gerekçesinde, bu tedbirin kapsamının iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve iletişimin kayda alınması şeklinde olduğunu belirtmiştir. Buna göre: "İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir".⁸

Biz bu çalışmada, söz konusu tedbire ilişkin eski ve yeni mevzuatta bulunan düzenlemeleri, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerini de dikkate alarak incelemeye çalışacağız. Çalışma altı ana başlıktan oluşmaktadır. İlk bölümde tedbire ilişkin yasal düzenleme, ikinci bölümde tedbirin amacı, üçüncü ve dördüncü bölümlerde, tedbirin uygulanabileceği suçlar ve tedbirin şartları, beşinci bölümde ise ilgiliye haber verme yükümlülüğü ve tazminat ve nihayet son bölümde tesadüfen elde edilen deliller konusu incelenecektir. Sonuç kısmında ise çalışmada ele alınan hususların genel bir değerlendirmesi yapılacak, görüş ve temennilerimiz sunulacaktır.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özdoğan, Ali, "Amerikan Telekomünikasyon Şirketlerinin Kolluk Kuvvetlerine Yardımı Kanunu (Calea)" http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/29/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005), s. 1; Özdoğan, Ali, "Amerikan Teknik Dinleme Mevzuatı (Amerikan ...)", http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/28/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005), s. 1.

⁶ Erdem, M., Ruhan, "5271 sayılı CMK'da Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sayılı CMK' da ...)", [ww.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr) (20.02.2005), s. 1.

⁷ Bkz., Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, Ankara 2001, s. 1286; Kelimenin yeni Türkçe ifadesi uzakla iletişim anlamına gelen: "uziletişim" dir.

⁸ Bkz., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. madde gerekçesi. www.tbmm.gov.tr (10.01.2005).

I. Yasal Düzenleme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birinci kitabında, koruma tedbirlerinin düzenlendiği dördüncü kısmın beşinci bölümünde, 135-140. maddeler bünyesinde ceza yargılamasında bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Dinlenmesi Tedbiri*", halen yürürlükte olan CMUK'ta düzenlenen bir koruma tedbiri değildir. Ancak 1999 yılında kabul edilen 4422 sayılı ÇASÖMK'nın 2. maddesindeki düzenleme bu konudaki ihtiyacı karşılamak amacıyla getirilen bir düzenleme idi.⁹ Söz konusu düzenleme, ancak bu Kanun'da öngörülen suç tiplerinin varlığı halinde uygulama alanı olan bir düzenlemedir. CMK'da öngörülen düzenleme ise bu düzenlemeye göre daha kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenlemedir. CMK'nın 135. maddesi söz konusu tedbirin temel esaslarını şu şekilde düzenlemiştir:

⁹ İletişimin Dinlenmesi veya Tespiti başlığını taşıyan 2. madde şu şekildedir:

"Bu Kanun'da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kişilerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır.

İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.

Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez.

Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Dinleme veya tespiti veya kayıtların incelenmesine hakim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hakim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmi dört saat içinde hakim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısı'nın tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir.

Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşlarında görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan, dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır".

*“İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması**Madde 135.*

1. Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal hakim onayına sunar ve hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

2. Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi, kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.

3. 1. fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

4. Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, kullanılan mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

5. Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

6. Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80),

2. Kasten öldürme (m. 81, 82, 83),

3. İşkence (m. 94, 95),

4. Cinsel saldırı (1. fıkra hariç, m. 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (m. 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188),

7. Parada sahtecilik (m. 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2, 7ve 8.fıkralar hariç, m. 220),

9. İhaleye fesat karıştırma (m. 235),

10. Rüşvet (m. 252),

11. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282),

12. Silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315),

13. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları.

c. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

7. Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz."

CMK, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 18. maddesine göre, CMK ile benzer hükümler içeren bir yasa olan ÇASÖMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılacaktır. Öte yandan, yine 1 Nisan 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı TCK'nın 137. vd. maddelerinde bu düzenlemenin tamamlayıcısı olarak değerlendirilebileceğimiz, haberleşme özgürlüğüne yönelik hukuka aykırı müdahalelere karşı bir takım yaptırımlar öngörülmektedir.

II. Düzenlemenin Amacı

Suç işleyen kişiler, suç işleyebilmek ve işlenen suça ait izleri silmek için teknolojinin sunduğu telekomünikasyon araçlarından yararlanmaktadırlar. Bu sebeple, amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi denetlenebilmesi normaldir.¹⁰

¹⁰ Kaymaz, Seydi, "Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi", İBD, C. 70, S. 1-12 (1996), s. 796.

Ancak bu işlem, keyfi uygulamalara yol açabilecek ve bu yönüyle, temel bir insan hakkı olan, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetini ihlal edebilecek bir mahiyettedir. İşte bu sebeple, söz konusu tedbirin uygulanması kesin çizgilerle belirlenmiş, açık ve net kurallar çerçevesinde yapılmalıdır. Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti ancak çok istisnai durumlarda ihlal edilebilmeli ve bu ihlal demokratik toplumun gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkını düzenlediği 8. maddesine göre "*Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi, demokratik bir toplumda ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunda düzenlenmesi şartıyla mümkün olabilir.*"¹¹ Benzer bir düzenleme TC Anayasası'nın 22. maddesinde de bulunmaktadır.¹² İşte bütün bu esaslar çerçevesinde her geçen gün gelişmekte olan iletişim araçlarının ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla denetlenmesine ilişkin tedbirlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve şartlarının ortaya konulması gerekliliği doğmuştur. Bu doğrultuda CMK ile getirilen düzenleme esasen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin verdiği kararlarda ortaya koyulan ilkeler doğrultusunda yapılmıştır. Söz konusu kararlardan bazıları şunlardır: Malone-Birleşik Krallık, Huvig-Fransa, Kruslin-Fransa, Klass-Almanya, Leander-İsveç ve Lüdi-İsviçre kararlarıdır.¹³ Bu konuda AİHM'nin genel olarak haberleşmenin denetlenmesine ilişkin bazı ilkeler ortaya koyduğu

¹¹ Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz., Tezcan, D. - Erdem, M. R. - Sancakdar, Oğuz, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, 452; Ayrıca Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca orijinal metinleri için bkz., <http://www.echr.coe.int/>

¹² Anayasa'nın ilgili maddesindeki istisnai durumlardan birisi olarak "suç işlenmesinin önlenmesi" amacına yer verilmiştir. CMK'daki düzenleme ise işlenen suçlarla ilgili bir düzenleme öngörmüştür. Bu bağlamda, CMK'daki bu farklı düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği yönündeki düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü işlenen bir suçla ilgili olarak uygulanabilen bir tedbir, aynı zamanda yeni suçların işlenmesinin önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Kaldı ki, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla haberleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirilebilecekken, işlenmiş bir suça ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bu özgürlüğün sınırlanması sonucunu doğuran bir koruma tedbirine başvurulamaması düşünülemez. Söz konusu görüş için bkz., Kaplan, Arif, "CMK'ya İlişkin Eleştiriler", *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Yıl 1, S. 9, Ankara 2005, s. 46.

¹³ Kararların İngilizce metinleri için bkz., Jacob, Francis G. - White, Robin C. A., *The European Convention On Human Rights*, 2'nd Edition, Clarendon Press, Oxford 1996.

Klass ve diğerleri-Almanya kararı üzerinde durmak yerinde olacaktır.¹⁴ Mahkeme, bu konuda yapılacak yasal düzenlemeye ışık tutabilecek bazı ilkeler saptamıştır. Buna göre;

1. Söz konusu yasal düzenlemenin özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi haklarına karışma niteliği taşıdığı açıktır. Anca asıl sorun karışmanın haklı ve gerekli olup olmadığıdır. Bu noktada uygulanacak kriter ise gizli denetlemenin ancak demokratik kurumların korunması amacı ile zorunlu olmasıdır. Bu aynı zamanda oranlılık ilkesinin bir gereğidir. Yani yasalarla ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik olarak getirilen sınırlamalar ancak bu amaca ulaşmak için benimsenen araçların demokratik bir toplum için zorunlu olup olmamasına bağlı olarak meşruiyet kazanır.

2. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen düzenleme temel bir hakka istisna getirdiğinden dar yorumlanmalıdır. Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine, Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir. O halde demokratik bir toplumda istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasalar bir zorunluluktur.

3. Bununla birlikte devletlere tanınan bu olanak sınırsız değildir. Zira demokrasiyi savunma gerekçesiyle çıkarılan ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan böyle bir yasa, demokrasinin sarsılması hatta yıkılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. O halde devletler kendilerince uygun görülen her önlemi alamazlar. Haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren bir sistem bunların kötüye kullanılmasına karşı da yeterli güvenceleri getirmelidir. Bu güvenceler de ancak müdahalenin hukuka uygun olarak yapılması durumunda sağlanabilir. Bu doğrultuda her bir ferdi izleme önleminin Yasa'da belirtilen kesin koşullara ve usullere uygun olarak yapılması gerekir.

4. Söz konusu tedbirin uygulanmasında hangi sistem benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması gerekir. Bu amaçla tedbire, sadece gerekçeli ve yazılı bir başvuru üzerine karar verilebilir ve böyle bir başvuru, belirli teşkilatların sadece

¹⁴ Kararın Türkçe metni için bkz., Doğru, Osman, *İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)*, C. I, Ankara 2003, s. 246-267; Gözübüyük, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Seçme Özetler", *İHMD*, Ocak 1995, C. III, S. 1, s. 35 vd.; Ayrıca benzer bir karar için bkz., Selçuk, Engin (çev.), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ve Özel Hayatın Gizliliği, Telefonların Dinlenmesi, Prado Bugallo-İspanya Davası", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl: 1, S. 3, Temmuz- Eylül 2004, s. 240 vd.

başkanları veya vekilleri tarafından yapılmalıdır. Tedbir ancak belirli bir süre içinde uygulanabilir ve tedbirin hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olması gerekir.

5. Tedbire maruz kalan kişiler belli şartlar oluştuğunda, tedbirin amacını tehlikeye sokmayacak bir biçimde haberdar edilmelidir.¹⁵

Türkiye, Sözleşme'ye taraf devletlerden birisi olarak AİHM'nin bu ve buna benzer kararlarında saptanan ilkeler doğrultusunda bir düzenleme yapma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. İşte bu amaçla önce 1999 yılında ÇASÖMK'da bir düzenleme yapılmış ancak, CMUK'ta herhangi bir düzenleme yapılamamıştır. İşte bu amaçla yeni CMK'da bu tedbirle ilgili ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Öte yandan, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, bir ceza muhakemesi tedbiri olarak uygulanabildiği gibi, idari-istihbari amaçlarla da kullanılabilir. İdari olarak yapılan bu uygulamalar herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın yapıldığından hukuka aykırı işlemlerdir. AİHM kararlarında bu amaçla yapılan denetlemelerin de ayrıntılı yasal düzenlemelere muhtaç olduğu vurgulanmaktadır. Türkiye'de ise böyle bir düzenleme henüz mevcut bulunmadığından, koruma tedbiri olarak yapılan denetlemeler dışındaki işlemler hukuki dayanaktan yoksundurlar.

Halen yürürlükte bulunan ÇASÖMK'da bulunan düzenlemeler, bu tedbirin ancak Kanun'da zikredilen örgütlü suçlar bakımından uygulanabileceğini öngörmektedir. Yeni düzenleme ise bu tedbirin, örgütlü suçlarla birlikte, adam öldürmeden rüşvete kadar bir çok suç tipi için uygulanabileceğini öngörmektedir. Ancak söz konusu tedbir esasen örgütlü suçlar bakımından ihtiyaç duyulan bir koruma tedbiridir. Son zamanlarda genel olarak dünyada ve özellikle bazı gelişmiş ülkelerde yaşanan ekonomik ve sosyal değişimler ceza hukuku açısından önemli etkiler doğurmaktadır. Özellikle organize suçluluğun tüm dünyayı etkilemesi ve boyutlarının uluslararası niteliğe kavuşması sonucu, suçun önlenmesi için uluslararası ekonomik ve sosyal düzenin yeni bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.¹⁶ Bütün dünya ülkelerini ilgilendiren ve devletlerde çürümeye yol açan çıkar amaçlı suç örgütlerinin sebep olduğu problemler nedeniyle,

¹⁵ Doğru, İHAMİ, s. 257 vd.; Öztürk, Bahri, *Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 5271 sayılı CMK, Tasarı'nın 107. Madde Açıklaması*, www.adale-t.gov.tr-02.02.2005.

¹⁶ Yenisey, Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", *AB Hukuk Kurultayı 2000*, C. II, s. 103.

organize nitelikteki suçlulukta birleşme boyutu önemli bir özellik olarak ön plana çıkmıştır. Kriminolojik açıdan organize suçlulukta bu teşekkül durumunun, tehlikelilik halinin büyüklüğü sadece karmaşık yapılarına ve organizasyonlarının etkili olmasına bağlı değildir. Zira her şeyden önce, organize suç tipi birleşmelere özelliğini veren, bunları çok sıkı gruplar haline getiren ve neredeyse içine girilmez kılan “ideolojik” ve “kültürel” nitelikteki bağlardır.¹⁷ İşte organize suç örgütlerinin bu karmaşık özellikleri, bazen bu tedbirlere başvurulmaksızın maddi gerçeğe ulaşmayı imkansız kılmaktadır. Bu tedbire ilişkin yeni CMK ile getirilen düzenlemeler genel olarak ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet edecektir.

III. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi konusunda karşılaştırmalı hukukta üç farklı anlayış bulunmaktadır. Bunlar;

1. Belirli suçları içeren bir suç katalogu oluşturarak bu fiillerden dolayı denetleme,¹⁸
2. Failin işlediği suç nazara alınarak verilmesi muhtemel cezaya göre denetleme,¹⁹
3. Fillin ağırlığına bakılarak denetleme.²⁰

¹⁷ Plazzo, Francesco, “Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı”, (Çev. Ümit Kocaşakal), *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996), s. 819.

¹⁸ Bu anlayış, Almanya, ABD ve Hollanda’da hakimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Gökçen, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma, Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Yayınları, No: 49, Ankara 1994, s. 189; Erdem, M. Ruhan, *Gizli Soruşturma Tedbirleri (Gizli ...)*, Seçkin Y., Ankara 2001, s. 309; Özdoğan, *Alman ve Fransız ...*, s. 1; Özdoğan, *Amerikan ...*, s. 1.

¹⁹ Gökçen, *a.g.e.*, s. 190; Erdem, M., Ruhan, *Gizli ... , a.g.e.*, s. 309 vd.; Örneğin; Fransız hukukunda adli dinleme, en az iki yıl hapsi müstelzim suçların soruşturulması için öngörülmüştür; Özdoğan, *Alman ve Fransız ...*, s. 1; Benzer anlayış 1999 CMUK Tasarısı’nda da benimsenmiş ve Tasarı’nın 103. maddesinde tedbirin “iki yıl veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı” cezalar için uygulanacağı şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. (Bkz., Dönmezer, Sulhi - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı CMUK ve 1999 Tasarısı*, Alkım Yayınları, İstanbul 1999, s. 360); Ayrıca CMK 2003 hükümet tasarısında tedbirin uygulanabileceği suçlar ayrı ayrı belirtilmemiş, beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler için uygulanabileceği öngörülmüş idi; Türkiye Barolar Birliği’nin hazırladığı Tasarı’da ise “suçun kanunda öngörülen cezasının alt sınırının yedi yıldan çok hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren hallerde” bu tedbirin uygulanabileceği öngörülmüştür. (Bkz., CMK Tasarısı 108. madde, www.tbb.org.tr - 20.08.2004).

²⁰ Bu anlayış İngiltere ve İsviçre’de hakimdir. Gökçen, *a.g.e.*, s. 190; Özdoğan, *İngiliz ...*, s. 2.

CMK'daki düzenlemeye göre ise bu tedbire başvurulabilmesi için, maddede yazılan suçlardan birisi ile ilgili bir soruşturmanın yapılıyor olması ve bunlardan birinin işlendiğine dair kuvvetli bir şüphenin bulunması gerekmektedir. ÇASÖMK'da yapılan düzenlemeyle karşılaştırıldığında, yeni düzenlemede tedbirin uygulanabileceği suç tiplerinin daha fazla olduğu görülmektedir. ÇASÖMK'ya göre bu tedbirin, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanunu'nun 403, 404 ve 406. maddelerinde yer alan uyuşturucu suçlarının işenmesi durumunda uygulanabileceği öngörülmüyordu.²¹ Oysa yeni düzenleme bu suçlarla birlikte, adam öldürme, işkence, cinsel saldırı, rüşvet gibi çok farklı suç tiplerini de bu kapsam içerisine almıştır.²² Ayrıca ÇASÖMK'da belirtilen suçların ancak teşekkül halinde işlenmesi durumunda bu tedbirin uygulanabileceği öngörülürken, CMK'da yapılan düzenleme, tedbirin bu şart aranmaksızın maddede belirtilen bütün suç tipleri hakkında uygulanabileceği yönündedir. Öte yandan maddede sayılan suç tiplerinin teşebbüs halinde kalması veya iştirak halinde işlenmesi durumu söz konusu olduğunda, bu durumlar suçun özel görünüş biçimlerinden olduğundan tedbirin uygulanmasında bir duraksama yaşanmayacak ancak söz konusu suçların hazırlık aşamalarında bu tedbire başvurulması, listede özel olarak belirtilmediğinden mümkün olmayacaktır.²³

IV. Tedbirin Uygulanma Şartları

1. Kuvvetli Şüphe

Tedbire başvurulabilmesi için suça ilişkin "kuvvetli şüphe" şartı aranmaktadır. Ancak bu kavramın içeriğine girmeden önce bir hususa değinmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki, 135. maddenin ilk cümlesi şu şekilde başlamaktadır: "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda ...". Soruşturma, CMUK'taki hazırlık soruşturması evresine karşılık gelmektedir. Zira CMK'nın 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturma şu şekilde tanımlanmıştır: "Soruşturma: Kanun'a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi", Kovuşturma ise: İddianamenin

²¹ Düzenlemenin eleştirisi için bkz., Erdem, M., Ruhan, Gizli ... , s. 315; Sözüer, Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İÜHFİM 1997, Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, S. 3, s. 64.

²² Karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri için bkz., Erdem, M., Ruhan, Gizli ..., s. 308 vd.

²³ Erdem, 5271 sayılı CMK'da ..., s. 3; Eryılmaz, M., Bedri, "Kolluğun Yetkileri Açısından CMUK ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri", ABD, Yıl: 57, S. 2000/1, s. 83 vd.

kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ..., ifade eder." Kanun koyucu 135. maddede, kovuşturma evresinden bahsetmemiş, yalnızca soruşturma ifadesini kullanmıştır. Bu da, suçun kovuşturma evresinde bu tedbirin uygulanamayacağı anlamına gelmektedir ki, bu durum düzenlemenin genel yapısıyla çelişmektedir. Çünkü bu maddede tedbire, "sanık" ve "şüpheli" sıfatını taşıyan kişiler hakkında başvurulabileceği öngörülmüştür. Oysa çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de değinileceği gibi, soruşturma aşamasında kişiler "şüpheli" sıfatını taşırlar, şüpheli kişiler hakkında kovuşturma başlatıldığı anda ise "sanık" sıfatını alırlar. Bu yüzden, düzenlemenin ilk cümlesinin "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda ..." şeklinde değiştirilerek bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

CMK' da koruma tedbirlerine başvurulması için farklı düzeylerde şüphe halleri öngörülmüştür. Örneğin; arama ve el koymada, "makul şüphe"den bahsedilirken, tutuklama, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemede ise, "kuvvetli şüphe"nin varlığı aranmıştır. Bu farklı yaklaşım, koruma tedbirlerinin kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına yol açan özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bundan ötürü kanun koyucu farklı tedbirler bakımından şüphenin derecelendirilmesi yoluna gitmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini düzenleyen 135. maddeye göre, bu tedbire başvurulabilmesinin ön şartı, "suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe"nin varlığıdır. Söz konusu suç, yukarıda açıkladığımız gibi herhangi bir suç değil, listede sayılan suçlardan birisi olmalıdır. Şüphe ise basit nitelikte bir şüphe değil "kuvvetli şüphe" niteliğinde olmalıdır. ÇASÖMK' da, CMK' dan farklı olarak bu tedbire ancak, "kuvvetli belirtilerin" varlığı durumunda başvurulabileceği belirtilmekteydi.²⁴ Kuvvetli şüphenin hangi durumlarda söz konusu olacağına ilişkin gerek kanunda gerekse kanunun gerekçesinde açık bir ifade bulunmamaktadır.²⁵ Bir görüşe göre, tedbire başvurabilmek için şüphelenilen kişi hakkında daha önce yapılan

²⁴ Doktrinde "kuvvetli belirti" deyimini "kuvvetli şüphe" olarak anlaşılmıştır. Bkz., Centel, Nur, *Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Tutuklama*, İstanbul 1992, s. 39; Kunter, N. - Yenisey, F., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Kitap, 12. Baskı, Beta Y., İstanbul 2003, s. 676.

²⁵ ÇASÖMK'nın ilk hazırlanan 1995 Tasarısı'nın 2/2. maddesinde bu konuda bir tanımlama yoluna gidilmiş idi. Buna göre: "Birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasa dışı bir menfaati korumak amacı ile hareket etmeleri veya benzeri eylemlerden dolayı evvelce kovuşturulmuş bulunmaları gibi hallerde makul kuşku var sayılır." Bkz., Yenisey, Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", *AB Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000, C. II, Ankara 2000, s. 118; Ayrıca tasarının bu maddesi ile ilgili eleştiriler için bkz., Sözüer, a.g.m., 86; Erdem, M. Ruhan - Özbek, V. Özer, "4422 Sayılı ÇASÖMK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 278 vd.

araştırmalardan elde edilmiş bulunan somut verilere göre veya bu kişinin söz konusu suçlar bakımından korunan hukuki yararları ihlal eden suçlarla ilişkilerini ortaya koyabilecek nitelikteki belirtilerin, vakıaların mevcut bulunduğu dair ihtimal kuvvetli ise, suç şüphesinin yoğunluğu şartı gerçekleşmiş kabul edilir.²⁶ Yani şüphe, fiili olgulara dayanmak ve hayatın olağan akışı içerisinde basit şüpheden fazlasını ortaya çıkarmaya yetecek şekilde somutlaşmış, müşahhaslaşmış olmalıdır.²⁷ Ancak her halde şüphelyi oluşturan delil ve belirtilerin, sanığın mahkum edilmesine olanak sağlayacak nitelikte olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde bu tedbire başvurma gereğinin kalmayacağı açıktır.²⁸

Kuvvetli şüpheden anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunun, hukuk devletinin gerekleri ve ceza yargılaması hukukunun temel ilkeleri doğrultusuna, gerek doktrindeki görüşler ve gerekse yargı kararları doğrultusunda netleşeceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan özellikle bu tedbirin uygulamasını gerçekleştirecek kimselerin, keyfi uygulamalara yol açmayacak şekilde, somut olayın şartlarına göre azami dikkat ve özeni göstererek hareket etmeleri zorunludur.

2. Tedbirin İstisnai Nitelikli Olması

Tedbirin istisnai nitelikli olması, kanunda belirtilen suçlara ilişkin delillere ulaşmanın başka yol ve yöntemlerle mümkün olmadığı durumlarda uygulanabilen bir yöntem olması anlamına gelmektedir. Karşılaştırmalı hukukta “*son çare prensibi*” olarak anılan şart hemen hemen bütün ülkelerin mevzuatında bulunan bir ilkedir.²⁹

CMK'nın 135. maddesine göre bu tedbire, “*başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda*” başvurulabilecektir. Yani suçları kovuşturmakla yükümlü organlar, kanunda belirtilen bir suçun faillerinin belirlenmesini, suçun delillerini veya faillerin suç yeri olarak kullandıkları

²⁶ Cihan, Erol - Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Y., İstanbul 1997, s. 285.

²⁷ Kunter- Yenisey, *a.g.e.*, s. 640.

²⁸ Erdem, M. Ruhan, *5271 Sayılı CMK'da ...*, s. 3.

²⁹ Özdoğan, Ali, *İngiliz ...*, s. 2; *Alman ve Fransız ...*, s. 1. Amerika'da son çare ilkesi ayrıntılı bir düzelemeye tabi tutulmuştur. Şöyle ki, son çare prensibinin açıklandığı düzenlemeye göre, teknik dinleme, bir tahkikat yöntemi olarak kullanılmadan önce şu kanaatlerden en az birisine sahip olunmalıdır: •Diğer tahkikat yöntemleri kullanılmış ve istenilen netice elde edilememiştir. •Diğer tahkikat yöntemlerinin kullanılması durumunda istenilen netice elde edilemeyecektir. •Diğer tahkikat yöntemleri denenemeyecek kadar tehlikelidir; Özdoğan, *Amerikan ...*, s. 1;

mahalleri başka türlü tespit edemedikleri ve delilleri ortaya çıkarmakta çıkmaza girdiklerinde, bu tedbire başvurabileceklerdir.³⁰ Bu tedbirin uygulanabilmesi için, “klasik tedbirler” diyebileceğimiz, arama, ifade alma, el koyma ve benzeri tedbirlerin olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi bakımından hiçbir başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek gayretin, elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi şarttır.³¹ Çünkü klasik tedbirlerden farklı olan bu tedbir, kötüye kullanılma tehlikesi yüksek olan ve temel hak ve özgürlükler açısından daha ağır bir müdahale oluşturan bir tedbirdir.³² Bununla birlikte, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine karar vermeden önce diğer bir tedbire başvurulmuş ve bundan sonuç alınmamış olması gerekmez; bunlara başvurulduğunda sonuç alınmayacağı konusunda bir beklentinin varlığı³³ veya diğerlerinin denenmesi durumunda çok ciddi tehlikelerin ortaya çıkabileceği ihtimali varsa, bu tedbire başvurulması mümkün olacaktır.

Yeni CMK’da klasik tedbirlerle birlikte, doktrinde gizli soruşturma tedbirleri olarak bilinen bu tedbirin yanında, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine de yer verilmiştir. Klasik tedbirlerden farklı özellikleri ve şartları olan bu tedbirler arasında bir öncelik sonralık ilişkisinin bulunup bulunmadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, uygulayıcılar hangi tedbir, hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturuyor ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında daha etkin görünüyorsa o tedbiri uygulamalıdır. Ancak bu durum gerektiğinde her üç tedbire ya da ikisine birden başvurulmasını engellememelidir.³⁴ Öte yandan klasik tedbirlere başvurulması, şüpheli veya sanık açısından daha olumsuz etkiler doğurabilir. Menfaatlerin dengelenmesi teorisi kapsamında, yürütülen hazırlık soruşturmasının kapsamı ile, bireyin temel hakları karşılaştırıldığında, birinci durumu esaslı şekilde ağır basarsa, bu tedbire başvurulabilecektir.³⁵

3. Tedbirin Orantılı Olması

135. maddede bu tedbire ilişkin olarak “orantılılık” ilkesiyle ilgili olarak açık bir ifade kullanılmamıştır. Ancak bir önceki başlıkta incelediğimiz husus bu ilkeyle de ilgilidir. Bununla birlikte, “koruma tedbirleri nedeniyle

³⁰ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Alfa Y., İstanbul 1996, s. 401.

³¹ Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, 640.

³² Erdem, *Gizli ...*, s. 322.

³³ Erdem, *5271 Sayılı CMK’da ...*, s. 4.

³⁴ Erdem, *5271 Sayılı CMK’da ...*, s. 5.

³⁵ Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, 640.

tazminat” hükmünün düzenlendiği 141. maddede bu ilkeyle bağlantılı şartlar düzenlenmiştir.

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği araştırıp tüm çıplaklığıyla ortaya koymak, adaleti tesis edilmesini sağlamaktır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için, gecikmesinde sakınca bulunan haller ve haklı görünüş gibi şartların gerçekleşmesi³⁶ halinde ceza yargılamasının muhtemel bir zarardan korumak amacıyla koruma tedbirlerine başvurulur. Bu tedbirin uygulanmasına karar vermek demek, temel hak ve özgürlüklerden fedakarlık etmek anlamında bir risk almak demektir. Böyle bir tedbirin “haklı” görülebilmesi için, üstlenilecek risk asgariye indirilmelidir. Bunun için de amaç ve araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak gerekmektedir.³⁷ Bunun bir sonucu olarak aracın, amaçtan daha değerli olmaması ve daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse onun tercih edilmesi gereklidir. Kısaca gerekenden daha değerli bir araç kullanılmamalıdır. Nitekim AİHM, insan haklarının kısıtlanmasında, sözleşmenin zorunluluk aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç yüzünden alınan her tedbir ile haklı amaç arasında orantı olmasını aramaktadır.³⁸

4. Tedbire Maruz Kalan Kişiler

Hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulacak kişiler, Kanun’da “*şüpheli veya sanık*” olarak ifade edilmiştir. Bu kavramların anlamı için CMK’nın 2. maddesindeki tanımlar kısmına bakmak gerekmektedir. Bu maddeye göre, Şüpheli: “*Soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi*”;³⁹ Sanık ise: “*Kovuşturma başlanmasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi*”dir. Bu tanımlardan açıkça anlaşıldığı

³⁶ Orantılılık, gecikmez durumların ve haklı görünüşün bir gereği olduğu için bu kavramlarla da birlikte düşünülmelidir. Ayrıca orantılılık kavramının tanımı için bkz., Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, s. 666.

³⁷ AİHM’nin Shcenk-İsviçre kararında mahkeme, kişinin telefonlarının dinlenmesi sonucu uğradığı zarar ile olayda aydınlatılmaya çalışılan suç şüphesi karşılaştırıldığında, tercihin suça ilişkin gerçeğin ortaya çıkartılması yönünde yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., Doğru, Osman (Derleyen ve çeviren), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi (1960-1994)*, İstanbul 1999, s. 112-113; Bu konuda bir başka karar ise, ifade özgürlüğüne müdahalenin kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısı meşru amacıyla orantılı olmadığını ilişkin Sunday Times - Birleşik Krallık Kararının Özeti için bkz., Doğru, *İHAMİ*, s. 299; Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi (İHKD)*, C. I, İstanbul 1998, 371-375.

³⁸ Kunter- Yenisey, *a.g.e.*, s. 665, dpn. 16.

³⁹ Karşılaştırmalı hukukta şüpheli dışındaki kişiler hakkında da telefon dinlenmesi kararı verilebilmektedir. Almanya örneği; için bkz., Kunter - Yenisey, *a.g.e.*, s. 637, dpn. 33.

üzere, söz konusu şahıs, en azından hakkında hazırlık soruşturmasına başlanmış bir kişi olmalıdır. Ancak hazırlık soruşturmasından sonra, şüpheli hakkında 137/3. maddede belirtildiği gibi “kovuşturmaya yer olmadığı”na dair bir karar verilmiş ise, artık “şüpheli”den söz edilemeyeceği için bu tedbire başvurulamaz, eğer tedbir uygulanmaya başlanmış ise derhal son verilir. Öte yandan, kesin kararın beraat veya mahkumiyet verilmesinden sonra, kişi hakkında şüphe ortadan kalktığı için bu tedbire başvurulması mümkün olamayacaktır.⁴⁰ Söz konusu şüpheli veya sanığın bu konumu, maddede listelenen suçlarla ilgili olmalıdır. Bu suçlardan başka bir suçtan ötürü şüpheli veya sanık olan kimseler hakkında, bu tedbire sırf bu sıfatlarından ötürü başvurmak mümkün değildir.

Bu tedbirin uygulanabileceği iletişim araçlarının denetlenebilmesi için, bu araçların söz konusu şahıslar üzerine kayıtlı olup olmaması hususu Kanun’da açıkça belirtilmemiştir. Bilindiği üzere insanlar çoğu zaman telefon, faks vb. iletişim araçlarını kendi abonelikleri altında kullansalar da, bazen bir başkasının adına kayıtlı olan veya umuma açık olan iletişim araçlarını da kullanabilmektedirler. Sanık veya şüpheli konumunda olan ve özellikle örgütlü suçlarla ilgili olan kimseler, bu tedbirden kurtulabilmek için kendi adlarına kayıtlı olmayan iletişim araçlarını kullanmayı tercih ederler. Kanun’da sanığın veya şüphelinin “iletişiminin tespit edilebileceği” söylendiği için, kanımızca kişinin kendi adına kayıtlı olsun veya olmasın, kullandığı kesin olarak tespit edilen araçlarla yaptığı iletişim denetlenebilecektir. Dolayısıyla örneğin; şüphelinin kullandığı telefon bağlantısının sahibi olan kişi telefonunun dinlenmesine katlanmak zorundadır; bununla birlikte telefon sahibinin telefonun şüpheli tarafından kullanılmakta olduğunu bilmesi zorunlu değildir.⁴¹

135. maddenin 2. fıkrasına göre; “Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi, kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.” Bu hükme göre, karşı tarafta bulunan kimsenin tanıklıktan çekinebilecek kimselerden olması durumunda “iletişimin kaydedilmesi” olanağı yoktur.⁴² Dikkat edilirse, maddede yalnızca iletişimin “kayda alınmayacağı”ndan söz edilmiş, “tespit edilmesi” ve “dinlenmesi”nden bahsedilmemiştir. Oysa tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar lehine bir istisna getiren bu hüküm, her üç durumu da içine alacak bir şekilde düzenlenmiş olmalıydı.⁴³ Hükmün bu halinin, kötüye kullanılmaya müsait bir ortam yaratabileceği kanaatindeyiz.

⁴⁰ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 5; Kunter - Yenisey, a.g.e., s. 637.

⁴¹ Kunter - Yenisey, a.g.e., s. 638.

⁴² Oysa ÇASÖMK’de bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi.

⁴³ Benzer eleştiri için bkz., Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 6.

135/2'de yalnızca "şüpheli"den söz edilmiş, "sanık" kavramı kullanılmamıştır. Oysa tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği, 45. maddede şüpheli ve sanık kavramlarına birlikte yer verilmiştir. Kanun koyucunun bu ayırma neden yer verdiği anlaşılır bir husus değildir.⁴⁴ Bununla birlikte 136. maddede müdafii ile ilgili yapılan düzenlemede 135/2'den farklı olarak "şüpheli veya sanık" ifadesi kullanılmıştır. Kanımızca kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanan bu durum, uygulamada bir takım sorunların yaşanmasına sebep olacaktır.

Söz konusu düzenlemede tanıklıktan çekinebilecek kişilerin kimler olduğu hususu açık değildir. Şöyle ki; CMK'nın 45. maddesinde kişisel sebeplerden ötürü tanıklıktan çekinebilecek kişiler sayılırken, 46. maddede "meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler" sayılmıştır. Kişisel sebeplerle tanıklıktan çekinebileceklerin bu kapsamda olduğu açıktır, ancak tanıklıktan çekinme hakkı olan diğer kişiler için bu tedbir uygulanabilecek midir? 136. maddede kanun koyucu, mesleki uğraşı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı olan müdafii ile ilgili olarak özel bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemede; "şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla, müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında bu tedbire başvurulamaz" denilmektedir. Bu hükmün varlığı, kanun koyucunun 135/2'de yalnızca kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseleri kastettiği sonucunu çıkarmaktadır. Oysa tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan herkesin bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olurdu. Bununla birlikte maddede, müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerinde bulunan telekomünikasyon araçlarından sayma yolu ile özellikle söz edilmiş olması, müdafii örneğin; cep telefonunun ve araç telefonunun ya da taşınabilir bilgisayarlarıyla yaptığı internet erişiminin denetlenebileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır ki bu durum, düzenlemenin amacıyla çelişmektedir.⁴⁵

İletişimin denetlenmesi tedbiri, kaçınılmaz olarak üçüncü kişilerin de etkilendiği bir koruma tedbiridir. Bu durum tedbire başvurulmasını engellemez ancak bu durumdan ötürü ele geçen başka bilgiler ve deliller söz konusu olabilir. Bu hususu "tesadüfen elde edilen deliller" kısmında ayrıntılı olarak inleyeceğiz.

5. Tedbire Karar Verme Yetkisi ve Süresi

Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesine göre, haberleşme hürriyeti, belirtilen sebeplerin varlığı halinde ancak usulüne

⁴⁴ Benzer eleştiri için bkz., Erdem, 5271 Sayılı CMK'da ..., s. 5-6.

⁴⁵ Benzer eleştiri için bkz., Kaplan, Arif, a.g.e., s. 46.

uygun hakim kararıyla, hakim kararı olmadığı durumlarda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle engellenebilir veya gizliliği ihlal edilebilir. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur, hakim kararını kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde karar kendiliğinden kalkar. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin düzenlendiği CMK'nın 135. maddesinde de, Anayasa'nın bu hükmüne paralel bir düzenleme öngörülmüştür. Düzenlemeye göre: "... hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal hakimın onayına sunar ve hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır." Söz konusu düzenleme her ne kadar, Anayasa'daki hükme paralel bir düzenleme ise de, farklı yönleri bulunmaktadır.

Kanun koyucu, ÇASÖMK'nın 2/4. maddesinde olduğu gibi, bu tedbirin bireyin temel hak ve özgürlüklerine ağır müdahale oluşturduğu gerekçesiyle, tedbire ancak hakim kararıyla başvurulabileceği öngörmüştür.⁴⁶ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, bu tedbire karar verme yetkisi kolluğa tanınmamış, hakimın onayına sunulması kaydıyla Cumhuriyet Savcısı'na tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre Cumhuriyet Savcısı kararını "derhal" hakim onayına sunar. Kanımızca derhal ifadesi, Anayasa'nın yukarıdaki hükmüne uygun bir ifade değildir.⁴⁷ Çünkü Anayasa'da Cumhuriyet Savcısı'nın kararını en geç yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunması öngörülmüştür. Derhal ifadesi, bazen olayın şartlarına göre, iki saat de olabilir iki gün de olabilir. Oysa Anayasa bir üst sınır koyarak bu süreyi, en geç yirmi dört saat olarak belirlemiştir. Kanımızca derhal kavramı, bu Anayasal üst norm karşısında en fazla yirmi dört saatle sınırlı bir zaman dilimini kapsar. Kanun koyucunun düzenlemeyi derhal şeklinde değil de yirmi dört saat şeklinde düzenlemiş olması, kanımızca daha yerinde olacak bir düzenleme olurdu.⁴⁸ Yine Anayasa'dan farklı olarak bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet Savcısı tarafından hakimın onayına sunulan söz konusu karar hakkında hakimın "en geç yirmi dört saat içinde" karar vermesi gerekmektedir. Öyleyse hakimın kararı için aranan süre, Anayasa'da öngörülen üst sınır olan kırk sekiz saat değil, yirmi dört saat olacaktır ve bu sürenin aşıldığı durumlarda, örneğin;

⁴⁶ Bazı ülkelerde bu yetki başka kişilere verilmiştir. Örneğin; İngiltere örneğinde bu yetki Dışişleri Bakanı'na verilmiştir. Düzenlemeye göre "dinleme kararı, Dışişleri Bakanı tarafından verilir. Bakan, 1. milli güvenliği ilgilendiren suçların tahkikatı için, 2. ciddi suçların önlenmesi ve tespiti için ve 3. Birleşik Krallığın (UK) ekonomik refahını korunması için; dinleme kararını onaylar." Özdoğan, *İngiliz ...*, s. 3.

⁴⁷ Oysa ÇASÖMK'nın 2/5. maddesinde bu süre "yirmi dört saat" olarak öngörülmüş idi.

⁴⁸ Benzer eleştiri için bkz., Erdem, *5271 Sayılı CMK'da ...*, s. 7.

otuz altıncı saatte verilen hakim kararı hukuka aykırı olacaktır. Maddede, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar, yirmi dört saatlik süre dolmasına rağmen hakimın onayına sunulmamış ya da sunulmuş ancak hakim tarafından onaylanmamışsa tedbirin Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla ortadan kaldırılacağı öngörülmüştür. Burada üzerinde durulması gereken husus, hakimın onaylamadığı ya da süresinde onaya sunulmadığı için kaldırılması gereken Cumhuriyet Savcısı'nın kararına istinaden yapılan tespit, kayıt ve dinlemenin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususudur. Kanun'da ve Kanun'un gerekçesinde bu konuya ilişkin bir açıklama mevcut değildir. Doktrinde Erdem, bu durumda eğer elde edilen bilgilerin delil olarak kabul edilemeyeceğini söyleyerek aksi yöndeki kabulün, zaman içinde bu durumun kötüye kullanılarak hakim onayı zorunluluğunun dolaşılması sonucuna yol açabileceğini savunmaktadır.⁴⁹ Diğer bir görüş ise bu zaman içerisinde elde edilen delillerin kullanılabilmesi yönündedir.⁵⁰ Kanımızca hakim onayı bu gibi durumlarda, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı tamamlayıcı niteliktedir ve onaylanmayan veya onaya sunulmayan kararlar eksik ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Öyleyse kötüye kullanılması ihtimali olan bu gibi durumlarda, onaylanmayan veya onaya sunulmayan tedbir kararlarıyla elde edilmiş deliller hukuka aykırı olarak kabul edilmeli ve kullanılmamalıdır.

Kanun koyucu tedbire ilişkin kararın hakim tarafından verileceğini hükme bağlamış, ancak hakime karar vermesi için kimler tarafından talepte bulunulacağı açıkça düzenlenmemiştir. Kanımızca söz konusu talep uygulamada olduğu gibi emniyet görevlileri tarafından Cumhuriyet Savcısı'na bildirilecek, Cumhuriyet Savcısı da uygun görürse bu talebi yazılı olarak yetkili hakime bildirecektir. Ancak gerek emniyet görevlilerinin gerekse Cumhuriyet Savcısı'nın talebinde hangi hususların belirtilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa karşılaştırmalı hukukta bu talebin, aynen hakimın verdiği tedbir kararında olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlenmesi aranmaktadır.⁵¹ Kanımızca hakimın tedbir kararını verirken tereddüt etmesini engelleyecek böyle bir düzenlemenin bulunması, keyfi veya hatalı uygulamaları engelleyecektir.

⁴⁹ Erdem'e göre, ÇASÖMK'nın önceki tasarısında bulunan, "bu süre içerisinde yapılan işlemler geçerliliğini korur" hükmünün kanuna alınmamasını kanun koyucunun aksi yöndeki kabule ilişkin iradesini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır. Bkz., Erdem, *Gizli ...*, s. 340.

⁵⁰ Dönmezer, Sulhi, *Yargı Reformu 2000*, s. 552.

⁵¹ Örneğin; Amerika'da, talepte şu hususların açıkça belirtilmesi gerektiği öngörülmektedir: "•Müracaatı yapan görevlinin ismi, •Dinlenilecek hedeflerin kimlik bilgileri, •Hedeflerin suçu, •Dinleme yapılacak yerin adresi, •Dinleme yapılacak haberleşmenin şekli (yani cep telefonu, sabit telefon, faks, modem, vs.), •Ne kadar süreyle dinleme yapılmak istendiği, •Diğer tahkikat yöntemlerinin kullanılmama sebepleri (son-çare prensibi)". Özdoğan, *Amerika ...*, s. 2.

6. Tedbir Kararının Şekli ve Süresi

135. maddenin 3. fıkrasına göre, “verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.” Bu hükümde kararın yazılı olup olmayacağına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır ancak maddenin ifadesinden, kararın yazılı olması gerektiği sonucunu çıkarmak yanlış olmayacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta, bu tedbire ilişkin süre kanunla sınırlandırılmıştır. Almanya’da üç ay,⁵² Amerika’da bir ay,⁵³ İngiltere’de iki ay olarak öngörülmüştür. Fransa’da ise azami süre dört aydır. Ancak tüm ülkelerde gereken durumlarda sınırsız olarak uzatma imkanı tanınmaktadır. Yalnızca İngiltere’de uzatmadan sonra azami süre bir ay olarak belirlenmiştir.⁵⁴

CMK’nın 135. maddesine göre, “tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.”⁵⁵ Bu maddeye göre sürenin azami sınırı altı aydır. Sürenin uzatılmasının karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri gibi sınırsız olmaması temel hak ve özgürlüklerin teminatı olan hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak bazı durumlarda, özellikle organize suçlulukla mücadelede, altı aylık sürenin yeterli olamayacağı durumlarda bu düzenlemenin yerinde olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁶ “Öte yandan uzatma kararı verilebilmesi için, tedbire başvurulabilmesi için gerekli koşulların halen mevcut olması ve mevcut olduğunun da uzatma kararında açıkça gösterilmesi gerekir. Aksi durumda süre açısından getirilen sınırlamanın gereksiz ve keyfi biçimde göz ardı edilmesine açık kapı bırakılmış olur.”⁵⁷

135. maddenin ifadesinde üç aylık sürenin ne zaman başlayacağı konusunda bir açıklık yoktur. Kanımızca üç aylık süre, kararın verildiği andan itibaren başlatılmalıdır. Aksi yöndeki düşünce tedbirin uygulama aşamasında kötüye kullanılabileceği ihtimalini gündeme getirebilir.⁵⁸

⁵² Özdoğan, *Almanya ...*, s. 2.

⁵³ Özdoğan, *Amerika ...*, s. 2.

⁵⁴ Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan - Özbek, V. Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s. 693; Gökçen, *a.g.e.*, s. 199.

⁵⁵ Oysa ÇASÖMK’nın 2/6. maddesiyle, bu süre üç aylık süre ile sınırlandırmış ve her defasında üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılması olanağına yer vermişti.

⁵⁶ Bkz., Erdem, *5271 Sayılı CMK’da ...*, s. 8.

⁵⁷ Erdem, *5271 Sayılı CMK’da ...*, s. 8.

⁵⁸ Erdem, *5271 Sayılı CMK’da ...*, s. 9; Ancak Amerika’da bu sürenin dinlemenin fiili olarak başlatıldığı andan itibaren başlayacağı öngörülmüştür; Özdoğan, *Amerika ...*, s. 2.

7. Tedbir Kararının Yerine Getirilmesi

Diğer koruma tedbirleri gibi bu tedbir de savcılık ve kolluk görevlileri tarafından yerine getirilecektir. Bununla birlikte, 137. maddeye göre telekomünikasyon hizmeti veren kuruluşlarla ilgili bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre; *“Cumhuriyet Savcısı veya görevlendireceği kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir; yerine getirilmemesi halinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.”*⁵⁹ Karşılaştırmalı hukukta da telekomünikasyon kuruluşlarının bu yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır, bununla birlikte tedbirin uygulanmasına yönelik masrafların devlet tarafından karşılanacağı da açıkça hükme bağlanmıştır.⁶⁰ CMK’daki düzenlemede tedbirden kaynaklanan masrafın kimin tarafından karşılanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Uygulamada tedbirin uygulanması şu şekilde yapılmaktadır: Hakim ve savcı tarafından verilen dinleme kararının uygulanması için bu husus emniyete savcılıkça bildirilmekte ve emniyet ilgili biriminde “üs” olarak nitelendirilen bir cihaz kurarak telekomünikasyon şirketinden, dinlenilmesi istenen telefonun üs ile irtibatlandırılmasını istemekte ve bu sağlandıktan sonra telefon polis tarafından dinlenmektedir.⁶¹ 137. maddeye göre, *“karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığı’na görevlendirilen kişiler tarafından çözümlenerek metin haline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe’ye çevrilir.”* Elde edilen kayıtların tutanağa geçirmesi esnasında ortaya çıkabilecek kötüye kullanılmalara karşı ciddi tedbirler alınması gerekmektedir.

⁵⁹ ÇASÖMK’te bu kuruluşların kovuşturma organları ile işbirliğine yanaşmaması durumunda, bu kuruluşları işbirliğine zorlamaya yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş iken, CMK m. 137/1 istemin yerine getirilmemesi durumunda zor kullanılabileceğini açıkça öngörmüş bulunmaktadır.

⁶⁰ Örneğin Almanya’da Adalet Bakanlığı, teknik dinlemenin masraflarını ödemekle yükümlü kılınmıştır; Özdoğan, *Almanya ...*, s. 2. İngiltere’deki düzenlemeye göre ise, “devlet küçük ölçekli telekomünikasyon servis sağlayıcılarının, güvenlik güçlerinin teknik izlemesine imkan tanımak adına yapacakları masraflarının tamamı karşılamakla mükelleftir. Aynı konumdaki büyük ölçekli servis sağlayıcılarının masrafları hakkında ise yapılan masraflara devletin, kullanılan kaynak ve teknolojinin miktarı oranında katkıda bulunacağını belirtmiştir”; Özdoğan, *İngiltere ...*, s. 4.

⁶¹ Gökçen, *a.g.e.*, s. 201.

8. Tedbirin Sona Ermesi

Tedbire ilişkin karar, kural olarak sürenin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Dolayısıyla, tedbirin uygulanmasını yapmakta olan Cumhuriyet Savcısı derhal tedbirin uygulanmasını sona erdirmelidir. Sürenin bitiminden sonra elde edilen kayıtlar hukuka uygun olmadıklarından ötürü delil olarak kullanılamaz. Öte yandan yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın süresi içerisinde hakim onayına sunulmaması yahut onaya sunulduğu halde onaylanmaması durumunda da tedbirin sona erdirilmesi gerekmektedir.

Tedbire ilişkin kararda belirtilen süre dolmadan da, eğer devam edilmesinde yarar olmadığı görülüyorsa ya da tedbire ilişkin şartlardan biri veya tümü ortadan kalkmışsa tedbire son verilebilecektir. Ayrıca 137. maddenin 3. fıkrasına göre, *“verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal son verilir.”*

Tedbirin yukarıdaki sebeplerden ötürü sona ermesinin ardından, elde edilen kayıtların ne şekilde saklanacağı ya da nasıl yok edileceği konusunda kanunun ifadesi açık değildir. Hukuka uyum olarak elde edilen bu kayıt ve tutanakların, dava devam ederken nerede ve nasıl saklanacağı konusunda bir belirlilik yoktur. Ayrıca kovuşturmanın beraatle sonuçlanması durumunda kayıtların ne olacağı düzenlenmemiştir.⁶²

137. maddenin 3. fıkrasına göre, *“Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.”* Bu madde tedbire, 135. maddede belirtilen kararın, süresinde hakim onayına sunulmaması, onaylanmaması ya da şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedenleriyle son bulması durumunda uygulanabilecektir. Oysa beraat ya da diğer son bulma durumlarında kayıtların ne olacağı açık değildir. Kanun koyucunun bu yok etme işlemini diğer sona erme şekilleri içinde öngörmesi daha yerinde bir düzenleme olurdu.⁶³

Öte yandan 137. maddenin devamında, *“Ancak bu kayıtlar, şüpheli hakkında başka bir suçtan dolayı veya başka bir kişi hakkında yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturma açısından delil olarak kullanılmasına ihtiyaç bulun-*

⁶² Oysa karşılaştırmalı hukukta, örneğin; Amerika'da bu husus ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur; Bkz., Özdoğan, *Amerika ...*, s. 3.

⁶³ Erdem, *5271 Sayılı CMK'da ...*, s. 10.

ması halinde, yok edilemez" denilmektedir. Şüphesiz maddede ifade edilen "başka bir suç" ve "başka bir kişi" için bu delillerin kullanılması, bu tedbire ilişkin bütün şartlar oluştuğunda mümkün olacaktır.

V. İlgiliye Haber Verme Yükümlülüğü ve Tazminat

Karşılaştırmalı hukukta, tedbir bittiğinde şayet dinleme amacını tehlikeye sokmayacaksa en kısa sürede yapılacak bir bildirimle ilgili kişi, bu konuda haberdar edilmektedir. Böylece kişi, bilgisi dışında dinlenmesi sonucu, temel hak ve özgürlüklerinin haksız olarak ihlal edildiğinin tespit ederek, yargısal yolla tazminini sağlayabilecek ve dinlemenin hukukiliğine geriye dönük olarak itiraz edilebilecektir.⁶⁴

Ayrıca tedbirin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığına ilişkin denetim görevi yapan kurullar bulunmakta, yapılan denetim sonucunda hukuka aykırılık tespit edilirse, bu hukuka aykırılığa maruz kalan kişilere yasal başvuru hakkı tanınmaktadır.⁶⁵

135. maddeye göre, "bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur." Ancak tedbirin bir şekilde sona ermesinden sonra, iletişimi denetlenen kimselere, gizli olarak yapılan bu tedbirin niteliği hakkında bilgi verilmelidir. Nitekim 137/4. maddeye göre, "Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir." Ancak bu maddeye göre, ilgiliye yalnızca tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yukarıdaki sebeplerden ötürü yok edilmesi durumunda bilgi verileceği öngörülerek, tedbire maruz kalan üçüncü kişiler için böyle bir bildirim imkanı tanınmamıştır.⁶⁶ Bununla birlikte diğer durumlarda örneğin beraat kararı verilmesi durumunda veya dinlemeye bir şekilde son verildiği diğer durumlarda bildirim yükümlülüğü aranmaması bu düzenleme bakımından bir eksikliklerdir.

CMK'nın 141. maddesinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususu düzenlenmiş ancak, bu tedbirle ilgili herhangi bir düzenlemeye

⁶⁴ AİHM de Klass kararında belirtildiği gibi, hakkında gözetim, dinleme kararı verilen kişiye, bu hususun sonradan bildirilmesi gerektiğini ve böylece her olayda sonradan bildirim isteminin uygulamada mümkün olup olmadığının belirlenmesini aramaktadır. Bkz., Doğru, *İHAMİ*, s. 262.

⁶⁵ Örneğin; Almanya'da, Alman vatandaşlarının hedef olduğu teknik dinlemeler, beş parlamenterden oluşan bir heyet tarafından denetlenmektedir; Özdoğan, *Almanya ...*, s. 3; İngiltere'de ise bu denetim, Dinleme Şikayet Kabul Komisyonu tarafından yapılmaktadır; Özdoğan, *İngiliz ...*, s. 4.

⁶⁶ Erdem, *5271 Sayılı CMK'da ...*, s. 11.

yer verilmemiştir. Oysa kötüye kullanıldığında temel hak ve özgürlüklere ciddi bir tehdit oluşturabilecek bu tedbire ilişkin özel bir düzenlemenin, 141. maddede yer alması daha yerinde olurdu. Bu düzenleme bulunmadığından, bu tedbirin hukuka aykırı nitelikler içermesi yahut uygulanmasında sınırın aşılması durumunda, idarenin sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere başvurulacaktır.⁶⁷

VI. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Tesadüfen elde edilen deliller başlığı altında düzenlenen 138. maddenin 2. fıkrasına göre;⁶⁸ *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı’na derhal bildirilir.”*⁶⁹

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında ele geçirilen kayıtlardan, kovuşturulan suçla ilgisi olmayan bir başka suç veya şahıs hakkında bir takım delillerin ele geçirilmesi her zaman mümkün olabilir. Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bu faaliyet sonucunda ele geçirilen diğer deliller ancak, bu tedbirin uygulanabileceği suç ve şahıslar hakkında kullanılabilir. Bu tedbirin uygulanması mümkün olmayan bir başka suçta, bu deliller hukuka aykırı nitelikte sayılacak ve yargılamada kullanılması mümkün olmayacaktır.⁷⁰ Karşılaştırmalı hukukta bu husus genel olarak söz konusu düzenlemedeki gibidir. Ancak bazı ülkelerde bu şekilde elde edilen deliller ceza yargılamasında delil olarak kullanılmamakla birlikte, bu delillere dayanılarak yeni bir hazırlık soruşturulması başlatılabilmektedir.⁷¹

⁶⁷ Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 12.

⁶⁸ Maddenin tamamı dikkate alındığında görülmektedir ki, bu madde koruma tedbirlerine ilişkin genel bir düzenleme içermektedir. Bu genel düzenlemenin, Kanun’un sistematığı açısından burada değil, 141. maddeden önce yer almasının daha uygun olacağı kanısındayız.

⁶⁹ Oysa ÇASÖMK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmemişti.

⁷⁰ Yurtcan, Erdener, “Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 29, İstanbul, Ekim 2004; Yenisey, Feridun, “Medyanın Oluşturduğu Dolaylı Aleniyetin Kamuoyunu Etkilemesi (Medyanın ...)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 25-26, İstanbul, Ekim 2004; Erdem, 5271 Sayılı CMK’da ..., s. 13.

⁷¹ Örneğin; Alman Hukuku’nda bu tür deliller “şüphe sebebi” olarak hazırlık soruşturması açısından değerlendirilebilmektedir. Konuyla ilgili bkz., Yenisey, *Medyanın ...*, s. 25-26.

Konuyla ilgili olarak halen güncelliğini yitirmemiş olan Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 29.06.2004 tarihli kararına değinmekte fayda vardır.⁷² Kararda telefon dinleme suretiyle elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadıkları tartışılmış özellikle bu tedbirin uygulanması esnasında tesadüfen elde edilen deliller konusunda Yargıtay'ın anlayışı ortaya koyulmuştur. Kararın sonuç kısmında, özel yaşamın ve aile yaşamının gizli alanı çiğnenecek, haberleşme özgürlüğü ve bunun gizliliği ilkesi göz ardı edilerek yasak yöntemlerle elde edilen bulgular, yasal kanıt sayılamaz ve ceza yargısında delil olarak kullanılamaz denilmiştir. Bununla birlikte, hukuka uygun bir kararla denetlenmiş olan telefon konuşmaları esnasında tesadüfen elde edilen delillerin hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

SONUÇ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, daha önce bazı suçlar bakımından farklı yargılama usullerinin öngörüldüğü özel yasalardaki düzenlemeleri, genel ceza yargılaması kurumlarıyla bir arada düzenleyerek, tek bir bünyede toplamıştır. Bu işlem yapılırken, mevcut düzenlemelerin uygulanması esnasında yaşanan aksaklıklar ve ihtiyaçlar göz önüne alınarak çağın gereklerine daha uygun bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda daha önce "telefon dinleme" olarak bilinen ve gizli soruşturma tedbirlerinden birisi olarak anılan iletişimin denetlenmesi hususunda CMK'nın 135. vd. maddeleri çerçevesinde yeni bir yasal düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme, eksikleri ve yanlışları olmakla birlikte genel olarak yerinde bir düzenlemedir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri, haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine karşı ciddi tehdit oluşturabilecek bir ceza yargılaması tedbiri olduğu için, bu alanda yapılacak düzenlemelerde ve tedbirin uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekmektedir. Bu hususa AİHM'nin bir çok kararında geniş olarak yer verildiği görülmektedir. Yeni CMK'nın hazırlanması esnasında bu gereklerin bir sonucu olarak 135. maddede bu tedbirin uygulanmasına yönelik esaslar belirlenmiştir. Bu esaslar koruma tedbirlerine ilişkin genel kurullarla birlikte, klasik koruma tedbirlerinden farklı olan bazı esaslardan oluşmaktadır.

Daha önceleri gizli soruşturma tedbirlerinden birisi olarak anılan bu tedbir, ancak Kanun'da bir liste halinde sayılan suç tiplerinin varlığı ha-

⁷² Kararın özeti için bkz., "Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı", *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 23-24, İstanbul, Ekim 2004.

linde uygulanabilecektir. Düzenlemenin ilk cümlesinde tedbirin bir suç için yapılan soruşturmalarda uygulanabileceği söylenirken devam eden cümlelerinde “*şüpheli ve sanık*” kavramları kullanılmıştır. Oysa soruşturma evresinde sanıktan söz edilemeyeceğinden, bu ifadenin “*soruşturma ve kovuşturma*” şeklinde olması gerekmektedir. Tedbir klasik koruma tedbirlerinin bir çoğundan farklı olarak ancak kuvvetli şüphenin varlığı halinde ve başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmadığı durumlarda orantılılık ilkesi gözetilerek başvurulabilecektir. Tedbir ancak, listede belirtilen suçlarla ilgili, şüpheli veya sanık sıfatını taşıyan kişiler hakkında uygulanabilecektir. Ancak kanun koyucu bu hususu düzenlerken kimi zaman şüpheli, kimi zaman sanık ifadesini, kimi zaman da her ikisini birlikte kullanmıştır. Örneğin; tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimseler hakkında bu tedbire başvurulamayacağını öngören 135/2’ye göre, bu kişiler “*şüpheli*” ise bu tedbir uygulanmayacak sanık ise uygulanabilecektir. Öte yandan müdafii konusunda 137. maddede yapılan düzenlemeden dolayı, 135. maddede bahsedilen tanıklıktan çekinebilecek kişilerin müdafii dışında ancak kişisel sebeplerden ötürü tanıklıktan çekinebilecek kişiler olduğu sonucu çıkmaktadır. Gene 137. maddenin ifadesinden, müdafii büro ve evindekilerin dışındaki iletişim araçlarının denetlenebileceği gibi son derece tehlikeli bir anlayışa imkan veren bir sonuç çıkmaktadır ki bu durum düzenlemenin amacıyla çelişmektedir.

Tedbire, hakim karar verebilecek ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “*derhal*” hakim onayına sunulması kaydıyla Cumhuriyet Savcısı da karar verebilecektir. Kanun koyucunun bu hususu düzenlerken kullandığı “*derhal*” ifadesi kötüye kullanmalara yol açabileceğinden, Anayasa’da öngörülen yirmi dört saatlik sürenin öngörülmesi daha doğru olurdu. Bununla birlikte, Cumhuriyet Savcısı’nın kararının hakim tarafından onaylanmadığı durumlarda, bu süre içerisinde elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan ceza yargılamasında kullanılmamalıdır. Tedbir kararının yerine getirilmesi ve son verilmesi aşamalarında görev yapan kimselerin azami dikkat ve özeni göstererek, tedbirden kaynaklanabilecek hak ihlallerine karşı gerekli önlemleri almaları gerekmektedir.

Kanun koyucu tedbirin sona ermesinin ardından, tedbire maruz kalan kişilere haber verme yükümlülüğü ve tedbirin denetimi konusunda karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri kadar yeterli bir düzenleme yapmamıştır. Öte yandan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususunun düzenlendiği 141. maddede, bu tedbire ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi, kötüye kullanıldığında veya yanlış uygulandığında haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğine ciddi bir tehdit oluşturabilecek bu tedbirin niteliğiyle ve kanun koyucunun amacıyla çelişmektedir.

Sonuç olarak yeni kanunla yapılan bu düzenlemeyle, özellikle hukuka aykırı deliller konusunda önemli tartışmalara sebep olan bir husus açıklığa kavuşturulmuş ve hukuk devleti olmanın bir gereği yerine getirilmiştir. Bu düzenlemenin çalışmada sıraladığımız eleştiriler dışında genel olarak gerekli ve yerinde bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Temenimiz odur ki, söz konusu düzenlemeyle ilgili eksiklikler gerek doktrinde belirtilen görüşler, gerekse uygulamada görülecek olan ihtiyaçlar doğrultusunda yeniden gözden geçirilerek tamamlanır.

KAYNAKLAR

- Centel, Nur, *Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Tutuklama*, İstanbul 1992.
- Cihan, Erol - Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Y., İstanbul 1997.
- Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, Ankara 2001.
- Doğru, Osman, *İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)*, C. I, Ankara 2003.
- Doğru, Osman (Derleyen ve çeviren), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi (1960-1994)*, İstanbul 1999.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararları Derlemesi (İHKD)*, C. I, İstanbul 1998.
- Dönmezer, Sulhi, *Yargı Reformu 2000*, s. 552.
- Dönmezer, Sulhi - Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı CMUK ve 1999 Tasarısı*, Alkim Yayınları, İstanbul 1999.
- Erdem, M. Ruhan - Özbek, V. Özer, "4422 sayılı ÇASÖMK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000.
- Erdem, M., Ruhan, *5271 Sayılı CMK'da Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 Sayılı CMK'da ...)*, www.adalet.gov.tr 20.02.2005
- Erdem, M., Ruhan, *Gizli Soruşturma Tedbirleri (Gizli ...)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Eryılmaz, M., Bedri, "Kolluğun Yetkileri Açısından CMUK ile Yeni CMUK Tasarısı'nın Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri", *ABD*, Yıl 57, S. 2000/1.
- Gökçen, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma, Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Yayınları, no. 49, Ankara 1994.

- Gözübüyük, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Seçme Özetler", *İHMD*, C. III, S. 1, Ocak 1995.
- Jacob, Francis G. - White, Robin C. A., *The European Convention On Human Rights, 2'nd Edition*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Kaplan, Arif, "CMK'ya İlişkin Eleştiriler", *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Yıl: 1, S. 9, Ankara 2005, s. 46.
- Kaymaz, Seydi, "Mevcut Yasal Düzenleme Karşısında Telefon İle Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi", *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996).
- Kunter, Nurullah - Yenisey, Ferdirun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Kitap, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- Özdoğan, Ali, "Amerikan Telekomünikasyon Şirketlerinin Kolluk Kuvvetlerine Yardımı Kanunu (Calea)", http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/29/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm(10.03.2005).
- Özdoğan, Ali, "Amerikan Teknik Dinleme Mevzuatı", http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/28/yeni/web/Ali_OZDOGAN.htm (10.03.2005).
- Özdoğan, Ali, "İngiliz Teknik Dinleme Mevzuatı", *Polis Dergisi*, Yıl: 8, S. 30 (Ocak-Şubat-Mart 2002), s. 2-4.
- Özdoğan, Ali, "Alman ve Fransız Teknik Dinleme Mevzuatları", *Polis Dergisi*, Yıl: 8, s. 32 (Temmuz-Ağustos-Eylül 2002), s. 14-16.
- Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan - Özbek V. Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Y., Ankara 1999.
- Öztürk, Bahri, *Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 5271 Sayılı CMK, Tasarı'nın 107. Madde Açıklaması*, www.adalet.gov.tr-02.02.2005
- Plazzo, Francesco, "Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı", (çev. Ümit Kocasakal), *İBD*, C. 70, S. 1-12 (1996).
- Selçuk, Engin (çev.), "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ve Özel Hayatın Gizliliği, Telefonların Dinlenmesi, Prado Bugallo-İspanya Davası", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 1, S. 3, Temmuz- Eylül 2004.
- Sözüer, Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İÜHF* 1997, *Türkan Rado'ya Armağan*, C. LV, S. 3, s. 64.
- Şafak, Ali, *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Emniyet Gnl. Müd. Basımevi, Ankara 2003.

Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002.

"Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu Kararı", *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 23-24, İstanbul, Ekim 2004.

Yenisey, Feridun, "Medyanın Oluşturduğu Dolaylı Aleniyetin Kamuoyunu Etkilemesi (Medyanın ...)", *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 25-26, İstanbul, Ekim 2004.

Yenisey, Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", *AB Hukuk Kurultayı 2000*, C. II, Ankara 2000.

Yenisey, Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", *AB Hukuk Kurultayı 2000*, 12-16 Ocak 2000, C. II, Ankara 2000.

