

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 Taahhünamesini 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 iletişinden emin olunuz. Gereksinim 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 taahhünameyi**, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuzun tasdik ettireceği 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) Başvurusunu 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 kurallar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurallar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI

SİVAS DAVASI

4 CİLT

ÇIKTI!..

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 17

SAYI: 54

EYLÜL - EKİM 2004

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.

Abonelik: ABONET, Tel: (021 2) 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

30.8.2004

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özk, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. Şahin Mengü, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özk

Av. Şahin Mengü

Av. Erkin Kaya

Av. Teoman Ergül

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Dergi Yayın Kurulu

Doç. Dr. Osman Doğru

Av. İlker Hasan Duman

Av. Oya Günendi

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Ar. Gör. Muammer Sinan

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Av. Kani Ekşioğlu (YASA Hukuk Dergisi Kurucusu)

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

1. 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.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. 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, dipnotu, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
6. 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.
7. Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
8. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlanmama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
9. Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
10. 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.
11. 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.
12. 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.
13. Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARININ HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Av. Özdemir ÖZOK	29	Yargısız İnfaz
Dr. Mete ÇİLİNGİRTÜRK	33	Hukuk Mahkemelerinde Dava ve Mahkeme Sayılarının Öngörüsüne İlişkin Model
Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU	51	Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK/ Dr. Ahmet Caner YENİDÜNYA	105	Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları
Prof. Dr. Rona AYBAY	139	Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu
Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ	147	Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri Ve Değeri
Dr. Ali KARAGÜLMEZ	163	5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış
Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ	178	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri
DOSYA	217	SAVUNMANIN ÖRGÜTLENMESİ
	219	Rekabet Kurulu Kararı
	223	Anayasa Mahkemesi Kararları
Av. Atilla SAV	241	Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 Gün ve 2001/309 Esas, 2002/91 Sayılı Kararı Hakkında Not
Dr. Ozan ERGÜL	245	Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı
Av. Cengiz İLHAN	258	3499'dan 1136'ya
Av. Talay ŞENOL	269	Bağımsız Avukatlık
Av. İ. Hasan DUMAN	292	Türkiye'de İlk Uygulama: İstanbul Barosu "Baro Meclisi" Sürekli Genel Kurul
Av. Güneş GÜRSELER	303	Baroların Bağımsızlığı
Av. Noyan ÖZKAN	324	Savunmanın Örgütlenmesi ve Stratejik Planlama
Osman İSFEN	331	Müdafinin Vekalet Ücreti ve Kara Parayı Aklama Suçu 30 Mart 2004 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı
Çev. Çiğdem SERT-ÇELİK	334	Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı
Çiğdem SERT-ÇELİK	339	Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik
Av. Halil YAZGI	347	Savunmanın Örgütlenmesi
Dt.Fusun YAŞAR/Dr.Hüseyin AFŞİN	351	Adli Dış Hekimliği
Prof. Dr. Hamit HANCI	355	Yargıtay Kararları
Av. Saffet CAN	397	Hukukta Yorum, Örneğe, Güven
	401	Danıştay Kararı
	405	TBB Disiplin Kurulu Kararları
Çev. N. TORTOP - S. CENGİZ	419	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları
	465	Kitaplar - Dergiler
	469	Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler
	487	Ekler
	508	e-postadan

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Dr. Mustafa ÖZBEK

İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), (II)

Kâmil KADIOĞLU

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da
4822 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler

Mustafa AKKAYA - Serdar AĞAR

Avukatların Vergisel Ödevleri

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısının Hukuksal Boyutu

Hasan DURSUN

Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında
Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Yakup COŞAR

Kentleşen Türkiye'de Çocuk Suçluluğu

Serkan AĞAR

Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları

Serkan AĞAR

Vergi Davalarının Hukuksal Niteliği

Arif N. ALPSOY

Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında
Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Harika SELİÇİ

Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Konusunda
Baroların Yürüttükleri Çalışmalara Bir Örnek

Evren ALTAY

Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları

Kemal AKINBİNGÖL

506 ve 4857 Sayılı Yasalarda İşyerini Bildirme Yükümlülüğü

İbrahim ŞAHBAZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük ve Güvenliği

Hasan ORAL

Avrupa Birliği'ndeki Vergi Uyum Çalışmaları ve Türkiye

Talih UYAR

İcra Hukuku'nda Süreler

Av. Kubilay ATASAYAR

4054 Sayılı Yasa'nın 55. Maddesinde Yapılan Değişiklikle
İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı ve Sonuçları

editör'den...

Günümüzün öncelikli konusu, TBMM'de görüşmelerine yakında başlanılacak "*Türk Ceza Kanunu*" ve "*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*". Dergimizin bu sayısında bunlar hakkında hiçbir yazı bulunmaması güncellikten kopma anlamına gelmemelidir. TBB, bilim adamı ve uygulayıcılara "*Ceza Muhakemeleri Kanunu Tasarı Taslağı*" hazırlattı. Ceza Kanunu çalışmaları ile ilgili olarak da Ağustos sıcağında iki kitap hazırladık. Birincisi TBB ile Gazi Üniversitesi'nin ortaklaşa düzenledikleri sempozyumun tutanakları. İkincisi ise tasarı hakkındaki makalelerden oluşuyor. Her üç kitap da TBB yayınları arasına girdi, yayınlarımızı satan büyük hukuk kitapçılarından bu kitaplarımızı da temin edebilirsiniz. Elbette ki gelecek sayılarımızda başka çalışmaları da yararlanmanıza sunacağız.

"*Uyum Yasaları*" bağlamında yapılan değişiklikler ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına yapılan ekleme sonucunda "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*" uluslararası antlaşmalara üstünlük sağlanmış bulunmaktadır. Bu konuda bu sayıda Prof. Dr. Mesut Gülmez, Anayasa Mahkemesi Tetkik Hakimi Dr. Ali Karagülmez ile Yargıtay Savcısı Dr. İbrahim Şahbaz'ın makalelerini yayımlamaktayız. Türk hukukçuları için yeni bir durum olarak karşımıza çıkan uluslararası antlaşmaların uygulanması prosedürüne yardımcı olmak üzere gelecek sayılarımızda yayımlanmak üzere yeni makaleler sözü almış bulunmaktayız. Konunun önce bilimsel seviyede, sonra uygulamada tartışılmasında yarar olduğuna inanıyoruz.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM), "*türban*" konusunda vermiş olduğu Leyla Şahin v. Türkiye kararı bir çok yönden ilgi çekici sonuçlar veriyor. Karar önemine binaen Av. Serkan Cengiz ve Av. Nilgün Tortop tarafından çevrildi, bu sayımızda yayımlanıyor. Ayrıca bu kararda sıkça atıfta bulunulan Thlimmenos v. Yunanistan kararını da bilgilerinize sunuyoruz.

Karar, AB diye "*feryad-ı figan*" eyleyen çevrelerde büyük hayal kırıklığı yarattı. Türkiye Cumhuriyeti'nin haklı çıkmasından rahatsız olan çevrelerin, DEP kararını "*heyecan*"la karşılamalarından sonra, bu karara karşı öfkelerini seyretmek de keyifli oluyor.

Hukuk dergisinde tarih konusunda bir yanlışlığı düzeltmek nasip oldu. Değerli yazarımız Av. Turan Tanyer, Eski İstanbul'da Arzuhalçiler'i bize çok güzel tanıtan yazısında Feldmareşal Helmuth von Moltke (1800-1891)'den de söz ediyor. Moltke'nin Moltke olması gerektiğini ancak basımdan sonra fark edebildik. Feldmareşal Moltke, gençliğinde Osmanlı İmparatorluğu'na gelmiş, Kavalalı Mehmet Ali Paşa ile Nizip'te savaşmış; Fırat Havzası ile bugünkü Irak hatta Osmanlı döneminde yaşam ve yobazlıklar konularında ilginç değerlendirmeleri yayımlanmış bir kişi. Moltke'nin ise bizim açımızdan bir önemi bulunmamakta. Yapılan yanlışlıktan dolayı özür dilerim.

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

Hâkimler...
22 Ocak 2012

Çakıcı
Yargıtay Başkanı Çakıcı, Bakanlar Kurulu'nun Çakıcı'nın görevden alınması kararına karşı dava açacağını açıkladı.

ERGÜN BABAHAN
İstanbul'da...

IADİİ ÇIKAR YOK
Çakıcı'nın görevden alınması için...

Yargıtay Başkanı Çakıcı'nın görevden alınması...

Baykal'dan Erdoğlan'a...

'Görüşmeyi MİT istedi'

Hakkındaki dosya Yargıtay Birinci Başkanvekilliği'ne gönderilen Özalpa, Atasagun'un açıklamalarını 'resaketsiz' olarak değerlendirdi

ERMAN DANIŞI
ANKARA - Yargıtay Başkanı Erman DANIŞI, Alınış Çakıcı'nın görevden alınması kararına karşı açtığı davaya ilişkin olarak MİT'in Atasagun'un "resaketsiz" açıklamasını değerlendirdi.

değerli MİT Müdürü Atasagun, Çakıcı'nın görevden alınması kararına ilişkin olarak MİT'in Atasagun'un "resaketsiz" açıklamasını değerlendirdi.

Milî Savcılık Başkanı Yılmaz Bayraktar, Alınış Çakıcı'nın görevden alınması kararına ilişkin olarak MİT'in Atasagun'un "resaketsiz" açıklamasını değerlendirdi.

Biz devletiz kardeşim!
Atasagun, MİT'in Yargıtay ile temas emsahını yederganmasını da eleştirerek şöyle devam ediyor: "Elbette olur. MİT, her yere girer çıkar. MİT'in gülmeyeceği hiçbir yer yoktur. Biz her yere girer çıkarız. Her yerden bilgi alırız. Biziz gülmeyeceğiniz hiçbir noktada bulunmuyoruz."

Derin ke...
Çakıcı ismi bir Yılmaz hüküm sonra Yılmaz'ı Yüce Divan'a gönderildi.

YARGITAY Başkanı Erman DANIŞI...

Yargıtay Başkanı Erman DANIŞI...

Görüşmeyi MİT istedi

Kozinoğlu'nu bana müsteşar yolları

anılmadan ki çıktı

Kozinoğlu kendi işiyatifiyle çekilmez

AKŞAN

Haydım boyunca yalan söylemedim

YIPRATMA MI

**CUMHURBAŞKANI AHMET
NECDET SEZER VE İZMİR
BAROSU BAŞKANI BAHATTİN
ÖZCAN ACAR TBB'NİN
KURULUŞUNU KUTLADI**

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, TBB'nin kuruluşunun 35. yıldönümü nedeniyle 9 Ağustos günü, TBB Başkanı Özdemir Özok'a gönderdiği mesajda *"Türk yargısının seçkin kuruluşlarından, Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluş yıldönümünü kutluyor, size ve tüm üyelerinize esenlikler diliyorum"* diyerek kutladı.

İzmir Barosu Başkanı Bahattin Özcan Acar da, 9 Ağustos günü TBB Başkanı Özdemir Özok'a kutlama mesajı göndererek, değerli ve kapsamlı amaçlar için kurulan Türkiye Barolar Birliği'nin 35. yıldönümü nedeniyle TBB Başkanı'na, Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurulları üyelerine, bugüne kadar emeği geçen tüm üstadlarımıza şükranlarını sunduğunu belirtti, başarı ve esenlikler diledi.

YARGIDAN KAÇIRMA PLANI

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, AKP'li belediye başkanları ve bürokratların yargılanmasını güçleştiren, ihbar ve şikâyetleri neredeyse olanaksız hale getiren yasayı veto etti. Sezer, ülke gerçekleriyle bağdaşmayan yasanın suç işleyen kamu görevlilerinin korunduğu izlenimine yol açtığını bildirdi. Sezer, iade gerekçesinde şunlara yer verdi:

- İhbarda kimlik önemli değil: Yasaya göre ihbar ve şikâyetin işleme konulabilmesi için, ilgili memur ve diğer kamu görevlisine ilişkin mutlak ve somut bir suçlamayı içermesi,

hatta olay, yer ve kişi belirtilmesinin yanı sıra ciddi bulgu ve belgelere dayanması ve ihbarcı ya da şikâyetçinin kimlik bilgilerine yer vermesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 1968 tarihli kararında, ihbarda kimliğin önemli olmadığı kabul edilmiştir. Buna göre, olay, yer ve kişinin somut olarak belirtilmesi, ihbar ve şikâyetin işleme konulması için yeterlidir. Yasadaki koşulları taşımayan dilekçelerin işleme konulmaması, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

- Belgeyi bulmak soruşturmacının görevi: İddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması koşulu, ihbar ve şikâyetinde bulunanın aynı zamanda delilleri toplamak ve sunmakla yükümlü tutulması anlamına gelmektedir ki, bu düzenlemenin ihbar ve şikâyetin hukuksal niteliğine uygun düşmediği açıktır. Ciddi bulgu ve belgeleri bulmak şikâyetçinin değil, soruşturmacının görevidir.

- Ülke gerçekleriyle bağdaşmıyor: Değişiklik ülke gerçekleriyle bağdaşmadığı gibi, suç işleyen kamu görevlilerinin korunduğu izlenimine yol açması nedeniyle yurttaşların demokratik sisteme ve hukuk devletine olan güvenlerini zedeler. Düzenleme, ihbar ve şikâyetin *"memur ya da kamu görevlisinin mağdur edilmesi amacıyla yapıldığı"* gerekçe gösterilerek hemen hemen tüm ihbarcı ya da şikâyetçinin soruşturma geçirmesine neden olacak niteliktedir.

Yargılama kuralı uygulanamaz: 4483 sayılı Yasa'nın 12. ve 13. maddelerinde yapılan değişikliklerin halen yargılanmakta olanlar için uygulanmasını sağlamak amacıyla

düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararların itirazın incelenmesi konusunda Danıştay ile bölge idare mahkemeleri arasında yeniden görev bölüşümü öngörülmemiştir. Bu nedenle, Danıştay'da itirazın incelenen kararlara ilişkin kuralın uygulama alanı yoktur.

Yasa TBMM'de yeniden görüşülerek kabul edildi.

(5231 sayılı Yasa metni **Ekler** bölümünde yayımlanmaktadır.)

AİHM, KAMUSAL ALANDA TÜRBAK TAKILMAYACAĞINA OYBİRLİĞİYLE KARAR VERDİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kamusal alanda türban yasağıyla ilgili Türkiye aleyhine açılan davada, Türkiye'yi oybirliğiyle haklı bularak yasağın meşru temeli olduğuna işaret etti. Dini kurallara dayalı bir toplum dayatmak isteyenlerin göz ardı edilemeyeceğine işaret eden AİHM, laikliğin ve demokratik değerlerin korunması için kısıtlama getirilebileceğine hükmetti. Gerekçeli kararda, Türkiye'de aşırı siyasi hareketlerin varlığının ve bu hareketlerin kendi dini sembollerini ve dini kurallara dayalı bir toplum dayatma isteğinin de göz ardı edilmemesi gerektiği kaydedildi.

İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi öğrencisi Leyla Şahin, 1998 yılında derslere türban takarak girme konusunda ısrar etmesi sonucu aldığı disiplin cezasının insan hakları ihlali olduğu gerekçesiyle AİHM'de dava açmıştı.

(Leyla Şahin Türkiye kararı ile bu kararın gerekçesinde sıkça sözü

edilen Thlimmenos v. Yunanistan kararı, AİHM kararları bölümünde yayımlanmıştır.)

ALTINCI BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI

TBB Yönetim Kurulu'nun çağrısı üzerine, avukatların sosyal güvenlik sorunlarıyla ilgili Baro Başkanları Ankara'da 10 Temmuz günü toplandı. Toplantıyı TBB Başkanı Özdemir Özok bir konuşma ile açtı.

Avukatlık Kanunu'nun 27/A maddesine göre kurulacak fonla ilgili hazırlanacak yönetmelik konusunda çeşitli düşünceler ileri sürüldü.

Toplantı tutanağı, TBB Başkanlığı tarafından, Altıncı Baro Başkanları Toplantısı adıyla yayımlandı.

KARADENİZ BAROLAR BİRLİĞİ (BCBA) GENEL KURULU ANKARA'DA TOPLANDI

BCBA'nın 10. Kuruluş Yıldönümü ve 9. Genel Kurulu, 16 Temmuz 2004 günü Ankara'da yapıldı. "*Kuruluşunda ve bugüne gelmesinde emeği geçen*" Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'un da davetli olduğu Kongre, açılış konuşmaları ile çalışmalarına başladı.

Özok, Meslek Örgütleri Başkanlarının konuşmaları bölümünde konuşma yaptı.

Tartışmalar ve raporların kabulü ile devam eden toplantı, 2004-2006 dönemi için BCBA Yönetim Kurulu'nun seçimi ile sona erdi.

HABER-YORUM

YARGI'DA "MİT YENİĞİ"!*

Son yıllarda iç ve dış politika alanında ismi gündemden düşmeyen Alaattin Çakıcı, sadece adli vakalarıyla yargıda yer alabiliyordu. Ancak Çakıcı yurt dışına son kaçıışının incelenmesi sırasında yargının başı sayılan Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'yı da gündeme taşıdı.

Önce Hürriyet gazetesinde, "Söylemez kardeşler çetesi ile telefon görüşmesi yaptıkları tespit edilen Kadıköy adliyesinde görevli bir savcı ile Bakırköy adliyesinde görevli bir hakim hakkında Adalet Bakanlığı tarafından 'çok gizli' bir soruşturma başlatıldı" biçiminde yer alan haber, ikinci gün şöyle devam etti:

MİLLİYET: "Hakime Villa Rüşveti/Emniyet, İstanbul DGM Başsavcılığı'nın talimatıyla Çakıcı'nın yakın adamlarının mahkeme kararıyla telefonlarını dinlerken bağlantılı olan 3 kamu görevlisi saptadı. Bunlardan birinin MİT'te üst düzey yönetici olan Kaşif Kozinoğlu olduğu ortaya çıktı.

Aynı dosyada yer alan diğer 2 ismin ise Yargıtay'da görevli olduğu öğrenildi. Hâkim sınıfından 2 yargı mensubunun, Çakıcı'nın adamı olduğu belirtilen ve "Ağır Ceza Mahkemesi"ne dönüştürülmeden önce İstanbul DGM'nin ifadesini aldığı bir müteahhitle Yargıtay'daki Karagümrük dosyası üzerinde sık sık görüştükleri belirlendi.

Yargı mensuplarının, Çakıcı'nın yurtdışına kaçmasına neden olan dosya için kulis yaptıkları tespit edildi. Çakıcı'nın telefon dinlemesine yakalanmamak için adamlarıyla yüz yüze görüştüğü anlaşıldı.

Telefon dinlemelerinde müteahhitle 2 yargı mensubunun Çakıcı'nın dosyasıyla ilgili görüşmeler yaptığı saptanırken para konuşulmaması dikkat çekti. Çakıcı'nın adamı olan müteahhidin, dosyayı takip eden yargı mensubu için bir villa inşa ettiği bilgisine ulaşıldı.

İstanbul DGM Başsavcılığı, müteahhidin ifadesine başvurarak Çakıcı için sağladığı bağlantılarla ilgili sorular yöneltti. MİT'çi Kozinoğlu ile iki yargı mensubu ve müteahhidin birbirlerini tanıdıkları da saptandı." (Milliyet/11.8.2004)

Ertesi Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya Hürriyet ve Milliyet gazetelerinin manşetlerindeydi: "İstifa etmem" ve "Çakıcı'yı reddettim"

1. Yüksek yargıç müteahhidi tanıyordu; yazlığının tadilat ve tamiratını yapmış 33 milyar lira ödemişti.
2. İlk günkü haberden müteahhidin de Çakıcı'yı tanıdığı anlaşılıyordu.

*Deyimin rahmetli Örsan Öymen'e ait olduğunu Melih Aşık yazıyor. (Milliyet/14.08.2004)

3. Mütahhit aynı zamanda MİT görevlisinin de arkadaşıydı.

4. Çakıcı için Yargıtay Başkanı ile konuşan MİT görevlisi müteahhidi aracı kılmış, Yargıtay Başkanı ile tanışmış, kendisiyle iki defa Çakıcı ile ilgili olarak görüşmüştü..

5. Ancak MİT görevlisi Yargıtay Başkanı'na MİT Başkanı'nın bilgisi dahilinde gittiğini söylemişti.

6. Telefonla bilgi alma işlemleri üzerine Yargıtay Başkanı müteahhide bu işlere bulaşmamasını söylemiş ve ilişkisini kesmişti.

7. Yargıtay'ın MİT'le ilgisi olmazdı ama MİT'in Yargıtay'la işi olabilirdi. MİT Yargıtay Başkanı'na neden doğrudan gitmemiştii?

8. Alaattin Çakıcı'dan gizli olması gereken geciktirme talebi niçin Çakıcı'nın tanıdığı müteahhit vasıtasıyla iletilmişti.

9. Yargıtay'ın kararı onadığını öğrenmek kolay ve rutin bir iş olduğu halde MİT, müteahhit ve Çakıcı bunu öğrenemediler mi? İşi Yargıtay Başkanı'na kadar niçin götürdüler?

10. Bütün hukukçular bilir ki, bir dosyanın Yargıtay'dan mahkemesine gitmesi için bir ay normal bir süredir.

Bir sürü karışık ve anlamsız sorular.

ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK: "Sayın Yargıtay Başkanı, velev ki yargı ile ilgili olsa dahi bir hukukçu ve yüksek yargıç sorumluluğu ile gereğini tayin ve takdir edecek olan saygın bir kişidir. O nedenle konuların, iddiaların, olayların, bu nezaket ve inanç içerisinde kamuoyunca değerlendirilmesi gerektiğine inanıyorum. Çünkü yargı bizimdir ve bir gün hepimize lazım olur" (Cumhuriyet/13.8.2004)

YARGITAY BAŞKANI ERASLAN ÖZKAYA : "Basın bilerek ya da bil-meyerek bunlara alet oluyor. Kim pompalıyor En ufak kusurum olduğunu görsem, hiç düşünmeden istifa ederim. Avukatıma dava açması için talimat verdim. Benim 70 metrekairelik evimle Çakıcı'nın nasıl bir bağlantısı var? Bunu anlamış değilim. Müteahhidin Bodrum'daki banka hesabına gönderdiğim paraların havale dekontları var. Değişik tarihlerde 10, 5, 3, 7 milyar lira gönderdim. Yargıda hiçbir şey, şunun bunun isteğiyle gerçekleşmez. Şahsımda yargı yıpratılmak isteniyor. En ufak kusurum olduğunu görsem ya da düşünsem, hemen istifa ederim."(Cumhuriyet/13.8.2004)

OKTAY EKŞİ: " Ama sayın Başkan'ın ciddi bir yanlışı var: 'Son bir senedir yargıya dönük mu azzam bir karalama kampanyası var. 'Çamur at, izi kalsın...' 'Çok yanlıştır şey. '

Oysa ortada 'yargıyı karalama kampanyası 'yok. 'Yargıdaki arızaları' ortaya çıkartan haberler var. Bunların üstüne gidilmezse, yargı içindeki çürükler ayıklanmazsa yargının saygınlığı nasıl sağlanabilir?" (Hürriyet/13.8.2004)

Açıklamalar devam ediyor:

MİT BAŞKANI ATASAGUN: *"Yargıtay Başkanı doğru söylemiyor. Kozinoğlu bana gelip, Yargıtay Başkanı'nın kendisiyle görüşmek istediğini söyledi. Ben de gidip görüşmesini söyledim."* (Hürriyet/14.8.2004)

Hemen akla gelen soru:

- Yargıtay Başkanı bu veya kamuoyuna açıklanan herhangi bir konuda MİT'ten veya Kozinoğlu'ndan bir talebi yok; söz konusu Çakıcı'nın dosyasını geciktirme işini de yapabilecek konumda olan Yargıtay Başkanı bu konuda MİT'in yada Kozinoğlu'nun ek bir yardımına da ihtiyacı olmadığına göre Kozinoğlu ile niye görüşme talep etsin? (Bu sorunun cevabı Kozinoğlu'nun müteahhit aracılığıyla aldığı birinci randevuya gitmemesi ve Başkandan davet beklemesinde saklı zannederim. Hürriyet: 13.8.2004: Kaşif Kozinoğlu kendi randevu aldı. Hatta randevuyu perşembe falan mı ne demiştim. O benden davet beklemiş. Ertesi hafta geldi. Ben 'Biz kimseyi davet etmeyiz, sen benden talep eden kimsesin' dedim. O da 'Efendim ben sizden talep etmeyi uygun bulmadım, siz çağırın ben geleyim diye düşündüm' dedi.) Ufak bir istihbaratçı tuzağı: İlk hamle karşıdan gelsin!

MİT BAŞKANI'NIN İKİ SÖZÜNÜN ALTINI DA ÇİZMEK GEREKİYOR:
"MİT her yere girer çıkar." "Bize görev verilmişse giremeyeceğimiz hiçbir nokta yoktur." (Hürriyet/15.8.2004)

YARGITAY C.BAŞSAVCISI NURİ OK: *"İstanbul C.Başsavcılığı'nca 'Gizli ve Kişiyeye Özel' kaydı ile Başsavcılığımıza hitaben yazılan yazı ekinde gönderilen dosya, Yargıtay Birinci Başkanı sayın Eraslan Özkaya ve Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı sayın Ercan Yalçınkaya ile ilgilidir. Biz aracılık yapacağız. Yargıtay Birinci Başkanvekiline iletacağız. O işlem yapacak."* (Hürriyet/14.8.2004)

MELİH AŞIK: *"Mit Yeniği!"* (Milliyet/14.8.2004)

ERGUN BABAHAN: *"Derin Kavga/Çakıcı'nın karıştığı birinci olayda bir hükümet yıkılmıştı. Yine Çakıcı'nın isminin karıştığı bir olayda Cumhuriyet tarihinde ilk defa bir Başbakan Yüce Divan'a sevk edildi. Bu son olayda da adalet ve güvenlik gibi kritik devlet organlarının hukuk ve etik ilkeleri çerçevesinde faaliyetlerinin gözden geçirilmesine mi vesile olacak, yoksa top yekun bir tasfiye süreci mi başlayacak, bunu zaman gösterecek."* (Sabah/15.8.2004)

Hemen akla bir soru geliyor:

-Bu sarmalın hükümet neresinde?

T. E.

NOTERLER ATAKTA

Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılacak değişiklikle yargının iş yükünü büyük ölçüde azaltacak, batıda yıllardır resmi olarak kullanılan "arabuluculuk" Türk hukuk sisteminde de 2005 yılından itibaren kullanılmaya başlanacak. Veraset ilamı, tereke işlemleri, kira tespitleri, boşanma, nafaka, gaiplik, velayet, nüfus işlemleri, isim düzeltme, ticari davalar, işçi işveren anlaşmazlıkları, tahliye davaları, alacak verecek anlaşmazlıkları, hasta doktor anlaşmazlıkları, okul öğretmen anlaşmazlıkları ve tazminat davaları gibi çok sayıda anlaşmazlık konusu mahkemelere gelmeden, savcı, avukat, emekli hakim ve noter gibi arabulucular tarafından çözülecek.

Bu tür konularla arabulucu tarafları uzlaştıramazsa konu mahkemeye intikal edecek.

Yargı reformu çerçevesinde, Cumhuriyet'in ilk yıllarında çıkarılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesini sağlamak için, Yüksek mahkeme üyeleri, bilim adamları ve uzman personelden oluşturulan komisyonun hazırlayacağı tasarılarla "bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza (duruşmasız dava), sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle" çözümünü öngörüyor.

Arabulucular ise bu konuda eğilecek noterler, emekli olmuş deneyimli hakim ve savcılar ile mesleğinde en az 10 yılını doldurmuş deneyimli

avukatlar arasından mahkemeler tarafından belirlenecek. Noterler, HUMK'ta yapılacak değişikliklerin ardından Türkiye'deki hukukçuları da eğitecek.

(Sabah/29 Temmuz 2004,
15 Ağustos 2004)

ADALET VE MALİYE BAKANLARININ HARÇ KAVGASI

TBMM Genel Kurulu'nda görüşülen, bazı kamu kurumlarının özel ödeneklerinin genel bütçeye aktarılmasını öngören yasa tasarısı hükümette krize yol açtı. 11 maddesi görüşülüp kabul edilen tasarinin Adalet Bakanlığı harçlarının bütçeye aktarılmasını öngören 12. ve 15. maddesine Bakan Çiçek karşı çıktı. Tasarı'nın 12. maddesi mahkumlardan alınan yiyecek paralarının, 15. maddesi ise, yargı ve noter harçlarının Adalet Bakanlığı yerine genel bütçeye aktarılmasını öngörüyor.

Genel Kurul'a ara verilmesinin ardından Çiçek ve Unakıtan, Meclis Başkanlık Divanı'nın arkasındaki dinlenme odasında tartıştı. Çiçek, Adalet Bakanlığı bütçesinin sınırlı olduğunu, bu gelirlerden vazgeçemeyeceğini söyledi. Unakıtan ise Adalet Bakanlığı'na tanınacak bir istisnanın tüm bakanlar için örnek teşkil edeceğini belirterek, tasarinin delinmesine izin vermeyeceğini vurguladı. Unakıtan'ın açıklamalarına ikna olmayan Çiçek "Bakanlığın gelirlerini kimseye vermem. Bu yasayı da buradan geçirtmem" dedi.

Genel Kurul açıldığında tasarı'nın görüşmelerine katılmak üzere

TBMM'ye gelen Unakıtan, Adalet Bakanı'nın ikna edilemediği bilgisini aldı ve Genel Kurul salonunu terk etti. Unakıtan'ın boşalttığı hükümet koltuğuna oturan Çiçek de tasarıda değişiklik yönünde bir hazırlık olmadığını görünce sinirlendi ve salondan ayrıldı. Hükümet'in ve komisyon temsilcilerinin yerlerinde olmadığı görülünce, tasarinin görüşmeleri ertelendi. (Milliyet/ 30 Haziran 2004; Vatan/1 Temmuz 2004)

TCK TASARISI ADALET KOMİSYONU'NDA KABUL EDİLDİ

Adalet Alt Komisyonu tarafından Adalet Komisyonu'na gönderilen TCK tasarısı, Adalet Komisyonu'nda süratle görüşülerek kabul edildi. Tasarinın 15 Eylül'de olağanüstü toplanacak TBMM'nin Genel Kurulu'nda görüşüleceği tahmin ediliyor.

Alt komisyon ve Adalet Komisyonu'nda CHP ile "uzlaşma" sağlanarak kabul edildiğiyle övünülen tasarıya CHP ve AKP'li üyeler muhalefet şerhi koydular. Bu gelişme, TBMM'deki görüşmelerde tasarıda özellikle "din", "irtica", "laiklik" gibi hassas konularda değişiklikler hedeflendiğini göstermektedir.

(TCK tasarısı ile ilgili olarak TBB yayınlarından iki kitap, Dergimiz ile eşzamanlı olarak yayımlanacaktır.)

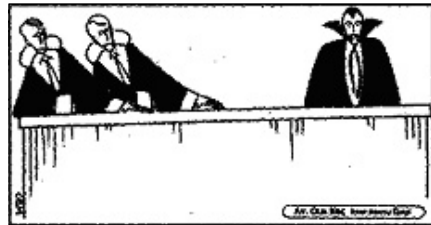
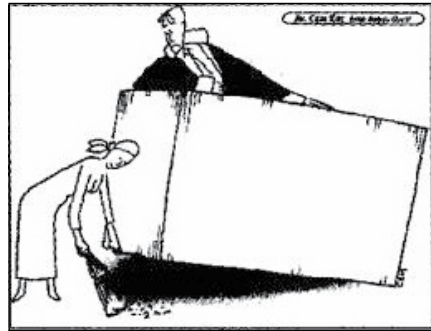
TBB TARAFINDAN ALTERNATİF CMUK TASARISI HAZIRLANDI

Haziran ayında, Ankara'da toplanan baro temsilcileri, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve halen TBMM Adalet Komisyonu'nda bulunan Ceza

Muhakemeleri Usul Kanunu tasarısının gereksinimleri karşılamaktan uzak olduğu konusunda görüş birliğine vararak CMUK değişiklik önerisi hazırlanması kararı almışlardı. Bunun üzerine TBB tarafından hazırlanan tasarı, Temmuz ayında kitap halinde basıldı ve TBB yayınları arasındaki yerini aldı.

DRAKULA(!) İZMİR'DE

Avukatlar Günü dolayısıyla İzmir Barosu'nca yayımlanan "Kantar" adlı dergideki karikatürde savcı ve hakimler 'vampir' şeklinde çizildiği iddiasıyla Basın Savcısı soruşturma başlattı. Adalet Bakanlığı'nın izin vermeme si üzerine, soruşturma takipsizlikle sonuçlandı.



KAMU AVUKATLARI ANITKABİR'İ ZİYARET ETTİ

Kamu avukatları ve hukuk müşavirleri, 'tazminat' talepleriyle Anıtkabir'e yürüdü. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'un başkanlığındaki grup, önce Adliye Sarayı önünde bir açıklama yaptı. Açıklamada, "Kamu avukatları, savcılarla eşit statüde değerlendirilmeli. Özel hizmet tazminatları en az yüzde 215 olarak belirlenmeli. Avukatın vekâlet ücretindeki limit sınır kaldırılmalı ya da günün koşullarına uygun hale getirilmeli" denildi. Bu basın açıklamasından sonra Anıtkabir'i ziyaret eden avukatlar, TBB Başkanı Özdemir Özok başkanlığında Atatürk'ün manevi huzuruna çıkarak, çelenk koyup saygı duruşunda bulundular. Özok, Misak-ı Milli Kulesi'nde Anıtkabir Özel Defteri'ni imzaladı. (Radikal/11 Temmuz 2004; Cumhuriyet/11 Temmuz 2004).



HACİZDE AVUKATA BIÇAKLA SALDIRI

Avukat Hülya Çömezoğlu, müvekkili Samsun Esnaf Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Kooperatifi'nden aldığı kredi borcunu ödeyemediği için, Ali Şaygın'ın sahip olduğu giyim mağazasına haciz işlemleri için gitti. Borcunu ödeyebilmek için süre isteyen Şaygın, teklifinin kabul edilmemesi üzerine Çömezoğlu ve yanında bulunan Kooperatif görevlisi Osman Bilen ile tartışmaya başladı. Bu sırada masada bulunan ekmek bıçağını alan borçlu, Avukat Hülya Çömezoğlu'nu bacağından, Osman Bilen'i de vücudunun dört ayrı yerinden yaraladı. Samsun Devlet Hastanesi'ne kaldırılan Hülya Çömezoğlu ayakta tedavi edilirken, durumu ağır olan Osman Bilen yoğun bakım servisinde tedaviye alındı.

AVUKATLIK KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILDI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 65. maddesinin "Baro Keseneğini Ödememekte Direnme" başlıklı 2. fıkrası ile yine aynı Kanun'un Seçimlerin Yapılması başlıklı Ek 3. maddesinin 2. fıkrasındaki "...avukatlardan Genel Kurula katılma hakkına sahip..." ibaresi, 5218 sayılı Kanun ile kanun metninden çıkarıldı ve değişikliki 21.07.2004 günlü 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.

(5218 sayılı Kanun'un tam metni Ekler bölümünde yayımlanmıştır.)

ADLİ TATİL KISALTILDI

Adli tatili düzenleyen 1086 sayılı Kanun'un 175. maddesi 5219 sayılı Kanun'la değiştirilerek, 21.07.2004 günlü 25529 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Yapılan değişikliğe göre, her sene 20 Temmuzda başlayıp 5 Eylül'de son bulan adli tatil, 1 Ağustos'ta başlayıp yine 5 Eylül'de sona erecek.

Bir aylık tatil uygulaması, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 85/1, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 5/3., 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 61/1. ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 86/1. maddelerine göre, bu mahkemelerde de uygulanacaktır.

(5219 sayılı Yasa metni **Ekler** bölümünde yayımlanmıştır.)

YENİ YARGITAY ÜYELERİNİN GÖREV YERLERİ BELLİ OLDU

Yargıtay I. Başkanlık Kurulu, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yargıtay üyeliğine seçtiği yeni üyelerin görev yapacakları daireleri belirledi

- Üsküdar Ağır Ceza Mah. Başkanı İsmail Rüştü Cirit: 2. Ceza Dairesi
- Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Mehmet Mutlu: 7. Ceza Dairesi
- İstanbul Ağır Ceza Mah. Başkanı Şerafettin İste: 11. Ceza Dairesi
- Ankara Başsavcı Vekili Fevzi Elmas: 5. Ceza Dairesi

- Yargıtay Cumhuriyet Savcısı (YCS) S.Zeki İskender: 1. Ceza Dairesi
- YCS Ali Muhlis Karakaş: 2. Ceza Dairesi
- YCS Birsen Karakaş: 7. Ceza Dairesi
- YCS Emel Özga: 10. Ceza Dairesi
- Yargıtay Tetkik Hakimi (YTH) Halil Akdağ: 8. Ceza Dairesi
- YTH Cengiz Özbek: 8. Ceza Dairesi
- YTH Emine Saba Yalçın: 4. Ceza Dairesi
- YTH Muhittin Metin Kaya: 1. Ceza Dairesi
- YTH Ali Kınacı: 10. Ceza Dairesi
- YTH Ayşe Doğan: 9. Ceza Dairesi
- Personel Genel Müdürü Nesrin Yılmazcan: 14. Hukuk Dairesi
- Yargıtay Tetkik Hakimi (YTH) Cemal Baş: 16. Hukuk Dairesi
- YTH Nilgün Hacımahmutoğlu: 12. Hukuk Dairesi
- YTH Erdoğan Buyurgan: 5. Hukuk Dairesi
- YTH Türkan Ertuğran: 7. Hukuk Dairesi
- Ankara Hakimi Muammer Öztürk: 15. Hukuk Dairesi
- İzmir Hakimi Necdet Okay: 21. Hukuk Dairesi
- Ankara Hakimi Remzi Balta: 21. Hukuk Dairesi

ANKARA BAROSU 80. KURULUŞ YILDÖNÖMÜNÜ ETKİNLİKLERLE KUTLADI

Ankara Barosu, kuruluşunun 80. yılını bir hafta süren etkinliklerle kutladı. Ankara Barosu Eğitim Merkezi Konferans Salonu'nda resim sergisi açılışıyla başlayan kutlamalar, Ankara Adliye Sarayı bahçesindeki Atatürk Anıtı'na çelenk konularak Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in davetli olduğu törenle devam etti.

Aynı gün, Ankara Barosu Başkanı Semih Güner'in yönetiminde düzenlenen "Baroların Dünü, Bugünü, Yarını" konulu panelle devam etti. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, İstanbul Barosu Başkanı Kazım Kolcuoğlu, İzmir Barosu Başkanı Bahattin Özcan Acar ve Adana

Barosu Başkanı Necati Erdem, panelle konuşmacı olarak katıldılar.

Şiir şöleni, kokteyl, Türk sanat müziği konserleriyle devam eden kutlamalarda, stajyer avukatlar arasında düzenlenen kurgusal duruşma yarışmasının da finali yapıldı.

Ankara Barosu'nun 80. kuruluş törenleri Türk halk müziği konseri ve tiyatro etkinlikleriyle son buldu.

ÇOCUK HAKLARI KOMİSYONLARI ABANT'TA TOPLANDI

UNICEF'in katkılarıyla Türkiye Barolar Birliği ve yerel Barolar, 19-23 Ağustos 2004 tarihinde Abant'ta Baroların Çocuk Hakları Komisyonlarının Kurulması ve Güçlendirilmesi Projesi başlığı altında üçüncü toplan-

HABER-YORUM

YARGI'YA "GÜVEN" SAĞLANMALI

Geçen yıl adli yıl açılış töreninde konuşan TBB Başkanı Özdemir Özok, "Cumhuriyet'in kazanımlarının birer birer yitirilmesi yanında, sosyal ve moral değerlerdeki çözümlenme, toplumun hak, adalet ve hukuk anlayışını da etkilemiş yargı ve onu oluşturan kurumlar ciddi bir güven kaybına uğramıştır" tanısını koymuş; "Kurumlar da kişiler gibi, saygınlıklarını kendileri yaratır ve kendi davranışları ile korurlar. Biz kendi kendimize ne kadar 'saygınlık', 'mahabet' atfedersek edelim, kişisel zaaflarımızın sonucu yarattığımız olaylar, toplumun önem verdiği, hassas konulardaki tepkisizliğimiz ya da tepkimizi ortaya koyarken yaptığımız basit davranışlar, toplumun kaderinde yadsınamaz yeri ve önemi olan bu kurumu, yargıyı yaralamaktadır, zedelemektedir" uyarısında bulunmuştu.

Geçtiğimiz aylarda, bir yolsuzluk olayının soruşturması sırasında telefonları hâkim kararıyla dinlenen Haldun Erdavran adlı kişinin konuştuğu



ve örgütlü suç oluşturdukları iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması için DGM Ankara Başsavcılığı tarafından Yargıtay Başkanlığı'na istekte bulunulan 8 Yargıtay üyesi hakkında ittihaz edilen karar yoğun eleştiriye uğradı.

Sözü edilen kararı özetleyelim:

Öncelikle “*üyelerin telefonlarının izinsiz dinlendiği ve bunun insan haklarına aykırı*” olduğu gerekçesiyle üyelerine dava açılmayacağını kararlaştıran Yargıtay Başkanlık Divanı, “*Kanıtlar yasal kabul edilse bile, üyelere atılı suçların unsurları oluşmamıştır*” sonucuna vardı.

Haberleşme özgürlüğü: Ulusal ve evrensel kurallarla güvence altındaki haberleşme özgürlüğünün gizliliği, ancak yasaların öngördüğü sınırlarla aşılabilir. Bu olaylardaki suçlamanın esasını telefon dinlemeleri oluşturuyor.

Dinleme izinsiz: Telefon dinlemelerinde sadece tek yönlü karar var, bir kişi hakkında karar alınmış, bu kişiyle konuşanlar da böyle dinlenmiş. Yargıtay üyelerinin telefonlarının dinlenmesi için, Yargıtay'dan izin talebinde bulunulmamış. Oysa izin şarttı.

Kanıt olamaz: Yasal olmayan yollardan elde edilen delil, kovuşturmayla esas alınamayacağı için sekiz Yargıtay üyesi hakkında dava açılmasına yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi. Kararda AİHS, AİHM kararları ve Anayasa'ya dayanıldı. Karar verirken yasal olmayan delillerin temel alınması insan hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesine yol açar. Yargıçlara takipsizlik, öncelikle “*telekulak*” gerekçesine dayanmakla birlikte, karardaki şu ifade de dikkati çekti: “... *Kaldı ki tüm kanıtların yasal olduğu varsayılrsa bile, haklarında soruşturma yapılan kişiler yönünden 4422 sayılı Yasa'nın 1/1-6 maddesi (çete üyeliği), TCK 314. (çeteye yardım) ve 232. (davayı etkilemek) maddelerindeki suç unsurlarının oluşmadığı görüşüne varılmıştır.*”

Karara karşın, eski Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanvekili, halen Yargıtay üyesi Ergül Güryel ile Yargıtay üyesi Hüseyin Demirörs, Yüksek Disiplin Kurulu'na sevk edildiler. Kararın bu bölümünü aşağıda bulacaksınız:

“ERGÜL GÜRYEL: ‘*Avukat oğlunun vekili bulunduğu davalarla, ilgili olarak bazı yargıçlarla telefonla ya da doğrudan doğruya görüşmesi, isteminde haklı da olsa, benzeri girişimlerde bulunması, ayrıca HSYK üyeleri ile birkaç Yargıtay üyesini Kıbrıs'ta ve Marmaris'te ağırlayarak konaklama giderlerini başkasına ödettirmiş olması konularında disiplin kovuşturmasını gerektirecek derecede yeterli kanıt elde edilmiştir.*’

HÜSEYİN DEMİRÖRS: ‘*Demirörs'ün HSYK üyesi olduğu dönemde serbest meslek sahibi bir iş adamından borç para aldığı, ayrıca bir hakimi*

telefonla makamına çağırıp görülmekte olan bir davaya dair tedbir kararını kaldırmasını istediği hususları ile ilgili yeterli kanıt elde edilmiştir.”

Kurulun üyeler hakkında görevden çekilmeye davet ve kınama cezası verebileceğini veya haklarında işlem yapmayabileceği belirtildi.

Geziye katılanlar hakkında verilen takipsizlik kararının gerekçesi de şöyle: “Üyelerin eşleriyle bu otellerde konakladıkları, her iki gezinin giderlerinin kendilerince değil, (...) A.Ş. ile (...) Bankası tarafından karşılandığı otel kayıtları, uçak biletleri, ödeme belgeleri ve savunma yazıları içeriğinden anlaşılmaktadır. Sözü edilen gezilere davet aynı kurulda (daha önce) başkan vekilliği yapan meslektaşları olması nedeniyle kendisine güven duygusundan hareket etmeleri gibi olgular birlikte değerlendirildiğinde, bu kişinin davetine icabet edip, üyelerin davet edenin karşılaması gereken gezi giderlerini başkasına ödettirmiş olmasından sorumlu tutulamayacakları cihetle bu eylemlerinden dolayı haklarında ceza ve disiplin kovuşturması yapılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

YANKILAR

PROF. DR. BAHİR ÖZTÜRK: “Mahkeme kararıyla bir kişinin dinlenmesi sırasında dinlenen üçüncü kişilerin ifadelerinin delil oluşturmasıyla ilgili olarak yasada boşluk bulunmaktadır.”

RADİKAL: “Yargıdan delil ders” (30.6.2004)

SABAH: “Neşter yargıya ‘küçük bir sıyrık’ attı.” Fezlekeyi düzenleyen ve çıkar amaçlı suç örgütü üyesi oldukları iddiasıyla dava açılmasını isteyen Yargıtay 10.Ceza Dairesi Başkanı Şener Güngör’ün çevresine “Başkanlık Divanı delillerin hükme esas olup olmadığı hususunu açılacak dava sırasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na bırakmalıydı” değerlendirmesini yaptığı yazıldı. (30.6.2004)

ERGÜN BABAHAN: “Alkışlanacak Karar: Yargıtay kararı keyfi telefon dinlemenin, özel hayata müdahalenin önünü alacaktır umarız” (Sabah/ 1.7.2004)

SEDAT ERGİN: “Sonuçta Yargıtay Başkanlık Kurulu’nun bu kararının Türkiye’de yalnızca yolsuzluk değil, genelde bütün suç kategorileriyle mücadele zeminini gerilettiğine hükmetmek mümkündür. Milletvekili dokunulmazlıklarının kaldırılmasının büyük bir toplumsal talep haline geldiği bir dönemde, Türkiye’de yargının yararlandığı dokunulmazlıkların sınırlandırılmasının da açıkça tartışılmasının zamanı gelmiş ve geçmektedir.” (Hürriyet/8.8.2004)

“HSYK üyeleri meğer Kıbrıs’a ve Marmaris’e giderken harcamalarının gerçekten de organizasyonu yapan meslektaşları tarafından ödendiğini

P zannediyorlarmış. Geziye çıkan HSYK üyeleri söz konusu söz konusu meslektaşlarının bu yüksek faturaları nasıl ödeyebildiğini hiç merak etmemişler, herhangi bir şüpheye düşmemişler. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun meseleyi bu şekilde kapatmış olması karşısında takdir kuşkusuz Türk kamuoyuna aittir. Ancak şu sorular gündemden çıkmayacaktır. HSYK üyelerinin buldukları yüksek makamın dayatması sorumluluk anlayışı içinde etik açıdan daha duyarlı davranmaları gerekmez miydi? Günün birinde söz konusu şirket ve banka ile ilgili dosyalar önlerine geldiğinde bu üyeler ne ölçüde objektif bir şekilde hareket edebileceklerdir? Yargı mensuplarının uymaları gereken etik kuralları belirleyen, bunlara uygunluğu sağlamakla görevli olan HSYK üyelerinin kendileri bizzat etik ölçülerin dışına çıkarlarsa, ne yapmalıdır?" (Hürriyet/10.8.2004)

ORHAN BURSALI: "Hangi adalete, hangi hukuka sığar böyle bir karar? Bir suç örgütünün telefonları yasal olarak dinleniyor. Neden? Şüphelenenleri izlemek, delil toplamak, suç örgütüne dahil olan başkalarını saptamak, olayın hacmini, boyutunu ortaya çıkarmak için... Şimdi sormak gerek: 1)Eğer dinlenen telefonların ağına düşenler Yargıtay üyeleri olmayıp da sıradan birileri olsaydı, böyle bir karar verilebilir miydi? Böyle bir karar hiç gündeme ve akla gelir miydi? 2)Olayın tartışılan en ciddi yönü 'dinlenmeleri yasal değil' kararının, kişilerin olayla ortaya çıkan ilişkilerini yok edebilir mi? Bu şekilde bir 'aklanma' hangi vicdana, hangi ahlaka, hangi etiğe, hangi hukuka sığar?" (Cumhuriyet/12.8.2004)

TAHA AKYOL: "Yargıtay'ın soruşturmayı kolaylaştırıcı bir içtihat yerine kendisine dokunulmazlık zırhı yaratması üzücüdür. Evet yargıya güvenelim, siz de güvenin.ç Yargı organları Yargıtay üyeleri hakkında da dokunulmazlık zırhına çarpmadan adli işlem yapabilsinler, politikacılar hakkında da..." (Milliyet/12.8.2004)

OKTAY EKŞİ: "Allah aşkına kim kimi kandırıyor? Hangi düzgün Yargıtay üyesi dört kişiyi on gün süreyle lüks bir otelde ağırlayabilir? Hangi düzgün üye bu hikayeye inanabilir?" (Hürriyet/11.8.2004)

- Yargıya "güvenmek" ve yargıdan "kaçmamak", "kaçırmamak" gerekiyor.

T. E.

tısı düzenlendi. Kanunla ihtilaf halinde bulunmaları sebebiyle yargılanan, tutuklevleri ve ıslah evlerinde bulunan çocuklara yönelik çalışmalar yapmak ve yapılacak hukuki yardımların esaslarını belirlemek ve bu alanda çalışan avukatların konuyla ilgili

bilgi ve deneyimlerini güçlendirmek amacıyla beş günlük toplantı programında grup aktiviteleri yer aldı ve ek olarak komisyonların bu zamana dek gerçekleştirdikleri aktiviteler de, sunum şeklinde diğer komisyonlarla paylaşıldı.

Özellikle yeni TCK taslağında yer alan ve çocuk yargılamasını ilgilendiren hükümlerin tartışılması programın çok önemli bir parçasını teşkil etti.

Toplantı sonunda bir bildiri yayımlandı.

ANADOLU ÜNİVERSİTESİ VE AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTELERİ İLK MEZUNLARINI VERDİ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ilk mezuniyet töreni 2 Temmuz 2004 tarihinde Akdeniz Üniversitesi Kampusü Atatürk Konferans Salonu'nda; Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ilk mezuniyet töreni de, 28 Ağustos 2004 tarihinde, Anadolu Üniversitesi Kongre Merkezi'nde gerçekleştirildi.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SEMPOZYUMU YAPILDI

İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi, 19-20 Haziran 2004 tarihleri arasında, Galatasaray Üniversitesi Kemal Oğuzman Salonu'nda Uluslararası Ceza Mahkemesi Sempozyumu düzenlediler. Sempozyum'da "Tarihsel Süreç İçinde Uluslararası Ceza Mahkemeleri", "Roma Antlaşmasının Hazırlanış Süreci, Genel Olarak Yapısı Ve Türkiye'nin Konumu", "Roma Antlaşması'nda Ceza Yargılaması Hukukunun Önemli İlkeleri", "Roma Antlaşması'nda Maddi Ceza Hukukunun Önemli İlkeleri", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Savcılığın ve Savunma Biriminin Yapısı ve İşleyişi", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Madde İtibariyle

Yetkisi", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisine Giren Suçlarda Kadın ve Çocukların Özel Konumu", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Şüpheli-Sanık Hakları ve Savunmanın Konumu", "Tanık ve Mağdurların Getirilmesi, Dinletilmesi ve Korunması", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Duruşma", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Delil Kuralları ve Kanun Yolları", "Uluslararası Ceza Mahkemesi Açısından Uluslararası Yardımlaşma, İşbirliği, İade", "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri" konuları yer aldı.

BARO BAŞKANLARI AVRUPA'DA TETKİK GEZİSİNE ÇIKTILAR

27 Haziran-4 Temmuz 2004 tarihleri arasında Baro Başkanları Avrupa Gezisi'nde buluştu. Strassbourg, Paris ve Brüksel'i kapsayan geziye, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok Başkanlığı'nda düzenlenen geziye baro başkanları yanında bir kısım TBB Yönetim Kurulu, Disiplin Kurulu ve Denetleme Kurulu üyeleri de katıldılar.

Paris Barosu'nu ziyaretleri sırasında Özok şeref defterine şunları yazdı: "Dost ve kardeş Paris Barosu'nu ziyaret etmekten büyük onur duyuyoruz. Tüm ezilen insanların umudu olan Fransız devriminin temsilcileri sayın meslektaşlarımızın tarihsel sorumluluklarının bilincinde davrandıklarını görmekten çok mutluyuz. Hukukun evrensel değerlerinin tüm dünyaya egemen olması dileğiyle Türk avukatları adına saygılarımı sunarım. 30.6.2004"



Baro başkanları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde

TÜRK İDARE DERGİSİ İNTERNETE AÇILDI

İçişleri Bakanlığı'nın 1928 yılından itibaren çıkarmakta olduğu Türk İdare Dergisi'nin İnternet ortamında da yayınlanmasına ilişkin çalışmalar tamamlanarak, bu amaçla hazırlanan web sayfası, <http://www.icisleri.gov.tr/tid> adresinden ulaşılabilir şekilde aktif hale getirilmiştir.

TBB ÖLÜM CEZASI İLE İLGİLİ PLATFORMA KATILACAK

6-9 Ekim 2004 tarihleri arasında Kanada-Montreal'de ECPM (Together Against the Death Penalty) ve PRI (Penal Reform International) tarafından düzenlenecek olan 2. Dünya İdam Cezasıyla Mücadele Kongresi'nde¹ Türkiye'yi Türkiye Ba-

rolar Birliği Başkanı Özdemir Özok ve Prof. Dr. Yüksel Ersoy temsil edecekler.

Kongre, Kanada, Hollanda, Fransa, İsviçre, Belçike, Almanya, Meksika, İtalya gibi çeşitli ülkeler, Amnesty international ve The World Coalition Against the Death Penalty gibi başlıca uluslararası insan hakları örgütleri; Paris Barosu ve Quebec Barosu tarafından desteklenmektedir. Tüm dünyadan barolar delegasyon oluşturarak kongreye katılabileceklerdir.

ECPM'nin Başkanı sayın Michel Taube, kongreyi Türk kamuoyuna tanıtmak ve Türkiye'de bu alanda ilgi yaratmak için 27 Eylül 2004 tarihinde, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'un da katılımıyla, İstanbul'da bir basın konferansı ve resmi bir resepsiyon organize edecektir.

Toplantı için TBB kapsamlı bir rapor hazırlamaktadır.

¹ Kongrenin detaylı programına <http://www.montreal2004.org> adresinden ulaşabilirsiniz.

ROMANYA BAŞSAVCISI'NIN ZİYARETİ

Romanya Başsavcısı Dr. İlie Botos, Başsavcı Yardımcısı Dr. Angela Nicolae, Romanya Örgütlü Suçlar ve Uluslararası Kaçakçılık Bölümü Başkanı Gheorghe Muscalu, Aybay Vakfı ile yaptıkları temas sonucunda Türkiye'ye geldiler. Aybay Vakfı heyetin Türkiye temaslarında aracılık yaptı.

Kendi ülkelerinde örgütlü suçlarla mücadele yasası ile ilgili hazırlıklar sırasında Türkiye deneyimlerinden yararlanmak amacıyla düzenlenen ziyarette protokol önerdiler.

TBB, Romanya heyetinin Ankara bölümünde gereken ilgiyi gösterdi.

Antalya Barosu'nu bu öncü girişiminden dolayı kutlar, çalışmalarında başarılar dileriz.

İZMİR BAROSU İLE CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI ARASINDA GERGİNLİK

İzmir Barosu'na kayıtlı avukatlar yapımı 14 yıl sonra tamamlanan yeni Adliye Sarayı'nın içinde kendilerine oda ayrılmamasına, otopark ve fotokopi sorunlarının çözülmemesine tepki gösterdiler. Adliye Sarayı'nın açılış törenine katılmadılar.

TBB Başkanı Özdemir Özok'un da katıldığı bir toplantı ile basın açıklaması yaptılar, adliye yönetimini alkışlarla protesto ettiler.

ANTALYA BAROSU KALİTE BELGESİ ALDI

Üye sayısı itibariye Türkiye'nin dördüncü barosu olan Antalya Barosu, barolar arasında ilk defa ISO 9001: 2000 belgesi aldı. 2003 yılın-



Adliye Binası'nda avukatlar düşünülmeden yapılan düzenlemeye İzmir Barosu avukatları TBB Başkanı ile birlikte tepki gösterdiler. (Gazetelerden)

da başlayan çalışmalar sonucunda alınan belge kuruluşların hizmet kalitesini etkileyen faaliyetlerinin yanında, tüm kuruluş faaliyetlerinin ele alındığı Toplam Kalite Yönetimi-ne uygun bir kalite yöntemi sistemi oluşturmaktadır.

Hazırlanan Kalite El Kitabı barolarımızın tüm işle m ve işlevlerini kapsamaktadır. Bu belgeyi almayan barolarımızın çalışmalarına rehber olabilecek niteliktedir.

ORD. PROF. DR. SULHI DÖNMEZER VEFAT ETTİ

Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, 3 Ağustos günü, 86 yaşında vefat etti. 1918 yılında İstanbul'da doğan Dönmezer, 1938 yılında İÜ Hukuk

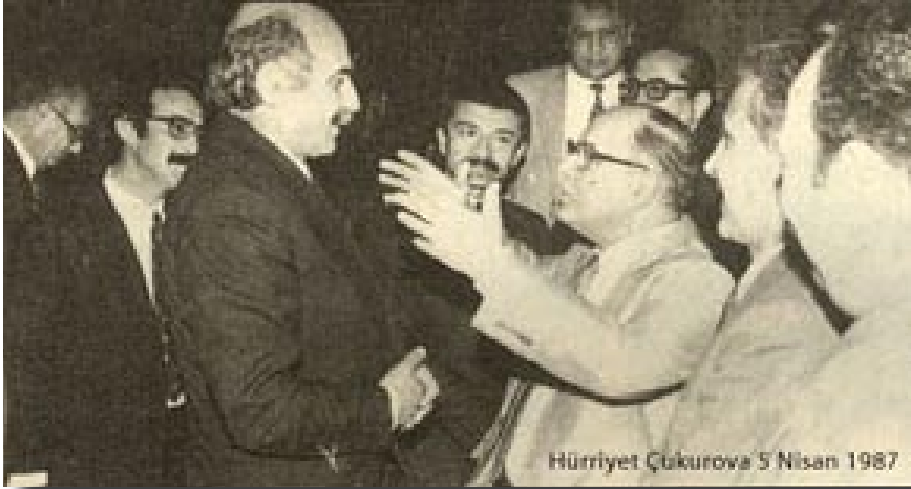
Fakültesi'ni birincilikle bitirdi.

1949 yılında profesör oldu. 1957 yılında ordinaryüs profesörlüğe terfi ettirildi.

1985 yılından bu yana Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanun tasarıları üzerinde yoğun olarak çalışmakta idi.

Çok sayıda hukukçu ve öğretim üyesi yetiştirerek "*Hocaların Hocası*" unvanına sahip olan Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, İÜ Rektörlük Bilim ve Sanat Merkezi'nde düzenlenen "*Devlet Töreni*"nden sonra defnedildi.

Hocamıza rahmet, ailesine, öğrencilerine ve Türk başsağlığı dileriz.



*Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer çok önem verdiği ve üzerinde uzun yıllar çalıştığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nı her yerde heyecanla savundu.
(5 Nisan 1987 Adana Barosu'nun düzenlediği panelde)*

KAYBIMIZ



TBB'nin önceki dönem Yönetim Kurulu üyesi ve Samsun Barosu'nun önceki dönem başkanlarından değerli meslektaşımız, yetkin hukukçu, güzel insan Av. Rahmi Kumaşoğlu'nu 04.07.2004 günü kaybettik.

06.07.2004 günü doğum yeri olan Perşembe ilçesi Saray köyünde toprağa verilen Av. Rahmi Kumaşoğlu'nun aramızdan ani olarak ebediyen ayrılışı, mensubu olduğu Samsun Barosu ve TBB. çevresinde derin üzüntü yaratmıştır.

1941'de Perşembe ilçesi Saray Köyünde doğan Av. Rahmi Kumaşoğlu, 1965 yılında A.Ü. Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra, 1973 yılına kadar ördü Barosu'na bağlı olarak çalıştı. 1973 yılından sonra Samsun Barosu'nda mesleki faaliyetini sürdüren merhum meslektaşımız geçen sürede yetkin hukukçuluğunun yanı sıra, renkli kişiliği, mücadeleci yapısı, savunma mesleğine ve meslektaşlarına olan sevgisi ile çevresinde sevgi ve saygı kazandı.

Av. Rahmi Kumaşoğlu 1983-1988 yılları arasında Samsun Barosu Başkanı, 1989-1997 yılları arasında TBB Yönetim Kurulu üyeliği yaparak, avukatlık mesleğinin sorunları ile yoğun bir biçimde ilgilenmiş, mesleğin sorunlarının çözümünde önemli katkılarda bulunmuştur.

Değerli meslektaşımız Rahmi Kumaşoğlu'na Tanrı'dan rahmet, ailesine, kendisini sevenlere ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

TBB ÖNCEKİ SAYMAN ÜYESİ TUNCAY ALEMDAROĞLU SİLAHLI SALDIRIYA UĞRADI

TBB önceki sayman üyesi, Ankara Barosu önceki başkanlarından ve Yenimahalle önceki Belediye Başkanı Tuncay Alemdaroğlu, silahlı saldırıya uğradı. Alemdaroğlu, bürosu önünde kimliği belirsiz bir kişinin arkadan açtığı 4 el ateş sonucu, iki bacağından yaralandı. İbni Sina Hastanesi yetkili-

leri, ameliyat edilen Alemdaroğlu'nun sağlık durumunun iyi olduğunu ve hayati tehlikesinin bulunmadığını bildirdiler.

Alemdaroğlu'nun, Belediye Başkanlığı dönemine ait "oto pazarı kavgası" nedeniyle kurşunlandığı ortaya çıktı. (Gazetelerden)

Değerli meslektaşımıza geçmiş olsun der, şifalar dileriz.

Haberler: O. G.

YARGISIZ İNFAZ

Av. Özdemir ÖZOK *

Dergimizin bu sayısında sizlere daha önce bildirdiğimiz konuda seslenmeyi görüş ve düşüncelerimi aktarmayı planlamıştım. Ancak, ülke gündemine anlaşılmaz bir biçimde düşen ve günlerdir süren Yargıtay-MİT ve karanlık ilişkilerin temsilcileri arasındaki konuşmaları içeren ses bantları, öylesine büyük bir tahribat yarattı ki, bu sayıda işlenecek konu kendiliğinden ortaya çıktı.

Sizler de tüm kamuoyu gibi, ülkemiz yargı tarihinde bir örneği daha önce yaşanmamış olan bir haber dizisini medyadan izlediniz.

Önceleri sıradan bir adli haber gibi sunulan bilgiler giderek sistemli ve örgütlü biçimde tırmandırılarak, büyük bir öfke ve linç anlayışıyla “*yargısız infaza*” dönüştürülmüştür. Başı sonu belli olmayan ve parça, parça basına sızdırılan ses bantlarının içeriği incelendiğinde, yayının belirli bir merkezden ve belirli bir amaçla yapıldığı kesin kanısına varılmaktadır.

Çünkü, usul yasalarımızda gizli bir biçimde sürdürüleceği yazılı olan hazırlık tahkikatı bu olayda “*fazlasından ziyade*” şeffaf, saydam ve aleni bir biçimde yürütülmektedir. Yargının kurucu unsuru olan savunmanın temsilcileri olarak zaman zaman yakıncı vekili ya da sanık müdafii sıfatıyla kimi tahkikat dosyalarında ulaşamadığımız bilgi, belge ve konuşmalar bir süredir havalarda savrulmaktadır. Oysa CMUK'nun kamu davasının hazırlanmasını düzenleyen 147-170. maddelerinde tahkikatın Cumhuriyet Savcılarının yetki ve sorumluluğunda belirli bir düzen içinde ve gizli yürütüleceği ilkesi kabul edilmiştir. Çünkü, hazırlık soruşturması faaliyetinin gizli yürütülmesi, bu dönemin temel

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

özelliklerinden doğan bir niteliktir. Suçun ve delillerin henüz tam olarak ortaya çıkarılmadığı bir dönemde, araştırma işlemlerinin kamuya açık yürütülmesinde zanlı kişi yanında toplumunda büyük zarar göreceği kuşkusuzdur. Yine 4422 sayılı “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu” nun “İletişimin dinlenmesi veya tespiti” başlıklı bölümünü düzenleyen 2. maddesinde dinleme koşulları hüküm altına alınmış ve “...iletişim dinlenmesi ve tespiti sırasında bu kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısı 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” hükmü yanında “Gizliliğin ihlali, yetkililerin sorumluluğu ve cezalandırılması” başlıklı bölümü düzenleyen 10. maddesinde “Bu kanun gereğince yürütülen işlemler ve hazırlık soruşturması sırasında alınan kararlar gizlidir. Gizliliği ihlal edenler hakkında iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu Kanun’un 2. maddesinin yedinci fıkrasına göre imha edilmesi gereken verileri imha etmeyenler veya bu verileri açıklayanlar veya her ne suretle olursa olsun kullananlar hakkında da aynı cezaya hükmolunur...” denilmektedir.

Bu özel düzenlemeler yanında Anayasa’nın ikinci bölümünde düzenlenen “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı kısmın 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..” denilmektedir. Yine aynı bölümde “Özel Hayatın gizliliği ve korunması” başlığını taşıyan kısımda “Özel Hayatın Gizliliği” madde başlığıyla 20. maddede “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” hükmü vardır.

Ulusal yasalar yanında ulusal üstü sözleşmelerde de bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. 12 Haziran 1776 günlü Virginia İnsan Hakları Bildirgesi’nin 8. maddesinde “Her insanın mahkum olunca-

ya kadar masum olduğunu" 3 Eylül 1791 günlü Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 9. maddesinde "Herkes suçlu olduğu açıklanuncaya kadar masum sayıldığından..." biçimindeki düzenlemeleriyle kişilerin bir yargı kararı olmadan suçlanamayacağını bildirmelerine ve daha sonra kaleme alınan uluslar arası sözleşmelerde sanık hakları daha da güvencelere bağlanmış ve insanın temel haklarından olan özel yaşamın gizliliği güçlü bir biçimde güvence altına alınmıştır. Kaldı ki çağdaş ceza hukukunda ve usul hukukunda yeni bir düşünce gelişmeye başlamıştır. Bu da insanların "Lekelenmeme Hakkı" olarak belirlenmektedir. Ulusal ve uluslar üstü hukuktaki bunca gelişmelere karşın, 2004 Türkiye'sinde yaşananları kabul etmeye olanak yoktur. Kaldı ki bu haksız uygulamalara muhatap olan kişi sıradan bir yurttaş değil, ülke yargı sisteminin tepe noktasında olan bir kişidir. Bu sıradan bir kişinin uğrayabileceği muamelenin vehameti açısından önemlidir.

Kuşkusuz her yurttaş gibi yüksek mahkeme başkanı da suçlanabilir, suç işleyebilir, hakkında kamu davası açılabilir, mahkum olur yada beraat edebilir ama hiçbir zaman böyle günlerce, haftalarca gazete manşetlerinde manevi işkenceye tabi tutulamaz.

İşin en vahim tarafı da, tüm yetkililerin olayları hiçbir şey yapmadan öylece hareketsiz bir biçimde izlemesidir. Herkesin şunu çok iyi bilmesi gerekir ki, bu gün kimilerinin ses çıkarmadığı, tepki göstermediği ve öylece izlediği bu hukuk dışı uygulamalar bir gün onlar içinde geçerli olabilir.

Bunca yaşananlardan sonra, acaba Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun ya da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve Yüce Divan'ın vereceği kararlar ilgililerinin itibarını ne ölçüde iade edecektir?

Her koşulda da bu sorunun cevabı olumsuzdur.

Bu gelişmeler sırasında, devlet içinde devlet olma iddiasında olan MİT teşkilatının üst düzey yöneticisinin kamuoyuna yansıyan konuşmaları da ilişkilerin ne boyutlara geldiğini göstermesi bakımından çok ilginçtir.

Bütün yöneticilerimizin söylevlerinde ve nutuklarında bir çırpıda dillendirdikleri, özgürlük, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunların tamamını bünyesinde taşıyan ve özümseyen "Hukuk

Devleti" nin ne kadar uzağında olduğumuzu yaşanan olaylar acı bir biçimde ortaya koymaktadır.

Bu aşamada bir hususun altını da özellikle çizerek vurgulamak gerekmektedir. Yargı erkinin gücü ya da güçsüzlüğü "*çek, senet tahsilatı*" gibi bir ara hizmetin doğmasına neden olmuş; hukuki ihtilaflarda kaba güç kullanılmasına yol açmıştır.