Yurtcan, Erdener, "Haberleşme Araçlarının Dinlemeye Alınması", *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 29, İstanbul, Ekim 2004;

Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Alfa Y., İstanbul 1996.

www.adalet.gov.tr (20.02.2005)

www.tbb.gov.tr (20.08.2004)

www.tbmm.gov.tr (10.01.2005)

www.echr.coe.int (21.02.2005)

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

(Dergimizin 57. sayısında sayfa 365 vd. yayımlanan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.11.2004 tarihli "laiklik", "ifade hürriyeti", "din ve vicdan hürriyeti" konularındaki kararının aşağıdaki kararlarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 15.03.2005

E. 2004/8-201

K. 2005/30

* Halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek

* Açık, yakın ve somut tehlike

* Düşünceyi açıklama özgürlüğü

(4744 sayılı Yasa ile değişik 765 sayılı

TCK m. 2/2, 312/2-son; 5187 sayılı Basın K. m. 11, 30; Anayasa m. 2, 4, 13, 14, 24, 26/2; AİHS m. 9, 10, 17, 90; Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 20; 2797 sayılı Yargıtay K. m. 39; 5237 sayılı TCK m. 7, 216)

Din farklılığı gözeterek halkı açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçu sanıklarından M'nin TCY'nin 312/2-son ve 59/2. maddeleri uyarınca bir yıl sekiz ay hapis cezası ile, S'nin TCY'nin 312/2-son, 59/2 ve 5680 sayılı Yasa'nın 16. maddeleri uyarınca 1.840.410.000 lira ağır para cezası ile cezalandırılmalarına, davaya konu M. Gazete'nin 5680 sayılı Yasa'nın Ek 2/1. maddesi gereğince takdiren üç gün süreyle geçici olarak kapatılmasına ilişkin İ. 6 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden verilen 09.10.2002 gün ve 331-214 sayılı hüküm sanık M. ile sanık S. vekili tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce 15.07.2004 gün ve 12989-6377 sayı ile;

"1. Dava konusu, sanık M. tarafından yazılan M. Gazete'nin 15.11.2000 tarihli nüshasının 2. sayfasında yer alan 'Din Düşmanlığı Terörü' başlıklı yazı bir bütün olarak incelendiğinde, bu yazıda adı geçen sanığın milletin dinine ve manevi değerlerine saldırmanın hoş karşılanmayacağını vurguladıktan sonra, bu tür değerlere karşı gelenlerin halk yığınlarını devletten soğutmak ve ülkenin temellerini dinamitleyip ülkeyi çökertmek isteyenler olduğunu belirtip, başörtüsünün İslam'ın sembolü olduğunu ifadeyle Türkiye'nin İslam'a karşı uygulamaların katı biçimde yapıldığı bir başka

devlete benzetilmeye çalışıldığını, ülkemizde dinsizlik baskıları yapıldığını ileri sürüp bazı devlet uygulamalarını ve din sömürüsü yapan mihrakları ağır biçimde eleştirerek onların da İslam dinine karşı büyük kötülük yaptıklarını ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Söz konusu yazının genel içeriğine göre TCK'nın 312/2. madde ve fıkrasında tanımlanan suç tipinin "... kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye ... tahrik" unsurunu taşımadığı, zira yazıda Müslüman olanlar olmayanlar, inananlar inanmayanlar biçiminde bir ayırma gidilmeyip, kendi İslam anlayışına göre devlet ve yanlıları ile Müslümanlığı ticari amaçla kullananlar tarafından bu dine ve ülkeye verilecek zararların ağır eleştiri biçiminde gündeme getirildiği, yazının bu içeriği itibarıyla nefret saçan, şiddete davet eden ya da şiddet kullanmaya özendirilen ifadeler taşımayıp bu nedenle de kamu düzeni için tehlikeli olabilecek nitelikte bulunmadığı, diğer bir ifadeyle somut bir tehlikeden söz edilemeyeceği ve yazıda sarf edilen hakaretimiz sözlerin belirli kişi ya da kişilere yönlendirilmiş olmadığı da göz önüne alınarak unsurları oluşmayan suçtan sanık M. ile adı geçen gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü sanık S'nin beraatlarına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle haklarında mahkumiyet hükmü kurulması,

2. Kabule göre de;

Hükümden sonra yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 30. maddesiyle 5680 sayılı Basın Kanunu'nun yürürlükten kaldırıldığı ve Yeni Kanun'da bu suç nedeniyle gazete kapatma cezasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığının gözetilmesi zorunluluğu," nedenleriyle, Daire üyeleri H. ile A'nın;

"Sanık M, diğer sanık S'nin sorumlu yazı işleri müdürü olduğu 15 Kasım 2000 tarihli M. Gazete'de 'Din Düşmanlığı Terörü' başlıklı yazısında;

'Dünyanın hiçbir medeni, ileri, sağlıklı, hukuklu ülkesinde dinsiz ve şirret bir azınlığın, o ülkede hakim olan dine ve dinlere savaş açtığı, saldırdığı, hakaretler savurduğunu göremezsiniz...'

'Bizdeki gizli ve derin devlet idarecileri ilhamlarını diktatörlükle idare edilen küçük Tunus'tan alıyor. Orada Müslüman halka din hürriyeti tanınmıyor. Kadın ve kızların sokaklarda tesettürlü geçmesi yasaktır. Beş vakit namaz kılmak bir cesaret meselesidir. Camilerde ayrı ayrı zamanlarda vakit ezanları okunmakta, birkaç ihtiyar namaz kıldıktan sonra kapılar hemen kapanmaktadır. Tunus Müslümanlar için bir zindan, bir cehennem olmuştur... Böyle küçük bir Afrika ülkesi, imparatorluklar kurmuş Türkiye'ye örnek ve model olabilir mi: Elbette olamaz?'

'Devletin temel nizamlarını masonluk, dinsizlik, ateizm, Rotaryenlik, Lionsçuluk, Sabetaycılık üzerine oturtmak maksadıyla propaganda yapmak, faaliyette bulunmak serbest ama Müslümanların İslami prensip ve hükümleri hayata hakim kılmak için çalışmaları yasak' şeklindeki cümlelerle Türkiye'de, dinsiz ve şirret sözcükleriyle nitele-

diği bir kesimin başörtüsü yasağı uyguladığını ve bu kesimin olumsuzluklarını saydığı Tunus'tan ilham aldığını belirterek "İslam'a ve Müslüman halka düşmanlık yapanların hepsi sabetaycıdır demiyorum ama onların içinde çok militan, çok azılı, çok ileri giden 'Selanik Dönmeleri vardır...' diyerek tüm yazı içeriğine göre karşı olduğu toplumun bir kesimine karşı küçük düşürücü aşağılayıcı, kırıcı ifadeler kullanmıştır."

Düşünce özgürlüğünün genel ve klasik sınırı, diğer özgürlüklerde olduğu gibi, başkalarının özgürlüğüdür. "Buna göre kısıtlanan düşünce ile başkalarının yaşamı, kişiliği ya da düzeni olumsuz bir biçimde etkileniyorsa, böyle bir düşünce açıklaması düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyecektir. Hakaret, iftira, sövme ve benzeri nitelikli düşünce açıklamaları bu grubu oluşturur." (Ömer Korkmaz, *Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları*, Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 13).

Başkalarını küçük düşürücü, incitici, hakaret edici ve onlara karşı saldırgan ifadeler kullanılmasında ayrıca şiddete teşvik edici ifadeler kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu ifadelerin Türk Ceza Kanunu'nun 312/2. madde ve fıkrasına göre kamu düzeni için tehlikeli olabilecek nitelikte olması, maddede tanımlanan suçun oluşmasına yeterlidir. Gerçekten de bu tür ifadelerin özellikle kırıcı olduğu ve fiziksel saldırıdan daha az kötü olmadığı ve uygar toplumlarda buna izin verilmemesi gerektiği unutulmamalıdır. (Robert Tarager - Donno L. Dickerson; 21. *Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Ankara, 2003, 2. s. 157).

Türk Ceza Kanunu'nun 312/2. madde-fıkrasında tanımı yapılan suçta da belirtilen nitelikteki ifadelerin, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek ölçüde olmaları halinde suçun oluşacağı kabul edilmektedir.

Sanık M., toplumun bir kesimine karşı şirret sözcüğüyle saldırmakta, ayrıca "dinsiz", "sabetaycı", "selanik dönmesi", "rotaryen", "mason", "lions" gibi kendisinin olumsuz anlam yüklediği nitelemelerle bir başka kesimin bu kesime karşı nefret duymasını sağlayacak ifadeler kullanmaktadır. Öte yandan, türban yasağı uygulamasını ya da genel olarak diğer uygulamaları söz konusu sözleri kullanmadan kırıcı, incitici, hakaret edici ölçüde olmadan da eleştirilebilirdi; fakat sanık böyle yapmayıp, yazının tümüne benzer nitelemeleri sindirmiştir. Bu türden ifadeler Anayasa'nın 26/2 AİHS'nin 10/2. madde ve fıkrasına aykırıdır. Sözleşme'yi yorumlayan AİHM'de kin ve nefret uyandırıcı ifade açıklamalarının Sözleşme'nin 10. maddesi güvencelerinden yararlanamayacağını benimsemektedir. (Jersild/Danimarka Kararı, Eylül 1994, Seri: A No: 298, paragraf 33) 4868 sayılı Kanun'la onaylanan ve Bakanlar Kurulu'nun 7.7.2003 tarih ve 2003/5851 sayı ile kararlaştırıp yayımlanan (RG, 21 Temmuz 2003, sayı: 25175) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 20/2. madde-fıkrası da nefretin düşmanlık biçiminde savunulmasını yasaklamaktadır.

Söz konusu yazı, "Bir gazetede bir takım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık, edepsizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı? ... milletin dinine imanına, mukaddesatına, şeriatına saldırmak da bunun gibidir ve belki daha alçakça ve namussuzcadır" şeklinde başlamaktadır.

Gazetede belirtildiği ölçüde ve biçimde bir yazının yazılması halinde saldırının ne denli kötü, hakaret edici olacağını ifade ettikten sonra milletin dinine yapılacak saldırının daha kötü olacağını belirtmekte ve bu "saldırının" da ne olduğunu yazısının devamında açıklamaktadır: Başörtüsü yasağı!

Kamu kurum ve kuruluşlarındaki başörtüsü ile ilgili uygulamalar gerek Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarih ve 1/12 ve gerekse Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 17.6.1994 tarih ve 1-993/61 Esas ve 1994/327 sayılı kararlarıyla benimsendiği; örgütlenme özgürlüğü bağlamında ise yine Anayasa Mahkemesi'nin 16.1.1998 tarih ve 1997/1 Esas ve 1998/1 sayılı kararında da aynı gerekçelerle kabul gördüğü ve dahası 22.6.2001 tarih ve 1999/2 Esas ve 2001/2 sayılı kararında da öğrenim kurumlarında serbest bırakılması halinde ayrımcılık olabileceği ve kamu düzenini bozabileceği vurgulanmıştır.

Dairemizin 25.11.2002 gün ve 10893/11068 sayılı kararında da türbanın toplumun kimi kesimlerince laiklik ilkesine karşı başkaldırı simgesi olarak kullanıldığı açıklanmıştır.

Öte yandan AİHM'nin Refah Partisi ve Diğerleri Türkiye Davası'nda sınırlamanın Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına uygun olduğu kararlaştırılmıştır. (41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98 Strazburg 13 Şubat 2003, Yargı Bülteni, S. 208, s. 80)

Özgül olarak türban konusunun incelenip karara bağlandığı Leyla Şahin/ Türkiye başvurusunda da 29.6.2004 tarih ve 44774/98 sayılı kararında AİHM Türkiye'deki uygulamayı yerinde görmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun 312/2. madde-fıkrasında ayrıca "kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde ..." ibaresi bulunmaktadır. Kamu düzeni kavramının nesnel olarak, "toplumsal yaşamın devamı olan asgari koşulların yerine getirilmesi ile ilgili olduğu söylenebilir. Bu koşullar, insanların güvenli, huzurlu ve sağlıklı bir biçimde yaşamalarıdır. Bu sınırlama nedeninde yasaklamaya konu olan, düşüncenin kendisi değil, açıklanış biçimidir." (Korkmaz; a.g.m. s. 131-132)

Buradaki ölçüt ABD Yüksek Mahkemesi'nin uyguladığı ve Türk öğretisinde de taraftar bulan açık ve yakın tehlike testidir. Bu ölçütte, düşüncenin kendisi değil, açıklanış biçiminin hukuka aykırı olmasıdır; Bu da mahkemeler tarafından saptanır. Ancak, mahkemeler de özgürlük esas sınırlama istisna

kuralından hareketle düşünce ile eylem arasındaki ilişkiyi daha bir hoşgörü ve esneklik içinde yorumlamalıdır.

Sanıkların mahkumiyetine karar veren yerel mahkemenin sonuca giden gerekçeleri ve bu bağlamda yaptığı çözümleme açık ve yakın tehlike testine uygun ve yerindedir.

Gerçekten de başörtüsü bağlamında yazılan yazıda küçük düşürücü, incitici, onur kırıcı, saldırgan, ayrımcılık söylemi yoğun ve nefret uyandırıcı ifadelerle halkın bir kesimini din anlayışı bakımından kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik edilmektedir.

Diğer taraftan AİHM'nin de "türbanın dini bir sembol olduğu ve Türkiye'de kökten dinci akımların siyasi bir nitelik kazandığına ilişkin tespitinin (L. Ş. Kararı, paragraf 109 vd.) de bir gerçeklik olduğu unutulmamalıdır." yolundaki karşı görüşleri ve oyçokluğu ile bozulmuştur.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 28.10.2004 gün ve 183263 sayı ile;

TCK'nın 312/2. madde ve fıkrası "Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde hüküm taşımaktadır.

Suçun yasal unsurları şunlardır;

A. Maddi Unsur: Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, bölge farklılığının demokratik yapıda ilke ve farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürmek, değişik fikir, kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamak yerine, sayılan farklılıklar esas alınarak halkı düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik edilmelerinin ortaya çıkaracağı somut tehliktir.

B. Manevi Unsur: Kamu düzeni için tehlikeli olabilecek (şiddeti çağrıştıracak ve açık, yakın ve somut tehlikeyi içerecek) şekildeki yoğunlaşması kasta yaklaşan öngörü ve irade ile işlenmelidir.

Yasa Gereğesinde: Çağdaş demokrasilerde katılımcı ve çoğulcu düşüncelerin, insan hakları ve temel hürriyetlerin tanınması ve koruma altına alınması için uluslar arası belgelerle ve en son Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak adlandırılan, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alındığı;

Bu doğrultuda Anayasa'da 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe uygulama kabiliyeti kazandırmak için TCK'nın 312/2. maddesinde 4744 sayılı Yasa ile yeni çehresine kavuşturulmuş olup, suçun tehlike suçu olduğu, açık, yakın ve mevcut tehlikeyi içermesi gerektiği;

Uygulamada bu kavramların açıklığa kavuşturulup tespitinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce saptanan ölçütlerin de göz önüne alınarak, yüksek yargının yorum ve içtihatlarının toplumsal tehlikeyi önleme, eleştiri, ifade ve siyasal propaganda hürriyetlerini aynı zamanda sağlama amacına ulaşmanın sağlam ilke, çare ve uygulamaları olarak kabul ve ifade edilmiştir.

Yüksek Yargıtay 8. Ceza Dairesi ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasındaki anlaşmazlık (1) nolu bozma nedeniyle ilgili olup, sanıklara yüklenen suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı konusundadır.

Suçta konu "*Din Düşmanlığı Terörü*" başlıklı köşe yazısı bir bütün olarak incelendiğinde;

Anayasamızın 2, 13, 14 ve 24. maddelerinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin devlet ve toplum yapısını oluşturan tüm değerlerin temel taşı olan laiklik ilkesinin hayata geçirilmesi ve korunmasına yönelik olarak, eğitim kuruluşları ile diğer kamusal alanlardaki türban yasağı ve benzeri kararları alan ve uygulayan devlet idarecileri ile bu uygulamaları destekleyen kesimleri; İslam ve Müslümanlığa karşı savaş açmış "*dinsiz ve şirret bir azınlık*" olarak niteleyerek, ülkemizde yaşayan dindar insanlara karşı düşman hedef kitle olarak, laik uygulamalar ise; milletin dinine, imanına, mukaddesatına, şeriatına saldırmakla eşdeğer, alçakça ve namussuzca hareketler olarak ifade edilmiştir.

Öncelikle sanığın yazıda kullandığı bir takım sözcüklerin anlamlarının irdelenmesi gerekmektedir.

Türk Dil Kurumu'nun *Türkçe Sözlüğü*'ne göre; "*şirret; geçimsiz, huysuz, kavga çıkartmaktan hoşlanan, edepsiz, yaygaracı*", "*alçak (mecaz); bile bile en kötü, en ahlaksızca davranışlarda bulunan, aşağılık, soysuz, namert, hain, rezil*", "*namussuz; ahlak kurallarına uygun davranmayan, ahlak kurallarını çiğneyen*", "*dinsiz (sıfat); dini inancı olmayan (mecazen acımasız)*", "*dönme; başka bir dinde iken Müslüman olan, mühtedi*" anlamındadır.

Kelimelerin anlamı, kullanılma biçimi birlikte değerlendirildiğinde, sanık, ifade özgürlüğü kapsamında hoş görülebilen, sarsıcı, şok ve rahatsız edici eleştiri sınırlarının da ötesinde, aşağılayıcı ve tahrik edici (kışkırtıcı) bir üslup kullanmayı tercih etmiştir.

Seçilen konu, hedef kitle ve kullanılan üslup nazara alındığında, söz konusu yazının, dindar halk kesimini, diğer kesime kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik edeceği ve bu anlamda şiddeti davet edici nitelikte olduğunun kabulünde zorunluluk vardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları ve içtihatlarına baktığımızda, Kuhnen/Almanya davasında, Avrupa Komisyonu davacının özgürlük ve demokrasiye dayanan temel düzene zarar vermeyi amaçlayan nasyonal sosyalizmi savunduğunu ve ifade ettiği düşüncelerin AİHS'nin Dibacesi'nde dile getirilen temel değerlerden birine karşı olduğunu saptamıştır. AİHS'de ilan edilen haklar *"en iyi şekilde ... gerçek bir siyasi demokrasi çerçevesinde korunabilir."* Buna ek olarak, Komisyon davacının ifade ettiği düşüncelerin ırksal ve dini ayırimcılık unsurları içerdiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla, Komisyon davacının ifade özgürlüğünü, hem hakların suiistimalini yasaklayan 17. maddeye, hem de AİHS'nin lafzına ve ruhuna aykırı biçimde kullanmayı amaçladığını saptamıştır. Sonuç olarak Komisyon davacının ifade özgürlüğüne müdahalenin *"demokratik bir toplumda gerekli"* olduğuna karar vermiştir.

Yerel mahkeme kararının gerekçesinde, *"suça konu yazıyı tüm yönleri ile irdelemiş ve yüklenen suçun unsurlarının oluştuğu kanaatiyle sanıkların mahkumiyetine hükmetmiştir. Oluşa, gerekçeye ve tüm dosya içeriğine göre yerel mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır."* görüşü ile itiraz yasa yoluna başvurarak,

Özel Daire bozma ilamının (1) nolu bozma nedeni yönünden kaldırılarak, sanık M. hakkındaki yerel mahkeme hükmünün onanmasına,

Sanık S. yönünden ise, hükümden sonra yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 30. maddesiyle 5680 sayılı Basın Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmış olması ve Yeni Kanun'da bu suç nedeniyle kapatma cezasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması karşısında, hükmün bu nedenle bozulmasına, CMUK'nun 322. maddesi uyarınca hükümden *"davaya konu M. Gazete'nin 5680 sayılı Kanun'un Ek 2/1. maddesi gereğince takdiren üç gün süreyle geçici olarak kapatılmasına"* ilişkin bölümün çıkartılması suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Ceza Genel Kurulu Kararı

Sanıkların, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik etmek suçundan cezalandırılmalarına karar verilen somut olayda, Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, suçun yasal unsurları itibariyle oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Ancak Genel Kurul'da işin esasının görüşülmesine geçilmeden, temyiz aşamasında bir kısım yargıçlara yönelik ret isteminin Özel Daire'ce karara

bağlanmamış olmasının hükme etkili bir usul yanılığı olup olmadığı hususunun ön sorun olarak gündeme getirilmesi üzerine, bu konu öncelikle ele alınıp incelenmiştir.

Dosya içeriğine göre, sanıklardan S. ile kapatılmasına karar verilen gazetenin imtiyaz sahibi olan Y. A. Ş. vekilleri tarafından verilen 24.12.2002 günlü dilekçe ile, 8. Ceza Dairesi Başkanı ve üyeleri N. Ü., U. K., Y. D. ve S. Ç'nin, Y. A. Ş. aleyhine hukuk davaları açtıklarını, ardından da icra takibine giriştiklerini ifade edip buna dair belge fotokopilerini de eklemek suretiyle, bu yargıçların tarafsız davranacaklarından kuşku duyduklarını belirterek retlerini talep etmiş iseler de, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 15.07.2004 gün ve 12989-6377 sayılı ilamında bu istemle ilgili olarak herhangi bir karar verilmemiştir. Ancak, reddi istenen yargıçlardan ikisinin emekli olduğu, birinin başka dairede üye olarak görev yaptığı, ismi geçenlerden sadece yargıç S. Ç'nin halen aynı dairede görev yapmakta olduğu ve reddi istenilen yargıçlardan hiçbirinin hükme iştirak etmedikleri anlaşılmaktadır.

Yargıtay Yasası'nın 39. maddesinin konuyu düzenleyen 3. fıkrasında; *"Dairelerin veya genel kurulların başkan ve üyeleri reddolunabilirler. Ret hususundaki istemler, reddedilen başkan veya üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek kesin karara bağlanır. Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez."* hükmü mevcuttur. Sözü edilen kurala göre, Yargıtay Kurulları ile dairelerinin başkan ve üyelerinin reddinin istenmesi halinde bu hususun incelenerek kesin karara bağlanması zorunlu ise de, somut olayda reddi istenen yargıçların temyiz incelemesine ve hükme iştirak etmemeleri karşısında, istemin konusuz kaldığı belirlenmiştir. Bu bakımdan, bir kısım yargıçların reddine ilişkin istemle ilgili olarak Özel Daire'ce herhangi bir karar verilmemiş olması, hükmün sonucuna etkili bir husus olarak görülmemiştir.

Ön soruna ilişkin bu hususun, açıklanan surette ve oybirliği ile karara bağlanmasından sonra Yargıtay C. Başsavcılığı itirazına konu davanın esasının görüşülmesine geçilmiştir.

Konunun tartışılmasına geçmeden önce, Yüksek CGK'nın 2004/8-130 Esas, 23.11.2004 tarih ve 2004/206 sayılı kararında yapılan nitelendirme uyarınca, anılan kararın *"içtihat"* niteliğinde olup olmadığı ve o kararda ortaya konulan ilkelere uygun hareket edilip edilmeyeceğinden açıklanması gerekmektedir.

CGK'nın 2004/206 Karar sayılı ilamında, TCK'nın 312/2. maddesi yönünden ilke ve unsurların içtihat niteliğinde ortaya konulduğu belirtilmiştir. Anılan karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine ve somut olay gözetilerek olay bazında verilmiş, yerel mahkeme yönünden bağlayıcı dahi olmayan kesinleşmemiş bir karardır. Yerel mahkeme yönünden bağlayıcılığı

bulunmayan ve Yüksek CGK'nın yerleşik görüşünü yansıtmayan bahse konu kararın içtihat niteliği bulunmadığından, konunun bütün yönleriyle irdelenmesi gerekmektedir.

İncelenen olayda;

Sanıklardan S'nin sorumlu yazı işleri müdürlüğünü yaptığı M. Gazetesi, yaklaşık otuz bin tirajlı günlük bir gazete olarak İstanbul'da basılıp yayımlanarak tüm ülkede satışa sunulmaktadır. Sanık M ise, on yıldan bu yana aynı Gazete'de "Takvimden Yapraklar" isimli sütunun köşe yazarlığını sürdürmektedir. Gazete'nin 15.11.2000 günlü nüshasının ikinci sayfasında yayımlanmış bulunan, "Din Düşmanlığı Terörü" başlıklı yazıda kullanılan bir kısım ibare ve ifadeler ile, din ve mezhep farklılığı gözetilerek halkın bir kesiminin kin ve düşmanlığa tahrik edildiği iddia edilmiş ve yazıyı kaleme alan sanık M. ile Gazete'nin Sorumlu Yazı İşleri Müdürü olan sanık S. haklarında kamu davaları açılmıştır. Suça konu yazıda aynen;

"Bir gazetede bir takım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık, edepsizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı?.. Millet'in dinine, imanına, mukaddesatına, Şeriatına saldırmak da bunun gibidir ve belki daha alçakça ve namussuzcadır.

Dünyanın hiçbir medeni, ileri, sağlıklı, hukuklu ülkesinde dinsiz ve şirret bir azınlığın, o ülkede hakim olan dine ve dinlere savaşa açtığı, saldırdığı, hakaretler savurduğunu göremezsiniz. Böyle bir gerilik ve medeniyetsizlik bize, bazı üçüncü dünya ülkelerine mahsustur.

Milletin dinine, imanına, inandığı gibi yaşamak hürriyet ve hakkına karşı gelenler halk yığınlarını devletten soğutmak ve böylece, dolaylı bir şekilde Türkiye'nin temellerini dinamitlemek, ülkeyi çökertmek istiyorlar.

Başörtüsü İslam'ın sembolüdür. Başörtüsüne saldırmak İslam'a saldırmak demektir. Atatürk, falan diyeceklerdir. Yalandır. Atatürk'ün tesettür lehinde beyanı vardır, tarihe geçmiştir.

İslam'a ve Müslüman halka düşmanlık yapanların hepsi Sabetaycıdır demiyorum ama onların içinde çok militan, çok azılı, çok ileri giden Selanik Dönmeleri vardır. Bu adamlar ne yapmak istiyor?

Halk yığınları, hatta amme hukuku ve devlet nazariyeleri okumamış üniversite mezunları bile devletin ayrı şey, rejim veya sistemin ayrı şey olduğunu bilmezler. Bu yüzden birkaç yıldan beri, militan ve azılı din düşmanları yüzünden devletimizin itibarı erimektedir.

Türkiye'yi Tunus'a benzetmek istiyorlar. Eskiden batıcılık yaparlardı, ilhamlarını Batı'dan alırlardı. Şimdi Batı'da büyük bir din ve vicdan hürriyeti var. İngiltere'de, Almanya'da, Fransa'da milyonlarca Müslüman yaşıyor. ABD'de, Hıristiyanlıktan sonra İslam ikinci din olmuştur. O medeni, hukuklu, gerçekten demokrat, insan hak ve hürriyetlerine hürmet ve riayet edilen ülkelerde Müslümanlar, dini kimliklerini koruyarak güven ve huzur içinde yaşıyor, kızlarını başörtüsü ile üniversitelere gönderebiliyor. Bizdeki gizli ve derin devlet idarecileri ilhamlarını diktatörlükle idare edilen küçük Tunus'tan alıyor. Orada Müslüman halka din hürriyeti tanınmıyor. Kadın ve kızların sokaklarda tesettürlü gezmesi yasaktır. Beş vakit namaz kılmak bir cesaret meselesidir. Camilerde ayrı ayrı zamanlarda vakit ezanları okunmakta, birkaç ihtiyar namaz kıldıktan sonra kapılar hemen kapanmaktadır. Tunus Müslümanlar için bir zindan, bir cehennem olmuştur. Oradaki rejim sağlıklı mıdır, uzun ömürlü olur mu? Böyle küçük bir Afrika ülkesi, imparatorluklar kurmuş Türkiye'ye örnek ve model olabilir mi? Elbette olamaz.

Türkiye'de siyasal İslam varmış ve bu bir tehlikeymiş. Siyasal Masonluk, siyasal Sabetaycılık, siyasal dinsizlik, siyasal ilhad oluyor da siyasal İslam niçin olmayacaktı? Dini siyasete alet etmenin mahzurları varsa (ki elbette vardır) bunu önlemek devletin işi değil, Müslümanların işidir. Müslümanlara din hürriyeti tam sağlanır; kendi eğitim sistemlerini kurmalarına, üniversitelerini açmalarına, İslam ve çağ seviyesinde aydın kadrolar yetiştirmelerine imkan tanınırsa, onlar tabii ki, din istismarına, siyasal İslam'ın dejenere edilmesine fırsat vermeyeceklerdir.

Devletin temel nizamlarını Masonluk, dinsizlik, ateizm, Rotaryenlik, Lionsçuluk, Sabetaycılık üzerine oturtmak maksadıyla propaganda yapmak, faaliyette bulunmak serbest ama Müslümanların İslami prensip ve hükümleri hayata hakim kılmak için çalışmaları yasak. Böyle hürriyet, böyle demokrasi olur mu?

İslam ve Müslümanlara düşmanlık edilmesi, dindar halkın ezilmesi Türkiye'nin en büyük ayıbıdır.

Yedinci asırda İslam Mekke'de zuhur ettiği zaman, müşrikler iman edenlere büyük zulümler yapmışlar, Peygamber de onların Habeşistan'a hicret etmelerine izin vermişti. Müslümanlar için bugünkü Habeşistan medeni Batı ülkeleridir. Türkiye'de okumalarına engel olunan tesettürlü kız çocuklarımızın bir kısmını Hıristiyan Batı ülkelerine göndererek onlara yüksek tahsil yaptırılmamız. Onları en güçlü üniversitelerde, bilhassa sosyal ve siyasal kültür alanlarında yetiştirmeliyiz. Memnuniyetle öğreniyorum ki, birtakım varlıklı Müslüman aileler kızlarını dış ülkelerde okutmak üzere harekete geçmişlerdir. Bu iş o kadar kolay değildir. Kız çocukları korunmaya muhtaçtır. Bu yüzden tesettürlü kızların, gruplar halinde ve başlarında yaşlı ve tecrübeli hocalar, hocahanımlar olduğu halde okutulması gerekir. Ben öncelikle ABD, Kanada ve İngiltere'de öğrenci okutulmasını tavsiye ederim.

Dünyanın en ileri ülkelerinde, en parlak üniversitelerinde lisan ve edebiyat uzmanları, türkologlar, tarihçiler, sanat tarihi ve kültürü üzerine derin ihtisas yapmış elemanlar, siyasetçiler, hukukçular, mimarlar yetiştirmeliyiz. Böyle değerli kişiler açığa kalmaz. Türkiye'deki sıkıntılar hep böyle ilelebet devam etmez.

Ülkemizdeki dinsizlik baskıları hür ve medeni dünyaya duyurulmalıdır. Müslümanlardan, hizmet ve yardım parası olarak milyarlarca dolar toplayan din baronları İngilizce, Almanca, Fransızca, Arapça kitaplar ve broşürler çıkartarak bizdeki egemen azınlığın İslam'a ve Müslümanlara nasıl saldırdığını, Müslümanlara nasıl eziyet ettiğini dünya aydınlarının gözleri önüne sermelidir. 'Dünya zaten biliyor ...' demek ahmaklık olur. Birkaç uzman ve diplomat dışında Türkiye'deki dinsizlikleri dünya bilmiyor. Bunları duyurmak vazifesi bize ait bir iştir.

Maalesef bazı kodaman ve kocaman din baronları bozuk düzenle, kötü sistemle, zalimlerle anlaşmış vaziyettir.

Müslümanlara yapılan zulümler din sömürücülerini hiç ilgilendirmiyor. Onların dini imanı paradır, putları ise nefsi-i emmareleridir.

Bugünkü gidiş gösteriyor ki, dinsizler başörtüsü yasağını sokağa kadar genişletmek istemektedir. Köylülerden, gecekondu halkından, ihtiyaçlardan başka kimsenin başörtüsü takmasını istemiyorlar. Bu bir vahşettir, medeniyetsizliktir, asıl gericiliktir.

Müslüman kızlar ABD, Kanada, İngiltere, Almanya ve diğer medeni ve demokrat ülkelerin üniversitelerine başörtüleriyle serbestçe gidiyorlar, yüksek tahsil yapıyorlar da Türkiye'de niçin gidemeyecekler, yapamayacaklarmış...

Müslümanların başlarına gelen felaketlerin asıl sebebi din sömürüsü yapılmasıdır. Dini imanı para olan, nefsi-i emmarelerine put gibi tapan birtakım alçak ve rezil adamlar islami hareketi kirletmişler, Müslümanları aldatmışlardır. Dinsizlere en büyük kozu bu sefiller ve sürüngenler vermiştir.

Yüce İslam dinini alet ve vasıta kılarak, mukaddesat bezirganlığı yaparak zengin olmak, ün ve makam kazanmak en büyük alçaklıktır.

Ümmet işleri meşveret (danışma), adalet, emanete riayet, ihlas, istikamet, sıdk ile görülmelidir. İslami hizmet ve faaliyetlerde şarlatanlığın, soytarılığın, Firavunluğun, Nemrudluğun yeri yoktur. Hiçbir islami hizip, fırka, tarikat, cemaat din ile özdeşleştirilemez.

İslami hizmet ve faaliyetlerde İslam ahlakının ilkeleri hakim olmalıdır. Tağuti ahlak ile, Makyavelizm ile hareket edilirse, hizmet edilmez, hezimete sebebiyet verilir." denilmektedir.

Uyuşmazlık konusu sorunun sağlıklı bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi bakımından; öncelikle düşünce özgürlüğü kavramının öğretilerdeki görüşlerden de yararlanılarak açıklanması, kapsamının belirlenmesi, bu özgürlüğü koruyan ve kısıtlanabileceği ayrık alanları ortaya koyan ulusal ve uluslararası pozitif normların incelenmesi, ardından “kamu düzeni”, “umumun emniyeti” ve “tehlike” kavramları açıklığa kavuşturulup yüklenen eyleme ilişkin TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun unsurları da açıklandıktan sonra, somut olayda bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Düşünce Özgürlüğü

Doğal hukuka dayanan insan hakları, yalın bir tanımla “insanın insan olmaktan kaynaklanan haklarını” ifade eder; bu haklar, doğuştan kazanılan, vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. (Melika Batur Yamaner, *Uluslararası Hukukta Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu*, İstanbul, 2001, yayınlanmamış doktora tezi, s. 3) Ne var ki, tarihsel süreçte kabul edilmesi ve içselleştirilmesi insanlık tarihinin en sorunlu alanlarından biri olmuştur. Gerçekten de gerek düşünsel ve gerekse tarihsel kaynakları daha eskilere gitmekte ise de Anayasa Hukukunda birinci kuşak hakları olarak isimlendirilen insan hakları, doğal hukuk anlayışı ile bireycilik ve öğretisinin sonucu hukuksal metinlerde yer bulmuştur. (İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Ankara, 2002, s. 41 vd.).

İnsan haklarının başında gelen düşünce-ifade özgürlüğü temelde düşüncenin korunmasını amaçlamaktadır. Düşünce ise “bir şey, kimse, olay veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, vaziyet almak, değerlendirmede veya mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim gibi araçlarla yansıtmaktır.” (Bahri Öztürk - Veli Özer Özbek - Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2001 s. 130).

Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz ki bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlarından dolayı insanın “kınanmaması” da gerekmektedir. (Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul, 1969, s. 13, 15).

Hukukun doğrudan alanına girmeyen düşünme özgürlüğü; bilgi edinme, kanaat ve açıklama özgürlükleri/bileşenleriyle birlikte hukukun norm alanında yerini alır. Böyle bir ortamın yaratılması ve sürdürülmesi de hukukun temel işlevlerindedir (Adnan Küçük, *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Ankara, 2003, s.

33). Hukuksal korumayı sağlayacak olan da devlettir; bir başka ifadeyle düşüncüyü açıklama özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde devletin etkin bir işlevi söz konusudur. Dahası devlet, çoğulcu demokratik ilkeler çerçevesinde kendisinin koyduğu normlara uygun düşünmemeyi de güvenceye almalıdır. Bireyin düşüncesinin oluşum evresinde gerekli düzenlemeleri yapmanın yanı sıra devlet; düşüncesinden ötürü kınanmamak ve düşüncesini açıklamak ve yaymak ile nihayet meşru sınırlar içinde düşüncesine uygun davranışlarda bulunabileceği ortamı bireye yaratmakla yükümlüdür. Bir başka ifade ile nitelikli haklar kategorisinde yer alan düşünce özgürlüğü yönünden devlet, biri pozitif diğeri negatif olmak üzere iki yükümlülük altındadır. Pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü uyarınca ise kabul edilen sınırları içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır.

“Sınırsız özgürlük” anlayışı felsefi anlamda ileri sürülebilse de bu görüşün örgütlü siyasal toplumda kuşkusuz ki geçerliliği bulunmamaktadır. (Uğur Alacakaptan, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi” *Hukuk Kurultayı 2000*, C. 2, Ankara, s. 7) Bu nedenle de demokratik rejimlerde çoğulculuk ilkesine uygun, tek-doğru anlayışından uzak, takdir alanının sınırları çizilmiş olarak devlet, nesnel ölçü ve nedenlere dayanarak düşünce özgürlüğünü sınırlayabilir. (Tanör, *a.g.e.* s. 52 vd.; Ömer Korkmaz, *Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları*, İzmir, 2004, yayınlanmamış doktora tezi, s. 45).

Pozitif hukuk tarafından belirlenmemiş olsa bile nesnel olarak kaba, bayağı, müstehcen, saldırgan, aşağılayıcı, onur kırıcı söz ve yazı ile hakaret, sövme, kötüleme, iftira, sırf ar ve haya duygularını incitmeyi amaçlayan düşünce açıklamaları, hukukun koruma alanı dışında kalırlar. (Korkmaz, *a.g.e.* s. 12; Tanör, *a.g.e.* s. 17-18) Gerçekten de “ortak hukukun değişmez ilkesi olan başkalarının haklarına saygı, başkalarının şanı, şöhreti, kişiliği hakkında küçük düşürücü hakaret, sövgü ve iftira niteliğindeki ifadeler ile ‘kamu ahlakını’ toplum ahlakını ve genel adabı korumak için müstehcenliğin yasaklanması, bu düşünceler esasen düşünce özgürlüğünün özneleri olamayacağı için yasaklama, özgürlüğün yabancı unsurlardan arındırılması olarak kabul edilmelidir.” (Tanör, *a.g.e.* s. 73-74) Bu tür ifadelerin fiziksel saldırıdan daha az kötü olmadığı ve uygar toplumlarda buna izin verilmemesi gerektiği de unutulmamalıdır. (Robert Tarager - Donno L. Dickerson, *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, Ankara, 2003, s. 157)

Öte yandan “açık ve yakın tehlike” oluşturan, ulusal güvenliği bozan, savaş kışkırtıcılığı yapan, ırkçı söylemler içeren ifadelerin yasaklanması da evrensel kurallardandır. (Tanör, *a.g.e.* s. 73-74; Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara, 2000, s. 68 vd.)

Düşünce Özgürlüğüne İlişkin Pozitif Normlar

Düşünce özgürlüğü ile ilgili gerek evrensel hukuk ve gerekse ulusal hukuklarda ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu bağlamda;

10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesi,

"Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve görüşleri her yoldan aramak, almak ve yaymak özgürlüğünü" kapsar,

16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesi;

"1. Herkesin, söz özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak gerek sözlü, yazılı ya da basılı veya sanat eseri şeklinde, gerekse seçilen diğer herhangi bir yoldan, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, her türlü haber ve düşünceyi araştırma, alma ve verme özgürlüğünü içerir."

4 Aralık 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrası;

"Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir."

hükümlerini öngördüğü gibi,

21 Kasım 1990 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı, Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı'nda;

"İnsan hakları ve temel hürriyetler, tüm insanların doğumlarıyla birlikte iktisap ettikleri vazgeçilmez haklardır ve kanunlarla garanti altına alınmışlardır. Bunların korunması ve geliştirilmesi devletin başka gelen görevidir. Bunlara saygı, zorba bir devlete karşı asil güvencesi oluşturur. Bunlara uyulması ve tam olarak uygulanması hürriyetin, adaletin ve barışın temelidir."

"... Demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Demokrasi, ifade hürriyetinin, toplumun her kesimine karşı hoşgörünün ve herkes için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesidir."

13 Ekim 2004 tarihli Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın II-71. maddesinin 1. fıkrasında;

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, bir görüş sahibi olma ve haberlerle fikirleri, kamu yetkililerinin herhangi bir müdahalesiyle karşılaşmadan ve sınırlardan bağımsız olarak alma ve bildirme özgürlüklerini de içine alır.”

kuralları düzenlenmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 25. maddesi;

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.”

“Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

26. maddesi,

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükümü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”

hükümlerini getirmektedir.

Düşünce Özgürlüğünün Kötüye Kullanılmaması Ve Sınırlanması

Öte yandan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi ve önlenmesi için İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 30, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 17. maddeleri, Bildiri ve Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa veya kişiye Bildiri ve Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin daha geniş ölçüde sınırlandırılması veya yok edilmesi hakkını vermediğini öngörmektedir. 19 Kasım 1999 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Avrupa Güvenlik Şartı'nda; *“... düşünce, inanç ve din özgürlüğü dahil insan hakları ve temel özgürlüklerin ihlali, hoşgörüsüzlük, saldırgan milliyetçilik, ırkçılık, şovenizm, yabancı düşmanlığı ve anti-semitizm gibi güvenliği oluşturan hususlarla mücadele etmeyi taahhüt ediyoruz ...”* denilmektedir. Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın 114. maddesi de; hakkın kötüye kullanılmayacağını düzenlemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 11 Ekim 1979 tarih ve 8348/78, 8406/78 sayılı Glimmerveen ve Hogenbeek/Hollanda Davasında; *“... 17. maddenin genel amacı, totaliter gruplaşmaların, sözleşmenin koyduğu ilkeleri lehlerine işletebilmelerine engel olmaktadır....”* (Kaboğlu, a.g.e. s. 104) içtihadını vermiştir. Mahkemenin bu içtihadı geleneğine de uygun düşmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkeme-

si'nin 17.8.1956 tarihli kararı ile kapatılan Komünist Partisi'nin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yaptığı başvuruyu 20.7.1957 tarihinde karara bağlayan Komisyon, başvuruyu Sözleşme'nin 17. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak reddetmiştir. Komisyon, ret kararı verirken *"düşünce ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasında açık ve mevcut tehlikenin varlığını değil de, ileride doğabilecek olası bir tehlikenin durumunu göz önüne alarak genişletici bir yorumla sonuca gitmiştir."* (Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Ankara, 2002, s. 101-103).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıcının beşinci paragrafı;

"Hiçbir faaliyetin Türk Milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı"

13. maddesi;

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz..."

kurallarını getirmektedir.

Anayasa'nın 14. maddesi ise; *"Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına ilişkin düzenleme yapmak suretiyle Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü, İnsan Haklarına Dayalı Devlet, Demokratik ve Laik Cumhuriyet değerlerini koruma alanına almaktadır."* (Yokuş, a.g.e. s. 167 vd.). Anayasa'nın düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğüyle ilgili 26. maddesinin 2. fıkrası *"Cumhuriyet'in temel nitelikleri"*ni sınırlama nedenlerinden saymaktadır. Cumhuriyet'in nitelikleri ise Anayasa'nın 2. maddesinde *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir ..."* şeklinde açıklanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinin yollamasıyla başlangıçta belirtilen *"temel ilkelere"* de sınırlamada nazara alınması gerekmektedir.

Anayasa'nın 90/son maddesinde 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır"* cümlesi eklenmiştir.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesinin üçüncü fıkrasında "... Bu hak, belirli kısıtlamalara tabi tutulabilir. Ancak bunlar yasayla öngörülmek koşuluyla başkalarının haklarına ve itibarına saygı göstermek; ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya kamu sağlığı ve genel ahlaki korumak için gerekli olan kısıtlamalar olabilir" denilmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında da "Kullanılması, görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabileceği" ifade edilmektedir.

Sanığın yukarıya aynen alınan yazısı, laiklik ilkesine karşı içerikli olduğundan öncelikle anılan ilkeye değinilmesi zorunlu görülmektedir. Anayasa'nın başlangıç laiklik ilkesine vurgulama yaparken, 2. maddesi de söz konusu ilkenin Cumhuriyet'in niteliklerinden olduğunu belirtmekte ve 4. madde ile de değiştirilemeyeceği açıklanmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında (m. 13) ve kötüye kullanılmamasında (m. 14) "doğrudan", düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında "dolaylı" (m. 26/2) olarak laiklik ilkesi referans yapılmaktadır. Diğer taraftan "... Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğine koruma amacı güden" devrim yasalarının da Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı 174. maddede açıklanmaktadır. Gerek 1961 Anayasası'nın 153. ve gerekse 1982 Anayasası'nın 174. maddesi ile koruma altına alınan "devrim yasalarının yanı sıra Cumhuriyet'in nitelikleri ve bu bağlamda laiklik ilkesi, değiştirilemez düzenleme ve ilkelerdir." Denilebilir ki Türk Devrimi, temelde, laiklik ilkesine oturtulmuş, bir bakıma laiklik ve devrim aynı anlama gelmiştir ... (Çetin Özek, 100 Soruda Türkiye'de Gerici Akımlar, İstanbul, 1968, s. 121) "Laiklik ve devrimler konusunun etrafında dönen tartışmalar ne olursa olsun, gerçek olan bir yön vardır ki, Türkiye'de laiklik temel bir Anayasa kuralı olarak yer almış bulunmaktadır ..." (Çetin Özek, Türkiye'de Laiklik, İstanbul, 1962, s. XI-XII) 1937 yılında, anayasal bir kural haline gelmesi, kuruluş döneminin laik bir sisteme yönelen adımlarının ulaştığı sonuçtur; ve "bir bakıma bu değişim ile laik yapı hukuk alanında tamamlanmıştır ..." (Özek, Türkiye'de Gerici Akımlar, s. 93) Hukuksal olarak laiklik, aynı zamanda demokrasinin zorunlu koşuludur. Demokrasi, özgürlük ve eşitlik temeline dayanırken; laiklik de bu iki ilkenin doğal bir sonucudur. (Abdullah Sezer, Türk ve Amerikan Yüksek Mahkeme Kararlarında Din-Vicdan Özgürlüğü ve Din-Devlet İlişkisi- Laisizm-Sekülerizm, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2000, s. 20 vd.).

Uluslaşma projesinin bir parçası olan Türkiye'deki laiklik hareketi, bu anlamda batıdan farklı ve özgün bir içerik taşımaktadır. Batıda laiklik, uluslaşma

sürecinin sonunda ortaya çıktığı halde, Türkiye’de uluslaşma ile birlikte hatta uluslaşmanın önkoşullarından biri olarak doğmuştur. (Bülent Tanör, *Kuruluş Üzerine 10 Konferans*, İstanbul, 1996, s. 154; Bihterin (Vural) Dinçkol, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul, 1992, s. 195; Sezer, *a.g.e.* s. 85).

Bilimsel olarak;

Ulus-devletin sonucu ortaya çıkan laiklik ile ulus-devlet projesinin önkoşulu olan bu laiklik çözümlemesi, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına da yansımış bulunmaktadır.

1961 Anayasası dönemindeki,

“Dini anlayış yönünden benzer koşulları bulunmayan bir ülkenin, batı hukukundaki anlamı ve biçimiyle laiklik ilkesini benimsememesini koşullardaki ayrılığın sonucu gibi görmek gerekir.” (Ay. M. 21.10.1971 T., 1970/53 E. ve 1971/76 K. AYMKD., s. 10, s.61-62’den aktaran Sezer, *a.g.e.* s. 84),

1982 Anayasası dönemindeki;

“Dini ve din anlayışı tamamen farklı olan bir ülkenin, laikliği o ülke batı medeniyetine açık olsa dahi batılı ülkelerdeki anlayış içinde benimsemesi esasen düşünülemez...” (Ay. M. 25.10.1983 T, 1983/2 E, 1983/2 K., RG, 15.10.1984, s. 18546’ dan aktaran Sezer, *a.g.e.* s. 358) şeklindeki kararlarında bu farklılığa değinilmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi;

“Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır.”

“... laikliği ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özerklik kazanamaz...” (Ay. M. 7.3.1989 T, 1989/1 E, 1989/12 K; AYMKD., s. 25, s. 154’den aktaran Sezer, *age*, s. 143, 146) şeklindeki gerekçesiyle laikliğe karşı çıkışları din özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak yorumlamıştır.” (Bakır Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi-Sentetik Bir Deneme için Notlar”, *Anayasa Yargısı*, s. 7, Ankara, 1990, s. 85).

Anayasa Mahkemesi’nin, laiklik ilkesinin Türkiye’deki uygulanmasına ilişkin özgül koşullar ile takdir marjı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarıyla koşutluk arz etmektedir. Avrupa Mahkemesi’nin Müller ve Diğerleri kararında, *“taraf devletlerin, hukuki ve sosyal düzenlerinde tekdüze bir Avrupa ahlak anlayışı belirlemenin ...”* imkansızlığını vurgulayan mahkeme, davalı ülkenin özgül koşullarının dikkate alınabileceğini belirtir. (Korkmaz, *a.g.e.* b. 152) mahkemenin süreklilik gösteren ve Autronic AG davasında da

tekrarladığı içtihadına göre, “*taraf devletler müdahalenin gerekliliğini değerlendirme konusunda belli bir takdir marjına sahiptirler.*” (Korkmaz, a.g.e. s. 207) Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye Davası Kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, teokratik rejim yıkılarak, Türkiye’de Cumhuriyet rejimi kurulduğunda, İslam’ın ve diğer dinlerin, özel dini uygulama alanıyla sınırlandıran laikliğin seçildiğini ve anılan ilkenin demokratik rejimin yaşatılmasındaki önemine vurgulama yapmıştır. (41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Strazburg, 13 Şubat 2003, Yargı Bülteni, 5 Mayıs 2003, S. 208, Paragraf 125) Aynı kararda “*ayrıca, diğer sözleşmeciler gibi Türkiye de dinden esinlenen özel hukuk kurallarının ... kamu düzenine ve demokratik değerlere zarar verecek şekilde uygulanmasını meşru olarak engelleme hakkına sahiptir.*” gerekçesiyle (Paragraf 128) takdir hakkının mevcudiyetini tekrarlamıştır. Türkiye ile ilgili bir diğer kararında da aynı Mahkeme laiklik ilkesinin önemine değindikten sonra “*devlet ile dinler arasındaki ilişkiler tartışma konusu olduğunda, ki bununla ilgili düşünceler demokratik toplumlarda makul şekilde birbirlerinden çok farklılık gösterebilir, bu durumda ulusal yasa koyucunun rolüne özel bir önem verilmelidir ... Bu gibi durumlarda, üzerinde tartışılan çıkarlar arasında kurulması gereken adil denge; diğerlerinin hak ve özgürlüklerine, iç huzursuzluktan kaçınmaya, kamu düzeni ve çoğulculuğun gereklerine saygı göstermek yoluyla sağlanmalıdır ...*”

“7 Mart 1989 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi diğerlerinin yanı sıra laikliğin Türkiye’de demokratik değerlerin güvencesi olduğunu -bireysel vicdanı ilgilendirdiği sürece- inanç özgürlüğünün kısıtlanamayacağı ve vatandaşların kanun karşısında eşit olduğu ilkesini vurgulamıştır... Laiklik aynı zamanda bireyi dış baskılardan korur. Kişinin dinini ifşa etme hakkına bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlamalar getirebilir ...”

“*Bu tür bir laiklik kavramı Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin temelini oluşturan değerlerle uyumludur ve Mahkeme bu ilkenin desteklenmesinin Türkiye’de demokrasinin korunması için gerekli görülebileceğini kabul eder.*” içtihadıyla Türkiye’nin gerek laiklik ilkesinin önemine ve gerekse bu ilkeye ve özgül koşullarına bağlı olarak, takdir alanı içinde sınırlama yapabileceğini açıklamıştır. (Leyla Şahin/Türkiye Davası, 4. Bölüm, 44774/98, Strazburg, 24 Haziran 2004, paragraf 98,101,105 ve 106)

Sanığın yazdığı ve davaya konu olan yazıda, eğitim-öğretimde başörtüsü yasağı ve başörtüsünün İslam’ın sembolü olduğundan söz edildiğinden, bu konudaki düzenleme, uygulama ve yargı kararlarına değinilerek bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Anayasa’nın 42. maddesinin 3. fıkrası, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı hükmünü getirmektedir. 1739 sayılı Milli

Eğitim Temel Kanunu'nun hükmü (m. 2/1) de Türk Milli Eğitimi'nin genel amacının Atatürk devrim ve ilkeleri ile Milletçiliğine dayalı olmasının yanı sıra *"insan haklarına ve Anayasa'nın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti"* ilkelerine bağlı olduğunu öngörmektedir. Öte yandan, anılan Yasa'nın 12. maddesi *"Türk Milli Eğitimi'nde laiklik esastır."* hükmüyle söz konusu ilkeye bir kez daha vurgulama yapmaktadır.

"Türkiye Cumhuriyeti, İnsan Hakları Evrensel Bildiris'ini onaylarken yaptığı gibi, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun'la onayladığı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokol'ü imzalarken de, eğitim hakkını düzenleyen 2. madde hükmünü 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tutan bir çekince ile kabul etmiştir ..."(Sezer, a.g.e. s. 60)

Eğitim ve öğretimde uygulanan türban yasağı uygulaması Danıştay'ın ilgili Daire Kararlarında istikrar kazandığı gibi (8. D. 23.2.1984 T., 1983/207 E, 1984/330 K.; 16.11.1987 T., 1987/128 E, 1987/4986 K.; 27.6.1988 T., 1987/178 E, 1988/512 K.) Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 17.6.1994 gün ve 1993/61 esas ve 1994/327 sayılı kararında da;

"Yüksek öğretim kurumlarında öğrencilerin kılık ve kıyafetinin Anayasa'nın 174. maddesiyle anayasal güvence altına alınan devrim yasalarına, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ilke ve kurallarına, Cumhuriyet'in özgün niteliklerine ve ... yükseköğretimin amaç ve ilkelerine uygun olması gerektiği kuşkusuzdur."

"...Çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık-kıyafet giyen, başörtüsü veya türban takan öğrencinin, Atatürk inkılap ve ilkelerine aykırı davrandığı böylelikle yüksek öğretim öğrencisi olma sıfatının gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarstığı açık bulunmaktadır." değerlendirmesi yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi de 7.3.1989 gün ve 1/12 sayılı kararında;

"Sosyal ve dinsel değerlere, geleneklere saygı ayrı, başörtüsü için çıkan yasayı dinsel inançlara dayandırmak ayrıdır. Toplumun ahlak kuralları ve gelenekleriyle yön verdiği içtenlikli uygulamaları, yükseköğretim kurumlarında dinsel gereklere bağlamak, dinsel özgürlüğü saptırmaktır. Belli bir biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü inanma hakkıdır. Laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak, dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk ilkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir."

"Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır."

“Giysi durumu, salt bir biçimsel görünüm konusu değildir. Laiklik, düşünsel yapının değiştirilmesidir ... Devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanamaz. Dinsel nitelikli giysiler ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur ...”

“Kadın-erkek eşitliğini benimseyen Türk Devrimi'nin, kadın giysilerinin çağdaşlığını savsakladığı kabul edilemez. Kamu yaşamında ve özel yaşamda kadın-erkek giyimleri dinsel gerekler gözetilerek yasayla düzenlenemeyeceği gibi özellikle kamu kesiminde giyinmeyi düzenleyen kurallar ancak hukuksal gereklere göre düzenlenir. Devletin kendi kurumlarında düzenleme yapması en doğal hakkıdır ... Derslere çağdaş görünüme aykırı giysi ve örtülerle girmenin özgürlük ve özerklikle ilgisi olmadığı gibi, Devletin düzen sağlayacak kurallar getirmesi de özgürlük ve özerkliğe aykırı değildir. Kaldı ki, giyim özgürlüğü ve özerklik, laiklik üstün tutularak, laiklikle birlikte gözetilir. Laikliği ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özerklik geçerlik kazanamaz ...” içtihadını vermiş ve 9.4.1991 gün ve 1990/36 esas ve 1991/8 sayılı yorumlu ret kararında da bu karara göndermede bulunmuştur.

Örgütlenme özgürlüğü bağlamında savunulması halinde de Anayasa Mahkemesi yine,

“Kamusal kuruluşlarda ve öğretim kurumlarında başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan öte ayırım aracı niteliğindedir. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle, girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz ve bu tür eylemler Anayasa'daki laiklik ilkesine aykırılık oluşturur.” (16.1.1998 gün ve 1997/1 Esas ve 1998/1 sayılı karar)

“Yüksek öğretim kurumlarında, bilimsel yöntemlerle yetişerek birlikte çalışmalar yapan gençlerin kimin hangi inançtan olduğunu gösterecek biçimde güçlü bir dini simge olan başörtüsü takmalarına izim verilerek onları dinsel inanç ve görüşleri nedeniyle çatışmalara sevk edebilecek ortamın yaratılması başkalarının inanç özgürlüğünü ihlal edebileceği gibi kuşkusuz kamu düzenini de tehlikeye sokar...” (22.6.2001 gün ve 1999/2 Esas ve 2001/2 sayılı Kararı) gerekçeleriyle önceki görüşlerini sürdürmüştür.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin 12.11.1997 tarih ve E. No. 2P. 419/1996 sayılı kararında da kuvvetli dinsel simge olan giysilerin belli koşullarda yasaklanmasında inanç özgürlüğünün özüne tecavüz olmadığı kararlaştırılırken, idari mercilerce yapılan bu yasaklamada *“önemli derecede kamu yararı”*nın varlığından söz edilmiştir (Hüseyin Pekin, *“İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin Türban Kararı”* Manisa Barosu Dergisi, S. 65, 1998, s. 48-49)

Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) Genel Kurulu da 27 Kasım 1989 tarihli istişari görüşünde, dinsel simgelerin, eğitim kurumları içinde taşınmasının,

kurumun düzenini ya da kamu hizmetinin normal işleyişini bozabileceğini belirtmiştir. (Sezer, *a.g.e.* s. 137-138).

Amerika Birleşik Devletleri'nde de Federal Yüksek Mahkeme 1986 yılında Goldman V. Weinberger davasında dinsel kıyafet-kamu düzeni çatışmasında kamu düzeninin ağırlık kazanacağını ve dinsel simgelerin giyilemeyeceğini kararlaştırmıştır. (Sezer, *a.g.e.* s. 266 vd.)

23 Mayıs 1949 tarihli Federal Almanya Anayasasında laiklikten açıkça söz edilmemesine ve Bavyera Eyaletinin Okul Düzenine İlişkin 21 Haziran 1983 Tarihli Yönetmeliğin "*Dini Eğitim, Din Dersi*" başlığını taşıyan 13/1. maddesine göre resmi okullarda sınıflarda çarmıh asılması zorunluluğuna karşın Anayasa Mahkemesi, bu kuralın ve uygulamanın devletin dini alanda tarafsızlığını zedeleyeceğine karar vermiştir. (Ayşe Nuhoğlu, *İnanç Özgürlüğüne İlişkin Alman Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı; Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, 1998, s. 181-193)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Dahlab/İsviçre kararından sonra (15 Şubat 2001-42393/98) Türkiye'ye karşı açılan davalarda da "*demokratik bir toplumda devletin, örneğin başörtüsü takarak dini inancını sergileme özgürlüğünü, eğer bu özgürlüğün uygulaması başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini koruma amacıyla çatışıyorsa*" sınırlayabileceğini kabul ederek, Türkiye gibi büyük çoğunluğu belli bir dine mensup bir ülkede Sözleşme'nin 9/2. maddesi hükmü uyarınca bazı önlemlerin alınmasının haklı görülebileceğini belirterek "*bu bağlamda laik üniversiteler, çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgelerin sergilenmesini bu tür bir sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar getirerek düzenleyebilir*" içtihadını vermiştir. (Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye Kararı, paragraf 92, 95).

Türban konusunun doğrudan dava konusu olduğu Leyla Şahin/Türkiye Kararında ise aynı Mahkeme;

"Akid Devletlerin öğrenim kurumlarında dini simgelerin kullanılmasına ilişkin düzenlemelere gelince, ulusal geleneklere bağlı olarak konu hakkındaki kurallar bir ülkeden diğerine değiştiği ve diğerlerinin haklarının korunması ve kamu düzeni gerekleri hususunda ortak bir yeknesak Avrupa anlayışı olmadığı için bir takdir alanının bırakılması uygun olur. Eğitimin kendi doğasının düzenleyici yetkiyi gerekli kıldığı kaydedilmelidir." (Paragraf 102).

"Mahkeme ayrıca Türk Anayasa sisteminde kadın haklarının korunmasına verilen önemi kaydeder. Türk Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın temelini oluşturan

değerlerde mündemiç bir ilke olarak tanımlanan cinsiyet eşitliği aynı zamanda Avrupa Mahkemesi tarafından Sözleşmenin temelini oluşturan anahtar ilkelerden biri olarak tanınmaktadır ve Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ulaşması gereken bir amaçtır." (Paragraf. 107).

"Dahası, Anayasa Mahkemesi gibi, Mahkeme de, Türkiye bağlamında başörtüsü sorununun değerlendirilmesinde, zorunlu bir dini vecibe gibi takdir edilen veya algılanan böylesi simgeyi takmanın, onu takmamayı seçenler üzerinde yaratacağı etkiyi de göz önüne almak zorundadır ... Nüfusunun çoğunluğunun İslam inancına, kadın haklarına ve laik bir yaşam tarzına kuvvetli bir bağlılığı sağlarken, diğerlerinin hak ve özgürlükleri ve kamu düzeninin devamının korunmasını sağlamayı da içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, özellikle Türk Mahkemelerinin bu dini sembolün Türkiye'de yakın zamanda siyasi önem kazandığına karar vermelerinden beri, yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir." (Paragraf 108). Gereçekleriyle Türkiye'deki dinsel simgeler ve inançlar üzerine kurulmuş bir toplum kurmaya çalışan aşırı siyasi hareketlerin mevcudiyetinden söz edilerek tarihsel deneyimlerine yani özgül koşullarına vurgulama yapmak suretiyle Türkiye'nin tutum takınabileceğini ve laiklik ilkesi gereği türbanı yasaklayabileceğini açıklamıştır. (Paragraf 109,110)

Gerek ulusal ve gerekse uluslararası yargı organlarının kararlarında özel alandan, kamusal ve kamusalda resmi alana doğru gidildikçe bireysel özgürlüklerin ve bu bağlamda dinsel simge ve ritüeller ile giysilerin kullanımının, ülkenin özgül koşulları da dikkate alınarak sınırlanması meşru ve aynı zamanda bir ihtiyacın karşılanmasıdır. (Aynı yönde bkz., İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa ve Toplum*, Ankara, 2000, s. 180)

Köktencilik hakim olduğu rejimlerde insan haklarının gelişmediği, dahası baskı altına alındığı tarihsel olarak bilinmesine karşın, insan haklarının araç olarak kullanılması sonucu olası hakimiyet durumunda emir olacak olan ve kimilerince "sorun" olarak ifade edilen türban, ülkemizde kamu düzenini bozacak eylemlere konu olmaktadır.

Günümüz özgürlük anlayışında din özgürlüğü, laik sistemin sonucu olarak kabul edilmekte ve bu özgürlüğe karşı işlenen fiil de artık bireye karşı değil, fakat gerçekte laik devletin düzenine karşı işlenmiş sayılmaktadır. (Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, 1970, s. 323) Bu bağlamda, din özgürlüğünün genel sınırının kamu düzeni, güvencesinin de laiklik olduğu ifade edilmelidir. (İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Ankara, 2002, s. 378) "Devletin laikliği, din özgürlüğü rejiminin sadece ideolojik değil, aynı zamanda hukuksal temelidir." (İbrahim Ö. Kaboğlu, "Din Özgürlüğü" *AÜSBF Dergisi* C. XLVI, 1991, No: 1-2; s. 271)

İfade edilmesine izin verilmeyen düşüncenin daha tehlikeli olabileceğinden hareketle bir düşünce akımının, felsefi retorikte ileri sürüldüğü gibi sınırsız özgürlük anlayışının “bireyler üzerindeki baskıcı ve yasakçı sınırlamaları” kaldırabileceğini düşünmek demokratik çoğulculuğu, temel hak ve özgürlükleri büsbütün ortadan kaldırabilir. (Alacakaptan, a.g.m. s. 7) “... Özgürlüğe mahkum olan insan bütün evrenin yükünü omuzlarında taşır; o evrenden ve kendinden sorumludur ...” (Jean Paul Sartre, “L’Etre et de Neant, s. 639’ dan aktaran M. Niyazi Öktem, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul, 1997, s. 260 vd.) Özgürlük-sorumluluk sorunsalındaki sorumluluk, gelişigüzel sorumluluk değildir; dengenin korunması için örgütlü-siyasal toplumda düzenlemeye gereksinim bulunmaktadır. Bu bağlamda, ulusal takdir alanı da korunarak evrensel ilkeler gözetilerek “sınırlama” yapılmalıdır.

Demokratik toplum olmanın olmazsa olmaz koşulu olan düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü olanca genişliğiyle benimseyen ve güvenceye alan, toplum yaşamının gereği, tüm özgürlükler gibi, düzenleyici sınırlamaları, bireysel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında işlevsel kılan ve özgürlüğü kurumsallaştırmayı amaçlayan yapısal, maddi ve içerik olarak da birey-toplum ilişkisinde uzlaşmayı hedefleyen özgürlük anlayışı egemen kılındığında barışçıl toplumun temellerinden biri de gerçekleştirilmiş olacaktır. (Alacakaptan, a.g.m. s. 7)

Çağdaş özgürlükçü ceza hukuku sisteminde “ceza normu, koruması amaçlanan hukuksal yararı ihlal edebileceği öngörülen (sonucu) dış dünyaya (yaratıcı hareketi) suç olarak tanımlar ... Normun tanımladığı suç tipleri, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanını belirler ... Ceza normunun (getirdiği) yasak kuralı; korunan hukuksal yararı ihlal edeceği öngörülen eylemi belirlediğine göre ceza hukuku; cezalandırılan değil, hakları koruyan hukuktur.” (Çetin Özek, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler, İÜHF Mecmuası, 1998, s. 23’ den aktaran Alacakaptan, a.g.m. s. 10) “Bu bakımdan ... ceza normu ... artık ... demokratik hakların saldırıya uğraması ve bozulmasını önlemek işlevi ve amacı(nı) kazanmıştır ...” (Alacakaptan, a.g.m. s. 10) Bir başka ifadeyle “ceza hukukunun görevi”, ortak özgür yaşamın güvence altına alınabilmesi için konulması kesinlikle zorunlu olan yasaklar koyup, bireylerin hak ve özgürlüklerden barış ve güvenlik içinde yararlanmalarını sağlamaktır. (Alacakaptan, a.g.m. s. 11) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Genel Gereğesinde de; “suç ve ceza siyasetinin temel hedefi; insan hak ve hürriyetlerini güvence altında bulundurmaktır, korumaktır, insan kişiliğine saygıyı geliştirmek; ancak toplum savunmasını dengeli olarak korumaktır, kamu düzeninin devamını sağlamak olarak tespit edilmiştir...” denilmektedir.

Bu bağlamda, ülkemizde Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesi sınırlama-düzenlemelerinden biridir. Öncelikle, anılan maddenin gerekli olmadığını ifade

etmek mümkün olmamalıdır. *“Hukuk; toplumsal savaşımın çeşitli katman, kesim ve gruplar arasında; yerleşik ve devamlı bir kin ve düşmanlığa dönüşmesine seyirci kalmamalıdır, kalamaz”* (Alacakaptan, a.g.m. s. 20) Toplumun *“değişik kesimlerini dinsel, mezhepsel, ırksal, vb. ayrımlara dayanarak birbiri aleyhine düşmanlığa seok edici ifadeleri cezalandıran ceza hükümleri ... batı demokrasilerinde”* de yer almaktadır. (Bülent Tanör, *Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi-Tartışmalar ve Son Gelişmeler*, İstanbul, 1999, s. 130-131.)

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik’i cezalandıran 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin 2. fıkrası, ilk özgün düzenlemeden sonra 9.7.1953 gün ve 6123, 7.1.1981 gün ve 2370 sayılı yasalarla değişikliğe uğradıktan sonra 6.2.2002 gün ve 4744 sayılı yasa ile de değiştirilmiş ve;

“Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir ...” şeklini almıştır.

Maddede değişiklik yapılırken, gerekçesinde, karşılaştırmalı hukukta da benzer hükümlerin bulunduğu vurgulanmış ve bu bağlamda;

“... Avusturya Ceza Kanunu’nun 283. maddesi şöyledir: “Ülkede bulunan kilise veya din gruplarına veya bir ırka veya bir halka veya halk grubuna karşı, kamu düzenini bozmaya elverişli biçimde alenen düşmanca bir eyleme gidilmesi çağrısını yapan veya bunu tahrik eden kimseye ... ceza verilir.”

“Yukarıdaki fıkrada açıklanan gruplara karşı alenen kışkırtmada bulunan ve insan onurunu zedeleyecek biçimde söven veya aşağılayan kimseye aynı ceza verilir.”