Siyasal iktidarların yargıyı yıpratarak, yargı üzerindeki etkisini sürdürme çabaları yanında çeşitli kurumlarda yargı yollarının çeşitli dokunulmazlık ve koruma hükümleri ile kapatılması da büyük sakıncalar doğurmakta, toplumda "*kendiliğinden hak alma*" refleksi oluşturduğunu görmek gerekmektedir. Bunun en masumu kahve köşelerinde, özel sohbetlerde "*dedikodu*" biçiminde ortaya çıkmaktadır. En vahimi yukarıda olduğu gibi, usulüne uygun ya da uygun olmayan biçimde telefom görüşmelerinin gazete sayfalarına, televizyon ekranlarına, hiçbir kural tanımadan aksetmesi biçiminde olmaktadır. Çözüm, yargıya *güvenmek* ve yargıdan "*kaçmamak*" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunca olumsuzluğa ve moralsizliğe rağmen geleceğe umutla bakmaktayız, en büyük gücümüz, kimilerinin yadsıdığı ama sizlerin özümseydiği ve mücadele verdiği evrensel hukuk değerlerinin ülkemizde mutlaka egemen olacağı sarsılmaz inancımızdır.

HUKUK MAHKEMELERİNDE DAVA VE MAHKEME SAYISILARININ ÖNGÖRÜSÜNE İLİŞKİN MODEL

Dr. A. Mete ÇİLİNGİRTÜRK*

1. GİRİŞ

Milletlerin sürdürülebilir bir büyüme ile zenginleşmesi, evrensel değerler olan barış, dayanışma ve adalet üzerine kurulan ortak bir uygarlaşma çabası ile gerçekleştirilebilir.¹ İktisatçılar arasında genel kabul görmüş bir düşünceye göre mülkiyet hakkının tanımlanması ve korunması bir devletin varlığını idame ettirecek kalkınmayı sağlayacaktır.²

Dünya üzerindeki pek çok ülke adli ve yargısal reformları genel kalkınma programları içerisine almaktadır. Bunun sebebi, hukuku etkin ve eşit olarak yorumlayacak ve uygulayacak bir yargı sistemi olmaksızın sürdürülebilir sosyal ve ekonomik bir kalkınmanın mümkün olmayacağına giderek artan bir şekilde anlaşılmasıdır.³ Davaları kabul edilebilir bir süre içerisinde sonlandıran ve kamunun ulaşımına tamamen açık olan bir yargı, etkin olarak tanımlanmaktadır.⁴ Dolayısı ile dava süreleri ve bu süreyi belirleyici bir faktör olarak mahkeme sayısı yargının etkin işleyişi için önemlidir. Bu çalışmanın amacı, hukuk davalarına bakan mahkemelerin sayılarını tahmin etmeye yönelik model önermektir.

Gelişmekte olan ülkelerdeki mahkemeler üzerindeki dava yoğunluğu, yargının etkinliği ve eşitliğini çeşitli şekillerde bozmaktadır. Dolayısıyla,

* Marmara Üniversitesi, İİBF Ekonometri Bölümü İstatistik ABD öğretim üyesi, Yardımcı Doçent.

¹ Chukwu, E. N., Goodness through optimal dynamics of the wealth of nations, *Non-linear Analysis: Real world Applications*, 4, 2003, s. 660.

² Börs, D., Kolmar, M., Anarchy, efficiency, and redistribution, *Journal of Public Economics*, 1, 2002.

³ World Bank, *Development and Human Rights: The Role of the World Bank* (1998).

⁴ Dakolias, Maria, Court Performance Around the World: A Comparative Perspective, *The Yale Human Rights & Development Law Journal*, http://www.yale.edu/yhrdlj/vol02/dakolias_maria_article.htm, 23.09.2003.

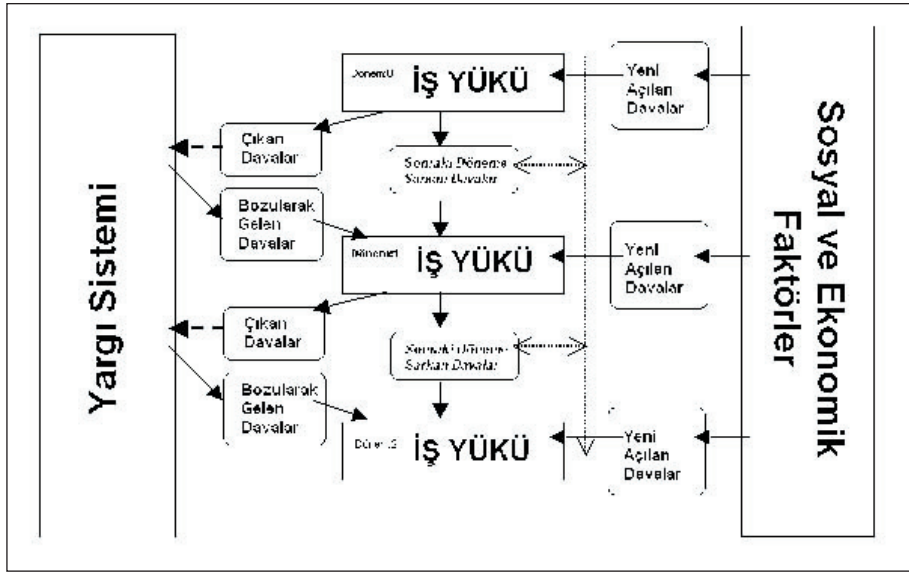
hükümetler eski reformların etkileri ve şu anki yargı sisteminin zayıflıklarını inceleyerek yargı reformlarını yürürlüğe koymaya çalışmaktadırlar. Adalet Bakanlığı'nın bir görevi de yeni sistemler yürürlüğe girene kadar mevcut sistemi etkinleştirmeye yönelik planlamalar hazırlayarak, uygulamaktır. Hukuksal kaynakların Adalet Bakanlığı'nın mevcut durumu ile ilgili açıkladığı, mahkeme sayıları ve dava sürelerinin yetersizliğinden kaynaklanan problemler şu şekildedir. *“En basit davalar dahi, kadro yetersizliği ve kısıtlı mahkeme sayısı nedeni ile yıllarca sonuçlanamamaktadır. Özellikle de akçeli davalar, yüksek enflasyon ortamında anlamını yitirmekte ve insanları farklı ve gayri meşru çözüm arayışlarına itmektedir. Böylece, adalet güçlülere korumakta ve yara almaktadır. Tek tek davalara ayrılan zamanın kısıtlı olması, karar aşamasında yargıçları zorlamaktadır.”*⁵

Hukuk devletlerinde, bireylerin devletin plan ve politikaları ile ilgili bilgilendirilmesi önemli bir unsurdur. Yapılan uzun dönem planların akılcı ve güvenilir olması planların gerçekleştirilebilirliği için gereklidir. Bu durum, planlamanın bilimsel teknik ve yöntemlere dayandırılması zorunluluğunu ortaya çıkartmaktadır. Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli İstatistik Dairesi'nin yaptığı uzun dönem tahmin çalışmaları, zaman serileri analizi tekniklerinden *“belirlenen iki noktaya göre tahmin”* yöntemidir. Ancak, adli olayların basit bir trend davranışı göstermesi beklenmemelidir.

2. TAHMİN MODELİ

Toplumsal davranışların bir sonucu olarak ortaya çıkan genel eğilimlerin bir sonucu olarak, yeni açılan dava sayıları da hareketlerinde belirli bir düzen gösterebileceklerdir. Bununla birlikte, bu davranışın sosyal veya ekonomik nedenleri de planlamacılar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, mahkemelerin sayısının tahmin edilmesine yönelik, aşağıdaki model yapısı sunulmuştur. Modelde, yeni açılacak davaların sosyal, demografik ve ekonomik faktörlerden etkileneceği ve ayrıca trend etkisi taşıyabileceği varsayılmaktadır. Önceki dönemlerden devam eden davaların ise geçmiş yıllarda açılmış davaların bir fonksiyonu ve bozularak gelen davaların ise geçmiş dönemlerde çıkan dava sayısının bir fonksiyonu olacağı kabul edilmiştir.

⁵ Adalet-Güçlü Türkiye Projesi, www.gucluturkiye.org/adalet.htm, 16.07.2003.



Şekil 1. Hukuk mahkemelerinin iş yükü bileşenlerine ilişkin model.

Çalışmanın ilk bölümünde, hukuk mahkemelerinde yeni açılan davaların özellikle ilişkili buldukları ve etkilendikleri faktörler, istatistiksel olarak belirlenmeye çalışılmıştır. Yukarıda tasarlanan bu model, hukuk mahkemelerinin iş yüklerini bileşenlerine ayırarak, bu bileşenlerin ayrı tahmin edilmesi amacıyla kurulmuştur.

Pek çok iktisadi faaliyetin kamu yönetiminden çıkarak serbest piyasa düzenine kayması, özel sektör tarafından hak ve sorumlulukların açıkça tanımlanmasının talep edilmesine neden olmuş ve hukuk mahkemelerine duyulan ihtiyaç artmıştır.⁶ Araştırmada hukuk mahkemelerinin seçilmesinin nedeni, kişiler arasında doğan ve suç teşkil etmeyen davaları konu alması ile doğrudan toplumsal davranışların bir sonucu olması ve sosyal ve ekonomik hayattaki gelişmeleri kısa süre içerisinde yansıtacağına varsayılmıştır. Hukuk mahkemelerinde yeni açılan davaların sayısı pek çok değişkene bağlı olacaktır. Ancak, temelde eğitim ve istihdam durumu sosyal göstere olarak, nüfus demografik göstere olarak ve temel ekonomik göstergeler açıklayıcı olarak seçilmiştir.

⁶ Buscaglia, E., Dakolias, M., Comparative International Study of Court Performance Indicators: A Descriptive and Analytical Account, Legal and Judicial Reform Unit Legal Department, The World Bank, Ağustos 1999, S. 2.

3. ARAŞTIRMA YÖNTEMİ VE BULGULAR

Eğitimi temsil etmesi amacı ile lise ve dengi okullaşma oranının seçilmiş olması 18 yaşın altındaki nüfusun çocuk olarak kabul edilmesi ve söz konusu davaların çocuk mahkemeleri tarafından yürütülmesidir. Kurulan modellerin bir kısmında Adalet Bakanlığı'nın literatür ile benzeşecek şekilde başlangıç bütçesi veya konsolide bütçe anlamlı ilişki sağlamıştır.⁷ Diğer taraftan analizde kullanılacak yıllık verilerde çok geçmiş dönemlere geri gidilmemiş (1986-2001), toplumsal kırılmaların etkilerinden kaçınılmıştır. Buna rağmen, seride 1990'lı yılların başlarında aşırı değişimler gözlemlendiğinden bazı modellerde bu hareketlerin etkisinden kaçınılması amacı ile daha az gözleme dayalı tahminler yapılmıştır. Diğer bazı modellerde ise gecikmeli değişkenlerin kullanılmasından dolayı gözlenen dönem sayısı azalmıştır. Bu tür modeller çalışmanın ileri kısımlarında ortaya konacaktır. Yöntem olarak karşılıklı ilişkileri tahmin etmek için kullanılan korelasyon analizi yerine, yeni açılan dava sayıları üzerindeki etkili göstergelerin belirlenmesi amacı ile regresyon analizi tercih edilmiştir. Regresyon analizlerinde⁸ elde edilen nedensel ilişki doğrudan olabileceği gibi dolaylı bir etkiye de işaret edebilir. Belirlenen modellerin bu bilgi ışığında yorumlanması bilimsel açıdan daha doğru olacaktır.

3.1. Yeni Açılan Davalarda Sosyal ve Ekonomik Faktörler

Ticari davaların görüldüğü asliye ticaret mahkemelerinde yeni açılan davaların sayısının (ATYAD) diğer göstergelerin arasında en fazla TCMB reeskont faiz oranından (MBRFO) etkilendiği gözlenmiştir. Tahmin edilen model ile yeni açılan dava sayısındaki değişmelerin %58.6'sı belirlenebilmektedir.

ATYAD _t =	-8312.381	+ 658.776	MBRFO _t
s.h.	9648.681	153.565	
T	-0.862	4.290**	
	R ² =0.586	F=18.403**	

Ticari ilişkilerde, taraflar arasında doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde uygulanacak faiz oranlarının sözleşmede kararlaştırılmamış olması durumunda, ticari borçlara zaman zaman değişimlerle ayarlanan TCMB'nin kısa vadeli kredilerde geçerli reeskont faiz oranları

⁷ Buscaglia ve Dakolias, *a.g.e.*, S. 21.

⁸ Regresyon analizinde katsayı testleri ve modelin anlamlılık testinde, * 0.05 ve ** 0.01 seviyesinde anlamlı katsayıları ifade etmektedir.

uygulanmaktadır. Reeskont faizlerinde yapılan ayarlamalar sonucunda, eğer reeskont faiz oranları yükselmiş ise ve bu oranlar piyasada reel mevduat faiz oranlarını aşarsa kişiler borçlarını ödeme konusunda daha hassas davranacaklardır. Diğer taraftan alacaklılar için, borçların tahsili için uygun bir ortam oluşacaktır. Aksi durumda, borçlu yükümlülüğünü yerine getirmek yerine reeskont oranlarının piyasa oranlarından düşük olduğu dönemlerde, borcunu ödemek yerine hukuksal sürece gidilmesini kabul etmekte ve kendine bir çeşit daha ucuz kredi sağlamaktadır. Ancak, davaların alacaklılar tarafından açılması birinci durumda açıklandığı şekli ile modelde yer almaktadır.

Asliye hukuk mahkemelerinde ise yeni açılan davaları (AHYAD) açıklayan en önemli gösterge lise ve dengi okullaşma oranı (LDOO) olarak ortaya çıkmıştır.

AHYAD _t =	332236.5	+ 1947.981	LDOO _t
s.h.	30523.083	632.960	
t	10.885**	3.078**	
	R ² =0.421	F=9.471**	

Asliye hukuk mahkemeleri miktar ve değeri belli bir rakamı geçen anlaşmazlıklar ile kişiler arasında çıkan ve paradan kaynaklanmayan diğer bazı anlaşmazlıkları çözmektedir. Uyuşmazlıklar ise çoğunlukla kişilerin, kanunun öngördüğü şekilde hukuki işlemlerini yapmamalarından kaynaklanmaktadır.⁹ Eğitim düzeyinin artışı ile şahıslar aralarındaki uyuşmazlıkları, hukuki yollarla çözümünü tercih etmekte ve bu türde açılan davaların sayısında artış olmaktadır. Ancak, kısa dönemli veriler kullanıldığından, doğrusal olarak gözlenen bu yapı, gerçekte eğrisel olarak gözlenmesi beklenir. Bunun sebebi eğitim seviyesinin artışı ile insanların daha az hukuksal sorunları yaşayacak oluşumların içine girmesinin beklenmesidir.

İş mahkemelerinde yeni açılan davaların sayısı (İŞYAD) kısmen nüfus ile ilişkili gözükmeyle birlikte, aynı orandaki ilişkiyi toplam ticari kurum sayısı ile de göstermektedir. Ancak bu ilişkiler istatistiksel olarak anlamlı olmadıklarından model kurulmamıştır. Bunun yanında bu mahkemelerde yeni açılan davaların sayısı doğrusal olmayan bir trende sahiptir. İcra hukuk mahkemeleri (İHYAD) için kurulan modellerde istatistiksel olarak anlamlı sonuçlara götüren göstergeler net asgari ücret (NAÜ) ve işsizlik ile eksik istihdamın toplam oranı (İEİÖ) olmuştur. Bu göstergelerdeki değişimler,

⁹ Bir gayrimenkulün Tapu Sicil Müdürlüğü'nde ve resmi şekilde yapılacak sözleşme ile satılması mümkün olduğu halde, tarafların kendi aralarında resmi olmayan, adi yazılı ya da sadece söz ile sözleşme düzenlemeleri gibi.

İcra hukuk mahkemelerinde yeni açılan davaların sayısındaki değişimin yaklaşık %93'ünü belirlemektedir.

İHYAD _t =	31455.113	+ 0.494	NAÜ _t	+	İEİO _t
s.h.	16553.454	0.044		3599.998	
t	1.900	11.195**		1102.225	
				3.266**	
	R ² =0.934	F=63.915**			

İcra hukuk mahkemeleri, icra ve iflas hukukundan kaynaklanan sorunları çözen tetkik merciidir. İcra hukukundan kaynaklanan sorunlar ise doğrudan doğruya borçlunun ekonomik durumu ile ilgilidir. İşsizlik oranının azalış, kişilerin borç ödeyebilirlik güçlerinin artacağı anlamına gelmektedir. Net asgari ücretin ise dolaylı olarak iki etkisi oluşacaktır. İlki, asgari ücretin artması ile zor ekonomik koşullara ve rekabete dayanmaya çalışan işyerlerinin maliyetleri artarak iflaslara sebep olması ve sonucunda alacakların icra yoluna gitmeleridir. Diğeri ise, ücretlerde yaşanan artış ile şahısların tüketimlerini arttırması ile ortaya çıkar. Plansız bir şekilde yapılan tüketim harcamaları sonucunda borçların ödenmemesi söz konusu olacaktır. Kredi kartlarında oluşan tüketim eğilimi ile benzer sorun Türkiye’de yaşanmış, bu konuda 2000’lerin başında yeni yasalar hazırlanmıştır. Dolayısıyla toplumdaki ani gelir artışları ve işsizlik oranının artması ile icra hukuk mahkemelerinde açılacak davaların sayısı artacaktır.

Kişi başına GSYİH (1987 fiyatları ile), sulh hukuk mahkemelerinde yeni açılan davaların (SHYAD) açıklanmasında en anlamlı gösterge olmuştur. Reel gelirin aynı zamanda mahkemelerin işleyişinde anlamlı bir ilişki sergilendiği de gözlenmiştir.¹⁰

SHYAD _t =	163457.5	+ 0.153	GSYİH _t
s.h.	74724.219	0.045	
t	2.187	3.374**	
	R ² =0.558	F=11.382**	

Sulh hukuk mahkemeleri, miktar veya değer olarak daha küçük olan uyuşmazlıklara bakan mahkemelerdir.¹¹ Gayri safi yurtiçi hasılanın artışı

¹⁰ Buscaglia, Edgardo, An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts: a Governance-based Approach, UNODCCP, Global Programme Against Corruption: Research and Scientific Series, CICP-12, Viyana, Mayıs 2001, S:12.

¹¹ Miktar ve değer olarak 400.000.000,-TL’nin altında olan sorunlara sulh hukuk mahkemesi, üstündekilere ise asliye hukuk mahkemesi bakmaktadır. sulh hukuk mahkemeleri ayrıca veraset ilanı verilmesi, vasi tayini, kira sözleşmesinden doğan sorumluluklar gibi konuları çözümlenmektedir.

ve sonucunda kişi başı milli gelirin yükselmesi ile kişiler miktarı, küçükte olsa hak arayışı için ihtiyaç duydukları maddi gücü arttırmaktadır. Bu durumda açılan davaların sayısında bir artış olacaktır.

Kadastro davalarının sayısının, çalışmanın sonraki kısımlarında açıklanacağı üzere devam eden davalara bağlı olduğu ve azalan bir trende sahip olduğu belirlenmiş, herhangi bir sosyal veya ekonomik göstergeden etkilenmediği gözlenmiştir.

Genel olarak hukuk mahkemelerinde yeni açılan davaların sayısının (GHYAD) belirlenmesinde nüfus miktarı %77.5 açıklama sağlamaktadır. Bununla beraber, genel olarak enflasyonu temsil eden, paranın değer kaybı göstergesi GSMH deflatörü (1987 fiyatları ile) ve kentlerdeki geçim zorluğunu temsil edebilecek kentsel TÜFE değişim oranındaki değişimler, yeni açılan hukuk davalarının sayısındaki değişimin %94.3'ünü (düzeltilmiş belirlilik katsayısı %93) açıklamaktadır.

GHYAD _t =	907276.8	+ 1.482	GSMHDEF _t	+ 1523.31	KTÜFEDO _t
s.h.	33591.692	0.125		415.653	
t	27.009**	11.883**		3.665**	
	R ² =0.943	F=74.626**			

Paranın değer kaybı genel olarak ekonomik faaliyetlerin ve kısmen sosyal beklentilerin bir sonucudur. Diğer değişken ise kentlerdeki geçim zorluğunu ortaya koymaktadır. Enflasyonun aşırı artışı ise gelir dağılımındaki dengenin bozulmasına sebep olmakta ve sonuçta kişiler arası uyuşmazlıkların artışı ile sonlanmaktadır.

Burada sunulan analizler doğrultusunda, uzun dönem mahkeme iş yüklerinin planlamasında, sosyal ve ekonomik hedef ve planların önemli olduğu gösterilmiştir. Özellikle, milli gelir, fiyatlar genel düzeylerindeki değişimler, faiz oranı seviyesi gibi makro ekonomik göstergelerin mali politikalar ile kontrol edilebilir olması ve reel sektörün yapılandırılması; toplum içindeki yaşayış üzerinde etkili olan asgari ücret, istihdam seviyesinin siyasi irade tarafından bu tür etkileri de dikkate alınarak değerlendirilmesi; eğitimin ise sürdürülebilir bir kalkınma ve hukuk toplumu oluşturma için vazgeçilemez bir unsur olduğu kabul edilerek ciddi planlarının yapılması, mahkeme sayılarının planlanabilmesi için önemlidir.

3.2. Hukuk Mahkemelerinde Davaların Süreleri

Türkiye'nin en önemli problemlerinden biri davaların mahkeme sürelerinin uzaması ve dolayısıyla, daha önce de belirtildiği şekilde vatandaşların mahkemelere başvurmak yerine hukuksal sorunlarını kendi

aralarında çözmeye çalışmaları, alternatif yöntemlere başvurmaları veya haklı oldukları konularda dahi mahkemeleri bir son çare olarak hukuksal girişimlerde bulunmalarıdır. Sonuçta, hukuk devleti özelliğinde yer alması gereken önemli unsurlar kaybolmaya başlayacak, hukuki arayışlar yaygınlığını yitirecektir.

Adalet Bakanlığı bu sorunu da çözmeye yönelik projeler uygulamaya koymuştur. Ulusal Yargı Ağı Projesi, bilgisayar teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak bilgiye doğrudan doğruya, güvenli ve hızlı bir biçimde ulaşma ihtiyacını karşılamak, günlük işlerin bilgisayar altyapısı kullanılarak hızlı, etkin ve sağlıklı bir şekilde yapılmasını temin etmek, yürütülen faaliyetlerin standart hale getirilerek tüm birimlerde aynı şekilde uygulanmasını sağlamak, elektronik devlet (e-devlet) politikası doğrultusunda kamu hizmetlerinin, yer ve zaman sınırı olmaksızın vatandaşın ayağına kadar götürülebilmesi gibi amaçlarla yürütülmektedir.¹² Ancak, sistemin yaygınlaşması ve etkin kullanımına kadar geçecek süreçte mahkeme sürelerinde belirgin bir iyileşme gözlenmesi mümkün olmayabilir. Diğer taraftan dava sürelerindeki iyileşmenin ölçülebilmesi, yeteri kadar uzun bir süreç sonucunda elde edilen sonuçların analizi ile mümkündür. Bu nedenle, hukuk mahkemelerinde açılan davaların sonuçlanma sürelerine göre dağılımı incelenmelidir.

Yıllar	ASLIYE TİC.	ASLIYE	İŞ	İCRA	SULH	KADASTRO	TÜRKİYE
1986	252	291	285	117	149	905	509
1987	210	285	263	118	147	996	499
1988	119	265	272	111	133	616	455
1989	225	285	216	117	124	727	468
1990	234	293	238	113	109	734	461
1991	233	276	233	101	110	654	437
1992	229	253	291	100	91	745	408
1993	210	256	318	98	78	754	393
1994	224	258	248	90	70	628	223
1995	289	255	232	97	63	661	189
1996	342	262	279	70	74	679	193
1997	301	250	261	88	81	676	183
1998	201	234	258	88	82	636	173
1999	352	237	246	93	80	593	175
2000	372	241	274	104	75	590	177
2001	383	241	284	104	71	551	174

Tablo 1. Hukuk mahkemelerinde ortalama dava süresi (gün)

Kaynak: TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü

¹² "Ulusal Yargı Ağı projesi test çalışmaları başladı...", <http://www.adalet.gov.tr/haber/uyaptest.htm>, 21.10.2003.

Yargılama süresi, davanın mahkemeye gelişi ile karar verilmesi arasında geçen zaman olarak hesaplanmıştır. Hukuk mahkemelerinde Türkiye genelinde mahkeme sürelerinin sürekli bir azalma gösterdiği ve özellikle 1993 yılında dava sürelerinin aşırı bir kırılma oluşarak düştüğü gözlenmektedir. Ancak, türlerine göre incelendiğinde durumun farklı olduğu gözlenmektedir. Kadastro mahkemelerinde, mahkemenin baktığı davaların konusundan kaynaklanan ortalama dava sürelerinde doğal bir azalma vardır. Asliye hukuk mahkemelerinde görülen davaların ortalama süreleri düzenli bir eğilimle düşüş göstermektedirler. İcra ve sulh hukuk mahkemelerindeki davaların ortalama sürelerinde 1993 yılında belirli bir kırılma ile düşüş söz konusu olmakla birlikte, sulh hukuk davaları belirli bir ortalama etrafında dengeye oturduğu, İcra mahkemelerinde ise son dönemlerde sürelerin tekrar uzamaya başladığı gözlenmektedir. İş mahkemelerindeki davaların ortalama süreleri belirli bir merkez etrafında dalgalanmaktadırlar. Asliye ticaret mahkemelerindeki davaların ortalama süreleri ise 1995 yılından itibaren belirli bir artış göstermiştir.

Hukuk mahkemelerinde 1.1.2001 - 31.12.2001 döneminde karara bağlanan davaların açılış yılları aşağıdaki tabloda görülmektedir.

Mahkeme Türü	1997 ve öncesi	1998	1999	2000	2001	TOPLAM
Asliye Ticaret	1107	1832	5559	16155	16030	40683
%	2,72	4,50	13,66	39,71	39,40	100
Asliye Hukuk	9339	9921	30178	157415	276562	483415
%	1,93	2,05	6,24	32,56	57,21	100
İş	1911	2661	7751	24308	37601	74232
%	2,57	3,58	10,44	32,75	50,65	100
İcra Hukuk	327	754	2414	27651	105425	136571
%	0,24	0,55	1,77	20,25	77,19	100
Sulh Hukuk	1578	1870	6509	61809	400356	472122
%	0,33	0,40	1,38	13,09	84,80	100
Kadastro	3656	1256	1980	6959	9789	23640
%	15,47	5,31	8,38	29,44	41,41	100
TÜRKİYE	17918	18294	54391	294297	845763	1230663
%	1,46	1,49	4,42	23,91	68,72	100

Tablo 2. Hukuk Mahkemelerinde 2002 yılında karara bağlanan davaların açılış yılları
Kaynak: TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü

Verilerden görüldüğü üzere, Asliye ticaret, asliye hukuk, iş mahkemelerinde 2001 yılında kapanan davaların yaklaşık yüzde 3-7 civarı 3-4 yıl önce açılmış davalardan oluşmaktadır. İcra ve sulh hukuk davalarında ise bu oran % 1'i bulmaktadır. Diğer taraftan kadastro mahkemelerindeki

davalar 4 yıl önceden yüzde 15 ağırlık ile gelmektedir; bu oran daha sonra düşmekte ve düzenli bir şekilde tekrar artmaktadır. Türkiye genelinde hukuk mahkemelerinde kapanan davaların yaklaşık üçte ikisi aynı yıl açılmakta, kalanın büyük çoğunluğu ise bir önceki seneden devam eden davalardan oluşmaktadır.

Yıllar arasında sarkan davaların modellenmesi amacı ile “bir önceki yıldan kalan davaların”, daha önceki yıllarda açılan davaların bir fonksiyonu olarak ele alınması mümkündür. Bu nedenle hukuk mahkemelerinin türlerine göre yeni açılan dava sayılarını gösteren değişkenlerin 5. dereceye kadar gecikmeli değişkenleri oluşturulmuş ve regresyon analizi ile her yıl açılan davaların ne oranda sonraki yıllarda devam ettikleri belirlenmeye çalışılmıştır. Bu durumda katsayıların 0-1 aralığında tahmin edilmesi şeklinde bir kısıt ortaya çıkmaktadır. Tahmin edilen katsayılar incelenen süreç içerisinde statik bir yapıyı ortaya çıkaracaktır. Diğer bir ifade ile, sonraki yıllara sarkan davaların oranlarında bir trend olmadığı, azalma veya artış olmadığı varsayılmıştır. Dikkat edilen diğer bir nokta, beşinci dereceye kadar bütün değişkenlerin modele alınması yerine, sadece istatistiksel olarak anlamlı olan yılların modele dahil edilmesidir. Buradaki varsayım, belirli bir hukuk mahkemesi türünde açılan davaların ortalama bir sürede tamamlandıkları, ancak tamamlanamayan davaların tekrar belirli ortalama süreler çerçevesinde sarkma gösterdikleridir.

3.3. Önceki Yıllardan Kalan Davalar

Önceki yıllardan kalan davaların sayısının tahmin edilmesi için kurulan modellerde sabit katsayı dışlanarak, mümkün olduğu kadar bu sayının ortalaması yerine hangi yıla ait açılan davalardan geldiğine ulaşılmak istenmiştir. Diğer bir ifade ile önceden devam eden bu davalarının sayısının tahmin edilmesi için kullanılacak istatistiksel olarak anlamlı modeller belirlenmeye çalışılmıştır. Orijinden geçen bu modellerin belirlilik katsayılarının, sabit katsayılı modellerinkiler ile karşılaştırılmaması gerekir; çünkü orijinden geçen modellerin tahmini için yapılan regresyon analizi ile hesaplanan belirlilik katsayısı (R^2), bağımlı değişkenin regresyon tarafından belirlenen orijin etrafındaki değişkenliğinin oranını ölçmektedir.

Asliye ticaret mahkemelerinde önceki yıldan kalan dava sayısı, bir ve üç yıl önce yeni açılan davalardan geldiği model tarafından belirtilmektedir. Ancak, aşağıda yer alan bu modelde yer alan değişkenler benzer dalgalanmalar gösteren yılların, diğer bir ifade ile gecikmeli değişkenlerin etkilerini de içerebilir.

ATÖNYIL _t =	0.354	ATYAD _{t-1}	+ 0.489	ATYAD _{t-3}
s.h.	0.105		0.113	
t	3.367*		4.342**	
	R ² =0.985	F=232.726**		

Asliye hukuk ve iş mahkemelerinde önceki yıllardan kalan dava sayısı ile ilgili model şekil-1’de görülen yapı ile özdeşleşmektedir. Modele göre önceki yıllardan kalan davaların sırasıyla %72.5 ve %78.2’si bir önceki yıldan sarkmaktadır. Bu sonuca göre davaların çok fazla uzamadığı, ortalama dava sürelerinin diğerlerine göre daha düşük olduğu kararına varılabilir.

AHÖNYIL _t =	0.725	AHYAD _{t-1}	ISÖNYIL _t =	0.782	ISYAD _{t-1}
s.h.	0.009		s.h.	0.020	
t	83.690**		t	38.320**	
	R ² =0.999	F=7003.952**		R ² =0.995	F=1468.440**

İcra hukuk mahkemelerinde önceki yıldan kalan dava sayıları tahmin modeli benzer bir yapı sergilemektedir. Ancak, bir önceki yıldan gelen dava sayısının oranının daha düşük olduğu gözlenmiştir. Tablo-2’de 2001 yılı için kontrol edildiğinde icra davalarının büyük çoğunluğunun aynı yıl içinde açılıp tamamlandığı, yine tamamlananların geri kalanının bir önceki yıldan devam edenler olduğu gözlenmektedir. Buradan, her yıl açılan davaların yaklaşık %30’unun sonraki yıla sarktığı yorumu yapılabilmektedir.

IHÖNYIL _t =	0.287	IHYAD _{t-1}
s.h.	0.007	
t	42.419**	
	R ² =0.993	F=1799.409**

Sulh hukuk mahkemelerinde önceki yıldan kalan davaların sayısının, önceki yıllarda açılan yeni davalar ile modellenmesi esnasında 1994 yılında gözlenen aşırı değer dışlanmıştır.

SHÖNYIL _t =	0.264	SHYAD _{t-1}
s.h.	0.021	
t	12.854**	
	R ² =0.932	F=165.235**

Bu mahkemelerde önceki yıldan gelen davaların yaklaşık yüzde 26’sının bir önceki yıl açılan yeni davalardan devam edenler oldukları söylenebilir.

KAYAD _t =	1272.936	+ 0.354	KAÖNYİL _t	KAÖNYİL _t =	149897.1	- 7248.733
s.h.	2833.917	0.034		s.h.	2417.143	196.922
t	0.449	10.575**		t	62.014**	-36.810**
	R ² =0.926	F=111.827**			R ² =0.995	F=1354.992**

Kadastro mahkemelerinde ise durum farklıdır. Davaların uzunluğu bilinmekle birlikte, bu mahkemelerdeki davaların yeni açılanlarla kavramsal olarak anlamlı bir bağlantı göstermesi, davaların idari olarak açılmasından dolayı mümkündür. İstatistiksel olarak anlamlı modeller mevcut olmakla birlikte, buradaki yeni açılan dava sayısının önceki yıllardan devam eden mahkeme sayılarına bağlı olması ve önceki yıllardan devam eden dava sayısının düzgün azalan bir trende sahip olması mantıklı ve tahmin için yeterlidir.

3.4. Hukuk Mahkemelerinde Bozularak Gelen Davalar

Mahkemelerin iş yükü sadece yeni açılan ve bu davalardan sonraki dönemlerde devam edenlerden oluşmamakta; ayrıca, karara varılan davaların bazılarının üst mahkemeler tarafından bozularak tekrar gelenlerden oluşmaktadır. Bu nedenle yıllara göre bozularak gelen dava sayısının, aynı dönemde veya daha önceki dönemlerde çıkan davaların bir fonksiyonu olması muhtemeldir. Bozularak gelen davaların sayısındaki değişimleri etkileyecek başka sosyal, ekonomik veya personel ile ilgili faktörler de olabilir. Ancak bu çalışmada, daha mekanik bir bakış açısı kullanıldığından bu faktörler diğerlerinde olduğu şekilde göz ardı edilecektir. Diğer taraftan uygulanmasına pilot mahkemelerde başlanan UYAP projesi ile güncel bilginin akış hızı artacak, benzer davaların kararları gözlenebileceğinden diğer faktörlerin etkisi azalacağı gibi, mahkemelerce alınan kararların bozulması ihtimali de düşecektir. Sistemden yararlanmasının doğuracağı etkinlik incelenen dönem açısından sayısal sonuçlara yansımadığından yapılan öngörü ve tahminler daha önce de değinildiği gibi sistemde önemli bir değişiklik olmayacağı varsayımında geçerlidirler.

Asliye ticaret mahkemelerinde bozularak gelen davaların sayısı 4 yıl önce çıkan davaların yaklaşık %5'i civarında oluşmaktadır. Bu davaların ortalama tamamlanma sürelerinin bir yıldan uzun olması ve de üst mahkemelerde görülerek bozulması ile geçen süreç sonucunda, dört yıl gecikmeli olarak iş yükü kapsamına girmektedir.

ATBGD _t =	0.047	ATÇDS _{t-4}
s.h.	0.002	
t	28.686**	
	R ² =0.990	F=822.909**

Asliye hukuk mahkemelerine bozularak gelen davaların sayısı aynı yıl çıkan davaların sayısının % 5 civarındadır. Bu mahkemelerde görülen davaların ortalama karar süresi bir yıldan kısa (yaklaşık sekiz ay) olduğundan çıkan davaların bir kısmı aynı yıl içinde bozularak geri dönebilmektedir. Bu bilgi, üst mahkemelerde kararların hızlı verildiği şeklinde yorumlanır.

AHBGD _t =	0.051	AHÇDS _t
s.h.	0.001	
t	58.401**	
	R ² =0.998	F=3410.730**

İş mahkemelerinde davalar 2001 yılında ortalama 280 gün sürmektedir. Bozularak gelen davaların sayısı aynı yıl karara varılan davaların % 17.3'ü oranındadır. Ancak, farklı olarak iş mahkemelerinde her yıl bozularak gelen davaların sayısı yaklaşık 586 adet azalmaktadır. Benzer şekilde kadastro mahkemelerinde aynı dönemde çıkan davaların yüzde 25'inin bozularak geri döndüğü görülmektedir ve bu oran diğer hukuk mahkemelerinin arasında en yüksek olanıdır. Diğer taraftan, her yıl geri dönen dava sayısının yaklaşık 259 adet azalması, iş mahkemelerinde olduğu gibi katsayının incelenen süreç içerisindeki ortalama dönüş oranını temsil ettiğini ve bu oranın giderek azaldığına işaret etmektedir.

IŞBGD _t =	0.173	IŞÇDS _t	- 585.961	t	KABGD _t =	0.251	KAÇDS _t	- 259.045	t
s.h.	0.035		210.587		s.h.	0.017		51.748	
t	4.943**		-2.783*		t	14.853**		-5.006**	
	R ² =0.920	F=40.145**				R ² =0.989	F=300.966**		

İcra hukuk mahkemelerinde bozularak gelen davalar bir önceki yıl çıkan davaların yüzde 3'üdür. Sulh hukuk mahkemelerinde bozularak gelen davalar ise 3 yıl önce çıkan davaların % 1'i şeklinde belirlenebilmektedir. İcra ve sulh hukuk mahkemelerindeki davalar ortalama olarak en kısa süreleri ve en az gecikmenin yaşandığı davalardır. Diğer taraftan sulh hukuk mahkemelerine ait davaların üst mahkemelerde bozulma sürelerinin daha uzun olduğuna işaret edilmektedir.

IHBGD _t =	0.030	IHCDS _{t-1}	SHBGD _t =	0.010	SHÇDS _{t-3}
s.h.	0.001		s.h.	0.000	
t	41.108**		t	28.132**	
	R ² =0.995	F=1689.835**		R ² =0.990	F=791.410**

Bu modellerden yararlanılarak iş yüklerinin belirlenebilmesi için toplam iş yükü içerisinde çıkan davaların oranının tahmin edilebilmesi ve

öngörülerinin yapılabilmesi gereklidir. Şayet çıkan davaların sayısının iş yükü içerisindeki oranı düzenli bir trende sahip değil ise, bu mahkemelerden çıkan dava sayılarının iş yükünden ziyade mahkemelerin dava görme kapasitelerine bağlı olacağına işaret eder. Bu durumda doğrudan çıkan davaların sayısının bir trend modeli ile öngörülmesi daha doğru olacaktır.

4. ÖNGÖRÜ MODELLERİ VE 2010 YILI MAHKEME SAYISI TAHMİNİ

Çalışmanın bu kısmında, hukuk mahkemelerinde görülen davaların geliş şekillerine göre sayılarının tahmininde kullanılması mümkün modellerin bağımsız değişkenleri için öngörü modelleri belirlenmiş ve 2010 yılı tahmini yapılmıştır. Öngörü modelleri sadece zamana göre oluşturulmuş doğrusal veya eğrisel trend modelleri olup, bağımsız değişken (t) devre sıra numarasıdır. Uygun matematiksel kalıbın seçiminde istatistiksel kriterlerin dikkate alınmasının yanı sıra, ayrıca öngörüsü yapılacak 9 senelik süreç için mantıklı bir eğilim izlemesine de önem verilmiştir. Eğrisel veya doğrusal trendi belirlenen değişkenler yeni açılan ve çıkan dava sayılarıdır. Farklı olarak önceki bölümlerde verilen kadastro mahkemeleri için önceki yıldan kalan davaların sayısının modellenmesi için trend analizi yapılmıştır. Sosyo-ekonomik faktörleri temsil eden değişkenler öngörü yapılması amacı ile trendleri belirlenerek kullanılmayacaktır. Bu ekonometrik bir çalışmanın sonucunda mümkün olacaktır. Diğer taraftan bu değişkenlere ilişkin programlanan veya planlanan değerler var ise bu değerler yeni açılacak dava sayılarının öngörüsü amacı ile kullanılabilir.

Trend analizlerinde kontrol edilen sekiz farklı matematiksel kalıp arasından incelenen değişkenlere en uygun olanları doğrusal fonksiyon, güç fonksiyonu ve üstel fonksiyon olmuştur¹³. Gözlemlerden 1994 yılı verileri çıkartıldığında daha anlamlı ve farklı matematiksel modellerde veriler elde edilmektedir. Buna rağmen öngörülmesi planlanan 2010 yılına kadar geçecek süreçte de benzer bir durumla karşılaşılabilmesi düşüncesi ile, o yılın etkisinin de modelde bulunması tercih edilmiştir. Yapılan analizler sonucu elde edilen modeller aşağıdaki tabloda verilmiştir.

Zaman serisi modelleri incelendiğinde, belirli mahkeme türlerindeki davaların sayısının belirli matematiksel kalıplara uydukları gözlenmektedir. Modellerin biri dışında hepsi 0.95 güven seviyesinde anlamlıdır. Diğer ilginç bir sonuç yeni açılan davaların zamana göre artışı, çıkan davaların sayısından fazla olmasıdır. Bu durumda, dava sürelerinin kısaltılmaması halinde sürekli bir iş yükü birikiminin gerçekleşeceği görülmektedir. Çıkan davaların sayısının artışı, incelenen dönem içerisinde bazı mahkemelerde dava sürelerinin kı-

¹³ Doğrusal fonksiyon $Y = b_0 + b_1 * t$, Güç fonksiyonu $\ln(Y) = \ln(b_0) + (b_1 * \ln(t))$, Üstel fonksiyon $\ln(Y) = \ln(b_0) + (b_1 * t)$. Kurulan modellerin hepsinin serbestlik derecesi $v=13$ 'tür.

Değişken	Fonksiyon	R-kare	F	p(F<f)	b0	B1
ATYAD	Güç	0,696	29,73	0,000	16117,4	0,3300
AHYAD	Doğru	0,423	9,52	0,009	384801	4402,4500
ISYAD	Üstel	0,449	10,59	0,006	46181,4	0,0324
IHYAD	Doğru	0,334	6,52	0,024	76724,1	2214,0700
SHYAD	Doğru	0,275	4,94	0,045	387218	3296,1100
KAYAD	Üstel	0,944	220,50	0,000	78432,7	-0,1010

Değişken	Fonksiyon	R-kare	F	p(F<f)	b0	B1
ATÇDS	Güç	0,709	31,61	0,000	16709,6	0,2950
AHÇDS	Doğru	0,710	31,85	0,000	407993	4022,5100
ISÇDS	Üstel	0,410	9,04	0,010	50635,1	0,0272
IHÇDS	Doğru	0,290	5,31	0,038	82963,7	1670,4400
SHÇDS	Doğru	0,166	2,58	0,132	406926	2115,0800
KAÇDS	Üstel	0,927	164,90	0,000	94438,7	-0,0816

salmasına bağlıdır. Ancak yeni bir oluşuma gidilerek dava sürelerinde adil karar sürecini bozmayacak şekilde kalıcı iyileştirilme yapılması gereklidir. Yukarıdaki trend modelleri kullanılarak hukuk mahkemelerindeki dava sayıları öngörülmüştür.

Zaman serisi analizi ile elde edilen sonuçların karşılaştırılabilmesi için 2003 ve 2010 yılı nokta tahminleri yukarıdaki tabloda verilmiştir. Kadastro mahkemelerinde önceki yıldan ve bozularak gelen davalar öngörülmeye çalışılan dönem içerisinde negatif değerler almaya başlamış ve bu durum değişkenin aldığı değerlere negatif olmama kısıdı konarak engellenmiştir. Ancak bu şart öncelikle Türkiye genelinde kadastro haritalarının güncelleştirilmesine ve bir bilgi sistemine geçirilmesine bağlıdır. Bu süreç şu an işlemekte olduğundan, iyileştirici sonucu bir trend olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer şart ise Adli Sicil Kurumu tarafından açıklanan ortalama dava sürecinin uzamaması ve davaların yıllar arasında sarkmamasıdır. Sonuçlardan ve geçmiş verilerden elde edilen çıkarımlardan biri de, şu anki sistem ile toplamda çıkan davaların sayısı yeni açılan davalardan biraz daha yüksek olduğundan birikmiş davalarda erime söz konusudur. Ancak, daha önce de bahsedildiği üzere davaların ortalama görülme süreleri kısalmadıkça çıkan davaların sayısı yeni açılardan daha düşük kalacak ve dolayısıyla tekrar davalarda birikme başlayacaktır.

Sosyo-ekonomik faktörlerin yeni açılan dava sayıları üzerindeki etkilerinin incelenmesi mümkündür. TCMB reeskont faiz oranının yaklaşık %13'ün altına düşmesi durumunda Asliye ticaret mahkemelerinde yeni dava açılmayacağı sonucuna varılmaktadır. Elbette bu durum ideal bir

	2003					2010				
	Yeni Açılan Davalar	Önceki Yılandan Gelenler	Bozularak Gelenler	Toplam Gelen	Çıkan Davalar	Yeni Açılan Davalar	Önceki Yılandan Gelenler	Bozularak Gelenler	Toplam Gelen	Çıkan Davalar
Asliye Ticaret	41835	34412	1550	77797	39199	46625	38142	1928	86695	43188
Asliye Hukuk	464045	333241	24500	821786	480398	494862	355583	25936	876382	508556
İş	82746	62645	14293	159684	82619	103812	78593	17291	199695	99947
İcra Hukuk	116577	32822	3341	152740	113032	132076	37270	3692	173038	124725
Sulh Hukuk	446548	117018	4451	568018	444997	469621	123110	4535	597265	459803
Kadastro	12734	19420	794	32947	21740	6279	0	0	6279	6279
Toplam	1164485	599558	48930	1812972	1181985	1253274	632698	53381	1939353	1242497

Tablo 4. Hukuk mahkemelerinde gelen ve çıkan davaların 2003 ve 2010 öngörülürleri

sonuç olmakta, hiçbir bireyin bu mahkemelerin konusu olan durumlarda hukuka aykırı hareket etmeyeceklerini varsaymaktadır. 2010 yılında lise ve dengi okullaşma oranının %75 olması durumunda Asliye hukuk mahkemelerinde açılacak davaların sayısı 478335 olacağı öngörülür ve bu sayı trend analizi ile elde edilen değerden daha düşüktür. Yukarıda verilen tablo değerine ulaşılması yaklaşık lise ve dengi okullaşma oranının da %83'ü geçmesi şeklinde bir eğilimi göstermektedir. Aylık net asgari ücretin 1 milyar TL olması, işsizlik ve eksik istihdam oranının %5 olması durumunda İcra hukuk mahkemelerinde yeni açılan dava sayısı 543455 adet olarak yapılan trend tahmininin çok üzerinde öngörülmektedir. 2010 yılında kişi başına düşen GSYİH'nin 2001 yılına göre yaklaşık 2 katına çıkarak 1987 fiyatlarıyla 3 milyon TL olması durumunda sulh hukuk mahkemelerinde açılacak davaların sayısının diğer bütün faktörlerin sabit kalması şartı ile 622458 olması beklenir. Bu değer trend analizi ile tahmin edilemin yaklaşık %33 fazlasıdır.

SONUÇ

Bu çalışmanın amacı adaletin sürdürülmesi ve sağlanmasının en önemli kurumlarından biri olan mahkemelerin planlanmasında detaylı analizlerin yapılmasının gerekliliğinin sergilenmesi

olmuştur. Diğer taraftan mahkemelerin iş yüklerinin bileşenlerinin ayrıştırılarak incelenmesi olayın davranışının daha iyi anlaşılmasına planlanmasına faydalı olunacağı düşünülmüştür. Çalışma esnasında denenen modellerde karşılaşılan sorunlar sayesinde belirli dönemlerde mahkemelerin işleyişlerinde değişiklikler olduğu ve ekonomik olayların özellikle krizlerin dava sayıları üzerindeki olumsuz etkileri gözlenmiştir. Çalışmanın sonucu olarak hukuk mahkemelerinin sayılarının aşağıdaki gibi planlanması öngörülmüştür.

	Toplam Dava Sayısı	Kurul Standardı	Mahkeme Sayısı		
			1998	2010 ¹⁴	2010
Asliye Ticaret	86695	350	39	318	248
Asliye Hukuk	876382	800	1047	1004	1095
İş	199695	1000	81	167	200
İcra Hukuk	173038	900	390	105	192
Sulh Hukuk	597265	1200	912	487	498
Kadastro	6279	700	557	1	9

Tablo 5. 2010 yılı hukuk mahkemeleri sayısının tahminleri

Yapılan öngörüler sonucu asliye ticaret, asliye hukuk ve iş mahkemelerinin sayısının arttırılması diğerlerinin ise düşürülmesi sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuçlar, Adli Sicil Kurumu'nun yaptığı tahminlerle benzeşmekle birlikte farklılık göstermektedirler. Mahkemelerin kurulması veya kapatılması, devlet harcamaları ile doğrudan ilgili olduklarından; planlamanın daha detaylı bilgilerden yola çıkılarak ekonometrik modellerin de katkısı ile daha hassas bir şekilde toplumun bütün dinamikleri dikkate alınarak yapılması toplumun refahı ve hakça adaletin sağlanması için gereklidir.

¹⁴ Adli-Sicil Araştırmaları, 2010 Yılında Hukuk Mahkemeleri, <http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/2010hukukmah.htm>, 21.10.2003.

KAYNAKÇA

- Adalet, Güçlü Türkiye Projesi, www.gucluturkiye.org/adalet.htm, 16.07.2003.
- Adli Sicil Araştırmaları, 2010 Yılında Hukuk Mahkemeleri, <http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/2010hukukmah.htm>, 21.10.2003.
- Bös, D., Kolmar, M., Anarchy, efficiency, and redistribution, *Journal of Public Economics*, 1, 2002.
- Buscaglia, Edgardo, *An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts: a Governance-based Approach*, UNODCCP, Global Programme Against Corruption: Research and Scientific Series, CICP-12, Viyana, Mayıs 2001.
- Buscaglia, E., Dakolias, M., *Comparative International Study of Court Performance Indicators: A Descriptive and Analytical Account*, Legal and Judicial Reform Unit Legal Department, The World Bank, Ağustos 1999.
- Chukwu, E. N., *Goodness through optimal dynamics of the wealth of nations, Non-linear Analysis: Real world Applications*, 4, 2003.
- Dakolias, Maria, *Court Performance Around the World: A Comparative Perspective*, The Yale Human Rights & Development Law Journal, http://www.yale.edu/yhrdlj/vol02/dakolias_maria_article.htm, 23.09.2003.
- "Ulusal Yargı Ağı projesi test çalışmaları başladı...", <http://www.adalet.gov.tr/haber/uyaptest.htm>, 21.10.2003.
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, <http://www.aadli-sicil.gov.tr/istatist.htm>, 16.07.2003.
- World Bank, Development and Human Rights: *The Role of the World Bank* (1998).

FIKRİ HAKLARIN İHLALİNDE HUKUKSAL KORUMA YOLLARI (SINAI HAKLARLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU*

I. GİRİŞ

Fikri mülkiyet hakları, maddi nitelikte olmayan iki hak grubundan oluşmaktadır. Bunlar fikri haklar ve sınai haklar olarak adlandırılmaktadır. Fikri haklar oldukça eski bir geçmişe sahip olan haklar olduğu halde, sınai haklar daha sonradan tanınmış ve güncel hale gelmiş olan haklardır. Fikri hakların daha üst ve geniş bir kavram olan fikri mülkiyet kavramı altında ele alınmaya başlaması sınai hakların doğumuyla olmuştur.

Biz burada sadece fikri hakların ihlali halinde ne gibi hukuksal koruma yollarının mevcut olduğu konusu üzerinde duracağız.

Fikri hakların ihlali, eser sahipliğinden doğan hakların hukuka aykırı olarak kullanılmasını ifade eder.

Burada ikili bir ayırım yapmak gerekir.

a. Fikri hakların ihlali, eser sahipliğinden doğan hakların taraflar arasındaki bir sözleşmeye aykırı olarak kullanılması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, bir sinema filminin sadece televizyonda gösterim hakkı (5846 sayılı Kanun, madde 25, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı) devredildiği halde, devir alan kişi filmi CD'ye alarak çoğaltıp başka televizyon kuruluşlarına satarsa (5846 sayılı Kanun, madde 22 çoğaltma hakkı) eser sahibinin mali hakkını ihlal etmiş olur. Bu durumda eser sahipliğinden doğan hakkın korunmasında sözleşmeye aykırılık ile ilgili hükümlerden yararlanır. Sözleşmeye aykırılık da hukuka aykırı bir eylem olup, eser sahipliğinden doğan hakkı ihlal edebilir. Bu nedenle 5846 sayılı Kanun'un hukuksal korumaya ilişkin aşağıda ele alacağımız hükümleri, taraflar arasında eserle ilgili bir sözleşme olsa bile uygulama

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi

bulabilecektir. Örneğin, bir yayınevi bir yazarın eserini değiştirerek yayımladığında, eser sahibi, Yasa'nın 67. maddesinin 4. fıkrasındaki durdurma (tecavüzün ref'i) davası ile eserin bu şekilde yayımının durdurulmasını talep edebileceği gibi, çoğaltılmış nüshalarda bu değişikliğin düzeltilmesini de talep edebilecektir.

b. Fikri hakların ihlali, eser sahipliğinden doğan hakların taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadan doğması mümkündür. Genellikle "*fikri hakların ihlal edilmesinden*" anlaşılan da budur. Bu durumda eser sahipliğinden doğan hakkın korunmasında haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Bu ayırım oldukça önemlidir.

Sözleşmeye aykırılık halinde, eser sahibinin sözleşmeyi feshederek, devrettiği mali haklarını geri alması gündeme gelebilir. Sözleşmeyi fesih hakkını kullanmayıp, bu yüzden doğan zararlarının tazmin edilmesini isteme yetkisini kullanabilir.

Öte yandan sözleşmeye aykırılık halinde eser sahibinin haklarını kullanması daha uzun bir zamanaşımına tabidir. BK'nın 125. maddesi gereğince bu durumda zamanaşımı süresi on yıldır.

Nihayet bu ayırım Türk hukukunda son yıllara kadar görevli mahkeme açısından önem taşımakta idi.

Fikri hakkın ihlali, taraflar arasındaki bir sözleşmeden kaynaklanmakta ise, bundan doğan uyuşmazlık ticari dava sayılmakta ve ticaret mahkemesinin görev alanına (TTK, 4. madde, 4., 5. bentler), taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması halinde asliye hukuk mahkemesi'nin görevine girmektedir. Ancak fikri mülkiyet alanında çıkartılan son yasalarda bu alandan doğan uyuşmazlıklarda özel uzmanlık mahkemelerinin kurulması öngörüldüğünden, son düzenlemelerle bu mahkemeler kurulmuş bulunduğundan artık bu ayırımın önemi kalmamıştır. Fikri hakkın ihlali ister taraflar arasındaki bir sözleşmeden kaynaklansın isterse haksız fiile dayansın, uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkeme fikri ve sınai haklar mahkemesi olacaktır.

Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olmadan, fikri hakların ihlal edilmesi halinde haksız fiillere ilişkin hükümler uygulama bulacaktır. Bu durumda haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri gündeme gelecektir. BK madde 60 hükmü, bu konuda üç zamanaşımı süresi öngörmüştür. Kısa zamanaşımı süresi bir yıl olup, zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar; uzun zamanaşımı süresi on yıl olup, haksız fiil

yani olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; ceza zamanaşımı süresi ise fikri hakkın ihlali aynı zamanda suç teşkil etmekte ve bu suç için daha uzun bir ceza zamanaşımı süresi mevcut ise, bu süre tazminat alacağı için de uygulanacaktır.

Bizim buradaki incelememiz fikri hakların taraflar arasındaki bir sözleşmeye aykırılık nedeniyle ihlalinin değil, haksız fiile dayanan ihlalinin oluşturmaktadır.

II. FİKRİ HAKKIN KONUSU VE İHLALİ

A. Fikri Hakların Konusu

Fikri hakların konusunu, eser sahipliğinden doğan haklar oluşturmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahipliğinden doğan hakları, hakların genel ayırımından farklı bir anlayışla ayırma tabi tutmuştur. Bu ayırım diğer hukuk dallarında hakların ayırımından tamamen farklı nitelikler taşımaktadır. Bu anlamda yasa, eser sahipliğinden doğan iki hak türü öngörmüştür. Bunlar manevi ve mali haklar olarak adlandırılmaktadır.

Manevi haklar (Urheberpersönlichkeitsrecht), eser sahibinin eseriyle olan manevi bağları, ekonomik ve mali nitelikte olmayan haklarıdır. Bunların eser sahibinin kişiliği ile ilgili olduğu, eserin kişinin yaratıcı düşüncesinin bir ürünü olması nedeniyle ondan ayrılmayan temel bir hak oldukları kabul edilmektedir.¹ Bu haklar, eseri umuma arz salahiyeti (eseri kamuya ya da topluma açıklama yetkisi, madde 14) (Veröffentlichungsrecht), adın belirtilmesi salahiyeti (madde 15) (Anerkennung der Urheberschaft), eserde değişiklik yapılmasını menetme (önleme) yetkisi (madde 16) (Einstellung des Werkes), eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları (eser sahibinin esere ulaşma hakkı) (madde 17) girmektedir.

Mali haklar (Verwertungsrechte) eser sahibinin eseriyle olan mali ve ekonomik bağlarını ifade eder. Bunlar eser sahibine ticari biçimde yararlanma olanakları sağladıklarından, bu hakları kullananlardan parasal karşılığını vermelerini isteme yetkisini temin ederler.² Bunlara işleme hakkı (madde 21), çoğaltma hakkı (madde 22), yayma hakkı (madde 23), temsil hakkı (madde 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (madde 25), güzel sanat eserlerinde satış bedelinden pay verilmesini isteme hakkı (madde 45) girmektedir.

¹ Beşiroğlu Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, Ankara 1999, s. 86.

² Beşiroğlu Akın, *age.*, s. 95

İki hak türü karşılaştırıldığında aralarında aşağıdaki farkların olduğu saptanabilir:

Manevi haklar, eser sahibinin eseriyle olan manevi bağlarını ifade eder. Bu nedenle manevi hakları kullanma yetkisi eser sahibine aittir.

1. Manevi haklar, eserle olan manevi bağları ifade ettiğinden, bunlar bir ivaz (gegen Entgelt) karşılığında devir ve temlik konusu, yani telif hakkına konu olamaz fakat bunları kullanım yetkisi başkasına bırakılabilir. Örneğin, Bir kimse eserini, bir başkasının adıyla yayımlanması ya da eserde değişiklik yapma hakkını bir bedel karşılığında değil karşılıksız olarak bırakabilir.

Manevi hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olmasına ilişkin kuralın, “*eserde değişiklik yapılmasını yasaklama*” yetkisinin bir istisnasına yer verilmiştir. Yasa’nın 16. maddesinin 2. fıkrasına göre, eser sahibinden mali hakkı devir alan kişi “*teknik zorunluluklardan kaynaklanan değişiklikleri*” yapma yetkisine sahip kılınmıştır.

Mali haklar ise, eser sahibinin eseriyle olan ekonomik bağlarını ifade eder. Bu nedenle bunların bir ivaz karşılığında devir ve temlik konusu olması mümkündür. Nitekim Yasa’nın 48. maddesi, eser sahibi veya mirasçılarının mali haklarını süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı ya da sınırsız, karşılıklı ya da karşılıksız olarak başkalarına devredebileceğini; 52. madde ise, bu devrin ne şekilde yapılacağını düzenlerken, sözleşme veya tasarrufların ancak mali haklarla ilgili olabileceğini ifade etmiştir.

2. Manevi haklar, eser sahibinin ölümü halinde, terekeye dahil olan bir malvarlığı değeri değildir. Bu nedenle bunlar terekenin parasal değerlendirilmesinde gözönünde tutulamazlar, mirasçılar arasında taksim konusu olamazlar.

Mali haklar ise, eser sahibinin ölümü halinde terekeye dahil olan malvarlığı değerleridir ve mirasla ilgili hükümlere göre mirasçılara intikal ederler (madde 63).

Bu yönüyle eser sahibinin manevi ve mali haklarının mirasçılara intikali tamamen farklı esaslara bağlanmıştır.

a. Manevi hakları kullanma yetkisinin intikali:

Eser sahibinin ölümü halinde, manevi hakları kullanma yetkisinin kime ait olduğu hususu Yasa’da belirli bir sıra içinde düzenlenmiştir.

Eser sahibinin ölümü halinde eserin kamuya sunulma ve adın belirtilme yetkisinin kime ait olacağını, Yasa’nın 19. maddesi belirlemiştir. Bu maddeye göre, bu hakları kullanma yetkisini eser sahibi tespit etmiş

olabilir. Bu durumda eser sahibinin yaptığı bir ölüme bağlı bir hukuksal işlem söz konusudur ve bu işlemde sözü edilen yetkileri kullanacak kişi, miras bırakan tarafından tespit edilmiştir. Eser sahibi böyle bir tespitle bulunmamışsa, bu yetki vasiyeti tenfiz memuruna, vasiyeti tenfiz memuru tayin edilmemişse, sırasıyla eser sahibinin sağ kalan eşine, çocuklarına ve mahsup mirasçularına, ana babasına, kardeşlerine bırakılmıştır. Ancak bu kişilere tanınan yetki eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıllık süre ile sınırlı tutulmuştur.

b. Yasa, manevi hakları kullanma yetkisine sahip olanların bu yetkilerini kullanmamaları halinde, eser sahibinden ya da haleflerinden mali hakkı kazanmış olan kişiye “*meşru bir menfaatinin bulunduğu ispat koşuluyla manevi haklardan bazılarını kendi adlarına kullanabilirler.*” Kullanılabilecek manevi haklar 14., 15. ve 16. maddelerin 3. fıkrasındaki haklarla sınırlı tutulmuştur.

14. maddenin 3. fıkrası, eserin kamuya sunulma yetkisinin eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte olmasını yasaklama; 15. maddenin 3. fıkrası, eserin kimin tarafından yaratıldığının tespitini isteme; 16. maddenin 3. fıkrası ise eserde değişiklik yapma yetkisinin eser sahibi tarafından kayıtsız ve şartsız olarak, yazılı izin vermiş olsa bile, bu yetkinin onun şeref ve itibarını zedeleyecek, eserin nitelik ve özelliğini bozacak şekilde olmasını yasaklama yetkisini hükme bağlamaktadır.

c. Yukarıda sayılan kişiler bulunmaz veya buldukları halde sözü edilen yetkileri kullanmaz ya da mirasçılara tanınan yetkilerin süresi sona ererse, ülke kültürü bakımından önemli olan eserlerde Kültür Bakanlığı 14, 15 ve 16. maddelerin 3. fıkrasındaki yetkileri kullanma hakkına sahiptirler.

3. Mali haklarda koruma süreleri öngörüldüğü halde, manevi haklarda koruma süresi öngörülmemiştir.

FSEK'nin 26. maddesi “*eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir*” demektedir. Yasa'da öngörülen koruma süreleri geçtikten sonra eser sahibine ait mali haklardan herkes yararlanabilir.

Manevi haklarda böyle bir koruma süresi öngörülmemiştir. Buna göre eser alenileştikten sonra üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin, eser sahibinin manevi hakları devam eder.

4. FSEK'nin 30 - 40. maddelerinde eser sahipliğinden doğan haklarla ilgili bazı sınırlamalar düzenlenmiştir. Bu maddeler incelendiğinde, burada yer alan sınırlandırmaların mali haklarla ilgili olduğu anlaşılır. Buna göre

eser sahipliğinden doğan mali haklar, kamu düzeni, kamu yararı ya da özel yararlar için belirli koşullar altında sınırlandırıldığı halde, manevi haklar için böyle bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir.

5. Mali hakların rehnedilmesi, haczedilmesi, üzerinde hapis hakkının kullanılması mümkündür (FSEK, madde 62). Manevi haklar üzerinde bu haklar kullanılamaz.

6. Yasa, eser sahipliğiyle ilgili sözleşmeleri ve tasarrufların sadece mali haklar için söz konusu olabileceğini kabul etmiştir. Eser Sahipliğinden Doğan Hakların İktisabı (Kazanılması) İle İlgili Yasa'nın 48. ve 49. maddeleri, iktisabın mali haklarla sınırlı olduğuna ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bunun dışında sözleşme ve tasarrufların şekli ile ilgili 52. madde de bunun sadece mali haklar için olabileceğini öngörmüştür.

Bu düzenlemeye göre eser sahipliğinden doğan manevi haklar sözleşme ve tasarruf konusu olamayacaktır.

7. Manevi ve mali hakların ihlalinde, suçun unsurları ve verilecek olan cezalar bakımından farklı hükümler getirmiştir (madde 71, 72).

B. Hukuksal Korumanın Koşulu Olarak Hakkın İhlali

Eser sahipliğinden doğan hakkın hukuksal korumadan yararlanabilmesi için, bu hakkın hukuka aykırı olarak ihlal edilmiş olması gerekir. Eser sahibinin rızasının bulunmadığı her durumda, hakkın ihlal edildiğinden söz edilemez. Zira FSEK, eser sahipliğinden doğan hakların kullanılmasında bazı hukuka uygunluk sebepleri öngörmüştür.

Bunların başında koruma süreleri gelmektedir. FSEK'nin 26. maddesi, koruma süreleri geçtikten sonra eserden herkesin yararlanabileceğini kabul etmiştir. Koruma süreleri, eser sahibinin yaşam süresi, ölümü halinde ise kural olarak bu tarihten itibaren 70 yıl olarak öngörülmüştür. Buna göre koruma sürelerinin geçmesi eser sahipliğinden doğan hakların kullanılmasında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Koruma süreleri sınai hakların korunmasında da bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. (551 sayılı Patentler Hakkındaki KHK'da bu süre incelemeli patent için yirmi yıl; incelemesiz patent için yedi yıl (madde 72) olarak öngörülmüş, koruma süresinin geçmesi patent hakkının sona erme sebepleri arasında sayılmıştır (madde 133/a). 554 sayılı Endüstriyel Tasarımlar Hakkındaki KHK'da bu süre beş yıl olarak öngörülmüş, beşer yıllık dönemler sonunda yirmi beş yıla kadar uzatılması kabul edilmiş (madde 12), bu hakkın sona erme sebepleri arasında koruma süresinin son bulmasına yer

verilmiştir (madde 46). Aynı şekilde 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK' da bu süre on yıl olarak kabul edilmiş, bu sürelerin sonunda yenilenebilmesi öngörülmüştür (madde 40), markaların sona erme sebepleri arasında koruma süresinin son bulmasına yer verilmiştir (madde 45).

Yasa, koruma sürelerinden başka hukuka uygunluk sebeplerine de yer vermiştir.

Yasa'nın 30 - 40. maddelerinde eser sahipliğinden doğan mali haklara getirilen sınırlandırmalara yer verilmiştir. Bunlardan birinin varlığı halinde, eser sahipliğinden mali hakkın kullanılması hukuka aykırı ve dolayısıyla ihlal sayılmayacaktır.

III. HUKUKSAL KORUMA YOLLARIYLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEME

1. Haksız Fiillere İlişkin Genel Hükümler

Eser sahipliğinden doğan hakların, sahibinin rızası dışında kullanılması başkasının hakkına bir tecavüz oluşturur. Burada BK madde 41 anlamında bir haksız fiil söz konusudur. Ancak FSEK bu tür fiillere karşı başvurulacak yasal yolları özel olarak düzenlemiş olduğundan, olaya öncelikle bu özel hükümler uygulanacaktır. FSEK'nin özel olarak düzenlemediği konularda BK madde 41 ve devamındaki haksız fiillere ilişkin genel hükümlerin burada da uygulama bulacağı açıktır. Örneğin, FSEK, eser sahipliğinden doğan hakkın ihlali halinde, zamanaşımı konusunu düzenlemediğinden, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri (BK madde 60, 125. vd.) uygulama bulacaktır. Aynı şekilde FSEK, eser sahibinin mali haklarının ihlali nedeniyle uğradığı zararların tazmini konusunda özel bir hüküm getirmemiş, bu konuda haksız fiillere ilişkin hükümlere yollama yapmıştır. (madde 70 f. II).

2. Fikri Mülkiyet Alanında Özel Düzenleme İhtiyacının Sebebi ve Amacı

FSEK, eserin ve eser sahibinin haksız fiillere ilişkin hükümlere göre korunmasını yeterli görmemiş, bu konuları özel olarak düzenlemiştir. Bu konuda eser sahipliğinden doğan hakların kendisine özgü niteliklerinin bulunması, genel hükümlerin bu konuda yetersiz kalacağı düşünceleri etkili olmuştur.

IV. KUSUR VE ZARAR KOŞULUNU GEREKTİRMEYEN DAVALAR

Haksız fiil nedeniyle hakları ihlal edilen kişi için hukuksal koruma olanakları iki grup altında toplanabilir.

Birinci grupta kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar yer alır. Bu davaların açılabilmesi için haksız fiil failinin kusuru aranmadığı gibi, hakkı ihlal edilen kişinin bu yüzden bir zarara uğramış olması koşulu da aranmaz. Bunun sonucu olarak haksız fiil faili, olayda kusuru olmadığı ya da hak sahibinin bir zararının bulunmadığı gerekçeleriyle davanın açılmayacağını savunamaz.

İkinci grupta ise kusur ve zarar koşulunu gerektiren davalar yer alır. Bu davaların açılabilmesi için failin kusurlu olması ve ayrıca hak sahibinin bu yüzden zarara uğraması gerekir. Bu durumda haksız fiil BK madde 41 anlamında bir borç kaynağı oluşturur.

Kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar sadece fikri haklar alanında tanınmış değildir. Burada önce diğer hukuk dallarında yer alan bu tür davaları, daha sonra da fikri haklar alanındaki davaları ele alacağız.