Alman Ceza Kanunu’nun 130. maddesi şöyledir:

“(I) Toplumsal barışı bozmaya elverişli bir şekilde;

1. Halk gruplarını birbirinden nefret etmeye veya halk grupları aleyhine cebir ve şiddet uygulanmasına veya keyfi uygulamalar yapılmasına tahrik edenler veya,

2. Halk gruplarını küçük düşürmek suretiyle insanlık onurunu ihlal edenler, ... cezalandırılır.”

1881 Fransız Basın Kanunu’nun 24. maddesinin altıncı fıkrası ise şöyledir:

“23. maddede yer alan vasıtalarından birisi ile menşeleri veya etnik bir gruba, millete, ırka veya belirli bir dine mensup bulunmamaları nedeniyle kişiye veya kişiler grubuna karşı ayrımcılık yapılmasına, kine veya şiddete tahrik eden kimseler ... mahkum edilirler.”

denilmiştir.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 415. maddesinde "her kim kamu düzenine ilişkin kanunlara itaatsizliğe ya da sosyal sınıflar arasında kine alenen tahrik ederse, ... cezalandırılır." hükmü yer almaktadır.

Ayrıca, İsviçre Ceza Kanunu'nun 261. bis, Polonya Ceza Kanunu'nun 256., Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 282., Danimarka Ceza Kanunu'nun 266 b, maddelerinde de benzer düzenlemeler mevcuttur.

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun oluşabilmesi için öncelikle suçun koruduğu hukuksal değer, kamu düzeni olduğu belirtilmelidir. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Beşinci Bab'ı "Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler" başlığını taşımaktadır. Maddede "kamu düzeni" kavramı bulunmasa dahi, düzenlendiği bap ve madde içeriği itibarıyla bu suç yine kamu düzeni aleyhine suç sayılmalıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Beşinci Bölümünün başlığı da "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığını taşımakta ve "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" suçu da bu Bölüm'ün içinde, 216. maddede yer almaktadır. 4744 sayılı Yasa ile 312. maddede değişiklik yapılırken gerekçede "çağdaş demokratik ceza hukuku şu yolu veya stratejiyi uygulamaktadır: soyut (mücerret) tehlikeyi değil, somut tehlikeyi suç haline getirmek, somut tehlike suçlarını kabul etmek ve değişik maksatlarla yapılan açıklamaları, gerçek unsurları itibarıyla belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları halinde cezalandırmak, yani zorunluluk hallerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakmak. Bu yaklaşım, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği bir ölçü ile 'açık ve mevcut tehlike'... kavramına da uygundur." açıklaması yapılmıştır. 4744 sayılı Kanun'un gerekçesi bir bakıma 5237 sayılı Yasa ile kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesinin 2. fıkrasında "hüküm" haline gelmiştir. Gerçekten de, gerekçede kullanılan açık ve mevcut tehlike testi, norm alanına girmiş, kamu düzeni ise kapsamı daraltılarak -kamu sağlığını da içerdiğinden- kamu güvenliği olarak yeni maddede yerini almıştır. Ancak, Amerikan Yüksek Mahkemesinin kullandığı açık ve mevcut tehlike testi, yeni düzenlemede, önceki hükmün gerekçesinden farklı bir şekilde, açık ve yakın tehlike kavramı olarak benimsenmiş; yasama organındaki görüşmelerle "mevcut" sözcüğünün konulmasına ilişkin önerge kabul edilmemek suretiyle açık ve yakın tehlike ile açık ve mevcut tehlike kavramlarının aynı olmadığı da örtülü bir biçimde ortaya çıkmıştır. Nitekim düzenleme ile, değişiklik önergesi karşılaştırılır ve açıklama yapılırken, "yakın" ve "mevcut" sözcüklerin aynı anlama geldiğinin belirtilmesine karşın, "Zaten tehlike mevcutsa, suç teşekkül etmiş demektir" denilerek somuta indirgenildiğinde dolaylı olarak farklılığa işaret edilmiştir. (Gürsel Yalvaç, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2004, s. 398-399)

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde 4744 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle esasen Beşinci Bab'da olmasına karşın kamu düzeni kavramı madde

metnine konulmakla norm, içtihatlar ışığında soyut tehlikeyi değil somut tehlikeyi cezalandırır hale dönüşmüştür. Bir başka ifadeyle korunan hukuksal değer, somut tehlike ile karşı karşıya kalmalıdır. Gereğede de ifade edildiği üzere, *“tehlike suçları, ifade özgürlüğünün kullanılmasından dolayı etrafında duraksamalara, yanlış anlaşılmalara elverişli bir alan yaratırlar. Bu bakımdan demokratik hukuk düzenlerinde, tehlike suçu yaratmaktan olabildiğince sakınılır, ancak, teknolojinin insan yaşamına bu derecede egemen olduğu bir dönemde bireyler, tehlikelerle çevrilmiş olarak yaşadıkları için tehlike suçlarına yer vermek zorunlu olmaktadır.”*

Tehlike suçu kavramının, failin öznel niteliği olan tehlikelilik haliyle bir ilgisi bulunmamaktadır; anılan kavram, suç kuramı içinde doğrudan suçun maddi ögesi ile ilgilidir.

“Ceza hukuku, yalnız insanın hareketinden bilfiil doğan sonuçlarla değil, doğabilecek sonuçlarla da ilgilenir. Bu noktada ‘tehlike’ kavramı, karşımıza çıkar ... Ceza hukukunun ilgilendiği tehlike; bir tür ‘netice’dir ve harekete nedensellik bağıyla bağlanabilir olması gerekir. Bu bakımdan, çağdaş öğretisi; tehlikeyi olasılık ile bağlantılı bir kavram sayar. Daha doğrusu, tehlike, olasılıktan başka bir şey değildir.” (Alacakaptan, a.g.m. s. 19) Zarar doğurmaya elverişli tehlike, korunan hukuksal değeri bozabilecek nitelikte bulunduğu takdirde tehlike doğmuş ve dolayısıyla suç oluşmuş olacaktır. Bu nedenle de tehlikenin cezalandırma normuna konu olması halinde, elverişlilik koşulunun yanı sıra, *“hukuksal yarara yönelen tehlikenin gerçekleşmesi suç tipinde açıkça belirtilmelidir.”* (Alacakaptan, a.g.m. s. 19) *“Çünkü, somut tehlike suçlarının özelliği suçun tanımında hareketin üzerinde tehlike yaratacağı maddi konunun belirtilmiş olmasıdır ...”* (Hamide Zafer, *Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahrik Etme Cürmü*, (TCK m. 312/3), İÜHF Mecmuası, C. XII, S. 1-2, 2004, s. 111)

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasına 4744 sayılı Yasa ile konulan *“kamu düzeni”* kavramının içinde aynı maddede 6123 sayılı Yasa ile düzenlenmiş bulunan *“umumun emniyeti”* kavramı da bulunmaktadır. Bir başka deyişle *“kamu güvenliği”* *“kamu düzeni”* nin alt kategorisidir. Gerçekten de kamu düzeni, içeriği itibarıyla değişken ve nisbi olmasına karşın, yine de değişmeyen bir özü içinde taşır. Bu da toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, belli bir düzenliliğin, barışın bulunması ve bu haliyle de kamu huzuru- kamu güvenliği ve kamu sağlığını içermesidir. (Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti*, s. 137-138) Toplumda, düzensizliğin, karışıklığın yokluğu ile yaşamın normal ve doğal akışı içinde geçtiğini belirtmek için kamu düzeni kavramı kullanılır. (Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, Üçüncü Basım, İstanbul, s. 1479 vd.)

Kamu düzenini bozan eylemlerin devamlılık göstermesi veya ülke yönünden bütünsellik arz etmesi durumunda ise karşımıza bir üst kavram olarak

“ulusal güvenlik” kavramı çıkmaktadır. Ulusal güvenliği bozan her eylem aynı zamanda kamu düzenini de bozmakta ise de, kamu düzenini bozan her eylem ulusal güvenliği bozucu nitelikte olmayabilir.

Geniş anlamıyla kamu düzeni, toplumun siyasal ve sosyal yapısını da kapsamaktadır. Bu bağlamda, devlet kuruluşu içindeki organlar, idari yapılanmalar, yargı organları, toplumdaki ekonomik, sosyal ve kültürel kavramlar da kamu düzeni içinde yer aldıkları ve kamu düzenini meydana getirdikleri gibi aralarındaki ilişkiler de kamu düzeninin birer parçasıdır. Bu açıdan kamu düzeni, toplumsal kurumları, bunların ilişkilerini; toplumsal kuruluşlarla kişilerin karşılıklı ilişkilerini, toplumun yaşayışını, gelişmesini sağlayan yasal kurallar ile sosyal norm ve değerleri içine almaktadır. (Köksal Bayraktar, *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, İstanbul, 1977, s. 96) Dar anlamında kamu düzeni, geniş anlamdaki kamu düzeninin bir parçasıdır ve Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin koruduğu alan da dar anlamındaki kamu düzenidir. (Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü*, Ankara, 2001, s. 67; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler*, İstanbul, 1994, s. 375) Geniş anlamıyla kamu düzeni, bir bakıma devlet düzenine tekabül etmektedir. Nitekim TCK’nın 155. maddesi ile 312. maddesi arasında benzerlik mevcut olmasına karşın, kanun içinde yer aldıkları bölümler ve içerdikleri öğeler yönünden farklılıklar bulunmaktadır. TCK’nın 312. maddesi kamu düzeni aleyhine suçlar bölümünde yer aldığı halde, TCK’nın 155. maddesi, devletin şahsiyetine karşı cürümler bölümünde bulunmaktadır. Geniş anlamdaki kamu düzeninin bu anlamıyla toplum ve ülkenin genel güvenliğine yönelik tehlikeyi önlediği, dar anlamındaki kamu düzeninin ise halkın dirliğinde-dinginliğinde, güvenliğinde ve sağlığında somutlaştığını ve bu bağlamda da maddi, kamusal ve sınırlı olduğu ifade edilmelidir. Bu öğelere yönelen tehditler, önlemleri de beraberinde getirir. Tehlikenin ciddiyeti, boyutu yasal çerçevede alınması gereken önlemlerin ölçüsünü de belirler. Bu anlamda kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdidin bulunması halinde önlemler de zorunlu, tehlikeyle orantılı ve zaman ve mekana ilişkin durum ve koşullar dikkate alınmalıdır. (Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 93-94; Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989, 133 vd.)

Diğer taraftan dar anlamındaki kamu düzeni, genel ölçüt niteliğinde ise de, bu kavramın uygulanmasında farklılaşmalara gidilmesi kaçınılmazdır; ve içerik genişlemesi olduğu da ifade edilmelidir. Dahası, bu kavramı bozucu ihlal, kalıcı olabileceği gibi geçici de olabilir. (Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 250.) Bu bağlamda kamu düzeni kavramı da, toplumlar ve bu toplumların yapılarına göre değişiklik gösterebilmektedir. Bir ülkede kamu düzeninin bozulmasına neden olmayacak eylem, bir başka ülkede kamu düzeninin bozulmasına neden olabilecektir. Bu noktada devletlerin takdir marjı karşımıza çıkmaktadır. Takdir marjını biçimlendirmede devletler toplumsal yapılarının

yanında tarihsel geçmişlerini de gözetmek durumundadırlar. Bir devrimle terk edilebilen sistemlerde, kaldırılan rejimi canlandıran eylemler kolayca taraftar bulacağından, kamu düzenini bozacak bu eylemlerde devletlerin takdir marjının farklı ve geniş olması kaçınılmazdır. Bu tespit çoğulcu demokrasiyi zedeleyen değil, güçlendiren bir gerçekliği yansıtmaktadır.

Kamu düzeni “toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünüdür. Başka bir deyişle, kamu düzenine karşı işlenen cürümler kamu huzur ve güvenliğini tehlikeye koyabilen suçlardandır.” (8. CD. 18.6.1974 gün ve 2/2. E/K. Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Ankara, 1998, C. 2, s. 3109 vd.) Bu bağlamda 8. Ceza Dairesi 23.9.1998 gün ve 10296/11672 sayılı kararı ile suçun tipikliğini yasallığını koruyarak “Her rejim gibi demokratik rejimin de kendini savunmaya hakkı vardır ... Anayasamız laik Cumhuriyeti, demokrasinin olmazsa olmaz koşulu kabul etmiştir. Demokratik sistemin karşıtı olan her türlü totaliter rejimin kişi hak ve özgürlüklerini önemsemeyip bireyi dışlayarak toplumu esas aldığı bir gerçektir. Bu nedenle laiklik esasına dayalı demokratik sistemin insan doğasına ve onuruna en uygun sistem olup, hiç kimsenin bu sistemin kendisine tanıdığı hak ve özgürlükleri bireyi kul durumuna düşüren totaliter rejimin gelmesi uğruna “kullanmaya” hakkı yoktur. Başka bir deyişle demokratik hak ve özgürlükler demokrasiyi yok etmek için kullanılamaz.” içtihadıyla dar anlamdaki kamu düzeni kavramının içeriğinin ulaştığı boyutu belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi de “milletlerin sosyal ve psikolojik şartları daima birbirinin aynı değildir, her toplumun kamu düzeninin korunması için farklı tedbirleri gerektiren özellikleri ve gerçekleri vardır” demek suretiyle kamu düzeni kavramının ülke ile ilişkisini belirlerken (19.2.1963 gün ve 277/34 sayılı karar, RG, 22.5.1963, s. 11409, dan aktaran, Bayraktar, a.g.e. s. 90, dipnot: 8) 28.1.1964 gün ve 128/8 sayılı kararında dolaylı olarak kamu düzeni-hukuk düzeni kavramları arasındaki ilişkiye değinmiş ve “kamu düzeni deyiminin niteliklerinin, demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalınmak suretiyle belli edilmesi gerekir” değerlendirmesini yapmıştır. (RG, 17.4.1964, S. 11685’den aktaran Bayraktar, a.g.e. s. 90, dpn: 11)

Kamu düzeni, yukarıda açıklandığı üzere devlet düzeni değildir; ayrıca, resmi ideoloji kavramının hatalı tanımlanması nedeniyle gerçekte bu kavramı yansıtmayan siyasal iktidarların uygulamalarının da kamu düzeniyle bir ilgisi olmadığı gibi, devlet düzenine yönelik ihlallerin, her durumda TCK’nun 312. maddesiyle karşılandığının ileri sürülmesinin de geçerliliği bulunmamaktadır. Devlet düzenini bozucu fiillerin düzenleniş yerleri ve öğeleri farklı olduğu gibi 312. madde ile cezalandırılmaları suçların tipikliği-yasallığı ilkesiyle de bağdaştırılmaz. Korudukları hukuksal değerler farklı olmasına karşın 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesinin 19.7.2003 tarihinde yayınlanan

4928 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle (RG, 19.7.2003 I. S. 25173) yürürlükten kaldırılmasında TCK'nun 312. maddesinin yürürlükte bulunduğu gibi bir gerekçe kanun koyucu tarafından kullanılmıştır.

Öğretide TCK'nun 312. maddesi genel hüküm olarak değerlendirilmektedir. (Çetin Özek, *Suç Teşkil Eden Fiillerin Övülmesi ve TCK'nun 142/4. Maddesi ile İlgili Yargıtay Kararı*, İHFM, C. XXXIII, 1968, sayı: 3-4'den ayrı bası, s. 13; Erol Cihan, *Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 312)*, İHFM, C. XL, s. 1-4, İstanbul 1974, s. 98) Özel hükümlerin kaldırılması halinde ise genel hükmün uygulanacağında kuşku bulunmamalıdır. Öte yandan TCK'nun 79. maddesi "işlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkâmda en şedit cezayı tazammum eden maddeye göre cezalandırılır" hükmünü öngörmektedir. Özel hükmün, daha ağır cezayı öngördüğü dönemde, diğer ceza normları ile korunan hukuki değer, özel hükmün kaldırılması halinde TCK'nun 312. maddesiyle korunması da hukuksal olarak doğru ve yerinde bir uygulamadır.

Kamu düzeni, kuşkusuz ki, hukuk düzeni de değildir. Fakat her iki kavramın birbiriyle ilişkisi olmadığını söyleyebilmenin olanağı da bulunmamaktadır. "Gerçekten de kamu düzeni, daha geniş bir kavram olan ve normlar ile kurumlar sistemi olarak hukuksal hayatın tüm görünümlerini içine alan hukuk düzeninin bir parçasıdır. Bu anlamıyla hukuk düzeni geniş anlamındaki kamu düzenidir." (Erol Cihan, *Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu*, s. III; Toroslu, *a.g.e.* s. 350; Bayraktar, *a.g.e.* s. 95-96.)

Kamu düzeninin ne zaman ve nasıl bozulacağı hususunda uygulanan testlerden biri Amerikan hukukundaki "açık ve mevcut tehlike" testidir. İlk kez 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na (m. 10, 15, 16, 17, 18) 26.3.2002 tarih ve 4748 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle (RG, 9.4.2002 T, s. 24721) ülkemiz hukukuna giren bu kavram, Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde 4744 sayılı Yasa ile değişiklik yapılırken gerekçede kullanıldığı gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesi de aynı testi normatif düzenlemeye almıştır. Bu nedenle de söz konusu testin, düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlanmasında uygulanması, gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu test, düşünce açıklamasının, "devletin önlemekte haklı olduğu açık ve yakın tehlike hali yaratacak koşullarda yapılıp yapılmadığı ve bu nitelikte olup olmadığının belirlenmesi anlamını taşır. Buna göre ... sınırlama nedeni, yapılan açıklamanın, belli zaman ve durumlarda, kamu düzeninde, normal çalkalanma ve huzursuzlukları da aşacak şekilde önemli bir rahatsızlığa ... açık ve yakın bir tehlikeye neden" olup olmadığı aranmaktadır. (Korkmaz, *a.g.e.* s. 293 vd. aynı konuda; Sait Güran, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul, 1969, s. 140 vd; Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti*, s. 58 vd; Yusuf Şevki Hakyemez, *Milletin Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara, 2000, s. 72 vd; Öykü Didem Aydın, *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I- Amerika Birleşik Devletleri*, Ankara, 2004, s. 328 vd.)

"Bu teste göre bir ifadenin sınırlandırılıp cezalandırılabilmesi için şu koşullar gerekir:

1. *Düşüncelerin açıklandığı koşullar ifadenin açıklanması açısından gerçekten bir tehlike meydana getirecek nitelikte olmalıdır. Tehlikenin olması için sadece korkunun varlığı yeterli değildir.*

2. *Herhangi bir düşüncenin açıklanması ile yani iç alemden dış dünyaya çıktıktan sonra tehlikenin ortaya çıkmış olması gerekir. Farklı biçimde ifade etmek gerekirse, böyle bir durumda sadece niyet yeterli değildir, tehlike oluşturabilecek bir düşüncenin açıklanmış olması gerekir.*

3. *Bu tehlikenin devletin mutlaka önlemek zorunda olduğu aşırı derecede ciddi olması gerekir. Tehlikenin bertaraf edilebilmesi için düşüncenin sınırlandırılmasından başka bir çarenin kalmaması gerekir (gereklilik).*

4. *Ortaya çıkan tehlike ile düşüncenin açıklanması arasında uygun bir nedensellik bağının olması gerekir.*

5. *Tehlikenin yakınlık derecesi oldukça yüksek olmalıdır." (Hakyemez, a.g.e. s. 73-74)*

Açık ve mevcut tehlike ölçüsünde açıklık, tehlikenin kuşkuya meydana vermeyecek şekilde ortada olmasını; yakınlık ise, düşünce açıklamasında kullanılan kelimelerin somut tehlike yani zarar yaratma olasılığına yakın olmasını ifade etmektedir. Zararın ortaya çıkması olasılığının kaçınılmazlık ölçüsünde yüksek olmasının yanı sıra, düşünce açıklamasının açık ve doğrudan bir tehdit içerip içermediği de her somut olayda ayrı ayrı denetlenmelidir. (Korkmaz, a.g.e. s. 294-295) Gerçekten de tehlikenin açık ve yakın olup olmadığı mahkemeler tarafından saptanmak durumundadır. (Korkmaz, a.g.e. s. 297)

Ölçütlerinin bir kısmı Whitney kararında ortaya konulduğu üzere, Amerikan Yüksek Mahkemesince, koşullar da dikkate alındığında açıklanan düşüncenin zarar doğurması olasılığı güçlü ve korkunun *"aşırı derecede ciddi"* ve makul-anlaşılabilir tabanının bulunması ve nedensellik bağı ile birlikte tehlikenin yakınlık derecesi de yüksek ise müdahale meşru olup zorlayıcı acil bir durumun ortaya çıktığı kabul edilmektedir. (Korkmaz, a.g.e. s. 299)

Açık ve yakın tehlike testini hiçbir kararında kullanmayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (Ümit Kocasakal - Emine Eylem Aksoy- Pınar Memiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku*, İstanbul, 2003, s. 37) ifadenin içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlama, açıklamayı yapanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gru-

ba, düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirebilmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine, kısıtlanan düşüncede mahkemelerin ortaya koyduğu gerekçelere göre değerlendirme yapmaktadır. (Korkmaz, a.g.e. s. 203-204)

Toplumsal hayatı düzenleyen kurallar, uygulandığı toplumdaki koşullara göre yargı kararlarıyla anlamını bulmaktadır. Kısıtlayan ya da sınırlayan düzenlemeler inandırıcı gerekçelere dayalı olarak zorlayıcı bir sosyal gereksinimden kaynaklanmaktadır. Zorlayıcı sosyal gereksinim kavramı da, her ülkede aynı içeriğe sahip değildir.

Bu bağlamda zorlayıcı sosyal gereksinimlerden hareketle konulan kurallar, demokratik toplum ilke ve gereklerine uygun olmalıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasının da, madde içeriği gözetildiğinde bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasında yazılı Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik suçunun oluşabilmesi için halkın *"sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik"* edilmesi gerekmektedir.

Maddede yazılı bulunan *"sosyal sınıf"* iktisadi sınıflar anlamına gelmemekte, toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış; aynı toplumsal düzeydeki bireylerin toplamından oluşan çiftçi, esnaf, mülk sahibi, tüccar, memur, işçi gibi grupları kapsamakta olduğu öğretisi ve içtihatla kabul edilmektedir. (As. Yargıtay Dr. Kr. 9.11.1973 gün ve 54/49. CGK, 27.10.1998 gün ve 8-247/335 sayı; Mollamahmutoğlu a.g.e. C. 2. s. 2999 vd. 1999, 3. Baskı, Ank. 1999; Cihan, a.g.m. s. 112 vd; Faruk Erem - Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku- Özel Hüükümler*, Ankara, 1976, s. 256; Önder, a.g.e. s. 415-416) Dahası, kendi içinde organize olmamış, kendiliğinden oluşmuş ancak devamlılığı bulunan büyük insan kategorileri de genel anlamı ile sosyal sınıf kabul edilmektedir. (Cihan, a.g.m. s. 114)

Maddede yazılı ırktan *"genetik bakımdan şartlandırılmış, oldukça sabit olarak kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin toplamı"* anlaşılmalıdır. (Önder, a.g.e. 416; Gökçen, a.g.e. s. 103, CGK, 27.10.1998 gün ve 8-247/335) Alman Yargıtayı, *"Yahudilerin, biyolojik ve antropolojik anlamda ırk olmamakla birlikte, halkın kışkırtılması bakımından ayrı bir ırk sayılması gerektiğini"* kararlaştırmıştır. (Gökçen, a.g.e. s. 105)

"Kutsal varlıklara bağlılık ve inanç dindir, her din bu dinden olanlar arasında manevi bir birlik meydana getirir." (Önder, a.g.e. s. 416) Dinsel inançlar ve dinsel

duygular da tahrik konusu yapılmamalıdır. Aynı din mensupları arasında kin ve düşmanlık yaratılmayacağı gibi, aynı dini ve hatta aynı mezhebi kabul edenler arasında da farklı anlayışı, sapkınlık, dinsizlik vb. gibi göstermek ve bu bağlamda, esasen bir dine mensup olmasına karşın farklı göstermek, dinsiz olarak nitelenmek ve varsayım temeli üzerinden tehlikeli bulunması da bu kapsamda düşünülmelidir.

Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 11.5.1999 gün ve 8/106-112 sayılı kararındaki "... Anayasa Mahkemesince bir partinin kapatılması konusunda verilen karar eleştirilirken, bu siyasi partinin İslam'ı temsil ettiği için kapatıldığı, amacın İslam dinini yok etmek olduğu, bunun hain, münafık, solcu ve şoven bir grup tarafından, laiklik ve Atatürkçülük gölgesine sığınarak yapıldığı açıklanmak suretiyle inananlar ve inanmayanlar şeklinde dini bir ayrıma gidilip, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olarak dini düşünce farklılığı gözetip halkın açıkça kin ve düşmanlığa tahrik edildiği anlaşılmaktadır." (Mater Kaban - Halim Aşaner - Özcan Güven - Gürsel Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara, 2001, s. 395-396) şeklindeki gerekçeden de anlaşılacağı üzere, aynı din içinde, halkın bir kesiminin, varsayılan dini düşünce farklılığına dayalı olarak, dini saikle hareket edilmesi suretiyle kin ve düşmanlık yaratacak ölçüde inanmayanlar biçiminde nitelenmesi suçun oluşması için yeterli sayılmaktadır.

Dinlerde esaslara uygun, ancak dinin içinde anlayış ayrılıkları mezhepleri oluşturur, (Önder, *age*, s. 416) ve dinlere bağlı olarak ortaya çıkarlar (Gökçen, *a.g.e.* s. 121)

"Toplumsal bilimlerde, seçilmiş tanımlayıcı ölçütler bakımından türdeşlik ve bütünlük taşıyan, çevresindeki alanlardan bu ölçütlerle ayırt edilen alan" bölge olarak tanımlanır. (*Ana Britannica*, Cilt, 4, s. 541) Bölge, ayrıca, bir ya da birden fazla özellikle de tanımlanabilir. Toplumsal bilimlerde etnik, kültürel ya da dilsel özellikler, iklim ya da topografik koşullar, sinai veya kentsel gelişmişlik-yoğunluk, yönetsel birimler, ekonomik uzmanlaşma, bölge tanımında özellik kazanabilir.

Öğretide de "sınırları idari veya ekonomik birliğe, arazi, iklim veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası olduğu gibi herhangi bir nitelik bakımından bir sayılmış ülke, yer veya arazi parçası da bölgedir. Bu kavram yerine göre dar veya geniş coğrafi sınırlar veya bölümlerdir. Nisbi bir cinstenliği olan kültür unsurları ile unsurlarından ibaret belirli bir coğrafya havzası, coğrafya sınırları teşkil eder." (Önder, *a.g.e.* s. 417) şeklinde açıklanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu yukarıda anılan 27.10.1998 tarihli kararında bölgeyi, "idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçası" olarak tanımlamıştır.

Maddede sözü edilen halk kavramı, ceza hukukuna göre, ortak duygu, çıkar, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu olarak kabul edilmelidir. (Gökçen, a.g.e. s. 77) *"Suçun oluşumu açısından, hedef alınan halk kesimi gerek sayı itibarıyla gerek toplum hayatı bakımından önem ifade etmelidir. Örneğin, işçiler, işverenler, memurlar, çiftçiler ... yabancılar, yerliler, siyasi gruplar ... yabancılar ... masonlar"* aynı bölge insanları vb. halk olarak kabul edilir. (Gökçen, a.g.e. s. 79)

Farsça bir kelime olan kin, *"bir kimseye veya bir şeye karşı duyulan ve öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlık, garez"* (Meydan Larousse, C. 11 , s. 306, dan aktaran Gökçen, a.g.e. s. 127; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1992, s. 507) Yine Farsça bir kelime olan düşman, *"birinin kötülüğünü isteyen, ondan nefret eden, ona zarar vermeye çalışan kimse"* ve düşmanlık da *"husumet besleyen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu"* olarak tanımlanmaktadır. (Meydan Larousse, C. 6, s. 20' den aktaran Gökçen, a.g.e. s. 128) Madde metninde değişiklikten önce *"... tahrik eyleyen ..."* ibaresi 4744 sayılı Yasa'dan sonra *"... tahrik eden ..."* şekline dönüşmüş ise de anılan değişiklik aynı anlama gelen kelimedenden ibarettir. Bu nedenle de failin, sadece halkın bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrikte bulunması yeterlidir. (Cihan, a.g.m. s. 118-119)

Tahrik ise, başkalarına, belirli yönde hareket etmeleri için, açık bir psikolojik baskı demektir. Kişiyi harekete getirici, iradesi üzerine doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yönelik bir davranış anlamındadır. (Bayraktar, a.g.e. s. 53; Cihan, a.g.m. s. 121) TCK 312. maddenin 2. fıkrasındaki tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması gerekir.

Maddede değişiklik yapılmadan önce *"umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda ibaresi"* ile ifade edilen kamu güvenliği kavramı, 4744 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle bir üst kavram olan kamu düzeni olarak, ikinci fıkraya konulmuştur. Değişiklikten önceki fiil, eğer *"umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde"* işlenmiş ise, yeni düzenleme ile 2. fıkraya göre kişinin cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır. Anılan unsurun öğretide fiili, somut tehlike suçu haline dönüştürdüğü ifade edilerek kin ve düşmanlığa tahrikteki hareket ile umumun emniyeti bakımından tehlikenin mevcut olup olmadığı arasında nedensellik bağının kurulabilmesi aranacağı belirtilmiştir. (Önder, a.g.e. s. 418) Uygulamada da anılan kavramın *"... ülkenin kamu düzenini ve kamu güvenliğini bozabilecek mahiyette bulunması ..."* (8. CD, 18.06.1974 tarih ve 2/2; Savaş - Mollamahmutoğlu, C. 2 s. 3109 vd.) gerektiği kabul edilmektedir. Tahrik sonucu ise, kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi ya da bozulması gerekmez; tehlikenin meydana gelebilmesi yeterli sayılır. (Gökçen, a.g.e. s. 309) Diğer taraftan tahrikin *"aleni"* yani *"açıkça"* yapılması aranmaktadır. Aleniyet ile ilgili

düzenleme Türk Ceza Kanunu'nun 153. maddesinin 4. fıkrasında gösterilmiştir. Düzenlemeye göre;

"Fiil:

1. *Matbuat vasıtasıyla veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla;*

2. *Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;*

3. *Toplanan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanunu'nun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır ..."*

Anılan düzenlemedeki "... Ceza Kanunu'nun tatbikinde ..." ibaresi, normun TCK'nın 312. maddesi yönünden de geçerliliğini göstermektedir. Yargıtay uygulamasında da aleniyetin "... herkesin veya bir çok kimselerin duyup görmesiyle değil, duyup görebilmek mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilen işlenmesiyle ..." gerçekleşeceği belirtilmiştir. (CGK, 9.11.1953, 3-45/55, Önder, a.g.e. s. 377)

Sonuç olarak evrensel ilkeler ve ölçütler de göz önünde bulundurulduğunda TCK'nın 312/2. madde-fıkrasındaki suçun oluşması için;

- İnsanlar, birbirlerine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik edilmeli,

- Bu tahrik, dağınık hareketle yani sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanılarak yapılmalı,

- Tahrik yapılırken hareketler, kamu düzenini bozma olasılığını ortaya çıkaracak şekilde olmalı

ve nihayet

- Failde cürümün kastı bulunmalıdır. Gerekçede, belirtilen bu düşüncelerin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tekrarladığı ölçütlerin de gözetileceği açıklanmaktadır.

Örgütlenme özgürlüğü bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "... tehlike yeterince belirgin ve yakın olmasına rağmen, iktidara gelerek sözleşme ve demokrasinin standartlarıyla çelişen o politikayı yürütmek üzere somut adımlar atmaya başlamasını beklemeye gerek olmadığını ..." düşünmektedir. (Refah Partisi Davası Paragraf 102).

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi de Dennis V. United States davasında "... Şayet reaksiyon oluşturan unsurlar var ise, devleti, bunlara tahrip hareketinin de eklenmesine kadar beklemeye mecbur edemeyiz, bağlayamayız." içtihadını vermiştir. (Dinçkol, a.g.e. s. 61, dpr: 9; Sezer, a.g.e. s. 212)

Olayın İrdelenmesi

Bu açıklamalar ışığında, hukuki konusu “*kamu düzeni*” olan TCK’nın 312/2. maddesinde zorlayıcı bir sosyal gereksinimden hareketle özgürlüğe yapılan müdahale, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirile-bilecek ve demokratik toplum ilkelerine de uygun olan haklı bir müdahaledir. Bu değerlendirme yapılırken kuşkusuz somut olay gözetilecektir. Ceza yargılamasında da değerlendirmeler somut olay ön plana çıkartılarak yapılmaktadır.

Yukarıdan bu yana gerek uluslararası belgeler ve gerekçe hukuksal belgeler ile uygulamalar ışığında sanığın yazısının bir bütün olarak değerlendirilmesi yapıldığında;

İfadenin açıklanmasındaki özensizlik, dahası düzeysizlik, öncelikle dikkati çekmektedir. Yazı, gazetede yazıldığı için derhal, an’lık bir açıklama değildir. Bu nedenle dosyanın Yüksek Genel Kurul’da görüşülmesi sırasında çoğunluk görüşü açıklanırken ifade edildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 4 Aralık 2003 tarih ve 35071/97 sayılı M. G. / Türkiye Davası Kararı, bu dava için örnek olamaz. Anılan kararda, ifadelerin canlı bir televizyon yayınında söylendiği ve sözlü beyanların tekrar gözden geçirilmesi ve dolayısıyla düzeltme imkanının bulunmadığı ve ayrıca en önemlisi de mahkumiyet kararında yeterli gerekçe kullanılmadığı ifade edilmektedir.

Oysa sanık M. davaya konu ifadeleri gazetede yazmıştır; bir yazı düşünülerek, istenilerek bilinçli olarak bir süreçten geçerek oluşur. Sanık laik düzen, türban, vb. konularda yasal düzenlemeler gibi düşünmek zorunda değildir. Ancak, ne var ki, eleştirilerini, yazı içeriğinde kullandığı sözcükleri kullanmadan da yapabirdi (Costantinescu-Romanya Kararı, 22 Haziran 2000, Paragraf 74) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Otto-Preminger Institut-Avusturya Kararı’nın (20 Eylül 1995, Seri: A No: 295-A) 49. paragrafında düşünce ve ifade özgürlüğünden yararlanan herkese Sözleşme’nin 10. maddesine göre birtakım görev ve sorumluluklar yüklendiği belirtilerek “*bunlar arasında - dini görüşleri ve inançları- da kapsayan ifadeler ne başkalarının haklarını ihlal etmeye ne de kamunun açık bir tartışma tansiyonunu yükseltmeye dönük olmalıdır.*” denilmiş, 56. paragrafında da “*... yetkililer filmi gösterimden kaldırarak bu bölgedeki dini barışın korunması ve bazı kimselerin dini duygularına haksız yere ve hakaret amaçlı saldırıldığı hissine kapılmasına engel olma yönünde hareket etmiştir...*” ifadesine yer verilmiştir.

Sanık; geçimsiz, huysuz, kavga çıkarmaktan hoşlanan, edepsiz, yaygaracı, en ahlaksızca davranışlarda bulunan anlamında şirret, acımasız, dini olmayan anlamındaki dinsiz, aşağılayıcı anlamında dönme ve anti-semitizme varan ifadeler kullanarak türban ve genel anlamda laiklik uygulamalarını ve laik

düşüncedekilere karşı kışkırtıcı ve koruma sınırının ötesinde, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde kin beslemeye, düşmanlığa açıkça tahrik etmektedir. Başörtüsünü İslam'ın sembolü olarak nitelendiren sanık, sistem ve hukuksal gerçeklik karşısında düşünce veya din ve inanç özgürlüğü kapsamında kalmadığı açık ve tartışılmaz olan başörtüsüne yönelik mahkeme kararlarıyla istikrar kazanmış uygulamaları İslam'a saldırı olarak göstermek suretiyle hitap ettiği kitleyi tahrik etmektedir. Halkının büyük çoğunluğunun İslam dininden olduğu ülkemizde, başörtüsü yasağı uygulayıcılarını, savunucularını ve laik kesimi dinsiz, İslam'a saldıran kesim olarak kabul ederek kendi varsayımından hareketle, ağır eleştiri, şok edici, incitici ve rahatsız edici olmanın ötesinde hedef kitleye karşı kin ve düşmanca açıklama yapmaktadır. Hitap ettiği kitlenin de bu duygularla, hedeflenen kitleye karşı kin ve düşmanlık beslemesi için açıkça tahrikte bulunan sanık, TCK'nın 312/2. madde fıkrasındaki "umumun emniyeti", değişiklikten sonraki düzenlemeyle "kamu düzeni" için tehlikeli olabilecek şekilde hareket etmiştir. Bunun için de laik uygulamaları eleştirmekle kalmayıp bütün çoğulcu demokrasilerde sınırları ortaya konulan, ancak demokrasi dışında yani şeri sistemlerde sınırsızlığı kabul edilen din özgürlüğünün sınırsız olduğuna vurgu yaparak siyasal İslam'ı (şeriatı) gerçekleştirmek amacıyla, potansiyel etkisi gerçekten ürkütücü ve din anlayışı temelinde halkın bir kesimine, diğer kesimin kin ve düşmanca duygularla yönelmesini istemektedir. Kamu düzenini bozan eylemler söz konusu olduğunda, durum hedef kitlenin korumasına terk edilerek devletin olaya müdahalesi dışlanamaz.

O kadar ki "bir gazetede birtakım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp sayısal, böyle yayınlar alçaklık, edesizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı?... milletin dinine, imanına, mukadderatına, şeriatına saldırmak da bunun gibidir." dedikten sonra, halkın bir kesiminin yani laik kesimin, kendisine göre ise dinsiz kesimin yaptıklarını daha alçakça ve namussuzca göstererek hitap ettiği kitleye hedef yapmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 216. maddesi dahi gözetildiğinde, somut olay yönünden aynı sonuca varılmakta, iç düzenlemeler ve Anayasa'nın 90. maddesi ışığında yargı organları için tek ölçüt olan "hukuksal bakış" açısıyla eylemin TCK'nın 312/2. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu ve yaptırım yönünden de orantılılığın ve ölçülülüğün gözetildiği açıktır.

Tüm bu hukuksal tespit ve incelemeler karşısında sanığın seçtiği hedef kitle ve içerikle birlikte açıklamadaki özensizlik, aşağılayıcı üslup nazara alındığında yazının, halkın bir kesimini diğer kesime karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye açıkça tahrik ettiği ve bunu yaparken de şiddet içeren ifadeler kullandığı anlaşılmalı, genele yönelik ifadeler nedeniyle devletin müdahalesini bekleyen hedef kitlenin, düzene olan

saygı ve bağlılığı nedeniyle karşı tepkisini göstermemesi veya gösterememesi hatta yasal yollara başvurmaması da yakın tarihimizdeki örnekler de hatırlandığında ortaya çıkan suçu kaldırmayacağından yerel mahkemenin mahkumiyet kararı yerinde görülmele Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne karar verilmesi gerekmektedir.

Suçta konu yazının yayımlandığı gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü olan diğer sanık S yönünden yapılan incelemede ise;

Hükümden sonra yürürlüğe giren ve 5680 sayılı Basın Yasası'nı yürürlükten kaldırmış bulunan 09.06.2004 Tarih ve 5187 sayılı Basın Yasası'nın 11. maddesinde, sorumlu yazı işleri müdürlerinin ceza sorumluluğu belirli koşulların gerçekleşmesine bağlanmış, ayrıca önceki Yasada mevcut olan "gazete kapatılması" kurumuna bu Yasa'da yer verilmemiştir. O halde, TCY'nin 2/2. maddesinde ifade edilen "Lehe yasanın geçmişe yürürlü bulunması" kuralı gereğince, sorumlu yazı işleri müdürü sanık S yönünden, 5187 sayılı Basın Yasası'nın 11. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun yerel mahkemece araştırılması, sonucuna göre hukuki durumu değerlendirilerek hakkında yeniden hüküm kurulması zorunludur. Bu itibarla, sanık S'nin mahkumiyetine ve gazetenin kapatılmasına ilişkin hükmün bozulmasına karar verilmelidir.

Öte yandan, yerel mahkemece kararın gerekçe bölümünde kullanılan; "... Türk Milleti Müslümanlığı kendi isteği ile kabul etmiştir. Benimsemiştir. Zorla kabul etmemiştir.

Türk Milleti Müslümanlığı ile her zaman gurur duymuş ve bundan sonra da duyacaktır.

Türk Milleti sevgi, saygı, hoşgörü ve adalet anlayışı ile Müslümanlığın tüm dünyaya yayılmasına, bir dünya dini haline gelmesine tarihte en çok hizmet eden, emeği geçen millettir. Bundan sonra da böyle olmaya devam edecektir ..." şeklindeki ibare ve ifadelerin, somut olayın açıklanması, hukuki sorunun ve çözüm yolunun ortaya konulması, varılan sonucun gerekçesi ile ilgisi bulunmamakta ve bu ifadeler laik devlet ve hukuk anlayışı ile bağdaşmamakta ise de, gereksiz ve fazladan yazılan bu ibareler hükmün sonucuna etkili bulunmadığından eleştirilmesiyle yetinilmesi gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı O. Ş.;

"Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alemlen tahrik etmek suçundan sanıklar M. ve S'nin Yerel Mahkemece cezalandırılmasına dair verilen kararın Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce müsnet suçların oluşmadığı gerek-

çesiyle oyçokluğuyla sanıklar yararına bozulması üzerine Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itiraz yasa yoluyla Yüksek Genel Kurul huzuruna getirdiği somut olayda Özel Daire Çoğunluğu ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluk, suçun yasal unsurları itibariyle oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır."

Ancak, konu uyumsuzluğun çözümü vesilesi ile, TCY'nin 312. maddesi 2. fıkrasında düzenleme altına alınan suç türünün analizini yapıp, zorunlu unsurlarının ne olduğunu ortaya koyarak, uygulamada süregelen yorum dağınıklığını gidermek, yıllara yayılmış çelişkili kararları ilkeler bazında analize tabi tutmak ve Yargıtay C. Başsavcılığı'nın talebi doğrultusunda *"kimi duraksamaları aşarak istikrarlı bir uygulamaya yön ve yol vermek"* isabetli olacaktır.

Amaca sağlıklı bir biçimde ulaşabilmek için; öncelikle ifade özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kısıtlamalarını öngören uluslararası ve ulusal normları sıralamak, ardından TCY'nin 312/2. maddesinin tarihi değişimini sergileyip aldığı son şekli belirlemek, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek 5237 sayılı yeni TCY'deki yansımaları sergilemek, bilahare bahse konu suçun soyut kavramlarını oluşturan *"kamu düzeni"* ve *"tehlikeli olma"* unsurları ile ilgili öğretilerdeki kimi görüşleri, kabullenilir ölçüler bağlamında açıklamak, bunu takiben kamu davasına konu düşüncenin nitelik, nicelik ve içeriğiyle irtibatsız biçimde ve tam bir objektiflikle TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun hangi koşullarda oluşabileceğini, zorunlu unsurlarının ne olduğunu, içtihat mahiyetinde ortaya koymak ve nihayet bu ilkeler ışığında ve ceza yargısının zorunlu disiplinine uyulmak suretiyle maddi olaya ilişkin çözümleyici değerlendirmeyi yapmak gerekmektedir.

Bu sıralamaya uygun olarak;

Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler

Demokratik bir hukuk devletinde, toplumsal barış ve düzenin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, farklı sosyal sınıf, farklı ırk, farklı din, farklı mezhep ve farklı bölgelere mensup insanların, güven ve barış içinde yaşayabilmeleri ile mümkündür. Bu nedenledir ki hukuk sistemleri kamu düzenini bozacak, düşmanlık veya kin duygusu oluşturacak tahriklere izin vermemiş, toplumun çeşitli katman, kesim ve grupları arasında, çatışmalara, kin ve düşmanlığa dönüşebilecek davranışları ceza yaptırımına bağlamıştır. Bu nedenle TCY'nin 312. maddesindeki düzenlemelerin varlığı doğal karşılanmalıdır. Ancak bir hareketin ne zaman kin veya düşmanlığa tahrik, ne zaman bir hakkın savunması, ya da haksızlığın enerjik biçimde dile getirilmesi sayılacağı keyfiyeti düşünce/ifade özgürlüğü ile doğrudan ilgili olduğundan, uyumsuzluk konusunda sağlıklı bir değerlendirme ancak, düşünce hürriyetinin kapsam ve sınırlarının ulusal ve uluslararası normlar ışığında belirlenmesi ile mümkündür.

İfade özgürlüğü doğal haklardan ve bu hak, çoğulcu demokrasilerde, vazgeçilemez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir. Öğretide değişik tanımlara rastlanmakla birlikte, genel bir kabulle ifade/düşünce hürriyeti, insanın özgürce fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları meşru yöntemlerle dışa vurabilme imkan ve özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır. Demokrasinin “*olmazsa olmaz şartı*” olan ifade özgürlüğü, birçok hak ve özgürlüğün temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin de kaynağıdır.

İşte bu özelliğinden dolayı ifade özgürlüğü, temel hak ve hürriyetler kapsamında değerlendirilerek birçok uluslararası belgeye konu olmuş, T.C Anayasa’sında da ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Bu bağlamda;

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin;

19. maddesinde;

“Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karışmasız görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir.”,

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin;

9. maddesinin 1. fıkrasında;

“Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.”,

10. maddesinin 1. fıkrasında;

“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. (...)” hükümlerine yer verilmiş,

Anayasa’nın;

24. maddesinde din ve vicdan hürriyeti başlığı altında;

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”,

25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti başlığı altında;

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne amaçla olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

26. maddesinde ise, İHAS’ın 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye benzer şekilde;

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. (...)” hükümleri yer almıştır.

Görüldüğü gibi, İHAS’ın 9. maddesinin 1. fıkrası ve TC Anayasası’nın 24. maddesinde din ve vicdan hürriyeti, İHAS’ın 10. maddesinin 1. fıkrası ile TC Anayasası’nın 25 ve 26. maddelerinde ifade (düşünce) hürriyeti en geniş anlamıyla güvence altına alınmış bulunmaktadır.

Ancak, ifade özgürlüğünün sonsuz ve sınırsız olmadığı, kısıtlı da olsa sınırlandırılmasının gerekeceği, uluslararası ve ulusal alanda normlara konu edilmiştir.

Bu cümleden olarak uluslararası alanda;

İHAS’ın;

9. maddesinin 2. fıkrasında;

“Din veya inançlarını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeni, sağlığı veya ahlakının, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbirler olarak ve yasayla sınırlanabilir.”

10. maddesinin 2. fıkrasında,

“Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir.”

17. maddesinde ise;

“Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden

daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.” tarzında düzenlemeler yapılmış,

Ulusal alanda ise Anayasa’nın;

2. maddesinde;

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

4. maddesinde;

“Anayasa’nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”

13. maddesinde;

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”

14. maddesinde;

“Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

26/2. maddesinin 2 ve devamı fıkralarında ise;

“Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet’in temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının,

özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

Hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2, 4, 13, 14 ve 26/2. ile İHAS'ın 9/2, 10/2 ve 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; hürriyetlerin demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite veya tarafsızlığının korunması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlama ve yaptırımlara tabii tutulacağı anlaşılmaktadır. Ancak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin olabildiğince dar yorumlanması gerektiği, sınırlandırma için, önemli bir toplumsal gereksinim veya zorunluluğun bulunması, bu sınırlandırmanın meşru bir amacı gerçekleştirmek için yapılması, sınırlandırmada asla aşırıya gidilmemesi ve her hal ve koşulda sınırlandırmanın bireysel ve toplumsal gelişimi zedelemeyecek ölçüde olması görüşü genel ve yoğun bir kabul görmüştür.

Bu değerlendirme;

"İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre; sınırlama için belli bir sınırlama nedeninin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda demokratik bir toplum bakımından zorunluluk bulunmalıdır. Zorunluluk, ölçüsüz bir sınırlamaya olanak tanımaz. Üye devletlere sınırlamada bir takdir alanı tanınmakla birlikte, ifade özgürlüğünün önemi nedeniyle devletler üzerindeki denetim sıkı olmalı, sınırlandırma zorunluluğu inandırıcı bulunmalıdır. Dolayısıyla, sınırlamalar dar ve sınırlayıcı bir ölçüde yorumlanmalıdır. 'Kamu düzeni' genel hükmünde düşünülebilecek sınırlama nedenleri, genel çıkarların, yargı gücünün otorite ve yansızlığının ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması amacıyla sınırlamaya konu olabilir.

Anılan önlemin izlenen meşru amaçla sınırlı olması şeklinde ifade edilen ölçülülük ilkesi, demokratik bir rejimin dayandığı "değerler", (çoğulcu, hoşgörülü, hukuka ve bireysel özgürlüklere saygılı) öne çıkarılarak titiz ve derinleştirilmiş bir denetime tabi

tutulmalıdır.” (Prof. Dr. İ. Özden Kaboğlu, *İnsan Hakları- Avrupa Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü*, s. 111 ve 112)

“Demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil eden ifade hürriyeti, sadece kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler veya fikirler için değil aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar demokratik bir toplumun olmazsa olmaz toleransı ve hoşgörüsünün gerekleridir.” biçiminde öğretiyeye yansıtılmaktadır. (Prof. Dr. D. Tezcan - Yrd. Doç. Dr. M. R. Erdem - Yrd. Doç. Dr. O. Sancaktar, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, s. 462)

Bu bağlamda; günümüz özgürlükçü demokrasilerinde, ifade özgürlüğü gittikçe daraltılan kısıtlamalar dışında, geniş bir yelpazeye korunmakta ve anılan özgürlüğün sağladığı haklardan bireyler ve toplumlar en geniş şekilde yararlandırılmaktadır.

Ne var ki;

İftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, müstehcen içerikli söz, yazı, resim ve açıklamalar, savaş kışkırtıcılığı, hukuk düzenini zor ve cebir yoluyla değiştirmeye yönelik, farklılıklar arasında nefret, ayrımcılık, kavga, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan beyan, ifade ve eylemler ise düşünce özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmemekte, suç sayılmak suretiyle cezai yaptırımlara bağlanmaktadır.

TCY'nin 312. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemeye tabi tutulan suç tipi de anılan sınırlı kısıtlamalar bağlamında yasada yerini almıştır.

TCY'nin 312/2. Maddesinin Tarihi Gelişim ve Değişimi

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu olarak da adlandırılan TCY'nin 312/2. maddesindeki suç düzenlemesi ;

Resmi Ceride de yayımlanan ilk metinde;

“... cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse ... mahkum olur.” şeklinde iken,

9.7.1953 gün ve 6123 sayılı Yasa ile;

“... cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik eyleyen kimse ...mahkum olur.

Yukarıda ki fıkrada yazılı suçları neşir yolu ile işliyenlere verilecek ceza bir misli arttırılır.” biçiminde değiştirilmiş,

7.1.1981 gün ve 2370 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle;

"... Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse ... cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311. maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli arttırılır." şeklinde yeni bir değişikliğe uğramış,

6.2.2002 gün ve 4744 sayılı Yasa ile de;

"... Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

...

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır." biçiminde değiştirilmek suretiyle inceleme konusu suç bugünkü halini almıştır.

Anılan normun değişim süreci bu düzenlemeyle de sona ermemiş;

01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecek 5237 sayılı Yasa'nın 216. maddesinde ise;

"Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama" başlığı ile;

"(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." biçiminde yeni bir düzenleme gündeme gelmiştir.

Maddede yapılan değişikliklerle ilgili olarak herhangi bir değerlendirme yapmadan, uyuşmazlığın daha iyi anlaşılabilmesi için, tehlike suçlarının özellikleri ve yapılarının irdelenmesinde ve TCY'nin 312/2. maddesinde öngö-

rülen suç tipinin öğretide nasıl bir tahlil ve değerlendirmeye konu edildiğinin belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

Öğretideki Görüşler

Prof. Dr. U. Alacakaptan, *Hukuk Kurultayı 2000*'de, düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları ile ilgili olarak sunduğu bildiride;

"Tehlike suçu, somut bir zararın netice olarak öngörüldüğü zarar suçlarından farklıdır. Bu suçlarda (...) eğer hareket, tehlikeyi yaratmak bakımından somut ve yakın tehlike (clear and present danger) teşkil etmiyorsa; suçun meydana gelmeyeceği kabul edilmelidir. Bu bakımdan, eylemin; kin ve düşmanlığa tahrike yönelik olduğunun açıkça anlaşılması gerektiği gibi, bu sonucu meydana getirmek açısından uygun ve elverişli olduğunun da belirlenmesi zorunludur. Dolaylı etkilemeler, tahrik unsurunun gerçekleşmesi için yeterli değildir.

Eğer norm; hukuksal yararı korumak üzere yaratılan suç tipinin yaratılma nedenine uymayan biçimde uygulanacak olursa, tipiklik ve yasallık ilkeleri ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, eğer normla güdülen amaç; tehlikenin zarar doğurmasını önlemekse, tehlikenin hem koşul olarak aranması, hem de bilfiil gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekecektir.

Gerçekten bu suç tipleri, zarar yaratmayı; suçun işlenmesi konusunda bir tehlike ya da zarar tehlikesi yaratabilecekleri için, cezalandırılan istisnai eylemlerdir. Tehlike; amaç suçun işlenmesine uygun, yani elverişli değilse hukuka aykırı, dolayısıyla suç sayılamaz. Eylemin zarar neticesini yaratmaya uygun olmamasına rağmen cezalandırılması, başta düşüncüyü açıklama hakkı (özgürlüğü) olmak üzere, demokratik hakların (özgürlüklerin) sınırlandırılması sonucunu yaratır.

Demokratik devletin temel görevi, ülkesinde yaşayan bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak, onların maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilecekleri ortamı sağlamaktır. Demokratik devlette; bireylerin devlete karşı ileri sürebilecekleri, devredilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlükleri vardır. Devlet, bu koruma görevini yerine getirirken, herkesin; tüm hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasını sağlamaya özen göstermek ve bu hak ve özgürlükler arasında bir denge kurmak zorundadır. İnsanın aklında olup bitenlerin ne sınırlandırılması, ne de cezalandırılması mümkündür. Sorun, düşüncenin açıklanış biçimi itibarıyla; toplum, devlet, rejim ve siyasal düzene yönelik olarak açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkarıp çıkarmayacağıının ve buna bağlı olarak; kişileri, kanunlara aykırı eylemlere yöneltici bir nitelik taşıyıp taşımadığının saptanmasıdır. Demokratik rejimde fikir suçunun kabulünde ölçü, düşüncenin açıklanış biçimi dolayısıyla, toplum yönünden, belirli ve gerçekleşmesi kesin, yakın bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmaması ve kişileri eyleme teşvik edici bir içeriğin yaratılıp yaratılmaması

olmasıdır." (Prof. Dr. U. Alacakaptan, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Fikir ve Düşünce Özgürlüğü, Hukuk Kurultayı, C. 2, s. 20 vd.*) tarzında hukuki değerlendirmeler yapmıştır.

Açıklanan görüşlerin benimsenir gerekçelere dayandığı ve bu itibarla çözümlemede ölçü alınabileceği kabul edilmelidir.

Tehlike suçlarında duraksamaları giderecek somut kavramları belirlemenin zorluğu, ceza yargılamaları sürecinde farklı yorum ve uygulamalara neden olmuş, bu tutum, Türk öğretisinde olduğu gibi İtalyan öğretisinde de eleştirilere konu edilmiştir.

Majno, Türkçe'ye çevirisi 1927 yılında yapılmış olan "Ceza Kanunu Şerhi" isimli eserinde, bu durumu, yaşadığı dönemin dar kapsamlı ifade özgürlüğü anlayışı altında dahi eleştirmiş; "Teessüfle görüyoruz ki mahkemeler, 247. madde hükmünü kanun vazunun maksadına muhalif olarak tatbik ediyorlar. Bu madde adi düşünce propagandası hakkında kabili tatbik değildir. Mahkemelerde hakim olan görüş kanunun ruhuna büsbütün muhaliftir. Kanun bir içtimai tehlike istiyor. Bu tehlike önemsiz bir takım faraziyelere bina edilemez." biçiminde ifadelerle uygulama hatalarına işaret etmiştir. (Majno, *Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, s. 7, 8*)

Ülkemizdeki gelişmeler de farklı olmamıştır.

Türk Ceza Mevzuatı'nda 12.04.1991 gün ve 3713 sayılı Yasa ile TCY'nin 141, 142. ve 163. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, gerekçe olarak; "mevcut şekilleriyle, düşünceyi ifade özgürlüğü ile düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı mahiyet iktisap etmişlerdir. Bu sebeplerle hem Devletin maddi düzenini korumak ve hem de düşünceyi ifade ve örgütlenme hürriyetini sağlamak ve böylece bu iki hukuki menfaati dengeli ve çağdaş demokratik hukuk düzenine uygun hale getirmek için bu maddeleri yürürlükten kaldırarak, bunların yerine yeni bir hüküm getirmek zorunluluğu ortaya çıkmıştır." açıklamasına dayanılmış, ancak sonraki süreçte önce özel niteliği gözetilmeden 3713 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ve bilahare TCY'nin 312/2. maddesi uygulamaları, sanki varmış gibi bir yasal boşluğu doldurma gayretine dönüştürülmüş, bu nedenle de yoğun tartışma ve eleştirileri gündeme taşımıştır.

Öğretide bu tartışmaların odak noktasındaki kavramlardan biri "kamu düzeni" dir.

Bu kavramla ilgili olarak;

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem;

"Kamu düzeni kavramı (...) farklı siyasal sistemlere, yönetimlere, toplumsal-siyasal koşullara, zaman ve mekanlara göre değişebilen bir kavramdır. Ancak, bu kavram,

içeriği bakımından değişken ve görelî olmasına karşılık yine de değişmeyen bir özü bünyesinde barındırmaktadır. Bu öz, 'toplum hayatında maddî bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine belli bir düzenliliğin ve barışın hakim olmasıdır.' (...) Yargıtay'a göre de kamu düzeni 'toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünüdür.' Kısaca kamu düzeni, insanların toplu halde yaşamasını mümkün kılan iç barıştır (...)

TCK'nun 312. maddesinde tanımlanan eylemlerin, cezai yaptırıma bağlanmak suretiyle, işlenmesinin önlenmek istenmesi, toplumda barışı tesis etme amacına yöneliktir. Bu amaç, özellikle maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suç tipinde çok daha belirgindir. Gerçekten bu fıkrada düzenlenen 'halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu' farklı sınıf, ırk, din, mezhep ve etnik kökene bağlı insanlardan oluşan bir toplumun barış içerisinde birlikte yaşamasının hukuksal güvencesini oluşturmaktadır. Bu hukuksal güvence demokratik devletin işlerliği açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Zira demokrasi, barışçı bir toplumsal birlikteliğin ortak platformunu temsil etmektedir. Daha açık bir deyişle, demokrasi 'farklılıkların doğallıkla biraradalığıdır.' Farklılıkların barış içerisinde biraradalığı ise ayrı dünya görüşlerine, dinsel ve mezhepsel inanışlara, etnik köken ve toplumsal sınıflara mensup birey ve toplulukları kucaklamak, söz konusu farklılıklardan herhangi birine öncelik ya da üstünlük tanımamakla sağlanabilir. Eğer toplumda mevcut bu farklılıklardan biri yada bir kaç diğelerinin aleyhine olmak üzere öne çıkartılır ve bunlara daha fazla değer verilirse, bu gibi durumlarda demokrasinin varlığından söz etmek güçleşir. Çünkü, bu tür ayrımcı politikalar, demokrasinin dayanağı olan 'farklı yaşam tarzlarının meşruluğu' ve 'barışçı toplumsal birliktelik' temel değerlerini yok etmektedir.

TCK'nun 312. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 4744 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde de (...) şu görüşlere yer verilmiştir. 'Çağdaş uygar toplum çoğulcudur. Bunun anlamı, toplumun değişik din, mezhep, ırk, sosyal sınıf, bölge farklılığı, siyasal görüşler, idealler, toplum insanlarına hizmet bakımından farklı yollar, metodlar, değişik zihniyetler taşıyan insanlardan oluştuğudur. Böyle bir toplum yapısında demokratik ilke, farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürerek birlikte, barış içerisinde yaşamayı zorunlu kılar; sosyal yapıyı oluşturan yapısal unsurlar birbirleriyle ahenkli bir bütün oluşturmakta devam etmelidir. Bütünleşme derecesi bu derecede yüksek olursa, demokratik özgürlükler de, toplumda aynı oranda geniş olarak kullanılabilir. Bütünleşmenin temel koşullarının başında değişik yapıdaki insanların, değişik fikir, kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamayı benimsemeleri, bu tutumu içlerine sindirmiş bulunmaları gelmektedir (...)'

'Kamu düzen'i (...) kavramının hem özgürlüklerin kullanımının gerekli koşulunu ve hem de özgürlükleri sınırlamanın temel sebeplerinden birini oluşturduğu anlaşılmaktadır (...)

Nitekim, gerek uluslararası hukuk belgelerinde ve gerekse iç hukuk düzenlemelerinde 'kamu düzeni' kavramı, özgürlükleri sınırlamanın meşru bir değeri olarak kabul edilmiştir (...)

Ülkemizde de başta Anayasa olmak üzere çeşitli yasalarımızda 'kamu düzeni' sebebine dayanılarak özgürlükler sınırlanabilmektedir (...)

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, ulusal ve uluslar arası hukuk belgelerinde özgürlükleri sınırlamanın başlıca sebeplerinden biri olarak yer alan 'kamu düzeni' kavramı, gerek yasa koyucuların, gerekse uygulayıcıların elinde özgürlükleri aşırı sınırlamanın ve bastırmanın etkin bir silahına dönüşebilmektedir. Öyle ki, söz konusu kavram, niteliği ne olursa olsun, kurulu olan herhangi bir düzenin korunması ve sürdürülmesinin bir mücadele aracı olarak kullanılabilir. Nitekim, totaliter veya baskıcı rejimlerde bu tür eğilimlere sık rastlanmakta; kamu düzeni kavramı özgürlükleri güvence altına almanın değil, onları bastırarak suretiyle mevcut düzeni korumanın hukuksal ve söylemsel aracını oluşturmaktadır. Oysa, bu tür rejimlerden farklı olarak demokratik rejimlerde kamu düzeni, özgürlükler açısından bir güvenceyi ifade etmektedir. Bu güvence ise, kamu düzeninin çatışan özgürlükler arasında uzlaşmayı sağlayan, toplumsal barış ve bütünlüğe hizmet eden özellikleri ile sağlanmaktadır (...)

Kamu düzenini korumak gerekçesi altında, belli bir ideolojinin, dokunulmazlık zırhına büründürülmesi, ya da 'en fazla korunmaya mazhar' bir ideolojik kategorinin yaratılması çoğulculuğu baltalayacaktır (...)

Kamu düzeni gerekçesi ile düşünce özgürlüğünün sınırlanmasında çatışan iki değer uzlaştırılması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir yandan (...) çekirdek özgürlük olarak değerlendirilen düşünce özgürlüğünün güvence altına alınması, diğer yandan da bütün özgürlüklerin kullanımının asgari koşulu olan (...) kamu düzeninin korunması zorunluluğuyla karşı karşıya bulunmaktayız. Bu sorunun çözümünde söz konusu değerlerden biri diğerine feda edilmeden, her ikisinin birlikteliğinin sağlanması gerekmektedir. Kuşkusuz, her iki değer birlikte varoluşlarının sağlanması karşılıklı sınırlama ve dengeleme çabalarını beraberinde getirmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, sınırlama ve dengeleme çabaları hiçbir zaman düşünce özgürlüğü aleyhine işleyecek ve bu özgürlüğü işlevsiz hale getirecek bir anlayışın ürünü olmamalıdır. Zira, insan haklarına dayalı demokratik bir toplumda sayısız işlevler yerine getiren ve böyle bir toplum yapısının 'onsuz olmaz' koşulunu oluşturan düşünce özgürlüğü, korunması gereken değerlerin başında gelmektedir. Dolayısıyla, 'özgürlüklerin esas, sınırlamanın istisna' olduğuna ilişkin genel ilkedeki hareketle düşünce özgürlüğünün ancak kamu düzeni açısından zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak sınırlandırılması kabul edilmelidir.

Nitekim (...) AİHM'nin 'Avrupa kamu düzeni karakterine yaslanarak' geliştirdiği içtihatlar incelendiğinde, mahkemenin her iki değer arasındaki hassas dengeyi düşünce özgürlüğü lehine kurmaya çalıştığı görülmektedir(...)

AİHM'nin yalnızca kanaatlerin ifadesi olan düşünce açıklamaları ile kamu düzenini ve bunun bir ögesi olan kamu güvenliğini şiddet yoluyla bozmaya

yönelik olan düşünce açıklamaları açısından ayırım yaptığı anlaşılmaktadır (...) Sınırlama ancak bu ikincisi için söz konusu olabilir (...) Aksoy/Türkiye davasında da AİHM, Türkiye Devletinin mevcut düzenini, ilkelerini ve yapısını sorgulayan, ancak şiddete ya da silahlı direnişe teşvik edici hiçbir unsur içermeyen konuşma ve yayınların cezalandırılmasını düşünce özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür.

Öte yandan AİHM, açıklanan düşüncenin salt saldırgan bir nitelik taşımasının dahi, düşünce açıklamalarının cezalandırılması için yeterli olmadığını, düşüncenin açıklandığı yer ve zaman koşullarının dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varılması gerektiğini vurgulamıştır (...)

Ayrıca AİHM, bir çok kararında düşünce özgürlüğünün yalnızca zararsız bilgi ve düşünceler açısından değil, *“devleti veya halkın bir bölümünü rahatsız eden, taciz eden/şoke eden veya kaygılandıran”* bilgi ve düşünceler açısından da geçerli olduğunu kabul etmiştir (...) AİHM, şiddet unsuru içermemek koşuluyla, toplum ve devlet katında yaygın olan siyasal görüşlerin sorgulanabileceğini, bunlara ters düşen düşüncelerin özgürce açıklanabileceğini ortaya koymuş ve böylece çoğulcu toplum yapısını korumak istemiştir. Bu bağlamda AİHM, devletlerin, *“kamu düzenini”* koruma gerekçesinin arkasına sığınmak suretiyle meşru siyasal muhalefeti etkisiz kılma çabalarını engellemiştir (...)

...

Özetle, özgürlükleri sınırlama sebebi olarak ortaya çıkan *“kamu düzeni”* kavramı, niteliği ne olursa olsun, mevcut bir siyasal düzenin korunmasının bir aracını değil, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokratik toplum yapısının asgari güvencesini oluşturmaktadır (...) Kamu düzeni gerekçesiyle bir düşünce açıklamasının sınırlandırılabilmesi, ancak düşünce açıklamasının kamu düzenini bozmaya yönelik gerçek/somut bir tehlike olarak ortaya çıkması halinde mümkün olmalıdır (...)

Türkiye’de (...) *“kamu düzeni”* kavramı ideolojik yüklü bir kavram olarak algılanmakta ve bu doğrultuda özgürlükleri sınırlayıcı bir işlev görmektedir (...) Açıklamalarına yer vermiş,

“Türkiye Pratiği: Devlet Düzeni ve Kamu Düzeni” başlığı altındaki incelemesinde de, TCY’nin 312. maddesinin uygulamada aldığı şekli eleştirerek;

“Böylece, “kamu düzeni” kavramı bu şekilde kimi düşüncelerin “zararlı”, “sakıncalı” yada “tehlikeli” kabul edilerek “yasak düşünce alanı” yaratılırken kullanılan hukuksal meşrulaştırma araçlarından birini oluşturmaktadır. Bu bağlamda “kamu düzeni” kavramı demokratik, siyasal ve toplumsal muhalefeti suskunlaştırmakta, etkisizleştirmekte ve baskı altında tutma amacına yönelik hukuksal tasarrufları haklaştıran bir işlev görmektedir.”