A. Diğer Hukuk Dallarında

1. Kişilik Hakkının Korunmasında

Haksız fiil sorumluluğu, sadece doğan zararın giderilmesi ile sınırlı değildir. Yasa koyucu, haksız fiil nedeniyle hakları ihlal edilen kişiye daha etkin bir koruma sağlamak amacıyla kusur ve zarar koşullarını gerektirmeyen başka dava olanaklarını da tanımıştır. Haksız fiillerle mücadelede asıl amaç, haksız fiilin zarara yol açmadan önlenmesi, haksız fiil devam etmekte ise bir an önce buna son verilmesidir.

Yasa koyucu bu amacı özellikle kişilik hakkını ihlal eden haksız fiiller bakımından öne çıkarmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi kişilik hakkı ihlal edilen kişiye, saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti; kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması olanaklarını tanımıştır³

³ Bu konuda geniş bilgi için: Kılıçoğlu Ahmet, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 1993, s. 193 vd.

2. Sınai Hakların Korunmasında

Yasa koyucu, sınai mülkiyet alanında da aynen kişilik haklarının korunmasında olduğu gibi, kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen dava olanaklarına yer vermiştir. Burada da sınai hak sahibinin hakkının ihlal edilmesinde, failin sadece doğan zarardan sorumlu tutulmasının amaca hizmet etmeyeceği, asıl amacın zararın doğumunu ya da artmasını önlemek olduğu düşüncesinden hareket edilmiştir.

a. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 137. maddesinde öngörölmüş olan hukuksal koruma olanakları arasında kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen dava türleri şu şekilde sıralanabilir. Ancak Yasa'da öngörölen dava türlerinin adlandırılmalarının isabetli olmadığını açıklamak gerekir.

- Haklara tecavüz fiillerinin durdurulması (bunu saldırının önlenmesi olarak anlamak gerekir);

- Tecavüzün giderilmesi (bunu saldırının durdurulması olarak anlamak gerekir. Zira tecavüz fiillerinin durdurulması davasından söz edildikten sonra tecavüzün giderilmesi davasında aynı davanın tekrar edildiğini kabul etmek olanaklı değildir.);

- Tecavüz araçlarına el konulması;

- Ürünlerin, araçların şekillerinin değiştirilmesi, tecavüzün önlenmesi (bununla ifade edilmek istenilen husus, haklara tecavüz fiillerinin durdurulmasıdır) amacıyla imha edilmesi;

- Kararın ilgililere tebliği (duyurulması) ve ilan edilmesi.

b. 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 49. maddesinde öngörölmüş olan hukuksal koruma olanakları arasında kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen dava türleri şu şekilde sıralanabilir:

- Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti;
- Tecavüz fiillerinin durdurulması ve önlenmesi;
- Üretilen veya ithal edilen ürünlere, üretim araçlarına el konulması;
- Ürünlerin ve araçların şekillerinin değiştirilmesi veya tasarımdan doğan haklara tecavüzün önlenmesi imha edilmeleri;
- Mahkeme kararının ilgililere tebliği ve ilan edilmesi.

c. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 25. maddesi de kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar bakımından aynen 554 sayılı KHK'daki hükmü tekrar etmektedir.

d. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 62. maddesinde öngörülmüş olan hukuksal koruma olanakları arasında kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen dava türleri şu şekilde sıralanabilir:

- Tecavüz fiillerinin durdurulması;⁴
- Tecavüzün giderilmesi;
- Üretilen veya ithal edilen ürünlere el konulması;
- El konulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için, ürün ve araçların imhası;
- Mahkeme kararının ilgililere tebliğ edilmesi ve ilan edilmesi.

B. Fikri Haklar Alanında

1. Kusur ve Zarar Koşulunun Gerekmemesi

FSEK eser sahipliğinden doğan hakların ihlal edilmesi nedeniyle açılacak hukuk davalarını üç başlık altında toplamıştır. Bunlar:

- Tecavüzün ref'i davası;
- Tecavüzün men'i davası;
- Tazminat davası olarak adlandırılmıştır.

Aşağıda ele alacağımız gibi, birinci sırada yer alan davanın niteliğine daha uygun olması ve bu davayı daha iyi ifade etmesi bakımından "*saldırının durdurulması*"; ikinci sıradaki davayı da aynı nedenle "*saldırının önlenmesi*" davası olarak adlandırmak gerekir.

Bu üç davadan ilk ikisi kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalarlardır. Davanın kusur koşulunu gerektirmediği, saldırının durdurulması davasıyla ilgili 66. maddenin 3. fıkrasında "*tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusuru şart değildir*" şeklinde ifade edilmiştir. Aynı durum saldırının önlenmesi davası için de geçerlidir. Zira saldırının önlenmesi davasıyla ilgili 69. maddenin 2. fıkrası, bu konuda saldırının durdurulması davasıyla ilgili hükme yollama yapmaktadır.

⁴ Ergün Mevci, Türkiye'deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998, Türk Patent Enstitüsü, s.145-188, s.159.

Saldırının durdurulması ve önlenmesi davaları zarar koşulunu da gerektirmez. Zira zarar koşulunu gerektiren dava tazminat davasıdır. Tazminat davasıyla ilgili 70. madde bu dava için açıkça zarar koşulundan söz ettiği halde, saldırının durdurulması ve önlenmesi davalarında bu koşula yer verilmemiştir.

Fikri haklar alanında zarar ve kusur koşulunu gerektirmeyen davalar sadece saldırının durdurulması ve önlenmesi davalarıyla sınırlı değildir. Bunlara tespit davası ile elde edilen kazancın iadesi davasını da eklemek gerekir. Buna göre, fikri haklar alanında kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davaları dört grup altında toplamak mümkündür. Bunlar tespit, saldırının durdurulması, saldırının önlenmesi, sebepsiz zenginleşme davalarıdır. Bu davaları ayrı ayrı ele alalım.

2. Tespit Davası

a. Genel Olarak

Fikri hakların ihlal edilmesi halinde, eser sahibi ya da haleflerinin bu eylemin hukuka aykırı olduğunun tesbitini dava etme hakkına FSEK'da yer verilmemiştir. Fikri mülkiyet alanında sadece 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 49. maddesinin a bendinde, hak sahibine böyle bir dava olanağı açıkça ve özel olarak tanınmıştır.

Türk hukukunda tespit davası hakkında özel bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, hakkı ihlal edilen kişinin hukuksal yararının bulunduğu hallerde tespit davası da açabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu konuda "*eda davası açma olanağı varken, tespit davasının açılmayacağı*" sınırlandırmasına yer verilmektedir.

FSEK, aşağıda ele alacağımız gibi, 15. maddesinde "*tespit davasını*" manevi hakkın bir türü olan "*adın belirtilmesi yetkisi*"nde kabul etmiş bulunmaktadır. Yasa'nın bu hükmünden hareket edildiğinde, yasa koyucunun tespit davasını eser sahipliğinden doğan sadece adın belirtilmesi yetkisinde düzenlemekle, diğer haklarda böyle bir tespit davasını kabul etmediği iradesini ortaya koyduğu ileri sürülebilir.

Ancak kanımca, yasa koyucunun 15. maddede böyle bir özel hükme yer vermiş olması bizi diğer haklarda tespit davasının reddedildiği sonucuna götürmemelidir. Yasa koyucu, eser sahibinin kim olduğunun birçok hallerde tartışma konusu olabileceğini düşünerek, ısrarla ve özel olarak bu hususun bir tespit davasına konu olabileceğini ortaya koymak istemiştir.

Bundan hareketle diğer haklarda böyle bir dava açılmayacağı sonucuna varılamaz. Buna göre FSEK’da bir hüküm bulunmamasına rağmen, genel ilkelerden hareketle fikri hakların ihlal edilmesinde de eser sahibi ya da haleflerinin “*eylemin fikri hakları ihlal ettiğinin ve bunun hukuka aykırı olduğunun tespitinin*” talep edilebilmesi kabul edilmelidir. Bu durum özellikle eserin kullanılmasının hukuka aykırı olup olmadığının tartışmalı olduğu hallerde önem taşımaktadır. Kanımca eser sahibi, böyle bir tespit istemiyle birlikte aşağıda ele alacağımız “*verilen kararın*” 78. madde gereğince ilan edilmesini de talep edebilmelidir.

b. Özel Olarak (15. madde 3. fıkra)

FSEK madde 15 fıkra 3, eser sahibinin manevi haklarından “*adın belirtilmesi yetkisi*”nde özel olarak bir tespit davasına yer vermiştir. Bu hükme göre, “*bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tespitini mahkemeden isteyebilir.*”

Yasa bu hükümle eser sahibinin manevi haklarından olan “*eseri kendi adıyla ya da müstear adı ya da adsız olarak*” açıklama yetkisinin tartışmalı olduğu hallerde, bunun bir tespit davasına konu olabileceğini kabul etmiştir. Örneğin, bir mimari proje, eser sahibinin rızası dışında bir yapıda kullanılmış, yapı sahibi bunun projesinin kendisine ait olduğunu iddia etmişse, ortada bu projenin eser sahibinin kim olduğu tartışması vardır; aynı şekilde, bir bilim adamı, kendisine ait özgün düşüncelerin bir başka bilim adamı tarafından yayımlandığını iddia ettiğinde, bu eserin sahibinin kim olduğu tartışması ortaya çıkmaktadır. Bu örneklerde eserin sahibinin kim olduğu tespit davasına konu olabilecektir.

3. Durdurma Davası (Tecavüzün Ref’i Davası madde 66-68/e) (Beseitigungsklage)

FSEK’nin bu davayla ilgili olarak kullandığı “*tecavüzün ref’i*” ifadesi yerine niteliğini daha iyi anlatması ve daha uygun bir Türkçe olması nedeniyle “*saldırının durdurulması davası*”nı tercih etmek gerekir. Nitekim eski 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisî’ne 1990 yılında eklenen yeni 24/a maddesinde “*tecavüze son verilmesi*” ifadesini kullanmış, 2001 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu da aynı ifadeyi tercih etmiştir.

a. Genel Koşulları ve Sonuçları

1. Genel Koşulları

FSEK madde 66, hükmü durdurma davasının koşullarını “*genel olarak*” başlığı altında ele almıştır.

Bu maddenin incelenmesinden durdurma davasının açılabilmesi için şu genel koşulların bulunması gerektiği sonucunu çıkartmaktayız:

1a. Eser sahipliğinden doğan hakların saldırıya uğraması

FSEK madde 66 fıkra 1, bu koşulu “*manevi ve mali hakların tecavüze uğraması*” şeklinde ifade etmektedir. Buna göre durdurma davası eser sahipliğinden doğan hem mali hem de manevi hakların saldırıya uğraması halinde gündeme gelebilecektir.

1b. Saldırının ya da etkilerinin devam etmesi

Saldırının durdurulması davasında, devam eden ya da etkilerini sürdüren bir haksız fiil söz konusudur. Hak sahibi, haksız fiile son verilmesini ya da etkilerinin ortadan kaldırılmasını talep etmektedir. Bu dava sayesinde hak sahibinin daha fazla zarara uğramasının önüne geçilmektedir. Örneğin, sinema eseri ya da sinema eseri haline getirilen roman televizyonda bölümler halinde gösterime sunulmuş; kitap ya da makale satılmaya başlanmış; bilgisayar programı kullanılmaya devam edilmiştir. Eser sahibi bu yüzden zarara uğramıştır. Bu zararın giderilmesi tazminat davasına konu olacaktır. Ancak eser sahibi tazminat davasından önce ya da zararı olmasa bile öncelikle bu haksız fiile son verilmesini, eserinin gösterimden, kitabının satıştan, bilgisayar programının kullanımdan kaldırılmasını arzu etmektedir. Asıl amaç zararın doğumunu ya da artmasını önlemektir. Durdurma davası bu nedenle kabul edilmiştir. Bu açıklamalarımız ve koşul karşısında eser sahipliğinden doğan hakka yönelik saldırı gerçekleşmiş ve artık son bulmuşsa durdurma davası açılmayacaktır. Zira saldırı ya da etkisi son bulmuşsa, artık bunun durdurulmasından söz edilemeyecektir. Örneğin, Sinema eseri gösterime sunulmuş ve gösterime son verilmişse artık durdurma davasına konu olamayacaktır.

1c. Saldırıda bulunanın (haksız fiil failinin) kusurunun ve eser sahibinin zararının aranmaması

Bu unsuru yukarıda açıklamış bulunmaktayız.

FSEK madde 66 fıkra 3, bu unsuru açıkça ifade etmiştir. Bu hükme göre “*tecavüz edenin veya ikinci fıkroda yazılı kimselerin kusuru şart değildir*”

Burada sadece haksız fiil failinin değil, maddenin 2. fıkrasında sözü edilen kişilerin de kusurunun şart olmadığı ifade edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında eser sahipliğinden doğan hakları ihlal eden kişinin eyleminden sorumlu tutulan kişilerin sorumlulukları düzenlenmiştir. Fıkra şu şekildedir: *“Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir.”*

Bu fıkra hükmü haksız fiilin failini çalıştıranların (istihdam edenlerin) sorumluluklarını düzenlemektedir. Bir işletmenin temsilcisi ya da çalışanları (müstahdemleri) işletmeye ya da çalıştırana ait bir işi görürken eser sahipliğinden doğan hakları ihlal etmişlerse, onları çalıştıranlar aleyhine de durdurma davası açılabilir. Örneğin, bir yaygın şirketinin elemanı, bir sinema eserini sahibinin rızası dışında bölümler halinde gösterime sunmuş ise, eser sahibi, sadece bu elemana karşı değil, onun çalıştığı şirkete karşı da durdurma davasını açabilecektir. Aynı şekilde, bir kitabın yazarından izin alınmaksızın matbaada çalışan bir işçi tarafından çoğaltılıp satışa sunulduğunda, yazar sadece bunu çoğaltan faile değil, onu çalıştıran matbaanın sahibine karşı da durdurma davası açabilecektir.

Burada haksız fiil faili dışında, onu çalıştıranların kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Aslında bu husus, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. BK madde 55 hükmüne göre, adam çalıştıranlar, çalıştırdıkları kişilerin işlerin görülmesi sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu olmaktadır. Bu hüküm varken, FSEK madde 66 fıkra 2 hükmünün konulmasına gerek duyulmamalıydı.

Öte yandan 66. maddenin 2. fıkrasında sözü edilen adam çalıştıranların sorumlulukları zaten kusursuz bir sorumluluk olduğuna göre, maddenin 3. fıkrasında ayrıca *“ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusuru şart değildir”* hükmü de gereksiz bir açıklamadan ibarettir.

Durdurma davası için eser sahibi ya da haleflerinin (Nachfolge) zarara uğramaları da zorunlu değildir. Bu dava tazminat davasından farklı olarak, zararın giderilmesine değil, zararın doğmamasına ya da artmamasına hizmet eder. Eser sahibinin ayrıca zararı varsa, bunun giderilmesi için tazminat davasının da açılacağı kuşkusuzdur.

FSEK madde 66 fıkra 4 hükmü, durdurma davasının zarar unsurunu gerektirmemesi ilkesi yönünden bizi kuşkuya düşürmemelidir. Bu fıkra hükmüne göre *“mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şümülünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin düçar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu göreceği tedbirlerin tatbikine karar verir.”*

Bu madde hükmüyle durdurma davasında zarar konusu ele alınmış değildir.

2. Genel Sonuçları-Özel İhtiyati Tedbir

Durdurma davasının amacı, doğmuş olan saldırının ya da etkilerinin durdurulmasına, devamının önlenmesine yöneliktir. Böyle bir sonucun elde edilmesi eser sahipliğinden doğan manevi ve mali haklara göre değişir. Bu nedenle burada durdurma davasının genel bir sonucundan söz etmek mümkün değildir. Aşağıda manevi ve mali haklar ayrımına göre durdurma davasının genel koşulları dışındaki özel koşullarıyla, bu haklara ilişkin sonuçlarını ayrı ayrı ele alacağız.

Burada durdurma davasıyla ilgili olarak 66. maddenin 3. fıkrasıyla getirilen özel ihtiyati tedbir hükmüne kısaca değinmemiz gerekmektedir.

Yasa'nın 66. maddesinin 4. fıkrası şu hükmü getirmiştir: "*Mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şümulünü, kusurun olup olmadığı, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin düçar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu tedbirlerin tatbikine karar verir.*"

Yasa koyucu, durdurma davasının sonuçlanmasının uzun zaman alabileceğini, geçen zaman içinde saldırının amacına ulaşacağını, bu durumda eser sahibinin bu davadan beklediği amacın gerçekleşmeyeceğini düşünerek özel bir ihtiyati tedbir hükmü getirmiştir. Bu özel tedbir hükmü getirilmemiş olsaydı, durdurma davasının amacının boşa çıkacağı düşünülmüştür.

Bu hükme göre mahkeme, saldırının konusu olan manevi ve mali hakkı, saldırının kapsamını, saldırıda bulunan kişinin kusuru olup olmadığını, kusuru varsa bunun ağırlığını, tedbire karar verilecek olursa saldırıda bulunan kişinin doğması muhtemel zararlarını takdir ederek, saldırının durdurulması için gerekli tedbirleri alabilecektir.

Maddede mahkemenin alacağı tedbirlerin neler olduğuna yer verilmiştir. Somut olayın niteliğine göre yargıç her türlü tedbire karar verebilecektir. Örneğin, satışa çıkartılmış olan kitabın, eser sahibinin rızası dışında alıntı yapılan sayfalarının imha edilmesi ya da bu sayfaların düzeltilmiş bir sayfa ile değiştirilmesi, televizyon dizisinde eser sahibinin rızası dışında yapılan değişikliklerle ilgili sahnelerin görüntülenmemesi, karartılması; yayının geçici bir süre için durdurulması vs. düşünülebilir.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, durdurma davasında zarar unsuru aranmaz, davacının amacı zararının giderilmesi değil, zararın doğumu ya

da artmasını durdurmaktr. 66. maddenin 4. fıkrası durdurma davasıyla ilgili “*ihtiyati tedbir*” konusunda göz önünde tutulması gereken unsurlar arasında kusurun bulunup bulunmadığı, ayrıca saldırıda bulunan kişinin uğraması muhtemel zararları da saymıştır. Durdurma davasında ihtiyati tedbire karar vermek için kusur unsurunun aranması bu davanın kusuru koşulunu gerektirdiği kanısına yol açmamalıdır. Zira 66. maddenin 3. fıkrası açık bir biçimde kusur koşuluna gerek olmadığını hükme bağlamıştır. Yasa kusuru ihtiyati tedbire karar vermek için aranan unsurlardan biri olarak göz önünde tutulabileceğini öngörmüştür. Buna göre, diğer unsurlar yanında kusur da varsa tedbire karar verilebilecektir. Ancak sadece kusurun bulunmaması tedbir talebinin reddine yol açmayacaktır. Kusur olmadığı halde diğer unsurlar varsa yine tedbire karar verilebilecektir. Öte yandan maddede sözü edilen zarar eser sahibinin zararı olmayıp, tedbire karar verilecek olursa saldırıda bulunan kişinin uğraması muhtemel zarardır. Bu nedenle bu hükümle, durdurma davasının zarar koşulunu gerektirmemesi ilkesine de bir istisna getirilmiş değildir.

b. Manevi Hakların İhlali Halinde Durdurma Davası

FSEK madde 67, “*manevi haklara tecavüz halinde*” kenar başlığı altında durdurma davasının manevi haklar bakımından genel koşullar dışında özel koşullarını ve sonuçlarını hükme bağlamıştır. Maddede manevi hakların türleri bakımından durdurma davasının özel koşulları ve kararın neleri içereceği ayrı ayrı ele alınmıştır.

1. Eseri Kamuya Açıklama Yetkisi (Veröffentlichungsrecht) Bakımından

FSEK madde 67 fıkra 1, eseri kamuya açıklama yetkisi bakımından durdurma davasının özel koşulları ile ilgili olarak şu hükmü getirmiştir: “*Henüz alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arz edildiği takdirde tecavüzün ref'i davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayınlanması suretiyle vaki olması halinde açılabilir. Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir.*”

Görüldüğü gibi “*eseri kamuya açıklama yetkisi*”nin ihlali nedeniyle durdurma davasının açılabilmesi için 66. maddedeki genel koşullar dışında şu özel koşulların da gerçekleşmesi gerekir:

1a. Eser henüz alenileşmemiş olmalıdır.

1b. Eser sahibinin rızası dışında veya arzusuna aykırı olarak kamuya açıklanmış ya da esere sahibinin adı arzusuna aykırı olarak konulmuş olmalıdır. Burada ya eser sahibinin eserin kamuya açıklanması konusunda rızası mevcut değildir, ya da rızası vardır fakat onun arzu ettiği şekilde kamuya arz edilmemiştir.

Bazen eserin kamuya açıklanması sahibinin rızasına ve arzusuna uygundur. Fakat esere sahibinin adı arzusuna aykırı olarak konulmuş olabilir. FSEK madde 67 fıkra 1'in ikinci cümlesi şu şekildedir: *"Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir."* Örneğin, eser sahibi eserin bilinen adıyla değil, müstear bir adla ya da adsız olarak kamuya açıklanmasını arzu etmiştir. Zira Yasa'nın 15. maddesi, adın belirtilmesi yetkisini, eser sahibinin eserini adı veya müstear adı ya da adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisi olarak tanımlamıştır. Eser, sahibinin bu arzusuna aykırı olarak kamuya açıklandığında da manevi hakkı ihlal edilmiştir. Yasa bu durumda da durdurma davasının çoğaltılmış nüshalar için açılabileceğini kabul etmiştir.

1c. Eserin çoğaltılmış nüshaları yayımlanmış olmalıdır

İlk iki koşul gerçekleştiği halde, durdurma davası açılmayacaktır. Zira eser, sahibinin rızası ya da arzusu dışında çoğaltılıp nüshaları kamuya açıklanmadan *"doğmuş ya da etkileri devam eden saldırı"* mevcut değildir ki durdurulması gündeme gelsin. Çoğaltılmış nüshalar kamuya açıklanmadığı sürece durdurma davası gündeme gelmez. Bu durumda eserin kamuya açıklanma tehlikesi vardır. Böyle bir tehlike halinde açılacak dava aşağıda ele alacağımız 69. maddedeki saldırının önlenmesi (tecavüzün men'i) davasıdır.

2. Adın Belirtilme Yetkisi (Anerkennung der Urheberschaft) Bakımından

FSEK madde 67 fıkra 2 hükmüne göre, *"eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan ad iltibasa meydana verecek mahiyette olup da eser sahibi 15. maddede zikredilen tespit davasından başka tecavüzün ref'ini talep etmişse, tecavüz eden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını derç etmeye mecburdur. Masrafi tecavüz edene ait olmak üzere hükmün en fazla üç gazetede ilanı talep edilebilir."*

2a. Özel Koşulları

Yasa bu hükmüyle 15. maddede öngörölmüş olan *"adın belirtilmesi salahiyetine"* ilişkin manevi hakkın ne zaman durdurma davasına konu olabileceğinin özel koşullarını düzenlemiştir.

Buna göre bu manevi hakla ilgili durdurma davasının açılabilmesi için genel koşullar dışında aşağıdaki özel koşullardan birinin bulunması gerekir:

- Eser üzerinde sahibinin adının hiç konulmamış olması;

Burada eser, sahibinin adı belirtilmeden kamuya açıklanmaktadır.

- Eser sahibinin adının yanlış konulmuş bulunması;

Burada eser sahibinin adı esere konulmuştur, fakat bu ad yanlıştır.

- Eser sahibinin adı karışıklığa, başka adlarla karıştırmaya (iltibasa) meydan verecek nitelikte bulunmuş olması;

Burada eser sahibinin adı esere konulmuştur. Fakat bu eserin o kişiye ait olduğu hususunda kuşku, duraksama, karışıklığa yer verilmektedir.

- Kamu yararı ya da özel yarar amacıyla eser sahipliğinden doğan haklara getirilmiş kısıtlamaların söz konusu olduğu hallerde, eserin ve sahibinin gösterilmiş ya da yanlış veya yetersiz gösterilmiş olmasıdır.

FSEK madde 67 fıkra 3, adın belirtilmesi yetkisi nedeniyle durdurma davasının önemli bir uygulamasına yer vermiştir. Bu fıkra hükmüyle, eser sahipliğinden doğan mali haklara getirilen kısıtlamaların yanında adın belirtilmesi yetkisinin de kısıtlanması ya da ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir. Eser sahipliğinden doğan manevi hakkın bu şekilde ihlal edilmesinin en yaygın halini 35. maddede kamu yararı amacıyla öngörülmesi olan “*iktibas serbestisi*” oluşturmaktadır. Bu madde iktibas hakkını sıkı koşullara bağlamıştır. Bu koşullardan birisi de “*iktibasın belli olacak şekilde yapılması; eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin de belirtilmesi*” zorunluluğudur. Uygulamada iktibasta bulunanların bu maddede öngörülen yetkiyi çoğu kez kötüye kullandıklarına tanık olmaktadır. İktibas usulüne uygun yapılmadığından ve eser ile eser sahibinin kimliği yeterli bir şekilde açıklanmadığından, eser sahibinin hakları gasp edilebilmektedir. Örneğin, eser sahibine ait bilimsel açıklamalar, başka bir eserde sayfalarca tekrar edilmekte, bu sayfalardaki düşüncelerin iktibas edene ait olduğu kanısını yaratılmakta, asıl esere ve eser sahibine ancak bazı sayfalarda yollama yapılmaktadır.

2b. Sonuçları

Durdurma davasının genel koşulları ile buradaki özel koşulun gerçekleşmesi halinde durdurma davasının hangi talepleri ve verilecek kararın neyi kapsayacağı da hükme bağlanmıştır.

- Yasaya göre bu durumda eser sahibi “*eserin hem aslı hem de çoğaltılmış nüshaları üzerinde adının gösterilmesini*” talep edebilecektir.

• Eser kamuya açıklanmış olduğundan eser sahibi bu talebi yanında hükmün masrafı “*tecavüz edene ait olmak üzere*” hükmün en az üç gazetede ilan edilmesini de isteyebilecektir. Yasa’da masrafın “*tecavüz edene ait olmak üzere*” hükmü yer almıştır. Bu hükmü “saldırıdan sorumlu tutulan kişilere ait olmak üzere” şeklinde geniş anlamak gerekir. Zira durdurma davasıyla ilgili 66. maddenin 2. fıkrası açık bir biçimde, haksız fiil faili dışında, onu çalıştıranların da dava sorumlu tutulabileceğini kabul etmiştir. Bunlar esere “*tecavüz eden*” kişiler olmadıkları halde, bu tecavüzden kusursuz olarak sorumlu tutulan kişilerdir. Bu nedenle ilan masraflarından bunlar da sorumlu tutulabilmelidir.

3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Yasaklama (Entstellung des Werkes) Yetkisi

FSEK madde 67 fıkra 4 hükmüne göre “*eser haksız olarak değiştirilmiş ise hak sahibi aşağıdaki taleplerde bulunabilir.*”

Yasa bu hükmüyle eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisinin ihlal edilmesi halinde, durdurma davasında eser sahibinin ne gibi taleplerde bulunabileceğini, verilecek olan kararın kapsamını tayin etmiştir. Bu konuda genel olarak ve güzel sanat eserleri bakımından bir ayırım yapmak mümkündür:

3a. Genel Olarak

FSEK madde 67 fıkra 4 bent 1 hükmü, güzel sanat eserleri dışındaki eserlerde durdurma davasını düzenlemiştir. Bu hükmüne göre durdurma davasıyla şu kararlar verilebilecektir:

• Eserin değiştirilmiş şekliyle çoğaltılmasının, yayın ve temsilinin, radyo ile yayımının yasaklanması ve çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltilmesi veya eski hale getirilmesi. Örneğin, bir bilimsel kitap, yazarın rızası dışında değiştirilerek basılmış, satışa sunulmuş, halen basımı da devam etmekte ise, yazar, basıma devam edilmesinin durdurulmasını talep edebileceği gibi, basılmış olan nüshalarda ise ilgili sayfalarda değişikliklerin düzeltilmesini de talep edebilecektir. Burada bir yandan basımın durdurulması öte yandan basılmış nüshalarda değişiklik yapılması suretiyle eser sahibinin “*eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisi*” açısından korunmuştur. Maddede “*çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının men edilmesini ve çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltilmesini*” talep etme yetkisinin birlikte istenebileceği “*ve*” sözcüğü ile hükmüne bağlanmıştır.

• Eserdeki değişiklik gazete, dergi veya radyo ile yayın sırasında yapılmışsa, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekliyle

yayımlanmış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilan yoluyla düzeltilmesi. Örneğin, eser sahibinin yaptığı bir araştırmayı ya da şiiri bir gazete değiştirerek yayımlamıştır. Eser sahibi aynı gazete-den bu değişikliklerin kendisine ait olmadığını, eserin aslının ne olduğunu yayımlamasını talep edebilecektir.

3b. Güzel Sanat Eserlerinde

FSEK madde 68 fıkra 4 bent 2' de güzel sanat eserlerinin özelliği nedeniyle durdurma davasının hangi talepleri içereceğini düzenlemiştir.

Maddeye göre “güzel sanat eserinde, eser sahibi asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa eser sahibi eseri eski hale getirebilir.”

Bu hüküm karşısında güzel sanat eserinin sahibi, eser değiştirilmişse durdurma davası ile şu taleplerde bulunabilecektir:

• Değişikliğin eser sahibine ait olmadığını açıklanması

Yasa bu açıklamanın nerede yapılacağını belirtmemiştir. Ancak bu tür eserlerin niteliği dolayısıyla herhalde bu açıklamanın güzel sanat eserinin uygun bir yerinde yazılması ya da ona bir ilavenin yapılması ile gerçekleşecektir. Örneğin, bir duvar kabartma resminde sonradan değişiklik yapılmışsa, eserin sahibi, adının yer aldığı, adı yer almamışsa, değişiklik yapılan kısımlarda “eserin sonradan sahibinin rızası dışında değiştirildiği”, “bu değişikliğin eser sahibine ait olmadığı” gibi ibareler eklenecektir.

• Eserdeki adının kaldırılması veya değiştirilmesi

Burada eser sahibi, güzel sanat eserinde yer alan adının silinmesini talep edebilecektir. Yasa’ da eser sahibine “adının değiştirilmesini” talep edebilme yetkisine de yer verilmiştir. Bununla ifade edilmek istenilen husus, eser sahibinin gerçek adı yerine bir müstear ad kullanması olabilir.

• Eserin eski hale getirilmesi

Güzel sanat eserinin eski hale getirilmesi eserin zilyet ve malikleri için oldukça ağır bir sonuçtur. Bu nedenle eski hale getirmeyi talep yetkisi ağır koşullara bağlanmıştır. Bunları şu şekilde saptamak olanaklıdır:

•Yapılan değişikliklerin eski hale getirilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, bir duvara yapılmış değişik renkteki kabartma duvar resmi, binanın boyanması sırasında duvarla aynı renkte boyanmıştır. Böyle bir kabartma resmin kaybolan eski orijinal renkleriyle yeniden boyanması mümkün ise eski hale getirilmesi istenebilir.

•Yapılan değişikliğin ortadan kaldırılması kamu yararlarına önemli bir şekilde zarar vermemelidir.

Örneğin, estetik değere sahip bir köprü yeni bir projeye göre tadil edilmişse, eski hale getirilmesi trafiğin günlerce aksamasına, önemli masraflara neden olacaksa, kamu yararı zarar göreceğinden eski hale getirme talebi kabul edilmeyecektir.

•Yapılan değişikliğin ortadan kaldırılması güzel sanat eserinin malikinin yararlarına önemli bir zarar vermemelidir.

Örneğin, estetik değere sahip olan bir binanın dış cepheleri ve balkonları tamamen değiştirilmiştir; bunların yıkılıp yeniden yapılması bina maliki için çok büyük masraflara yol açacaksa mimari eserin sahibi eski hale getirilme isteminde bulunamayacaktır.

c. Mali Hakların İhlali Halinde Durdurma Davası: Saldırının Durdurulması Davasının Bir Türü Olarak Telif Tazminatı

Mali hakların, eser sahibinin eserle olan ekonomik ve mali ilişkilerinden kaynaklanan haklar olduğunu açıklamış bulunuyoruz. Bu nitelikleri nedeniyle bu hakların ihlal edilmesi halinde, saldırı ya da etkileri devam etmekte ise açılacak olan durdurma davasının da mali sonuçlar doğurması düşünölmüştür. Eser sahipliğinden doğan haklara saldırının ya da etkilerinin devam etmesi halinde, eser sahibinin telif hakları ihlal edilmektedir. Bu nedenle durdurma davasının eser sahibinin telif haklarının tazmin edilmesine yönelik olması öngörölmüştür. Bu nedenle yasa eser sahibi ile mali hakları ihlal eden arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı bu haklar için ödenmesi gereken telif ücreti ne olacak idiyse, durdurma davasının bu ücretin ödenmesine yönelik olması esası getirilmiştir. Ancak durdurma davasının sadece telif ücretinin ödenmesi ile sınırlı tutulmasının mali haklara yönelik saldırılar için caydırıcı olamayacağı düşünölmerek, telif ücretinin üç katının talep edilebilmesine olanak tanınmıştır.

Yasa'nın 68. maddesinin 1. fıkrasında "...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadedeki "zarar" sözcüğü mali hakların ihlali halinde durdurma davasının maddi tazminat davasındaki zarar koşulunu gerektirdiğı kanısına yol açmamalıdır. Burada ifade edilmek istenilen husus, mali hakların ihlali halinde, eser sahibi ya da haleflerinin "telif hakkı" nedeniyle bir kayba uğradıkları, durdurma davası ile bu kaybın üç kat fazlasının talep edilebileceğidir. Mali hakların ihlali halinde de eser sahibi ya da haleflerinin bir zarara uğramış olmaları

koşulu aranmaz. Bir zarar olmasa bile telif ücreti üç kat fazlasıyla talep edilebilecektir. Nitekim aynı maddenin 2. fıkrasında aynı konuyla ilgili olarak daha isabetli bir şekilde “sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir” ifadesi kullanılmış, “zarar” sözcüğüne yer verilmemiştir.

Yasa koyucu bu hükmüyle eser sahipliğinden doğan mali hakları ihlali halinde, eser sahibinin telif hakkının ödenmesinin de saldırının durdurulması kavramı içinde değerlendirmiştir. Zira mali haklara saldırının sadece durdurulması, eser sahibi için etkin bir koruma sağlayamaz. Bu saldırı nedeniyle eser sahibi talep edebileceği telif hakkından mahrum kalmıştır. Mahrum kalınan bu hakkın ödenmesi de zarar ve kusur koşulunu gerektirmez.