Dolayısıyla, TCK'nun 312. maddesinin koruduğu değer, çoğulculuk ve barış esasına dayalı bir kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır. TCK'nun 312. maddesinin böyle bir kamu düzenini korumayı hedeflemiş olması, yıllarca benzer bir işlev yerine getirmiş olan TCK'nun mülga, 141, 142 ve 163. maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi yerine ikame edilircesine kullanılmak istenilmesinden de anlaşılmaktadır. Gerçekten, 12.4.1991 tarih 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesiyle, TCK'nun 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasından önce, ilgili madde hükümleri, tıpkı bu gün yürürlükte bulunan 312. madde gibi resmi söylem dışı düşünce açıklamalarını cezalandırmanın, bireylerin ve örgütlü toplumun demokratik taleplerini bastırmanın ve siyasal muhalefeti suskunlaştırmanın aracı olarak kullanılmışlardır (...)

"Bu maddelerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, sanki bir boşluk doğmuşcasına, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi işletilmeye başlanmış, birçok gazeteci, yazar ve düşünür bu madde kapsamında mahkum edilmiştir. Bu maddenin uygulanmasında özel suç kastı aranmamış, genel kastın bulunması mahkumiyet kararı için yeterli sayılmıştır. Ancak, 1995 yılı sonunda bu maddenin değiştirilerek düşünce özgürlüğü lehine kısmen yumuşatılmasıyla bu kez oluşan boşluk, yıllardır yürürlükte olan TCK'nun 312. maddesiyle doldurulmaya çalışılmıştır.

TCK'nun 312. maddesinin, 'devlet düzeni'ni koruma refleksiyle ve adeta bu alanda TMK'nun 8. maddesinin değiştirilmesi sonucu oluştuğu iddia olunan, boşluk doldurulurcasına uygulamaya sokulduğu izlenimini yargı kararlarında görmek mümkündür. 1994 yılında A Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görülen bir dava dosyasında yer alan ifadenin Yargıtay ilgili Dairesi'nce de aynen tekrarlanmış olması böyle bir izlenimi doğrular niteliktedir. Gerçekten, ilgili dava dosyasında yer alan 'TCK'nun 163. maddesinin kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla (...)' ifadesi, somut olaya ilişkin bir hukuki çözümleme çabasından çok, bir boşluk doldurma çabası olarak gözükmemektedir. Öte yandan, savcıların bu maddeyi, daha önce pek rastlanmadık bir şekilde, maksadının bir hayli dışına taşan biçimde işletmeye ve yargıçların da bu doğrultuda kararlar vermeye başlamaları, böyle bir yönelimin var olduğunu ortaya koymaktadır."

TCK'nun 312/2'de düzenlenen suçun oluşması için halkın devlete karşı değil, birbirine karşı kamu düzenini bozacak bir şekilde kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi gerekmektedir. Bu madde ile korunan hukuksal değer, devlet ve onun kurduğu "düzen" değil, "kamu düzeni"dir. Nitekim, TCK'nun 312. maddesi "kamu düzeni aleyhine cürümler" arasında düzenlendiği gibi, bu maddede 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte söz konusu metne "halkı birbirine karşı" ibaresi eklenmek suretiyle bu hususa açıklık kazandırılmıştır (...)

Oysa, Türkiye’de, gerek mevzuattan ve gerekse uygulamadan kaynaklanan nedenlerden ötürü kamu düzeni, demokratik içeriğinden yalıtık bir biçimde tanımlanmakta; kamu düzeni ile devlet düzeni kavramları arasında olması gereken ayırım gözetilmemekte, hatta bunlar eş anlamlı olarak ele alınmaktadır (...) Sözde kamu düzeni, gerçekte ise devlet düzenini koruma adına özgürlüklerin bastırılması, paradoksal olarak kamu düzeninin bir türlü sağlanamaması hatta bozulması sonucunu doğurmaktadır (...) Yaşanan deneyim göstermiştir ki, “kamu düzeni” baskı ve korkuya dayalı olarak değil, özgürlüklerin yaygın kullanım olanağına sahip kılınmasıyla daha sağlıklı biçimde güvence altına alınabilir. Nitekim, AİHM’nin yerleşik kararlarında da ifade edildiği gibi özgürlükler, demokratik toplum düzeninin ve Avrupa ortak mekanında oluşturulmaya çalışılan “Avrupa Kamu Düzeni”nin özünü oluşturmaktadır. (Prof. Dr. F. H. Erdem, “TCK’nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukusal Değerin Kısa Bir Analizi”, AÜHFD 2003, 38-62. sayfaları arasından özet seçmeler) biçiminde, bilimsel bir değerlendirme yapmıştır.

Bu tespitlerin TCY’nin 312/2. maddesinde soyut bir tanım olarak yer alan “kamu düzeni” kavramına son derece isabetli bir açılım kazandırdığında kuşku yoktur.

TCY’nin 312/2. maddesinin uygulanmasında duraksamaları giderecek somut ölçütlerin belirlenmesi zorluğu ve bu zorluktan kaynaklanan uygulama karmaşası Yasa koyucuyu da harekete geçirmiş, bu kapsamda 4744 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte, maddenin tatbik koşulları ve suç tipinin özellikleri, madde gerekçesinde, oldukça ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Öte yandan, açıkladıkları düşünceleri nedeniyle Türk ceza mahkemele- rince mahkum olan pek çok kişinin AİHM nezdinde açmış oldukları davaların çoğunda lehlerine tazminat kararı almaları devleti harekete geçirmiş, benzer da- valarda tazminata mahkum edilmemek için dostane çözüme yönelmesine ve bu süreçte mevzuatını da değiştirme iradesini sergilemesine neden olmuştur.

Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Yrd. Doç. Dr. Oğuz Sancaktar’ın, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu” adlı müşterek eserlerinde; “... Türk Hükümeti Divan tarafından TCK’nın 312 ve Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde yapılan kovuşturmalara ilişkin Türkiye’nin mahkumiyetlerinin Türk hukuk ve uygulamasının Sözleşme’nin 10. mad- desinden doğan yükümlülüklerle en kısa süre içinde uyumlulaştırılması gerektirdiğini kabul ederek 24.03.2001 tarihli ulusal programda tanımlandığı üzere bu alanda gerekli yasal ve uygulamaya dönük değişiklikleri taahhüt ettiğini beyan etmiştir.”

Değerlendirmesine yer vermiş, Türk ceza mevzuatında 3713 sayılı Yasa’nın 8. ve TCY’nin 312. maddelerinde bilahare yapılan değişikliklerin İHAS’ın 10. maddesine uyum amacıyla gerçekleştirilmiş olduğuna dikkati çekmiştir.

Bu cümleden olarak, yasa koyucu 4744 sayılı Yasa'yla TCY'nin 312/2. maddesinde yaptığı değişikliğin gerekçesi olarak özetle;

“Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığına dayanarak insanları birbirine karşı kamu düzenini bozma olasılığını ortaya çıkaracak bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye, alenen tahrik”, aslında bir tehlike suçudur.

Tehlike suçları, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından etrafında duraksamalara, yanlış anlaşılmalara elverişli bir alan yaratırlar. Bu bakımdan demokratik hukuk düzenlerinde, tehlike suçu yaratmaktan olabildiğince sakınılır. (...)

Çağdaş uygar toplum çoğulcudur. Bunun anlamı, toplumun, değişik din, mezhep, ırk, sosyal sınıf, bölge farklılığı, siyasal görüşler, idealler, toplum insanlarına hizmet bakımından farklı yollar, metotlar, değişik zihniyetler taşıyan insanlardan oluştuğudur. Böyle bir toplum yapısında demokratik ilke, farklılıklar içerisinde bütünleşmeyi sürdürerek birlikte, barış içerisinde yaşamayı zorunlu kılar; sosyal yapıyı oluşturan yapısal unsurlar birbirleriyle ahenkli bir bütün oluşturmakta devam etmelidir. Bütünleşme derecesi ne derecede yüksek olursa, demokratik özgürlükler de toplumda aynı oranda geniş olarak kullanılabilir. Bütünleşmenin temel koşullarının başında, değişik yapıdaki insanların, değişik fikir, kanaat ve inançları tam bir hoşgörü ile karşılamayı benimsemeleri, bu tutumu içlerine geçirmiş bulunmaları gelmektedir. O halde kişilerin, maddenin saydığı farklılıkları esas alarak düşmanlığa, kin beslemeye alenen tahrik edilmelerinin ortaya çıkaracağı tehlikeye karşı hukuk sisteminin savunma araçları getirmesi gerekli ve zorunludur. Hele toplum yapısı, geniş bir mozaik biçiminde olan ülkeler yönünden bu zorunluluk daha da önemlidir.

Ancak temel sorun, bu zorunluluğu, eleştiri olanağını, ifade özgürlüğünü, siyasal propaganda yapmak hakkını zedelemekten kaçınılabilmektir.

Bu bakımdan çağdaş demokratik ceza hukuku şu yolu veya stratejiyi uygulamaktadır : Soyut (mücerret) tehlikeyi değil, somut tehlikeyi suç haline getirmek, somut tehlike suçlarını kabul etmek ve değişik maksatlarla yapılan açıklamaları, gerçek unsurları itibarıyla belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları halinde cezalandırmak, yani zorunluluk hallerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakmak. Bu yaklaşım, -Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği bir ölçü ile- *“açık ve mevcut tehlike”* (clear and present danger) kavramına da uygundur.

(...)

312. maddenin ikinci fıkrasında yer alan suça ilişkin hükümlerin benzerleri, yabancı demokratik ülkelerde de yer almaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, yukarıda açıklanan ilke ve strateji doğrultusunda kamu düzenini ve toplumsal bütünleşmeyi korumak bakımından fiili, somut tehlike suçu haline getirmiştir. Suçun şeması şu suretle belirlenebilir:

"1. İnsanlar, birbirlerine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik edileceklerdir.

2. Bu tahrik, bir tür bağımlı hareketle yani insanların sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanılarak gerçekleştirilecektir, yani düşmanlık veya kin, bu farklılık üzerine dayanmak suretiyle yerleştirilmeye çalışılacaktır.

3. Tahrik yapılırken başvuru eylem, beyan ve ifadeler, kamu düzenini bozma olasılığını ortaya çıkaracak bir şekilde olacaktır. Hareketlerin belirtilen maksada uygun nitelik gösterip göstermediği, fiilin somut bir tehlike suçu olduğu göz önünde bulundurularak hakim tarafından takdir edilecektir. Elbette bu takdir yapılırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda sürekli tekrarladığı ölçütleri göz önünde bulundurmak gereklidir.

4. Failde yukarıda belirtilen koşul ve eylemlere yönelik cürüm kastının varlığı saptanacaktır." (4744 sayılı Yasa Gereği) denilmektedir.

7.1.1981 gün ve 2370 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramadan, bugün yürürlükte bulunan düzenlemeye benzer bir düzenleme içeren TCY'nin 312. maddesinin 2. fıkrasındaki suçla ilgili olarak açıklamalarda bulunan Prof. Dr. Erol Cihan;

"Sosyal sınıfları kin ve adavete tahrikin, 'umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda' gerçekleşmesi zorunludur, bu şart bir cezalandırılabilme şartıdır. Sosyal sınıflar arasındaki düşmanlığı tahrik hareketi, suç olarak telakki edilmemiş, bu tahrikin kamunun emniyetini tehlikeye düşürebilmesi ihtimali şart koşulmuştur.

(...)

Umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda bir tahrikin mevcut olup olmadığının belirlenmesi, soyut bir biçimde (a priori) yapılamaz. Bunun belirlenmesinde özellikle tahrikin yeri, kişiler, tahrikte özellikle kullanılan araç göz önünde tutulmalıdır. Bir başka deyişle bu problem, somut bir biçimde araştırılmak gerekir, burada olayı araştıran hakim durumu takdir edecektir.

Bu ibarede özellikle iki şart üzerinde durulmalıdır; sadece düşmanlığa tahrik hareketi umumun emniyetini tehlikeye düşürmediği takdirde TCK'nın 312. maddesi uygulanmaz, öte yandan kamunun emniyetini tehlikeye düşürme durumu da yalnız

başına yeterli değildir, umumun emniyetini tehlikeye düşürme, sosyal sınıfları düşmanlığa tahrikin bir sonucu olarak gerçekleşmelidir.” (Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu, İÜHFMD C. XL, s. 119, 120) tarzında isabetli bir tahlile girişmiştir.

4744 sayılı Yasa ile TCY'nin 312. maddesinde yapılan düzenlemeleri değerlendiren Yard. Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar ise;

“... 312. maddenin önceki şekli hem soyut hem de somut tehlikeyi cezalandırırken, yeni şekli sadece somut-objektif tehlikeyi cezalandırmaktadır.

(...)

312/2. maddenin düşünce özgürlüğü ile yakın bağlantısı, somut olayı ve hükmü yorumlamakla görevli olan yargı organının tutumuna göre biçim almasına yol açmaktadır. Gerçekten de bir beyanın ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman sert bir eleştiri veya karşı çıkış ya da bir hakkın savunulması olduğu noktasında, yargının yorumu büyük önem taşımaktadır.

Demokratik çağdaş bir ceza hukukunda, tehlike suçlarında hukuksal yararın ihlali, eylemin önlenmek istenen netice açısından somut tehlike yaratmasına bağlı görülmektedir. Somut tehlike yaratmaya uygun olmayan eylem özellikle siyasal suçlarda, kişi özgürlüğünü sınırlayıcı, haksız cezalandırılmalara yol açar. Bu nedenle 312. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve sadece soyut tehlikenin varlığını yeterli sayan hükmün kaldırılması ve somut tehlikenin aranması isabetli olmuştur. Ancak 312. maddenin yeni halinin düşünce özgürlüğüne bir rahatlık ve genişleme sağlayıp sağlamayacağını yine yargı pratiği belirleyecektir. Yargının ‘özgürlükleri daraltıcı yorum’ yapma gibi bir tutuma girmesi halinde, normla uygulama arasında uçurum daha da açılabilecektir. Bunun tersi bir tutumla ve daha dinamik bir yorumla yargı, maddede sözü edilen tehlikenin ‘açık ve yakın’ olmasını da arayarak tehlikeyi somutlaştırabilir ve düşünce özgürlüğünün kullanımında önemli bir adım atabilir. Bu adım demokratik bir toplumda yaşama hakkına sahip insanımızın, söyleyeceği bir sözün ya da yazacağı bir yazının suç olup olmadığı noktasında neredeyse paranoyaya varan kaygılarını da bertaraf edebilecek, özgürlük ve özgürleşme bilincini de hızlandıracaktır.” (Yard. Doç. Dr. Türkan Yalçın Sancar, “TCK'nın 159 ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, AÜHFMD, 2003, s. 99) biçiminde görüş açıklamıştır.

Bu düşüncenin paylaşılacak hiçbir yönü yoktur.

TCY'nin 312/2. maddesinde tanımlanan suçun en önemli vasfını oluşturan ancak ne yazık ki uzun süreden bu yana uygulamada göz önüne alınmakta en ziyade zafiyet gösterilen “farklılıklar” kavramına hukuki bir açılım kazandırmak gerekmektedir.

Öğreti, anılan kavramı açıklıkla değerlendirmektedir;

Prof Dr. Emin Artuk, Doç. Dr. Ahmet Gökçen ve Dr. A. Caner Yenidünya, “Ceza Hukuku Özel Hükümler” isimli müşterek bilimsel yapıtlarında ve Doç. Dr. Ahmet Gökçen, bağımsız olarak yazdığı “Halkı kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü TCK. 312/2” isimli eserinde;

... Bu teorik bilgileri inceleme konusu olan suça uyguladığımızda, fiilin tipik sayılabilmesi yani kanunda belirtilen suç kalıbına uygun olması için tahrikin; din farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından farklı dinlere mensup; ırk farklılığı gözetilerek işlenmesi bakımından farklı ırklara mensup; sınıf farklılığı gözetilerek işlenmesi için farklı sınıflara mensup; mezhep farklılıkları gözetilerek işlenmesi için farklı mezheplere mensup; bölge farklılığı gözetilerek işlenmesi için ise farklı bölgelere mensup halk kesimlerini birbirine karşı kin ve düşmanlığa sevk edecek şekilde yapılması gerekir. Başka bir anlatımla, “halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik cürmü” bağlı hareketli bir suçtur. 312. maddenin 2. fıkrasında belirtilen ve halk kesimlerinde bulunması aranan bu özellikler tadadı olup, suçun oluşması için tahrik edilen ve tahrike maruz kalan grupların mutlaka maddede sayılan farklı özelliklere sahip olmaları gerekir.

Bu bakımdan; fıkrada belirtilen özellikteki grupların değil de onlara benzer nitelikte özellikleriyle ayırt edilen gruplardan birinin diğerine karşı tahrikinin suç sayılması -fiil tipik olmadığından- mümkün değildir. Aksi düşünce, ceza hukukunda kıyas yapılması anlamına gelir.

... Ceza hukukunda kıyas yasaktır. Bu yüzden aynı dine, aynı ırka, aynı mezhebe, aynı sınıfa ya da aynı bölgeye mensup insanların birbirine karşı tahrik edilmesi durumunda, fiil tipik olmadığı için inceleme konusu suç oluşmayacaktır. Keza, aynı dine mensup halk kitlelerinden çok dindar olanı, az dindar olana karşı, farklı düşüncelere sahip grupları birbirine karşı tahrik eylemleri, inceleme konusu suç bakımından tipik değildir ve dolayısıyla bu suçu oluşturmaz.

Ayrıca birbirine karşı tahrik edilen gruplar halk kesimleri olmalıdır. Böyle olmayıp da halkın bir kesimi bazı kurum ve kuruluşlara karşı tahrik edilirse yine halkın bir kısmının diğerine karşı tahrik edilmesi söz konusu olmadığından fiil tipik değildir. (Ortak eser; s. 701-702; Doç. Dr. A. Gökçen, s. 132 ve 133)

Görüşlerine yer vermişler, yasanın, “farklılıklara” ilişkin hükümlerini duraksamaya mahal bırakmayacak netlikle ortaya koymuşlardır.

Anılan ortak bilimsel eserde, ayrıca;

... bir hareketin ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman bir vaziyet alışı, bir hakkın savunması ya da haksızlığın enerjik biçimde ifadesi sayılacağı hususları, meseleyi düşünce hürriyetiyle devamlı bir ilişki halinde tutar. Du-

dakların arasından veya parmakların ucundan dış dünyaya aktarılan fikirlerden dolayı bir müeyyideye maruz kalma; bu ifadelerin Anayasa'nın 25. ve 26. maddesi ile yine Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, iç hukukumuzun bir parçası sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddelerinde güvence altına alınan "*düşünce hürriyeti*"nin sınırlarını aşması halinde söz konusu olur. Eğer düşünce hürriyetinin sınırları aşılmamış, ifade edilenler bu hürriyetle insanlara sağlanan serbest alan içinde kalmışsa, artık onlar pozitif hukukun koruması altındadır ve devlet bu kimseleri cezalandırmak bir yana, bu fikirlerini açıklama hürriyetini temin etmek durumundadır. (...)

Düşünme insan beyninin bir fonksiyonu, bir faaliyetidir. Düşünce ise bu etkinliğin ürünlerine yani dile getirilen önermelere ya da ifadelere denir. (...)

Anayasa'da "*düşünce hürriyeti*" İHAS'da ise "*ifade hürriyeti*" terimi benimsenmiştir. (...)

Düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, insan hak ve özgürlükleri içinde hayat hakkıyla birlikte en önemli olanıdır.

Bu önem, düşüncenin insanın yararlandığı bir çok hak ve özgürlüğünün temelini, yani "*olmazsa olmaz*" şartını oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Düşünce özgürlüğünün bulunmadığı yerde gerçek bir demokrasiden ve ilerlemeden söz edilemez.

İnsanın düşünemediği ve daha doğrusu düşüncesini açıklayamadığı yerlerde, ne bilim ve teknik, ne sosyal ve siyasal bilimler ne de siyasal görüş ve akımlar gelişir.

Bu sebeple, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, uygarlığın, diğer temel hak ve hürriyetlerin, kişinin ve toplumun, maddi ve manevi alandaki gelişmesinin temel şartı ve kaynağıdır.

Kanaat hürriyeti 1982 Anayasası'nın 24/3, 25/2. maddeleri ve İHAS'ın 10. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Bu hürriyet hem kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye sokan şeylere karşı, hem de farklı düşüncelere sahip olmaları sebebiyle fertleri rahatsız eden ya da bu farklı fikirlerin benimsenmesini engelleyen etmenlere karşı korunmayı sağlamaktadır. (...)

Açıklama hürriyeti, düşüncenin dışa vurulma safhasını ifade eder. (...) Açıklama hürriyeti olmadıkça düşünce edinmeye yarayan hürriyetler ve kanaat hürriyeti fazla bir anlam taşımaz. İnsan zihnine hapsedilmiş, dışa vurulma şansına sahip olmayan bir düşünce, sahibini mutlu etmez, hatta ona elem verir. (...)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre düşünce özgürlüğü, "demokratik toplumun başlıca temel taşlarından kişinin ilerleyip gelişmesinin asal koşullarından birini teşkil eder. 2. fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla bu özgürlük sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil, aynı zamanda Devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir. (...)

Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur." (Handyside/İngiltere kararı) (...)

Düşüncenin açıklanması hürriyeti kişiye, beğenmediği uygulamaları tenkit etme, düşüncelerine uygun şekilde davranabilme ve doğru olduğuna inandığı fikirlerini başkalarına kabul ettirme imkanlarını vermektedir. (...) Propaganda faaliyetlerinde tek sınır şiddet kullanımına ortam hazırlanması ve şiddet kullanılmasıdır. İfadeler şiddet içerir veya şiddet tavsiye ederse düşüncüyü açıklama hürriyeti safhasından çıkılıp, suç sayılan bir alana girilmiş olur ve devletin cezalandırma hakkı doğar. (...)

Eleştiri hakkı da kaynağını düşünce hürriyetinden alır. (...) Açıklanan düşünce ve kanaatler eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, sert ve haşin olması doğal bir sonuçtur. (...)

Hukuk düzenini, hukuka aykırı yöntemlerle şiddet kullanarak değiştirmeye, yıkmaya, tahrik ve teşvik eylemleriyle genel olarak suç işlemeye tahrik eylemleri teknik nitelikle zarar neticesi doğurmaya elverişli tehlike eylemleri düşüncüyü açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. (...)

Fikrimizce düşünce hürriyetini sınırlamada, Strazburg denetim organlarının ortaya koyduğu kısıtlama kriterlerine ilave olarak getirilebilecek yegane ölçüt fiilin yani açıklanan düşünce ya da ifadenin bizzat kendisinin şiddet içermesi, şiddeti tavsiye etmesi veya övmesidir. (...)

Görüşlerine yer vererek, uygulayıcıya, her türlü duraksamayı giderecek bilimsellikle ışık tutmakta, AİHM'nin kararlarına yansıyan ifade özgürlüğü kavram ve kapsamını netleştirmektedir.

TCY'nin 312/2. maddesinde tanımı yapılan suç tipinin zorunlu öğelerini ortaya koyan bu açıklamaların ve bunlara dayanılarak belirlenecek yasal ilkelerin, ifade özgürlüğünün mahsulü olan her tür yazı, söylem ve eyleme uygulanabilir olduğunda kuşku yoktur.

Ceza yargıcı, çözümlenmekle sorumlu bulunduğu kamu davasında, suçlamaya konu edilen ifadenin nitelik, nicelik ve içeriğinden etkilenmeyerek TCY'nin 312/2. maddesi ile ilgili suç öğelerini gözetmek ve bunların varlık süzgecinden konu eylemi geçirmek durumundadır.

Bu işlemde ceza yargıcının asla göz ardı edemeyeceği ilk ve vazgeçilmez ölçü “yasallık ilkesi”dir.

Hiç bir demokraside ceza yargıcı, Yasama’nın, yasayla kendisine vermediği yetkiyi kullanamayacaktır.

Ceza yargıcı, “kıyas yasağı” ile çepeçevre sınırlıdır. Kıyasa yol açacak ölçüde yorum da yapamayacağını asla ve kesinlikle unutmamalıdır.

Ceza yargıcının kıyas yasağı evrensel ceza hukukunun “*olmazsa olmaz*” kuralıdır. Bu kural, insanlık tarihinde çok derin acılar yaşanarak kazanılabilmıştır.

Ceza yargıcının, Medeni Yasa’nın 1. maddesinde zikrini bulan ve “*Yasada uygulanabilir bir hüküm yoksa kendisi yasa koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaksa yargıç ona göre hükmeder*” tarzında hukuk yargıcına yetki tanıyan norma heveslenme yetkisi yoktur. “*Toplum gereksinimleri ve kamu huzuru bunu gerektirir*” duyarlılığıyla ceza yargıcının, yasada yer almayan bir hükmü varsayarak suç üretmesi, ceza biliminde asla kabul görmemektedir.

Batı hukukunda bu tür kıyas ve yorumlara “*norma işkence*” tanımı ile yaklaşılmaktadır.

Bu nedenledir ki;

TCY’nin 312/2. maddesinin tatbikatında, “*farklılıklara*” dayanmayan, aynı sosyal sınıf, aynı dil, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep veya aynı bölge içinde yer alan kişi ya da kesimlerin birbirine karşı kışkırtılmasına yönelik bulunan söylem, yazı veya eylemler, velev sair unsurlarını içerse dahi, anılan suçun oluşumu için yetmeyecektir.

Bu tür kışkırtmaların, sosyal yaşamda boyut kazanması ve toplumda zararlı neticeler doğuracağını mutlak hale dönüşmesi söz konusu olsa bile ceza yargıcı yine de kıyas yasağına uyacak, yasallık ilkesinden ayrılmayacaktır.

Zikredilen bu türden oluşumlarda çözüm, sadece ve yalnız yasama erkinin yetki ve sorumluluğundadır.

Ceza yargıcının kıyas ve yorumlarla suç yarattığı ahvalde, bireyin hak ve özgürlükleri her zaman tehlike altında kalır. Oysa, uygar dünya, “*bireyi*” her türlü değer önüne taşımış, haklar odağının merkezine yerleştirerek tehlikelerden korur olmuştur. Bu korumanın tarafları; “*Devlet, birey ve yargı*”dır. Devlet, çoğu kez özgürlükleri kısıyan, birey özgürlükleri kısıyan, yargı ise bireyi ve özgürlükleri koruyan ve kollayan durumundadır.

Artık;

Değerlendirmenin bu noktasında; “tür farkı gözetmeden her nev’i ifade açıklamasına” uygulanacak içtihadı mahiyetteki kıstas ve ilkeleri, uluslar arası ve ulusal normlar, 4744 sayılı Yasa’nın değişiklik gerekçesi ve sıralanan bilimsel gerçekler ışığında ortaya koymak ve ceza yargıçlarını, yıllara yayılan çelişkili yorum ve kararların şaşkınlığı ortamından kurtarmak gerekmektedir.

TCY’nin 312/2 Maddesinde Düzenlenen Suçun Oluşum Koşulları;

Tüm bu saptamalar karşısında;

TCY’nin 312/2. maddesinin bir tehlike suçu olduğu, bu tehlikenin 4744 sayılı Yasa’yla 06.02.2002 tarihinde yapılan değişiklik sonucu açık ve net bir biçimde somut tehlike niteliğine dönüştüğü, anılan tehlikenin, maddede sınırlı olarak sıralanan farklılıklar arasında düşmanlığa ve kin yaratmaya yönelik bulunmasının zaruret arz ettiği, ancak ne yazık ki uygulamanın, bu disipline uygun düşmeyen bir görünümde bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda;

Suçun oluşması için;

1. Eylemin aleni yapılması,

2. Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi,

3. “Suç ve ceza da yasallık ilkesi” nedeniyle aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep yada aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların yekdiğerine karşı kışkırtılması halinde anılan suçun oluşmayacağıının tam bir netlikle bilinmesi ve gözetilmesi,

4. Kışkırtmanın, anılan farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu halin “kamu düzeni” için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve sonucu gerçekleştirmeye yetecek düzey ve etkinlikle olması, Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin bir çok kararına isabetle yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi ve bu çağrının etkin düzeyde gerçekleşmesi,

5. 4744 sayılı Yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan tehlikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olduğunun kitlelerdeki yorum, etkileşim ve hareketler de izlenerek değerlendirmeye tabi tutulması ,

6. Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa veya kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağı kabul edilmesi,

7. Tek başına yeterlilik arz etmeyen ancak, önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde aynı okuyucu veya dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeni ile, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağı kabul edilen eylemlerin anılan suç oluşturabileceğinin, ancak bunun için, bütünü parçalarının ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanmasının gerekli olacağının bilinmesi,

8. Öngörülen suç unsurlarından herhangi birinin eksikliği veya yeterlik ölçüsünün bulunmaması durumunda tanımlanan cürmün oluşmayacağı,

9. Ceza Yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemeyeceği, bu itibarla yasal sınırlılıkla belirlenen farklılıklara tahrike yönelmeyen, şiddet çağrısını içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kışkırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştırarak, TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmenin olanaklı bulunmadığı, ceza yargısının vazgeçilmez durumundaki kıyas yoluyla suç oluşturma yasağıyla redde mahkum olacağı,

10. *"Kuşkunun lehe yorumlanacağı"* temel ilkesi gereği; aleniyetin varlığında, tahrikin yasada açıklanan farklılaşmalara dayalı olup olmadığı, anılan farklılıklara dayalı halk kesimlerinin birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edilip edilmediğinde ya da sevk ediliyorsa eylemin bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, *"farklılıkların birlikteliğine dayalı kamu düzeni"*ni bozabilecek etkinliğe ulaşıp ulaşmadığında, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike haline dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısını taşıyıp taşımadığında kuşku hali doğduğunda, öncelikle bu kuşkunun aşılması gerektiğinin ve aşılamıyorsa yorumun sanık yararına olması ve ifade özgürlüğünün genişletmesi doğrultusunda yapılması icap edeceğinin göz önünde tutulması,

zorunluluk arz etmektedir.

Ancak bu disiplinle olaylar yorumlanıp, suçun oluştuğu kesin kanısına varıldığında mahkumiyete hükmediliyorsa ceza yargısının *"yasallığı"* gerçekleştirilebilecek ve TCY'nin 312/2. maddesi kapsamındaki değerlendirmelerde; görüş, düşünce, yorum ve hüküm farklılıkları ortadan kalkacak, göreceliklere ve saplantılara dayalı zıt yorumlar sonlanacak, yargı birliğine ulaşılacaktır.

Aksi halde; aynı uluslar arası ve ulusal normlara dayanan, aynı ilkeleri benimseyerek *“ifade özgürlüğünün esas, kısıtlamalarının ise sınırlı”* olduğunu kabul edenler bile, bu norm ve ilkeleri olaylara uygularken farklılaşacak, hangi türden olursa olsun düşünce açıklamalarının tümüne uygulanabilecek bu açık, net ve objektif kriterleri kendi yorumlarına mahkum olarak, bazı tür ifadeler bakımından özgürlük, bazılarında ise kısıtlama kapsamında değerlendirilebilecek, kişisel düşüncelerine, yorumlarına, yaşamı algılama biçimlerine, siyasi değer yargılarına ve hatta sloganlarına öncelik ve üstünlükler tanıyarak yekdiğeriyle çelişen sonuçlara varabilecek, İHAS’a aykırı ve AİHM’nin değerlendirmeleriyle zıtlık arz eden sonuçlar yaratabilecek, böylece *“ceza yargısının yasallık disiplini”* bozulabilecek, düşünce özgürlüğü aleyhine şaşırtıcı hükümler ortaya çıkabilecektir.

Gerçek odur ki; ceza normlarının ilk ve asıl muhatabı savcılar ve yargıçlar olmayıp, toplum bireyleridir. Yasa öncelikle onlar tarafından okunup öğrenilecek ve günlük yaşantılarının disiplini olarak benimsenecektir. TCY’nin 312/2. maddesi normunu, öncelikle söz, yazı veya eylemle düşüncesini açıklamaya niyetlenen kişinin bilmesi, eylemini buna göre denetlemesi ve şekillendirmesi gerekmektedir. Hangi davranışının ceza yaptırımıyla karşılaşacağını, hangisinin ise ifade özgürlüğü kapsamında olacağını yorumlamada hataya düşmesi özgürlüğün gerçek sahibi olan birey için önem arz etmektedir. Kişinin, yasaya uygun olduğu ve suç oluşturmayacağı inancıyla ağızından çıkan bir sözün, kaleminden çıkan bir yazının veya gerçekleştirdiği bir yayının, yargıcın kişisel duyarlılıklarından kaynaklanmış olan ve yasallık ilkesini de dışlayan yorum ve değerlendirmesiyle mahkumiyete konu edilmesi, hukukun temelini oluşturan güven duygusunu zedeleyecektir. Böyle bir zafiyetin, sürgit kamu düzenini bozacağı, düşünce ve ifade özgürlüğünü zedeleyeceği, toplumun gelişim dinamizmini engelleyeceği tartışmasızdır. Bu hal yargının itibarını da sarsacak, insanlık tarihi boyunca büyük acı ve ızdıraplar neticesi elde edilebilen evrensel boyuttaki *“suç ve cezada yasallık”* kazanımlarını da zedeleyecektir. Oysa, özlenen ve hedef tutulan bir kamu düzeni, çelişse ve yekdiğeriyle zıtlaşsa dahi, hoşgörü içinde, her fikir ve düşüncenin birlikte yaşadığı huzur ortamının kendisidir. Bu ortamda, yasaların bireylerce doğru tarzda bilinmesi, isabetle yorumlanabilmesi büyük önem taşımaktadır. Aksi halde, kendi doğrusuyla topluma etki yapmaya niyetlenen nice basın mensubu, kendisince masum ifadeler taşıyan yazısı veya yayını nedeniyle umulmadık cezalara muhatap olabilecek ve bunun kaçınılmaz sonucu olarak Devlet AİHM kararlarıyla tazminat ödemeye mahkum edilebilecektir.

Unutulmaması gereken bir diğer gerçek, uygar dünyada ifade özgürlüğünün sınırının genişlediği, kısıtlamaların olabildiğince daraltıldığıdır. Artık, haklar odağının merkezindeki bireyin, *“olmazsa olmaz”* nitelikteki özgürlüğü,

düşünce ve ifade hakkıdır. Uygar dünya, farklılıkları ve onların birlikteliğini bundan böyle yekdiğerine katlanma ve tahammül ölçüsünden çıkarmakta, karşı görüşleri, kendi düşüncelerini sorgulamanın vazgeçilmez ölçüsü sayarak demokrasilerini bireyin mutluluğu ivmesiyle zenginleştirmektedir. Hedefi uygarlıklara önderlik olarak tanımlanan Türk Milleti'nin anılan seviyeye henüz gelemediğini düşünür veya savunur olmak ise halkının düzey ve yeterliliğini tanımamaktır.

Yasa koyucu aslında toplumun ulaştığı düzeyi isabetle saptamış, yasal düzenlemeleri bu saptamalara uygun biçimde geliştirmiştir.

TCY'nin 312/2. maddesinin değişim ve gelişim süreci bu doğrultuda gerçekleşmiştir.

Bu cümleden olarak yasa koyucu, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı yeni TCY'nin aynı tür suçu düzenleyen 216. maddesinde; suç oluşumunu biraz daha zorlaştırmış, "tehlikenin açık ve yakın olması" gereğini kabullenmek suretiyle düşünce özgürlüğünün sınırını daha bir genişletmiştir.

Anılan düzenlemenin, toplumun ulaştığı sosyal ve kültürel olgunluk düzeyi ve bireyin hak ettiği düşünce özgürlüğü itibarıyla, yürürlük tarihi beklenilmeden, günümüzün TCY'sinin 312/2. maddesi uygulamasına da yansıtılması gerektiği kabul edilmelidir.

Bu nedendir ki; anılan suç türü ile ilgili olarak sıralanan ilkelerin, 5237 sayılı TCY'nin yürürlüğü sonrasında da geçerli olacağı tartışmasızdır.

Düşünce özgürlüğünün "olmazsa olmaz" sayıldığı uygar dünyada, sosyolojik bir gerçeği hatırlamakta da yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine, en zararlı düşünceler dahi, söyleyeni mahkum edildiğinde, kendi istikametinde eğilimlere neden olmuş ya tek yanlı etkilenimlerle ya da acıma duygularıyla yandaş bulmuş veya çoğu kez illegalite karanlığına inerek denetlenemez ve önlenemez bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise, karşı görüşün yenilgisiyle etkisizleşmiş, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir.

Kaldı ki, dile getirildiği zamanların hakim değer yargılarına ve yönetim anlayışına göre "zararlı" namıyla tanımlanan nice düşünce, değişen zaman ve dünya ölçütlerine göre kendisini dışlayanların bile kabulüne mazhar olabilmiş, çoğu kez "yararlı görüş" haline dönüşebilmiştir.

Demokratik toplumlar, farklılıkların varlığını bu düşüncelerle korumakta, bunları vazgeçilmez zenginlik saymakta, birlikteliklerini sağlamakta, yekdiğe-

rine hoşgörü duygularını arttırarak kavgasızlıkları ortamını yaratmakta, karşı söylemlerin çoğalmasını ilerlemenin vazgeçilmezi saymakta ve *“ideal kamu düzeni kavramını, zıtlıkların birlikteliğine”* dayandırmaktadır.

Demokratik ve laik bir hukuk devleti olan Cumhuriyet Türkiye’sinin bu uygarlık düzeyinin gerisinde olmadığı gerçeği, artık herkesçe tartışılmaz biçimde kabul edilmelidir.

Yakın tarihimiz bu bağlamda değerlendirildiğinde; birbirleriyle ölümcül düzeyde ideoloji kavgası yapanların, şiddetten arındıkları ve yekdiğerine tahammülü ve birlikteliği denediklerinde aynı siyasi koalisyonda, demokratik uygarlıkla millete hizmet verebildikleri gözlemlenebilecektir.

Düşünceleri mahkumiyetlerle susturarak korunmayı yeğleyen bir *“kamu düzeni”* nin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye alışan ve bu farklılıklardan yararlanmayı bilen *“kamu düzeni”* nden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği, zihinlere nakşedilmeli, bireysel ve toplumsal gelişim için zaruri olanın bu olduğu gerçeğinde birleşmelidir.

Çoğu kez, devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle birçok düzenlemeyi *“uyulması zorunlu ve doğru kurallar bütünü”* olarak halka dayatıp *“korunması gereken ideal düzen”* namıyla hukukun himayesi altına aldırma kalkışmış olanların, son yarım asrı aşkın dönemde, halkı ya durağanlığa, ya da geri kalmışlığa mahkum ettiği, karşı ses ve düşünceye tahammülsüzlüklerin zaman zaman yoğunlaştığı bu evrede, demokratik ve laik Türkiye Cumhuriyeti idealinin vazgeçilmez temel felsefesi olan *“tam bağımsızlık”* ve uygarlığa *“önderlik etme”* hedefinden önemli ölçüde uzaklaşıldığı gerçeği hatırlanmalı ve karşı düşüncelere tahammülsüzlüğün bu sonucun doğmasındaki etkinliği sorgulanmalıdır.

Bu süreçte; *“Devlet düzeni”* olarak tanımlanan ve *“tek doğru budur dayatmasıyla”*, *“kamu düzeni”* namı altında korunan nice *“resmi programların”*, olağan ya da ara rejimlerle değiştirildiği, yerine ikame edilenlerin yine *“Devlet düzeni”* adı altında *“yeni doğrular”* olarak hukukun koruması kapsamına alındığı, bunların da bilahare yerini yenilerine terk ettiği hatırlanmalı, bu değişimleri benimseyenlerle, benimsemeyip yargılanma ve hatta mahkum olma pahasına cesaretle eleştirenlerin oluştura geldiği Kamu’nun, birlikte yaşama zorunluluğu ve yararı düşünülmesi, halkı farklı tercihlerden soyutlamanın ve yönetenlerin düşünceleri doğrultusunda kabule zorlamanın olanaklı bulunmadığı, esasen doğru da olmadığı, bu nedenle de *“kamu düzeni”* kavramının, yönetenlerin ideolojik yakıştırmalarıyla *“Devlet düzeni”* olarak tanımladığı ölçütlerle her zaman örtüşmediği sonucuna varılmalı, demokrasinin ancak farklılıkların karşı koyuşlarıyla belli ölçüde geliştirilebildiği doğrusuna ulaşılmalıdır.

Esasen doğasındaki disiplin gereği, aynı doğrultuda düşünmeyi ve zıtlıkları reddederek uygulamayı zorunlu kılan “Devlet düzeni” ile, zıt görüşler ve düşüncelerin hoşgörü ile birlikteliğini reddedilmez sayan “kamu düzeni”nin, farklı kavramlar olduğu sonucuna varılmalı ve Yasa’nın 312/2. maddesinde tanımını bulan “kamu düzeni”nin, farklılıkların ve hatta zıtlıkların birlikteliği olduğu gerçeği ile madde yorumlamaya tabi tutulmalıdır.

Konu Yazının Değerlendirilmesi

Somut olayda;

İ’de basılıp yayımlanan ve tüm, ülkede satışa sunulan, Sorumlu Yazı İşleri Müdürlüğünü S’nin yaptığı M. Gazetenin, 15.11.2000 günlü nüshasının 2. sayfasında “Takvimden Yapraklar” isimlendirmesiyle yayımı yapılan M. imzalı, “Din Düşmanlığı Terörü” başlıklı yazı;

“Bir gazetede bir takım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık, edepsizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı?... Milletın dinine, imanına, mukaddesatına, şeriatına saldırmak da bunun gibidir ve belki daha alçakça ve namussuzcadır.

Dünyanın hiçbir medeni, ileri, sağlıklı, hukuklu ülkesinde dinsiz ve şirret bir azınlığın, o ülkede hakim olan dine ve dinlere savaş açtığı, saldırdığı, hakaretler savurduğunu göremezsiniz. Böyle bir gerilik ve medeniyetsizlik bize, bazı üçüncü dünya ülkelerine mahsustur.

Milletın dinine, imanına, inandığı gibi yaşamak hürriyet ve haklarına karşı gelenler halk yığınlarını devletten soğutmak ve böylece, dolaylı bir şekilde Türkiye’nin temellerini dinamitlemek, ülkeyi çökertmek istiyorlar.

Başörtüsü İslam’ın sembolüdür. Başörtüsüne saldırmak İslam’a saldırmak demektir. Atatürk, falan diyeceklerdir. Yalandır. Atatürk’ün tesettür lehinde beyanı vardır, tarihe geçmiştir.

İslam’a ve Müslüman halka düşmanlık yapanların hepsi Sabetaycıdır demiyorum ama onların içinde çok militan, çok azılı, çok ileri giden Selanik Dönmeleri vardır. Bu adamlar ne yapmak istiyor?

Halk yığınları, hatta amme hukuku ve devlet nazariyeleri okumamış üniversite mezunları bile devletin ayrı şey, rejim veya sistemin ayrı şey olduğunu bilmezler. Bu yüzden birkaç yıldan beri, militan ve azılı din düşmanları yüzünden devletimizin itibarı erimektedir.

Türkiye’yi, Tunus’a benzetmek istiyorlar. Eskiden batıcılık yapıyorlardı, ilhamlarını Batı’dan alıyorlardı. Şimdi Batı’da büyük bir din ve vicdan hürriyeti var. İngiltere’de,

Almanya'da, Fransa'da milyonlarca Müslüman yaşıyor. ABD'de, Hıristiyanlıktan sonra İslam ikinci din olmuştur. O medeni, hukuklu, gerçekten demokrat, insan hak ve hürriyetlerine hürmet ve riayet edilen ülkelerde Müslümanlar, dini kimliklerini koruyarak güven ve huzur içinde yaşıyor, kızlarını başörtüsü ile üniversitelere gönderebiliyor. Bizdeki gizli ve derin devlet idarecileri ilhamlarını diktatörlükle idare edilen küçük Tunus'tan alıyor. Orada Müslüman halka din hürriyeti tanınmıyor. Kadın ve kızların sokaklarda tesettürlü gezmesi yasaktır. Beş vakit namaz kılmak bir cesaret meselesidir. Camilerde ayrı ayrı zamanlarda vakit ezanları okunmakta, birkaç ihtiyar namaz kıldıktan sonra kapılar hemen kapanmaktadır. Tunus, Müslümanlar için bir zindan, bir cehennem olmuştur. Oradaki rejim sağlıklı mıdır, uzun ömürlü olur mu? Böyle küçük bir Afrika ülkesi, imparatorluklar kurmuş Türkiye'ye örnek ve model olabilir mi ? Elbette olamaz.

Türkiye'de siyasal İslam varmış ve bu bir tehlikeymiş Siyasal Masonluk, siyasal Sabetaycılık, siyasal dinsizlik, siyasal ilhak oluyor da siyasal İslam niçin olmayacakmış? Dini siyasete alet etmenin mahzurları varsa (ki elbette vardır) bunu önlemek devletin işi değil Müslümanların işidir. Müslümanlara din hürriyeti tam sağlanır, kendi eğitim sistemlerini kurmalarına, üniversitelerini açmalarına, İslam ve çağ seviyesinde aydın kadrolar yetiştirmelerine imkan tanınırsa, onlar tabii ki, din istismarına, siyasal İslam'ın dejenere edilmesine fırsat vermeyeceklerdir.

Devletin temel nizamlarını Masonluk, dinsizlik, ateizm, Rotaryenlik, Lionsçuluk, Sabetaycılık üzerine oturtmak maksadıyla propaganda yapmak, faaliyette bulunmak serbest ama Müslümanların İslami prensip ve hükümleri hayata hakim kılmak için çalışmaları yasak. Böyle hürriyet, böyle demokrasi olur mu?

İslam ve Müslümanlara düşmanlık edilmesi, dindar halkın ezilmesi Türkiye'nin en büyük ayıbıdır.

Yedinci asırda İslam Mekke'de zuhur ettiği zaman, müşrikler iman edenlere büyük zulümler yapmışlar, Peygamber de onların Habeşistan'a hicret etmelerine izin vermişti. Müslümanlar için bugünkü Habeşistan medeni Batı ülkeleridir. Türkiye'de okumalarına engel olunan tesettürlü kız çocuklarımızın bir kısmını Hıristiyan Batı ülkelerine göndererek onlara yüksek tahsil yaptırmalıyız. Onları en güçlü üniversitelerde, bilhassa sosyal ve siyasal kültür alanlarında yetiştirmeliyiz. Memnuniyetle öğreniyorum ki, birtakım varlıklı Müslüman aileler kızlarını dış ülkelerde okutmak üzere harekete geçmişlerdir. Bu iş o kadar kolay değildir. Kız çocukları korunmaya muhtaçtır. Bu yüzden tesettürlü kızların, gruplar halinde ve başlarında yaşlı ve tecrübeli hocalar, hocahanımlar olduğu halde okutulması gerekir. Ben öncelikle ABD, Kanada ve İngiltere'de öğrenci okutulmasını tavsiye ederim.

Dünyanın en ileri ülkelerinde, en parlak üniversitelerinde lisan ve edebiyat uzmanları, türkologlar, tarihçiler, sanat tarihi ve kültürü üzerine derin ihtisas yapmış

elemanlar, siyasetçiler, hukukçular, mimarlar yetiştirmeliyiz. Böyle değerli kişiler açıkta kalmaz. Türkiye'deki sıkıntılar hep böyle ilelebet devam etmez.

Ülkemizdeki dinsizlik baskıları hür ve medeni dünyaya duyurulmalıdır. Müslümanlardan, hizmet ve yardım parası olarak milyarlarca dolar toplayan din baronları İngilizce, Almanca, Fransızca, Arapça kitaplar ve broşürler çıkartarak bizdeki egemen azınlığın İslam'a ve Müslümanlara nasıl saldırdığını, Müslümanlara nasıl eziyet ettiğini dünya aydınlarının gözleri önüne sermelidir. 'Dünya zaten biliyor ...' demek ahmaklık olur. Birkaç uzman ve diplomat dışında Türkiye'deki dinsizlikleri dünya bilmiyor. Bunları duyurmak vazifesi bize ait bir iştir.

Maalesef bazı kodaman ve kocaman din baronları bozuk düzenle, kötü sistemle, zalimlerle anlaşmış vaziyettedir.

Müslümanlara yapılan zulümler din sömürücülerini hiç ilgilendirmiyor. Onların dini imanı paradır, putları ise nefis-i emmareleridir.

Bugünkü gidiş gösteriyor ki, dinsizler başörtüsü yasağını sokağa kadar genişletmek istemektedir. Köylülerden, gecekondu halkından, ihtiyarlardan başka kimsenin başörtüsü takmasını istemiyorlar. Bu bir vahşettir, medeniyetsizliktir, asil gericiliktir.

Müslüman kızlar ABD, Kanada, İngiltere, Almanya ve diğer medeni ve demokrat ülkelerin üniversitelerine başörtüleriyle serbestçe gidiyorlar, yüksek tahsil yapıyorlar da Türkiye'de niçin gidemeyecekler, yapamayacaklarmış...

Müslümanların başlarına gelen felaketlerin asıl sebebi din sömürüsü yapılmasıdır. Dini imanı para olan, nefis-i emmarelerine put gibi tapan birtakım alçak ve rezil adamlar İslami hareketi kirletmişler, Müslümanları aldatmışlardır. Dinsizlere en büyük kozu bu sefiller ve sürüngeçerler vermiştir.

Yüce İslam dinini alet ve vasıta kılarak, mukaddesat bezirganlığı yaparak zengin olmak, ün ve makam kazanmak en büyük alçaklıktır.

Ümmet işleri meşveret (danışma), adalet, emanete riayet, ihlas, istikamet, sıdk ile görülmelidir. İslami hizmet ve faaliyetlerde şarlatanlığın, soytarılığın, firavunluğun, nemrudluğun yeri yoktur. Hiçbir islami hizip, fırka, tarikat, cemaat din ile özdeştirilemez.

İslami hizmet ve faaliyetlerde İslam ahlakının ilkeleri hakim olmalıdır. Tağuti ahlak ile makyavelizm ile hareket edilirse, hizmet edilmez, hezimete sebebiyet verilir." ifadelerini içermektedir.

Ceza yargıcı için çözümlenmesi gereken hukuki sorun, konu yazının, suç tarihi olan 15.11.2000 günü itibarıyla geçerli TCY'nin 2370 sayılı Yasa'yla değişik 312/2 ve suç tarihinden sonra 06.02.2002 gün ve 4744 sayılı Yasa'yla

yürürlüğe girip, daha lehte hükümler içerdiği için TCY'nin 2/2. maddesi kapsamında gözetilmesi gereken 312/2. maddesi koşullarında suç oluşturup oluşturmadığıdır.

Ceza yargıcının bu değerlendirmede; konu yazıyı beğenip beğenmeme, yararlı bulup bulmama, bilimsel değerde sayıp saymama, bazı tartışılmaz toplumsal değerlerin süzgecinden geçirdiğinde isabetli görüp görmeme hak ve yetkisi yoktur.

Ceza yargıcı, yasal ilkeler ışığında tahlilini yapmak ve kıyasa veya kıyas düzeyinde yoruma sapmadan suç öğelerinin eksiksiz düzeyde oluşup oluşmadığını "*yasallık ilkesi*" sınırlılığıyla saptamak durumundadır.

Bu bağlamda, konu yazının bir gazetede yayımlanması nedeniyle "*alenilik*" unsurunun gerçekleştiğini tartışmasız benimseyecektir. Yazıda kışkırtmanın varlığını arayacak, varsayıyorsa, farklı din veya farklı mezhep mensuplarını yekdiğerine karşı kışkırtıp kışkırtmadığını belirleyecek, aynı dine, aynı mezhebe mensup kişi ve kitleler arasındaki kışkırtıcılığı, velev sair öğeleri oluşsa hatta şiddet taşıyor olsa dahi, yasallık ilkesi ve suçta tipiklik kaidesi gereği suç saymayacaktır.

Ceza yargıcı, hiçbir şekilde, "*aynı dine mensup kişilerin birbirine karşı kışkırtılmasını nasıl suç sayamam*" duyarlılığıyla kıyas yasağını ihlal edemeyecek, Yasamaya ait olan ve kendisine verilmeyen yetkiyi asla ve kesinlikle kullanmaya yeltenmeyecek, suçun yasal unsurlarını genişletmeye kalkışmayacak, madde; "*sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak*" biçiminde yer alan vasıflandırmayı dışlayıp bu düzenlemeyi, "*halkı birbirine karşı kışkırtmak*" sadeliğine indirgemeyecektir.

Farklı din veya farklı mezheplere mensup olanlar ya da maddede yazılı diğer farklı kitleler yekdiğeri aleyhinde kışkırtılıyorsa bu kez, yazının, düşmanlığa veya kin beslemeye yönelik olup olmadığını, yönelik ise elverişli düzeyde bulunup bulunmadığını, elverişli düzeyde ise "*kamu düzeni*" için tehlikeli olabilecek ölçü, seviye ve etkinliğe ulaşip ulaşmadığını değerlendirecek, anılan "*kamu düzeni*"nin "*farklılık ve zıtlıkların birlikteliği*" olduğu gerçeğini asla unutmayacak, varlığı gereken tehlikenin, "*soyut*" değil "*somut ve yakın*" olduğunu gözetecek ve maddi olayda bu tür tehlike halinin gerçekleşip gerçekleşmediğini arayacaktır.

Ceza yargıcı, TC Anayasası'nın 90. maddesindeki açık düzenleme karşısında; İHAS hükümlerinin ve bu hükümleri yorumlamakla görevli olup Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de denetim yetkisini kabul ettiği AİHM'nin ifade özgürlüğü konusundaki emsal kararlarında ifadesini bulan ortak ölçüleri göz

önüne alacak, konu yazıda şiddet çağrısı yoksa, “rahatsız edici, taciz edici hatta şok edici” olsa bile suç oluşturmadığını kabullenecektir.

Ceza yargıcı, TCY’nin 312/2. maddesindeki “çok öğeli” suçun, gerçekleşmesi en zor suç tiplerinden birini oluşturduğunu kavrayacak, ilkeler bölümünde açıklandığı üzere tek bir öğenin eksikliği halinde dahi suçun varlığını reddedecek, herhangi bir öğenin oluşumunda kuşkuya düştüğü zaman, hükmünü, “kuşku sanık lehine yorumlanır” evrenselliği doğrultusunda kullanacak, düşünce özgürlüğünü koruyacaktır.

Ceza yargıcı, TCY’nin 312/2. maddesinin, yürürlükten kaldırılan 163. maddenin boşluğunu dolduran norm olduğu yanılığına düşmeyecek, yasa koyucunun, 3713 sayılı Yasa’yla 12.4.1991 tarihinde ortaya koyduğu iradeyi tanıyacak, 141, 142 ve 163. maddelerin ceza mevzuatından kaldırıldığını, 312/2. madde o tarihte de aynen varolduğu halde 163. madde kapsamında ceza yaptırımına bağlanan suç türlerinin anılan maddeye dahil edilme iradesinin benimsenmediğini gözetecektir.

Ceza yargıcı, kaldırılan 163. madde kapsamındaki propaganda fiilleriyle, farklı din ve mezhep mensuplarının yekdiğeri aleyhine kışkırtılması ve bu kışkırtmanın diğer suç öğelerini de içerir etkinliğe varması halinde TCY 312/2. maddesindeki suçun oluşabileceğini, bu tür faaliyetlerin daha da etkin hale dönüşerek yasada öngörülen fiili boyutlara ulaşması durumunda TCY’nin 146. ve hatta 149. maddelerinde öngörülen suçların da oluşabileceğini göz önünde tutacaktır.

Ceza yargıcı, ceza yargılamasının çok sıkı bir disiplin olduğunu, bireyin hak ve özgürlüklerinin ancak bu sıkı disipline uyulmakla korunabileceğini unutmayacak, anılan disiplinin odağını “suç ve cezada yasallık” ilkesinin oluşturduğunu bilecektir.

Asla unutulmamalıdır ki;

Hukuk devleti olmanın ve kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemenin doğal sonucu olarak Yasama, “yasallık ilkesi”nin yegane sahibi, şekillendireni ve denetleyenidir.

Yasama bu yetkisiyle, toplumun ulaştığı sosyal, kültürel ve ekonomik düzey itibarıyla bazı suç türlerini, 3713 sayılı Yasa kapsamındaki düzenlemeler misali mevzuatından kaldırabilecek, gerekli gördüğünde de; suç kapsamından çıkarttığı eylemleri, toplumda oluşan duyarlılıklar ve tehlikeler karşısında yeneden suç haline dönüştürebilecek, cezai yaptırımlarını belirleyebilecektir.

Yasa koyucu, anılan yetkisini bazen idari yaptırımlar düzeyinde şekillendirebilecek, bazen de, siyasi partiler alanında olduğu üzere, siyasi yaptırımlar olarak norma bağlayabilecektir. Ancak ne var ki, hukuk devletinde bu yetki sadece ve ancak Yasamanın elinde kalacak, ceza yargıcı, yasayla kendisine tanınan sınırı aşmaya niyetlenmeyecek, boşluk doldurmaya kalkışmayacaktır.

Ceza yargıcı, TCY'nin 312/2. maddesi kapsamında değerlendirdiği yazının din içerikli olduğu ahvalde, önyargıyla "laiklik ilkesi"nin zedelendiği içgüdü-süne kapılmayacak, İHAS'ın 9. ve Anayasa'nın 24. maddeleriyle bireyin din ve inanç özgürlüğünün koruma altına alındığını gözeterek, bu özgürlüklerin hukuki çerçevede yaşanması ve yansızlıkla korunmasında "laiklik" ilkesinin varlığı, düzenleyiciliği ve hatta vazgeçilmezliğine ulaşacaktır.

Laikliğin, devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kuralına dayandırmama üstünlüğüyle, her türden dine, her türden mezhebe, her türden felsefi inanca, hatta herhangi bir dine meyletmeme haline eşit uzaklıkta olduğunu, birini diğerine üstün tutmadığını, birinin ötekini aşağılamasına asla müsamaha etmediğini ve anılan farklılıkları yekdiğeriyle bir arada yaşatmayı başardığını bilecek, yorumunu bu temel görüş üzerine bina edecektir.

Ceza yargıcının, devlet düzenlerini belli bir dinin üstünlüğü esasına dayandıran totaliter yönetimlerin yer aldığı coğrafyada, laik Türkiye Cumhuriyeti'nin bazı iç ve dış tehlikelere maruz kalabileceği gerçeğini asla unutmaması ve bu dikkat ile ilkeyi koruyup kollayanlar safında yerini alması tartışılmaz bir gerçek ise de; temel işlevi özgürlükleri koruma olan bu üst değer, salt kendisini koruma namı altında, bireyin vazgeçilmez haklarından olan din, inanç ve ifade özgürlüğünü yok etmeyi ya da kısıtlamayı benimsemeyeceğini, hukuk devleti olmanın vazgeçilmez evrensel koşulu olan "yasallık ilkesi"ni de zedelemeyi asla hedef tutmayacağını gözetmesi ve dengeleri bu gerçekler üzerine oturtması gerekmektedir.

Din ve inanç özgürlüğünün öncelikle ve en üst düzeyde laiklik ilkesiyle korunabildiği gerçeğinin söylemde kalmaktan kurtarılması, herhangi bir dine, mezhebe, felsefi inanca sahip olan ya da hiçbir dine eğilimi bulunmayanın, tek kişi kalsa dahi özgürlüğünü, çoğunluğun hışmına maruz kalmadan ancak ve sadece laiklikle koruyabileceği görüşünün öne çıkarılması, ancak ne var ki aza tanınan özgürlükten, çoğunluktaki dine mensup kişilerin de aynı ölçü ve hoşgörü ile yararlanacağı gerçeğinin kabullenilmesi, laikliğin ayırım gözetmeden tüm bireyleri ve toplum bütünlüğünü koruduğu gerçeğine varılması zarureti vardır.

Ancak bu yöntemle laik düzenin üst korumacılığı sağlanabilecek, benimseyen ve yaşamının vazgeçilmezi sayanların, toplumda kahir çoğunluğu teşkil

ettiği gözlemlenecek, hasım belirlemede hataya düşülmek suretiyle asılsız suçlanmaya ve denetimsiz sloganlarla dışlanmaya çalışılanların da bu üstün değeri koruyan, yaşayan ve yaşatan olduğu açıklık kazanacak, yasa koyucunun 1991 yılında 3713 sayılı Yasa'yla benimsediği irade kavranacak ve en büyük güç olan millete güven duygusu öne çıkartılarak laikliğin milletçe korunabileceği inancına ulaşılabilecek, özgürlüklerin kısıtlanmasına neden olan yersiz ve aşırı korkular yenilebilecektir.

Böyle bir aleniyetle laik düzen karşıtları da açığa çıkartılabilecek, sayılarının sanıldığından da az olduğu gözlenecektir. Bu ahvalde, laik karşıtı azınlığın tavır ve davranışları izlenebilecek, laik düzen sevdalılarının kültür, yetenek, beceri ve demokratik refleksleri ile karşıt azınlığın tehlikeliliği yok edilebilecektir.

Anılan türden korumanın kamu düzen ve emniyeti için yetersizliği ortaya çıktığında da, hukuk devleti olmanın gereği olarak, lüzum hasıl olduğunda yeni yasal düzenlemelerle suç ihdas edebilme yetkisini yasa koyucu her hal ve koşulda kullanabilecektir.

Uzak ve yakın tarihimizde din bağınazlığıyla vuku bulan acı olaylara işaretle laikliğin tehlike altında olma sürecinin devam ettiğini kabullenmek doğru ise de, bir yandan anılan olayların karşı din veya mezhebe tahammülsüzlükten, karşıt fikir, düşünce ve inançların birlikteliğini sağlayamamaktan, sloganlara yenik düşüp denetimsiz reflekslerin sevkine tabi olmaktan kaynaklanmış olabileceği tezinin sorgulanması ancak öte yandan da, her hal ve koşulda ceza yargıcının bu tür duyarlılıkların sevkine girmemesi ve "suçta yasallık" ilkesinden ayrılması zarureti vardır.

Bu saptamaların neticesi olarak, açıkça ifade edilmelidir ki;

TCY'nin 312/2. maddesinin uygulamasında, ceza yargıcının gözeceği yasal ilkeler bunlardır. Suçlama konusu söylem, yazı veya eylemler bu ilkeler süzgecinden geçirildiğinde tüm yargıçların aynı sonuçta birleşeceğinde kuşku yoktur. Ne var ki ilkeler dışlandığında, hüküm farklılıklarının oluşumunu sürdüreceği ve bunun neticesi olarak hukukun ve yargıya duyulan güvenin zedeleneyeceği, kişi özgürlüklerinin zarar göreceği mutlaklıdır.

Açıklanan kıstaslar ışığında değerlendirme yapıldığında;

Konu yazının dini içerikli olduğu, ancak farklı dine mensup kişi ya da kitleleri düşmanlığa veya kin beslemeye yöneltmediği, "dinsiz, mason, ateist, rotaryan, sabetay" tarzında isimlendirmelere yer verilmekte ise de bunların yasada anılan farklılıkları ifade etmediği gibi düşmanlık ve kine hedef tutulmaları amacının güdülmeyeceği, bu itibarla TCY'nin 312/2. maddesindeki suçun ilk ve temel ögesi

olan “farklı din mensuplarının birbirine karşı kışkırtılması” halinin gerçekleşmemiş olduğu, bu saptamanın ötesinde; farklılıkların birlikteliği olan “kamu düzeni”nin sarsılmasına neden olacak bir anlatımın sergilenmediği, yazıda “şiddet çağrısı”nın yer almadığı, somut ve yakın tehlike teşkil edebilecek bir halin söz konusu olmadığı, İHAS’ın 9. ve Anayasa’nın 24. maddelerinde güvence altına alınan din özgürlüğü kapsamının dışına taşılmadığı, düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırının aşılmamış olduğu, sonuç olarak; eylemde TCY’nin 312/2. maddesi kapsamına giren suç öğelerinin gerçekleşmemiş bulunduğu, bir başka suçun unsurlarının da oluşmadığı, bu itibarla sanık M’nin yazı sahibi olarak ve sanık S’nin gazete sorumlu yazı işleri müdürü sıfatıyla atılı suçtan beraatları gerektiği kabul edilmeli, haklı nedenlere dayanmayan Yargıtay C. Başsavcılığı’nın itirazı reddedilmelidir.

Ceza Genel Kurulu görüşmeleri sürecinde ileri sürülen ve “06.02.2002 gün ve 4744 sayılı Yasa’yla maddeye eklenmiş 3. fıkra uyarınca, yazıda yer alan bazı sözlerin hakaret teşkil ettiği görüşüyle ceza yaptırımını öneren düşüncenin” ise, konu yazının, 15.11.2000 tarihinde yazılmış olması karşısında TCY’nin 2. maddesi açık hükümleri itibarıyla tartışılmaya değer bir ciddiyeti bulunmamaktadır.

Bu nedenledir ki;

Benzer konuda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 23.11.2004 gün ve 2004/8-130 esas, 20004/206 sayılı kararla ortaya konan bilimsel çoğunluk görüşünü aynen benimsediğimi, işbu yeni kararda ortaya çıkan farklı sonucu “suç ve cezada yasallık” ilkesiyle bağdaşmaz bulduğumu, ceza yargıcının kıyas yapma yasağının bu son kararla ihlal edilerek suç yaratılmış olduğunu ifade etmek zorundayım. TCY’nin 312/2. maddesi ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek 5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası’nın 216. maddesi uygulamasının ancak ve sadece, “yasallık ilkesi”ne riayetle şekillenmesi halinde ifade özgürlüğünün, İHAS. normları düzeyinde korunabileceğini, aksi halde verilecek pek çok karar nedeniyle AİHM’nin, Devlet’i tazminata mahkum edeceğini açıklamak gereği ve zaruretini duyuyorum.

“Çoğu doğrunun başlangıçta reddedildiğini, ancak unutulmamalıdır ki insanlığın, tepkileri göze alarak doğruları söyleyenler sayesinde uygarlaştığını altını çizerek ifade ediyorum. Çoğunluk kararıyla ortaya çıkan hukuka aykırılığın 5237 sayılı Yasa’nın 7. ve 216. maddeleri kapsamında telafi edilebileceğini umuyorum.

Bu düşüncelerle çoğunluğun vardığı sonucu ve bu sonuca kendilerini ulaştıran gerekçeleri benimsemiyorum.” görüşü ile,

Kurul Üyelerinden H. C. ile İ. C.;

“TCK’nın 312/2. maddesinde düzenlenen Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Suçu ilk olarak Fransız hukukunda düzenlenmiştir. Fransa’da çıkarılan 17.5.1819

tarihli kanununun 1. maddesi ile sınıf çatışması doğuracak nitelikteki 'tahrik' cezalandırılmıştır. Söz konusu suç 19. yüzyıldan itibaren Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerinde yer almış daha sonra Türk hukukuna girmiştir.

Hukuk devletinde hukuk düzeninin sağlıklı bir biçimde tesisi, hukuk güvenliği ve toplumsal barış ve düzenin aksamadan gerçekleşmesi için TCK'nun 312. maddesinde düzenlenen suç tipi Ceza Kanunu'nda yer almalıdır. Suçun ihdasıyla toplumun çeşitli katmanları arasında ortaya çıkabilecek kin ve düşmanlıklar önlenmek istenmiştir. Hukuk düzeni; farklı sınıf, ırk, din mezhep veya bölgelere mensup insanlar arasında kamu düzenini bozma tehlikesi ortaya çıkarabilecek tarzda kin ve düşmanlık oluşturacak farklılıkların yaratılmasına kayıtsız kalmaz. Nitekim Anayasamızın 14/2. hükmü karşısında bu suçun TCK'da bulunması anayasal bir zorunluluktur.

Bununla birlikte bir hareketin ne zaman kin ve düşmanlığı tahrik, ne zaman vaziyet alışın, bir hakkın savunulması veya haksızlığın aktif biçimde dile getirilmesi ve ağır bir eleştiri sayılacağı hususları meseleyi ifade ve düşünce özgürlüğü ile devamlı ilişki halinde tutar. Bilindiği gibi suçun dört unsurundan biri de 'hukuka aykırılık'tır. Bir ceza normunun yasakladığı fiilin işlenmesine izin veren kurallara hukuka uygunluk sebepleri denilir. Anayasa ve İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nde güvence altına alınan düşünce (ifade) hürriyeti bu suç bakımından bir hukuka uygunluk sebebidir.

Düşünce ve ifade hürriyeti, insanın bilgi kaynaklarına özgürce ulaşarak serbestçe fikir edinebilme, edindiği fikir ve kanaatleri de özgürce ifade edebilmesi serbestisidir.

Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası gereğince iç hukukumuzun parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre kurulan ve Türkiye'nin de yetkisini tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde garanti altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokratik toplumlardaki önemini bu konuya ilişkin davalarda hemen hepsinde açıkça ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre düşünce özgürlüğü demokratik toplumun başlıca temel taşlarından kişinin ilerleyip gelişmesinin asıl koşullarından birini teşkil eder. Düşünceyi açıklama hürriyeti kısıtlandığında haber ve fikir akışı durur, toplum statik hale dönüşür. Bu hakkın kısıtlanması memnuniyetsizliklerin artmasına ve toplumsal kargaşaya neden olur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesindeki düzenleme saklı kalmak kaydıyla bu özgürlük, sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil aynı zamanda devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kuraldışı, şaşırtıcı, şok edici veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir. Nitekim AİHM ifade hürriyeti ile ilgili vermiş olduğu bir çok kararında; (Bkz., Z., C., A. Kararları) 'İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel özelliklerinden biridir ve demokrasinin gelişimi ve her bireyin tatmin olması için gerekli temel şartlardan birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafıyla ilgili olarak ifade özgürlüğü, sadece zararsız olarak nitelendirilen 'bilgi' ya da 'fikirle-

re' değil, aynı zamanda zararlı, rahatsız edici durumlara da uygulanır. Bütün bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlü olmanın gereğidir ve bu üç unsur demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarıdır. 10. maddede ileri sürüldüğü gibi, bu özgürlük dikkatli bir şekilde belirlenmesi gereken bir takım istisnalara tabidir ve herhangi bir kısıtlama ihtiyacı, ikna edici açıklamalarla birlikte belirlenmelidir' demiştir.

Düşüncenin açıklaması hürriyeti kişiye beğenmediği uygulamaları tenkit etme, düşüncelerine uygun şekilde daoranabilme ve doğru olduğuna inandığı fikirlerini başkalarına kabul ettirme imkanlarını vermektedir.

Bununla beraber İHAS düşünce açıklamasının sınırsız olmadığını 10. maddenin 2. fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi halinde sınırlandırmayı kabul etmektedir. Ancak kural olan hürriyettir, sınırlandırma istisnadır ve ancak sınırlama sebepleri ile bağlı olarak, dar yorumlanarak uygulanmalıdır. Sonuç olarak düşüncenin açıklanmasında tek sınır beyanın şiddet içermesi ya da şiddeti tavsiye etmesidir. Ceza verirken hangi beyanların düşünce hürriyeti kapsamında hangilerinin suç sayılacağına tespitinde sözleşmeye üye olan devletlerin mahkemelerinin AİHM'nin düşünce hürriyeti ile ilgili içtihatlarını göz önünde bulundurmaları zorundadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 4.12.2003 tarihli M. G. Kararı'nda (3507/97) AİHS'nin 10. maddesinin ihlali iddiasının kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. Kendilerinin bir İslami tarikat olduğunu ileri süren Aczimendilerin lideri olan M. G., H. Televizyonu'nda 12.06.1995 tarihinde dört saat kadar süren canlı yayında yaptığı konuşmadan dolayı İstanbul DGM tarafından 1.5.1996 tarihinde din ayrımcılığına dayalı halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçundan iki yıl hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme 'başouranın çağdaş ve laik kurumları dinsizlikle itham edip demokrasi ve laiklik kavramlarını şiddetle eleştirmesini ve açıkça şeriat lehine tavır takınmasını' mahkumiyete gerekçe yapmıştır. AİHM ise mahkumiyeti düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahale kapsamında değerlendirmiş, çağdaş kurumlara dönük saldırılarının şiddet içermediğini, şiddeti de kışkırtmadığını, şeriatı savunmanın bunu yerleştirmek için şiddete çağrı yapmadığı için bir nefret konuşması olarak değerlendirilemeyeceğini, bu nedenle ulusal makamların takdir hakkının sınırlı olduğunu ve 10. madde bakımından düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahaleyi gerekli kılacak yeterli gerekçelerin bulunmadığını bire karşı altı oyla kabul etmiş ve ülkemizin tarafı olduğu sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna vararak başourana tazminat ödenmesine karar vermiştir (Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 283).

TCK'nın 312/2. maddesinde, 'sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye ... ceza verilir' denilmektedir. Burada tespiti gereken husus, Düşmanlığa veya kin beslemeye tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde yapılıp yapılmadığı nasıl tespit edilecektir? Prof. Dr.

Ayhan Önder'e göre, düşmanlığa veya kin beslemeye tahrikin kamunun güvenliği için tehlikeli olması hali, objektif bakımdan aranmalıdır. Başka bir anlatımla olaya objektif olarak bakıldığında fiil, birbirine karşı tahrik edilen gruplar arasında çatışma tehlikesi meydana getirmelidir. Diğer bir görüşe göre, tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olması hali sübjektif açıdan, yani suçun mağdurlarına bakılarak belirlenmelidir. Buna göre suçun oluşması için; yapılan tahrikle kendisine husumet (kin veya düşmanlık) yöneltilen grubun, hukuka olan güveninin sarsılmış olması yeterlidir. Çünkü hukuk düzeninin topluma sağladığı hukuk güvenliğinin sarsılmış olması, kamunun güvenliği bakımından gerçekleşmiş olan tehlike halidir. Suçun oluşması bakımından tehlikenin fiilen ortaya çıkması beklenmez' (Prof. Dr. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s. 417.)

Bazı yazarlar ise, 'kamu düzeni için tehlikeli olabilecek' tahrikin mevcudiyetini tespit için; hem objektif hem de sübjektif bakımdan değerlendirme yapılması gerektiği görüşündedirler.

Yargıtay kararlarında genellikle fiilin objektif olarak umumun emniyeti için tehlike arz etmesi, suçun oluşumu bakımından yeterli sayılmaktadır.

Tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği tayin edilirken, failin suç sayılan söz ve davranışlarının veya yazdığı yazı veya çizdiği resmin ya da fiili işlerken kullandığı vasitanın sebebiyet verdiği tehlike neticesinin belirlenmesi gerekir. Hakim, işlenen fiil dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini dayanak noktalarını göstermek suretiyle objektif olarak belirleyecektir.

Bütün bu açıklamalar ışığında somut olaya baktığımızda, sanık, okuyucu kitlesi itibarıyla düşük tirajlı bir gazetede kendi marjinal görüşlerini açıklamış, M. G. ise hedef kitlesi tüm Türkiye olan ulusal bir kanalda dört saat boyunca daha ağır hakaretler içeren hezeyanlarını izleyicilere aktarmıştır. İki olayı birbiri ile mukayese ettiğimizde, hiç şüphesiz somut olaydan daha ağır tahrik ve hezeyanları ihtiva eden konuşma bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiş ve verilen mahkumiyet kararından dolayı ülkemiz tazminata mahkum edilmiştir. Söz konusu yazı içeriğine tüm genel kurul üyeleri gibi bizim de katılmamız ve onaylamamız mümkün değildir, Atatürk İlke ve İnkılapları ve laiklik toplumumuzun ortak paydasıdır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alındığında bu tür marjinal, hemen hepimize aykırı gelen düşüncelerin de ifade edilebilmesi, çoğulcu, demokratik toplumlarda hoşgörü ile karşılanmalıdır. İfade edelim ki, yazıda geçen bir kısım ifadeler çok ağır nitelikte olmakla birlikte fiil TCK'nun 312/2. maddesinde düzenlenen suç açısından tipik olmaması sebebiyle, bu suç kapsamında değerlendirilemez. Yazının neşir tarihi olan 15.11.2000 tarihinden bu güne kadar yaklaşık dört yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen ve sanık buna benzer birçok yazıyı aynı gazete ve aynı köşede yayınlamasına rağmen bu güne kadar bu tip yazılardan dolayı kamu güvenliği açısından somut tehlike teşkil edebilecek bir olay olmamıştır.

Avrupa Birliği üyeliğini temel stratejik bir hedef olarak belirleyen Türkiye, hukuk alanında yoğun reform sürecine girmiş kapsamlı anayasal ve yasal değişiklikler gerçekleştirmiştir. Bu bağlamda bir tehlike suçu olan TCK'nın 312. maddesinde düzenlenen 'Halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu' 4744 sayılı Kanun ile soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış somut tehlike suçuna dönüştürülmüştür. Çünkü halen yürürlükte olan şekliyle suçun oluşması bakımından 'tahrik'in kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde yapılması gerekmektedir. yasa koyucu iradesini bu şekilde açıkça ortaya koymuşken bu suç tipine, ihdas amacının dışında daha geniş ve kişilerin özgürlük alanını daraltan bir anlam yüklenmesi ceza hukukunun temel prensiplerine aykırıdır. Öte yandan 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun inceleme konusu suç tipinin karşılığını oluşturan 216. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme, kişinin ifade özgürlüğü alanını genişlettiği için yaptığımız değerlendirme hukuka uygundur.

Sonuç olarak Anayasamızın 90/son fıkrasına göre AİHM kararlarının bağlayıcılığı, Anayasa ve yasalarda meydana gelen değişiklikler de göz önüne alındığında, dava konusu yazının bütünü itibarıyla bizatihi şiddet içermediği ve şiddeti de tavsiye etmediği ağır eleştiri niteliğinde olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca fiil, müsnet suç tipi açısından tipik olmadığı için iddianamede gösterilen suç oluşmamıştır." düşüncesiyle,

Bir Kurul üyesi de, suça konu yazı bütünü ile değerlendirildiğinde, her iki sanığa yüklenen suçun maddi unsuru ile yasal tipe uygunluk unsurlarının gerçekleşmediğinden bahisle, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddi gerektiğini belirterek karşı oy kullanmışlardır.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle;

1. Yargıtay C. Başsavcılığı'nın sanık M. yönünden vaki itirazının kabulüne, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 15.07.2004 gün ve 12989-6377 sayılı bozma kararının kaldırılmasına, sanık M'nin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan cezalandırılmasına ilişkin İ. 6 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 09.10.2002 gün ve 331-214 sayılı hükmünün onanmasına,

2. Yargıtay C. Başsavcılığı'nın sanık S. yönünden vaki itirazının yukarıda açıklanan değişik gerekçeyle kabulüne, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 15.07.2004 gün ve 12989-6377 sayılı bozma kararının kaldırılmasına, İ. 6 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 09.10.2002 gün ve 331-214 sayılı hükmünün, sanık S. yönünden;

a. Hükümden sonra yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Yasası'nın 11. maddesinde belirtilen cezai sorumluluğa ilişkin koşulların gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü olan bu sanık bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun araştırılıp tartışılmasından sonra yeniden hüküm kurulmasının zorunlu bulunması,

b. 5187 sayılı Basın Yasası'nın, suç tarihinde yürürlükte bulunan ve Ek 2/1. maddesi basın yayın araçlarının kapatılmasına hukuken olanak sağlayan 5680 sayılı Basın Yasası'nı tümüyle yürürlükten kaldırmış bulunması ve yeni yasada gazete kapatılmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, TCY'nin 2/2. maddesi de gözetildiğinde, suç konusu yazının yayınlandığı gazetenin kapatılmasına yasal olanak bulunmaması,

Nedenleriyle bozulmasına,

3. Dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığı'na tevdiine,

15.03.2005 günü, (1) ve (2/a) maddesindeki nedenler yönünden oyçokluğu, (2/b) maddesindeki neden yönünden oybirliği ile karar verildi.

* * *

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.05.2004

E. 2004/4-272

K. 2004/255

* Manevi tazminat

* Kişilik haklarına saldırı

* Haksız şikayet

* Hak arama hürriyeti

(Anayasa m. 36)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı H. S. vekili, davacının halen Etimesgut S. N. Eğitim Vakfı İlköğretim Okulu Müdürü olarak görev yaptığını, davalının ise başka bir okulda kadrolu öğretmen iken, Kaymakamlık oluru ile davacının müdürü bulunduğu okulda geçici olarak görevlendirildiğini; davalının, göreve başlamadan önce, bu yeni okuluna gelerek davacıdan bilgi aldığını, kendisi ile merak ettiği konularda görüşerek, yazısı çıkınca gelip göreve başlayacağını bildirip, ayrıldığını; ancak, daha sonra Etimesgut İlçe Sağlık Grup Başkanlığı'na dilekçe vererek, davacının lepra hastası olduğunu, bu nedenle bu okulda görev yapmak istemediğini şikayet yoluyla bildirdiğini; böylece, bu okulda görev yapmamak için, sadece bir defa görüştüğü davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak ve mesle-

ğini tehlikeye sokacak asılsız ve çirkin bir iftirada bulunduğunu; gerçekte davacının böyle bir hastalıkla hiçbir dönemde ilgisi olmadığını, davalının bu itham ve davranışının, çok çirkin olduğu kadar, davacının kişilik haklarına saldırı niteliği de taşıyan bir hakaret olduğunu, davacının o tarihten beri, bu şikayetle ilgili yazışmalarla uğraştığını ve iddianın varit olmadığını ispat için hastanelerden rapor almak için koşuşturduğunu, böylece manen çok büyük bir sıkıntıya düştüğünü, mesleki itibarının sarsıldığını, ailece huzursuz edildiğini, görevini huzur ve güven içinde yapamaz hale geldiğini ileri sürerek, beş milyar TL manevi tazminatın, şikayet tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı P. D. vekili, davalının 1986 doğumlu kızı N. P'nin halen veskület tedavisi görmekte olduğunu, 1997-2000 yılları arasında çeşitli defalar Hacettepe Hastanesi Nefroloji bölümünde yattığını, pek çok kez de ayakta tedavi için hastaneye müracaat zorunda kaldığını; doktorların davalıyı kızının hastalığı konusunda uyardıklarını ve kızının immün sisteme ilişkin baskılanmış sistemik yapısı nedeniyle basilli mikrop almaması gerektiğini, sağlığı açısından bunun hayati önem taşıdığını belirttiklerini; davalının Hacettepe Üniversitesi Ev Ekonomisi Yüksek Okulu Çocuk Gelişimi ve Eğitimi bölümünden mezun olduğunu, hastalıklar konusunda ders aldığını, geçici görevlendirme ihtimali olduğunun kendisine söylenmesi üzerine, görevlendirileceği okulu görmeye gittiğinde davacıyla tanıştığını, gerek kızının hastalığından dolayı doktorların yaptığı açıklamalar ve uyarılar, gerekse aldığı eğitim sonucu, Davacı okul müdürünün yüz dokularındaki kas formu görüntüsü, ciltteki bakır kızılı renk şeklindeki belirtiler ve konuşmalar sırasında davacının ciddi ağrıları olduğu, sürekli ağrı kesici kullandığı halde ağrılarının azalmadığı yolundaki beyanları, ayrıca öğretmen çevresinde ateşi hissetmediği, eliyle sigara söndürebildiği bu yüzden "efsunlu" olarak tanımlandığı şeklindeki duyumları nedeniyle, davacının lepra hastası olabileceği kanaatine vardığını; kızının özel durumundan dolayı, şüphe duyduğu lepra hastalığını kızına taşıma olasılığını ortadan kaldırmak için, o tarihteki Etimesgut İlçe Kaymakamı'na giderek bu şüphelerinden söz edip, kızının sağlığı açısından bunun önemini belirterek, davacının hastalığı konusundaki şüphelerinin nasıl giderilebileceğini sorduğunu, okullarda görülen hastalıkların bu arada da lepra hastalığının bildirilmesi yönündeki Başbakanlık Genelgesi'ni anımsatarak, davacı hakkında veya davacının bulunduğu okulla ilgili böyle bir bildirim olup olmadığını öğrenilmesinin mümkün olup olmayacağını sorduğunu; Kaymakam'ın önerisiyle il Sağlık Grup Başkanlığı'na dilekçeyle başvurarak, davacının sağlık durumu hakkında bilgi verilmesi yolunda talepte bulunduğunu, bu dilekçeyi verirken, konunun gizli tutulmasını özellikle rica ettiğini ve kendisine, yasa gereği bu konuda gizliliğin zorunlu olduğunun belirtildiğini; davalının bu eyleminin sadece, kızıyla

ilgili riski ortadan kaldırmak için, tek çözüm şekli olan ilgili merciden konun aydınlatılmasını istemekten ibaret bulunduğunu, iddiaların aksine, davacının lepra hastası olduğuna dair bir beyanının olmadığını, bu konuda başkalarına da herhangi bir söz söylemediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; davalının dilekçesi üzerine, davacının hastaneye sevk edildiği, hakkında düzenlenen 30.10.2001 tarihli sağlık kurulu raporunda, davacıda lepra düşündürecek bir bulgu saptanmadığının belirtildiği; ayrıca yeminli tanık anlatımlarına göre, davalının okulda da davacıyı hedef alan aynı konuda onu incitici ve küçük düşürücü söz ve davranışlar da sergilediği, böylece kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesine dayalı, davanın kısmen kabulüne, bir milyar TL manevi tazminatın 26.9.2001 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Başka bir okulda görevli olan davalının, davacının müdürü olduğu okulda geçici görevlendirileceğini öğrenmesi üzerine, okul hakkında bilgi edinmek üzere davacı ile görüştüğü, bu görüşmeden sonra, davacının lepra (cüzzam) hastası olabileceğinden kuşkulunup, kızının veskült hastası olması nedeniyle, durumu İlçe Kaymakamı'na ileterek görüş sorduğu, onun tarafından İlçe Milli Eğitim Müdürü'ne yönlendirildiği, daha sonra Etimesgut İlçe Sağlık Grup Başkanlığı'na 26.9.2001 günlü dilekçeyi verdiği; bu dilekçesinde "... kişisel görüşmem sırasında, müdür beyin yüz dokularındaki deformasyon olarak nitelendirilebilecek kas formu görüntüsü ve ciltteki bakır kızılı renk, kişisel olarak lepra hastalığı görüntüsüne çok benzediğini düşündürdü. Gerekli araştırmam (literatür taraması) sonucunda düşüncemde haklı olma ihtimalinin yüksekliği kamüsüyle kurumunuza, ilgili kişide söz konusu hastalığın olup olmadığının incelenmesi için bu hususta gereğini bilgilerinize arz ederim" dediği ve sonuçta, Eğitim ve Araştırma Sağlık Grup Başkanlığı'nın 18.10.2001 tarihli yazısı ilgi tutulmak suretiyle, Etimesgut İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından davacının Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sevk edildiği, oraca düzenlenen 30.10.2001 günlü Sağlık Kurulu Raporu'nda, davacıda lepra hastalığını düşündürecek bir bulgu saptanmadığının belirtildiği, toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu yönden taraflar ve yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır.

Aynı okulda müdür yardımcısı olarak görevli bulunan davacı tanıkları, davalının geçici olarak görevlendirildiği okulda çalışmak istemediğini kendilerine söylediğini, sebebini sorduklarında, davacıyı kastederek, okul müdürünün cüzzam hastası, kendisinin de taşıyıcı olduğu, bu konuda eğitim alması nedeniyle doktor kadar bilgisi bulunduğu yolunda açıklama yaptığını, davacının efsunlu olduğuna ve eliyle ateş söndürdüğüne dair bilgileri bulunmadığını beyan etmişlerdir.

Toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde:

Hacettepe Üniversitesi Ev Ekonomisi Yüksek Okulu Çocuk Gelişimi ve Eğitimi bölümünden mezun olan ve öğretmen olarak görev yapan davalının, tıp eğitimi almamış olmasına ve sunulan transkript örneğine göre de, üniversite öğrenimi sırasında, sadece mesleğinin gerektireceği ölçü ve düzeyde bir anatomi dersi almasına, dolayısıyla, herhangi bir uzmanlığı bulunmamasına rağmen; ilk kez karşılaştığı, lepra hastası olmadığı sonradan Sağlık Kurulu Raporu'yla da teyit edilen davacıda anılan hastalığın bulunabileceği yolundaki, dayanaksızlığı ve gerçeğe aykırılığı saptanan kişisel düşüncesini, hem okulun diğer öğretmenleriyle birlikte bulunduğu ortamlarda sözlü olarak dile getirdiği ve hem de, hiyerarşik açıdan davacının üstleri durumunda olan İlçe Kaymakamı ile Milli Eğitim Müdürü'ne aktardığı, daha sonra da -velevki onların yol göstermesi sonucunda olsun- metni yukarıya alınan dilekçeyle İlçe Sağlık Grup Başkanlığı'na bildirip, konunun araştırılmasını istediği; bu dilekçe üzerine kurumlar arasında resmi yazışmalar yapıldığı; sonuçta, davacının isteği dışında resmi sevk yoluyla hastaneye müracaat etmek zorunda bırakıldığı, bütün bu olgular nedeniyle de, salt davalının bu konuda değerlendirme yapmaya yeterli olmayan, dolaylı ve eksik tıbbi bilgisine dayalı (davacının yüz dokularındaki kas formu görüntüsü, ciltteki bakır kızılı renk şeklindeki belirtiler esas alınmak suretiyle varılmış), hiçbir maddi temeli bulunmadığı ortaya çıkan kişisel değerlendirmesinden ve şüphesinden dolayı, gerçekte hiçbir ilgisi olmadığı halde, gerek okul ortamında ve gerekse bağlı bulunduğu kurum ve kişiler nezdinde lepra (cüzzam) gibi herkesçe bilinen, önemli ve tehlikeli bir hastalığı taşıma ihtimali bulunan bir kişi durumuna düşürüldüğü; ayrıca, taşımadığı bir hastalık nedeniyle, hastaneye müracaat etmek ve bu konuda rapor almak, bu uğurda zaman ve emek harcamak zorunda bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Maruz kaldığı bu durumun davacının kişilik haklarını zedelediği ve bu sonucun davalının açıklanan eylemlerinden kaynaklandığı açıktır.

Nihayet, Özel Daire bozma kararındaki "... Tüm bu açıklamalar karşısında, somut olayın özellikleri de göz önünde tutulduğunda, haksız şikayet olgusu söz konusu değildir ..." ibaresi nedeniyle, şu hususun ayrıca belirtilmesinde yarar görülmüştür: Davalının, Etimesgut İlçe Sağlık Grup Başkanlığı'na verdiği 26.9.2001 günlü dilekçenin, gerek içeriği ve gerekse verildiği makam itibarıyla, Anayasa'nın 36. maddesi anlamında "Hak Arama Hürriyeti" kapsamında değerlendirilmesine hukuken olanak yoktur. Dolayısıyla, davalının davaya konu eylemlerinin, hukuk düzenince düzenlenen ve korunan "şikayet hakkı" ile de bir ilgisi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, davacının kişilik hakları, davalının anılan dilekçede kullandığı söz ve ifadeler (dilekçenin içeriği) nedeniyle değil; dilekçeden önce ve salt davalının bu dilekçeyi vermesi nedeniyle

sonradan gerçekleşen ve yukarıda ayrıtlılılarıyla değinilmiş olan olgulardan dolayı saldırıya uğramıştır.

Hal böyle olunca; yerel mahkemenin aynı yöndeki gerekçeye dayalı direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, hüküm altına alınan tazminat miktarına ilişkin temyiz itirazları Özel Daire'ce incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 01.12.2004

E. 2004/4-627

K. 2004/627

* Manevi tazminat

* Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı

* Birleştirilen davalarda hüküm kurulması

(1086 sayılı HUMK m. 45)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl ve birleştirilen dava, kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.

Asıl davada, davacı Ş. C. Ö. vekili, davalılardan ... Prodüksiyon A. Ş. bünyesindeki ... TV logosuyla yayın yapan televizyon kanalında 25.12.2000 günü canlı olarak yayımlanan, davalı C. Ö'nün sunuculuğunu yaptığı, davalı E. Ş'nin de konuk olarak katıldığı "... " adlı programda, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak nitelikte söz ve ifadeler kullanıldığını ileri sürerek, on milyar TL manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davacı vekilince 5.9.2001 günlü dilekçeyle "... TV logosuyla yayın yapan ... İletişim A. Ş." aleyhine aynı olguya dayalı olarak açılan ve yine aynı istemi içeren dava, birleştirilerek görülmüştür.

Davalı E. Ş. ve ... İletişim A. Ş. vekilleri davanın reddini istemişler, davalılardan C. Ö. davaya cevap vermemiştir.

Yerel mahkemece verilen; asıl davanın davalılarından ... Prodüksiyon A. Ş. hakkındaki davanın husumet yönünden reddine; birleştirilen davadaki istemin

kısmen kabulü ile üç milyar TL manevi tazminatın davalılar C. Ö., E. Ş. ve ... İletişim A. Ş.'den faiziyle birlikte tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Direnme kararının Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan temyiz incelemesi sırasında, öncelikle usule ilişkin şu yön üzerinde durulmuştur:

Yukarıda açıklandığı üzere, asıl davanın davalıları, kişilik haklarına saldırı iddiasının dayandırıldığı televizyon programının sunucusu durumundaki C. Ö., programa konuk olarak katılan E. Ş. ve programın yayımlandığı televizyon kanalının sahibi olduğu ileri sürülen ... Prodüksiyon A. Ş.'dir. Daha sonra, kanal sahibi şirketin yanlış gösterildiği gerekçesiyle, ... İletişim A. Ş. hakkında ayrı bir dava açılmış ve asıl davayla birleştirilmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, aralarında bağlantı bulunduğu için birden çok davanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 45. ve sonraki maddeleri çerçevesinde birleştirildiği durumlarda; ortada, birleştirilen dava sayısı kadar, birbirinden bağımsız davalar bulunur. Dolayısıyla, tek bir dosya üzerinden sürdürülmekle birlikte, yargılamanın bağımsızlığını koruyan her bir dava dosyası yönünden ayrı ayrı yapılması ve sonuçta, birleştirilen davaların her biri hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması zorunludur.

Bu zorunluluğun, somut olay bakımından görünümü şudur: Hüküm kurulurken, birleştirilen davalardaki davalı sayısı, hangi davalıya yönelik hangi istemde bulunduğu, davalılar arasındaki dava arkadaşlığının zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu gibi yönler gözetilerek; her bir davadaki istem, o istemin yöneltildiği davalılar ile ilişkilendirilmek suretiyle, tümüyle veya kısmen kabul ya da reddedilmeli; kısaca, birleştirilerek görülen her bir dava hakkında nasıl bir hüküm kurulmuş olduğu, kuşkuyla neden olmayacak bir açıklıkla ortaya konulmalıdır.

Hiç kimse hakkında, davalısı durumunda bulunmadığı bir davada -bu durumda bulunduğu başka bir davayla birleştirilerek görülmüş de olsa- hüküm kurulamaz. Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde:

Asıl davada davalı olarak C. Ö., E. Ş. ve ... Prodüksiyon A. Ş. gösterilmesine ve birleştirilen dava sadece ... İletişim A. Ş. hakkında açılmasına rağmen, yerel mahkemece asıl davayla ilgili olarak, sadece ... Prodüksiyon A. Ş. yönünden ret kararı verilip, diğer iki davalı bakımından herhangi bir hüküm kurulmamış; bu iki davalı hakkında, taraf durumunda bulunmadıkları birleştirilen dava kapsamında karar verilmiştir. Direnme kararında da, asıl davayla ilgili hükmün bozma kapsamı dışında kalarak kesinleştiği belirtilmek suretiyle, birleştirilen dava yönünden önceki hüküm tekrarlanmıştır.

Asıl davadaki üç davalıdan ikisi hakkında o dava kapsamında karar verilmemiş ve dahası bunlarla ilgili hükmün, taraf durumunda olmadıkları birleştirilen dava kapsamında kurulmuş olmasının, yukarıda açıklanan yargılama hukuku ilke ve kurallarına iki yönlü bir aykırılık oluşturduğu açıktır.

Usul hukukunun bu konuyu düzenleyen kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve re'sen gözetilmelerinin zorunlu bulunması karşısında, Özel Daire'ce yapılan temyiz incelemesi sırasında gözden kaçırılmış ve hatta temyiz edenlerce temyiz itirazı olarak ileri sürülmemiş bulunması, direnme kararının temyiz incelemesi aşamasında bu yönün Hukuk Genel Kurulu'nca değerlendirilmesine engel değildir.

Hal böyle olunca, direnme kararı, işin esasına girililmeksizin açıklanan nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004

E. 2004/4-560

K. 2004/467

*** Hüküm sonucu**

*** Yargıda açıklık ve netlik**

(1086 sayılı HUMK m. 381, 388, 389, 429/son; 1412 sayılı CMUK m. 261, 268)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural HUMK'un 389. maddesinde de tekrarlanmıştır. Keza HUMK'un 381. maddesi (kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur). Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar. Hükmün hedefine ulaşılmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği de aşikardır.

Öte yandan Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü de bu yöndedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 19.6.1991 gün 323/391 sayılı ve 10.9.1991 gün 281-415 sayılı ve 25.9.1991 gün 355-440 sayılı kararları).

Ceza Genel Kurulu'nca da CMUK'un benzer hükümleri taşıyan 261 ve 268. maddelerinin uygulanmasında bozulan kararın geçerliliğini ve yerine getirilme yeteneğini yitirdiğinden "önceki hükümde direnilmesine" denilmekle yetinilerek ve atıf suretiyle hüküm kurulamayacağı kabul edilmiştir (Ceza Genel Kurulu'nun 2.2.1976 gün 22-25 sayılı kararı).

Somut olayda, daha önce mahkemenin 15.05.2003 gün ve 2003/253-359 sayılı kararı, "aslolan kısa kararda, hüküm fıkrası oluşturulmamış; yalnızca önceki kararda direnilmesine denilmekle yetinilmiş" olması nedeniyle Hukuk Genel Kurulu'nun 03.03.2004 gün ve 2004/4-166-120 sayılı kararıyla yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Ne var ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429/son maddesi gereği Hukuk Genel Kurulunun verdiği kararlara uymak zorunda olan Mahkeme bu bozma gereğini yerine getirmemiş; bozma sonrası 16.06.2004 tarihli celsede verdiği kısa kararda ve buna uygun yazdığı gerekçeli kararda da yukarıda açıkça izah olunan yasal gereklere aykırı biçimde yine hüküm fıkrası oluşturmamış ve hüküm sonucunu içermeyen biçimde sadece gerekçede geçebilecek hususları tekrarlar "dava konusu edilen yazının eleştiri amaçlı olduğu, davalı yazarın yön levhalarındaki yazılarının yazım kurallarına uymadığı değişik anlamlar ifade edeceği ve davacının kasten bu şekle izin vermiş olabileceğini belirterek davacıyı eleştirdiği, davacının bu tür eleştirileri hoşgörü ile karşılayacak konumda olduğundan önceki kararda direnilmesine dair ekli karar açıkça okunup usulsen anlatıldı" şeklinde karar vermiştir.

O itibarla; mahkemece, HUMK'un 388. maddesinin açık hükmü ve aynı nedenle daha önce verilen bozma kararı ve yukarıda açıklanan gerekçeler gözetilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 18.02.2004

E. 2004/4-74

K. 2004/88

* Manevi tazminat

* Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı

* Basın özgürlüğü

* Yayın ilke ve kuralları

(Anayasa m. 28; 5680 sayılı Basın K. m. 1; 4721 sayılı TMK m. 24, 25; 1086 sayılı HUMK m. 440-442)

Taraflar arasındaki “*manevi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Isparta 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 28.3.2002 gün ve 2000/187-2002/197 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 7.4.2003 gün ve 3297-4167 sayılı ilamı ile, (... Davacı, yapılan yayının hukuka aykırı olması nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığı savı ile manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar yayının, Basın Yasası’nın, tanıdığı sınırlar dışına çıkılmadan, öze biçim arasındaki denge korunarak verildiğini bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, istem reddedilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiş ve dairemizce onanmıştır.

Dava yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı savına dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla dava, yapılan yayında yer alan açıklamaların kişilik değerlerine saldırı içerdiği ve böylece hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Böyle bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerden farklı bir yöntemin izlenmesi ve ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması gerekmektedir.

Bunun nedeni, Anayasa’nın 28. maddesindeki basının özgür olduğu güvencesine ve bu ilkeyi güçlendiren 5680 sayılı Basın Yasası’nın 1. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenlemede basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin nedeni; toplumun sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşayabilmesi içindir. Bunun için de kişinin, dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Diğer bir anlatımla basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğuna sahiptir.

Bunun içindir ki basının yayın yaparken, yaptığı yayından dolayı hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylardaki hukuka aykırı olan eylemden farklılıklar taşır. İşte bu farklılık ve ayırık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Ne var ki basının bu ayrıcalık taşıyan konumu ve özgürlüğü, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız değildir. Bundan dolayıdır ki, yayınlarında kişilik haklarına saygı göstermesi ve gerek Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler bölümünde yer alan ve gerekse MK'nın 24 ve 25. maddesinde ve yine özel yasalarda güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluk ve gerekliliktir.

Açıklanan bu yasal düzenlemelerden ve yargısal uygulamalardan da anlaşılacağı üzere, basının özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği, diğer bir anlatımla, hukuk düzenince koruma altına alınan yararların birbirine karşı çatışma içinde buldukları biçiminde bir görünümün var olduğu kanısı uyanmaktadır.

Halbuki hukuk düzeninin, çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, yapılan düzenleme, hukukun diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibarıyla koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir.

Bunun için temel ölçüt, kamu yararadır. Diğer bir anlatımla yayın, salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur. Aksi bir yayının ise, gerek Anayasa ve Basın Yasası ve gerekse basının genel işlevi karşısında hukuka uygun olduğu, kişilik değerlerine saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir.

Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olayları olduğu biçimi ile yayınlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil, o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayınlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır.

Dava konusu edilen yayında "... *Rekor Haciz*" başlığı ile davacı şirket ortaklarından Ş. D'nin borcu için fabrikada yapılan haciz işlemi anlatılmıştır. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre haciz işleminde Y. D'nin asıl borçlu, Ş. D'nin kefil olduğu borç nedeniyle Ş. D'nin ... A. Ş'deki hisselerine haciz konulmak istenmiştir. Böylece davacının borçlu sıfatını taşımadığı açık olan bir olay habere konu edilirken "... *Rekor Haciz*" başlığının kullanılması nedeniyle, sanki ... A. Ş. borçlarını ödeyemez duruma düşmüş gibi gösterilmiştir. Bu hali yayında gerçeklik ve öze biçim arasında bulunması gereken denge unsurlarından yoksun olduğundan hukuka aykırı niteliktedir. Yerel mahkemece davacı lehine manevi tazminat verilmesi gerekirken davanın tümünden reddedilmiş olması bozmayı gerektirir ise de, karar düzeltilerek onanmış bulunduğu davacının karar düzeltme istemi HUMK'un 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılmalı ve karar gösterilen nedenle bozulmalıdır.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre,Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken,önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.06.2004

E. 2004/21-326

K. 2004/328

* **Tazminat*** **İş kazası*** **Asıl işverenin aracı
birlikte sorumluluğu*** **İşverenlik sıfatı**

(1475 sayılı K. m. 1; 506 sayılı

SSK m. 87/2; 818 sayılı BK m. 43)

Taraflar arasındaki “*maddi ve manevi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Karabük İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.11.2002 gün ve 1999/88-2002/591 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 20.3.2003 gün ve 2001-2335 sayılı ilamı ile, (...1. Uyuşmazlık, iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminatın davalılara ödetilmesine ilişkindir. Mahkemece, davacıların murisinin geçirdiği iş kazası nedeniyle kararda yazılı maddi ve manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiş ise de, davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı hakkında kurulan hüküm doğru değildir.

Gerçekten, bir iş kazası sonucu zarara uğrayan hak sahiplerinin tazminat davası, işveren veya kusurlu üçüncü kişilere karşı yöneltilir. Bundan başka, aracı olarak nitelendirilen kişilerce işe alınan işçilerin veya hak sahiplerinin uğrayacakları zararlardan dolayı asıl işverenin aracı ile birlikte sorumlu olacağı 1475 sayılı Yasa’nın 1. maddesi gereğidir.

Somut olayda çözümlenmesi gerekli sorun, davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile davalı ... İnş. Ltd. Şti. arasındaki hukuki ilişkinin işveren aracı veya üst-alt işveren biçiminde olup olmadığıdır. 1475 sayılı İş Kanunu’nun 1. son ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 87/2. maddesindeki açıklamalar ışığında aracıdan (taşeron) söz edebilmek için öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerinden bir iş alt işverene devredilmelidir. Buna karşın, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda, artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz.

Dava konusu olayda, 22.12.1997 tarihli sözleşme ile Karabük Devlet Hastanesi röntgen odası ve acil servis yapım işi ile mutfak, çamaşırhane, kazan dairesi nakil işinin davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı’na diğer davalı ... İnş. Ltd. Şti’ne ihale edildiği, böylece işin anahtar teslimi sureti ile devrinin söz konusu olduğu ortaya çıktığından, aralarındaki hukuki ilişki işveren aracı olarak nitelendirilemez. İşin bir bölümü yerine, tümüyle devrolunduğu durumda, işi devreden kişinin işverenlik sıfatı ortadan kalkacağından sorumluluğuna gidilemez. Öte yandan, inandırıcı güç ve nitelikte bulunmayan ve

özellikle dosya içeriğine uygun olmayan gerekçelerle, davalı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına da kusur izafe eden kusur raporu hükme dayanak alınmak suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2. Kabule göre de; tarafların hal ve mevkiine ve olay tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiz ile birlikte davacı eş için, hükmedilen maddi tazminat miktarına göre, olayda Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması da usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

1. Yerel mahkemece bozma ilamının 2. bendinde açıklanan bozma kısmına uyularak Borçlar Yasası'nın 43. maddesi tartışılarak yeni bir hüküm kurulduğundan, bu yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının Özel Dairesi'nce incelenmesi gerekir.

2. Davanın esası yönünden; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.06.2004

E. 2004/21-365

K. 2004/369

* Tazminat

* İş kazası

* İşçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri

(4857 sayılı İş K. m. 77; Anayasa m. 17)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, iş kazası nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, iş kazasında vefat eden muris nedeniyle davalılardan maddi ve manevi tazminatın tahsilini istemektedir.

Yerel Mahkeme, meydana gelen iş kazasının oluşumunda davalılardan İ. H. D'yi 3/8, davacılar murisi işçi K. B'yi 5/8 oranında kusurlu bulan raporu ve bu oranları dikkate alarak hesaplanan maddi tazminat tutarını gözeterek, istemin kısmen kabulüne karar vermiş, Yüksek Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçelerle hükmün bozulması üzerine, önceki kararında direnmiştir.

Somut olayda, davacılar murisi, davalılardan ... Çelik Montaj A. Ş'ye ait boru atölyesinde iş alan diğer davalı müteahhit İ. H. D. işçisi (kaynak operatörü) olarak, buhar kazanı borulama sistemine ait "spool" adı verilen iki ucu dirsekli bir parçanın imalinde çalışmakta iken, kaynak kontrolü amacıyla girdiği borunun içerisinde, kaynaklama sırasında boruya basılan ve yoğunluğu havadan daha fazla olan argon gazının boğucu etkisine maruz kalması sonucunda oluşan "hematoz" nedeniyle vefat etmiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinde "yaşama hakkı" güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir.

Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık şartlarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak tedbirleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan; işvereni işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin tamamını almaya zorlamayarak, yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin vücut tamlığı ve yaşama hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir.

Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olmuş hareketinin işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığının tespiti işidir.

Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak tedbirlerin neler olduğunun tespiti işidir. Mevzuat hükümlerince öngörülmemiş, fakat alınması gerekli başkaca bir tedbir varsa, bunların dahi tespiti zorunluluğu açıktır. Bunların işverence tam olarak alınıp alınmadığı (işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma

işçinin tedbirlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı saptanacaktır.

Sorumluluğun saptanmasında kural, sorumluluğu gerektiren ve yasada belirlenmiş bulunan durumun kendi özelliğini göz önünde bulundurmak ve araştırmayı bu özelliğe göre yürütmektir.

Kaynak işleminde, boruya argon gazı basıldığı tartışmasızdır. Belirtilen işlemin tamamlanmasından sonra boğucu etkisi bulunan bu gazın ölçümünün yapılarak, tehlikeli boyutta olduğu saptandığında ise ortamdaki tahliyesinin basınçlı hava yardımıyla ya da gazın yoğunluğu nedeniyle borunun dikey konuma getirilip, akışkanlık sağlanarak yapılması gereklidir. Tüm bu önleyici tedbirlerin alınmadığı, iş güvenliği önlemlerini alma, kişisel güvenliğini sağlama konusunda inisiyatifin tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedeniyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir. Aksi bir düşünce, işçinin, öldürücü etkisi sabit bir ortama bilerek ve isteyerek girdiği sonucu doğurur ki, bu durum, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir.

İşverenlerce, iş güvenliği açısından hayati öneme haiz bulunan araç ve gereçlerin anılan kazalı tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılabileceği yadsınamaz bir gerçektir. İşçinin aynı işi uzun yıllardır yapıyor olması, işvereni tüm bu yükümlülükleri almaktan başışık hale getiremez.

Davalı işverenlerin kazalı işçiyi, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, çalışma usul ve esasları konusunda ise yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları, bu doğrultuda kişisel koruyucu ve aletleri kullanımına sunmadıkları görülmekte olup, tüm bu nedenler, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde ağırlıklı (baskın) kusurun davalı tarafa ait olduğunu göstermektedir.

Belirtilen nedenlerle, yerel mahkemece, aynı yönlere işaret eden Özel Daire bozma kararına uyularak, açıklanan maddi ve hukuki olgular doğrultusunda kusur raporu düzenletilerek, belirtilen şekilde hüküm kurmak gerekirken, direnme kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 08.12.2004

E. 2004/9-652

K. 2004/658

* Hizmet sözleşmesi

* Cezai şartın tahsili

Taraflar arasındaki “*cezai şartın tahsili*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 1. İş Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 14.7.2003 gün ve 2002/1050-2003/968 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 8.3.2004 gün ve 15363-4491 sayılı ilamı ile, (... Mahkemece 1.7.2000 tarihli belirli süreli akdin geçersizliği sebebiyle bu sözleşmeye dayalı cezai şart alacak isteği reddedilmiş ise de, taraflar arasında fesih tarihinde yürürlükte bulunan 1.11.2001 - 31.10.2002 tarihli belirli süreli hizmet akdinin olduğu mahkemenin de kabulündedir. Bu sözleşmenin 7. maddesinde özel şartlar düzenlenmiş olup “h” bendinde davacı aleyhine “j” bendinde de davalı aleyhine karşılıklı olarak cezai şart düzenlendiği saptanmıştır.

Geçerli olan bu hizmet sözleşmesindeki cezai şart düzenlemesi irdelenmeden cezai şart alacağının yazılı şekilde reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 01.12.2004

E. 2004/9-643

K. 2004/642

* İş sözleşmesinin feshi

* Fesih bildirimine itiraz

* İşe iade

(4857 sayılı İş K. m. 18 vd, 20; 4721 sayılı TMK m. 1; 158 sayılı ILO Söz-

leşmesi; 2821 sayılı Sendikalar K. m. 4; 2822 sayılı K. m. 3, 12, 15, 60; AİHS m. 6)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

A. Davacının İsteminin Özeti: Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde çalışmakta iken SSK'dan yaşlılık aylığı almaya hak kazandığı, davalı işyerinin zarar ettiği yönündeki gerekçelerle iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını belirtilerek; *"feshin geçersizliğinin tespiti, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağına"* karar verilmesini istemiştir.

B. Davalının Cevabının Özeti: Davalı vekili, yeniden yapılandırma çalışmaları ve işyerinde otomasyona geçilmesi nedeniyle istihdam fazlalığının oluştuğu, ayrıca ekonomik kriz nedeniyle oluşan zarar nedeniyle emekliliğe hak kazanmış personelin iş akitlerinin tüm yasal hakları verilerek Yönetim Kurulu kararı ile sona erdirildiğini, feshin geçerli nedene dayanması nedeniyle de davanın yerinde olmadığı nedenle reddi gerektiğini savunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Yerel mahkeme, davalı işverenliğin zarar ettiği hususunda dosyaya delil sunulmadığı, davacının yaşlılık aylığına hak kazandığı iddiasının ise iş akdinin feshi için haklı bir neden oluşturmayaacağı gerekçesi ile *"davanın kabulüne"* karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi ve Direnme: Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıya aynen alınan gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme bu bozmaya karşı özette; *"4857 sayılı İş Yasasının fesih bildirimine itiraz ve usulü başlıklı 20. maddesinin 3. fıkrası işe iade ile ilgili davaların seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacağını, mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay'ca bir ay içinde kesin olarak karar verileceğine amirdir. Bu durumda Yargıtay Dairesi'nin mahkeme kararına karşı yeniden yargılama yapılmak üzere bozma kararı verme yetkisi kaldırılmış olmaktadır. Yargıtay Dairesi'nce mahkeme kararının bozulmasına karar verildiği takdirde, Yargıtay'ca davanın esası ile ilgili hüküm oluşturularak kesin karar verileceği, yasal düzenlemenin gereğidir. Verilen bozma kararı Yasa'nın amir hükmüne aykırı olmakla, bu usulü nedenle önceki kararda direnilmesinin gerektiği"* gerekçesi ile direnme kararı vermiştir.

E. Maddi Olay: Davacı işçi, davalı Genel Müdürlüğe bağlı İnsan Kaynakları Müdürlüğü'nde daimi kadroda çalışmakta iken, işverence sıralanan bir kısım olumsuz ekonomik nedenler ile, işletmenin otomasyona geçmesi, yeniden yapılandırma çalışmaları çerçevesinde bazı müdürlük ve başkanlıkların kapatılması sonucunda işgücü fazlalığının ortaya çıkması ve davacının SSK'dan yaşlılık aylığına hak kazanmış olması gibi diğer bir kısım nedenlerle iş akdinin 7.1.2004 tarihinden geçerli olmak üzere "toplu işten çıkarma kapsamında" işçilik hakları verilmek üzere feshedildiği, davanın yasal süre içinde açılmış olduğu görülmektedir.

F. Gereke: Görüldüğü üzere, direnme kararını veren yerel mahkeme, İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca Yargıtay Özel Dairesi'nin böyle bir hükmü uygun bulmaması halinde bozup geri çeviremeyeceği ve kendisinin davayı kesin olarak sonuçlandırması gerektiği görüşündedir.

Sorunun çözümü için dayananın 4875 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi ile maddenin kaynak aldığı uluslararası sözleşmelerinin incelenmesi gerekmektedir. Şöyle ki;

Türkiye tarafından 3999 sayılı Kanun'la 1994 yılında onaylanan "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı (ILO) Sözleşmesi" ile, hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçiye, mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı tanınmış, belirtilen bu mercilerin, son verme nedenlerini ve davayla ilgili diğer vakıaları incelemeye ve son vermenin haklı olup olmadığına dair bir karar vermeye, taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmaları gerektiği belirtilmiştir.

158 sayılı Sözleşme doğrultusunda hazırlanan iş güvencesi yasa tasarısı 4773 sayılı Kanun ile kabul edilmiş, ardından 4857 sayılı İş Kanunu'nda yerini almıştır.

Anılan Kanun'un "Fesih bildirimine itiraz ve usulü"nü düzenleyen 20. maddesi;

"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa, uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür."

"Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür."

“Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır, mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.”

“Özel hakemin oluşumu çalışma esas ve usulleri bu yönetmelikle belirlenir.”

Hükmünü getirmiştir.

Genel Kurul’un önüne gelen uyuşmazlık, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/3. maddesinde yer alan “mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay ilgili dairesinin vereceği kararın kesin olması kuralından ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Anılan düzenlemede yer alan, iş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde en kısa süre yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesi’nce verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır.

Yerel mahkeme, yukarıda da belirtildiği üzere, Yargıtay’ın ilgili dairesinin önüne gelen hükmü bozup geri çeviremeyeceği, uygun bulmaması durumunda kendisinin davayı kesin biçimde sonuçlandıracağı düşüncesindedir.

Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca; yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Yasa hükmünün özünün araştırılması ise onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla, yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için iş yasası kuralının amacının (ratio legis) araştırılması gerekir.

Şu hususta kuşku duyulmaması gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecek mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozacak ve giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Bir başka anlatımla, Yargıtay Özel Dairesi’nin bu uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğinin Özel Daire’yi karara götürecek nitelikte olmasıdır.

Çünkü Yasa, iş akdinin feshinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının belirlenebilmesi için taraflara kanıtlama külfeti yüklemiştir. Önemli olan, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda belirttikleri olguların, dayanakları olan bilgi ve belgelerin karara esas olmak üzere dosyaya yansıtılmış olmasıdır. Mahkemece, taraflarca ileri sürülen olgular ve dayanağı delillerin toplanması

koşuluyla verilecek karar, Yargıtay'ca gerektiğinde tekrar ele alınıp kesin sonuca bundan sonra ulaşılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile herkes, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını isteme hakkına sahiptir. İş hukuku çerçevesinde hak ve yükümlülükler, maddede belirtilen "medeni hak ve yükümlülükler" kapsamında ele alınmaktadır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 4. maddesi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde de yer verilirken iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.1985 gün 1984/9-834 Esas ve 1985/201 Karar sayılı kararında da, benzer bir konunun ele alındığı görülmüş ve 2822 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yer verilen "Yargıtay'ca ... kesin karara bağlanır." hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.

Belirtilen nedenlerle; tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ikame edilmek istenen kanıtlar dosyaya yansıtılarak, sonrasında hüküm kurulmasında yasal zorunluluk vardır. Ancak maddede yer alan, "Yargıtay ... kesin olarak karar verir" kuralından hareketle uyuşmazlığın eksiklikler de içerse her halükarda Yargıtay Özel Dairesi'nce sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir.

Açıklanan nedenlerle, kesin karar verme hususunun Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, "Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlamı" demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.

O halde Özel Daire'nin bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 24.11.2004

E. 2004/21-538

K. 2004/621

* Hizmet tespiti

* Fiili çalışmanın kanıtlanması

* Sigortalılık koşulları

(506 sayılı SSK m. 2, 6, 79, 108;

Anayasa m. 60)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 108. maddesi sigortalılık süresini düzenlemektedir. Bir kimsenin sigortalılık niteliği taşımadığı halde ona ait sigortalılık süresinden söz edilemeyeceği ise ortadadır. Olağan olarak sigortalılık niteliği anılan Kanun'un 2. maddesi gereğince hizmet akdinin kurulması ve aynı Kanun'un 6. maddesi uyarınca çalışmaya başlaması ile edinilir. 506 sayılı Kanun'un 2 ve 6. maddelerinde açıkça belirtildiği üzere, sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemli çalışmanın varlığı saptanmadıkça; sadece hizmet akdine dayanılması halinde dahi, sigortalılıktan söz edilemez.

Öncelikle fiili çalışmanın varlığının hangi kanıt ve olgularla belirleneceği üzerinde durulmalıdır.

Hemen belirtilmelidir ki, fiili veya gerçek çalışmayı kanıtlayacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte, 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinde belirtilen ve sigortalının çalışma gün sayısını, kazanç durumunu, çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık prim ve hizmet belgesi gibi (geçmiş dönem ve aylara ilişkin) kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir. Yöntemince düzenlenip süresi içerisinde kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe girdiğini göstermekte ise de, fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez. Sigortalılıktan söz edebilmek için çalışmanın varlığı, Yargıtay'ın 506 sayılı Kanun'un 79/10. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul ettiği ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Zira sigortalılığın başlangıcına yönelik her dava, sigortalılığın tespiti istemini de içermektedir. Aksine düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi yönünden çalışanlar ile çalışmayanlar arasında adaletsiz ve haksız bir durum yaratacaktır. Bu nedenle; işe giriş bildirgesinin verildiği ancak yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda çalışmayı ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı ve Anayasa'nın 60. maddesinde tanımlanan sosyal güvenlik hakkının niteliği gereği bu tür davalarda, hakim doğrudan soruşturmayı genişleterek, sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemelidir. Bu davalarda da iş yerinde tutulması gerekli dosyalar ile kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalı, aynı dönemde iş yerinde çalışanlar saptanmalı, sigortalının hangi işte hangi süre ile çalıştığı açıklanmalı, gerektiğinde komşu iş yeri çalışanlarının da bilgilerine başvurularak gerçek çalışma olgusu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde kanıtlanmalıdır. Ayrıca, işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş tarihi, sigorta sicil numarasının hangi yıla ait serilerden olduğu araştırılmalı, bildirmede işi giriş tarihi olarak gösterilen tarih ile belirlenen bu tarihler arasında yasanın bildirim için öngördüğü süreleri aşan farklılıkların bulunduğu anlaşılması halinde ise bunların nedenleri üzerinde durulmalıdır. Çalışmanın eylemli olduğunun anlaşılması

halinde ise bu kez, işe giriş bildirgesinin 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre içinde Kurum'a verilip verilmediği olgusu da irdelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Yerel mahkemeye bu gerekçeye dayalı bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 03.11.2004

E. 2004/10-524

K. 2004/581

* **Bağkur'a tabi zorunlu sigortalılık süresinin belirlenmesi**

* **Ölüm aylığı**

* **Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışma olgusu**

(4692 sayılı K. Geçici m. 1/3; 506 sayılı SSK m. 79; 4956 sayılı K. ile

değişik 1479 sayılı Bağ-Kur K. Geçici m. 18, 24/I-a, m. 25, 26,; 1479 sayılı Bağ-Kur K. m. 41, Ek Geçici m. 13; 619 sayılı KHK Geçici m. 1; 1086 sayılı HUMK m. 76; 3165 sayılı K. ile değişik 1479 sayılı K.)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava nitelikçe, Bağ-Kur'a tabi zorunlu sigortalılık süresinin belirlenmesi ve ölüm aylığı bağlanması gerektiğinin tespitine ilişkindir.

Mahkemeye, davanın yasal dayanağının 4692 sayılı Kanun'un Geçici 1/3. maddesi olduğu, bu madde hükmü ile, 4.10.2000 tarihinden önce Kurum'a kayıt ve tescil edilmeyenlerin, sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin bu tarih ile başlayacağı, 506 sayılı Kanun'un hizmet tespitini olanaklı kılan 79. maddesine koşut bir hükmün Bağ-Kur Kanunu'nda bulunmadığı, bu nedenle de Bağ-Kur sigortalılığının tespitine karar verilmesine olanak olmadığı belirtilerek davanın reddine dair verilen karar, yukarıda belirtilen nedenle Özel Daire'ce bozulmuş, mahkemeye önceki karar gerekçelerine ek olarak; 4956 sayılı Kanun ile 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na eklenen Geçici 18. madde hükmü ile borçlanma imkanının sadece tescilli sigortalılara tanındığını, 4.10.2000 tarihinden önce kayıt ve tescil edilmemiş sigortalıların borçlanma olanağının bulunmayacağı, Kurum'ca kabul edilen sigortalılık süreleri dikkate alındığında ölüm aylığına hak kazanılamayacağı belirtilerek önceki kararda direnilmiştir.

Davaya konu somut olayda; davacının eşinin 1.5.1986 - 30.9.2002 tarihleri arasında vergi kaydı bulunmaktadır. Bağ-Kur'a tescili için 5.6.2003 tarihinde müracaatta bulunulmuş, 4.10.2000 tarihinden geçerli olmak üzere tescili yapılarak, vergi kaydının sona erdiği 30.9.2002 tarihine kadar Bağ-Kur zorunlu sigorta kapsamında sayılmıştır.

Yerel Mahkeme ile Yüksek Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, davacının eşinin 4.10.2000 tarihinden önce zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olarak kabulüne yasaca olanak bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Sosyal güvenlik hakkı, temel insan haklarından olup, uluslararası hukuk normları ile anayasalarda güvence altına alınmıştır. Ülkemizin ekonomik, sosyal ve kültürel değişimi sosyal güvenlik haklarına olumlu yansımakla birlikte, kimi zaman bu hakları sınırlayıcı düzenlemelere gidildiği de görülmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü, sigortalılık niteliğini taşıdıkları halde Bağ-Kur'a kayıt ve tescil yaptırmamış olanlar hakkında Bağ-Kur Kanunu'nda öngörülen düzenlemelerin irdelenmesini zorunlu kılmaktadır.

1479 sayılı Kanun, zorunlu sigortalılık şemsiyesi altına en son alınan "esnaf ve sanatkarlar ve diğer bağımsız çalışanlara" Kanunda yazılı sosyal güvenlik hükümlerini uygulama amacını taşımakta olup, 26. madde ile sigortalı olma hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağını, bu Kanun'a göre sigortalı sayılanların, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren üç ay içinde Kurum'a başvurarak kayıt ve tescil yaptırmalarının zorunlu olduğunu, aksi durumda Kurum tarafından resen tescil işleminin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Buna karşın, 1479 sayılı Kanun'da sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin belirli tarihlerden başlatılmasını zorunlu kılan düzenlemeler de yer almaktadır. Bunlardan ilki, "Tescilini yaptırmayanlar hakkında yapılacak işlemler" başlıklı Ek Geçici 13. madde hükmünde, tescilleri yapılmamış ancak sigortalılık niteliğini taşıyanlar yönünden Yasa'nın tanıdığı hak ve mükellefiyetlerin 2654 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 20.4.1982 tarihinden başlatılacağı öngörülmüştür.

619 sayılı KHK'nın Geçici 1. maddesi hükmünde ise;

"Bu Kanun'a göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Ancak, 1479 sayılı Kanun'a göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olmak kaydıyla, 20.4.1982 tarihinden bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesabına bağımsız çalıştıklarını belgeleyen sigortalıların, vergiye kayıtlı buldukları

süreler, bu süreye ilişkin primleri, ödeme tarihinde buldukları gelir basamağı prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.”

Denilmekte olup, 4.10.2000 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin 8.8.2001 tarihinde yürürlüğe giren 26.10.2000 günlü kararı uyarınca 619 sayılı KHK tüm hükümleriyle iptal edilmiştir.

4956 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle, Bağ-Kur Kanunu'na eklenen Geçici 18. madde;

“Bu Kanun'a göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 4.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 4.10.2000 tarihinden itibaren başlar. Ancak, bu Kanun'a göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların sigortalılıkları, bu Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Kurum'a yazılı olarak başvurmaları ve 20.4.1982 - 4.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelerle ilişkin olarak 49 ve Ek 15. maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde buldukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.” hükmünü amirdir.

Tüm bu düzenlemelerde ortak nokta, tescilin belirtilen tarihlerden sonra yapılmasına karşın, Kanun'da tanınan süreler içinde borçlanma hakkının kullanılabilir olmasıdır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilmiş olan 619 sayılı KHK, borçlanma hakkı için bir süre de öngörmemiştir. Anılan hükümle belirtilen şartları yerine getiren kişiler maddede belirtilen sürelerle ilişkin prim tutarlarını ödeyerek o döneme ilişkin süreleri sigortalı saydırabileceklerdir. Anılan düzenleme ile borçlanma hakkı, 4.10.2000 tarihinden sonra zorunlu sigortalı olarak Bağ-Kur'a tescil edilmiş olanlardan, daha önce vergi kaydı bulunanlara tanınmıştır.

Kanun'da, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin başlaması için öngörülen tarihlerden itibaren, borçlanma hakkı belirtilen bu süreler dahilinde kullanılmıdır. Bu süreler içinde borçlanma hakkının kullanılmaması halinde ise, sonrasında Bağ-Kur sigortalılığının tespitine olanak bulunmamaktadır. Bilindiği gibi, 1479 sayılı Kanun'da 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun hizmet tespitine ilişkin 79/10. maddesine koşut bir düzenleme bulunmamaktadır.

Davaya konu olayda, Kurum'a tescil başvurusunda bulunulan tarihte, 619 sayılı KHK'nın Geçici 1. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 8.8.2001 tarihinde yürürlüğe giren kararı ile iptal edilmiştir. Benzer bir düzenlemeyi öngören 4956 sayılı Kanun ile değişik 1479 sayılı Kanun'un Geçici 18. madde hükmü ise Kanun'un yayım tarihi olan 2.8.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bu-

lunmakta olup, tescil talep tarihi dikkate alındığında her iki hükmünde somut olayda uygulanma olanakları bulunmamaktadır. Mahkemenin kararına gerekçe olarak gösterdiği 4692 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi hükmü ise primlerin güncelleştirilmesine ilişkin olup, somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Başvuru tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere bakıldığında Bağ-Kur sigortalılığının 4.10.2000 tarihinden başlatılmasının zorunlu kılan bir koşulun bulunmadığı da görülmektedir. Bu durumda HUMK 76. maddesi de dikkate alınarak anılan tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre uyumsuzluğun çözümünde yasal zorunluluk bulunmaktadır.

22.3.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 sayılı Kanun ile 1479 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikte; *"gerçek ve götürü usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne kayıtlı bulunanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun kayıtlı bulunanlar"* dan, gelir vergisi mükellefi olanlar, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanlar ile vergi kaydı bulunmayanlar da Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıt oldukları tarihten itibaren kendiliğinden sigortalı sayılmışlardır.

Görüldüğü üzere; anılan Kanun'un sigortalılık için aradığı koşullar dikkate alındığında davacının eşinin zorunlu sigortalı olarak Bağ-Kur kapsamında değerlendirilmesinde, hak ve yükümlülüklerin, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışma olgusunun gerçekleşmiş olması önkoşulu dikkate alınarak, vergi mükellefiyetinin oluşturulduğu tarih ile başlatılmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır.

Açıklanan tüm bu maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmaksızın eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulmuş olması isabetsizdir.

O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 22.12.2004

E. 2004/21-742

K. 2004/744

* Hizmet tespiti

* Sigortalılığın başlangıcı

* Fiili çalışma

(506 sayılı K. m. 2, 79, 108; Sosyal Sigorta İşlemleri Yön. m. 17)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

A. Davanın Konusu: Dava, sigortalılığın başlangıcının tespiti istemine ilişkindir.

B. Davacının İsteminin Özeti: Davacı, 01.10.1975 tarihinden 31.12.1975 tarihine kadar davalı firmaya ait işyerinde çalışmasına rağmen, bu çalışmasının diğer davalı kurum tarafından kabul edilmediğini, davalı firmanın 01.10.1975 tarihinde işe giriş bildirgesini düzenleyip kuruma göndermesine karşılık, dönem bordrolarında ve sigorta bildirgelerinde kendisinin gösterilmediğini, bunda hem işyeri sahibi firmanın, hem de burasını denetlemekle görevli SSK'nın kusurlu olduğunu ileri sürerek, 1.10.1975 tarihinde çalışmaya başladığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

C. Davalının Cevabının Özeti: Davalı SSK vekili davanın haksız olduğunu ileri sürerek reddi gerektiğini savunmuştur.

D. Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece; gelen belgelerin ve tanık sözlerinin birbirini tamamladığı, ise giriş bildirgesi verilmesinin ve bunun kurum kayıtlarına geçmesinin o işyerinde en az bir gün süre ile çalışmaya karine oluşturduğu, davalı kurumun bu karinenin aksini kanıtlayan bir delil sunamadığı gerekçeleriyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

E. Temyiz Evresi ve Direnme: Hüküm, davalı kurum vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce, yukarıya aynen alman gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme bu bozmaya karşı önceki gerekçeleri yineleyerek direnmiş ve davanın kabulüne karar vermiştir.

F. Uyuşmazlık ve Gerekçe: Davacıya ait 01.10.1975 tarihli işe giriş bildirgesinin davalı kuruma süresi içerisinde verildiğinde uyuşmazlık bulunmamaktadır.

506 sayılı Kanun'un 108.maddesi uyarınca, sigortalılık başlangıcı yönünden salt işe giriş bildirgesi verilmiş bulunması yeterli olmayıp, ayrıca Kanun'un 2. maddesinde öngörülen şekilde fiili çalışmaların aranması da gereklidir.

Bu nedenledir ki, somut olayda uyuşmazlık fiili çalışma olgusunun yöntemince kanıtlanmış olup olmadığı, mahkemece bu yönde yapılan inceleme ve araştırmanın hükme yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinde belirtilen ve sigortalının çalışma gün sayısını, kazanç durumu çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bilgileri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinde belirtilen dört aylık prim bordroları gibi kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir.

Yöntemince düzenlenip süresi içinde kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterirse de, fiili çalışmanın varlığının ortaya koyulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez. Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 sayılı Kanun'un 79/8. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Zira, sigortalılığın başlangıcına yönelik her dava, aynı zamanda sigortalılığın tespiti istemini de içerir. Aksine düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi yönünden çalışanlar ile çalışmayanlar arasında, adaletsiz ve haksız bir durum yaratır. Bu nedenle, işe giriş bildirgesinin verildiği, ancak, yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda, çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı ve Anayasa'nın 60. maddesinde tanımlanan sosyal güvenlik hakkının niteliği gereği bu tür davalarda, hakim, doğrudan soruşturmayı genişleterek, sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemelidir.

Bunun için de bu tür davalarda işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalı, işyeri çalışanları saptanmalı ve sigortalının hangi işte ne kadar süre ile çalıştığı açıklanmalı, gereğinde komşu işyerlerinde çalışanlarının bilgilerine de başvurularak gerçek çalışma olgusu, somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde kanıtlanmalıdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.6.1999 gün ve 1999/21-510-527; 30.6.1999 gün ve 1999/21-549-555; 5.2.2003 gün ve 2003/21-35-64 sayılı, 24.11.2004 gün ve 2004/21-538-621; 15.12.2004 gün ve 2004/21-745-712 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Somut olayda; dinlenen davacı tanıklarından M. K'nın beyanı yer ve zaman içermeyen, soyut sözlerden ibaret olup, diğer tanık R. M'nin ifadesi ise; herhangi bir resmi belge ile kontrol imkanı olmayan soyut bir anlatımdan ibarettir. Bu nedenlerle de yukarıda açıklanan ilkelere uygun sayılamaz. Çalışmanın tespiti istenen işyerinin bir iş hanı içerisinde bulunması nedeniyle, komşu işyerlerinden istenen tarih itibari ile kayıtlara geçmiş kişilerin tespiti imkan dahilindedir. Bu itibarla yerel mahkemece; dinlenen tanıklar dışında özellikle komşu işyerleri araştırılıp, istenen tarihler itibari ile firma isimleri ile birlikte SSK'dan kayıtlara geçmiş çalışanların isimleri belirlenip, tanık sıfatıyla bilgilerine başvurularak çalışma olgusunun hiçbir tereddüde yer bırakmayacak ve kontrol imkanı sağlanacak şekilde tespiti zorunludur. Açıklanan nedenlerle, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken direnme hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/21-156

K. 2004/194

* Hizmet borçlanması

* Yaşlılık aylığı

* Yurda kesin dönüş

* Anayasa Mahkemesi

Kararlarının bağlayıcılığı

* Kazanılmış hak

* Anayasa Mahkemesi

Kararlarının geriye yürümemesi

(1086 sayılı HUMK m. 237;

Anayasa m. 2, 153/V; 4958 sayılı K.

m. 56 ile değişik 3201 sayılı K. m. 3)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı, 11.5.1996 tarihinde yurda kesin dönüş beyanı ile 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Yasa'dan yararlanarak hizmet borçlanması yaptığını, sonrasında ise bağlanan yaşlılık aylığının, kesin dönüş koşulunun yerine getirilmediği nedenle iptal edilerek ödenen aylıkların icra yoluyla geri alındığını, ancak 31.10.1998 tarihi itibarıyla yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmiş ve bu tarih itibarıyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için davalı Kuruma başvurmuş olmasına karşın, isteminin reddedildiğini belirterek; 1.11.1998 tarihi itibarıyla 3201 sayılı Yasa çerçevesinde yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti ile, bu tarih itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemektedir.