Yasa hükmedilecek telif tazminatı konusunda bir varsayımdan hareket etmiştir. Buna göre “eser sahibi ile saldırıdan sorumlu kişiler arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek olan telif ücreti tazminat olarak” göz önünde tutulacaktır. Telif tazminatı hesaplanırken, taraflar arasında bir “farazi sözleşmeden” hareket edilmektedir.

Eser sahibi, saldırıdan sorumlu olan kişiden telif tazminatı talep ettiğinde, eseriyle ilgili mali haklarını bu saldırıyla sınırlı olarak ona devretmiş olacaktır. Bu yolu seçen eser sahibinin, saldırı tarihine kadar çoğaltılmış ya da dağıtılmış olan eserin toplatılması, imha edilmesi gibi diğer durdurma taleplerinde bulunması düşünülemez.

Mali hakların ihlali halinde durdurma davası Yasa'nın 68. maddesinde şu ayrımlara yapılarak hükme bağlanmıştır.

1. İzinsiz çeviri; izinsiz veya izin verilen sayıdan fazla basım; işlenme; radyo televizyon gibi araçlarla yayın veya temsil eylemlerinde;

Eser sahibine, ihlalde bulunan kişiyle bir sözleşme yapmış olsaydı talep edebileceği bedelin veya emsal ya da rayiç bedelin üç kat fazlasını talep edebilme yetkisini tanımıştır.

2. Çoğaltılan kopyalar satışa çıkartılmamışsa,

Eser sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltma araçlarının (film, kalıp gibi) imhası veya bunların maliyet bedelini aşmamak üzere satın alınması veya sözleşme yapmış olsaydı, talep edebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir.

Yasa eser sahibi ya da haleflerine burada üç seçimlik hak tanımıştır. Bunlar:

-Çoğaltılmış kopyaların ya da çoğaltma araçlarının imha edilmesini talep;

-Çoğaltılmış kopyaların ya da çoğaltma araçlarının uygun bir bedel karşılığında kendisine devrini talep;

-Taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek olan telif ücretinin üç kat fazlasını talep edebilir.

Yasa 68. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde eser sahibi bu talep dışında ihlalde bulunan kişiye karşı diğer yasal haklarını da kullanabilme hakkını saklı tutmuştur. Bu hükümle mali hakları ihlal eden kişinin sorumluluğunun sadece üç seçimlik haktan birinin kullanılmasıyla sınırlı kalmadığını, ayrıca doğan zararların tazmin edilmesi gibi sorumluluklarının devam ettiği ifade edilmek istenmiştir.

3. Çoğaltılan nüshalar satışa çıkartılmışsa veya satış haksız bir tecavüz oluşturuyorsa, eser sahibi tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkrada yazılı şıklardan birini seçebilir. Buna göre çoğaltılmış olan nüshalar satışa çıkartılmış ya da satış haksız bir eylem niteliğinde ise eser sahibi şu seçimlik haklardan birini kullanabilecektir:

- Sorumlu kişinin elinde mevcut olan nüshaların bedeli karşılığında kendisine iade edilmesini talep edebilir.

- Sorumlu kişi ile sözleşme yapılmış olsaydı talep edebileceği telif alacağını üç kat fazlasıyla tazmin edilmesini talep edebilir.

Yasa'nın 68. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınmış olan hak seçimlik bir haktır. Burada seçimlik hakların niteliği ve kullanılabilme koşulları aynen geçerlidir. Bunun sonucu olarak buradaki seçimlik hak yenilik doğurucu bir hak olup, bu hak herhangi bir kayda ve şarta bağlı olarak kullanılmayacağı gibi, bir defa kullanıldıktan sonra bu haktan rücu etmek (dönmek) de mümkün olmayacaktır. Örneğin, eseri çoğaltılan nüshaları satışa çıkartılmışsa eser sahibi çoğaltılmış nüshaların kendisine bir bedel karşılığında iadesini talep ettikten sonra bundan dönüp, telif tazminatı talep edemeyecektir.

4. Önleme Davası (Tecavüzün Men'i Davası madde 69) (Unterlassungsklage)

a. Düzenleme Yeri ve Kavram

FSEK önleme davasını durdurma davasından sonra 69. maddesinde hükme bağlamıştır. Bu düzenleme isabetli değildir. Zira eser sahipliğinden doğan hakların ihlalinde aşamalar bakımından, henüz hukuka aykırı fiil

doğmamış, doğma tehlikesi varsa önce bunun önlenmesi gündeme gelir. Saldırı doğmuş devam etmekte ya da etkilerini sürdürmekte ise durdurma davası gündeme gelecektir.

Yasa önleme davası yerine “*tecavüzün men’i davası*” kavramını kullanılmıştır. Bu kavram oldukça eski ve amacı ifade etmekten uzaktır. Eski Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde de “*tecavüzün men’i*” kavramı kullanılmıştı. Bu maddede 1988 yılında yapılan değişiklikte bu kavram yerine “*tecavüz tehlikesinin önlenmesi*” kavramı kullanılmış, 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu, 25. maddesinde “*saldırı tehlikesinin önlenmesi*” kavramını tercih etmiştir.

Bu nedenle biz de anlatım kolaylığı ve daha Türkçe bir kavram olması bakımından *tecavüzün men’i* yerine “*saldırının önlenmesi*” kavramını tercih ediyoruz.

Önleme davası da durdurma davası gibi kusur ve zarar koşullarını gerektirmez. Bu husus 69. maddenin 2. fıkrasında yapılan yollamadan açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükümle Yasa’nın 66. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının burada da uygulanacağı belirtilmiştir. Hükümün yollama yaptığı 66. maddesinin 2. fıkrası durdurma davasında kusur koşulunun aranmaması ile ilgilidir. Bu nedenle önleme davasında da kusur koşulu aranmayacaktır.

Önleme davası için zarar koşulu da aranmaz. Zira 69. madde incelendiğinde bu davanın amacının eser sahibinin zararı ve bunun tazminiyle ilgili olmadığı görülmektedir.

b. Durdurma Davasından Farkı

Saldırının önlenmesi davası, henüz doğmamış ya da tekrar edilme tehlikesi bulunan saldırıya yönelik bir davadır. Dava eser sahipliğinden doğan haklara yönelik saldırının gerçekleşmesini önlemeyi amaçlar. Saldırının doğması ve etkilerini göstermesi önleyerek, eser sahipliğinden doğan hakların zarara uğramasına engel olur.

Saldırının durdurulması davası, saldırı doğmuş ve etkilerini göstermiş olması halinde açılır. Bu davanın amacı, doğmuş saldırının ya da etkilerinin ortadan kaldırılması, eser sahibinin daha fazla zarara uğramasını önlemek olduğu halde, saldırının önlenmesi davasının amacı, saldırıyı henüz doğmadan ya da tekrar edilme tehlikesi varsa tekrar edilmeden zarar kaynağını yok etmektir. Bir başka ifadeyle durdurma davasında saldırı doğmuştur. Dava saldırının sonuçlarına yönelik olup, amaç daha fazla zararı önlemektir. Önleme davasında saldırı doğmamıştır ya da tekrar edilmemiştir. Amaç

saldırıyı ya da tekrarını kaynağında kurutarak zararı önlemektir. Örneğin, bir sinema eseri televizyonda gösterime sunulmak üzere reklamlar verilmeye başlanmıştır. Önleme davası ile eserin sunulması engellenir. Sinema eseri gösterime sunulmuşsa artık önleme davası açılmaz. Zira “saldırı tehlikesi” doğmuş, amaç gerçekleşmiştir. Bu durumda 68. maddenin 1. fıkrası gereğince durdurma davası açılacaktır. Zira saldırı son bulunduğu halde, eser sahibinin telif hakları ihlal edilmek suretiyle saldırının etkileri devam etmektedir.

Bu açıklamalarımıza göre durdurma davasının saldırı fiiline değil sonuçlarına yönelik olduğu, önleme davasının ise saldırı fiiline yönelik olduğu söylenebilir.

c. Koşulları

FSEK madde 69 hükmü şu şekildedir:

“Mali veya manevi haklarında tecavüz tehlikesine maruz kalan eser sahibi muhtemel tecavüzün önlenmesini dava edebilir. Vaki olan tecavüzün devam veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de aynı hüküm caridir.”

1. Eser sahipliğinden doğan hakka saldırı ya da saldırı tehlikesinin bulunması: Önleme davası için eser sahipliğinden doğan hakka ya da saldırı tehlikesinin ya da saldırının tekrarı tehlikesinin bulunması gerekir. Her iki halde de davanın amacı, saldırı eylemini kaynağa kurutmaktır. Zira gerek saldırı tehlikesinde gerekse saldırının tekrarı tehlikesinde önleme davası ile saldırının doğması ya da tekrarı önlenerek eser sahipliğinden doğan hakların zarar görmesi önlenmektedir. Örneğin, bir televizyon dizisinin eser sahibinin rızası dışında gösterime sunulacağı duyurulmuşsa, önleme davası ile gösterime sunulması engellenecektir. Söz konusu dizi gösterime sunulmuş, yoğun istek üzerine yeniden gösterime sunulacağı bildirilmişse, önleme davası ile saldırının tekrarı tehlikesi engellenmiş olacaktır.

2. Hukuka Aykırılık: Eser sahipliğinden doğan hakların kullanılması hukuka aykırı olmalıdır. Yasa 69. maddesinde bunu “tecavüz” sözcüğü ile ifade etmiştir. Eser sahipliğinden doğan hakların kullanılması rızaya ya da yasadaki öngörülen “eser sahipliğinden doğan haklarla ilgili bir sınırlandırmaya” (eğitim öğretim amacıyla bir tiyatro eserinin sahibinin rızası dışında oynanması gibi, FSEK madde 33) dayanmakta ise önleme davası açılmayacaktır.

3. Kusur ve zarar koşulunun aranmaması: Bu hususu yukarıda açıklamış bulunuyoruz.

d. Sonuçları

1. Genel Olarak: Önleme davasının sonuçları, durdurma davasından farklı olarak manevi ve mali haklara göre bir ayrıma tabi tutularak ele alınmamıştır. Bu düzenleme biçimi doğrudur. Zira ister mali ister manevi haklarda olsun, önleme davasında henüz saldırı doğmamıştır. Dava henüz saldırı doğmadan onu önlemektedir. Halbuki durdurma davasında saldırı doğmuş devam etmekte ya da etkilerini devam ettirmektedir. Saldırı ya da etkileri mali ve manevi haklar bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle yasa koyucu durdurma davasının sonuçlarını her iki hak grubu bakımından farklı olarak ele almıştır.

2. Özel İhtiyati Tedbir Kararı: Toplanan kanıtlar karşısında, eser sahipliğinden doğan haklara saldırı ya da tekrarı tehlikesi saptandığında, bunun önlenmesine karar verilecektir.

Bu konuda yapılacak araştırma çoğu zaman saldırının ya da tekrarının doğması, açılan böyle bir davanın konusuz kalması sonucunu doğurabilir. Bunu düşünen yasa koyucu, durdurma davasında olduğu gibi, önleme davasında da “*özel bir ihtiyati tedbir hükmüne*” yer vermiştir.

Yasa'nın 69. maddesinin 2. fıkrası, durdurma davasıyla ilgili 66. maddenin dördüncü fıkrasının önleme davasında da uygulanacağını öngörmüştür. Buna göre 66. maddenin 4. fıkrasındaki özel ihtiyati tedbir hükmü burada da uygulanacaktır.

66. maddenin 4. fıkrası hükmünün uygulanması sonucu mahkeme, eser sahibinin mali ve manevi haklarını, saldırının kapsamını, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve saldırının önlenmesi halinde saldırıda bulunan kişinin uğraması muhtemel zararları göz önünde tutarak saldırının önlenmesi için gerekli göreceği tedbirleri alabilecektir.

Yasa koyucu bu özel hükümle önleme davalarına işlerlik sağlamak istemiştir. Bu hükmün uygulanmaması halinde olayların büyük çoğunluğunda önleme davasıyla beklenen amacın gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Yasa'nın bu hükmünün uygulanmasıyla ilgili olarak Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'ne intikal eden bir olay ve bu olayda verilen tedbir karar ilginç olduğundan burada özet olarak vermekte yarar görmekteyim.

Olay şudur: Milli Eğitim Bakanlığı, A isimli yazarın yazdığı kitabı okullarda ders kitabı olarak okutmaya karar vermiştir. Bakanlık ile yazar A arasında kitabın basımı konusunda anlaşma yapılmış, Bakanlık bu kitabın 17 basımını yapmıştır. Ancak yazar A bundan sonra bu kitabın basımına

rıza göstermediğini noterden ihtar etmiş; Bakanlık buna rağmen kitabı hem de değişiklikler yaparak yeni basım numaraları vererek basmaya devam etmiştir. Bakanlık aleyhine birinci basım nedeniyle tazminat davası açmış, mahkeme tazminat istemini kısmen kabul etmiş; Yargıtay bu kararla ilgili olarak Bakanlığın temyiz istemini reddetmiş, yazarın tazminat miktarının düşük olduğuna ilişkin temyiz istemini kabul ederek, kararı bu noktadan bozmuştur. Bakanlık yazarın ihtarına, açtığı davaya, mahkemenin davayı kabulüne rağmen bu arada kitabın ikinci, üçüncü ve dördüncü basımlarını da yapmıştır.

Yazar, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'ne başvurarak, Bakanlığın bundan sonraki basımların yapılmasına ilişkin tecavüzün durdurulmasını (tecavüzün ref'ini) bu konuda tedbir kararı verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme davacının "FSEK madde 69 hükmüne dayanarak 'tecavüzün men'i davası istemiyle" açtığı davadaki tedbir talebini isabetli olarak kabul etmiştir.⁵

5. Kazancın İadesi Davası (madde 70 fıkra 3) (Klage zur Herausgabe des Gewinns)

a. Amacı, Niteliği, Koşulları

FSEK'nin tazminat davasıyla ilgili 70. maddesinin 3. fıkrası hakları ihlal edilen kişiye ilginç bir başka yasal olanak daha tanımaktadır. Madde şu şekildedir: "Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68. madde uyarınca talep edilen bedel indirilir." Bu hükme göre eser sahipliğinden doğan hakları ihlal edilen kişi, zararın tazmini istemi dışında sorumlu kişinin elde ettiği kazancın da kendisine verilmesini talep edebilecektir.

Tecavüzden sorumlu olan kişinin elde ettiği kazancın hak sahibine verilmesinin hukuksal niteliği maddede ifade edilmemiştir. Bunun niteliğini kişilik hakkının korunmasıyla ilgili olarak kabul edilen benzer hükümden çıkarmak olanaklıdır. Medeni Kanun'a 1988 yılında 3444 sayılı Yasa ile eklenen 24/a maddesinde öngörülmüş olan hüküm yeni Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinde tekrar edilmiştir. Medeni Kanun'un 25. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."

Görüldüğü gibi MK madde 25 fıkra 3 hükmü, FSEK madde 68 fıkra 3 hükmünden farklı olarak "sorumlu kişinin elde ettiği kazancın iadesi davasının"

⁵ Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi, 26.02.2004 tarihli, 2004/273 E sayılı kararı.

hukuksal niteliğini de belirlemiştir. Maddede kazancın iadesinin “vekaletsiz iş görme hükümlerine” dayanacağı ifade edilmiştir.

FSEK madde 68 fıkra 3’de öngörölmüş olan “*temin edilen kârın verilmesini isteme*” hakkı da hukuksal niteliği itibariyle “vekaletsiz iş görme”nin özel bir türüdür. Bilindiği gibi vekaletsiz iş görme BK madde 410-414’te düzenlenmiştir. Burada BK madde 414’te düzenlenmiş olan gerçek olmayan anlamda vekaletsiz iş görmenin özel bir uygulaması söz konusudur. Buna göre eser sahipliğinden doğan hakları ihlal edilen kişi, bu hükme dayanarak, tecavülden sorumlu olan kişinin elde ettiği kazancın iadesini talep edebilecektir.

Kazancın iadesi davası da kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davadır. Zira 68. maddenin 3. fıkrasında bu koşullara yer verilmediği gibi, gerçek olmayan anlamda vekaletsiz iş görme ile ilgili 414. maddede de bu koşullardan söz edilmemiştir. Maddenin amacı, haklı bir neden olmaksızın eser sahipliğinden doğan hakkı kullanan kişinin elde ettiği kazancın haksız olması nedeniyle bunu gerçek hak sahibine iadedir. Bu durumda hakkı ihlal eden kişinin kusurlu olması gerekmediği gibi, hak sahibinin bu yüzden bir zarara uğraması da gerekmeyecektir. Bunun sonucu olarak hak sahibi, bu yüzden bir zarara uğradığını değil, sorumlu kişinin bu yolla bir kazanç elde ettiğini kanıtlayacaktır.

Yasa, kazancın iadesinin istendiği hallerde, 68. madde uyarınca talep edilen bedelin indirilmesi gerektiğinden söz etmektedir. Burada söz konusu olan, mali hakların ihlali halinde tecavüzün durdurulması davası olarak telif tazminatıdır. Yasa hak sahibinin, sorumlu kişiden elde ettiği kazancın iadesini talep ettiğinde, bu kazançta eserin telif ücretinin de dahil olduğunu düşünmüştür.

b. Sınai Haklarda Öngörülen Yoksun Kalınan Kazanç’la Karşılaştırılması

FSEK’nin 68. maddesinin 3. fıkrasında öngörölmüş olan “*kazancın iadesi*” davası sınai haklarda farklı bir şekilde ele alınmış ve düzenlenmiştir.

Sınai haklarla ilgili bu düzenleme haksız rekabette TTK’nın 58. maddesinin 2. fıkrasının getirdiği düzenleme ile paralellik göstermektedir.

Bu hükme göre “*davacı lehine ve d bendi hükmünce tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.*”

Maddenin yollamada bulunduğu d bendi, “*kusur varsa zarar ve ziyanının tazmin*” edilmesiyle ilgilidir.

Buna göre haksız rekabette, sorumlu kişinin bu yolla elde etmiş olduğu kazancın iadesi de kusur ve zarar koşulunu gerektiren tazminat davasının bir türü olarak düzenlenmiştir.

Sınai haklara gelince :

Sınai haklarda, fikri haklardan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Sınai haklar alanında kazancın iadesi, aynen haksız rekabette olduğu gibi uğrulan zararın bir hesaplama yöntemi olarak benimsenmiştir.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 140. maddesi, *"patent sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değil, ayrıca patent hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar"* hükmünü getirmiştir.

Benzer hüküm 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 52. maddesinde; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 66. maddesinde tekrar edilmiştir.

Üç yasada da yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde üç ölçü getirilmiştir. Sınai hak sahibi bu üç ölçüden birine dayanmak suretiyle yoksun kaldığı kazancın tazmin edilmesini talep edebilecektir. Buna göre sınai hakkın sahibi (patent, endüstriyel tasarım ya da marka sahibi) sınai haktan doğan *"hakka tecavüz edenin, sınai hakkın konusunu kullanmakla elde ettiği kazançta göre"* de yoksun kaldığı kazancın tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Yasa bu hükmüyle *"tecavüz edenin elde ettiği kazancın iadesini, yoksun kalınan kazancın bir hesaplama yöntemi"* olarak öngörmüştür.

Yoksun kalınan kazancın tazmini istemi, bir dava türü değil, maddi zarar türüdür. Maddi zararın değişik ayrımlarından birini *"fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç"* ayrımı oluşturmaktadır. Fiili zarar, haksız eylem sonucu zarar görenin fiilen uğradığı mevcut bir kaybı ifade eder. Yoksun kalınan kazanç ise, haksız eylem sonucu, zarar görenin elde etmesi muhtemel olan kazançlardan mahrumiyetidir. Örneğin, bir trafik kazası sonucu, hasar gören ticari taksinin tamir edilmesi için yapılan harcamalar fiili zarardır; buna karşılık bu aracın tamir süresince yolcu taşımak suretiyle elde etmesi muhtemel kazançları kaybetmesi ise yoksun kalınan kazanç zararıdır. Bu örneği bir kişinin özel aracının (otomobilinin) çalınmasına uygulayalım. Bu durumda otomobilin sahibi aracın hırsızın elinde olduğu süre içinde yoksun kalınan kazanç türünde bir maddi tazminat talep edemez. Zira otomobil ticari taksi değildir. Buna karşılık hırsız bu otomobili ticari taksi olarak kullanıp kazanç elde etmişse, otomobilin sahibi, ondan vekaletsiz

iş görme hükümlerine göre elde ettiği kazancın iadesini (BK madde 414) talep edebilecektir.

Konuyu fikri mülkiyet açısından örneklemek gerekirse: Bir kimsenin patentine sahip olduğu buluşunun rızası dışında kullanılıp üretim yapılmış ve piyasaya sürülmüş, hak sahibinin, bu süre içinde buluşuna dayanarak yaptığı üretimler elinde kalmış, kazanç elde edememişse, bu kayıpları yoksun kalınan kazanç olarak maddi tazminat davasıyla giderilebilecektir. Buna karşılık haksız fiil failinin bu buluşu kullanarak elde ettiği kazancın kendisine verilmesini 551 sayılı Yasa'ya dayanarak ancak yoksun kalınan kazancın bir hesaplama yöntemi olarak talep edecektir. Böyle bir talep ise tecavüz edenin kusurunun, sınai hak sahibinin ise zararının kanıtlanması koşuluna bağlı olacaktır. Zira yoksun kalınan kazancın tazmini istemi kusur ve zarar koşulunu gerektiren bir maddi tazminat türüdür. Bu yasa da hak sahibine kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen tecavüz edenin elde ettiği kazancın iadesi türünde bir özel dava olanağı tanınmamıştır. Hak sahibi ancak koşulları varsa BK madde 414 hükmündeki vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanabilir.

Bu açıklamamızın sonucu olarak sınai haklarda "yoksun kalınan kazancın iadesi"nin ayrı bir dava türü olmadığı, maddi zararın bir türü olduğu anlaşılmaktadır. Sınai hakların ihlal edilmesi nedeniyle yoksun kalınan kazanç da, maddi zarar davası içinde yer alan bir zarar türüdür. Hakkın sahibi sınai hakkının ihlali nedeniyle sadece doğan fiili zararını değil, bu yüzden yoksun kaldığı kazancın da tazmin edilmesini maddi tazminat davası olarak talep edebilmektedir. Hak sahibi, hakkın ihlali nedeniyle bir kazançtan yoksun kaldığını kanıtlarsa bunun tazmin edilmesine karar verilebilecektir.

Haksız eylem failinin elde ettiği kazancın iadesi talebi ise ayrı bir dava türüdür; maddi tazminat davasında zararın bir türü değildir. Zira burada zarar görenden değil, failden hareket edilmekte, failin bu haksız eylem nedeniyle zenginleşmesi önlenmek istenmektedir. Bir başka ifadeyle elde edilen kazancın iadesinde, hak sahibi zarara uğramasa bile, ihlalden sorumlu kişinin haksız yere kazanç elde etmesini önlenmek istenmektedir. Buna göre yoksun kalınan kazancın tazmini davasında zarar görenden, elde edilen kazancın iadesinde ise haksız eylem failinden hareket edilmektedir. Bunun sonucu olarak yoksun kalınan kazancın tazmini davası hak sahibinin

⁶ Bazı yazarlar (Ergün, *agm.* s.162) markalarda "yoksun kalınan kazancın iadesi" davasının, sorumlunun elde ettiği "elde ettiği kazancın iadesi"ni de kapsadığını açıklamaktadır. Yukarıda iki talep arasındaki farklar karşısında bu açıklamaların doğru olmadığı, "yoksun kalınan kazancın tazmini" ile "elde edilen kazancın iadesi" taleplerinin tamamen farklı talepler olduğu kanısındayım.

zarara uğraması ve failin kusuru koşulunu gerektirdiği halde, elde edilen kazancın iadesi davası zarar ve kusur koşullarını gerektirmemektedir.

Bu durum karşısında, hak sahibini daha etkin bir şekilde koruma yönünden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun çözümü daha isabetlidir. Sınai haklarla ilgili olarak patent, endüstriyel tasarımlar ve markalarda da⁶ özel bir dava türü olarak "*kazancın iadesi davasına*" yer verilmemesi bir eksikliklerdir. Gerçi sınai haklarda fikri haklardan farklı olarak hak sahibine "*haksız fiil failinin yaptığı ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını*" isteme gibi özel bir koruma daha sağlanmıştır. Ancak ürünlerde hak sahibine mülkiyet hakkının tanınması ile failin elde ettiği kazancın iadesi davası birbirinden farklı kurumlardır. Haksız fiil faili üretim yapmadan kazanç elde etmiş olabileceği gibi, ürettiği ürünleri elden çıkarmış kazanç elde etmiş olabilir. Bu nedenlerle elde edilen kazancın iadesi davasının sınai haklar için de yoksun kalınan kazancın hesaplanma yöntemi olmaktan çıkartılıp, özel bir dava türü olarak tanınması daha isabetli bir çözüm olacaktır. Böyle bir yasa değişikliği yapıncaya kadar hak sahibinin sorumlu kişilere karşı ancak BK madde 414'de düzenlenmiş olan vekaletsiz iş görmenin koşulları mevcut ise elde ettikleri kazancın iadesini talep edebilecektir.

V. KUSUR VE ZARAR KOŞULUNU GEREKTİREN DAVALAR

A. Kusur ve Zarar Koşulu (Voraussetzung für Verschulden und Schaden)

Bu gruba giren davalarda sorumluluğa karar verebilmek haksız eylem failinin kusuru arandığı gibi, hak sahibinin bu yüzden bir zarara uğramış olması da aranacaktır. Her iki hususun kanıtlanması da BK madde 42 gereğince hakkı ihlal edilen kişiye aittir.

Haksız eylem failinin kusuru her türlü delille kanıtlanabilir. Burada sorumluluğun doğumu açısından kusurun türü ve derecesi önem taşımaz. Buna göre haksız eylem failinin kusuru kast ya da ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak kusurun derecesi hükmedilecek tazminat miktarı bakımından önem taşır (BK madde 43 fıkra 1).

Burada kusurla ilgili olarak haksız eylem failinin iyi niyetinin sorumluluğa etkisi konusu üzerinde de durmak gerekir.

Eser sahipliğinden doğan hakların ihlalinde birçok hallerde, bu hakkı başkasından devir alan kişi gündeme gelmektedir. Örneğin, bir televizyon dizisini gösterime sunan X isimli yayın kuruluşu, bu diziyile ilgili mali hakları eser sahibi olan B'den aldığını iddia ederse sorumluluktan kurtulabilecek midir? Toplanan kanıtlardan gerçekten de X şirketinin telif ücretini

ödeyerek eser sahibi zan ettiği B' den bu diziyi gösterime sunma hakkını devir aldığı saptanırsa, B sorumluluktan kurtulabilecek midir?

FSEK madde 54 fıkra 1 bu konulardaki iyi niyeti korumamıştır. Bu hükme göre, *“mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyetli olmayan kimseden iktisap eden hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.”* Bunun sonucu olarak eser sahipliğinden doğan bir hakkı elde eden kişi, iyi niyetli olsa bile, asıl eser sahibinin haklarının ihlal edilmesinden dolayı kusurlu sayılacak ve sorumlu tutulacaktır. Bu örneğimizde B' de eser sahibinin uğradığı zararlardan sorumlu olacak, ancak bu hakkı kendisine devreden kişiye karşı alacağı temlik eden kişinin garanti yükümlülüğüne ilişkin BK madde 169, 171 hükümlerine göre uğradığı zararlarının tazmini için rücu edebilecektir.

Kusur ve zarar koşulunu gerektiren tazminat davası FSEK'nin 70. maddesinde düzenlenmiştir. Madde tazminat davasını manevi ve mali hak ayrımı yapmak suretiyle ele almıştır.

B. Manevi Haklarda

1. Maddi Tazminat (Schadenersatz):

FSEK madde 70 fıkra 1, *“manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir”* hükmüyle manevi hakların ihlali halinde sadece manevi tazminat talep edilebileceği şekilde kaleme alınmıştır.

Madde, 1995 yılında 4110 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik sonucu bu şekli almıştır.

Değişiklikten önce madde şu şekildeydi: *“Manevi hakları ihlal edilen kimse, tecavüz edenin, kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icap ettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir.”*

Görüldüğü gibi madde değişiklikten önce manevi hakların ihlali halinde *“tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyanın”* da yani maddi zararın da tazmin edilebileceğini öngörmüştü.

Değişiklikte FSEK'ya özgü bir hak ayrımı türü olan manevi-mali hak ayrımıyla, maddi ve manevi tazminat kavramları birbirine karıştırılmıştır.

⁷ Kılıçoğlu Ahmet, Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini, FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, cilt.1, S. 3, s.23-28.

Bunun sonucu olarak manevi haklar, ihlali halinde sadece manevi zarara yol açan hak türü olarak algılanmıştır.⁷ Halbuki manevi ve mali hak ayrımı, yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, FSEK'ya özgü bir hak ayrımı türüdür. Bu ayrımın, bu haklardan birinin ihlali halinde uğranılacak zarar ve bunun tazmin edilme türüyle bir ilgisi yoktur. Buna göre gerek manevi gerekse mali hakkın ihlali halinde hem manevi hem de maddi zarar ve bunların tazmin edilmesi gündeme gelebilir. Bunun sonucu olarak manevi hakların ihlali halinde sadece manevi zarar ve bunun tazmini değil, maddi zarar ve bunun tazmin edilmesi de gündeme gelebilir. Örneğin, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama manevi bir haktır. Eser sahibinin rızası dışında eserde yapılan değişiklik o denli kötü olmuştur ki, esere olan ilgi ve eserin sürümü azalmıştır. Bunun kanıtlanması halinde eser sahibi maddi zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

FSEK madde 70 fıkra 1 hükmünde yapılan bu hatalı değişiklik sonucu, manevi hakların ihlali halinde bu yasaya dayalı olarak maddi tazminat talep edilemeyecektir. Ancak hak sahibinin Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden yararlanarak bu zararının giderilmesini istemesi olanaklıdır.⁸ Taraflar arasında sözleşme ilişkisi varsa BK madde 96; sözleşme ilişkisi mevcut değilse BK madde 41 vd. hükümlerindeki koşulların varlığı kanıtlandığında maddi zararın tazmin edilmesine karar verilebilecektir.

Bu açıklamalarımızın sonucu olarak manevi haklar konusunda 4110 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik isabetli olmamıştır. Yapılacak olan bir değişiklikte maddenin eski haline dönüştürülmesi gerekir.

2. Manevi Tazminat (die Genugtuungsklage)

a. Maddede Yapılan Değişiklik ve Sebebi

Manevi hakların ihlal edilmesi halinde hak sahibi uğradığı manevi zararının tazmin edilmesini talep edebilir.

1995 yılında 4110 sayılı Yasa'yla 70. madde değiştirilmeden önce manevi tazminata hükmetmek için, "*kusur ve tecavüzün ağırlığı*" koşulu aranmaktaydı. Borçlar Kanunu'nun eski 49. maddesine paralel olarak kaleme alınmış olan bu hüküm, 49. maddenin 1988 yılında 3444 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, "*kusurun ağırlığı*" koşulu maddeden çıkarılmıştı. Bu değişiklikle uyumu sağlamak amacıyla FSEK madde 70 hükmü de 4100 sayılı Yasa ile 1995 yılında değiştirilmiştir. Maddenin yeni şekline göre manevi tazminata

⁸ Aynı görüşte: Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2.Basım, İstanbul 2002, s. 286

hükmedebilmek için kusur ve saldırının varlığı yeterli olup bunların özel bir ağırlığı koşulu aranmayacaktır.

b. Koşulları

Manevi tazminata hükmedebilmek için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

1. Eser sahipliğinden doğan manevi bir hakkın ihlal edilmiş olması: Manevi haklara nelerin girdiğini yukarıda açıklamış bulunuyoruz. Bu haklardan birinin eser sahibinin rızası dışında kullanılması halinde bu koşul gerçekleşmiştir. Örneğin, yazarın rızası dışında kitabın bazı sayfalarının çıkartılması; bazı cümlelerin ya da tarihlerin değiştirilmesi; dizinin senaryo değiştirilmek suretiyle oynanması; kitabın yazarın bir tanıtım toplantısı ile birlikte satışa sunulması kararlaştırıldığı halde, toplantı yapılmadan sunulması halinde manevi hakkın ihlali söz konusudur.

2. Manevi hakkın ihlalinin hukuka aykırı olması: Eser sahibinin rızasının bulunmadığı ya da rızasının dışına çıkıldığı hallerde bu unsur gerçekleşmiş olur.

3. Hak sahibinin manevi zarara uğramış olması: Eser sahibi ya da halefleri manevi hakkın ihlali nedeniyle manevi bir zarara uğramış olmalıdır. Bu husus her türlü delille kanıtlanabilir. Manevi hakkın ihlal edilmesi tek başına manevi zararın doğduğunu ifade edemez. Bu ihlal nedeniyle hak sahibi küçük düşürülmüş, üzüntü, elem ya da ıstırap duymuş olmalıdır. Örneğin, kendisine ait eserin bir başkasının adıyla ya da kendisine ait eserin bir başka adla yayımlanmış olması; bu şekilde emeklerinin boşa gittiği konusunda büyük üzüntü yaşaması; eserde yapılan değişiklikler nedeniyle itibar ve şöhretinin zedelenmesi hallerinde manevi zarar doğmuş sayılabilir.

4. Tecavüz edenin kusurlu olması: Tazminat kusur koşulunu gerektiren bir davadır. Bu nedenle manevi hakları ihlal eden kişinin kusurlu olması gerekir. 4110 sayılı Yasa ile 70. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*kusurun ağırlığı*” koşulunun çıkartılması manevi tazminat sorumluluğunu bir kusursuz sorumluluk haline getirmemiştir. Değişikliğin amacı kusur koşulunu değil, “*kusurun ağırlığı*” koşulunu kaldırmak olmuştur.

Tekinalp bu konuda aksi görüştedir.⁹ Yazar, FSEK m. 70 f. 1'deki değişikliğin, BK m. 49'daki değişiklik ile uyumu sağlama amacına yönelik olduğunu kabul etmekte, fakat burada yapılan değişiklikle manevi tazminatta kusur koşulunun kaldırıldığını, manevi hakların ihlalinde ref

⁹ Tekinalp,sh.283

davası için kusur aramadığına göre manevi tazminat davası için de kusur aranmamalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında kapsamlı bir inceleme ve gerekçe ortaya koymadan “...eser sahibi FSEK 70/1 maddesi uyarınca manevi tazminat davası açabilir. Dava açılabilmesi için eser sahibine ait manevi hakların ihlal edilmesi yeterli olup, karşı tarafın kusuru aranmaz” demiştir.^{9a}

Bu görüşlere katılmak olanaksızdır. Zira yukarıda açıklamış olduğumuz gibi saldırının durdurulması ve önlenmesi davaları nitelikleri ve amaçları gereği kusur koşulunu gerektirmeyen davalardır. Manevi tazminat davası ise bu koşulu gerektiren bir davadır. Yazarın da ifade ettiği gibi yasa koyucunun amacı bu maddeyi BK m. 49’ daki değişiklik ile uyumlu hale getirmektir. Yoksa bu manevi hakların ihlali halinde talep edilecek olan manevi tazminatı bir kusursuz sorumluluk haline getirmek değildir.

Manevi hakları ihlal edenin eylemlerinden dolayı kusursuz olarak sorumlu tutulan kişiler olabilir. Buraya eser sahibi ile bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde BK m. 55 gereğince adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu akla gelebilir. Eser sahibi ile bir sözleşme ilişkisi mevcut iken manevi haklar ihlal edilmişse, adam çalıştıran kişi BK m. 100 gereğince ifa yardımcısının eyleminden dolayı sorumlu tutulacaktır.

O halde kusursuz sorumluluk hallerinin bulunduğu hallerde, adam çalıştıran çalıştırdığı kişilerin eylemlerinden dolayı eser sahibinin uğradığı manevi zararlardan kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulabilecektir. Örneğin, bir gazete bir romanı ya da şiiri yazarın rızası dışında yayımlayıp, gazete ekinde okurlarına dağıtmışsa, gazetenin sorumlu müdürü kusuru nedeniyle sorumludur. Bunun yanında gazetenin sahibi olan şirket, anonim şirket söz konusu ise yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst düzeydeki yöneticisi kusurları bulunmadığı halde yazarın uğradığı manevi zarardan sorumlu olacaktır. Zira 5680 sayılı Basın Kanunu bu kişileri yapılan haksız yayınlar nedeniyle doğan zarardan sorumlu müdür ile birlikte müteselsilen sorumlu tutmuştur.

c. Sonuçları

FSEK m. 70 manevi tazminatın hak sahibine para ödenmesi şeklinde karara bağlanacağını öngörmüş ancak “Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir” kuralına da yer vermiştir.

^{9a} Yargıtay HGK.2.4.2003, E.2003/4-260, K.2003/271 (Yayımlanmamıştır)

Yasa'da para yerine diğer bir tazmin şekline karar verilebileceğine ilişkin hüküm Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 1988 yılında değiştirilmeden önceki 2. fıkrasından alınmıştır.

BK m. 49 f. II hükmü 1988 yılında 3444 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve şu şekli almıştır: *"Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ilanına da hükmedebilir"*

Görüldüğü gibi BK'da yapılan değişiklikte para yerine tazminat türü olarak *"eylemi kınama ve bu kararın ilanına"* yer verilmiştir.

FSEK'de 1995 yılında 4110 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte BK m. 49'da yapılan bu değişiklik alınmamıştır.

Manevi tazminat miktarının takdiri konusunda FSEK'mizde herhangi bir ölçü getirilmemiştir. Uygulamanın en zor konularından birisini hükmedilecek manevi tazminat miktarı oluşturmaktadır. Ne yazık ki bu konuda yerleşik objektif ölçüler mevcut değildir. Mahkemelerimiz manevi tazminat istemlerinde genellikle böyle bir zararın doğduğu konusunda kanıt toplamamakta, manevi hakların ihlal edilmesini manevi zararın karinesi olarak kabul etmekte, maddi tazminat talep edilmişse, hükmedilen maddi tazminat miktarına göre objektif ölçülere dayanmadan bir miktar manevi tazminata karar verilmektedir.

BK'da 49. maddesine 1988 yılında 3444 sayılı yasa ile eklenen bir yeni fıkra ile manevi tazminata hükmedebilirken gözönünde tutulması gereken bazı objektif ölçülere yer vermiştir. Bu fıkra hükmüne göre *"Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır"*

BK m. 549 f. II hükmüyle getirilen bu ölçülerden *"tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının"* manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat istemlerinde de gözönünde tutulabileceği kanısındayım.

Bunun dışında haksız fiillerde zarar ve tazminat miktarının tayinine ilişkin ölçülerin manevi hakların ihlali halinde de geçerlidir. Bu anlamda olmak üzere manevi hakları ihlal eden kişinin saldırısının ve kusurunun ağırlığı, zarar gören kişinin ortak kusuru gibi unsurlar (BK m. 43-44) burada da gözönünde tutulmalıdır.

C. MALİ HAKLARDA

FSEK m. 70 f. II mali hakların ihlal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini konusunda haksız fiillere ilişkin hükümlere yollama yapmıştır. Hüküm şu şekildedir: “Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.” Buna göre mali hakları ihlal edilen kişi, saldırıda bulunan kişinin kusuru varsa, haksız fiillere ilişkin Borçlar Kanunumuzun hükümlerinden yararlanabilecektir.

Yasa'nın yollama yaptığı Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri 41 - 60. maddeleri kapsamaktadır.

Buna göre mali hakları ihlal edilen kişi, BK m. 41'deki koşullar mevcut ise maddi zararının; BK m. 49'daki koşullar mevcut ise manevi zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

1. Manevi Tazminat

Mali hakları ihlal edilen kişinin manevi zararının tazmin edilmesini talep edebilmesi için BK m. 49'daki koşulların gerçekleşmesi gerekir: Bu maddeye göre manevi tazminatın koşulları şu şekilde özetlenebilir:

a. Eser sahipliğinden doğan mali haklar ihlal edilmiş olmalıdır. Bu haklara nelerin girdiğini yukarıda açıklamış idik.

b. Eylem hukuka aykırı olmalıdır. Buna göre mali hakların kullanılmasında bir hukuka uygunluk sebebi varsa manevi tazminat gündeme gelemeyecektir.

c. Eser sahibi ya da halefleri manevi bir zarara uğramış olmalıdır. Tazminat davaları zarar koşulunu gerektirdiğinden, manevi tazminat davasında da zarar mevcut olmalıdır. Eserin kötü bir şekilde çoğaltılmış, yayılmış olması; eser sahibinin şöhretiyle uyumlu olmayan yerlerde dağıtılmış ya da işlenmiş olması halinde böyle bir zarar mevcuttur. Örneğin, bir şairin şiirinin tamamen aksi görüşte olduğu bir siyasi partinin tanıtım broşürlerinde yayımlanması; bir eseri kendi eseri imiş gibi çoğaltıp dağıtması; bir eserden alıntı (iktibas) yaptığı eser sahibini ve eserini göstermemesi gibi

d. Mali hakkın ihlali eylemiyle doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması

e. Mali hakkı ihlal edenin kusurunun bulunması

Tazminat davaları kusur koşulunu gerektirdiğinden mali hakların ihlali nedeniyle manevi zararın tazmin edilebilmesi için de zarar unsuru gerçekleşmiş olmalıdır.

FSEK m. 7/f. II mali hakların ihlali nedeniyle tazminat davasında “haksız fiillere ilişkin hükümlere” yollama yaptığından, zararın ispatı ve miktarının belirlenmesinde BK m. 41 vd. hükümleri uygulanacaktır. BK m. 42 f. I’ e göre “Zararı ispat etmek müddeiye düşer” kuralı gereğince, zararı ve miktarını ispat etmek eser sahibi ve haleflerine aittir. Manevi zararın varlığı bazen ispatı gerektirmeyecek kadar açıktır. Uygulamada çoğu zaman mali hakların ihlali nedeniyle davacının manevi zarara uğradığı konusunda bir kanıt getirmesi aranmamakta, bu ihlal nedeniyle davacının manevi zarara uğradığı bir karine olarak kabul edilmektedir.

Mali hakkı ihlal edilene hükmedilecek manevi tazminatın tayininde zararın hesabına ilişkin BK m. 43 f. I’deki somut olayın niteliği yanında sorumlunun kusurunun derecesi yanında, BK m. 49 f. II’deki tarafların sosyal ve ekonomik durumları da gözönünde tutulacaktır. Bütün bunlar dışında BK m. 44’te yer alan tazminattan indirim sebepleri koşulları mevcut ise burada da uygulanacaktır.

2. Maddi Tazminat

Maddi tazminat, mali hakları ihlal edilen eser sahibi ya da haleflerinin, bu yüzden uğradıkları maddi kayıpları ifade eder. Bu anlamda olmak üzere eserin rıza dışında çoğaltılması, iktibas sınırlarının aşarak kullanılması, çoğaltılmış nüshaların yayımlanması, eserin temsil edilmesi gibi nedenlerle asıl esere olan ihtiyaç ortadan kalkmış, eser sahibinin rızası dışında işlenmiş, bu yüzden eser sahibinin eseri işlemek suretiyle ekonomik ve mali yararlarını kaybetmiş olması hallerinde maddi tazminat gündeme gelebilecektir.

Maddi tazminatın koşullarını şu şekilde belirlemek mümkündür:

- a. Mali hakkın ihlal edilmiş olması
- b. Mali hakkın ihlal edilmesinin hukuka aykırı olması
- c. Mali hakkın ihlal edilmesi nedeniyle maddi bir zararın doğmuş olması

Tazminat davası zarar koşulunu gerektirdiğinden, maddi tazminat davasında da bu koşul aranmaktadır. Mali hak ihlal edildiği halde, maddi zarar doğmamışsa tazminat gündeme gelmeyecektir.

Zararın ispatı ve hesaplanması ile, hükmedilecek tazminat miktarının takdiri konusunda BK m. 42 - 43 hükümleri burada da aynen uygulama bulacaktır. Bunun dışında tazminattan indirim sebepleriyle ilgili BK m. 44 hükmü burada da gündeme gelebilir.

d. Mali hakkın ihlal edilmesiyle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması

e. Mali hakkın ihlal edilmesinin kusura dayanması

Maddi tazminat da kusur koşulunu gerektirmektedir. FSEK m. 70 f .II hükmünün yollama yaptığı haksız fiillerle ilgili BK m. 41 hükmü haksız fiil sorumluluğu için kusur koşulunu aradığından aynı kural mali hakkın ihlali nedeniyle maddi tazminat davası için de geçerlidir.

D. SINAI HAKLARDA İTİBAR KAYBI TAZMİNATI

Sınai haklar alanında fikri haklardan farklı bir dava türünü yer verilmiştir.

551 sayılı Patentlerle İlgili KHK' da aşağıdaki hüküm yer almıştır:

"Buluşun İtibarı

Madde 142 - Patentten doğan haklara tecavüz eden tarafından, patent konusu buluşun kötü şekilde üretimi veya uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda, patent konusu buluşun itibarı zarara uğrarsa, patent sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir."

554 sayılı Endüstriyel Tasarımlarla ilgili KHK' da aynı konuda aşağıdaki hüküm yer almıştır:

"Tasarımın İtibarı

Madde 54- Tasarımdan doğan haklara tecavüz eden tarafından, tasarımın kötü şekilde üretimi veya uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda, tasarımın itibarı zarara uğrarsa, tasarım hakkı sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir."

556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK' da ise yine aynı konuda aşağıdaki hüküm yer almıştır:

"Markanın İtibarı

Madde 68- Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir."

Yasa koyucu her üç Kararnamede de bu tür sınai haklar için maddi ve manevi tazminat davaları ve yoksun kalınan kazanç davası dışında, sınai hakkın haksız yere kullanılması nedeniyle hak sahibinin uğradığı itibar kaybının da ayrı bir tazminat davasına konu olabileceğini öngörmüştür.

Bir haksız eylem nedeniyle ticari itibarın sarsılması aslında maddi ve manevi tazminat davası içinde değerlendirilebilir. Bunun için ayrı bir dava türü yaratmaya gerek yoktur. Zira haksız eylem sonucu itibarı zedelenen kişi, bu yüzden uğradığı manevi zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Manevi tazminat sözü edilen sınıai haklarla ilgili Kararnamelerde öngörölmüş olup, bu zarar da manevi zarar kalemi olarak hüküm altına alınabilir. Yine haksız eylem sonucu ticari itibarı zedelenen kişi bu yüzden maddi zararlara (fiili zarar ya da kazanç kaybına) uğramış olabilir. Bunun da maddi tazminat olarak hüküm altına alınması mümkündür.

Hal böyle iken yasa koyucu sınıai haklar alanında “*itibar kaybı tazminatını*” ayrı bir dava türü olarak hükme bağlamıştır.

İtibar kaybı tazminatı da kusur ve zarar koşulunu gerektiren dava türlerindedir.

Sınıai hakkın ihlali sonucu itibar kaybı hak sahibinin manevi zararına yol açabilir. Örneğin, ünlü ve tanınmış bir gıda ürününe ilişkin marka, cinsel gücü arttıran bir mal üretiminde kullanılabilir. Ünlü ve tanınmış bir turizm hizmetleri markası, evlilik dışı yaşamak isteyenlere aracılık hizmetleri için kullanılabilir.

İtibar kaybı maddi zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Yukarıdaki örneklerde itibarı zedelenen marka sahibinin mal ve hizmetlerine olan talebin azalması, siparişlerin iptal edilmesi buna örnek gösterilebilir.

VI. HÜKMÜN İLANI (Bekanntmachung des Urteils)

Fikri ve Sanat Eserleri Kanunumuz eser sahipliğinden doğan hakların ihlali halinde, birçok hallerde kamuoyunda eser sahibinin kim olduğu ya da eserin aslının ne olduğu konusunda kuşkuların doğabileceğini, bu kuşkuları gidermenin en etkili yolunun ise, bu konuda verilen hükmün ilanı olduğunu öngörmüştür. Aynı düzenleme Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 103. paragrafında yer almaktadır.

Hakları ihlal edilen kişiye, mahkeme hükmüyle ortaya çıkan gerçek durum hakkında kamuoyunu aydınlatma hakkının verilmesi diğer yasalarda da tanınmış olan bir hukuksal koruma yoludur. Bunlara aşağıdaki örnekler verilebilir:

A. Kişilik Hakkının Korunmasında

Kararın yayımlanmasını talep etme hakkını tanıyan özel hükme öncelikle kişilik hakkının korunmasıyla ilgili TMK m. 25 f. II hükmü verilebilir.

TMK m. 25 f. I kişilik hakkı ihlal edilen kişiye saldırının önlenmesi, buna son verilmesi, bunun hukuka aykırılığının tesbitini talep edebilme olanağını tanımış, aynı maddenin II. fıkrasında ise hak sahibine “*düzeltilmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de*” bulunabilme olanağını tanımıştır.

B. Sınai Haklarda

Mahkeme kararının yayımlanması sınai haklar alanında da etkili bir hukuksal koruma yolu olarak öngörülmüştür.

1. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın 137. maddesinin f. bendi patent sahibinin talepleri arasında şu hukuksal koruma olanağına da yer vermiştir: “*Patentten doğan haklara tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya ilan yoluyla duyurulması talebi*”

2. 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın 49. maddesinin g bendi 551 sayılı KHK'daki hükmü aynen tekrar etmektedir.

3. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK'nın 31. maddesi aynı hukuksal koruma olanağını farklı ifadelerle ve daha kapsamlı olarak şu şekilde tanımıştır: “*Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş kararın günlük gazete, yerel gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etmek hakkını sahiptir.*”

İlanın şekli ve kapsamı kararda tesbit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer”

4. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 72. maddesi de 555 sayılı KHK'nın 31. maddesi hükmünü aynen tekrar etmiştir.

C. FSEK'mizde

1. Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlal edilmesi halinde saldırının durdurulması davasında

Yasa manevi haklara yönelik saldırının durdurulması davasında, mahkeme hükmünün yayımlanmasıyla ilgili olarak özel bir hüküm getirmiştir. Manevi haklardan olan eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlal edilmesi halinde, hak sahibi eserin aslı ve çoğaltılmış nüshalarında adının belirtilmesini talep etme yetkisine sahiptir. Yasa eser sahibine bu yetkiyi

tanımla yetinmemiş, adın belirtilmesi yetkisini ihlal eden bu saldırının durdurulması yani eserde ve nüshalarında adının belirtilmesine karar verilmesi amacıyla açtığı davada verilen hükmün en fazla üç gazetede masrafı saldırıda bulunana ait olmak üzere yayımlanmasını talep etme yetkisini de tanımıştır. (FSEK m. 67 f. II)

2. Diğer hakların ihlal edilmesi halinde açılan davalarda

FSEK'mizin 78. maddesi "*Hükmün ilanı*" kenar başlığı altında eser sahipliğinden doğan hakların ihlali halinde, hak sahibine mahkeme hükmünün ilan edilmesini talep edebilme yetkisini de bir hukuksal koruma yolu olarak tanımıştır.

Bu maddeye göre: "*67. maddenin ikinci fıkrasında yazılı halden davada, haklı olan taraf, muhik bir sebep veya menfaati varsa, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hülasa olarak ilan edilmesini talep etmek hakkını haizdir.*

İlanın şekli ve muhtevası kararda tesbit edilir.

İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç gün içinde kullanılmazsa düşer"

Görüldüğü gibi bu maddedeki düzenleme ile, yukarıda sözünü ettiğimiz 555 ve 556 sayılı KHK'nın 31 ve 556 sayılı KHK'nın 72. maddelerindeki düzenleme aynıdır.

Yasa hükmün ilan edilmesini, hak sahibinin "*haklı bir sebebinin ya da yararının bulunması*" koşuluna bağlamıştır. Gerçekten de hükmün ilanı her zaman haklı ya da yararlı olmayabilir. Özellikle yargılamanın oldukça uzun sürmesi halinde, hükmün ilan edilmesi kamuoyunda yeniden aynı konunun tartışmalı ve kuşkulu hale gelmesi sonucunu doğurabilir.

Hükmün ilan edilebilmesi için kararın kesinleşmiş olması gerekir.

İlan edilecek olan kısma mahkeme karar verecektir. Somut olayın niteliğine göre mahkeme kararın tamamının ya da özetinin yayımlanmasına karar verebilir. Buna karar verilirken kamuoyunun hangi konuda bilgileneceği gerektiği ve özellikle ilanın gerektirdiği masraf miktarı gözönünde tutulacaktır.

Maddenin 2. fıkrasında "*İlanın şekli ve muhtevası kararda tesbit edilir*" hükmü yer almıştır. Burada sözü edilen "*ilanın şeklinden*" anlaşılması gereken husus, hükmün hangi araçlarla ilan edileceğidir. Bu anlamda olmak üzere hükmün gazetede mi, yoksa televizyon radyo gibi kitle iletişim araçlarında mı yayımlanacağı hususu kararda belirtilecektir.

Maddede sözü edilen “ilanın muhtevası” davacının talep ettiği ilanın kararın tamamına mı yoksa özetine mi ilişkin olacağını ifade eder.

Maddenin 3. fıkrasında ilan hakkının kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşeceği öngörülmüştür. Buna göre, davacı taraf, kararın kesinleşmesine rağmen, üç ay içinde ilan hakkını kullanmazsa bu hakkını kaybedecektir. Yasa’da getirilen bu hükme aykırılığın yaptırımı olsa olsa bu süre geçtikten sonra ilanda bulunan davacı tarafın, bunun masraflarını davalıdan talep edememesi şeklinde ortaya çıkacaktır.

VII. SORUMLU KİŞİLER

A. Haksız Eylemin Faili

Eser sahipliğinden doğan hakların ihlali nedeniyle açılacak olan davalarda sorumlu kişi hakkı ihlal eden kişi yani haksız eylemin failidir. Kusur koşulunu gerektirmeyen davalarda failin kusurunun bulunup bulunmaması önem taşımaz. Buna karşılık kusur koşulunu gerektiren davalarda, failin kusurunun kanıtlanması gerekir.

B. Failin Eyleminden Sorumlu Tutulan Kişiler:

Adam Çalıştıranın Kusursuz Sorumluluğu

1. FSEK m. 66/f. II’de Yer Alan Özel Hüküm

Eser sahipliğinden doğan hakların ihlal edilmesi nedeniyle faili çalıştıranların (istihdam edenin) sorumluluğu da gündeme gelebilir. Bu durumda BK m. 55’de düzenlenmiş olan “adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu” gündeme gelecektir. Hal böyle iken, yasa koyucu saldırının durdurulması davasıyla ilgili 66. maddenin 2. fıkrasında bu konuda özel bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre “*Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir*”.¹⁰

¹⁰ Aynı kural eser sahipliğinden doğan manevi ve mali hakları ihlal eden tüm suç teşkil eden eylemler nedeniyle cezai sorumluluk bakımından yasanın 74. maddesinde de öngörülmüştür. Bu maddeye göre: “71,72 ve73 üncü maddelerde sayılan suçlar,hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise,suçlun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut herhangi bir nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare kimse de fail gibi cezalandırılır.Cezayı mucip fiil işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmiş ise bunlar fail gibi,temsilci veya müstahdem ise,yardımcı gibi cezalandırılır”

Bu hüküm 69. maddenin 2. fıkrasındaki yollama nedeniyle saldırının önlenmesi davası için de aynen uygulanabilecektir.

Yasa koyucu, saldırının durdurulması ve önlenmesi davalarının kusur koşulunu gerektirmediğini öngörürken, saldırıda bulunanların çalıştıranlarında bundan sorumlu tutulacağı konusunda duraksamayı önlemek için özel bir hüküm getirme ihtiyacını hissetmiştir. BK m. 55 hükmü adam çalıştıranın doğan zararlardan sorumluluğunu düzenlemektedir. Saldırının durdurulması ve önlenmesi davaları zarar koşulunu gerektirmemektedir. Yasa'nın 66 f. II ve bu hükme yollama yapan 69 f. II hükümleri olmasaydı, haksız fiil failini çalıştıran kişilerin bu davalardan sorumlu olmadıkları sonucuna varılacaktı. Bu özel hükümler sayesinde, zarar koşulu aranmadan, durdurma ve önleme davalarından adam çalıştıranlar da sorumlu tutulacaktır.

2. Diğer Hükümler

a. BK m. 55 hükmü

BK m. 55 hükmü haksız fiil failini çalıştıran kişilerin kusursuz sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre adam çalıştıran kişi, işin görülmesi sırasında çalıştırdığı kişilerin başkalarına verdikleri zararlardan kusuru aranmaksızın sorumludur.

Bu hüküm eser sahipliğinden doğan hakların ihlalinde zarar koşulunu gerektiren davalar için yani maddi ve manevi tazminat davaları için uygulama bulacaktır.

Bunun sonucu olarak eser sahipliğinden doğan hakları ihlal eden kişiyi çalıştıran kişiler, kendilerine ait işin görülmesi sırasında eser sahiplerine verilen zararlardan kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olacaktır. Örneğin, yayıncı, matbaacı gibi yayın ve dağıtım faaliyetinde bulunan kişiler çalıştırdığı elemanlarının, bir şairin şiir kitabını, bir yazarın bilimsel eserini, bir romancının romanını, bir mimarın mimarlık eserini rızası dışında çoğaltır, dağıtır ya da işlerse, bundan doğan zararlardan sorumlu olacaktır.

b. Basın Kanunu'nun 17. maddesi:

5680 sayılı Basın Kanunu'nun 17. maddesi basın yoluyla işlenen haksız fiiller nedeniyle şu hükmü getirmiştir.

"Basın yolu ile işlenen yalan haber, hakaret, sövme ve her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zararlardan, 16. maddeye göre sorumlu olanlarla birlikte Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre mevketelerde sahibi ve mevkte olmayanlarda

naşiri; mevkute sahibi ile mevkute olmayanların naşirinin şirket olması halinde şirket ile birlikte anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirket ve tüzel kişilerde en üst yönetici müştereken ve müteselsilen sorumludur.”

Dikkat edilecek olursa maddede “her türlü fiilden doğacak maddi ve manevi zararlardan” söz edilmiştir. Buna göre basın yoluyla işlenen her türlü fiiller arasına eser sahipliğinden doğan hakların haksız olarak yayımlanması da girer. Örneğin, bir gazete, okuyucularına promosyon olarak bir şiir kitabı, bir hikaye ya da romanı armağan etmek üzere basıp dağıtmaktadır. Bu eserin sahibinin rızası alınmamışsa doğan zarardan 17. madde gereğince sorumlu müdür, muhabir, gazetenin sahibi ve gazete bir anonim şirkete ait ise yönetim kurulu başkası sorumlu olacaktır. Burada gazetenin sahibi ile yönetim kurulu başkanının sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir.

VIII. İHTİYATİ TEDBİRLER

A. Özel Düzenleme İhtiyacı

Eser sahipliğinden doğan hakların etkin bir şekilde korunması, hak sahibine dava olanaklarının tanınmasıyla sağlanamaz. Zira açılan davanın esastan karara bağlanmasını beklemek çoğu kez, bu davadan beklenen sonucu elde edilmesini ortadan kaldırmakta ya da güçleştirmektedir. Eser sahipliğinden doğan hakların ihlali, davanın sonucunu beklemeden acilen bazı önlemlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Zira bu haklara yönelik saldırıların davanın esastan karara bağlanması sonucu önlenmesi, bu arada bu arada eser sahibi için telafisi güç zararlara neden olabilmektedir. Örneğin, korsan basımı yapılacak ya da yapılan bir kitaba yönelik saldırının önlenmesi ya da durdurulması için açılan bir davanın aylarca hatta yıllarca sonucunun beklenmesi halinde, kitabın çoğaltılması ve dağıtımının bitip tükenmesini beklemekten başka bir anlam taşıyamaz. Dava sonunda eser sahibinin aldığı karar, kitaba yönelik saldırının önlenmesi ya da durdurulması sonucunu sağlayamayacaktır. Zira saldırı tamamlanmış, amacına, bitmiş ve amacına ermiş olacaktır. Aynı şekilde bir sinema eserinin diziler halinde televizyonda gösterime sunulması halinde, açılan bir saldırının önlenmesi ya da durdurulması davasının sonucu beklenecek olursa, dizinin gösterime sunulması tamamlanmış olacak, verilen karar eser sahibi için bir anlam taşımayacaktır.

Hukuk sistemlerinin “ihtiyati tedbir” denilen hukuksal koruma olanağına yer vermesinin sebebi, hak sahibinin yasal yollarla hakkına kavuşmasını güvence altına almaya, daha fazla zarara uğramasını önlemeye yöneliktir. Bu amaçla Türk Hukuku’nda, ihtiyati tedbir konusu HUMK’ımızda genel

ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir (HUMK m. 101 vd.) Ancak yasa koyucu, bazı hakların niteliklerini gözönünde tutmak suretiyle bu genel hükümleri yetersiz bulup, özel hükümler de getirme ihtiyacını hissetmiştir.

Bu ihtiyacın en fazla hissedildiği alan fikri mülkiyet haklarının korunmasıdır. Bu alanla ilgili olarak getirilen özel hükümleri şu şekilde belirlemek olanaklıdır:

1. Sınai Haklar Alanında:

a. 551 sayılı Patent Hakkındaki KHK'nın 151,152 ve 153. maddeleri ihtiyati tedbirle ilgili olarak kapsamlı hükümler getirmiştir:

Yasa'nın 151. maddesi şu şekildedir:

"Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, dava konusu patentin Türkiye'de kullanılmakta olduğunun veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesi şartıyla, davanın etkinliğini temin etme üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir.

İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir"

Yasa'nın 152. maddesi ise ihtiyati tedbirin niteliği konusunda kapsamlı şu hükümleri içermektedir:

"İhtiyati tedbirler, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı ve özellikle aşağıda belirtilen tedbirleri kapsamalıdır.

a. Davacının patentten doğan haklarına tecavüz teşkil eden füllerin durdurulması;

b. Patentten doğan haklara tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeyler veya patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasitalara, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması

c. Her hangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi"

Yasa'nın 153. maddesi ise bunun dışındaki konularda HUMK'mızın tedbire ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

b. 554 sayılı Endüstriyel Tasarımlar hakkında KHK'nın 63, 64, 65. maddeleri, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerle İlgili KHK'nın 34, 35, 36. maddeleri; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nın 76, 77, 78. maddeleri de ihtiyati tedbir konusunda yukarıdaki 551 sayılı KHK hükümlerini aynen tekrar etmektedir.

2. Fikri Haklar Alanında

5846 sayılı FSEK'mizin 77. maddesi eser sahipliğinden doğan haklar için genel olarak; ayrıca saldırının durdurulması davasıyla ilgili olarak 66. maddenin 3. fıkrası, saldırının önlenmesi davasıyla ilgili olarak 69. maddenin 2. fıkrası bu davalar için özel olarak ihtiyati tedbir konusunu düzenlemiştir.

A. Saldırının Durdurulması ve Önlenmesi Davasında Özel İhtiyati Tedbir

FSEK'mizin 66. maddesinin IV. fıkrası saldırının durdurulması davasıyla ilgili olarak özel bir ihtiyati tedbir hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm, saldırının önlenmesi davasıyla ilgili 69. maddenin II. fıkrasındaki yollama nedeniyle saldırının önlenmesi davaları için de geçerlidir.

Yasa koyucu saldırının durdurulması ve önlenmesi davalarında ihtiyati tedbirin özel bir önem taşıdığını, bu tür davalarda tedbire karar verilmediği takdirde, davadan beklenen sonucun elde edilemeyeceğini düşünerek, yasanın 77. maddesindeki genel hükümle yetinmemiş, böyle bir özel hüküm getirme ihtiyacını hissetmiştir.

Saldırının durdurulması ve önlenmesi davalarında özel ihtiyati tedbire ilişkin olarak yukarıda gerekli açıklamalar yapıldığından burada tekrar edilmemiştir.

B. Genel İhtiyati Tedbir

FSEK'mizin 77. maddesi "İhtiyati Tedbirler" konusu düzenlemektedir. Maddede 21.2.2001 tarihinde yapılan değişiklikle "Gümrüklerde Geçici Olarak El Koyma"ya ilişkin iki fıkra eklenmiş, maddenin kenar başlığı da buna uygun olarak "İhtiyati Tedbirler ve Gümrüklerde Geçici Olarak El Koyma" şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklik sonucu konuyu ihtiyati tedbir ve gümrüklerde el koyma olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemek gerekir.

1. İhtiyati Tedbir

a. Uygulama Alanı

FSEK m. 77 "bu kanunda tanınmış olan hakları ihlal veya tehdiye maruz kalanların..." başvurusu üzerine tedbire karar verileceği hükmüyle ihtiyati tedbirin sadece eser sahipleri için değil, bağlantılı hak sahipleri için de uygulanabileceğini kabul etmiştir. Buna göre tedbir hükmünden eser sahipleri

yanında bağlantılı hak sahipleri de (icracı sanatçılar, radyo ve televizyon yapımcılarının hakları, fonogram yapımcıları gibi komşu hak sahipleri ile film yapımcıları) yararlanabilecektir. Buna karşılık eser niteliğinde olmayan ürünler (eser dışındaki koruma yollarının) bu yasada düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmektedir.¹¹ Buraya ad ve alametler; işaret, resim ve ses; mektuplar, resim ve portreler (md.83-86) girerler.

b. Tedbir Talep Etmeye Yetkili Kişiler

Yasa ihtiyati tedbir talep edebilecek kişileri “*hakları ihlal veya tehdide maruz kalanlar; şikayete salahiyeti olanlar*” şeklinde belirlemiştir. Buna göre ihtiyati tedbiri sadece eser sahipleri değil, onun haklarını miras yoluyla iktisap edenler, eser sahibi ya da haleflerinden mali hakkı ya da kullanma ruhsatını (Lizenzrecht) sözleşme ile elde edenler; komşu hak sahipleri de talep edebilirler. Yasa’nın 80. maddesinde “*Eser Sahibini Hakları ile Bağlantılı Haklar*”ı düzenlemiştir; 9. fıkrasında bağlantılı hak sahiplerinin de durdurma, önleme ve tazminat davası hakkına sahip olduklarını belirlemiştir. Bu davaları açma hakkına sahip olan bağlantılı hak sahiplerinin, bu davalarla ilgili olarak tedbir talep etmeye yetkili olduğunda kuşku duyulmamalıdır.

Yasa’da sözü edilen “*şikayete salahiyetli olanlar*”ın belirlenmesinde, 75. madde hükmünden yararlanmak gerekir. Yasa’nın 75/II maddesi “*Hakları tecavüze uğrayan kimseden başka şikayete salahiyeti olanlar şunlardır*” hükmüyle bu kişilerin kimler olduğunu saymıştır. Bu kişiler şunlardır:

aa. Yasa’nın 35. maddesindeki kaynak gösterme yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olduğunda Milli Eğitim ve Kültür Bakanlıkları

bb. Gazete ve dergilerden haksız alıntılarının yapılması halinde Kültür Bakanlığı ile Basın Yayın Genel Müdürlüğü ve Türk Basını’nı temsil eden kurumlar

cc. Eser sahipliğinden doğan hakları kullanacak yetkili kişilerin bulunmaması ya da buldukları halde yetkilerini kullanmamaları ya da koruma sürelerinin geçmiş olması halinde “*eser ülku kültürü bakımından önemli ise*” eserin umuma arz yetkisi ve eserde değişiklik yapılması için Kültür Bakanlığı;

dd. Faaliyet gösterdikleri alanlarda meslek birlikleri.

Burada birden fazla eser sahipliğinin söz konusu olduğu hallerde ihtiyati tedbir talep etmeye yetkili kişiler konusuna da değinmek gerekir.

¹¹ Aynı yönde: Özekes, Muharrem, “*Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir*”, *DE Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.4, s.2, 2002, sh. 89-135, sh.99

FSEK m. 9 “Eser sahiplerinin birden fazla oluşu” konusunu ele almış olup, burada eser sahiplerinden her birinin eserin belirli bir kısmını yaratması söz konusudur. Bu durumda eser sahipleri arasında paylı mülkiyete (Miteigentum) benzer bir ilişki söz konusudur.

Yasa’nın 10. maddesinde “Eser sahipleri arasındaki birlik” konusu düzenlenmiştir. Burada birden fazla eser sahibi eserin kısımlara ayrılmış olan bölümlerini yaratmamışlardır. Bu nedenle eser sahipleri arasında elbirliği mülkiyet ilişkisine (Gesamteigentum) benzer bir durum mevcuttur.

Acaba ister birlikte eser sahipliği ister eser sahipleri arasında birlik söz konusu olsun ihtiyati tedbir talep etme yetkisi kime aittir?

Öğretide her iki halde de ihtiyati tedbir talebi yönünde “ihtiyati talep arkadaşlığının” söz konusu olduğu, yani eser sahiplerinden her birinin tek başına ihtiyati tedbir talep edebileceği kabul edilmektedir.¹²

Kanımca bu görüş doğrudur fakat gerekçesi eksiktir.

Eser sahipleri arasında birlik yani elbirliği mülkiyeti bulunduğu halde 5846 sayılı Kanun’un 10 maddesinin 2. fıkrasında, eser sahiplerinden her birinin “birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde” tek başlarına hareket edebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre esere bir saldırı olduğunda, bunun durdurulması ya da önlenmesi ile bu konuda gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilme yetkisini eser sahiplerinden her biri tek başına kullanabilir.

Yasa bu düzenlemeyi sadece eser sahipleri arasında birlik ile ilgili 10. maddesinde öngörmesine rağmen yeni Türk Medeni Kanunu aynı düzenlemeyi hem elbirliği hem de paylı mülkiyet için kabul etmiştir. Şöyle ki:

Yeni Türk Medeni Kanunumuz gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği mülkiyetinde her bir hissedarın ortak yararları ilgilendiren konularda tek başlarına hareket edebileceklerini kabul etmiştir.