Davalı Kurum, yurda kesin dönüş koşulunun yerine getirilmemesi nedeniyle, davacının 3201 sayılı Yasa uyarınca yaptığı hizmet borçlanmasının ve bağlanan yaşlılık aylığının Kurum tarafından iptal edildiğini, davacı tarafından açılan; borçlanmanın geçerli olduğunun tespiti ve kesilen yaşlılık aylığının devamına karar verilmesi ile buna aykırı Kurum işlemlerinin iptali istemine ilişkin davanın, "yurda kesin dönüş koşulunun" yerine getirilmediği nedenle mahkemece reddine karar verilerek, kararın Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleştiği, artık ortada mevcut geçerli bir borçlanma işleminin bulunmadığı belirtilerek, davanın öncelikle kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği savunmuştur.

Yerel mahkeme; "Ankara 2. İş Mahkemesi'nin 1999/2266 Esas ve 2000/30 Karar sayılı dosyası incelendiğinde; davacı C. B. vekilince davalı SSK Genel Müdürlüğü aleyhine açılmış 3201 sayılı Yasa'ya göre yapılan borçlanma işleminin geçerli

olduğunun ve buna aykırı Kurum işleminin iptali ile kesilen yaşlılık aylığının ödenmesi gerektiğinin tespitine ilişkin bir dava olduğu, 26.1.2000 tarihli kararla davanın reddedildiği ve Yargıtay 10. H. D'nin 29.2.2000 günlü onama ilamı ile onanarak kesinleştiği görülmüştür. Yukarıda sözü edilen ilk dava ile mahkememizdeki bu davanın her ikisinin de, davacının 3201 sayılı Yasa'ya göre yaptığı borçlanma işleminin geçerli kabul edilmesi ve ... Kurum işleminin iptali istenmekte ayrıca bu dava ile de ayrıca 1.11.1998 tarihinden itibaren davacının 3201 sayılı Yasa uyarınca yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti istenmektedir. Görüldüğü gibi her iki davanın tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynıdır." gerekçesi ile "kesin hüküm nedeniyle davanın reddine" karar vermiştir.

Davacının isteminin 3201 sayılı Yasa uyarınca yaşlılık aylığı bağlanması olması ve 3201 sayılı Yasa ile borçlanılan süre dışında sadece 865 prim gün sayısı yurt içi sigortalılığı bulunduğu, bu sürenin de yaşlılık aylığı bağlanmasına imkan vermediği dikkate alındığında; dava nitelikçe; 3201 sayılı Yasa'ya göre yapılan borçlanma işleminin geçerli olduğunun ve 1.11.1998 tarihten itibaren yaşlılık aylığının tekrar bağlanması gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'dan yararlanarak yurt dışında geçen 31.7.1972 - 31.12.1995 devresinde bir kısım (4900 gün) hizmetini 11.5.1996 tarihinde yurda kesin dönüş yaptığını bildirerek davalı kuruma borçlanıp, tebliğ edilen prim borcunu yasal koşullarına uygun şekilde ödemiştir. 15.7.1996 tarihinde yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmuş, 1.8.1996 tarihinden geçerli olmak üzere de davacıya yaşlılık aylığı bağlanmış, daha sonra Kurum'ca Alman sigorta merciinden getirtilen hizmet cetvelinden davacının borçlanma ve tahsis talep tarihi ile sonrasında 31.10.1998 tarihine kadar yurt dışında işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından "yurda kesin dönüş yapmadığı" kabul edilerek borçlanması ve yaşlılık aylığı tahsis işlemi iptal edilmiş, davacının, Ankara 2. İş Mahkemesi'nin 1999/2266 Esas ve 2000/30 Karar Sayılı dosyasında 16.8.1999 tarihinde açtığı davada; Kurum'un borçlanma ve yaşlılık aylığını iptal eden bu işleminin iptalini istemiş, mahkeme verilen davanın reddine ilişkin 26.1.2000 günlü karar davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 29.2.2000 günlü ilamıyla onanarak kesinleşmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire, başlıkta yazılı 30.6.2003 günlü kararında; kesin hükmün varlığı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş olmasının bozma nedeni olduğu belirtilerek; "davacının isteminin iki bölümde ele alınarak sigortalının şahsi dosyasındaki bilgiler değerlendirilerek, 3201 sayılı Yasa'nın son şekli dikkate alınarak davacının yurt dışı borçlanmalarına geçerlilik kazandırılmalı ve yurda kesin dönüş tarihi belirlendikten sonra bu tarihi izleyen aybaşından itibaren

yaşlılık aylığı bağlanmasına, ödenen aylıklardan davacının sorumlu olacağı miktarı ... belirledikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulması gerektiği” ifade edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Davacı tarafından daha önce açılıp, kesinleşen; “Kurum işleminin iptali ile borçlanmanın geçerli olduğunun tespitine” yönelik davanın “reddine” ilişkin mahkeme hükmünün açılan bu davada, talep yönünden kesin hüküm teşkil edip etmediği, 3201 sayılı Yasa’nın 3. maddesinde yazılı, “yurda kesin dönüş yapma” koşulunu iptal eden ve 25.4.2003 günlü *Resmî Gazete’de* yayımlanan 12.12.2002 gün ve 2000/36-2002/198 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının kesin hükme karşın eldeki davaya etkisinin olup olmayacağı, noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle; yargılama hukuku açısından “dava şartı” ile “kesin hüküm” kurum ve kavramlarının temel hukuki esasları üzerinde durulmasında yarar vardır.

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; Dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan Kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar varolmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığı öğrenilmesi durumunda mahkeme davanın mesmu (dinlenebilir) olmadığından reddetmesi gerekir.

Bu bağlamda, olayla sıkı bağlantısı nedeni ile hemen vurgulayalım ki, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile çözümlenmemiş olması da (olumsuz) dava şartıdır. Birinci dava ile ikinci davanın müddeabihlerinin (konusunun), dava sebeplerinin (vakıaların) ve taraflarının aynı olması maddi anlamda kesin hüküm oluşturur (HUMK m. 237). Kesin hüküm, hem bireyler için hem de devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenilirlik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.

Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemede; (Yargıtay’da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk

defa Yargıtay' da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, dahası bozmadan sonrada ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez.

Yeri gelmişken, uyuşmazlığın diğer ayağını oluşturan Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün özelliği, geriye yürüme (ex tunc) etkisinin hukuki kapsam ve uygulama alanı üzerinde durdurulmasında yarar vardır.

Öncelikle belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları *Resmi Gazetede* yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğurur. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının etkisi henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalar yönünden geçerlidir.

Gerçekte de, Anayasal yargıda; idari yargıdaki iptal kararının (ex tunc) geriye yürüme etkisi ilke olarak kabul edilmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Diğer bir anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geri yürümezliği kuralına öncelik tanınmıştır (Anayasa m. 153).

Özel Daire'ce üzerinde durulan bir başka husus yaşlılık aylığının hukuksal niteliğidir. Daire'ce yaşlılık aylığının anayasal ve yasalar karşısındaki konumuna göre sürekli kullanılması zorunlu bir hak olduğu ve bu haktan vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağı vurgulanmış ve kesin hüküm dahil diğer özel hukuk alanında yer alan kurumlarla karşılaştırılmayacağı ve bu kurullarla açıklanamayacağı, sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde çözümü gerektiği vurgulanmıştır. Ne var ki, Anayasa'nın 153/V maddesine bakıldığında, iptal kararının geri yürümeyeceği ilkesine, yasa koyucu tarafından bir istisna tanınmadığı kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın görülmektedir.

Türk Anayasal sisteminde benimsenen iptal kararının geriye yürümezliği kuralının getiriliş amacı, devlete güven duygularını sarsmamak, devlet yaşamında kargaşaya neden olmamak, toplum huzurunun sarsılmamasını sağlamak olarak özetlenebilir. Bu hükmün Anayasa'da yer almasının nedeni, 1961 Anayasası'nın 150. maddesinin gerekçesinde "içtimai huzur mülahazasına" dayandırılmıştır. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların (kazanılmış haklar) korunması hukuk devletinin gereğidir. O nedenle hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kuralları uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bulunan kazanılmış haklara Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün geriye yürümeyeceğinin (ceza mahkumiyetlerinde durum farklıdır) kabulü kaçınılmazdır.

Kazanılmış haklar “*Hukuk Devleti*” kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır.

Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasa’nın 2. maddesinde açıklanan “*Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir*” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarının mahkemeleri bağlayıcı niteliği açıktır. Bu etki yukarıda da açıklandığı üzere, hem kararın yayımlanması ile ortaya çıkar hem de yayımlandığı sırada derdest olan davalar açısından etkiye sahip olabilir.

Uyuşmazlığın çözümünde akla gelebilecek bir başka yön ise; borçlanmanın geçerliliği için aranan fakat, Anayasa Mahkemesi’nce iptaline karar verilen “*kesin dönüş*” koşuluna bu kez geçerlilik koşulu olarak yer vermeyen, 6.8.2003 günlü *Resmî Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4958 sayılı Yasa’nın 56. maddesi ile 3201 sayılı Yasa’nın 3. maddesine getirilen yeni düzenlemenin, aynı nedene dayalı iptal ile oluşan kesin hükme etkisinin olup olamayacağıdır.

Yasa değişikliği ile getirilen bir düzenlemenin, ancak bu yönde bir ihya hükmü içermesi durumunda buna olanak bulunmaktadır. Ne var ki anılan yeni düzenlemede bu tür bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, kesin hüküm olgusu nedeniyle oluşan hukuksal engeller tekrar karşımıza çıkmaktadır.

Konu ile ilgili temel hukuk kurallarının açıklanmasından sonra bu ilkelerin ışığında somut olayın değerlendirilmesine sıra gelmiştir.

Ankara 2. İŞ Mahkemesi’nin 1999/2266 Sayılı dosyasının yukarıda açıklanan içeriğinden anlaşılacağı üzere; aynı davacı tarafından davalı SSK aleyhine aynı maddi vakıalara dayanılarak ve aynı isteklerle dava açılmış, yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar verilmiş ve 10. Hukuk Dairesi’nin ilamıyla onanarak kesinleşmiştir. Eldeki davanın tarafları ve konusu önceki dava ile aynı olup, dayandıkları maddi vakıalar da aynıdır. Bu açık durum karşısında kesin hükmün varlığında kuşku bulunmamaktadır. Kesin hükme rağmen açılan ve tarafları, dava konusu, sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenmesine olanak bulunmadığı gibi, bu ikinci davanın temyiz aşamasında verilen Anayasa Mahkemesi kararının yine yukarıda açıklanan ilkeler karşısında bu davaya etkisinin olabileceği de düşünülemez. Diğer önemli bir husus ta, dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hüküm ile (HUMK m. 237) çözümlenmiş olmasının dava şartı olması ve olumsuz dava şartı adıyla adlandırılan bu şartın başkaca araştırma yapmaksızın, davanın salt bu nedenle reddini gerektirmesidir. Kısacası; eldeki davada davanın görülebilirlik şartları

yoktur ve ileriye etkili olacak bir iptal kararının bu olumsuz şartı oluşturan kesin hükmü ortadan kaldıracı bir niteliği de bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının kural olarak *Resmî Gazetede* yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nedenledir ki dairenin görüşünün aksine Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği açıktır. Daha açık anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce verilip kesinleşmiş olan hükme etkili olması olanaklı değildir. Mahkemece davanın kesin hüküm nedeniyle reddi ve aynı nedene dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/21-529

K. 2004/527

* Tespit

* İş kazası

(506 sayılı SSK m. 11/A)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

1. Davalı SSK vekilinin ilk karara yönelik temyiz itirazları Özel Daire'ce değerlendirilip, temyiz istemi reddedildiğinden direnme kararını temyizde hukuki yararı yoktur. Bu nedenle temyiz dilekçesi reddedilmelidir.

2. Davacı vekilinin temyizine gelince;

Dava, zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası olarak kabulü gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Sigortalı işçi Y., 02.10.2000 günü işyerindeki işçi lokalinin elektrik arızalarının giderilmesi çalışması sırasında kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmiş; Kurum'ca bu olay iş kazası olarak kabul edilmediğinden, ölenin hak sahibi davacı tarafından eldeki dava açılmıştır.

Davalı SSK ve işveren vekilleri davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece; doktorlardan oluşan bilirkişi kurulundan alınan rapora dayanılarak olay iş kazası olarak kabul edilmemiş; dava reddedilmiştir. Davacı ve davalı SSK vekillerinin temyizi üzerine Özel Daire SSK vekilinin temyiz

istemlerinin reddine, davacı vekilinin temyiz istemlerinin ise kabul edilerek olayın iş kazası sayılması gerektiğini ifadeyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Mahkemenin önceki kararda direnmeye ilişkin hükmü davacı ve davalı SSK vekillerince temyiz edilmiştir.

Ölenin sigortalı işçi olduğu ve zararlandırıcı sigorta olayının işyerinde ve işverence verilen işin yapılması sırasında gerçekleştiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; işyerinde çalışma sırasında meydana gelen kalp krizi sonucu ölümün iş kazası olarak kabulünün olanaklı olup olmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Çekişmenin çözümlenmesi için, öncelikle, hangi olayın iş kazası olduğunun saptanmasında başvurulacak yasal dayanakların ve uygulanacak ilkelerin ortaya konulmasında yarar vardır.

Hemen ifade edilmelidir ki, "iş kazası" yasada tanımlanmamış; ancak bir kazanın hangi "hal ve durumlarda" iş kazası sayılacağı "yer ve zaman" koşullarıyla sınırlanarak belirtilmiştir.

Konuya ilişkin yasal düzenleme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tarifi" başlıklı 11. maddesinde yer almakta ve bu maddenin iş kazasına ilişkin (A) fıkrasında aynen;

"A. İş kazası aşağıdaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.

- a. Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,*
- b. İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla,*
- c. Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,*
- d. Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,*
- e. Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında ..."*

Denilmektedir.

Açıklanan bu madde hükmüne göre, iş kazası; maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır.

Gerek uygulama ve gerek öğretilerde açıkça kabul edildiği ve madde metninden de anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılamaz. Sayılan bu hallerin birlikte gerçekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir.

Eş söyleyişle, iş kazası hukuksal nitelikte bir olay olup, bu olayın yukarıda açıklanan yasa maddesinde sınırlandırılan ve belirtilen hallerden herhangi birinin oluşmasıyla ortaya çıkması gerekir.

Yeri gelmişken, iş kazasının unsurları üzerinde de kısaca durulmalıdır. Bunlar şöyle sıralanabilir: kazaya uğrayan 506 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılmalı; bu sigortalı bir kazaya uğramalı ve uğranılan kaza 506 sayılı Kanun'un yukarıda ayrıntısı açıklanan 11. maddesinin (A) fıkrasında sayılan hal ve durumlardan birinde meydana gelmeli; sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan bir olay biçiminde gerçekleşmeli; bu olay ile sigortalının uğradığı zarar arasında uygun illiyet (nedensellik) bağı bulunmalıdır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağını iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan “uygun illiyet (nedensellik) bağı” olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı, yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır.

Kısacası; anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir.

Somut olayda da; ölen sigortalı-işçi, bir başka işçi ile birlikte işyeri kapsamındaki işçi lokalinin tesisatını gözden geçirme ve tamir için görevlendirilmiş; burada verilen işi yapmakta iken diğer işçinin malzeme alımı için ayrıldığı bir sırada bayılarak yere düşmüş ve ambulansla hastaneye götürülürken yolda hayatını kaybetmiştir. İşverence iş kazası bildirim yapılmamış, hastaneye doldurulan istatistik formunda sigortalının ölüm nedeni miyokard enfarktüs olarak gösterilmiştir. Davalı Kurum da, ölenin hak sahiplerinin iş kazasına yönelik istemlerini reddetmiştir.

Ne var ki, bir olayın kurum ya da işveren açısından iş kazası olarak kabul edilmemiş olması, harici etkenlerle veya aniden ortaya çıkıp çıkmaması, yasa-

nın açık hükmü karşısında olayın iş kazası sayılmamasını gerektirmeyecektir. Zira; yasada açıkça ifade edildiği üzere, zararlandırıcı sigorta olayının, yasada sayılan hal ve durumlardan herhangi birisinde gerçekleşmiş olması, gerekli ve yeterlidir.

Daha açık ifadeyle; sigortalının, işyerinde çalışmakta iken kalp krizi geçirerek ölümü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesinin (A) fıkrasının (a) bendinde gösterilen "sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelme" haline uygun bir olay olduğu gibi, aynı maddenin (b) bendinde yer alan "işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla meydana gelme" haline de uygun olup; iş kazası sayılması gerekir. Maddede, başkaca bir şart ya da kısıtlamaya yer verilmemiş olduğundan, yasada olmayan bir kısıtlamanın yorum yoluyla getirilmesine de olanak yoktur.

Mahkemece, yukarıda ve bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak ve olay iş kazası sayılmak gerekirken, aksine düşüncelerle, olayı iş kazası saymayan rapor gerekçe alınarak önceki kararda direnilmesi ve davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/10-317

K. 2004/317

* Sigortalılığın tespiti

* Vergi ve esnaf sicil kaydı

* Sigortalı sayılma

(2654 sayılı K. ile değişik 1479 sayılı K.

m. 24; 3165 sayılı K. ile değişik 1479 sayılı K. m. 24/1-a, 25, 26; 193 sayılı Gelir Vergisi K. 1, 2, 3, 9; 507 sayılı K. m. 1, 2; 3153 sayılı K. ile değişik 507 sayılı K. m. 5, 119; 62 sayılı KHK Geçici m. 2)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, Kurum işleminin iptali ile Bağ-Kur sigortalılığının tespiti istemine yöneliktir.

Davacı, 11.9.1978 tarihinde başlayan Adana Seyyar Esnaf ve Pazarcılar Odası kaydı nedeniyle, Bağ-Kur'a 20.4.1982 tarihi itibarıyla tescili yapılarak, 4.6.1998 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı almaya başladığını, sonrasında, davalı Kurumun sigortalılık başlangıç tarihini 22.3.1985 olarak değiştirmesi

sonucunda, (27.3.2001 gün ve 2 sayılı) teftiş kurulu kararına istinaden aylığının kesildiği, kendisinin Gelir Vergisi Yasası'nın 9. maddesi uyarınca vergiden muaf olduğunu belirtilerek; "22.3.1985 olarak değiştirilen Bağ-Kur sigortalılık başlangıcının tekrar 20.4.1982 olarak tespiti ile yaşlılık aylığının kesildiği tarih itibariyle yeniden bağlanmasına karar verilmesini" istemektedir.

Davalı Bağ-Kur, 1479 sayılı Yasa'nın 2654 sayılı Yasa'yla değişik 24. maddesinde "Kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlardan" vergi mükellefiyeti bulunanların vergi kaydı, vergiden muaf olanların ise usulüne uygun meslek kuruluşu kaydı bulunması halinde sigortalı sayılacaklarının öngörüldüğünü, davacının ise mesleki faaliyeti itibariyle 193 Sayılı Gelir Vergisi Yasası'nın 9. maddesinde belirtilen "esnaf muafiyeti" kapsamında bulunmadığının Kurum Başmüfettişi tarafından yapılan idari soruşturmada tespit edilerek, nizalı dönemde sigortalılığının terkininin gerekeceğinin talimatlandırıldığı, Bağ-Kur giriş bildirgesinin 21.5.1998 tarihinde Kurum'a sunulduğu da dikkate alınarak, davacının sigortalılık başlangıcının (vergi mükellefiyeti de bulunmadığı nedenle), 1479 sayılı Yasa'nın 3165 sayılı Yasa'yla değişik 25. maddesi uyarınca 22.3.1985 tarihi itibariyle başlatıldığını, ayrıca meslek kuruluşu kaydının usulsüz olduğunu belirterek "davanın reddine karar verilmesini" istemektedir.

Mahkemece, davanın yasal dayanağının 1479 sayılı Yasa'nın 3165 sayılı Yasa ile değişik 24/1-a maddesi olduğu belirtilerek; "ticari kazanç ve serbest meslek kazancı dolayısıyla gelir vergisi mükellefi olanlar, Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne kayıtlı olanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşuna kayıtlı olanlar Bağ-Kur sigortalıdır. 25. maddeye göre gelir vergisi mükellefi olanlar mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanlar ile vergi kaydı bulunmayanlar da Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı oldukları tarihten itibaren bu Kanuna göre sigortalıdır. Gerçekten 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu 2. maddesinde belirtilen kimselerin 1. maddeye göre kuracakları dernekler ve odalar 507 sayılı Yasa'ya tabi kılınmıştır. 507 sayılı Yasa'nın 3153 sayılı Yasa ile değişik 5. maddesine göre ise Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne kayıtlı esnaf ve sanatkarlar bir ay içerisinde çalışma bölgesi içerisindeki derneğe kayıt olmak zorundadır. Kayıt zorunluluğunu bir ay içerisinde yerine getirmeyenler sicile kayıt tarihinden itibaren geçerli olmak üzere doğrudan doğruya kayıt edilirler. Değişik 119. maddede, mesleki faaliyette bulunmaları ve ilgili derneğe kayıt edilmeleri için sicile kayıtları zorunludur hükmü getirilmiş ve 62 sayılı KHK'nın 1.1.1984 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesinde sicile kaydın bir yıl içinde yaptırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu süre 1.1.1985 tarihinde sona ermiştir. Açıklanan bu yasal sistemde 1479 sayılı Yasa'nın 24 ve 25. maddelerinde esnaf sicili veya kanunla kurulu meslek kuruluşu kayıtları Bağ-Kur sigortalılığına esas alınmıştır. 507 sayılı Yasa'da tanımı yapılan esnaf ve sanatkarların mesleki faaliyette bulunabilmeleri ve esnaf ve sanatkarlar derneklerine kayıt olabilmeleri için esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı olmaları

koşulu aranmaktadır. Oda kaydının sicile kayıt tarihine göre yapılması gerekmektedir. Bu nedenle Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne kayıtlı olmayanların oda kayıtları yasal değildir. Bu durumda da 1479 sayılı Yasa'nın kapsama aldığı kanunla kurulu meslek kuruluşları, 507 sayılı Yasa'ya göre kurulan dernekler dışında kalan kuruluşlardır. Hal böyle olunca yasal dayanağı olmadan oluşturulan esnaf odası kaydı, Yasa'nın anladığı anlamda kanunla kurulu meslek kuruluşu kaydı niteliğinde bulunmadığından, bu kayda geçerlilik tanınarak, esnaf sicilde kaydı olmayan davacının salt oda kaydına dayanılarak zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olduğu kabul edilemez. Aynı zamanda sigortalılık koşullarını taşımadığı dönem için toplu olarak prim ödemek suretiyle, bir nevi borçlanma yöntemiyle geçmişe yönelik hizmet elde edilmesi mümkün olamayacağı gibi bu primlerin ihtiyari sigortalı olarak da kabulü mümkün bulunmadığı.) gerekçeleri ile verilen; "davanın reddine" dair hüküm, davacı vekilinin temyizi üzerine Yüksek Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuş, mahkemece önceki karar gerekçelerine ilaveten; "davacının sahte evrak tanzimi sonucu eski tarihli oda kaydı yaptırmadığı tespit edilse dahi, bu kayıt esnaf sicil kaydına dayanmadığından Bağ-Kur sigortalılığına dayanak teşkil edemeyeceğinden Ağır Ceza Mahkemesi dosyasındaki olguların veya yargılama sonucunun davaya bir etkisi bulunmamaktadır" gerekçeleri ile direnme kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık, vergi ve esnaf sicil kaydının bulunmamasına karşın, davacının sadece Seyyar Pazarcılar Odası kaydına dayanarak Bağ-Kur zorunlu sigortalısı sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

1479 sayılı Yasa, zorunlu sigortalılık şemsiyesi altına en son alınan "esnaf ve sanatkarlar ve diğer bağımsız çalışanlara" Yasa'da yazılı sosyal güvenlik hükümlerini uygulama amacını taşımakta olup, 26. madde ile sigortalı olma hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağını, bu Yasa'ya göre sigortalı sayılanların, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren üç ay içinde Kurum'a başvurarak kayıt ve tescil yaptırmalarının zorunlu olduğunu, aksi durumda Kurum tarafından resen tescil işleminin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Yasa'da tanımlanan amaca ulaşma yolunda, uygulamada rastlanılan kimi sorunlar nedeniyle "kanunun amacı, sigortalı sayılanlar ve sayılmayanlar" başlıklı 24. madde ve buna paralel olarak "sigortalılığın başlangıç ve bitiş tarihi" başlıklı 25. maddede sık sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır.

1.4.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1479 sayılı Yasa'nın 24 ve 25. maddelerinde "... kendi adına ve hesabına çalışanlar olarak nitelendirilen bağımsız çalışanlardan kanunla kurulu meslek kuruluşlarına yazılı olan gerçek kişiler ...", "meslek kuruluşuna yazılarak çalışmaya başladıkları tarihten itibaren" zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılmışken, anılan maddelerde 19.4.1979 gün ve 2229 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile meslek kuruluş kaydı zorunluluğu kaldırılarak, "kendi

adına ve hesabına” çalışma koşulu ve belirtilen nitelikte çalışmaya başlama tarihi sigortalılık niteliğini kazanmak için yeterli kabul edilmiştir.

20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemede, kendi adına ve hesabına çalışma koşuluna ek olarak “... gerçek ve götürü usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ...” için mükellefiyetin başlangıç tarihinden, “kendi adına ve hesabına bağımsız olarak çalışmakla beraber gelir vergisinden muaf olanlardan kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar” kayıt oldukları tarihten itibaren sigortalı sayılmaktadırlar.

Ne var ki, 1479 sayılı Yasa’ya 2654 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 13. madde ile, “... sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetleri bu Kanun’un yürürlüğe girdiği (20.4.1982) tarihinde” başlayacaktır hükmü getirilmiştir.

22.3.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3165 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte ise, bu kez; “gerçek ve götürü usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, Esnaf ve Sanatkarlar Sicili’ne kayıtlı bulunanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun kayıtlı bulunanlar” dan, gelir vergisi mükellefi olanlar, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanlar ile vergi kaydı bulunmayanlar da Esnaf ve Sanatkarlar Sicili’ne veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıt oldukları tarihten itibaren kendiliğinden sigortalı sayılmışlardır.

619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen düzenlemelerin, anılan KHK’nın Anayasa Mahkemesi’nce iptalinden sonra 4956 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle bu kez; ... gerçek ve basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, mükellefiyet tarihinden, gelir vergisinden muaf olanlardan Esnaf ve Sanatkarlar Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun kayıt olanlar ise talep tarihinden itibaren zorunlu sigortalı olarak Yasa kapsamına alınmışlardır.

Davaya konu somut olayda, davacının 11.9.1978 günlü Adana Seyyar Pazarıcılar Odası kaydını içeren 21.5.1998 tarihli giriş bildirgesi ile Kurum’a başvurduğu, Bağ-Kur bünyesinde kurulu tetkik komisyonunca anılan meslek kuruluşuna gidilerek düzenlenen tutanakta, “kayıtlar üzerinde yapılan incelemede kayıtların usulüne uygun olduğu kanaatine varıldığı”nın belirtildiği, Oda’nın, sigortalının “seyyar oluşu nedeniyle vergiden muaf olduğunu” bildiren yazısına istinaden de 20.4.1982 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigortalılığı başlatılarak, bu döneme ait primlerin tahsil edildiği, tahsis başvurusu sonucunda yaşlılık aylığı almaya başladığı, sonrasında ise, “teftiş raporuna istinaden” Kurum’dan almakta olduğu yaşlılık aylığının (sigortalılık başlangıcının 22.3.1985 tarihi olarak değiştirilmesi nedeniyle) iptal edildiğinin bildirildiği görülmektedir.

Somut olayın çözümünde öncelikle, 1479 sayılı Yasa'nın 24 ve 25. maddelerinin yukarıda tanımları yapılan düzenlemelerinden hangisinin uygulama olanağına sahip olduğu konusuna açıklık getirilmelidir.

Mahkemece, davanın yasal dayanağı; 3165 sayılı Yasa ile değişik 1479 sayılı Yasa'nın 24. maddesi olduğunu belirtilerek, bu maddenin tanımından hareketle "sigortalı sayılma" olgusu ele alınmıştır.

"Tescilini Yaptırmayanlar Hakkında Yapılacak İşlemler" başlıklı Ek Geçici maddede 13 hükmünde, sigortalılık niteliğini taşıyanlar yönünden Yasa'nın tanıdığı hak ve mükellefiyetlerin, 2654 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 20.4.1982 tarihinden başlatılacağı öngörülmüştür. Madde, sigortalılık niteliğinin edinilmesi yönünden değil, sadece sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin başlayacağı tarih yönünden norm içermekte olup, sigortalılık niteliği yönünden yapılacak değerlendirmeler ise, sigortalılığa esas alınacak kayıt ve/veya çalışma tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre yapılacaktır.

Somut olayda, davacının meslek kuruluş kayıt tarihinde anılan maddenin, 1479 sayılı Yasa ile getirilmiş ilk şekli yürürlükte olup, sigortalılık niteliğinin varlığı sorunu da, anılan düzenleme doğrultusunda çözümlenmelidir.

Gerçektende; 20.4.1982 ve 22.3.1985 tarihlerinde 2654 ve 3165 sayılı Yasalarla yapılan değişiklikler; önceki mevzuatın öngördüğü koşullara sahip olan sigortalıların, sigortalılık niteliklerine son vermemekte, değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Bağ-Kur sigortalılık niteliğini kazananlar yönünden yeni düzenlemeler içermektedir. Tersinin kabulü, kazanılmış hakları ortadan kaldırmak olur ki, bu durumun kabulüne de yasaca ve hukukça olanak bulunmadığı açıktır.

Kaldı ki, 2654 sayılı Yasa ile 24. maddede yapılan değişiklikte, vergi mükellefi olmayıp da vergiden muaf olanlardan, kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olanlarında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılacağı açıktır. 3165 sayılı Yasa ile bu kapsam daha da genişletilmiştir.

507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Yasasının 119. maddesi uyarınca, Yasanın kapsamına girenlerin mesleki faaliyette bulunmaları ve ilgili derneğe kayıt edilebilmeleri için, Yasa'nın 5. maddesinde belirtilen Esnaf ve Sanatkarlar Sicili'ne kayıt zorunluluğu bulunup bulunmadığı noktalarında yazılı gerekçelere bakıldığında; anılan maddelerin uyuşmazlık konusu olan sigortalılık niteliğinin kazanılması tarihinde yürürlükte bulunan metninde; "Kayıt Zorunluluğu" başlıklı 5. madde; "... esnaf ile hizmet, meslek, küçük sanat sahipleri ve aynı niteliği taşıyan, yanlarında çalışanların meslekleri ile en yakın konuda kurulu esnaf ve küçük sanatkarlar derneklerine kayıt zorunluluğu vardır ..." hükmünde açıkça belirtildiği

üzere, kayıt zorunluluğu, anılan dönem için ilgili dernek ile sınırlıdır hükmünü içermektedir.

Davacının, sigortalılık niteliğini kazanabilmesi için, meslek kuruluşuna kayıt tarihinde oluşturulmamış bir sicile üyeliği mümkün bulunmadığı gibi, anılan tarih itibarıyla kayıt zorunluluğu "*esnaf ve küçük sanatkarlar dernekleriyle*" sınırlıdır.

Ayrıca davalı Kurum, yapılan idari soruşturma sonucunda davacı sigortalının esnaf muafiyet kapsamında yer almadığını, bu nedenle de 2654 sayılı Yasa'yla değişik 24. maddenin zorunlu sigortalılık için aradığı diğer bir unsur olan "*vergi mükellefiyet koşulunun*" varlığının gerekeceği, anılan devrede sigortalılığının iptal edildiği, ayrıca meslek kuruluş kaydının usulsüz oluşturulduğunu da iddia etmektedir.

193 sayılı Gelir Vergisi Yasası 1. madde hükmü ile; "*Gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabidir. Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır.*" denmekte olup, gelire giren kazanç ve iratlar; 2. maddede; ticari kazanç, zirai kazanç, ücretler, diğer kazanç ve iratlar (vd.) olarak sayılmış, 3. madde kapsamında sayılan gerçek kişilerin Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden vergilendirilecekleri hükme bağlanmıştır.

Gelir vergisinden muafiyete gelince; Gelir Vergisi Yasası'nda vergi mükellefiyetine, "*diplomat muafılığı*" dışında, sadece Yasa'nın 9. maddesinde "*esnaf muafılığı*" başlığı ile bir tek istisna hükmü getirilmiş olup, muafiyetin kapsamına giren esnaf da anılan maddede sınırlı olarak sayılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, maddede belirtilenler dışındaki tüm gerçek kişiler gelirleri nedeniyle gerçek ya da basit usulde vergi mükellefi olacakları öngörüldüğünden, anılan nitelikteki esnafın vergi muafiyeti nedeniyle sigortalılıkları meslek kuruluş kaydı ile yapılacaktır.

Görüldüğü üzere; davacının Bağ-Kur sigortalılık niteliğini, yasanın aradığı koşullar gözetildiğinde ne zaman kazandığının saptanmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Ne var ki; davalı Kurum'un iptal işleminin ve iddialarının dayanaklarını oluşturduğu belirtilen sigorta müfettiş raporu ve meslek kuruluş kaydının usulsüzlüğünün temel alındığı ifadelerden anlaşılana Ağır Ceza Mahkemesi'nin dosyası getirilip, incelenmeksizin hüküm kurulmuştur.

Anılan raporun ve Ağır Ceza Mahkemesi dosyasının içeriğinin, davacının sigortalılık niteliğinin, yasanın aradığı unsurları barındıran nitelikteki çalışma

olgusunun kanıtlanması, eş söyleyiş ile meslek kuruluşu kaydının gerçeği yansıtıp, yansıtmadığının saptanması açısından önemi ortadadır.

Hiç kuşkusuz, yasaya aykırı ya da usulsüz olarak düzenlenmiş meslek kuruluş kaydı, sigortalılık niteliğinin oluşmasına imkan vermeyeceği gibi, ceza yasalarımız da bu tür hukuka aykırı eylemleri yaptırımsız bırakmamıştır.

Açıklanan tüm bu maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmaksızın eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulmuş olması isabetsizdir.

O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararı na uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/10-528

K. 2004/533

* İş kazası

* Tespit

* Ölen sigortalının bakımına muhtaçlık

* Kanunların geçmişe etkililiği

(4958 sayılı K. ile değişik 506 sayılı SSK m. 24; 1086 sayılı HUMK m. 76)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, ölen sigortalının bakımına muhtaçlığın tespiti istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, davacıların ... sigorta sicil numaralı oğulları C. Ç'nin 24.5.1999 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucunda öldüğünü; yaşlı ve çalışamayacak durumda olan, tüm ihtiyaçları ölen oğulları tarafından karşılanan ve hiçbir kurumdan sosyal güvenceleri bulunmayan davacıların, onun ölümü nedeniyle maddi bakımdan çok zor duruma düştüklerini ileri sürerek; davacıların, iş kazası sonucu ölen oğulları C. Ç'nin bakımına muhtaç olduklarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı SSK Başkanlığı vekili, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 24. maddesine göre, anne ve babaya gelir bağlanabilmesi için, sigortalının iş kazası nedeniyle ölmüş, sağlığında anne ve babasına düzenli ve sürekli bakmış ve bu güce sahip olması, anne ve babanın bu yardıma ihtiyaçlarının bulunması gerektiğini, yapılacak araştırma sonucunda sigortalının davacılarla bakmadığının ortaya çıkacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; ölen sigortalının, sağlığında davacıların geçimlerini düzenli ve sürekli olarak sağlamadığının belirlendiği, bu durumda, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 24. maddesinde aranan koşulun gerçekleşmemiş olduğu gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Davacıların oğlu C. Ç'nin 8.5.1999 tarihinde sigortalı işçi olarak dava dışı bir şirkette işe başladığı ve 24.5.1999 günü meydana gelen iş kazası sonucunda öldüğü çekişmesizdir.

Görülmekte olan dava 12.4.2002 tarihinde açılmıştır.

Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamaları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, sigortalının iş kazası sonucunda ölüm tarihinin 24.5.1999 olması karşısında, görülmekte olan davada, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yargılama sırasında 6.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanun ile değişik 24. maddesi hükmünün uygulanmasına hukuken olanak bulunup, bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, uyuşmazlıkla ilgili yasal durum hakkında şu açıklamanın yapılmasında yarar görülmüştür: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 24. maddesi, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının ana ve babasına gelir bağlanabilmesi için, ölüm tarihinde eş ve çocuklarına bağlanması gereken gelir toplamının, sigortalının saptanan gelirinin %70'inden aşağı bulunmasını temel koşul olarak öngörmekte, bunun yanında, anne ve babanın geçimlerinin sağlığında sigortalı tarafından sağlanmış olmasını ikinci koşul olarak aramakta iken; 6.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda, anılan ikinci koşul (sigortalının sağlığında anne ve babasının geçimini sağlamış olması koşulu) kaldırılmış ve onun yerine, anne ve babanın sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi şekilde çalışmıyor veya 2022 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere, buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almıyor olmaları koşulu getirilmiştir.

Somut olayda, yerel mahkeme, uyuşmazlığı sigortalının ölüm tarihindeki yasal durum, yani, anılan 24. maddenin değişiklikten önceki metni çerçevesinde değerlendirip, o çerçevede delil toplayarak, ortaya çıkan sonuca göre hükme bağlamış; Özel Daire ise, söz konusu Kanun değişikliğinin derdest davalarda da uygulanması gerektiğine işaretlerle kararı bozmuştur.

Bu noktada, Türk Hukuk Sistemi'nde kanunların geriye yürütmesi (geçmiş etkililik) konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir:

Belirtilmelidir ki; kanunların geriye yürütmesi veya yürümemesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel

dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretilerde kanunların geriye yürümemesi esas kabul edilmiştir. Buna göre, gerek Özel Hukuk ve gerekse Kamu Hukuku alanında, kural olarak her kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir.

Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürütmesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir (Prof. Dr. Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 193-194; Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 73).

Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 24. maddesinde 4958 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin geçmişe etkili olacağına dair, anılan Kanun'da bir hüküm bulunmadığı gibi; olayda az yukarıda belirtilen istisnalardan herhangi birinin söz konusu olmadığı da, açıktır.

Davadaki istemin maddi dayanağını oluşturan ölüm olayı, Kanun'un anılan hükmündeki değişiklikten daha önce gerçekleştiğine ve açıklanan durum karşısında değişik hüküm geçmişe etkili olmayacağına (geriye yürümeyeceğine) göre; somut olayda, değişik hükmün uygulanmasına hukuken olanak yoktur. Kanun değişikliğinin gerçekleştiği tarihte eldeki davanın derdest bulunması da, bu sonuca etkili değildir. Dolayısıyla, uyuşmazlık, 24. maddenin ölüm tarihinde yürürlükte bulunan, değişiklikten önceki hükmü çerçevesinde değerlendirilip, bir çözüme bağlanmalıdır.

Hal böyle olunca; yerel mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı yerindedir. Ne var ki, işin esası Özel Daire'ce incelenmediğinden, yapılan yargılama ve toplanan deliller 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun ölüm tarihinde yürürlükte bulunan 24. maddesi çerçevesinde değerlendirilmek üzere, dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/10-740

K. 2004/743

*** İsteğe bağlı sigortalılığın****sona erdirilmesi**

(506 sayılı SSK m. 85)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Özel Daire'nin bozma ilamının 1. bendinde yazılı olan "...*davalı Sosyal Sigortalar Kurumu vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir*" tümcesinden, davalı Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sair temyiz itirazlarının reddinin amaçlandığı açıkça anlaşıldığından, bu hususa sadece değinilmekle yetinilmesi uygun görülmüştür.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 85. maddesine göre, isteğe bağlı sigortalılık, sigortalının istemi ile sona erebilir.

Davaya konu somut olayda sigortalının isteğe bağlı sigortalılığını sona erdiren 13.2.1991 tarihli dilekçedeki imzanın kendisine ait olup olmadığı belirlenmesi gerekmektedir. Yönetimce yapılacak araştırma sonucunda bu dilekçedeki imzanın sigortalıya ait olduğunun anlaşılması durumunda söz konusu dilekçe tarihinden ilk isteğe bağlı sigorta priminin ödenmeye başladığı tarih olan 11.4.1994 tarihine kadar olan süre bakımından, isteğe bağlı sigortalılığa geçerlik tanınmaması ve bu duruma göre yaşlılık aylığı bağlanma koşullarının irdelenmesi, aksi durumda ise, baştan itibaren isteğe bağlı sigortalılığın geçerli sayılması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu, yazılı olduğu biçimde davanın kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/3-718

K. 2004/644

*** Kira tespiti***** Sözleşmeye bağlılık***** Sözleşmede artış kuralı**

(6570 sayılı K. m. 11)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kira tespiti istemine ilişkindir.

A. Davacı İsteminin Özeti: Davacı kiralayan/malik Limitet Şirket vekili 27.10.2003 tarihli dava dilekçesinde: davalının, taraflar arasında akdedilen ve 03.07.2000 tarihinde başlayıp kendiliğinden yenilenmek suretiyle devam eden kira sözleşmesi nedeniyle müvekkili şirkete ait dükkanda kiracı olduğunu, mecurun 01.01.2002-31.12.2002 döneminde geçerli aylık kira parasının dava konusu edilmeksizin davalı/kiracı tarafından 330.400.000 TL olarak ödendiğini, 01.01.2003 - 31.12.2003 dönemine ait geçerli aylık kira parasının ise endeks uygulanması suretiyle en az %45.9 oranında bir artışla 482.053.600 TL olması gerekirken, davalı/kiracının bu artırımını yapmayarak aylık kira parasını 396.480.000 TL olarak ödediğini, akdin özel maddelerinde yer alan kira parasının artırımına ilişkin şart gereği mecurun 01.01.2003 tarihinden geçerli aylık kira parasının 01.01.2003 - 31.12.2003 dönemine münhasır olmak üzere 482.053.600 TL olması gerektiğini, ifadeyle, kira bedelinin bu miktar üzerinden tespitini istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti: Davalı kiracı vekili cevap dilekçesinde; kira tespit davasının kira döneminin başlamasından 15 gün önce açılması gerektiğini, buna göre 01.01.2003 tarihinde başlayan, kira dönemine ilişkin kira tespit davasının ise 27.10.2003 tarihinde açıldığını, süresinde açılmayan davanın reddini; 01.01.2003 tarihinde başlayan yeni kira döneminde taraflarca kararlaştırılan kira bedellerinin müvekillince davacı tarafa düzenli olarak ödenip ve ödenen kira bedelleri ile ilgili olarak davacı yanın herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmediğini, bunun ödenen aylık kira bedellerini kabul anlamına geldiğini, davacının önce kira bedellerini kabul edip, ardından dava açmasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu, rayiç kira bedeli üzerinden ödeme yapıldığını, davanın reddini savunmuştur.

Davalı vekili ilk celse: *“Davacı vekili 10 aylık kira ücretini benimsemiş ve ödemelerimizi kabul etmiştir, bu nedenle 10 ay sonra dava açılması hakkın kötüye kullanılmasıdır, kabul etmiyoruz”* şeklinde beyanda bulunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararı: Yerel Mahkeme: *“... Davalı 1.1.2003 tarihinden itibaren dava açıldığı tarihe kadar kira ücretini makbuz karşılığında davacı tarafa ödediğini ve bu yönde kendilerine herhangi bir uyanda bulunulmadığını, makbuzlara da kira ücretinin sözleşmeye uygun olarak ödenmediği konusunda bir itiraz yazılmadığını ileri sürmüştür. Nitekim davacı taraf da dava tarihine kadar kira ücretlerini davalının ödediğini kabul ettiklerini ve kendilerine makbuz karşılığı ödenen bu kira ücretlerinin sözleşme koşullarına uygun olarak ödenmediği konusunda itiraz yapılmadığını kabul etmiştir. Bunun anlamı şudur; davacı taraf yeni dönem başlangıcından itibaren dava tarihine kadar davalının ödediği kira miktarını alırken herhangi bir itirazda bulunmayarak kabul ettiğine göre kira miktarı ile ilgili davalı ile zımni olarak anlaşmış olmaktadır.*

Yani yeni dönemin kira ücreti uzun süre ödeme uygulamasına ve zımni olarak belirlenen ve itiraz edilmeyen miktara göre yeni dönemde belirlenmiş olmaktadır. Bu durumda benimsenen ve kabul edilen davalı tarafın ödediği kira ücretinin yeniden aradan uzun bir süre geçtikten sonra artırılmasını istemek hakkın kötüye kullanılmasıdır. Davacı, kira sözleşmesi koşullarına uygun olarak davalının kira ücretini artırımlı bir şekilde ödemediğini gördüğünde bunu kira ücretini alırken makbuz üzerine yazarak itirazını belirtmeli ve noksan kira ücretini bu koşulla kabul ettiğini açıklamalı idi. Davacı bu yönde bir davranış göstermediğine göre, dava konusu yerin 01.01.2003 tarihinden itibaren aylık kira ücretinin davalının ödediği tutar üzerinden benimsediğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla dava tarihine kadar ses çıkarmayan davacının geçmişe de yürürlü olacak şekilde yeniden kira ücretini belirleme isteği iyi niyet kuralları ile de bağdaşmaz. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması hukukça da korunamayacağından açılan dava yersizdir ...” Gerekçesiyle isteğin reddine karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme Kararlarının Özeti: Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire; yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçeyle hükmün bozulmasına karar vermiş; bozma ilamı ve duruşma günü taraflara tebliğ edilmiş; davacı vekili bozmaya uyulmasını, davalı vekili önceki kararda ısrar edilmesini istemiştir.

Mahkeme yukarıda açıklanan gerekçelere ek olarak “*Yine Yüksek Yargıtay’ın çeşitli kararlarında da vurguladığı gibi kiralayanın kiracının davranışlarına ve isteklerine uzun süre ses çıkarmaması onun isteklerini ve davranışlarını benimsediği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu davada da davacının taraflar arasındaki sözleşmenin kira ücreti ile ilgili özel maddesini yeni dönemde uygulamak istemedikleri ve bu düzenlemenin aksine aralarında oturup konuşarak yeni dönemin kira ücretini belirledikleri ortadadır. Bu yüzden 1.1.2003’den itibaren dava konusu yerin aylık kira ücretinin 396.480.000 TL olarak ödenmesi davacı tarafın kabulü ile kesinlik kazandığından ve davalı da davacının kabul ettiği bu parayı dava tarihine kadar ödediğinden artık bu durumda davacının yeniden 1.1.2003’den geçerli olmak üzere aylık kira ücretinin değiştirildiği apaçık olan sözleşme hükümlerine göre belirlenmesini isteme hakkı yoktur. Bu yüzden açılan dava yersizdir. Dava hakkı olmayan davacının davasının reddi uygun görülmüştür ve bu görüşte de mahkememiz ısrar etmeyi yine uygun bulmuştur.*” İfadelerine de yer vererek önceki kararında direnmiştir.

Direnme hükmünü davacı/kiralayan vekili temyize getirmektedir.

E. Maddi Olay: Taraflar arasındaki 3.7.2000 başlangıç 31.12.2001 bitiş tarihli kira sözleşmesinde yıllık kira bedeli 2.400.000.000 TL aylık kira bedeli 200.000.000 TL olarak belirlenmiş olup; arkasında matbu olarak 11 madde sıralanmış; hususi şartlar başlığı altında ise; “*ilişikte ekli G. San. ve Tic. Ltd. Şti’nin özel mukavele hükümleri geçerli olmak kaydıyla*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu sözleşmeye ekli 5 sahifeden ibaret kira anlaşması başlıklı sözleşme aynı

dönem için yapılmıştır. Umumi şartlar 4 madde halinde gösterildikten sonra Özel şartlar 37 madde halinde sıralanmıştır.

Özel Şartlar 1. maddede aynen;

"1. Kira bedeli kontratoda belirtildiği rakamda ve belirtilen süre için geçerlidir.

1a. maddesi: süre sonunda M. S. mecuru tekrar kiraya verip vermemekte serbesttir.

1b. maddesi: Kira süresi 03.07.2000- 31.12.2001 tarihlerine münhasır 18 aydır. İş bu 18 aylık kira süresi geçerli olacak kira parası açısından 03.07.2000 - 31.12.2000 ile 01.01.2001 - 31.12.2001 tarihlerine münhasır iki ayrı döneme ayrılmış olup; 03.07.2000 - 31.12.2000 döneminin geçerli aylık kira parası 200.000.000 TL'dir (KDV hariç) 01.01.2001 - 31.12.2001 döneminde geçerli aylık kira parası ise 250.000.000 TL'dir (KDV hariç) olacaktır. Kira akdi kira süresi sonrasında 6570 sayılı Yasa'nın 11. maddesi hükmü gereği kendiliğinden yenilediği takdirde kira parasında her yıl 'herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın' artırım yapılacaktır.

Bu artırım miktarı İTO'nun belirlediği yıllık toptan eşya fiyat genel endeksindeki artış oranından az olamaz.

1c. maddesi: kiracı bu şekilde bulunacak rakamla kiraya devam edip etmemekte karar verecek ve yazı ile bildirecektir. (1.a m.)

1d. maddesi: anlaşma olmaması halinde kiracı en geç mukavele hitamında mecuru tahliye edeceğini şimdiden taahhüt eder.

1e. maddesi: tahliye etmemesi halinde her geçen ay için o günkü kiranın 10 mislini aylık olarak ödemek zorundadır.

1f. maddesi: her mukavele hitamında bu fiyat tespiti usulünün uygulanacağını kiracı şimdiden itirazsız kabul eder. M. S. bu uygulamaları yapıp yapmamakta veya arzu ettiği dönemde talep edip uygulamakta serbesttir.

1g. maddesi: Kiracı 20 aylık kira süresi için geçerli olarak belirlenen ve ödemeyi kabul ettiği kira parasına her ne sebeple olursa olsun itiraz etmeyeceğini, belirlenen iş bu aylık kira paralarını kendi serbest iradesiyle ve hiçbir maddi manevoi tazyik altında kalmaksızın kabul ederek ödemeyi taahhüt ettiğini, bu nedenle kira parasının miktarı ile herhangi bir dava açmayacağını, bu husustaki dava haklarından şimdiden feragat ettiğini kabul ve taahhüt eder." hükümlerine yer verilmiştir.

Davalı kiracı 01.01.2003 tarihinde başlayan kira döneminde aylık kira parasını kiralayana 396.480.000 TL olarak ödemiş; kiralayan tarafından kira tespiti istemli eldeki dava 27.10.2003 tarihinde açılmıştır.

F. Gerekçe: Davacı kiralayan limitet şirket tarafından, aynı zamanda maliki de olduğu dükkan davalı tarafa işyeri olarak kullanılmak üzere 03.07.2000 tarihinde 18 ay süreyle kiralanmış; sözleşme takip eden 01.01.2002 - 31.12.2002 döneminde yenilenerek sürdürülmüş; eldeki dava ise 01.01.2003 - 31.12.2003 kira dönemine ait kira bedelinin tespitine yönelik olarak 27.10.2003 tarihinde açılmıştır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında 03.07.2000 tarihinde başlayarak devam ede gelen kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünde yer alan artış koşulunun 01.01.2003 tarihinde başlayan yeni dönemde de ihtara gerek kalmaksızın uygulanmasının gerekip gerekmediği; kiralayan/davacı limitet şirketin 01.01.2003 tarihinden itibaren 10 ay boyunca davalının yatırdığı kira bedelini hiçbir ihtirazi kayıt koymadan makbuz karşılığı almasının, taraflar arasında zımnen sözlü yeni bir sözleşmenin akdedildiği ve kira bedelinin bu rakam üzerinden kabul edildiği anlamına gelip gelmeyeceği, noktalarında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, getirilen bu artış kuralına tarafların, "sözleşmeye bağlılık" kuralı gereği uymaları zorunludur.

Zira, artış kuralı konulmakla her kira dönemi için kiracının ödeyeceği kira bedelinin taraflarca kolaylıkla belirlenmesi olanaklı hale getirilmiştir.

Sözleşmede artış kuralının varlığı halinde kiralayan, ihtar çekmeye gerek kalmaksızın o kira dönemi içinde kira parasının tespiti istemiyle mahkemeye dava açmak hakkına sahiptir ve kiralayanın bu döneme ilişkin kira paralarını kiracıdan ihtirazi kayıtsız almış olması da doğmuş ve varlığını sürdüren bu dava açma hakkının yitirilmesine neden olmaz.

Somut olayda, maddi olaya ilişkin açıklamalarda aynen yer verildiği üzere kira sözleşmesinde ilk kira dönemine ait kira bedeli ayrıntısıyla gösterilmiş; sonraki yıllarda bu miktara hangi oranın uygulanacağı ise yine sözleşmenin özel şartlarında açıkça; "Kira akdi kira süresi sonrasında 6570 sayılı Yasa'nın 11. maddesi hükmü gereği kendiliğinden yenilendiği takdirde kira parasında her yıl -herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın- artırım yapılacağı, bu artırım miktarının İTO'nun belirlediği yıllık toptan eşya fiyat genel endeksindeki artış oranından az olamayacağı" şeklinde kararlaştırılmıştır.

Davacı/kiralayan tarafından, kira parasının artırımına ilişkin iş bu şarta dayanılarak kiralananın 01.01.2003 tarihinden geçerli aylık kira parasının 01.01.2003 - 31.12.2003 dönemine özgü olmak üzere 482.053.600 TL olduğunun tespiti istenilmektedir.

Yukarıda açıklanan ilkeler karşısında kiralaayanın, ihtar çekmesine gerek kalmaksızın kira dönemi içinde 01.01.2004 tarihine kadar dava açarak kiranın hükmen saptanmasını isteme hakkı bulunmasına göre, 27.10.2003 tarihinde açılan eldeki davanın dönem içinde açıldığının kabulü gerekir.

Kiracının kirayı artırarak ödemede bulunması ve kiralaayanın da bunu hiçbir kayıt ve koşul ileri sürmeden kabul etmiş olması, doğmuş ve varlığını sürdüren bu dava açma hakkının yitirilmesine neden olmayacağı gibi taraflar arasında yeni şartlarla akdedilmiş bir kira sözleşmesinin varlığını kabule de yeterli değildir.

Mahkemece bu yönler göz ardı edilerek, kiranın hükmen saptanması isteğinin kabulü yerine, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/7-411

K. 2004/477

* **Muhtesatın tespiti**

* **Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer**

* **Tespitte hukuki yarar**

(3402 sayılı Kadastro K. m. 12/3;

2942 sayılı Kamulaştırma K. m. 19/11; 19/12; 4721 sayılı TMK m. 25; 2004 sayılı İİK m. 69, 72, 89; 1086 sayılı HUMK m. 519; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri K. m. 15, 67; 6762 sayılı TTK m. 58; 2822 sayılı K. m. 46)

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kadastro haricinde ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz üzerinde bulunan ağaçların aidiyetinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı, dava konusu yerde bulunan ağaçların, kendisi tarafından dikildiğini ileri sürerek, bu ağaçların kendisine ait olduğunun tespitini istemiştir.

Davalı Hazine davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemenin, davanın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 19/11. maddesinden kaynaklandığını, ağaçların kamulaştırma alanı içerisinde bulunan tapulama dışı bölgede kaldığını ve ağaçların davacıya ait olduğunun dosya kapsamına göre sabit görüldüğünü açıklayarak, davanın kabulüne ilişkin olarak kurduğu hüküm; Özel Daire'ce, yukarıda belirtilen şekilde, ağaçların tapu-

lama dışı bırakılmış bölümde yer aldığı ve kamulaştırmaya tabi tutulmadığı anlaşıldığından davacının tespit istemede hukuki yararı yoktur, gerekçesiyle bozulmuştur.

Görüldüğü üzere yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, davacının böyle bir dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin (münasebetin) var olup olmadığının saptanmasına ilişkin davalardır.

Tespit davası, HUMK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Fakat bazı özel yasalarda tespit davalarını düzenleyen özel hükümler mevcuttur (MK m. 25; İİK m. 69, II, m. 72, m. 89, III; HUMK m. 519; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri K. m. 15, III. m. 67, II; TTK m. 58/a; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt K. m. 46;).

Ancak, öğretilerde tespit davalarının caiz olduğu hakkında tam bir görüş birliği vardır.

Tespit davasının işlevi, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanması olup, bundan ileri gitmez. Bu tespit işlemi (bölümü) eda davalarında da vardır. Ancak, eda davalarının ikinci bir (eda) bölümü vardır ki, bu bölüm tespit davalarında yoktur. Bu nedenle, eda davası, aynı konudaki tespit davasını (talebini) da içeren geniş kapsamlı bir davadır. İşte bundan dolayıdır ki, tespit davası, eda davasının öncüsüdür.

Tespit Davasının Şartları;

a. Hukuki İlişki (Münasebet) Şartı: Hukuki ilişkiden maksat, bir kişi ile diğer bir kişi veya bir mal (eşya) arasında somut bir olaydan doğan hukuki ilişkidir.

b. Hukuki Yarar (Menfaat) Şartı: Davacının hukuki ilişkinin hemen tespitinde hukuki yararının bulunması şarttır. Her davada bulunması gereken hukuki yararın önemi, kendisini özellikle tespit davasında gösterir.

Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması, şu üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3)Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen (icraya konulamayan) tespit hükmü, bu tehlikeyi kaldırmaya elverişli olmalıdır.

Buna karşılık, görülmekte olan veya açılacak bir davada iddia veya savunma olarak ileri sürülebilecek konular için ayrı (müstakil=bağımsız) bağımsız bir tespit davası açmakta hukuki yarar yoktur.

Eda davası açılması mümkün olan hallerde de tespit davası açılmasında hukuki yarar mevcut değildir. Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere eda davası sonunda verilen hüküm ile, aynı zamanda dava konusu hukuki ilişkinin var olup olmadığı da tespit edilir ve ondan sonra bu tespite dayalı olarak eda hükmü kurulur. Yargıtay'ın kararlı uygulamasına göre de, eda davası açmak mümkün ise, tespit davası açılmaz.

Eda davası açmak mümkün ise tespit davası açılmaz kuralının geçerli olabilmesi için, eda davası sonunda verilecek hükmün tespiti ilişkin bölümü ile tespit davası sonunda alınacak tespit hükmü arasında, meydana getirdikleri kesin hüküm (m. 237) etkisi bakımından hiç biri fark bulunmaması gerekir. Diğer bir söyleyişle tespit davası ile istenen hukuki korunma, eda davası ile tamamen elde edilebilecekse, o zaman, davacının ayrı bir tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur. (Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II. 2001 baskı s. 1409-1448).

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 19/12 maddesinde "... Başkası adına tapulu, sahihsiz ve zilyedi tarafından iktisap edilmemiş yerin kamulaştırılmasında, bina ve ağaçların 11 ve 12. maddeler uyarınca takdir olunan bedeli zilyedine ödenir..." hükmü yer almaktadır.

Somut olayda dava konusu ağaçların davacıya ait parselin bitişiğinde ve ancak tapulama dışı alanda kaldığı, kamulaştırma bürosundan gelen yazıya göre kamulaştırma alanı içerisinde olup, 01.08.2000 tarihi itibarıyla su altında kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı taşınmaz üzerindeki muhtesat niteliğindeki ağaçların kendisine ait olduğunu, yani hukuki ilişkiyi tespit ettirmek istemiştir. Davacının ağaçların kendisine ait olduğunu tespit ettirmekte hukuki yararı vardır. Çünkü ağaçlar su altında kaldığından durumu tereddütlüdür. Alacağı tespit hükmü, ileride ağaçların kamulaştırma bedelinin tahsiline ilişkin olarak açacağı eda davasının öncüsü olacaktır. Bu husus dava ve ıslah dilekçesi, kadastro müdürlüğünden ve kamulaştırma bürosundan gelen yanıt yazılar, bilirkişi raporları ile dosya kapsamı birlikte düşünüldüğünde belirgin hale gelmektedir.

Açıklanan bu olgular karşısında yerel mahkemenin hukuki yararın bulunduğuna ilişkin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, hükmün esasına ilişkin temyiz itirazları incelenmediğinden dosyanın Özel Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

* * *

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

T. 08.03.2005

E. 2004/13286

K. 2005/7706

- * İşçinin iş düzenini bozucu davranışları
 - * İşçinin diğer işçiye cinsel tacizi
 - * Feshin haklı sebebe dayanması
 - * Kıdem ve ihbar tazminatı
 - * Mesainin işçi tarafından belirlenmesi
 - * Fazla çalışma ücreti
- (4857 sayılı İş K. m. 25/II-c, 41)

Taraflar arasındaki ihbar, kıdem tazminatı, izin, fazla çalışma ile hafta ve bayram tatili gündeliklerinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizden incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davacı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 8.3.2005 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı adına Av. G. geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması incelendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçi iş sözleşmesi davalıya ait işyerinde bölge müdürü olarak çalıştığı sırada işyerinde sekreter olarak çalışan bir bayan işçiye cinsel tacizde bulunduğu ve bayan işçinin karşılık vermemesi üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ileri sürülerek davalı işverence feshedilmiştir. Davacı işçi açmış olduğu bu davada feshin haksız olduğunu ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuş, mahkemece isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

İşyerinde sekreter olarak çalışan bayan işçinin işverene gönderdiği 7.5.2002 tarihli mektupta davacının eylemleri yer ve zaman belirtilerek açıklanmıştır. İlk olarak işyerinde ve bayan işçinin odasında bu eylemlere giriştiği, ardından çeşitli yerlerde davacı ile birlikte görüldüğü ve baskı sonucu bu eylemlerine göz yumduğu yazılı olarak ifade edilmiştir. Bir süre sonra davacının kıskançlık krizlerine girerek bayan işçinin başka erkeklerle konuşmasını yasakladığı ve işyerinde odasına gelenleri göndermesini istediği bu yönde bayan işçiye baskı yaptığı da anılan yazıda açıklanmıştır. Son

olarak bayan işçiyi işten çıkarmakla tehdit ettiği bu şekilde ilişkiye zorladığı hususu da bayan işçinin yazısında yer almıştır. Sözü geçen bayan işçi bu hususları mahkemede de tekrarlamıştır.

Davacı tanıkları ise, bayan işçinin bir başka işçi ile ilişkisinin olduğunu ve bu yüzden davacıya karşı komplo kurulduğunu belirtmişlerse de, şikayet dilekçesinin içeriği ve davalı tanığı beyanına göre davacının sekreter olarak çalışan bayan işçiye karşı işyerindeki konumunu da kullanarak baskı oluşturmak suretiyle duygusal ilişkiye zorladığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacı işçi, daha sonra bayan işçinin rızasıyla bu tür eylemlerine devam etmişse de, davacının işyerinde haiz olduğu yönetici konumu sebebiyle baskı oluşturarak bu eylemlere giriştiği ve son dönemlerde bayan işçinin karşı çıkmaları üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ve en nihayetinde bayan işçinin baskılar sonucu istifa ettiği ve aynı gün cinsel taciz iddialarıyla ilgili durumu davalı işverene bildirdiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda davacı ile bayan işçi arasında yaşananlar iş düzenini bozacak nitelikte olduğu gibi doğruluk ve bağlılığa da aykırı eylemler niteliğindedir. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.

3. Mahkemece davacı işçinin bölge müdürü konumunda çalıştığı ve me-saisini kendisinin belirlediği gerekçesiyle fazla çalışma ücreti isteğinin reddine karar verilmiştir. Davacı işçinin son görevi bölge müdürlüğü ise de, daha önce daha alt görevlerde çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu dönemler için fazla çalışma ücreti hesaplanmalı ve takdiri indirim hususu da düşünölmek suretiyle bir karar verilmelidir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, davacı yararına takdir edilen 400 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 8.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

T. 20.06.2005

E. 2004/9077

K. 2005/6843

* Kooperatif

* Sorumluluk davası

* Hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesinin oluşa ilişkin tespitiyle bağlılığı

(1163 sayılı Koop. K. m. 62, 98; 6762 sayılı TTK m. 341; 818 sayılı BK m. 53)

Taraflar arasında görülen davada Salihli Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 09.03.2004 tarihi ve 1993/142 - 2004/130 sayılı kararın Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 20.06.2005 günde davacı avukatı ile davalı avukatı gelip, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra, duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işlem incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştır. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgele okunup, incelendikten sonra işlem gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı vekili, asıl ve birleşen dava dilekçelerinde, davalının müvekkili kooperatif yönetim kurulu üyesi ve başkan olarak 20.01.1989 - 12.10.1992 tarihleri arasında görev yapıp, aynı zamanda proje ve kontrol sorumlusu olduğunu, bu dönemde diğer yönetim kurulu üyelerini devre dışı bırakarak, kooperatife ait para, senet gibi tüm değerleri tek başına elinde tutup, kullandığını böylece kooperatifin zararına yol açtığını ileri sürerek, toplam (940.949.020.-) TL'nin hizmet tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca yönetim kurulunun sorumluluğunun müteselsil olduğunu, davaya konu ve para senetlerin müvekkili tarafından tek başına tasarruf edilmesinin mümkün olmadığını, davanın diğer yönetim kurulu üyelerine de yönetilmesinin gerektiğini, kooperatif inşaatlarında projeye göre daha fazla yapılmış imalatlar bulunduğunu denetçiler tarafından müvekkilinin görevden ayrıldığı tarihe kadar üye ödentilerinin (2.359.517.520.-) TL olarak belirlendiğini oysa, (114.000.000.-) TL tutarındaki ödemenin yeni yönetim kurulu üyelerine yapıldığını, (154.000.000.-) TL tutarındaki senedin ise denetçiye teslim edildiğini, davacı iddialarının haksız olduğunu belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, davalı uhdesinde kalan paranın olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, (719.926.478.-) TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Dava, davacı Kooperatif eski yöneticisi olan davalı hakkında 1169 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 98. maddesi yollamasıyla TTK'nın 341. maddesi uyarınca açılmış sorumluluk davasıdır.

Mahkemece, davalının uhdesinde kalan paranın (719.926.478.-) TL olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, davalı Salihli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1994/107 Esası, 2000/142 Karar sayılı dosyasında zimmet ve görevi kötüye kullanma suçlarından ötürü yargılanmış, yapılan yargılama sonucunda, görevi kötüye kullanma suçlarından ötürü yargılanmış, yapılan yargılama sonucunda, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı zamaşımı nedeniyle ortadan kaldırma, zimmet suçundan ise suçun oluşmadığı anlaşıldığından beraatına karar verilerek, anılan karar kesinleşmiştir. Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimi ceza mahkemesinde verilen berat kararıyla kural olarak bağlı değilse de, ceza mahkemesinin oluşa ilişkin tespitiyle bağlıdır. Somut olaya dönüldüğünde, davalı iş bu davaya konu faaliyet dönemine ilişkin olarak ceza mahkemesinde yargılanmış ve neticeden zimmet suçunun oluşmadığından bahisle beraat ermiştir. Bu durumda mahkemece davalının ceza mahkemesinin gerekçeli kararında yer alan maddi olgularla sınırlı olmak kaydıyla, bu kalemlere yönelik olarak sorumluluğuna hükmedilemeyeceğinin düşünülmemesi hatalı olmuş ve kararın açılan nedenle davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 13.05.2005
E. 2005/91
K. 2005/178

* Disiplin Cezalarının
Uygulanma Şekli
(Av. K. m. 136, 158)

Şikayetli hakkında, 3.000.000.000 TL ücret ve masraf aldığı halde, arkası haksız olarak yazdırıldığı bildirilen çekin ödenmemesi hususunda ihtiyati tedbir kararı almadığı, menfi tespit davası açmadığı ve bu sebeple hacze sebebiyet verdiği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli disiplin kovuşturmasının hiçbir aşamasında savunma vermemiş, Baro Disiplin Kurulu kararına da itiraz etmemiştir.

İncelenen dosya kapsamından Kadıköy ... Noterliği'nin ... gün ve ... yevmiye nolu vekaletname çıkartıldığı, şikayetliye Garanti Bankası Göztepe şubesinden Galatasaray şubesindeki hesabına 3.000.000.000 TL gönderildiği ve Kadıköy ... Noterliği'nin ... gün ve ... yevmiye nolu işlemi ile azledildiği anlaşılmıştır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, şikayetlinin sicilinde mevcut 19.01.2002 tarihinde kesinleşen uyarma, 19.03.2004 tarihinde kesinleşen kınama, 12.11.2002 tarihinde kesinleşen 200.000.000 TL para cezası ve henüz kesinleşmeyen üç adet üç ay işten çıkarma cezası bulunduğu ve bu nedenle Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası verilmesi gerektiği yönünden, altı ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin disiplin cezasının az olduğu görüşüyle karara itiraz etmiştir.

Vekaletten azil tarihi olan ... tarihinde şikayetlinin sicil özetinde bulunan disiplin cezalarından sadece uyarma cezasının kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesi, "Beş yıllık dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır". hükmünü içermektedir. Şikayetlinin sicil özetindeki cezalardan suç tarihinde sadece uyarma cezası kesinleşmiş bulunduğu, işten çıkarma cezalarının kesinleşmemiş olduğu görüldüğünden, eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme ve Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler göz önünde bulundurularak yapılan ceza takdirinde hukuka aykırılık görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukata "altı ay süre ile işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/92
K. 2005/179

* Özen yükümlülüğü
* Avukatlık mesleğine
duyulan güven
(Av. K. m. 34, 158)

Şikayetli avukatın davacı vekili olarak İstanbul (7) Asliye Hukuk Mahkemesi'nde takip ettiği 2001/... Esas sayılı itirazın iptali davası sonunda verilen kısmen müvekkilleri aleyhindeki ... tarihli karar nedeniyle, temyiz süresini geçirmiş olmasından dolayı 10.10.2001 tarihinde Tekirdağ saymanlığına yatırdığı temyiz harcına ilişkin makbuzdaki tarihi tahrif ederek 05.08.2001 haline dönüştürdüğü ayrıca Tekirdağ Asliye Hukuk Mahkemesi'ne sunduğu temyiz dilekçesinin hakim havalesinin ay ve güne ilişkin bölümlerini karalayarak, kararı 23.10.2002 tarihinde temyiz edilmiş gibi göstermeye çalıştığı iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli hakkındaki iddia adli yargıya intikal etmiş, Eyüp (1). Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılama sonunda, şikayetli hakkında iddia olunan eylemin mevcudiyetini kabulle, tahrifatta iğfal kabiliyeti bulunmadığından, cezalandırmak için yasal unsurun oluşmaması nedeniyle beraatına karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Şikayetlinin eylemi avukatlık mesleğinin kendisine yüklediği özen, doğruluk ve onur içinde görev yapma ilkesini ihlal ederek, avukatlık mesleğine toplumda duyulması gereken güveni sarsmış olduğu anlaşılmıştır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulun'ca eylemin özel ağırlığı gözetilerek yapılan değerlendirilmede Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkelere aykırılık ve hukuksal isabetsizlik bulunmadığından kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun 250,00 YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/94
K. 2005/181

*** Avukatın başka bir işle uğraşması**
(Av. K. m. 158)

Şikayetli avukat hakkında müteahhitlik ve tefecilik yaptığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca "uyarma" cezası tayin edilmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz yazısında Tuzla Cumhuriyet Başsavcılığı'nın takipsizlik kararının henüz kesinleşmediği bildirilmiş ise de itirazdan sonra 29.01.2005 tarihinde söz konusu kararın kesinleştiği, dosyaya gönderilen 04.02.2005 günlü Cumhuriyet Savcılığı yazısı ve ekinden anlaşılmıştır.

Bu durumda, şikayetlinin "borç para verme" işlemini meslek edinme şeklinde yapmadığı takipsizlik kararı ile sabit bulunduğundan, "tefecilik" eylemi nedeniyle ceza tayinine olanak görülmemekle birlikte, şikayetlinin "müteahhitlik" yaptığını kabul etmesi nedeniyle, verilen cezanın Avukatlık Yasası'nın 158. maddesinde öngörülen ilkelere uygun bir dengeyi sağlayamadığı anlaşılmış ve kararın "kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, neticesi itibariyle yerinde görülen itirazın kabulüyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının "kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/96
K. 2005/183

*** Özen yükümlülüğü**
(Av. K. m. 34, 136/2, 158)

Şikayetli avukat hakkında, ücret ve masraf aldığı halde bir kısım davaları açmadığı, icra dosyaları hakkında hesap ve bilgi vermediği, vekaletnamelerinin taraf olmadıkları üçüncü şahıslara karşı da kullanıldığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli disiplin kovuşturmasının hiçbir aşamasında savunma vermemiş, Baro Disiplin Kurulu kararına itirazında bir kısım davaları takip ettiğini ve ödeme yaptığını bildirmiş ise de belge ibraz etmemiştir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve şikayetçi, şikayetlinin sicilindeki mevcut cezalar da göz önünde bulundurularak, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi hükmü karşısında Baro Disiplin Kurulu'nca takdir edilen altı ay işten çıkarma cezasının meslekten çıkarma cezasına çevrilmesi gerektiği yönünden itiraz etmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi "*Beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suçu için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır.*" hükmünü içermektedir.

Dosyada mevcut şikayetli sicil özetinden 19.01.2002 tarihinde kesinleşen uyarma, 12.11.2002 tarihinde kesinleşen 200.000.000 TL para cezası, 19.03.2004 tarihinde kesinleşen kınama ve henüz kesinleşmeyen üç adet üç ay işten çıkarma cezalarının bulunduğu görülmektedir. Bu durumda disiplin kovuşturmasına konu eylemlerin en son 2001 yılı sonu olduğu kabul edildiğinde, suç tarihi itibarıyla kesinleşen disiplin cezası bulunmadığı görülmektedir. Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırı olduğu sebebiyle disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler, eylemin ağırlığı, şikayetlinin disiplin suçu işlemekteki ısrarlı tutumu karşısında, kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetçi ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "*altı ay süre ile işten çıkarma*" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/102
K. 2005/188

* **Özen ve sadakat yükümlülüğü**
* **Avukat unvanına yakışır biçimde davranma yükümlülüğü**
(Av. K. m. 34, TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli hakkında "*şikayetçinin alacağı tahsil etmek için vekaletname aldığı, 2.400.000.000 TL üzerinden dava açmak üzere anlaşıldığı, vekalet ücreti ve masraf ödendiği halde 1.600.000.000 TL alacağının şikayetli avukat tarafından 1.600.000 TL olarak dava edildiği ve bu miktar üzerinden hüküm kurulduğu*" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek "*kınama*" cezası verilmiştir.

Şikayetli avukatın, şikayetçinin vekili sıfatıyla Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2000/... Esas sayılı dosyası ile davalılar aleyhine "menkul hisse sene-dinden alacak" davasını 04.09.2000 tarihinde açtığı, dava değerinin 2.400.000.000 TL olduğu nakit alacak için 1.600.000 TL talep edildiği, davanın kabul edildiği ve hükmünde bu miktar üzerinden kurulduğu, asıl dava edilmesi gereken nakit değerinin ise 1.600.000.000 TL olduğu, dosyadaki belgeler ile şikayetlinin kabule ilişkin beyanlarından anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın bu aşamadan sonra Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2004/... Esas sayılı dosyası ile yeniden 1.598.400.000 TL değerinde alacak davası açtığı, sonradan bu davadan da çekildiği, dava takip olunmadığından bu davanın da müracaata bırakıldığı görülmüştür.

Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdürler.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.

Şikayetli avukatın eylemi 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle Mersin Barosu Disiplin Kurulunun "Kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/103
K. 2005/189

* Disiplin zamanaşımı
(Av. K. m. 159)

Şikayetli hakkında "şikayetçiden 2000 Alman Markı borç para aldığı halde, ödemediği ve icra takibinde sonuçsuz kaldığı" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Dosyadaki belge ve bilgilerden, şikayete konu edilen bononun tanzim tarihinin 11.07.1995 ve vade tarihinin 11.01.1996 olduğu, bononun 02.07.1998 tarihinde icraya konulduğu anlaşılmıştır.

Şikayetçi ise, şikayetli avukatın eylemi sebebiyle Baro Başkanlığı'na 31.12.2002 tarihinde şikayette bulunmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 159. maddesinin 1. fıkrası "Disiplin cezası gerektirecek eylemlerin işlenmesinden itibaren üç yıl geçmiş ise kovuşturma yapılamaz." aynı maddenin 2. fıkrası ise "Disiplin cezasını gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren dört buçuk yıl geçmiş ise disiplin cezası verilemez." hükmünü içermektedir.

Baro Disiplin Kurulu'nun yaptığı soruşturmada şikayetli hakkında açılmış bir ceza davasının olmadığı saptanmıştır.

Bu sebeple zamanaşımını uzatan bir neden olmadığından, şikayetli avukatın 1998 tarihli eyleminden dolayı yukarıda açıklanan 159/1. maddesindeki zamanaşımı geçtiği gibi 159/2. maddesindeki zamanaşımı da dolmuştur.

Baro Disiplin Kurulu kararının gerekçesinde, şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası'nın 159/1 ve 2. maddeleri gereğince zamanaşımına uğradığını kabul etmiş, ancak kararında disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması yerine "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar vermiştir.

Disiplin Kurulu'nun zamanaşımına uğrama konusundaki değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ancak, disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının "disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" şeklinde düzeltilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının düzeltilerek "disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/101
K. 2005/187

* **Israr kararı**
(Av. K. m. 157)

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin 18.05.2004 gün ve 2003/171 Esas, 2004/108 Karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine Kurulun 24.12.2004 tarihli ve 2004/315 Esas, 2004/399 Karar sayılı kararı ile itirazın reddiyle kararın onanmasına karar verilmiş; ancak Adalet Bakanlığı'nın 15.03.2005 tarihli ve 5736 sayılı işlemi ile "yapılan değerlendirmede ve verilen kararda hukuki isabet görülmediği" gerekçesiyle dosya bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Geri göndermeye ilişkin yazı ile birlikte dosya bir kez daha incelenip gereği görüşülüp düşünüldü;

Önceki kararımızda da açıkça belirtildiği gibi tahsil edilen paraların ve çeklerin ödendiğine ilişkin belgelerin tarihleri nazara alındığında şikayetçinin bilgi verilmediği konusundaki beyanının gerçeği yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, şikayetçinin tahsil edilen para ve çekleri almadığı konusunda bir şikayeti de bulunmamaktadır. Şikayetçi, tahsil edilen para ve çeklerini almış ve karşılığında belge imzalayarak şikayetliye bilgi vermiştir.

Bu durum karşısında, Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısındaki gerekçeler kurulumuzca benimsenmediğinden, onamaya ilişkin 24.12.2004 tarih ve 2004/315-399 sayılı kararımızın aynen kabulüne (ısrar edilmesine) ve sonucun Avukatlık Yasası'nın 157. maddesi hükmü uyarınca Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/66
K. 2005/156

*** Avukatların resmi kılığı**
(Av. K. m. 49, TBB Meslek Kuralları
m. 20)

Şikayetli avukatın 25.08.2003 günü Ankara (15). İcra Müdürlüğü'nde icra işlemleri yaparken türbanlı olarak görüldüğü Baro Müdürü ve Müdür Yardımcısı'nın düzenlediği tutanakla tespit edilmiş ve suç duyurusunda bulunulmuş olduğundan açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 49 ve TBB Meslek Kuralları'nın 20. maddesine göre, avukatların mahkemelere Türkiye Barolar Birliği'nin belirteceği resmi kılıkla çıkmaları, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yapmaları zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın 8. Dairesi'nin bu konuda verdikleri kararlar da içerik olarak, Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği'nin meslek kurallarını doğrulamaktadır.

Bu nedenle, şikayetlinin eylemi söz konusu düzenlemelere aykırı olduğundan, savunmasına itibar edilmemiş ve Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmediğinden ve aleyhe itiraz da olmadığından- kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005

E. 2005/68

K. 2005/158

* **Reklam yasağı**(Av. K. m. 55, TBB Meslek Kuralları
m. 7/b)

Şikayetli avukat hakkında, sekreteri olan H. D. adına kendi hukuk bürosunun unvanını ve telefon numaralarını da içeren şekilde "H. D. - General Direktör" ibareleri yazılı kartviziti bastırıp icra dosyalarında kullandığı için açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulunca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında bu tarz kartvizit bastırıp dağıtmanın suç olmadığını, durumu öğrenince de imha ettiğini ileri sürmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 55. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 7/b maddeleri, avukatın reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmasını yasaklamış, kartvizitlerinin reklam niteliğini taşıyan aşırılıkta olmaması gerektiği kurallarını koymuştur.

Şikayetlinin kendi istek ve iradesiyle, böyle bir kartviziti bastırıp, elemanı adına kullandığında ihtilaf yoktur.

Bu nedenle eylem disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınamama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005

E. 2005/75

K. 2005/165

* **Görevi ihmal*** **Ceza mahkemesi kararının
disiplin kovuşturmasına etkisi**

Şikayetlinin, şikayetçilerin vekaletini üstlenerek masrafını ve ücretini aldığı davayı açmadığı halde açtığını beyan ederek görevini ihmal ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmemiş ve disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında şikayetçilerin vekaletini üstlenmediğini, tarafına çıkarılan vekaletten bilgisi olmadığını, masraf ve ücreti vekalet de almadığını belirtmiştir.

Dosyada bulunana bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle Ankara (10). Ağır Ceza Mahkemesi'nde

yargılandığı, mahkemenin 04.04.2003 gün ve 2002/ ... Esas, 2003/ ... Karar sayılı kararı ile görevi ihmal suçundan dolayı TCK m. 230/1 maddesinden mahkum olduğu, kararın temyiz edilmeyerek kesinleştiği görülmüştür.

Bu durumda eylem ceza mahkemesi kararı ile sabit olduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması ile şikayetlinin şikayete konu eylem tarihindeki kesinleşmiş bulunan uyarma ve kınama cezaları dikkate alınmak suretiyle disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Bursa Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" ilişkin kararının kaldırılmasına, yeneden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması nedeniyle, sicil özeti de göz önünde bulundurulmak suretiyle şikayetli avukatın 139,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/77
K. 2005/167

* Avukatlık görevini
kötüye kullanma
* Özen yükümlülüğü
* Disiplin suçu - adli suç ilişkisi
(Av. K. m. 34, 158)

Bir trafik kazası dolayısıyla açtığı tazminat davasını aracın gerçek sahibi yerine isim benzerliği bulunan şikayetçiye yönelten ve kendisine yapılan uyarılara rağmen davaya devam eden, ek dava açan ve hatta icra takibi yapan şikayetli avukat hakkında açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca "*uyarma*" cezası tayin edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eylemi nedeniyle ve "*avukatlık görevini kötüye kullanmak*" suçundan dolayı şikayetli hakkında açılan kamu davasının TCK m. 240 maddesine göre hükümlülükle sonuçlandığı ve cezasının ertelendiği, Düzce Ağır Ceza Mahkemesi'nin ... tarihli ve 2001/... Esas, 2002/... Karar sayılı kararından anlaşılmıştır. Karar, Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiştir.

Türk Ceza Yasası yönünden "*suç*" olan eylem, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde belirtilen "*özen*" yükümlülüğünün açık bir şekilde ihlal edilmesi nedeniyle aynı zamanda "*disiplin suçu*" oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nca "*uyarma*" cezası tayin edilmiş ise de, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesinde öngörülen ilkeler dikkate alınarak yapılan değerlendirmede eylem ile ceza arasında adalete uygun bir dengenin

sağlanamadığı anlaşılmış ve uyarma cezasının daha ağır bir ceza olan “kınama” cezasına çevrilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazının kabulü ile, Düzce Barosu Disiplin Kurulu’nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının “kınama” cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek ve şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/81
K. 2005/168

*** Sadakat ve özen yükümlülüğü**
*** Baroya bildirim zorunluluğu**
(Av. K. m. 34, 136, 158; TBB
Meslek Kuralları m. 3, 4, 27/2)

Şikayetli avukat hakkında “şikayetçi ile birlikte kamulaştırma davaları takip ettikleri, şikayetlinin takip edilen davalarla ilgili kararlar kesinleşmeden icra takibi yaptığı ve tahsilatta bulunduğu, para çektiği, şikayetçinin payına düşen miktarı ödemediği, kendisine ihtarname keşide olduğunda da, müşterek müvekkilliği yönlendirip, şikayetçi avukatı azlettirdiği ayrıca şikayetçi aleyhine tazminat davası açtığı halde, baroya bilgi vermediği” iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat ile şikayetçi avukatın birlikte dava aldıkları ve ortaklık yaptıkları, bu birlikteliğin son bulmasından sonra takip edilen dosyalardaki vekalet ücretlerinin paylaşımı sebebiyle taraflar arasında anlaşmazlık çıktığı, şikayetlinin şikayetçi avukatı azlettirdiği, azilname gönderen iş sahiplerine azilden dolayı bir zarar görmeleri halinde, bu zararları karşılayacağını 19.07.2002 tarihli taahhütname ile taahhüt ettiği, ayrıca Mersin (1). İcra Müdürlüğü’nün 2002/... sayılı dosyasında, şikayetçinin vekaletnamesi olduğu halde, icra takiplerine devam ettiği ve dosyadan para çektiği anlaşılmıştır.

Şikayetlinin, şikayetçi avukat aleyhine açtığı Mersin (2). Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2002/... Esas sayılı alacak davası için baroya bilgi vermediği de görülmüştür.

Avukat mesleki çalışmasını, kamunun mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür. Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat mahkeme önünde, çevresinde ve meslektaşısı ile olan ilişkilerinde, güveni ve saygınlığı sarsmayacak, meslek itibarını koruyacak şekilde davranmakla yükümlüdür; uygulamada ve özel yaşamlarında da hukuka uygun davranmalıdır. Mesleğin itibarını düşürücü hareketlerden kaçınmak gerekir.

Bir avukat bir başka avukata karşı asıl yada vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirir.

Bir avukatın bir başka avukata yönelteceği dava, icra takibi gibi faaliyetlerin kayıtlı olduğu baroya bildirilmesi gerekir. Bu kural avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik, aynı zamanda uyulması zorunlu bir kuraldır. Bu bildirim işin üstlenilmesinden önce veya en geç üstlenildiği anda yapılmalıdır. Bu kural ile getirilen izin alma olmayıp sadece bilgi vermedir. Bilgi vermekle yükümlü olan avukatın açacağı davayı asıl veya vekil sıfatıyla açması önemli olmadığı gibi avukat aleyhine açılan her davanın da baroya bildirilmesi gereklidir.

Bu durum karşısında, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 27/2. maddelerine aykırı bulunduğundan Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesi isabetli bulunmuştur.

Ancak, disiplin kurullarının, ceza verirken Avukatlık Yasası'nın "Cezaların Uygulanma Şekli" başlıklı 136. maddesi ile "Ceza Vermenin Amacını" düzenleyen 158. maddesindeki ilkeleri gözeterek değerlendirme yapmaları gerekirken, eylem ile ceza arasında yasanın anılan hükümlerinin öngördüğü ölçülere uygun bir dengenin sağlanmadığı görülmüş, şikayetli avukatın sicil durumu da değerlendirildiğinde verilen kararın kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "222.399.981 TL para cezası verilmesine" ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/83
K. 2005/170

*** Avukatın, başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirme görevi (Av. K. m. 134, TBB Meslek Kuralları m. 27/2)**

Şikayetli avukat hakkında "şikayetçi aleyhine Mersin (2). Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/... Esas sayılı dosyası ile dava açtığı halde, baroya dava açtığı konusunda bilgi vermediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturmasında, eylem sabit görülerek disiplin cezası verilmiştir.

Şikayetli avukatın vekaleten şikayetçi avukat aleyhine Mersin (2). Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/... Esas sayılı dosyası ile dava açtığı halde baroya açacağı dava konusunda bilgi vermediği, şikayet dilekçesinin Baro Başkanlığı'na verilip savunma istenmesinden sonra 17.11.2003 tarihinde Baro Başkanlığı'na, dava açtığı konusunda bilgi verdiği anlaşılmıştır .

Bir avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmelidir.

Bir avukatın bir başka avukata karşı yönelteceği dava, icra takibi gibi faaliyetlerin kayıtlı olduğu baroya bildirilmesi gerekir. Bu kural avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik, aynı zamanda uyulması zorunlu bir kuraldır. Bu bildirim için üstlenilmesinden önce veya en geç üstlenildiği anda yapılması lazımdır. Bu kural ile getirilen izin alma olmayıp, sadece bilgi vermedir. Bilgi vermekle yükümlü olan avukatın açacağı davayı asıl veya vekil sıfatıyla açması önemli olmadığı gibi avukat aleyhine açılan her davanın da bildirilmesi gereklidir.

Bu sebeple şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 134. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddelerine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005

E. 2005/85

K. 2005/172

* Savunma hakkının kapsam

ve sınırı

(Av. K. m. 136)

Şikayet olunan avukat hakkında, Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu Başkanlığı'nın 2002/335 Esas sayılı dosyasına sunduğu tarihsiz savunma dilekçesinde kullandığı, "(...) Esasen, müşteki şikayet konusu olaydan ötürü bana 'terbiyesiz' diye hakaret etmesine rağmen, müştekinin kimliği, mensup olduğu sosyal ve siyasal çevre, yaşı, kültürünü dikkate alarak şikayet etmedim (...) Bir avukat olarak şikayete konu olayı bu denli ters yüz ederek anlatmasını utanç verici buluyorum. Bir kişilik sorunu olduğu kanısındayım. Alt küme kültürüne mensup, meyyus ve alil bir ruh psikolojisiyle bana suçlama yapmıştır (...) İddiasını ispatlamakla mükellef olduğuna göre iddiasını ispatlayamadığı takdirde müfteri olacağı aşikardır. Bu durumda ne kendisi ne hamisi, ne de akılda neleri düştüğü konumdan kurtaramayacaktır (...)"

sözlerinden dolayı açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, kullandığı cümlelerin savunma sınırları içinde olup, hakaret amaçlı olmadığını, amacının şikayetçinin mensup olduğu kültürü rencide etmek ya da onun kişiliğini, onurunu küçük düşürmek olmadığını, aşırı bir yorumla kullanılan cümlelere anlam yüklenmesinin haksızlık olacağını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetlinin savunma dilekçesinden yukarda kısaca alınan cümlelerde kullanılan sözlerin soruşturmanın aydınlanmasına, hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri olmadığı, gerçek ve somut vakialara dayanmadığı, objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik sözler olması nedeniyle savunma hakkı kapsamında bulunmadığı tartışmasızdır. Muhatabın ırkı, dini, dili, rengi, yaşı ne olursa olsun eleştiri, iddia veya savunma, başkalarını bu özelliklerinden dolayı rencide edecek, küçük düşürecek nitelik taşımamalıdır. İddia ve eleştiriler daima uygar, bilimsel ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet içinde olmak zorundadır.

Şikayetçi tarafından Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi uyarınca *"beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezası gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır"* hükmü gereği şikayetli sicilindeki kınama cezası göz önünde bulundurularak işten çıkarma cezası verilmesi gerektiği yönünden karara itiraz edilmiş ise de; Baro Disiplin Kurulu 23.01.2004 tarihinde kesinleşen kınama cezasını tekerrüre esas kabul ederek bir üst ceza olan para cezasına hükmettiğinden ve şikayetlinin suç tarihinde sicilinde kesinleşmiş bir disiplin cezası bulunmadığından, bu husustaki itiraz yerinde görülmemiş, kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetçi avukatın itirazının reddine, şikayetli avukatın 19.052.264 TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/86
K. 2005/173

* Görevi kötüye kullanma
* Ceza mahkemesince verilen
beraat kararının disiplin
kovuşturmasına etkisi
(Av. K. m. 140/3, 158)

Şikayet olunan avukat hakkında, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 17.05.2002 tarihli oluru ile, alacağın tahsiline yönelik gerekli

işlemleri yapmayarak bir kısım icra takiplerini sürüncemede bırakmak, takip başlamadan önce şikayetçiye ücret sözleşmesi imzalatıldığını beyan ederek açığa imza attırmak suretiyle ibranamesini almak, hacizli menkulleri icra dosyasına mahsuben satın almasına karşın müvekkiline vermemek, yazılı izin olmaksızın temlik yapmak iddialarıyla re'sen açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli hakkında Antalya (2). Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/... Esasta kayıtlı olup, aynı mahkemenin 2002/... Esas sayılı dosyası ile birleştirilen ve görevi kötüye kullanmak iddiasıyla açılan kamu davası, mahkemenin 2004/... Karar ve 16.07.2004 tarihli kararı ile beraatla sonuçlanmış ve şikayetçi tarafından temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Şikayetli hakkında açılan kamu davası beraatla sonuçlanmış ise de; beraat kararı Avukatlık Yasası'nın 140/3. maddesinde belirtilen, "*Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna*" unsurlarını taşımadığından; Baro Disiplin Kurulu ceza dosyasındaki delilleri, disiplin dosyasındaki diğer delillerle birlikte ve Avukatlık Yasası'nın 158. maddesinde belirlenen ilkeler çerçevesinde değerlendirerek kovuşturmayı sonuçlandırmak zorundadır.

İncelenen dosya kapsamından, icra takip formlarına takip başlamadan önce açığa imza atılmak suretiyle ibraname alındığı, yazılı muvafakat olmaksızın temlik işlemleri yapıldığı saptanmış bulunduğundan, eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve sicilde mevcut tekerrüre esas kesinleşmiş kinama cezasının da bulunması nedeniyle kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun 89.662.950 TL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/88
K. 2005/175

* **Kamunun mesleğe olan inanç
ve güvenini zedelememe
yükümlülüğü**
(TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetlinin, şikayetçinin kocasından olan nafaka alacağını tahsil etmek amacıyla yaptığı icra takibi sonucu haciz koyarak satışa çıkardığı taşınmaz ile ilgili kıymet takdirine itiraz davasını zaman kazanmak amacı ile taşınmazın kayıtlı bulunduğu mahal dışında yetkisiz bir mahkemede açtığı, kıymet takdirine itiraz ettiğine dair belgeyi icra dosyasına geç ibraz ederek şikayetçinin gereksiz

satış masrafları yapmasına neden olduğu iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında şikayetçinin icraya koyduğu ilama konu nafaka alacağı davasında davalı vekili olarak görev aldığını, şikayetçinin müvekkili aleyhine yaptığı icra takibinde Örnek 53 ödeme emrini vekil sıfatıyla tarafına tebliğ ettirdiğini, ancak daha sonra kıymet takdiri raporunu kendisine değil de müvekkilinin ayrılmış bulunduğu eski adresine ihbarlı olarak tebliğ ettirdiğini, duruma haricen vakıf olmaları üzerine 24.12.2002 tarihinde kıymet takdirine itiraz davası açtığını, şikayetçinin dava dilekçesi kendisine tebliğ edildiği halde bilerek taşınmazın satış işlemlerini yürüttüğünü, bunun üzerine satış işlemlerini durdurabilmek için icra dosyasına kıymet takdirine itiraz ettiğine dair belge koymak zorunda kaldığını, kusurlu bir davranışının olmadığını savunmuştur.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetçinin eski kocasından olan nafaka alacağını tahsil etmek amacıyla İzmir (14). İcra Müdürlüğü'nün 2002/ ... sayılı dosyası ile ilamlı icra takibi başlattığı, borçlunun İzmir Güzelyalı'da bulunan taşınmazına haciz koydurarak kıymet takdiri yaptırdığı, kıymet takdiri raporunu 24.12.2002 tarihinde şikayetli avukata değil doğrudan borçluya tebliğ ettirdiği, şikayetli avukatın tarafların İzmir'de oturmalarına, haciz edilen taşınmazın İzmir merkezde bulunmasına ve icra takibinin İzmir icra dairesinde yapılmasına rağmen, kıymet takdirine itiraz davasını hiç alakası olmadığı halde Menderes İcra Tetkik Mercii'nde açtığı, şikayetçinin davadan haberdar olmasına karşın satış işlemlerini bilerek yürüttüğü, daha sonra şikayetlinin dosyaya bu konuda belge ibraz ederek satışı durdurduğu anlaşılmıştır.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde yürütür (TBB Meslek Kuralları m. 3).

Şikayetli avukatın kıymet takdirine itiraz davasını bilerek ilgisiz ve yetkisiz bir mahkemede açıp zaman kazanmaya yönelik davranışı "disiplin suçu" oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005

E. 2005/36

K. 2005/122

* Özen yükümlülüğü

* Ceza mahkemesince verilen
beraat kararının disiplin
kovuşturmasına etkisi

(Av. K. m. 34, 140/3)

Üstlendiği icra işinden dolayı haricen tahsil ettiği parayı icra dosyasına bildirmeyerek takibe ve haciz işlemlerine devam ettiği gerekçesiyle şikayetli avukat hakkında açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek "kınama" cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında; çok sayıda dosya ile çalıştıklarını, şikayetçi tarafından banka hesabına gönderilen paranın kime ait olduğunun tam olarak tespit edilemediğini, bu nedenle icra dosyasına yansıtılmalarının mümkün olmadığını ve suç işleme kastının bulunmadığını belirtmiştir.

Dosyada bulunan Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/ ... Esas sayılı kararından şikayete konu eylem sebebiyle şikayetli avukat hakkında "görevi kötüye kullanmak" suçundan dolayı kamu davası açıldığı ve sonuçta "sanığın üzerine atılan suçu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden" beraatına karar verildiği, kararın kesinleştiği anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın, banka hesabına gönderilen paranın kime ait olduğu ve hangi icra dosyasına karşılık gönderildiğinin tam olarak belirlenememesi durumunda yapacağı en doğru işlem, parayı çekmek yerine, geldiği yere iade ederek parayı gönderen şahsın yaptığı bir hata var ise, bundan haberdar edilmesiyle ona düzeltme imkanı vermektir. Şikayetli avukatın bunun aksine olan davranışı kusurlu görülmüştür.

Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdürler (Av. K. m. 34).

Avukatın davranışı ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirdiğinden ve Avukatlık Yasası'nın bu maddesinde öngörülen "özen", "doğruluk" ilkelerine aykırı olması sebebiyle disiplin suçu oluşturduğundan, ceza mahkemesinin delil yetersizliğinden dolayı verdiği beraat kararı disiplin kovuşturması sonucunu etkilemez (Av. K. m. 140/3).

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/48
K. 2005/134

* Mesleki faaliyet alanı dışında kalan eylemler

Diyarbakır Barosu tarafından, ölen genç bir avukatın anısına düzenlenen ve baro mensuplarının katıldığı futbol turnuvasında oynanan bir maç sırasında, şikayetli avukatın bir stajyer avukata sarf ettiği sözler ve müessir fiil girişimi nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, kovuşturma konusu olayın spor karşılaşması sırasında ve futbola özgü koşullar içinde bir anlık gerginlik sonucu meydana geldiği, kısa sürede tarafların birbirlerinden özür dileyerek barıştıkları, mesleki faaliyet alanı dışında kalan eylemlerin meslek itibarına zarar verecek bir boyuta da taşınmadığı anlaşılmıştır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmediğinden, Yönetim Kurulu çoğunluğunun kararı ile yapılan itirazın reddi ile Baro Disiplin Kurulu kararının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 09.04.2005
E. 2005/52
K. 2005/138

* "Özen", "güvenirlilik", "doğruluk" ilkeleri
* Sır saklama yükümlülüğü
* Mesleğin etik değerleri
(Av. K. m. 34, 38; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında "şikayetçinin kamulaştırma bedelinin arttırılması davasında vekilliğini üstlendiği, dava devam ederken bu kez şikayetçinin annesi ve çocuklarının vekaletine dayanarak şikayetçinin hacir altına alınması talebi ile açılan davayı takip ettiği, davada şikayetçi aleyhine beyan ve açıklamalarda bulunduğu, ayrıca şikayetçinin, şikayetliyi vekaletten azletmesine karşın şikayetçi adına karar düzeltme talebinde bulunduğu, böylece şikayetli avukatın aynı iş nedeniyle, ayrı kişilerin

vekaletini üstlendiği, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrandığı, azledilmesine karşın vekillik görevini sürdürmesinden dolayı” başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca “disiplin cezası tayinine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Dosyadaki tüm belge ve bilgilerin incelenmesinde; şikayetli avukatın, şikayetçi ve yakınları adına kamulaştırma bedelinin artırılması davası açtığı, bu dava devam ederken, bu kez şikayetçinin hacir altına alınarak vasi tayin edilmesine ilişkin davada şikayetçinin, annesi ve çocuklarının vekaletini şikayetçi aleyhine aldığı, şikayetçinin vekaletini üstlendiği kamulaştırma bedelinin artırılması davasının yargılaması sırasındaki şikayetçi hakkında edindiği izlenimlerini davaya ilişkin verdiği dilekçelerde; “(...) adı geçen şahsa (şikayetçi müvekkili) vekalet ettiğim sürece edindiğim kanı ve müşahedem şahsın bir an önce vesayet altına alınmasıdır (...)”, “(...) mahcur adayının akli ve ruhi rahatsızlığı son zamanlarda iyice ilerlemiştir”, “mahcur adayı yaşlı ve bekar bir bayandır, ruhen olduğu gibi bedeninde hasta bir insandır”, “(...) onun ruh ve sinir hastası olması (...)” ifadelerini kullandığı görülmektedir.

Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdürler (Avukatlık Yasası m. 34). Şikayetli avukatın, şikayetçi müvekkili adına takip ettiği dava sırasında, şikayetçi adına edindiği ve yukarıda bildirilen kişisel izlenim ve görüşlerini, şikayetçi aleyhine açılan “vasi tayini” davasında, bu kez şikayetçi aleyhinde bildirmesi, Avukatlık Yasası’nın 34. maddesinde hüküm altına alınmış olan “özen” ve “güvenirlilik”, “doğruluk” ilkelerine açıkça aykırı olup, mesleğin etik değerlerine de zarar verici niteliktedir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu’nca “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış ve Avukatlık Yasası’nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kurulları’nın 3 ve 4. maddelerine aykırılığı nedeniyle eylem disiplin suçu oluşturduğundan, disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu’nun “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir durum olmadığından, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/54
K. 2005/140

*** Meslektaşlar arası dayanışma**
 (TBB Meslek Kuralları m. 30)

Şikayetçi avukat adına çıkarılan adli tebligatın yanlışlıkla, önceden birlikte çalıştığı şikayetli avukatın bürosuna yapılmasına rağmen şikayetlinin -tebliğ evrakını- tebligatı yapan mahkemeye zamanında iade etmediği ve şikayetçi meslektaşını da bu hususta bilgilendirmediği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Duruşma gününü içeren tebligatın şikayetli avukata 04.04.2003 tarihinde yapıldığı, duruşma gününün 16.04.2003 olduğu, şikayetlinin duruşma günü geçtikten sonra 21.04.2003 günü bir dilekçe ile tebliğ evrakını mahkemesine iade ettiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın, tebligatın muhatabı olan meslektaşını derhal bilgilendirmesi ve duruşma gününden önce de tebliğ evrakını mahkemeye iade etmesi gerekirken, bu hususların yerine getirilmemiş olması TBB Meslek Kuralları'nın meslektaşlar arası ilişkileri ve dayanışmayı düzenleyen hükümlerine aykırı olduğundan disiplin suçu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.04.2005
E. 2005/344
K. 2005/150

*** Disiplin zamanaşımı**
 (Av. K. m. 157/7)

Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun 04.12.2003 günlü 2003/103 Esas 2003/135 Karar sayılı "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının kurulumuzca "disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" ilişkin olarak verilen 16.07.2004 tarih 2004/153 Esas, 2004/245 Karar sayılı kararımız Adalet Bakanlığı'nın 15.10.2004 tarih ve 19781 sayılı işlemi ile bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderildiğinden, bu kez dosya üzerinde yeniden yapılan inceleme sonucu gereği görüşülüp düşünüldü;

Adalet Bakanlığı geri gönderme gerekçesinde; "Disiplin suçu olarak kabul edilen eylemin icra borcuna kefil olma eylemi olmadığı, dolayısıyla kefil olma tarihi olan 16.06.1999 tarihinin suç tarihi olarak kabul edilemeyeceği, şikayet edilen avuka-

tın disiplin suçu olarak kabul edilen pasif eyleminin icra kefil olduğu, borcu makul bir süre geçmesine rağmen ödememesi olduğu, bu durumda borcu ödememe iradesini ortaya koyarak icra takibinin zamanaşımına uğradığı iddiasıyla mahkemeden iptalini istediği tarih olan 15.06.2002 tarihinin suç tarihi olarak kabul edilmesi ve işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği” bildirilmiş bulunmaktadır.

Şikayetli avukat Ankara (1). İcra Müdürlüğü'nün 1999/... Talimat sayılı dosyasına 16.06.1999 tarihinde icra kefil olduğu ve kefil olduğu icra dosyasına ödemede bulunmadığı, şikayetçi meslektaşlarını ödeme yapacağını bildirmek suretiyle oyaladığı, 15.06.2002 tarihinde de icra takibinin zamanaşımı nedeniyle iptali için dava açtığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Böylece şikayetli avukatın eylem tarihinin icra dosyasına kefil olduğu 16.06.1999 tarihinin olmayıp, icra takibinin zamanaşımı sebebiyle iptalini istediği tarih olan 15.06.2002 olduğu yolundaki geri gönderme gerekçesi kurulumuzca yerinde bulunduğundan, Avukatlık Yasası'nın 157/7. maddesi uyarınca aynen uygun görülmüştür.

Şikayetlinin üçüncü şahıs aleyhinde başlatılan icra takibinde, haciz muamelesi sırasında dosya borcuna icra kefil olması ve sonra da borcu ödememesi, şikayetçi meslektaşlarını oyalaması daha sonra da icra takibinin zamanaşımı sebebiyle iptalini talep etmesinden ibaret eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nun takdirinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, neticenin Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005

E. 2005/46

K. 2005/132

*** Disiplin Kurulu üyelerinin
ret ve istinkaları**

(Av K. m. 139, 151,172; 1412 sayılı
CMUK m. 21,22)

Şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 172. maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca, “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, kararda imzası bulunan Baro Disiplin Kurulu Başkanı avukatın soruşturma aşamasında baro yönetim kurulu üyesi olduğu, “muhakkik” sıfatıyla inceleme yapıp 05.11.2003 tarihli raporuyla yönetim kuruluna görüş bildirdiği ve disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin yönetim kurulu kararına da katılıp bu kararı imzaladığı anlaşılmıştır.

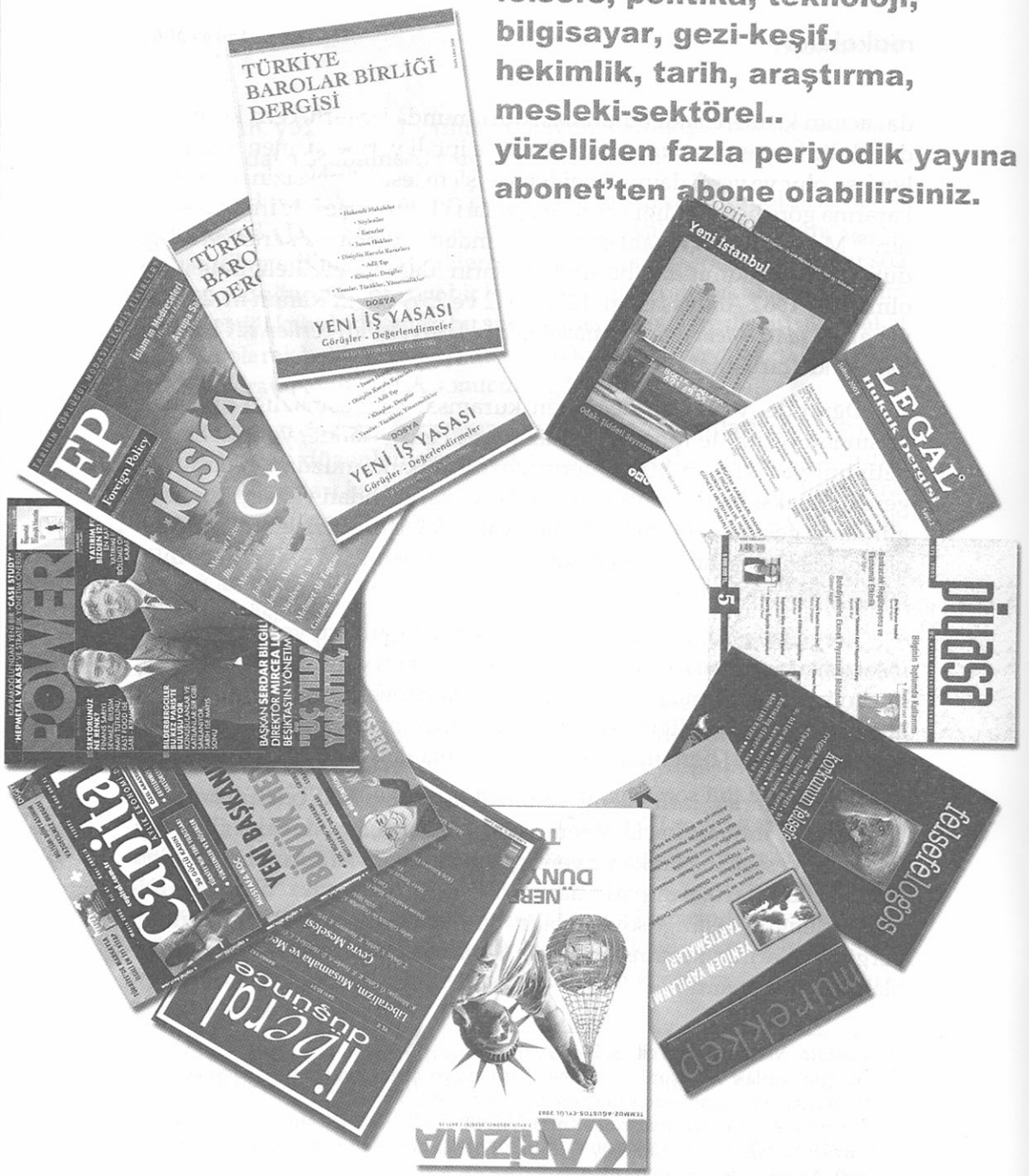
Avukatlık Yasası'nın 151. maddesinde, Disiplin Kurulu üyelerinin ret ve istinkafı ile ilgili olarak Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'na atıf yapılmıştır. Bu madde hükmüne göre Disiplin Kurulu üyeleri CMUK'da yazılı sebeplerle reddedilebilir ve istinkaf edebilirler. Ret ve istinkaf sebebiyle kurulun toplanamaması halinde 139. maddeye göre işlem yapılır.

Baro Disiplin Kurulu Başkanı avukat soruşturma aşamasında muhakkik üye sıfatıyla rapor düzenlediği gibi, disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin Yönetim Kurulu kararına da Yönetim Kurulu üyesi sıfatıyla katılmış olduğundan, kendisinin CMUK m. 21 ve 22. maddelerine göre aynı işte Disiplin Kurulu Başkanı olarak Baro Disiplin Kurulu'nun kararına iştirak etmesi uygun görülmemiştir.

Bu durumda Avukatlık Yasası'nın 139. maddesi hükmüne göre -bu işe mahsus olmak üzere- istinkaf etmesi, yerine yedek üyenin çağrılması ve yedek bulunmadığı takdirde seçilme yeterliği bulunan avukatlar arasından ad çekme yoluyla eksikliğin tamamlanması gerekirken, böyle bir yöntem izlenmeden verilen kararın bozulması zorunlu görülmüştür.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü ile, yukarıda belirtilen işlemler yapılarak bir karar tesis edilmek üzere, Burdur Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay Sekizinci Daire

T. 12.01.2005

E. 2004/3669

K. 2005/96

* Alkollü içkilerin sürücüler
üzerindeki etki derecesi

* Kandaki alkol miktarının tespiti

* Kan numunesi alınarak
yapılan tetkikler

(2577 sayılı K. m. 49; 2918 sayılı K.
m. 48/5; Karayolları Trafik Yön. m. 97)

Karşı Taraf : Ankara Valiliği

İstemnin Özeti : Davacının sürücü belgesinin geçici olarak altı ay süreyle geri alınması ve 265.300.000 TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden, 21.10.2003 tarihinde saat 02.30'da yapılan trafik denetiminde alkolmetre cihazı ile yapılan ölçümde davacının 2,30 promil alkollü olarak araç kullandığının tespit edilmesi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği, davacının alkol ölçümüne itirazı üzerine Adli Tıp Kurumu Ankara Gurup Başkanlığı'nca saat 04.00'da alınan kan örneği üzerinde yapılan analiz sonucunda davacının 0,25 promil alkollü olduğunun belirlendiğinin anlaşıldığı, alkollü araç kullanım sebebiyle uygulanan müeyyidelerin iptali istemiyle açılan davalarda yapılan araştırma ve inceleme sonucu ibraz edilen Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 06.07.2001 gün ve 1262 sayılı yazısında, alkollü araç kullanan sürücülerin kandaki alkol düzeyinin olaydan 2,5 - 3 saat sonra ölçülmesi halinde, bilimsel olarak saatte 10-22 mg düzeyinde düşebileceği belirtildiğinden, olayda, davacıdan 1 saat 30 dakika sonra alınan kan örneğindeki alkol miktarına yukarıda aktarılan oranın azamisi uygulandığında dahi, davacının kanındaki alkol oranının olay saatinde 0,58 promile ulaşabileceği göz önüne alındığında dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 25.03.2004 gün ve E. 2003/2042, K. 2004/385 sayılı

kararının Adli Tıp Kurumu'nda yapılan kan tahlili sonucunda kandaki alkol oranının 0,25 promil çıktığı, bu nedenle işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasa'nın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi'nin Düşüncesi: Davacının ehliyetinin altı ay süreyle geri alınması ve 265.300.000 TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; 21.10.2003 tarihinde saat 02.30'da yapılan kontrolde 2,30 promil alkollü olduğu gözlenen davacıya, itiraz üzerine saat 04.00'da Adli Tabiplikçe verilen raporda kanındaki alkol düzeyinin 0,25 promil olduğu ve bunun da Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde öngörülen sınırın altında olması sebebiyle oluşturulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptali gerekirken, davayı reddeden idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir. Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Türk Milleti adına;

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; 21.10.2003 tarihinde yapılan denetimde davacının 2,30 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınması ve 265.300.000 TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemden doğmuştur.

2918 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin 5. fıkrasında, uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etkili dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılacağı, tespit usulleri ve muayene şartlarının Sağlık Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği, yönetmelik ile belirlenen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde birinci defada sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınarak haklarında 265.300.000 TL para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

18.07.1997 gün ve 23053 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde de, uyuşturucu, uyutucu ve keyif verici gibi özelliklere sahip doğal ve sentetik psikotrop maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayollarında araç sürmelerinin yasak olduğu hükme bağlanmış, maddenin devamında; taksi veya dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücülerinin, alkollü içki almış olarak bu araçları süremeyecekleri, alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücülerinden kanlarındaki alkol miktarı 0,50 promilin üstünde olanların araç kullanamayacakları, alkollü içki almış sürücülerin ve kanlarındaki alkol miktarının cihazla ölçüleceği, cihazla yapılan tespite sürücünün itiraz etmesi halinde, kanındaki alkol miktarının belirlenmesi için, bu konuda eğitilmiş ve kan almaya yetkili kılınmış personel tarafından kan alınarak, tahlil için polis kriminal laboratuvarına gönderileceği, polis kriminal laboratuvarlarında tahlilin mümkün olmaması halinde, sürücü kandaki alkol miktarının tespiti için adli tıp merkezlerine ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı tahlil yapılabilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip olan en yakın sağlık kuruluşlarına gönderileceği, kandaki alkol miktarının teknik cihazla ve kan alınarak laboratuvarında tespit imkanlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücülerin en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, bu kurum hekimi tarafından rutin alkol muayenesinden geçirileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 21.10.2003 tarihinde saat 02.30'da yapılan trafik kontrolü sırasında alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüm sonucunda davacının 2,30 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği, davacının alkol ölçümüne itirazı üzerine gönderildiği Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nca saat 04.00'da davacıdan alınan kan örneği üzerinde yapılan tahlil sonucunda kanındaki alkol oranının 0,25 promil olduğunun belirlendiği anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesi'nce, davacının alkollü olarak tespit edildiği saatle Adli Tıp Kurumu'nca kanındaki alkol oranının tespit edildiği saat arasındaki zaman diliminde davacının kanındaki alkol oranının düşebileceği miktar hesaplanarak, olay saatinde de kanındaki alkol oranının yönetmelik maddesinde belirtilen orandan yüksek olabileceği nedeniyle davanın reddine karar verilmişse de, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, alkol düzeyinin belirlenmesinde, kandaki alkol oranının esas alınması gerekir.

Kişinin alkollü olduğunun trafik kontrolü sırasında saptanmasından sonra, bu ölçüme yapılan itiraz üzerine Adli Tıp Kurumu'nda yapılacak tahlile kadarki sürede kandaki alkol oranının azalması doğaldır. Ancak, olayda,

bu zaman diliminin yaklaşık 1,5 saat olduğu göz önüne alındığında, bu süre içerisinde kandaki alkol oranını 2,30 promilden 0,25 promile düşmesi olanaklı görülmemektedir.

Bu durumda, yukarıda anılan yönetmelik maddesine uygun olarak yapılmış tespitle, davacının kanındaki alkol oranının, yönetmelikte öngörülen sınırın altında kaldığı anlaşıldığından, davacı adına tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 6. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine 12.01.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu

T. 27.05.2005

E. 2003/128

* Avukatın işyeri açması

* İşyeri açma izin harcı

* Avukatın sorumluluğu

(2464 sayılı K. m. 81; 2464 sayılı

K.'nın çeşitli harçlarla ilgili hük. uyg. yön. m. 10; 1136 sayılı Avukatlık K. m. 43, 44, 45)

Yürütmenin

Durdurulmasını İsteyen : Ankara Barosu Başkanlığı

Vekili

: Av. K. V.

Karşı Taraf

: 1. İçişleri Bakanlığı - Ankara

2. Ankara Valiliği - Ankara

3. Çankaya Belediye Başkanlığı - Ankara

İstemin Özeti

: İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılan İşyeri Açma İzin Harcı konulu 4.9.2000 tarih ve 48119 sayılı Genelge'nin ve buna dayanılarak tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 9.12.2004 günlü ve E. 2C00/6986, K. 2004/6517 sayılı kararının temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar yürütülmesinin durdurulması istenilmiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi'nin Düşüncesi : Yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'nın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenlere ve uyuşmazlığın niteliğine göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

Kanunu'nun 52. maddesi ile bu maddenin göndermede bulunduğu 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Türk Milleti adına,

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Temyiz dilekçesinde deri sürülen iddialar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca yürütmenin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görüldüğünden, temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulmasına, 27.5.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARI

Çev. Tarık FIRAT*

Issa ve Diğerleri - Türkiye Davası
Başvuru No: 31821/96

Issa ve Diğerleri - Türkiye Davasında;

Başkan : Bay J. P. Costa,

Yargıçlar : Bay A. B. Baka, Bay K. Jungwired, Bay V. Butkevych,
Bayan W. Thomassen, Bay M. Ugrekhelidze,

Ad Hoc Yargıç : Bay F. Gölcüklü,

Daire Yazı İşleri Müdürü Yrd. : Bay T. L. Early'den oluşan bir daire biçiminde birleşen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),

19 Ekim 2004 tarihinde müzakereye çekilerek,

Aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL İŞLEMLERİ

1. Dava, altı Irak vatandaşı, bayan Halime Musa Issa, bayan Bebin Ahmet Ömer, bayan Safiya Shawan İbrahim, bayan Fatime Derwiş Murti Han, bayan Fahima Salim Muran ve bayan Besna Raşid Ömer (Başvurucular) tarafından 2 Ekim 1995 tarihinde, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin

* Muğla Cumhuriyet Savcısı

Korunmasına Dair Sözleşme'nin (Sözleşme) eski 25. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) yapılmış bir başvurudan (no. 31821/96) kaynaklanmaktadır.

2. Adli yardımdan yararlanmış olan başvurucular, başlangıçta, Birleşik Krallık'ta avukat olan Profesör Kevin Boyle ve Profesör Françoise Hampson tarafından temsil edilmişlerdir. 23 Haziran 2000 de, her iki temsilci, Londra da kurulu bir hükümet dışı kuruluş olan Kürt İnsan Hakları Projesi (KİHP) ile çalışan bir avukat olan bay Philip Leach'a yerlerini bırakarak davadan çekilmişlerdir. 18 Temmuz 2002 de bay Leach çekilmiş ve 16 Ağustos 2004 tarihli bir mektupla başvurucular, KİHP başkanı olan ay Kerim Yıldız'ı temsilci olarak tayin ettiklerini Mahkeme'ye bildirmişlerdir.

3. Türk Hükümeti (Hükümet), mahkeme önündeki işlemler için bir ajan tayin etmemiştir.

4. Başvurucular, Türk Ordusu tarafından Kuzey Irak'ta Nisan 1995'te yürütülen bir askeri operasyon sırasında, akrabalarının yasa dışı olarak yakalanması, alıkonulması, kötü muameleye maruz kalması ve ardından öldürülmesi savıyla şikayetçi olmuşlardır.

5. Başvuru, Sözleşme'nin 11. Protokolü'nün yürürlüğe girmesiyle, 1 Kasım 1998 de Mahkeme'ye iletilmiştir (11. Protokol'ün 5 § 2. maddesi).

6. Başvuru, Mahkeme'nin Birinci Dairesi'ne verilmiştir. (Mahkeme İçtüzüğü'nün 52 § 1. maddesi.) Bu Daire içinde davayı inceleyecek olan heyet (Sözleşme'nin 27 § 1. maddesi), İçtüzüğün 26 § 1. maddesinde öngörüldüğü üzere oluşturulmuştur. Türkiye ile ilgili olarak seçilmiş Yargıç bay R. Türmen, davada görev almaktan çekilmiştir (İçtüzük m. 28.). Bundan dolayı Hükümet, onun yerine Ad Hoc Yargıç olarak almak üzere bay Feyyaz Gölcüklü'yü atamıştır (Sözleşme'nin 27 § 2. maddesi ve İçtüzüğün 29 § 1. maddesi).

7. 30 Mayıs 2000 tarihli bir kararıyla Mahkeme, başvuruyu kabul edilebilir bulduğunu açıklamıştır.

8. 1 Kasım 2001 tarihinde Mahkeme, Daireleri'nin yapısını değiştirmiştir (İçtüzüğün 25 § 1. maddesi) Dava, yeni oluşturulmuş İkinci Daire'ye verilmiştir (İçtüzüğün 52 § 1. maddesi).

9. Başvurucular ve hükümet, davanın esasına ilişkin gözlemlerini sunmuşlardır (İçtüzüğün 59 § 1. maddesi).

OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

10. Başvurucular, sırasıyla 1950, 1970, 1951, 1939, 1949 ve 1947 yıllarında doğmuş altı Kuzey Iraklı kadındır. Birinci başvurucu, kendisi adına ve ölen oğlu İsmail Hasan Şerif yerine başvurmuştur. Diğer başvurucular, kendi adlarına ve ölen kocaları, sırasıyla, Ahmet Fatih Hasan, Abdullah Teli Hüseyin, Abdulaziz İzzet Han Hasan, Abdulrahman Muhammed Şerif ve Guli Zekri Guli adına başvurmuşlardır. Dördüncü başvurucu, ölen oğlu, Serbest Abdulkadir İzzet adına da başvurmuştur.

11. Dava olguları, davanın tarafları arasında ihtilaflıdır.

A. Başvuruculara Göre Olgular

12. Başvurucular, Türkiye sınırına yakın Sarsang ilindeki köyleri Azadi'yi çevreleyen vadi ve tepelerde koyun otlatarak geçimlerini sağlayan çobanlardır. Ölen akrabaları da aynı işi yapmışlardır.

13. 1 Nisan 1995'te başvurucular, daha önceden Irak'a girmiş olan Türk Ordusu'nun, kendi bölgelerinde olduğunu öğrenmişlerdir. Askeri hareketlilik görmüş ve askeri helikopterlerin, köylerinin aşağısındaki vadiye asker ve yiyecek taşıdığına tanık olmuşlardır.

14. 2 Nisan 1995 sabahı, İsmail Hasan Şerif, Ahmet Fatih Hasan, Abdullah Teli Hüseyin, Abdulkadir İzzet Han Hasan, Abdulrahman Muhammed Şerif, Guli Zekri Guli ve Serbest Abdulkadir İzzet, birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci başvurucular ile birlikte koyun sürülerini tepelere götürmek üzere köyden ayrılmışlardır. İkinci ve altıncı başvurucular, çocuklarına bakmak için köyde kalmışlardır.

15. On bir kişilik çoban gurubu (birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci başvurucular ve İsmail Hasan Şerif, Ahmet Fatih Hasan, Abdullah Teli Hüseyin, Abdulkadir İzzet Han Hasan, Abdulrahman Muhammed Şerif, Guli Zekri Guli ve Serbest Abdulkadir İzzet), Spna yönünde onbeş dakika yürüdüktan sonra, dört kadın yedi erkeğin önünde yürümekte iken, Türk askerleri ile karşılaşmışlardır. Askerler, on bir çobana küfrederek bağırma-ya başlamışlar, tüfeklerini dipçikleri ile onlara vurmuşlar, tekmelemiş ve yüzlerini tokatlamışlardır. Kadınları erkeklerden ayırmışlardır. Kadınlara köye dönmelerini söylemiş ve ardından erkekleri götürmüşlerdir. Dört başvurucu köye dönmüş ve neler olduğunu diğer köylülere anlatmışlardır.

16. Bu arada, ikinci ve altıncı başvuruçular, kocaları hakkında kaygılanmaya başlamışlardır. Silah sesi duymuşlar ve tanıdıkları bir köylü onlara, Türk Ordusu'nun yakınlarda olduğunu ve silah sesinin köyün dışında, Spna istikametinde bulunan bir mağara yönünden geldiğini söylemiştir. Köylü, Türk askerlerinin mağaranın içinde ateş ettikleri düşüncesindedir. Sonuç olarak, ikinci ve altıncı başvuruçular, kimliği belli üç kadınla beraber, mağaraya doğru giderek kocalarını aramayı kararlaştırmışlardır. Bu olay, birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci başvuruçular köye dönmeden önce gerçekleşmiştir. İkinci ve altıncı başvuruçular ve diğer üç kadın Türk askerlerine ulaştıklarında, çobanların onlarla olduklarını görmüşlerdir. Askerler, onların bulunduğu yöne ateş etmişlerdir. Kadınlar oradan ayrılmış ve vadiye gitmişlerdir. Burada, başka bir grup askerle karşılaşmışlar ve adamlarla konuşmak için izin istemişlerdir. Askerler, tüfeklerini onlara doğrultmuş ve kadınlar orayı terk etmiştir.

17. Köye gitmek yerine, beş kadın vadide saklanmaya çalışmış, fakat kendilerini ölümle tehdit eden askerler tarafından fark edilmişlerdir. Sonunda kadınlar mağaraya ulaşmışlardır fakat erkekler orada değildir. Yere inen bir askeri helikopter görmüşlerdir. Kocalarını görmek için askerlerden izin istemişler fakat askerlerce reddedilmişlerdir. Beş kadın, aramalarını, başarıya ulaşmaksızın, öğleden sonra yaklaşık saat 1'e kadar sürdürmüşlerdir. Köye dönmüşler ve neler olduğunu köylülerine anlatmışlardır.

18. Köyün bazı erkekleri, Kürdistan Demokrat Partisi'nin (KDP) üyeleri eşliğinde, daha büyük bir Türk askeri biriminin konuşlandığı yakındaki Anshki Kasabası'na gitmişlerdir. Bu birim, bölgedeki askeri hareketi gözetlemekle yükümlüdür. Köylüler, sorumlu subaydan, çobanları serbest bırakmasını ve tepelerden koyunları gidip almalarına izin vermesini istemişlerdir. Subay, başlangıçta, çobanlar hakkında herhangi bir şey bilmediğini iddia etmiştir. Ardından, KDP temsilcilerine, çobanların serbest bırakılacağı sözünü vermiştir. Bu gerçekleşmediğinden, KDP temsilcileri, bilgi almak için birkaç girişimde daha bulunmuşlardır. Subay, şayet çobanlar alıkonulmuşlarsa, serbest bırakılacaklarını söylemiştir. Sonunda, adamlara, koyunlarını gidip almaları için izin vermiştir. Çobanların alıkonulduğunu reddetmiş fakat köylüleri onları aramamaları konusunda uyarmıştır. Köylüler nedenini sorduklarında, subay kızmış ve onlara yanıt vermemiştir. Köylüler koyunları toplamaya gittiklerinde, çobanları aramışlar, ancak bulamamışlardır.

19. 3 Nisan 1995'te Türk Ordusu köyün çevresindeki bölgeden çekilmiş ve köyün erkekleri, kayıp yedi çobanı aramak için Spna yönüne doğru yola çıkmışlardır. Yedi çobanın son olarak Türk askerleri ile birlikte görüldükleri

yere yakın bir bölgede, İsmail Hasan Şerif, Ahmet Fatih Hasan, Abdulkadir İzzet Han Hasan, Serbest Abdulkadir İzzet ve Abdulrahman Muhammed Şerif'in cesetlerini bulmuşlardır. Cesetlerde bir çok kurşun yarası vardır ve organları kötü şekilde kesilmiştir, kulakları, dilleri ve cinsel organları yoktur. Cesetler anayola getirilmiş ve buradan, otopsilerinin yapıldığı Dohuk'taki Azadi Hastanesi'ne götürülmüştür.

20. 4 Nisan 1995'te KDP, Dohuk'ta bir basın toplantısı düzenlemiştir. Amedi bölgesindeki KDP başkanı bay S. N. bazı çobanların Türk Ordusu tarafından yakalandığı bilgisini aldığında, Kadish'teki Türk Ordusu komutanını ziyaret ettiğini ve çobanların serbest bırakılmasını istediğini ifade etmiştir. Komutana, elden bir isim listesi vermiştir. Komutan, harekete geçeceğini söylemiştir. Birliklerine telsiz ile ulaşmış ve S. N'ye adamların ve koyunların bırakılacağını söylemiştir. S. N. makamına dönmüştür. Herhangi bir haber alamayınca, askeri harekattan sonra çobanların serbest bırakılacağı sözünü veren komutana gitmiştir. S. N. o gün boyunca dört veya beş kez komutana başvuruda bulunmuştur. Türk Ordusu gece boyunca geri çekilmiş, takip eden sabah, S. N. komutanın yanına gitmiştir. Bu sırada komutan, çobanların alıkonulduklarını yadsımıştır. S. N'ye, onların öldürülmüş olabileceklerini söylemiştir. Basın toplantısında S. N. Türk komutana verdiği yedi çobanın adını içeren listeyi göstermiştir. Altı başvurucu da toplantıda bulunmuş ve soruları yanıtlamışlardır.

21. 5 Nisan 1995'te Abdullah Teli Hüseyin ve Guli Zekri Guli'nin cesetleri de, diğer beş çobanın cesetlerinin durumlarına benzer bir durumda bulunmuştur.

22. 5 Nisan 1995'te birinci başvurucunun kocası ayrı bir olayda öldürülmüştür. Beşinci başvurucunun kocasının dört kardeşi de başka bir olayda öldürülmüştür. Bu olaylar, incelenmekte olan başvurun kapsamında değildir.

23. 7 Nisan 1995'te, Dr. R. A. ve bay Kerim Yıldız, Sarsang ilinin Tamim bölgesi muhtarının huzurunda altı başvurucu ve diğer tanıklarla görüşmüşlerdir.

24. Altı başvurucu, bölgesel mercilere bir çok dilekçe ile başvurarak akrabalarının ölümüne ilişkin bir soruşturma yürütülmesini talep etmişlerdir. Dohuk Valisi'ne müracaat etmişler ve açıklamalarda bulunmuşlardır. Vali, ölümlerin soruşturulacağını söylemiştir. Bununla beraber, Vali'nin taahhüt ettiği üzere herhangi bir işlemde bulunduğu dair başvuruculara herhangi bir bilgi verilmemiştir.

B. Hükümete Göre Olgular

25. Davalı Hükümet, 19 Mart 1995 ve 16 Nisan 1995 tarihleri arasında Kuzey Irak'ta bir Türk askeri hareketinin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Türk Kuvvetleri Medine Dağı'na ilerlemişlerdir. Silahlı kuvvetler kayıtları, başvuruçularca işaret edilen bölgede herhangi bir Türk askeri varlığını göstermemekte, Azadi Köyü hareket alanının on kilometre güneyinde bulunmaktadır. Medine Dağı bölgesindeki harekate katılmış bulunan birimlerin herhangi bir subayına yapılmış herhangi bir şikayet kaydı yoktur.

C. Taraflarca Sunulmuş Belge ve Bilgiler

1. Başvuruçular Tarafından Verilmiş Yazılı İfadeler

26. Olayları takiben, başvuruçuların beyanları, 7 Haziran 1995'te, Türkiye sınırına yakın Dohuk (Irak) Valiliği idaresindeki Sarsang İli'ne bağlı Azadi Köyü'nde, Dr. Rızgar Amin ve Kerim Yıldız tarafından alınmıştır.

a. Halime Musa Issa

27. Başvuruçucu, Türk Ordusu mensupları tarafından, 2 Nisan 1995 tarihinde işkenceyle öldürüldüğü iddia edilen İsmail Hasan Şerif'in annesi ve yine Türk ordu mensupları tarafından, 5 Nisan 1995 tarihinde ayrı bir olayda öldürüldüğü savlanan Mele Hasan Muhammed Şerif'in karısıdır. Başvuruçucu, iddia konusu olaylara ilişkin olarak aşağıdakileri ileri sürmektedir:

"Ben ve diğer köylüler, oğlum öldürülmeden bir gün önce, Türk Ordusu'nun bölgede olduğunu duyduk. Köyümüzün yakınındaki vadiye asker ve yiyecek bırakan bir çok askeri helikopter gördük.

2 Nisan 1995 sabahı, çoban olan oğluma, her zaman olduğu gibi, yiyecek hazırladım. Koyunları gütmek için dışarı çıkmaya karar verdik. Türk Ordusu'nun bize zarar vermeyeceğini düşünüyorduk. Biz (yedi çoban ve dört kadın) köyden çıktık ve Spna bölgesine doğru yürüdük. Kadınlar erkeklerin önünde yürüyorlardı. Sonra, birden bire bizi yakalayan ve bize vurmaya başlayan bir çok Türk askeri ile karşılaştık. Yüzümüzü tokatladılar, bizi tekmelediler, çok kızgın ve kabaydılar. Sonra bizi ayırdılar ve kadınların köye geri dönmelerini istediler. Askerlerin, yedi çobanı mağaraya doğru götürdüklerini gördük. Köye döndük ve olanları diğer köylülere anlattık.

Köyden bazı erkekler gidip, Türk Ordusu subaylarından birinden vadideki koyun sürüsünü toplayıp getirmek için izin vermesini istediler fakat o izin vermeyi

reddetti ve adamlarımızın alikonulduğunu inkar etti. Sonra bazı erkekler Anshki'ye gidip, Türk Ordusu'nu sorumlu subayını sordular ve ondan çobanları serbest bırakmasını ve koyun sürülerini toplamak için izin vermesini istediler. Erkekler o gün, adamlar hakkında bilgi alabilmek için en az beş kez gittiler. Türk Ordusu subayı, eğer adamlar yakalanmışlarsa, serbest bırakılacaklarını söyledi. Subay, koyun sürülerini geri getirmeleri için adamlara izin verdi fakat çobanlarımız hakkında herhangi bir şey bildiğini inkar etti ve adamları, gidip çobanlarımızı aramamaları konusunda uyardı. Neden gidip çobanlarımızı aramamalarını gerektiğini sorduklarında, subay sinirlendi ve yanıt vermedi.

Bir kez daha, bazı köylüler çobanlarımızı aramak için vadiye gittiler. Koyun sürülerini öğleden sonra erken saatte buldular fakat çobanlarımıza neler olduğunu öğrenemediler. Partiye de (KDP) haber verdik. Bize, Türk Ordusu subaylarıyla bir çok kez buluştuklarını söylediler ancak bu, erkeklerimizin akıbetini değiştirmede.

Diğer gün, Türk Ordusu bölgemizden çekildikten sonra, adamlar, çobalarımızı aramak için çevredeki araziye gittiler. O gün oğlumu ve diğer dört çobanı buldular. Cesetleri ana yola getirildi ve oradan, tıbbi araştırma için Dohuk'taki hastaneye götürüldü. Diğer iki ceset iki gün sonra bulundu."

Tanık aşağıdaki soruları yanıtlamıştır:

“(S)oru : Aslen nerelisiniz?

(Y)anıt : Aslen Terina Köyündeniz ve Saddam rejimi tarafından buraya göç ettirildiğimizden beridir Azadi ortak (kollektif) köyünde yaşıyoruz.

S : Oğlunuzu öldürdükleri yer ne kadar uzaktadır?

Y : Köyümüzden yürüme mesafesiyle yaklaşık ¼ saat

S : Oğlunuz kaç yaşındaydı?

Y : Yirmi yaşındaydı.

S : O gün yanınızda olan diğer üç kadın kimdi?

Y : Fatma Derviş, Fatma Salim ve Saliha Şawan

S : Bize tanıklık yapabilirler mi?

Y : Evet

S : Oğlunuzu öldürdükleri yer, buradan ne kadar uzaktadır?

Y : Yaya olarak yaklaşık on beş dakika

S : Oğlunuzu kimin öldürdüğünü düşünüyorsunuz?

Y : Türklerin

S : Oğlunuzu öldürenlerin Türkler olduğunu nereden biliyorsunuz?

Y : Onların Türkler olduğunu biliyorum. Benim oğlum diğer çobanlar gibi masumdu ve Türkler onları öldürdü. Türk askerlerinin, oğlumu ve diğer çobanları alıp götürdüklerini gördüm.

S : Neden Türk Ordusu oğlunuzu öldürsün ki?

Y : Bilmiyorum. O, yanlış bir şey yapmadı. Masumdu. Masum bir adamı öldürdüler. Onlar (Türkler) Kürtleri öldürmek istiyorlar.

S : Oğlunuz silahlı mıydı?

Y : Hayır, bir çakmak dışında üzerinde herhangi bir şey yoktu.

S : Türk Ordusu'nun oğlunuzu öldürdüğüne dair tanıklarınız var mı?

Y : Evet. Biz dört kadın olarak, Türk Ordusu'nun erkeklerimizi alıp götürdüklerini gördük Parti'ye de (KDP) sorabilirsiniz, zira onlar Türk Ordusu subaylarıyla konuştular.

S : Oğlunuzu nasıl öldürdüler?

Y : Onu parçaladılar. Kulakları kesilmişti, ağzından dilini koparıp aldılar. Size anlatamam. Hiç bir şey bırakmadılar. Onu zincirlediler ve sürüklediler. Vücudu kurşunlarla doluydu, cinsel organı kesilmişti.

S : Türk Ordusu'yla bağlantılı herhangi bir yere bir dilekçe verdiniz mi?

Y : Evet.

S : Nereye?

Y : Dohuk'ta Sarsang'a, ben ve diğerleri birçok yabancı grupla konuştuk.

S : Ölümle ilgili bir soruşturma var mı?

Y : Hayır, onlar (Dohuk Valisi) bize olayı soruşturacaklarını söyleyip duruyorlar. Her biri ifademizi alıyor ve Allah'ın bize yardım edeceğini söylüyor.

S : Oğlunuz ve kocanızla ilgili otopsi raporları size verildi mi?

Y : Hayır, verilmedi. Sizin için bir örnek almaya çalışacağım.

S : Beyanınıza eklemek istediğiniz başka bir şey var mı?

Y : Olan biten her şeyi size anlatamayacağım çünkü yüreğim yanıyor. Oğlum ve kocamın masum olduklarını ve kimseyle herhangi bir sorunları olmadığını biliyorum. Türkler beni çocuklarımla bıraktılar ve nasıl yaşayacağımı bilmiyorum. Lütfen gerçeğin açığa çıkmasına yardım edin. "

b. Bebin Ahmet Ömer

28. Başvurucu, Türk Ordusu mensupları tarafından öldürüldüğü iddia edilen bir çoban olan Ahmet Fatih Hasan'ın karısıdır. Başvurucu ifadesinde aşağıdaki hususları iddia etmiştir:

"2 Nisan sabah erken saatleriydi ve uzakta silah seslerini duyduğumda evdeydim. Türk Ordusu'nun bölgede olduğunu duymuştuk ve çobanlarımız koyunlarla dışarıdaydılar, bu yüzden kaygılıydım. Neler olduğu öğrenmek için dışarı çıktım. Dışarıda başka insanlar da vardı ve bir adam onlara, Türk Ordusu'nun köyümüzün yakınlarında olduğunu ve silah sesinin mağara yönünden geldiğini anlatıyordu. Burası köyden uzak olmayan Spna istikametindedir. Adam, Türk Birlikleri'nin mağara içinde ateş ediyorlarmış gibi geldiğini söyledi.

Ne yapacağımız hakkında konuştuk ve gidip çobanları bulmaya karar verdik. Ben ve diğer kadınlar erkekleri aramaya gittik. Aramaya gidenler sadece kadın olursa, zarar görmeyeceğimizi düşündük.

Askerleri uzaktan gördüğümüzde, adamlarımız onlarla birlikteydi. Askerler bizi gördüler ve korkutmak için bize ateş etmeye başladılar. Onlardan uzaklaştık ve neler olduğunu izledik. Çobanlarımızı Türk askerleriyle birlikte gördük fakat herhangi bir şey yapamadık. Aşağıda vadide başka bazı askerler gördük ve çobanları yanına gitmemize izin vermelerini istemek üzere onlara doğru gittik. Onlara yalvardık fakat silahlarını bize doğrulttular, bunun üzerine onlardan uzaklaştık.

Adamları aramakla biraz zaman geçirdik ve mağarayı yokladık fakat kimse yoktu. Yakına bir Türk ordu helikopterinin indiğini gördüğümüzde hala çobanları arıyorduk. Başka bir grup Türk askerlerine gittik ve çobanları görmemize izin vermelerini istedik ancak bize izin vermediler. Uzun bir süre aradık fakat çobanları bulamadık. Sonra, köyün erkeklerine neler olup bittiğini anlatmak için köye geri döndük. Onlar yardım almak için KDP'ye (Kürdistan Demokrat Partisi) gittiler ve bazı erkekler de, adamların serbest bırakılması için bölgedeki Türk subaylarına gittiler. Yerel KDP şefi öncülüğündeki erkekler, adamların serbest bırakılması ve koyunların geri getirilmesine izin vermesi için, Anski'deki sorumlu Türk subayına gittiler fakat o hiçbir şey bilmediğini söyledi. Biz, çobanlarımızı Türk askerleriyle birlikte görmüştük ve dolayısıyla çobanların güvenliği için kaygılanıyorduk.

Diğer gün bazı insanlar, adamları aramak için tekrar dışarıya çıktılar. Mağaranın yakınında beş cesedi buldular. Kocamın cesedi içlerindediydi. Cesetler, Dohuk'taki Azadi Hastanesi'ne götürülebilsin diye anayola getirildi. Köy halkı, diğer iki kayıp çobanı aramaya devam etti. İki gün sonra onların cesetlerini buldular."

c. Safiya Şawan İbrahim

29. Başvurucu, Türk ordu mensupları tarafından öldürüldüğü iddia edilen çobanlardan biri olan Abdullah Teli Hüseyin'in karısıdır. İfadesi şöyledir:

“O sabah, 2 Nisan 1995’te, kocamla birlikte, diğer çobanlar ve kadınlarla beraber koyunlara bakmak için işe koyulduk. Yedi çoban ve benimle birlikte dört kadın vardı. Türk askerleriyle karşılaştığımızda, köyden çok uzağa gitmemiştik. Çok sayıda asker vardı ve bizi çevrelediler. Bize saldırmaya başladılar ve tüfeklerinin dipçikleriyle bize vurdular ve bize küfrederek bağırıyorlardı. Erkekler kadar, kadınlara da vurdular. Bir süre sonra kadınlara, köye geri dönmelerini söylediler. Biz ayrıldığımızda, erkekler hala askerlerle birlikteydi. Bu zaman zarfında, yedi çoban askerlerle birlikteydi.

Köye geri döndük ve neler olduğunu köyün erkeklerine anlattık.

Köyün erkekleri, yanlış bir şey yapmadıklarından dolayı çobanların serbest bırakmalarını istemek için Türk Ordusu subaylarına gitmek üzere yola koyuldular. Erkekler, gün boyunca ordu subaylarına birçok müracaatta bulundular ve başka müracaatlar için Anshki’ye gittiler. Kendilerine köye dönmelerinin söylendiğini ve adamları aramamak konusunda uyarıldıklarını anlattılar. Erkekler, çobanları aramak için dışarı çıktılar ve koyun sürülerini buldular fakat çobanlardan bir eser yoktu. Diğer gün köyün erkekleri, çobanları aramak üzere bir kez daha dışarı çıktılar. Beşinin cesedini buldular. İki gün sonra diğer ikisinin cesedi bulundu.

Kocamın cesedini gördüm. Bir sürü kurşunla öldürülmüştü. Ceset hastaneye götürüldü.

Kocama yaptıklarından dolayı askerler aleyhinde gerekli girişimlerde bulunmak istiyorum.”

d. Fadime Derwiş Murti Han

30. Başvurucu, 2 ve 3 Nisan 1995 tarihleri arasında Türk ordu mensupları tarafından işkence edilerek öldürüldükleri iddia edilen, Serbest Abdulkadir İzzet’in annesi ve Abdulkadir İzzet Han (Hasan)ın karısıdır. İddiaları şunlardır:

“Kocamın öldürüldüğü olayın olduğu günden önceki gün, köyümüzden, aşağıda vadideki orduyu görebiliyorduk.

2 Nisan 1995 sabahı, kocam ve oğlumla beraber koyun gütmeye gittim. Diğer kadınlar ve erkeklerle karşılaştık ve Spna yönüne doğru yola koyulduk. Biz erkeklerle birlikte gittik çünkü erkekler, onlarla birlikte olursak herhangi bir sorun çıkmayacağını düşünüyorlardı. Erkeklerin önünde yürüdük. Grupta, yedi erkek ve dört kadın vardı. Türk askerleri bizi durdurdu. Bizi dövdüler, tüfeklerinin dipçikleriyle vurdular ve bizi aşağıladılar. Hayatımdan endişe ettim. Askerler geri dönmemizi söylediler ve çobanlarımızı kendileriyle beraber götürdüler. Koşarak köye döndük ve neler olduğunu, köydeki erkeklerle anlattık.

Tekrar vadiye gittik ve günün kalanını çobanlarımızı arayarak geçirdik. Bazı erkekler, çobanlarımızın serbest bırakılmasını istemek için Türk askerlerine gittiler. Ardından bazı erkekler Anshki'ye gittiler ve yüksek rütbeli bir Türk Ordusu subayından çobanlarımızı serbest bırakmasını ve koyunları geri getirmemize izin vermesini istediler. Erkekler, çobanlarımız hakkında bilgi almak için, o gün defalarca gittiler. Parti (KDP) temsilcileri de, defalarca, Türk Ordusu subaylarının yanına gittiler fakat hiç bir şey olmadı.

Diğer gün, kocamın ve oğlumun cesedi, kendilerine korkunç şeyler yapılmış şekilde bulundu. Cesetler mağarada bulundu. Diğer üç çobanın cesedi onlarınkiyle birlikte bulundu. Öteki iki çobanın cesedi birkaç gün sonra bulundu.

Çobanlarımıza yapılmış olan, korkunç bir şeydi. Kocam ve oğlum yanlış bir şey yapmadılar. Bunu, ona ve diğerlerine neden yaptıklarını bilmiyorum. Lütfen bize yardım edin. Geride bir şeyimiz kalmadı."

e. Fahime Salim Muran

31. Başvurucu, 2 ve 3 Nisan 1995 tarihleri arasında Türk Ordusu tarafından işkenceyle öldürüldüğü iddia edilen Muhammed Şerif'in karısıdır. Başvurucunun ifadesi şöyledir:

"Olay günü, kocam ve diğer çobanlarla beraber koyun gütmeye gitmek için hazırlandım. Türk Ordusu'nun bölgede olduğunu duymuştuk fakat tehlike hissetmedik. İşimizi yapmak için gittik. Koyun gütmek için, kocamla beraber tepelere gidiyordum. Hep beraber gittik. Ben diğer kadınlarla beraber yürüdüm. Askerler önümüzde belirlediğinde, beraberce yürüyorduk. Etrafımıza geldiler ve bize tüfek dipçikleriyle saldırdılar ve bize vurdular.

Bizi döverlerken, bize bağırıyorlardı. Sonra köye geri dönmemiz söylendi ve erkekler hala askerlerle beraberdi. Askerlerin, erkeklerimizi mağaraya doğru götürdüklerini gördük. Erkekler yedi kişiydi. Biz dört kadındık. Köye geri döndük ve neler olduğunu diğer köylülere anlattık.

Adamlardan bazılarının gittiğini ve koyun sürülerini vadiden geri getirmek için Türk Ordusu subaylarından birinden izin istediklerini ve erkeklerin serbest bırakılmasını subaydan talep ettiklerini biliyorum. Aynı gün içinde sonradan, adam Anshki'deki daha büyük askeri üsse de gittiler ve sorumlu subaydan, erkeklerimizin gitmesine ve koyun sürülerinin dönmesine izin vermesini istediler fakat erkeklerimiz hakkında herhangi bir bilgi alamadılar. Erkekler, çobanları aramaya gitmemeleri için uyarıldılar.

Kocamın cesedi sonraki gün bulundu. Cesedi paramparçaydı. Defalarca kurşunlanmıştı. Türklerin bunu ona neden yaptıklarını bilmiyorum. O, masum bir adamdı ve biz koyunlarımızı olatmaya gidiyorduk.

Türkler kocamı öldürdüler ve onun dört kardeşini de öldürdüler (ayrı bir olayda). Bizim orduyla bir derdimiz yoktu ve erkeklerimizi öldürmeleri için bir neden yoktu.

Kocamın cesedi, tıbbi inceleme için Dohuk'taki hastaneye getirildi. Türkler artık gittiler fakat ben babasız çocuklarımla kaldım. Başımıza gelen bu korkunç şeylerle ilgili olarak kime müracaat edeceğimi bilmiyorum."

f. Besna Raşit Ömer

32. Başvurucu, Türk Ordusu mensupları tarafından öldürüldüğü iddia edilen çobanlardan biri olan Guli Zekri Guli'nin karısıdır. Başvurucu ifadesinde, aşağıdaki hususları iddia etmiştir.

"2 Nisan 1995'te sabahın erken saatleriydi ve çocuklarıma kahvaltı hazırlamak için uyandım. Kahvaltı hazırlarken, silah sesleri duydum. Korktum ve evden dışarı çıktım. Köylümüzü gördüm ve neler olduğunu sordum ve mağara yönünden silah sesleri geldiğini söyledi. Türk Birlikleri'nin mağaranın içinde ateş ediyorlarmış gibi geldiğini bana söyledi. Bir süre sonra ben ve diğer dört kadın, Bebin, Binafis, Safiyya, Bahiyya, silah seslerinin geldiği yöne gitmek için köyden ayrıldık. Dağlarda hayvanlarımızı otlatan, kocalarımız ve oğullarımız için çok kaygılanmıştık.

Sonra, çobanları Türk askerleriyle birlikte gördük. Onlara doğru yürüdük ve Türk Birlikleri'nden hala çok uzaktayken, herhangi bir ikazda bulunmaksızın birden üzerimize ateş ettiler. Kendilerine yaklaşmamamız için, muhtemelen bizi korkutmak istiyorlardı. Çobanlarımızın askerlerce götürülüşünü gördük. Vadiden daha aşağıya ilerledik ve diğer bazı Türk askerleriyle karşılaştık. Çobanlarımız bırakmaları ve onlarla konuşmamıza izin vermeleri için yalvardık. Köye geri dönmeysek, bizi öldüreceklerini söylediler. Birçok rica ve yalvarışa rağmen, bizi köye dönmeye zorladılar.

Askerlerden ayrılmak zorunda kaldık ve askerlerin ne yapacaklarını görebilmek için, gittik ve vadiye bir yere saklandık. Dört asker bizi gördü ve yanımıza geldiler ve köye geri dönmemiz aksi takdirde öldürüleceğimiz tehdidinde bulundular. Bizi gördüklerinde çok sinirlendiler ve bize "sizi tekrar buralarda görmek istemiyoruz. Evinize geri dönün, aksi takdirde sizi öldüreceğiz" dediler.

Saklandığımız yeri terk ettik ve çobanları aramak için mağaraya gittik. Erkeklerimiz orada değildi. Sonra, yakına inen bir Türk ordu helikopteri gördük. Üçüncü

kez, kocalarımızı ve oğullarımızı görmeyi denedik, bu nedenle Türk askerlerinin yanına gittik ve çobanları görmemize izin vermelerini istedik ama bize izin vermediler. Onları mağarada görmeyince, askerlerin onları başka bir yere götürmüş olabileceklerini düşündük. Onları bulmaya çalışarak, öğleden sonra yaklaşık saat 1'e kadar arazide zaman geçirdik. Sonra köye geri dönmeye karar verdik. Köyün yakınındayken köyün erkekleri bize doğru geldiler ve neler olduğunu sordular. Onlara Türk Birlikleri'nin erkekleri götürdüğünü fakat bundan sonra ne olduğunu bilmediğimizi söyledik. Köyün erkekleri parti temsilcileriyle (Kürdistan Demokrat Partisi) KDP, Anshki'ye gittiler ve burada askeri komutanla görüştüler. Ona olayı anlattılar ve çobanlarımızı bırakmasını istediler. Türk ordu komutanı, önce, çobanların yakalanmasıyla ilgili bir şey bilmediğini söyledi. Daha sonra, Komutan KDP'lilere, çobanları bırakacaklarını söyledi fakat bu hiç gerçekleşmedi. Şaşkın ve ne yapacağımızı bilmez bir halde kalmıştık. Tekrar Anshki'ye gittiler ve Türk Birlikleri'nden çobanları görmelerine izin vermelerini bir kez daha istedik fakat erkeklerimiz hakkında daha fazla bilgi alamadılar. Türk komutanın partililere söylediği her şeyi hatırlayamıyorum fakat partiden sorabilirsiniz, size her şeyi anlatacaklardır.

Diğer gün köy halkı, çobanları aramak için bir kez daha vadiye gitti ve beşinin ölüsünü buldu. Cesetleri anayola getirdiler. Sonra, köyün erkekleri cesetleri Dohuk'taki Azadi hastanesine götürdüler. Köy halkı kayıp diğer iki çobanı aramaya devam etti. İki gün sonra cesetlerini buldular. Biri kocamın cesediydi. Cesetleri Dohuk'taki Azadi hastanesine götürdüler."

Aşağıdaki sorular sorulmuştur:

“(S)oru: Orada kaç asker vardı.

(Y)anıt: Bir sürü, fakat sayısını bilmiyorum. Ama askerler her yerdeydi.

S : Askerlerin Türk olduklarını nasıl anladınız?

Y : Çünkü Türkçe konuşuyorlardı ve o sırada çevrede Türk Ordusu vardı. Son birkaç gündür çevredeki arazide Türkler vardı. Arazinin her yerindeydiler. Burada başka bir ordu yok. Irak ordusu bir süre önce buradan ayrıldı ve onların üniformaları Türk Ordusu'nun üniformasından ayrıydı.

S : Yakına bir Türk helikopterinin indiğini gördüğünü söylüyorsunuz. Bunun Türk Ordusu Helikopteri olduğunu nereden biliyorsunuz ve neler oldu?

Y : Size söyledim ya, bölgede bir süredir başka ordu görmedik. Diğer bir alternatif Irak Ordusu'nun olmasıdır. Fakat bildiğiniz gibi, son dönemde Irak Ordusu'nu görmedik ve onları tanıyoruz. Askerler Irak Askeri değildi. Onlar bir süre önce ayrıldılar. Helikopterler vadiye askerleri ve yiyecek bıraktı.

S : Orayı terk etmezseniz Türk Ordusu'nun sizi öldürecekleri şeklinde tehdit ettiğini söylüyorsunuz. Nasıl?

Y : Silahlarını bize doğrultarak ve kötü sözler kullanarak ve bize bağırarak. Orayı terk etmemiz istendi ve bu tarz şeyler.

S : Kocanızın cesedini gördünüz mü? Cesedi anlatabilir misiniz?

Y : Kısa bir süreliğine gördüm. Kulaklarının kesilmiş olduğunu gördüm. (Ağlıyor) Size anlatamam, bu suçu işleyenler insan olamaz ve neden onu sadece silahla vurmaya yetinmediklerini anlamıyorum. Niçin onu bu şekilde öldürdüler? Kocanın cesedini nasıl bu şekilde kesebildiler? Bunlar insan değil.

S : Kocanız silahlı mıydı?

Y : Hayır, ömründe hiç silah taşımadı.

S : Kocanızın PKK ile herhangi bir bağlantısı var mıydı?

Y : Hayır. PKK'ı hiç görmedik. Onların peşmergelerini hiç görmedik. Onlarla hiçbir zaman sorunumuz olmadı.

S : Öyleyse Türk Birlikleri neden kocanızı öldürdü?

Y : Bilmiyorum. Belki Kürt olduğumuz için bizi sevmiyorlar. Bizi öldürüyorlar çünkü savunmasız ve bizi onlara karşı koruyacak kimse yok."

2. Irak'taki Amedi Bölgesinin KDP Başkanı Şükrü Nerwayi Tarafından, Çobanların Cesetleri Bulduktan Sonraki Gün Dohuk'ta Düzenlenen Basın Toplantısı Sırasında Yapılan Açıklama;

33. Bay Nerwayi, basın toplantısında aşağıdakileri iddia etmiştir:

"Türk Ordusu'nun sabah 04.30'da Spna ve Bawrki bölgelerine saldırdığı şeklindeki raporlar bana ulaştığında ben, Amediya kasabasıdaydım.

Türk Ordusu'yla geçmiş deneyimler, her nereye giderlerse yoksul insanlara saldırdıklarını bize öğretti. Örnek olarak; son olaydan önce iki vatandaşımız Hemzeki Köyü'ne dönüş yolundaydılar. Türk askerleri onları yakaladı. Onlara saldırıp dövdükten sonra birini öldürüp diğerini yaraladılar. Bu olayı Türk Ordusu komutanına bildirdim ve sivillerin yaralanmalarını engellemek için hareketlerden önce köylerini terk etmelerini isteyebilmek üzere, hareket konusunda bizi sürekli bilgilendirmelerini istedim.

Spna bölgesindeki Türk Ordusu hareketini duydum ve sabah erkenden Ka-dish'deki Türk Ordusu komutanına gittim. O'na, Türk Ordusu tarafından yakalanan bazı çobanlar hakkında bilgi aldığımı söyledim. Türk Ordusu tarafından yakalandıkları rapor edilen çobanların bu listesini (ölenlerin isimlerini içeren bir listeyi göstererek) resmen verdim. O'na, yakalanan insanların çoban olduklarını ve onları tanıdığımızı söyledim. Onların dışarıda koyunlarını otlattıklarını söyledim

ve kendi işlerine bakan masum insanlar oldukları için onları serbest bırakmak üzere emir vermesini komutandan istedim.

Bana, harekete geçeceğini söyledi. Gerçekten birliklerini telsizle aradı ve sonra, onlara adamları ve koyunları bırakmalarını emrettiğini bana söyledi. Kadish'teki bürome döndüm. Gün boyunca çobanlardan herhangi bir haber almayınca, onları en kısa sürede serbest bırakması için Türk Ordusu komutanına dört veya beş müracaatta bulundum. Her defasında, onları serbest bırakmaları için askerlerine emir vereceği sözünün verdi ve serbest bırakılmalarıyla ilgili mazeretler yarattı. Askeri harekattan sonra, adamların gitmelerine izin vereceğini söyledi. Türk Ordusu gece boyunca (Spna bölgesinden) çekildi ve diğer sabah tekrar Türk Ordusu komutanına gittim.

Bu sırada, adamların yakalandığını inkar etti. Git ve onları ara dedi: Muhtemelen öldürülmüşlerdir. Bölgeye bir kez daha giden çoban akrabalarına durumu anlattık ve çobanların cesetlerini bulduk.

Türk Ordusu'na müracaatlarda bulunduğumuzu ve Türk Ordusu'ndan çobanları bırakmalarını istediğimizi ancak bunu yapmadıklarını bilmeniz için bunları anlatıyorum. Bu adamları öldürenlerin bilinmesi için, olayı kamuoyunun dikkatine sunacağımızı umuyorum. Hem Türk Ordusu'nun gelecekteki zulmünü engellemek ve hem de üzerimizde kurdukları baskıyı bitirmek için bir şeyler yapacağımızı umut ediyorum."

3. 4 Nisan 1995 Tarihli Adli Otopsi Raporları

34. Ahmet Fatih Hasan, İsmail Hasan Muhammed, Abdulmelik Hüseyin, Abdulkadir İzzet Han, Adbulrahman Muhammed Şerif, Sarias Abdulkadir ve Gulei Thekeri'nin cesetleri üzerinde, Irak Adalet Bakanlığı'na bağlı Bağdat Adli Tıp Enstitüsü'nde, uzman cerrah Dr. Abdullah Salih tarafından otopsi gerçekleştirilmiştir.

35. Dr. Abdullah Salih, ölüm nedenini, silah yaralarına bağlı beyin hasarı olarak teşhis etmiştir. Ölenlerin vücutlarındaki silah yaralarının, kesiklerin ve diğer yaraların varlığını belirlemiştir.

4. "Türk TV İstasyonlarından Belgeseller" Başlıklı Video Kaydının Kopyası

36. Değişik Türk TV istasyonlarından derlenmiş bu video kaydı, 19 Mart ve 2 Mayıs 1995 tarihleri arasında Kuzey Irak'taki Türk askeri varlığına ilişkin görüntüler içermektedir. Ayrıca, Türk Ordusu tarafından Kuzey

Irak'ta yürütülen askeri hareketlerle ilgili görüşmeleri ve haber bültenlerini kapsamaktadır.

5. Başvurucuların Akrabalarının Öldürülmesine İlişkin Olarak Kuzey Irak'taki Dohuk Valisi Tarafından Düzenlenen Basın Toplantısıyla İlgili Video Kaydının Kopyası ve Ölenlerin Organları Kesilmiş Cesetlerin Görüntüleri

37. 4 Nisan 1995'te Dohuk Valisi, uluslararası insan hakları örgütleri ve ajans temsilcilerinin, Kürdistan Demokrat Partisi (KDP) ve Kuzey Irak'taki yerel parlamento temsilcilerinin, aynı zamanda ölen insanların akrabalarının da katıldığı bir basın toplantısı düzenlemiştir. KDP sözcüsü, basın toplantısının amacının, Türk Ordusu'nun 19 Mart 1995'ten beridir Kuzey Irak'a geçmesi hakkında bilgi vermek olduğunu belirtmiştir.

38. Türk Ordusu kuvvetlerinin Sersing, Amedia ve Spna bölgelerini denetim altında bulundurdukları iddia edilmiştir. Bu süre zarfında Türk Ordusu tarafından yürütülen askeri hareketin bir sonucu olarak, on bir kişinin öldüğü, yedi kişinin yaralandığı, otuz bir evin yakıldığı ve güvenli olmadığı gerekçesiyle elli bir köyün halkının evlerini terk ettiği iddia edilmiştir.

39. KDP sözcüsü, 2 Nisan 1995'te on bir kişinin Türk askeri birlikleri mensupları tarafından yakalandığını iddia etmiştir. Bunlar Adbulkadir İzzet, Serbest Abdulkadir, İsmail Hasan Şerif, Abdullatif Hüseyin, Abdurrahman Muhammed Şerif, Guli Zikri, Ahmet Fatih, Fatma Derwiş, Fehime Selim, Safiya Zwa ve Halime Musa'dır. Hepsi kadın olan son dört kişi serbest bırakılmış ve köylerindeki akrabalarına haber vermişlerdir. Köylüler, yedi kişinin Türk Ordusu'nca yakalanıp alıkonulması ile ilgili olarak, Amedia bölgesinden sorumlu KDP görevlisi bay Şükrü'ye bilgi vermişlerdir. Bay Şükrü Türk Birlikleri'nin komutanıyla konuşmaya gitmiş ve ondan, adamları serbest bırakmasını istemiştir. Gözaltındaki kişilerin isimlerini içeren bir dilekçe de sunmuştur. Türk Birlikleri'nin komutanı, şahısların serbest bırakılacakları sözünü vermiştir. Bununla beraber Türk Ordu Birlikleri'nin çekilmesinin ardından, köylüler yedi adamdan dördünün cesedini bulmuşlardır. Cesetlerin organları ve bazılarının başları kesilmiştir. Basın toplantısının sonunda, bay Şükrü kürsüye çıkmış ve Türk Birlikleri'nin komutanının, bu adamları öldürdüklerini inkar ettiğini belirtmiştir. 4 Nisan 1995'te iki adam hala kayıptır.

40. KDP sözcüsü, Türk Ordusu'nun bölgedeki eylemlerini kınadıklarını ve geri çekilmeye davet ettiklerini belirtmiştir. Türk Ordusu tarafından işlenen suçlar için Türk hükümetinden tazminat isteyeceklerini belirtmiştir.

41. KDP sözcüsü, Kuzey Irak'tan çekilmesi için PKK'ya da çağrıda bulunmuştur. PKK eylemleri dolayısıyla, son dört yıldır, orada oturanların Türkiye sınırı boyunca ev yapamadıklarını ve yeni köyler kuramadıklarını ifade etmiştir. Bu bağlamda, 340 kilometrelik sınırın denetlenmesindeki zorlukların altını çizmiştir.

42. Basın toplantısının sonunda, ölenlerin, organları kesilmiş cesetleri ve cesetlerden çıkarılan kurşunlar gösterilmiştir.

6. Türk Ordusu'nun Kuzey Irak'taki Askeri Harekatları Hakkında Yazan Türk Gazeteci Koray Düzgören'in Beyanları ve Raporu

43. Yazılı beyanlarında Koray Düzgören, Türk Ordusu'nun, Körfez Savaşı'ndan önce Mayıs 1983, Ağustos 1986, Mart 1987'de ve Körfez Savaşı'ndan sonra, 5 Eylül 1991, 11 Ekim 1991, 16 Mayıs 1992 ve 7 Ekim 1997'de PKK militanlarına karşı "*Sıcak Takip Eylemleri*" olarak adlandırılan sınır ötesi hareketler yürüttüğünü iddia etmiştir. Bu hareketlerin, PKK militanlarının Türkiye'ye girişini engellemeyi ve Kürt gruplarını Kuzey Irak'ta bir Kürt devleti kurmaktan caydırmayı amaç edindiğini iddia etmiştir. Ağustos 1992'de eski Genelkurmay Başkanı Hüseyin Kıvrıkoğlu tarafından yapılmış açıklamalara dayanarak, Türk Birlikleri'nin, Kuzey Irak'taki Sarsing bölgesi yakınlarındaki küçük bir havaalanı dolaylarında konuşlandığını belirtmiştir.

44. 5 Haziran 1996 tarihli raporunda bay Düzgören, 20 Nisan 1996'dan itibaren on yedi köyün Türkiye sınırındaki tepelerden veya helikopter ve hava araçlarından aralıklı ağır silah ateşi saldırılarına maruz kaldığını belirtmiştir. Türk Ordusu tarafından açılan ağır silah ateşi binalarda hasara neden olmuş ve bir kişiyi öldürmüş, on bir kişiye de yaralamıştır. Ona göre, bu saldırıların gerekçesi, sınırın güneyinde bir tampon bölge yaratmak ve bölgedeki köylüler tarafından PKK'ya verilen lojistik desteği kesmektir.

7. Haziran 1996'da, Bir Türk Çalışma Grubu Olan "Barış İçin Biraraya" Tarafından Hazırlanmış, Türk Ordusu Tarafından Gerçekleştirilen Sınır Ötesi Harekat Kronolojisi

45. Türk güvenlik güçleri, Ocak 1994 ve Kasım 1998 arasında on dört büyük sınır ötesi harekat gerçekleştirmiştir. "*Çelik Operasyonu*" denilen ve tanklar, zırhlı araçlar, hava araçları ve helikopterler desteğindeki yetmiş bin ila seksen bin askerin katılımıyla gerçekleştirilen en büyük harekat, 19 Mart ile 2 Mayıs 1995 arasında yaklaşık altı hafta sürmüştür. Türk Bir-

likleri, Irak'ın içine 40-50 kilometre güneyine ve 385 kilometre doğusuna girmişlerdir.

8. Kürdistan Demokrat Partisi Ankara Bürosu Temsilcisi Bay Safin Dizayi Tarafından, Türk Dışişleri Bakanlığı'na Yazılmış 23 Ekim 2000 Tarihli Mektup

46. Hükümet, Kuzey Irak'taki iki ana Kürt fraksiyonundan biri olan Kürdistan Demokrat Partisi (KDP) tarafından temin edilen bir belge sunmuştur. Belgede şunlar yazılıdır:

"Olay sırasında, bay Newayi Türk Ordusu'yla koordinasyonu yürütüyordu ve ordu aleyhinde herhangi bir suçlama yapılmadığından bu tarz sonuçlara ulaşılabilecek herhangi bir soruşturma yürütülmedi. Iraklı Kürt vatandaşlar olarak, öldürülen bireylerin aileleri, olayı bildirmek için KDP ve yerel mercilerle temas kurdular ki bu da yapılacak doğal bir şeydi.

Olayın olduğu sırada PKK, Behdinan'da (Dohuk İli) etkindi ve KDP peşmergeleri ile PKK arasında birçok karşı karşıya gelme olayı rapor edildi."

9. Irak Kürtlerine Tazminat Ödendiğini Bildiren 5 Ekim 2000 Tarihli Gazete Haberi

47. Günlük bir gazete olan "Bin Yıl", 5 Ekim 2000 tarihli baskısında, Iraklı Kürt liderlerden biri olan bay Mesut Barzani'nin, Ankara ziyareti sırasında, Türk Ordusu'nun 15 Ağustos'ta Kuzey Irak'taki hava taarruzu sırasında hayatını kaybeden otuz sekiz kişinin akrabalarına Türk hükümetinin tazminat ödediğini ifade ettiğini belirtmiştir. Bay Barzani, olayla ilgili olarak ciddi bir soruşturmanın yürütüldüğünü söylemiştir. Ayrıca saldırının kasti olmadığını ve ailelerin kendilerine sunulan tazminatı aldıklarını belirtmiştir. Bay Barzani'ye yakın kaynaklara göre, başka emsali olmayan ödeme peşin yapılmıştır.

10. Adli Patolog Dr. Chris Milroy'un Raporu

48. Bir grup Iraklı köylünün cesedini (yukarıdaki 42. paragrafa bkz.) gösteren video filmini izledikten sonra, Dr. Milroy aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur:

"... Bütün cesetlerde birden çok ateşli silah yarası vardır. Kameraman büyük yaralar üzerinde yoğunlaşma eğilimindedir fakat nispeten küçük dairesel yaralar da gösterilmektedir. Bütün yaralar, yüksek hızdaki kurşunlar tarafından açılmış

gibi görünmektedir. Böylesi kurşunları ateşleyecek tipik silah, 7.62 mm veya 5.56 mm'lik tüfektir. Cesetlerdeki görece büyük yaralar, kurşunların çıkış yaralarıdır, bazı durumlarda daha büyük haldeki yaralar muhtemelen vücuttan çıkan kemik kırıkları tarafından meydana getirilmiştir. Nispeten küçük yaralar, kurşunların giriş yaralarıdır.

Bu videodan, bu insanların vuruldukları menzili tayin etmek olanaklı değildir. Bazı yaralar, cinsel organların yakınındadır fakat hepsi kurşun yarası gibi görünmektedir ve başka bir silahın kullanıldığına veya kasten cinsel organların kesildiğine dair bir kanıt yoktur.

Videoda, 'MKE' yazılı mermi kovanları da gösterilmektedir. MKE, Türkiye-Ankara-Kırıkkale'deki Makine Kimya Endüstrisi Kurumu fabrikasının işareti-dir.

Bütün cesetlerin her yanında, yüksek hızlı tüfeklerden ateşlenmiş kurşunların neden olduğu bir çok ateşli silah yarası görülmektedir."

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

a. Türk Ceza Yasası

49. Türk Ceza Yasası,

a. Bir kimseyi kişi hürriyetinden gayri meşru surette yoksun bırakmayı (genel olarak m. 179, memurların işlemesi halinde m. 181),

b. Bir kimseyi işkence veya kötü muameleye maruz bırakmayı (m. 243 ve 245),

c. Kasti olmayan adam öldürme (m. 452 ve 459), kasten adam öldürme (m. 448) ve cinayeti (m. 450).

suç olarak düzenlemiştir.

50. Eğer bu cezai eylemlerin şüphelileri askeri personelse, onlar da yukarıda belirtilen suçlara göre yargılanabileceklerdir. Bu koşullardaki kovuşturmalar, Ceza Usul Yasası'ndaki yetkili merci önünde ilgili kişilerce (askeri olmayan) veya sanığın hiyerarşik üstü tarafından (Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 353 sayılı Yasa'nın m. 93 ve 95) gerçekleştirilebilir.

b. İlgili Uluslararası Mevzuat

51. İlgili uluslararası hukuk mevzuatının bir dökümü Bankovic ve Diğerleri-Belçika ve diğer on altı sözleşmeci devlet davasında (karar) (BD) bulunabilir, başvuru no. 52207/99, §§ 14-27, AİHM 2001-XII.

HUKUK**I. ÖN SORUN: HÜKÜMETİN, YETKİ ALANINA İLİŞKİN
ÖN İTİRAZLARI VE BAŞVURUCULARIN HAK DÜŞÜMÜ
(ESTOPPEL) ARGÜMANLARI****A. Tarafların Sunumları****1. Hükümet**

52. Kabul edilebilirlik aşamasından sonraki 9 Temmuz 2002 tarihli gözlemlerinde hükümet, mahkemenin yukarıda anılan 12 Aralık 2001 tarihli Bankovic ve Diğerleri kararındaki kabul edilemezlik kararına bağlı olarak, görülmekte olan davada “yetki alanı” meselesini araştırma ihtiyacının ortaya çıktığını belirtmiştir. Hükümet, Bankovic ve Diğerleri kararında, mahkemenin, Sözleşme’nin 1. maddesinin kapsamının yorumlanmasına ilişkin önceki içtihadından ayrıldığını öne sürmüştür. Bankovic ve Diğerleri kararından önceki bir tarihe denk gelen başvuruların davasında yetki alanı konusu kabul edilebilirlik kararında çözümlenmemiş bırakıldığından, mahkeme ilk aşamada, başvurunun yer yönünden yetkiyle (ratione loci) bağdaşırılığı ile meşgul olmalıdır.

2. Başvurucular

53. Başvurucular, mahkemenin, Bankovic ve Diğerleri davasında, madde 1 ile ilgili var olan içtihadını yalnızca rafine ederek Bankovic ve Diğerleri davasının olgularına uyguladığı şeklinde bir yanıt vermişlerdir. Her halükarda, konu, şikayetlerinin kabul edilebilirliği aşamasında karara bağlanmıştır. Bu durumda, yargılamanın bu ileri aşamasında, hükümet, kabul edilebilirliğe ilişkin bir konuda yeni bir itiraz ileri sürmekten hak düşümüne uğramış olarak değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, başvurucular, yetki alanı konusunu, dürüstçe, hem ilk başvurularında ve hem de kabul edilebilirlik öncesi beyanlarında ifade etmişlerdir. Hükümet, hiçbir zaman, Türkiye’nin yetki alanının davanın olgularını içerdiği iddiasını çürütmeye çalışmamış ve kendisini Sözleşme’nin 35/1. maddesindeki, başvurunun kabul edilebilirliği koşullarını sorgulamakla sınırlamıştır. Bu

aşamada, hükümete, kabul edilebilirlik meselesini tekrar açma olanağını tanımak, belirlilik ve kesinlik ilkelerini temelinden sarsacak ve “silahların eşitliği” ilkesini boşa çıkaracaktır.

54. Daha da ötesi, hükümet ve mahkeme, bu davada yetki alanını zaten kabul etmişlerdir. Başvurucular, Türkiye de dahil olmak üzere davalı devletlerin Bankovic ve Diğerleri davasında mahkemeye yaptıkları sunumlarda, “... yabancı topraklarda bu insanlar üzerinde askeri güçler aracılığıyla yasal otoritenin veya yetki alanının böylesi klasik kullanımı” (Bankovic ve Diğerleri, yukarıda § 37’de değinilen) şeklinde bir açıklamayla, mahkemenin, Issa kararındaki kabul edilebilirlik kararıyla açıkça uzlaştıklarını, gerekçelendirmiştir. Böylece, Türk hükümetinin bu argümanın etkisini zımnen kabul ettiği ve davanın koşullarına uygulanmasını kabul ettiği söylenebilir. Aynı şekilde, Mahkeme, iç hukuk yolları konusu hakkında karar verirken, yetki alanını fiilen kabul etmiştir. Başvuruculara göre, Mahkemenin kabul edilebilirlik konusunda karar verirken, Türkiye’nin yetki alanını değerlendirmemiş olması olanaksızdır. Kabul edilebilirlik kararı genel ve siyasal bağlam yanında, Türkiye aleyhine olan diğer yargulamalara yapılan göndermelerle beraber ayrıntılı şekilde incelendiğinde, Türkiye’nin Sözleşme’nin 1. maddesi içerisinde ele alındığı temelinde ancak anlaşılır hale gelir.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

55. Bu davada Hükümet, kabul edilebilirlik kararından önce yetki alanı konusunu açıkça dile getirmemiştir. Bununla beraber, başvurucuların iddialarının olgusal temelini her zaman reddetmiş ve başvurucuların, öldürülen çobanların, o sırada Kuzey Irak’ta harekatta olan Türk Silahlı Kuvvetleri’nin denetim ve otoritesi altında oldukları ve dolayısıyla Türkiye’nin yetki alanı içerisinde buldukları şeklindeki belli ve çok önemli iddialarını zımnen reddetmiştir. Mahkeme’nin görüşüne göre ve Mahkeme İçtüzüğü’nün 55. maddesindeki şartlara rağmen, Hükümet bu aşamada yetki alanı konusunu dile getirmekten alıkonulmamalıdır. Bu konu, iddiaların temelini oluşturan olgularla kaçınılmaz biçimde bağlantılıdır. Böyle olduğu için, bunu esasa ilişkin aşamaya zımni olarak aktarılmış olarak kabul etmek gerekir. Mahkemenin, kabul edilebilirlik konusunda karar verdiğinde, Türkiye’nin yetki alanı olduğunu kabul ettiği şeklindeki başvurucuların argümanını kabul etmeyebileceğini de eklemek gerekir. Bu bağlamda, Bankovic ve Diğerleri kararında Büyük Daire’nin “her durumda (Issa davasının) esası bilahare kararlaştırılır” (aynı yerde, § 81) şeklindeki olguya göndermede bulunur.

Sonuç olarak, yetki alanı sorunu, Mahkeme’nin önündeki davada hayati bir konu olarak görülmeli ve bu nedenle incelenmelidir.

II. BAŞVURUCULARIN AKRABALARININ TÜRKİYE'NİN YETKİ ALANI İÇERİSİNDE OLUP OLMADIKLARI

A. Mahkemeye Sunulan Argümanlar

1. Hükümet

56. Bankovic ve Diğerleri kararı, sözleşmeci bir devletin kendi toprakları dışındaki yetki alanındaki eylem uygulamalarının mahkemece tanınmasının istisnai olduğunu göstermektedir zira bu tür eylemler başka bir devletin egemenliği ile çatışmaktadır. Bu karar ayrıca, Sözleşme'nin esasen bölgesel bağlam içerisinde ve sözleşmeci devletlerin hukuk alanlarında (espace juridique) yürürlükte olan bir anlaşma olduğunu ve yetki alanının sadece, söz konusu bölgenin normal olarak Sözleşme tarafından kapsandığında oluşacağını teyit etmektedir.

57. Irak, ulusal toprakları üzerinde yetki alanını etkin olarak kullanan bağımsız ve egemen bir devlettir. Ne Avrupa Konseyi'nin bir üyesi, ne de Sözleşme imzacısıdır. Bununla bağlantılı olarak, Türkiye'ye yüklenen eylemler Sözleşme'nin koruma sistemi kapsamına ve/veya sözleşmeci bir devletin yetki alanı içerisine girememektedir. Başvurucular, mahkemenin karar verirken bir davayı görmeye yetkili olmadığı durumda insan hakları sisteminde bir boşluk ortaya çıkacağı argümanına bel bağlayamazlar.

58. Başvurunun kabul edilebilirliği üzerine sunumlarını yaparken Hükümet, Türk Birlikleri'nin 19 Mart ile 16 Nisan 1995 arasında Kuzey Irak'ta bir hareket yürüttüğünü kabul etmiştir. Ancak başvurucularca belirtilen bölgede hiçbir Türk askeri olmamıştır. Bu askeri hareket sırasında Türk Birlikleri Medine Dağı'na ilerlemişlerdir. Bununla beraber, şüpheli olayın gerçekleştiği yer Medine Dağı'nın on kilometre güneyindedir ve dolayısıyla operasyon bölgesinin ötesindedir. Silahlı kuvvetler kayıtları, başvurucular tarafından belirtilen bölgede hiçbir Türk askerinin olmadığını göstermektedir. Hükümete göre, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sınırlı bir zamanda ve sınırlı bir amaç için Kuzey Irak'taki küçük varlığı "yetki alanı" ile eşdeğer değildir. Türkiye, Irak'ın herhangi bir parçasında etkin denetim sağlamamıştır ve görülmekte olan başvuruda kendisine yüklenen eylemlerden Türkiye'nin sorumlu tutulamayacağına karar verilmelidir.

59. Hükümet, ayrıca, o sırada Medine Dağı bölgesinde harekatta olan Türk Silahlı Kuvvetleri subaylarından herhangi birine herhangi bir şikayetin yapılmadığına ve dolayısıyla, Türkiye'nin suçlandığı olayla ilgili olarak herhangi bir soruşturmanın yürütülmediğine işaret etmiştir. Amedi bölgesinin KDP Şefi bay Şükrü Newayı tarafından, Dohuk'ta düzenlenen bir basın

toplantısında yapılan açıklamaların video kaydı ile ilgili olarak, Hükümet, KDP Ankara Temsilciliği'nin bay Newayi tarafından yapılan açıklamaların güvenilirliğini kanıtlamak ve mahalli otoriteler tarafından yürütülen soruşturmaların akıbetini araştırmak için temas kurduğunu gözlemektedir. KDP temsilciliği, bay Newayi'nin Türk Ordusu'yla KDP'nin temasını sağlayan kişi olduğunu, Türk Ordusu aleyhinde herhangi bir suçlama olmadığını ve olayla ilgili hiçbir soruşturmanın yürütülmediğini cevaben belirtmiştir (yukarıda 46. paragrafa bkz.). KDP'nin mektubu, ayrıca, o sırada PKK'nın bölgede etkin olduğunu ve KDP ile PKK arasında birçok karşı karşıya gelme olayının olduğunu belirtmektedir. Bu bilgi, cinayetlerin, olay sırasında bölgede eylemde olan PKK üyeleri tarafından gerçekleştirilmiş olabileceği görüşlerini ifade eden haber bültenlerini desteklemektedir.

60. Son olarak, Hükümet, Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının kötü muamelesi sonucunda maddi veya manevi zarara uğrayan bireylerin, şikayetlerini yetkili mercilere sunarak tazminat aldıklarını vurgulamaktadır. Hükümet bu bağlamda, Türk Ordusu'nun Kuzey Irak'taki hava akını sırasında hayatını kaybeden otuz sekiz kişinin akrabalarına Türk Hükümeti'nin tazminat ödediğini bildiren gazete haberine göndermede bulunmuştur (47. paragrafa bkz.).

61. Kısacası, Hükümet, görülmekte olan davanın koşulları ışığında ve mahkemenin Bankovic ve Diğerleri kararındaki "yetki alanı" kavramının yorumuna bağlı olarak, Türkiye'nin yetki alanının, Sözleşme ve protokollerinin ihlalinin iddia edildiği Kuzey Irak'a yayılamayacağı ve bu nedenle, görülmekte olan davadaki olayda Sözleşme sorumluluğunun Türkiye'ye yüklenemeyeceği sonucuna varmaktadır.

2. Başvurucular

62. Başvurucular, yetki alanı konusundaki konumlarının, Bankovic ve Diğerleri kararından etkilenmeden kaldığını iddia etmişlerdir. Sözleşme kurumlarının kararlarına ve yetki alanı konusundaki hukuki serhlere atfen, başvuranlar, zulüm kurbanlarının, ilgili zamanda, davalı devletin yetki alanı içerisinde olduklarını beyan etmişlerdir (Bkz., Loizidou - Türkiye (ilk itirazlar), 23 Mart 1995 tarihli karar, Seri A no. 310, s. 23, § 62; 18 Aralık 1996 tarihli Loizidou - Türkiye kararı, Hüküm ve Karar Raporları 1996-VI, s. 2234, § 52; Kıbrıs- Türkiye (BD) no. 25781/94, § 76, AİHM 2001-IV; Bankovic ve Diğerleri, yukarıda belirtilen, §§ 54 ve 70; Drozd ve Janousek-Fransa ve İspanya, 26 Haziran 1992 tarihli karar, Seri A no. 240, s. 29, § 91; Oppenheim, *Uluslararası Hukuk*, 9. baskı 1992 (Jennings ve Watts), 1.

cilt, §§ 136 ve 137; Brownlie, *Uluslararası Hukukun İlkeleri*, 4. baskı 1990, s. 298, 311; ve Byers, *Gelenek, Güç ve Kuralların Gücü*, Cambridge Üniversitesi Yayını, 1999, s. 53).

63. Başvurucular, Türkiye'nin Kuzey Irak'taki yer hareketlerinin, akrabalarının insan haklarının ihlal edildiği bölgenin, "etkin bütün denetimi" (Loizidou kararındaki anlamında) oluşturmakta yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir. O sırada Kuzey Irak'taki askeri hareketin yürütülmesiyle ilgili resmi açıklamasında Türk mercileri, bölgenin Türk devletinin otoritesi altında ve dolayısıyla yetki alanı içerisinde olduğunu kabul etmişlerdir (bkz., Hükümet açıklaması. Başlık: Kuzey Irak'taki Askeri Harekat. Birleşmiş Milletler Basın Danışmanlığı'ndaki Türk Daimi Heyeti, 20 Mart 1995). Askeri hareketler boyunca, Türk Hükümeti, tank, helikopter ve F-16 savaş uçaklarıyla desteklenen otuz beş binden fazla yer birliği yerleştirmiştir (Turkey: Anti-Kurdish Offensive, Keesing's Record of World Events, News Digest For March 1995). Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bölgede gerçekleştirdiği denetim derecesi göz önüne alınırsa, Türk Hükümeti, de jure egemenliğe aykırı olarak, Kuzey Irak'ta ve orada yaşayanlar üzerinde de facto otoriteye sahip olmuştur. Başvurucuların davasının koşulları, Bankovic davasından farklıdır zira ölen çobanlar, Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından kasten hedef alınmış, öldürülmüş ve organları kesilmiştir. Başvuruculara göre, Kuzey Irak'taki askeri harekate yol açan karar alma sürecinin Türkiye'de gerçekleşmesi, Türkiye'nin olay zamanında yetki alanını kullandığı şeklindeki iddialarını daha da güçlendirmektedir.

64. Başvurucular, çobanların, 1949 tarihli Dördüncü Cenevre Konvansiyonu'nun 4. maddesindeki "her ne şekilde olursa olsun herhangi bir zamanda ve herhangi bir durumda, bir çatışma veya işgal durumunda, kendilerini uyruğu olmadıkları bir çatışmacı tarafın veya işgalci gücün ellerinde bulan kişilerden" oluşan korunan insanlar kategorisine girdiklerini de vurgulamaktadır. Böylece, yedi Iraklı çoban, Cenevre Konvansiyonları tarafından önerilen de minimis korumadan dolayı, davalı hükümetin yetki alanı içindedir. Kurbanların, uluslararası hukuka göre, açıkça Türkiye'nin yetki alanı içerisinde oldukları gerçeği, başvuranların, Sözleşme'nin 1. maddesinin uygulanma koşullarının bu davada gerçekleştiği şeklindeki iddialarını güçlendirmektedir.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. Genel İlkeler

65. Sözleşme'nin 1. maddesi şöyledir:

"Yüksek sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar."

66. Sözleşme'nin 1. maddesi, sözleşmeci devletlerin, kendi "yetki alanları" içerisinde bulunan bireylere karşı işlenen Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklerin ihlaline karşı harekete geçmelerini öngörür.

Yetki alanı uygulaması bir sözleşmeci devletin, Sözleşme'de belirlenen hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasına meydan veren kendisine yüklenebilecek eylem ve ihmallerden sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir koşuldur (Bkz., Ilascu ve Diğerleri- Moldova ve Rusya, (BD) no. 48787/99, § 311, AİHM 2004- ...).

67. Bu alanda oluşturulmuş içtihat, Sözleşme'nin 1. maddesinde amaçlanan "yetki alanı" kavramının, terimin uluslararası genel hukuktaki anlamını yansıtmaması gerektiğine işaret etmektedir (bkz., Gentilhomme, Schaff-Benhadj ve Zerouki- Fransa, no. 48205/99, 48207/99 ve 48209/99, § 20, 14 Mayıs 2002; Bonkovic ve diğerleri, yukarıda anılan, §§ 59-61 ve Assanidze-Gürcistan, (BD) no. 71503/01, § 137, AİHM 2004- ...).

Uluslararası genel hukuka göre, Sözleşme'nin 1. maddesindeki "kendi yetki alanları içinde" sözcükleri, devletin yetki alanına ilişkin ehliyetinin esasen ülkesel olduğu (yukarıda anılan Bankovic ve Diğerleri, § 59'a bkz.) fakat aynı zamanda yetki alanının normal koşullarda devletin bütün toprakları üzerinde uygulanacağını varsayıldığını ifade eder biçimde anlaşılmalıdır.

68. Bununla beraber, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamındaki "yetki alanı" kavramı, ille de, yüksek sözleşmeci tarafların ulusal topraklarıyla sınırlanmış değildir (yukarıda anılan Loizidou- Türkiye, s. 2235-2236 § 52). İstisnai durumlarda, sözleşmeci devletlerin kendi toprakları dışında icra ettikleri veya oralarda etki doğuran eylemleri (ülke dışı eylem) (extra-territorial act) Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yetki alanının kendileri tarafından kullanılmasıyla aynı anlama gelebilir.

69. Uluslararası hukukun ilkelerine göre, bir devlet -hukuka uygun veya hukuka aykırı- bir askeri hareketin sonucunda kendi ulusal toprağı dışındaki bir bölgede, uygulamada etkin denetim oluşturursa, o devletin sorumluluğu doğabilir. Böylesi bir bölgede, Sözleşme'de tanımlanan hakları ve özgürlükleri, güvenceye alma sorumluluğu, ister silahlı kuvvetler aracılığı ile doğrudan ister bağımlı bir yerel idare aracılığı ile icra edilsin, böyle bir denetim geçeceğinden kaynaklanır (aynı yerde, § 52).

70. Bir sözleşmeci tarafın, gerçekten, ulusal toprağı dışındaki bölgedeki mercilerin siyasetleri ve eylemleri üzerinde ayrıntılı denetim sağlayıp sağlamadığını belirlemek gerekli değildir, zira bütün bölgenin denetimi bile ilgili sözleşmeci tarafın sorumluluğunu doğurabilir (aynı yerde, s. 2234-2236, § 56).

71. Ayrıca, bir devlet başka bir devletin toprağında bulunan fakat o devlette -hukuka uygun veya hukuka aykırı şekilde- faaliyette bulunan ajanları aracılığı ile kendisinin otorite ve denetimi altında kalmış kişilerin sözleşmesel hak ve özgürlüklerinin ihlalden de sorumlu tutulabilir (bkz., Mutatis Mutantis, M - Danimarka, başvuru no. 17392/90, 14 Ekim 1992 tarihli Komisyon Kararı, KR 73, s. 193; İllich Sanchez Ramirez - Fransa, başvuru no. 28780/95, 24 Haziran 1996 tarihli Komisyon Kararı, KR 86, s. 155; Coard et al. v. - Birleşik Devletler, Inter-Amerika İnsan Hakları Komisyonu'nun 29 Eylül 1999 tarihli kararı, Rapor No. 109/99, dava no. 10.951, §§ 37, 39, 41 ve 43; sırasıyla Lopez Burgos - Uruguay ve Celiberti de Casariego - Uruguay, no. 52/1979 ve 56/1979, §§ 12. 3 ve 10. 3 davalarında İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Temmuz 1981 tarihli mütalaası). Böylesi durumlardaki sorumluluk, Sözleşmenin 1. maddesinin, taraf bir devlete, kendi toprağında gerçekleştiremeyeceği Sözleşme ihlallerini, başka devletin toprağında gerçekleştirmeye izin verir şekilde yorumlanamayacağı gerçeğinden çıkar (aynı yerde).

2. Yukarıdaki İlkelerin Uygulanması

72. Yukarıdaki ilkeler ışığında Mahkeme, başvurucuların akrabalarının davalı devletin ülke dışı eylemleri sonucunda onun otorite ve/veya etkin denetimi ve dolayısıyla yetki alanı içerisinde kalıp kalmadıklarını ortaya koymak zorundadır.

73. Bu bağlamda, mahkeme, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin 19 Mart ve 16 Nisan 1995 tarihleri arasında altı haftayı aşkın bir süre Kuzey Irak'ta askeri hareketler yürüttüğü hususunun taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını belirler (yukarıdaki 58 ve 63. paragraflara bkz.). Tarafların sunumları ve dava dosyasındaki yazılı kanıtlardan, o sırada yürütülen sınır ötesi hareketin büyük çaplı olduğu ve Kuzey Irak'ta barınmak isteyen teröristleri takip etmeyi ve ortadan kaldırmayı amaç edindiği anlaşılmaktadır (36, 43, 45, 48 ve 63. paragraflara bkz.).

74. Mahkeme'ye, bu askeri hareketin bir sonucu olarak, davalı devletin, Kuzey Irak topraklarının belli bir bölümünde geçici, etkin, tam bir denetim sağlamış sayılabileceği olasılığını dışlamamaktadır. Bağlantılı olarak, o sırada, kurbanların o bölgede olduklarını kabul etmeye yetecek kadar olgusal temel varsa, bunu mantıken onların Türkiye'nin yetki alanı içerisinde oldukları izleyecektir (Sözleşmecî devlet olmayan ve açıkça sözleşmecî devletlerin hukuk alanı (espace juridique) içerisine girmeyen Irak'ın yetki alanı içerisinde değil (yukarıda anılan Bankovic kararına bkz., § 80)).

75. Ancak, anılan askeri harekate çok sayıda birlik katılmasına rağmen, Türkiye, Kuzey Irak bölgesinin tümü üzerinde etkin tam denetim sağlamış görünmemektedir. Dolayısıyla, bu durum, Kuzey Irak'ta, Loizidou - Türkiye ve Kıbrıs - Türkiye (ikisi de yukarıda anılmıştır) davalarında ortaya çıkan duruma zıttır. Son değinilen davalarda, Mahkeme, davalı hükümetin silahlı kuvvetlerinin otuz binden fazla personele eriştiği (ki bu, muhakkak ki, görülmekte olan davada - yukarıdaki § 63'e bkz. - başvuruca iddia edilen sayıdan daha az değildir fakat şu farkla ki Kuzey Kıbrıs'taki birlikler çok daha uzun bir zaman süresince oradadır) ve Kuzey Kıbrıs toprağının tümüne yerleştiği kanısına varmıştır. Ayrıca, bu bölge sürekli devriyelerce gezilmekte ve adanın kuzey ve güney bölümleri arasındaki ana ulaşım hatları üzerinde denetim noktaları bulunmaktadır.

76. Bu davada araştırılması gereken esas sorun, ilgili zamanda, öldürmelerin gerçekleştiği bölgede Türk Birlikleri'nin hareket yürütüp yürütmedikleridir. Başvurucuların akrabalarının öldürülmesine ilişkin şikayetlerinin akıbeti öncelikle bu önermenin kurulmasına bağlıdır. Hükümet, birliklerinin Spna bölgesindeki Azadi Köyü'nde veya çevresinde etkin olduğunu şiddetle reddetmiştir (yukarıdaki 25 ve 58. paragraflara bkz.). Bu iddianın haklılığı tarafların mahkemeye sunduğu, yasadışı öldürme iddiasına zemin oluşturacak olguların varlığı araştırılırken, mutad olarak "*haklı şüphenin ötesinde*" (Orhan-Türkiye, no. 25656/94, § 264, 18 Haziran 2002; Tepe-Türkiye, no. 27244/ 95, § 125, 9 Mayıs 2003; ve İpek-Türkiye, no. 25760/94, § 109, AİHM 2004- ... (özetler)) kanıtı içeren, böyle bir kanıtın yeterince güçlü, açık ve tutarlı mantıksal çıkarımların bir arada varlığını veya reddedilmemiş olgusal çıkarımların varlığını gerektirdiği anlayışına dayanan, standart kanıtla ilgili dokümanlar ve diğer delillerin ışığında sınanmalıdır.

77. Mahkeme, başvuruca, kendi akrabalarının yakalanma ve ölümüne yol açtığını iddia ettikleri olayların seyrini anlatan yazılı ifadeler temin ettiklerini belirler. Başvurucuların tümü, ifadelerinde, iddia edilen eylemlerin Türk askeri tarafından işlendiği konusunda açıkken, kuşkulu eylemlere katılan komutan veya alayı teşhis etmek için herhangi bir ayrıntı vermemişlerdir (yukarıdaki 26 - 33. paragraflara bkz.). Askerlerin üniformalarının ayrıntılı bir betimlemesini de vermemişlerdir. Bu bağlamda şu belirtilmelidir ki, olayın olduğu bölgede Türk askerlerinin varlığına veya çobanların yakalandığına ilişkin hiçbir görgü tanığı ifadesi yoktur.

78. Bay Şükrü Newayî ve diğer KDP görevlileri tarafından, Dohuk'ta düzenlenen bir basın toplantısı sırasında yapılan açıklamalarla ilgili olarak, KDP Ankara temsilcisi olan bay Safin Dizayî'nin onlarla çelişen mektup

içeriği ve her durumda, onların, kovuşturulan olaylara karıştıkları iddia edilen Türk Birlikleri'nin özellikleri hakkında doğru ve yeterli bilgiye sahip olmadıkları olgularını dikkate alarak, mahkeme, onların değerlendirmelerine herhangi bir ağırlık verilmemesi gerektiğini kabul eder (yukarıdaki 33, 38- 40 ve 43. paragraflara bkz.).

79. Bundan başka, otopsi raporlarındaki bulgular ve çobanların vücutlarından çıkarıldığı iddia edilen "MKE" markalı mermi kovanlarını gösteren video kaydı temelinde, mahkeme, ölümlerin Türk Birlikleri'nce ateşlenen silahlarca gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verememektedir (yukarıdaki 34, 35, 42 ve 48. paragraflara bkz.). Mahkeme, başvuru tarafından sunulan otopsi raporlarının, "MKE" markalı kurşun kovanlarının çobanların cesetlerinden çıkarıldığını belirtmediğini not eder (yukarıdaki 34 ve 35. paragraflara bkz.). İlaveten, sınanmamış ve ikinci derecede kanıt olduğundan, mahkeme, video filmine kesin bir önem yüklememektedir. Bu bağlamda mahkeme, başvuru akrobalarının öldürüldüğü bölgenin, o zaman, PKK militanları ile KDP peşmergeleri arasında şiddetli çatışmalara sahne olduğunu görmezlikten gelemez (yukarıdaki 41 ve 61. paragraflara bkz.). Ayrıca, haber bültenleri ve resmi kayıtlar, sınır ötesi hareketin yürütüldüğünü ve ilgili zamanda Türk Ordusu'nun Kuzey Irak'taki varlığını teyit etmekteyse de, bu materyaller, Türk Birlikleri'nin Spna bölgesindeki Azadi köyüne kadar gittikleri sonucuna varmayı kesin olarak mümkün kılmamaktadır (yukarıdaki 36 ve 43-45. paragraflara bkz.).

80. Sonuç olarak mahkeme, başvuru akrobalarının, serbest bırakılmasını sağlamak için ve cesetlerin bulunmasının ardından, ölümlerle ilgili olarak Türk mercilerince bir soruşturmanın yürütülmesi için Türk Ordusu subaylarına başvurdukları iddialarını takdir etmektedir. Bununla beraber, Hükümet'in, Kuzey Irak'taki Türk Ordusu subaylarına böyle bir şikayetin hiç yapılmadığı iddiasını, inandırıcı ve ikna edici kanıtlar sağlayarak çürütme konusunda başvuru akrobalarının başarısız olduğu gerçeğini kabul ederek ve Hükümet'in düşünce biçimini (yukarıdaki 46. paragrafa bkz.) teyit eden KDP mektubunu dikkate alarak, mahkeme iddiaların doğruluğunun kanıtlanamadığı sonucuna varmaktadır.

81. Elindeki bütün materyallere dayanarak, mahkeme, Türk Ordusunun, soruşturma konusu alanda ve daha açıkçası, başvuru akrobalarının ifadelerine göre kurbanların o sırada buldukları Azadi Köyü'nün yukarıdaki tepelerde hareket yürüttüklerine ilişkin gerekli kanıt standardına ulaşamadığını kabul etmektedir.

3. Mahkemenin Kararı

82. Yukarıdaki gerekçeler ışığında, mahkeme, başvurucuların akrabalarının, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, davalı devletin "yetki alanı" içerisinde buldukları konusunda ikna olmamıştır.

Bu karar, başvurucuların, Sözleşme'nin 2, 3, 5, 8, 13, 14 ve 18. maddeleri uyarınca yaptıkları şikayetleri incelemeyi gereksiz kılmaktadır.

Bu gerekçelerle Mahkeme oybirliğiyle;

Başvurucuların akrabalarının, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, davalı devletin yetki alanı içinde olmadıklarına ve bu nedenle başvurucuların, Sözleşme'nin 2, 3, 5, 8, 13, 14 ve 18. maddelerine ilişkin şikayetlerini incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir.

Karar, İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. §§ 2 ve 3. maddesi uyarınca 16 Kasım 2004 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

T. L. Early
Yazı İşleri Müdür Yrd.

J. P. Costa
Başkan