Paylı mülkiyetle ilgili 693. maddenin 3. fıkrası şu hükmü getirmiştir: “Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir”. Bunun sonucu olarak FSEK md.9 hükmüne dayanan eser sahiplerinin birden fazla olduğu durumlarda bunlardan her biri 77. madde hükmündeki ihtiyati tedbiri talep edebilir.

Elbirliği mülkiyetle ilgili 702. maddenin 4. fıkrası şu hükmü getirmiştir: “Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır”. Bu hükmün bir sonucu olarak FSEK m. 10’daki eser sahipleri arasında birlik söz konusu ise, eser sahiplerinden her biri 77. maddedeki ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler.

¹² Özkes, *agm.*, sh. 99-100.

c. Koşulları

aa. Zarar veya Zarar Tehlikesi

Yasa bu koşulu “*Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin veya emrivakilerin önlenmesi için veya diğer herhangi bir sebepten dolayı zaruri*” ise tedbire karar verilebileceğini öngörmüştür.

Esaslı bir zarar ya da zarar tehlikesi eser sahipliğinden doğan hakların zarar ya da zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalmasını ifade eder. Bu durum eser sahipliğinden doğan hakların özellikle saldırının durdurulması ve önlenmesi davasına konu olması halinde ortaya çıkabilir. Bu durumda tedbir kararı 66/IV ve 69/II’de düzenlenmiş olan özel hükme dayandırılabilir. Buna göre yasanın 77. maddesi durdurma ve önleme davaları dışında kalan davalar için önem taşımaktadır. Bu anlamda olmak üzere eser sahibi saldırı bu yüzden doğan zararının tazmin edilmesiyle birlikte, zararın artmasını önlemek amacıyla tedbir talep ettiğinde 77. madde hükmü uygulanabilecektir.

Yasa’da sözü edilen “*emrivakilerin önlenmesi*” ile ifade edilmek istenilen husus, eser sahipliğinden doğan hakların “*oldu bittilere*” getirilmek suretiyle ihlal edilmesinin önlenmesidir. Örneğin, eser sahibi ile mali hakların devrine ilişkin yazılı sözleşmenin akdedilmesinin zaman alacağını bildirip, bir an önce kitabın basılması bahanesiyle kararlaştırılandan fazla miktarda basım işine girişen yayınevine karşı “*emrivakilerin önlenmesi*” için tedbir talep edilebilir.

Yasa’da ihtiyati tedbirin talep edilebileceği çok genel bir hükme de yer verilmiştir. Buna göre “*diğer herhangi bir sebepten dolayı zorunluluk varsa tedbire karar verilebilecektir*”. Yasa bu düzenlemesiyle HUMK m. 103’de düzenlenmiş olan genel ihtiyati tedbir hükmünden daha geniş bir tedbir olanağına yer vermiştir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak zarar veya zarar tehlikesi ya da emrivakilerin önlenmesi koşulu dışındaki herhangi bir başka sebep zorunlu kılıyorsa yine tedbire karar verilebilecektir. Yasa koyucu eser sahipliğinden doğan hakların daha etkin bir şekilde korunması amacıyla zarar ve zarar tehlikesinden bağımsız başka herhangi bir sebebin de tedbire karar verilmesi yolunu açık tutmak istemiştir.

bb. Talepte Bulunanın Haklı Olma İhtimalinin Yüksek Olması

Yasa bu koşulu “*....bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse*” şeklinde ifade etmiştir.

Haklı olmayan bir tedbir kararı diğer taraf için telafisi güç zararlara yol açabilir. Bu nedenle haklı bir neden olmadan tedbire karar verilmesi mümkün değildir. Yasa bu amaçla tedbir talep edenin iddialarının haklı ve

yerinde olması olasılığının “*kuvvetli bir ihtimal*” olması koşuluna yer vermiştir. Burada “*haklı olma ihtimali*”nden değil, bunun “*kuvvetli bir ihtimal*” olması koşulu aranmıştır. O halde burada talepte bulunanın iddiasının haklı ve yerinde olması ihtimal dahilinde olması değil, bunun ihtimalin kuvvetli olması aranacaktır.

FSEK m. 66/f. IV saldırının durdurulması ve önlenmesi davalarında verilecek tedbir kararı konusunda 77. maddeden farklı olarak daha somut ölçüler getirmiştir. Sözü edilen maddede “*tecavüzün şumulünü, kusurun olup olmadığını varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin düçar olması muhtemel zararları*” unsurları aranmaktadır. Yasa durdurma ve önleme davalarında ihtiyati tedbir hükmünün diğer taraf için daha ağır sonuçlar doğuracağını gözönünde tutarak daha somut ölçüler aramıştır. Yasa'nın 77. maddesi bundan farklı olarak yargıca daha geniş takdir yetkisi veren iddiaları “*kuvvetle muhtemel*” görme ölçüsünü kabul etmiştir. Ancak “*kuvvetle muhtemel görme*” unsuru araştırılırken 66. maddenin IV. fıkrasındaki ölçüler de yargıcın takdirinde etkili olacaktır.

d. Sonuçları

Yasa alınacak tedbir konusunda yargıca her somut olayın özelliğine göre karar verebilme olanağını sağlayan değişik olanaklar vermiştir.

aa. Bir İşin Yapılması ya da Yapılmaması Kararı

Buna göre mahkeme, fikri hakları ihlal edenlerin bir işi yapmasına ya da yapmamasına karar verebilir. Bir işin yapılmasına şu örnekler verilebilir: Eserde değişiklik yapılmışsa, 67. maddenin 4. fıkrasının 1. bendine göre “*tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltilmesine*” yani “*düzeltilme işinin yapılmasına*”; bir güzel sanat eseri söz konusu ise 67. maddenin 4. fıkrasının 2. bendine göre “*değişikliğin eser sahibi tarafından yapılmadığının belirtilmesine veya eser sahibini adının kaldırılmasına*” karar verilebilir.

İşin yapılmamasına ilişkin tedbir kararına şu örnekler verilebilir:

Eserde değişiklik yapılmışsa, 67. maddenin 4. fıkrasının 1. bendine göre “*eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının menedilmesine*” yani eserin değiştirilmiş şekliyle çoğaltılmamasına, yayımlanmamasına, temsil edilmemesine karar verilebilecektir.

bb. İşin Yapıldığı Yerin Kapatılması veya Açılması Kararı

Bu durum özellikle korsan yayıncılığın söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabilir. Başkalarının eserlerinin yasalara uygun olmadan faaliyet gösteren firma ya da işletmeler tarafından korsan olarak çoğaltılıp, dağıtıl-

dığı saptandığında, eser sahipliğinden doğan hakların korunması amacıyla tedbir niteliğinde olmak üzere kapatma kararı verilebilecektir.

Maddede “iş yerinin açılmasının emredilebileceği” şeklinde bir tedbirden de söz edilmiştir. Ancak bu tedbir türünü anlamak güçtür. Mahkemenin kapatılmasına karar verdiği bir işyerinin tedbir kararının verilmesinden sonra koşulların değişmesi halinde açması bir tedbir değil, bunun kaldırılması niteliğindedir.

cc. Kalıpların ve Çoğaltılma Araçlarının Zaptedilmesi

Bu durum basım tekniğinin kullanılarak eserin çoğaltılması ya da dağıtılmasının söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabilir. Burada da yine karşımıza korsancılıkla mücadele sorunu çıkmaktadır. Eser sahipliğinden doğan hakların ihlal edilmesi halinde, çoğaltmayı sağlayan kalıpların ve çoğaltma araçlarının tedbir yoluyla zaptedilmesi etkin en etkili koruma yollarındandır.

C. Genel İhtiyati Tedbirin Bir Türü Olarak Gümrüklerde El Koyma

5846 sayılı yasaya 21.2.2001 tarihli 4630 sayılı yasa ile eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarla genel ihtiyati tedbirin özel bir türü olarak “Gümrüklerde El Koyma” olanağı sağlanmıştır.

Maddenin 2. fıkrasında “Eser üzerindeki haklara tecavüz oluşturması ihtimali halinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 57. maddesi hükümleri uygulanır” hükmü yer almıştır.

• 5846 sayılı Yasa’nın öngördüğü bu düzenleme sınai haklar alanında da benzer şekilde yer almıştır. Bu anlamda olmak üzere patentlerle ilgili olarak 551 sayılı KHK’nın 152. maddesinin b bendi; Endüstriyel Tasarımlarla ilgili 554 sayılı KHK’nın 66. maddesi; Coğrafi İşaretlerle ilgili 555 sayılı KHK’nın 37. maddesi; Markaların Korunmasına ilişkin 556 sayılı KHK’nın 79. maddesi de hak sahiplerine, haklarını ihlal eden ürünlere gümrüklerde el konulmasını talep edebilme olanağını vermiştir.

Gerek fikri gerekse sınai haklarla ilgili olarak getirilen bu düzenleme, fikri mülkiyet haklarının “Uluslararası Alanda” korunmalarını sağlama amacını taşımaktadır.

• Gerek 5846 sayılı Yasa’nın gerekse sınai haklarla ilgili yukarıda sözü ettiğimiz yasaların uygulanmasını öngördüğü ve yollamada bulunduğu 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 57. maddesi dört bend halinde aşağıdaki kapsamlı hükümleri içermektedir:

“1. Fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması mevzuatına göre, marka, coğrafi işaret, endüstriyel tasarım hakları ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsa-

mına giren haklarla ilgili olarak, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri; hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine veya söz konusu eşyanın sahte markalı ya da telif hakkında tabi taklit mal tarifine uyduğuna ilişkin açık deliller olması halinde, re'sen gümrük idareleri tarafından durdurulur. Durdurma kararı ithalatçıya veya hak sahibine veya temsilcisine bildirilir.

2. Gümrük idareleri, olayın özelliğine göre ithalatçının veya kamunun hakkını güvenceye almak ve suistimalleri önlemek amacıyla, başvuru sahibinden eşyanın kıymeti oranında bir teminat isteyebilirler.

3. Başvurunun kabul edildiği tarihte şikayet konusu eşya serbest dolaşıma girmiş ise başvurunun gümrük idaresince kabul edilmesi; söz konusu eşyanın gereğince muayene edilmeden ithaline izin verildiği gerekçesiyle hak sahibine tazminat hakkı doğurmaz. Sahte markalı veya taklit mallarla mücadele kapsamında, gümrük işlemleri gümrük idaresince re'sen durdurulan eşya dan dolayı, ilgili kişilerin yapılan işlemler sonucunda fayda veya zarara uğraması halinde, gümrük idaresi yetkilileri bu kişilere karşı sorumlu tutulmaz.

4. Gümrük idaresince alınan durdurma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren on gün içinde esas hakkında yetkili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır.

5. Gümrük işlemleri durdurulan eşya, yetkili mahkemece alınan karar doğrultusunda, tasfiye rejimi hükümlerine göre imha veya asli nitelikleri değiştirilerek satış suretiyle tasfiye edilebilir. “

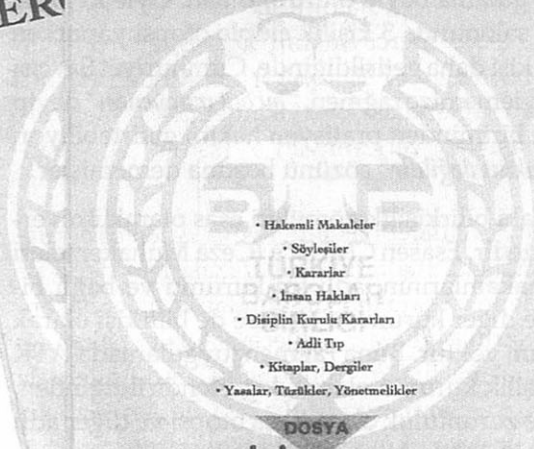
Görüldüğü gibi maddenin 1. bendinde, eser sahipliğinden doğan haklara tecavüz teşkil ettiği, eseri taklit edildiği anlaşıldığında, talep üzerine bu tür ürünlerin ister ithal ister ihraçla ilgili gümrük işlemlerinin yapılmaması bunların durdurulması öngörülmüştür. Maddenin 2. bendinde gümrük işlemlerinin durdurulmasında, olayın özelliğine göre talepte bulunan kişiden eşyanın kıymeti oranında bir teminat istenebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm sayesinde gelişi güzel ve haksız iddiaların önüne geçilmek, ithalatçı ya da ihracatçının bu yüzden uğrayacağı zararların teminat ile güvence altına alınması sağlanmak istenmiştir.

Maddenin 4. bendinde gümrük idarelerinin aldığı bu durdurma kararının geçici bir tedbir olduğu; talep sahibinin on gün içinde yetkili mahkemede dava açmaması veya tedbir kararı getirmemesi halinde durdurma işleminin kaldırılacağı, işlemlere devam edileceği öngörülmüştür.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2003

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

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KIZ, KADIN VE ERKEK KAÇIRMA SUÇLARI (TCK Mad. 429-434)

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*
Dr. Ahmet Caner YENİDÜNYA**

I. Giriş

TCK'nın "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*" başlıklı sekizinci babının, 2. faslı, "*kız ve kadın ve erkek kaçırmak*" fiillerini düzenlemektedir. Kanun koyucu bu fasılda mağdurun yaşı ile reşit olup olmasını nazara alarak suçları düzenlemiştir. Gerçekten Faslın 429. maddesinde reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırmak veya bir yerde alıkoymak; 430. ve 431. maddelerinde, küçüğü kaçırmak veya alıkoymak; 432. maddesinde, faal nedamet hali ve kaçırılan veya alıkonulan kimsenin hiçbir şehvi harekette bulunmaksızın kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade edilmesi veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirilip serbest bırakılması; 433. maddesinde, hafifletici sebepler ve 434. maddesinde kamu davası veya cezanın ertelenmesi yer almıştır. Aşağıda fasılda düzenlenen suçlara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

II. Suç Tipinin Mukayeseli Hukukta Düzenleniş Şekli

İnceleme konusu suç tipi mukayeseli hukukta hürriyeti tahdidin özel bir hali olarak reşit bir kadının (örneğin, İspanya CK, m. 441, 23 yaş) zorla, hile ile tehditle arzusuna aykırı biçimde (örneğin, Alman CK, m. 236, Hollanda CK, m. 281/II, İsviçre CK, m. 183/1) veya reşit olmayanın (örneğin, Romanya CK, 15 yaş) kaçırılması ya da bir yerde alıkonulması şeklinde düzenlenmiştir. Kanunlar failin şehvet hissi veya evlenme gayesiyle hareket etmesini de genellikle aramaktadır (örneğin, İsviçre CK, m. 183 sadece şehvet gayesiyle kaçırmadan bahsederken, Hollanda CK, m. 281/2, Avusturya CK, m. 96 ve Finlandiya CK, 25. Kısım, m. 7, her iki saike de yer verir).¹

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

Fuhuş amacıyla kadınların ve çocukların kaçırılması 1904, 1910 Paris, 1921, 1933 Cenevre ve 1949 Lake Success Sözleşmeleri'nden sonra bütün sözleşen devletlerde cezalandırılmıştır.² Ancak, kadın kaçırma veya alıkoyma suçunun düzenlendiği yer bakımından kanunların sistematigi birbirlerinden farklıdır:

Reşit olmayanın şehvet hissiyle kaçırılması eylemini bazı kanunlar aile düzeni aleyhine suçlar arasında düzenlerken (örneğin, İsveç 1963 CK, Tasarısı, 5. Bölüm, Paragraf 4; Belçika, m. 368 vd.; Brezilya, m. 249; Danimarka, m. 215; Yugoslavya, m. 194; Polonya, m. 199), diğerleri çoğunlukla şahıs hürriyeti aleyhinde suçlar arasında yer vermiştir (Hollanda, Arjantin, Şili, Paraguay, Uruguay). Kimi ülkelerde ise, (Avusturya) bu suç, kamu kudretine karşı cürüm sayılmıştır. Kanun tarafından veya hakim kararlarıyla vesayete yetkili üçüncü şahıslardan çocuğun ebeveynleri tarafından kaçırılması da özel hükümlerle ceza koruması altına alınmıştır. Bununla beraber bu gibi fiiller hafifletici sebep teşkil etmektedir (Belçika, Fransa, İtalya, Brezilya).³

Reşit bir kadının kaçırılması bazı devletlerde umumi adap aleyhinde suçlar arasında düzenlenirken (İtalya, m. 522 vd.; İspanya, 440; Brezilya, 219 vd.; Bulgaristan, 170; Yugoslavya, 188; Küba, 489/A, b. 4), diğer devletlerde umumi adap ve aile nizamı aleyhinde suçlar arasında düzenlenmiştir (Arjantin, m. 130; Küba, 493; Portekiz, m. 395; Romanya, 458). Diğer bazı hukuklarda bu fiillere hürriyet aleyhinde işlenen suçlar arasında (Yunanistan, m. 327; İsviçre, m. 183-184; Hollanda, m. 281, 1995 Yeni İspanyol CK m. 163) yer verilmiştir.⁴

III. Reşit Olan veya Reşit Kılınan Bir Kadının Kaçırılması veya Alıkonulması Suçu (TCK m. 429)

Reşit olan veya reşit kılınan bir kadının kaçırılması veya alıkonulması suçu TCK'nın 429. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; *"her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırır veya bir yerde alırsa üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır (f.1). Kaçırılan kadın evli ise ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz (f.2)"* denilmektedir.

¹ Simson, Gerhard-Geerds, Friedrich, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeits" delikte in rechtsvergleichender Sicht*, München 1969, s. 242.

² Kielwein, Gerhard, *Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit oder Sicherheit*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2, II, Bonn 1955, s. 309.

³ Kielwein, II, s. 313 vd.; Simson-Geerds, s. 242, 243.

⁴ Kielwein, II, s. 313 vd.; Simson-Geerds, s. 242, 243.

1. Korunan Hukuki Menfaat

TCK'nun 429. maddesinde düzenlenen suçla korunan hukuki yarar karma bir nitelik taşımaktadır.⁵ Gerçekten kaçırma ve alıkoyma suçunun yaptırma bağlanmasıyla bir yandan mağdurun kişi özgürlüğü (cebir, şiddet, tehdit ve hile ile serbest hareket edebilme özgürlüğü sınırlandırıldığından), diğer yandan cinsel özgürlüğü (faildeki evlenme maksadı ve şehvet hissi dolayısıyla) korunmaktadır. Ayrıca bu hükümle kaçırılan kadının aile düzeninin devamı ve toplum içerisindeki saygınlığı da muhafaza edilmek istenmiştir. Söz konusu hukuki yararlar içerisinde faildeki şehvet hissi ve evlenme maksadını dikkate alan kanun koyucu, mağdurun cinsel özgürlüğüne ve aile düzeninin devamına üstünlük tanıyarak cürme genel adap ve aile düzeni aleyhinde suçlar arasında yer vermiştir.⁶

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında; *“Kaçırma ve alıkoyma suçları, TCK'nun (genel adap ve aile düzeni aleyhinde cürümler) babının ikinci faslında 429-434 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu suç ile korunan hukuki yarar, karma bir nitelik taşımakta ve bu haliyle; a) Kaçırılan kişinin hürriyetine, b) Kaçırılan kişinin cinsel hürriyetine, c) Kaçırılan kişinin ailesine, karşı bir suç olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, TCK bu suçta faildeki şehvet hissini veya evlenme maksadını göz önünde tuttuğundan kaçırma suçu genel adap aleyhinde işlenen suçların düzenlendiği bapta yer almaktadır”* demek suretiyle bu hususa işaret etmiştir.⁷

2. Fail

Yasada *“her kim”* terimi yer aldığından suçun faili erkek ya da kadın herkes olabilir. Evlilik birliği içinde evlenme maksadı veya şehvet kastı gerçekleşmeyeceğinden karı-koca birbirlerine karşı bu suçun faili olamazlar.⁸ Hukukumuzda bir kadının başka bir kadınla evlenmesi mümkün olmadığından, failin kadın olması halinde evlenme maksadıyla değil, şehvet hissiyle hareket etmiş olması aranır.⁹ Bu itibarla şehvet hissiyle hareket ederek başka bir kadını kaçıran kadın da suçun faili olabilir.

⁵ Dönmezer, Sulhi, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, 4. Bası, İstanbul 1975, s. 228 vd. Ayrıca bkz. Akbulut, Berrin Bozdoğan, *“Kaçırma ve Alıkoyma Suçları”*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı*, C. 8, S. 1-2, Konya 2000, s. 314.

⁶ Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1994, s. 551; Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002, s. 362; Malkoç, İsmail, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara 2001, s. 334.

⁷ Bkz. Yarg. CGK, 09.03.1992, 5-12/64 (Malkoç, *Genel Adap*, s. 334).

⁸ Dönmezer, *Genel Adap*, s. 247; Önder, s. 554; Tezcan-Erdem, s. 363; Akbulut, s. 316; Otacı, Cengiz, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2000, s. 258.

3. Mağdur

Kanun reşit olan veya reşit kılınan bir kadın ibaresini kullandığından, bu suçun mağduru yalnız kadın -ya da kız- olabilir, erkek olamaz. Reşit olan erkeğin kaçırılması veya alıkonulması, TCK'nın 179. maddesinde yer alan hürriyeti tahdit suçunu oluşturur.¹⁰ Hürriyeti tahdit suçunun cezası, reşit olan kadının kaçırılması veya alıkonulması suçuna nazaran daha hafiftir. Bir erkeğin de, kadın ya da erkek tarafından şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması (yahut kaçırılması) mümkün olduğundan kanaatimizce böyle bir ayırım yerinde değildir.

Suçun mağduru kadın, reşit ya da reşit kılınmış olmalıdır. Rüşt, 18 yaşın ikmaliyle başlar (MK, m. 11). Reşit kılınma on beş yaşını ikmal eden küçüğün kendi rızası ve ana babasının muvafakatiyle mahkeme kararıyla gerçekleşir (MK, m. 12). Evlenme kişiyi reşit kılar (MK, m. 11/2).¹¹ Fiilin işlendiği anda, mağdurun reşit veya reşit kılınmış olması aranır. Suç tarihinden önce boşanmış veya dul kalmış olan mağdurenin yaşı on sekizden küçük olsa bile, fail hakkında 429. madde tatbik olunur.¹²

İnceleme konusu cürüm mütemadi bir suç olmakla birlikte, mağdurun reşit olup olmadığı kaçırma ve alıkoyma fiilinin işlendiği ana göre tespit olunmalıdır. Zira kanun koyucu mağdurun, "kaçırma ve alıkoyma" hareketinin yapıldığı andaki yaşını dikkate alarak düzenlemelere gitmiştir. Şu halde, yaşın belirlenmesinde suçun bittiği değil, tamamlandığı an nazara alınmalıdır.

Şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olmayan bir kimsenin kaçırılması veya bir yerde alıkonulması 430. maddenin uygulanmasını gerektirir. Ancak mağdur 12 yaşını doldurmamış ise, fail hakkında 430 değil, 431. madde uygulanır. Şu halde, 430. maddedeki reşit olmayan ifadesinden anlaşılan, 12 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını bitirmemiş bulunan kimsedir. Son olarak belirtelim ki, mağdurun akıl hastası olması reşit olması durumunu etkilemez. Reşit akıl hastalarına karşı gerçekleştirilen eylemler

⁹ Bakıcı, Sedat, *Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara 1994, s. 357.

¹⁰ "Olayda, mağdurun suç tarihinde 18 yaşını bitirmiş olduğu anlaşılmasına göre TCK'nın 430/1 ve erkek olması nedeniyle de aynı kanunun 429. maddelerinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...yasaya aykırıdır" Yarg. 5. CD, 14.11.1991, 4264/4946 (Bakıcı, s. 381).

¹¹ "Evlenmekle reşit olan kadının boşanma halinde kazandığı bu kişisel durumu koruyacağı MK'nın 11. ve 141. maddelerinde öngörüldüğünden bu nedenle, evlenmekle reşit olan mağdurenin sonradan boşanmakla rüştünü muhafaza edeceği ve kendisine karşı işlenen rızaen alıkoyma ve ırza geçme eylemlerinin suç teşkil etmeyeceği..." Yarg. 5. CD, 18.12.1990, 4886/5818 (Malkoç, Genel Adap, s. 379).

¹² Bakıcı, s. 358.

rıza dışında ise, 429. madde tatbik olunur.¹³

4. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru, reşit olan veya reşit kılınan bir kadının zorla kaçırılması veya alıkonulmasıdır. Aşağıda kaçırma ve alıkoyma hareketleri üzerinde durulacak, ardından kaçırma ve alıkoymanın işleniş biçimi olarak; “*cebir, şiddet, tehdit ve hile*” kavramlarının anlamları incelenecektir.

A. Kaçırma

Kaçırma; mağdurun, bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi, yerinin değiştirilmesi, sevk edilmesi,¹⁴ uzaklaştırılmasıdır.¹⁵ Diğer bir anlatımla kaçırma, “*mağdurun, kendi hukuk alanından alınarak kaçırmanın hukuk alanına sokulması ve bu suretle kendi bedeni üzerindeki egemenliğinin kaçırılan lehine olarak yok edilmesi*” şeklinde tanımlanabilir.¹⁶ Kanaatimizce kaçırma, mağdurun kendi hakimiyet alanından failin nüfuz ve hâkimiyet alanına herhangi bir vasıta ile nakledilmesi, sokulmasıdır.¹⁷ Kaçırma türlü şekillerde olabilir. Örneğin, sürüklemek, beraber götürmek, yolundan çevirmek, bir yerden başka bir yere döndürmek, başka bir yere yönelmek gibi.¹⁸ Hareketin bu şeklinin gerçekleşmesi mutlaka bir yer değişikliğini gerektirir. Bu yer değişikliği belli bir zaman devam etmelidir. Bu bakımdan mağdurun

¹³ “*Olayda cebir, şiddet, tehdit veya hile kullanıldığı sabit bulunmamasına ve TCK’nın 429. maddesinde aynı kanununun 416. maddesinde öngörüldüğü gibi akıl hastalığının fiile mukavemeti ortadan kaldıracak unsur olarak gösterilmemesine göre, eylemin rızaen vuku bulması ve mağdurenin yaşı gözetilerek sanığın beraatine hükmolunması gerektiğinin gözetilmemesi.*” Yarg. 5. CD, 05.12.1992, 3117/3881 (Yaşar, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 959).

¹⁴ Karş. Garraud, R, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, C. V, 3. Edition, Paris 1924, s. 702.

¹⁵ Yarg. CGK, 26.9.1955, 5/60-70 (Özütürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. I, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 632).

¹⁶ Bkz. Dönmezer, *Genel Adap*, s. 236.

¹⁷ “*Kaçırmak suçunun oluşabilmesi için, mağdurun bulunduğu yerden, başka bir yere nakledilmiş olması gerekir. Ancak bu hal de başlı başına yeterli değildir. Bunun yanında fail mağdur üzerinde fiili hâkimiyet de oluşturmalıdır.*” Yarg. CGK, 9.3.1992, 5/12-64 (Malkoç, *Genel Adap*, s. 337); “*Kaçırma, genel olarak sanığın mağduru güvenlik alanından (tabii muhitinden) ayırıp nüfuz ve hükmü altına almakla teşekkül eder.*” Yarg. CGK, 2.4.1962, 5/21-21, (Özütürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. II, Ankara 1966, s. 690); “*Kaçırma eylemleri, genel olarak sanıkların, mağdureyi doğal muhitinden ayırıp, kendi nüfuz ve hâkimiyetleri altına almakla oluşacağına ...*” Yarg. 5. CD, 3.11.1983, 3433/3626 (Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi*, C. III (Hususi Kısım), 5. Bası, İstanbul, Tarihsiz, s. 942); “*Kaçırmak; fail*

kısa bir gezintiye ikna edilmesi kaçırma sayılamaz.¹⁹

Mütemadi bir suç olan kaçırma cürmünün²⁰ ne zaman tamamlanmış sayılacağı da, teşebbüs açısından önemlidir. Hemen belirtelim ki, bu cürümün tamamlanması ile bitmesi birbirinden farklıdır. Cürüm, mağdurun kendi muhitinden alınıp failin nüfuz ve etkisi altında bulunan bir yere götürülmesiyle tamamlanır²¹ ve ancak kişisel hürriyeti ihlâl edilen mağdurun hürriyetine kavuşmasıyla sona erer.²²

Mağdurun failin nüfuz ve etkisi altına girip girmediğini mahkeme takdir eder. İfade edelim ki, failin mağduru götürdüğü yer, kendi nüfuz ve hakimiyet alanı olabilecek mahiyette bulunmalıdır. Umumi yerler, parklar, bahçeler failin hakimiyet alanı olarak düşünülemez. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında;²³ “incelenen dosyada... mağdurun kendi egemenlik alanından, sanığın egemenlik alanına nakledildiği söylenemez. Çünkü mağdurun götürülüp tasaddi suçunun işlendiği inşaat, onun evine bitişik ve oynadığı yere 10-12 metre

tarafından, ... mağdurun kendi egemenlik alanından çıkarılarak, failin nüfuz ve etkisi altına sokulması ve bu suretle mağdurun şahsı üzerindeki egemenliğinin, kaçırma lehine olarak yok edilmesidir” (Yarg. CGK, 25.2.1980, 5/558, 71) Gözübüyük, III, 5. Baskı, s. 938.

¹⁸ Gözübüyük, III, 5. Baskı, s. 934; “... Aralıklı şekilde oluşan otomobile takip ederek 3-4 kez yanından geçmek şeklindeki eylemlerin kaçırma suçunun kendine has “tutmak”, “sürüklemek” gibi icrai hareketlerinden olmadığı gözetilmeden...” Yarg. 5. CD, 06.03.1985, 75/860 (Bakıcı, s. 386).

¹⁹ Noll, Peter, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen*, Zürich 1983, s. 79.

²⁰ Kienapfel, Diethelm, *Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, C. I, Delikte gegen Personenwerte*, 2. Aufl., Wien 1984, s. 190; Schubarth, Martin, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, C.: III. Band Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit*, Art. 173-186 StGB, Bern 1984, s. 170.

²¹ “Sanığın mağdureyi evi içerisine sokmak suretiyle güvenlik alanından çıkarıp kendi hakimiyeti altına aldığı ve bu itibarla müsnet kaçırma suçunun unsurları itibarıyla tamamlandığı..” Yarg. 5. CD, 25.12.1990, 4793/5957 (Bakıcı, s. 382); “Eolenmek maksadıyla zorla kaçırılan mağdurenin geceleyin taksiye bindirilip olay yerinden üç kilometre uzaklaştırıldığı, arabadan indirildikten sonra da 150 metre mesafede gizlendikleri yerde hakimiyeti altında olan mağdureyi iknaya çalıştığı anlaşılmasına göre kaçırma eyleminin tamamlandığı gözetilmeden tam teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek yazılı şekilde (TCY 429/1, 62, 433 md.) hüküm kurulması...” Yarg. 5. CD, 17.02.1993, 237/658 (Bakıcı, s. 377, 378); “Sanıkların müdahili 200-300 metre kadar sürükleyerek onu tabii güvenlik çeresinden uzaklaştırarak nüfuz ve hakimiyetleri altına aldıkları..” Yarg. 5. CD, 28.12.1987, 1304/7975 (Bakıcı, s. 383); “Mağdure çamaşır yıkadığı mahalden zorla alınarak ormana kadar götürülmüş ve emniyet mahallinden uzaklaştırılmış olmasına göre kaçırma tam olarak teşekkül etmiştir.” Yarg. CGK, 14.9.1953, 44/44 (Köseoğlu, Cemal, *Haşiyeli Türk Ceza Kanunu ve Özel Bölüm*, 9. Bası, İstanbul 1968, s. 495).

²² “Kaçırma suçu, şahsi hürriyeti ihlâl edilen mağdurun hürriyetini iktisap edinceye kadar temadi eden bir suç olmak itibarıyla ...” Yarg. 5. CD, 26.5.1955, 2349/2231 (Özütürk, II, 1966, s. 682).

uzaklıktadır. Olay sırasında üst katlarında başka işçilerin de çalıştığı bu inşaatın duvarları ve pencereleri yapılmadığı için içerisi dışarıdan rahatlıkla görülebilmektedir. Bu nitelikteki bir yer, sanığın egemenlik alanı olarak kabul edilemeyeceği gibi mesafe açısından da mağdurun egemenlik alanı içerisinde kalmaktadır” diyerek sanığın eylemini kaçırma değil, işlenmesi düşünülen ırza tasaddi suçuna yer temini olarak nitelendirmiştir.

Failin, mağduru düşündüğü yere kadar götürememesi suçun tamamlanmasına engel teşkil etmez.²⁴ Ancak her halükarda mağdur kendi nüfuz ve hakimiyet alanından, failin nüfuz ve hakimiyet alanına sokulmuş olmalıdır. Örneğin; zorla evinden dışarı çıkarttığı mağduru sürükleyerek 300-400 metre kadar uzaklaştıran, ancak mağdurun direnişleri ve çevreden gelenlerin de etkisiyle olay yerinden kaçan failin eylemi, mağduru onun emniyet sahasından çıkarıp, kendi nüfuz ve hakimiyet sahasına sokamadığından teşebbüs aşamasında kalmıştır.²⁵ Yine çevresinden çıkardığı mağduru uzak mesafelere götürmesine rağmen devamlı izlenmesi nedeniyle kendi nüfuz ve hâkimiyeti altına alamayan failin fiili de teşebbüs safhasında kalmış sayılır.²⁶ Buna karşılık failin kendisini takip edenlerden kurtulmayı başardıktan sonra yakalanması suçun tamamlanmasını etkilemez. Örneğin, “sanıklar hile kullanarak mağdureyi Y. Köyü’nden beş dakikalık mesafedeki asfalt yola indirdikleri, zorla taksiye bindirerek hareket ettikleri, kısa bir süre sonra aynı istikamette seyreden bir minibüs şoförü tarafından görülüp takip edildikleri, durdurulmak istediklerini anlayınca hızlı hareketle kurtulup kaçtıkları, minibüs şoförünün jandarmaya ihbar etmesi üzerine kendi ikametgahları olan Ç. Köyü’nde yakalandıkları olayda, zorla kadın kaçırma suçu tamamlanmıştır.”²⁷

B. Alıkoyma

Alıkoyma, (yanında tutma) failin emniyet (tasarruf) alanına rızasıyla giren mağdurun, onun tarafından tutulmasıdır. Kaçırma ve alıkoymanın benzer tarafı olarak bunların mütemadi suç oluşturması belirtilebilir. Bu iki

²³ Yarg. CGK, 27.11.1989, 5-306/367 (Otacı, s. 267, 268); “Sanığın, mağduru 10-15 metre ilerdeki ekinlerin içine götürmesi, işlemeği düşündüğü livata yapmak suçunun etraftan görünmesini önlemek amacıyla yönelik yer temini niteliğindedir. Bu nedenle kaçırma suçundan beraati gerekir.” Yarg. 5. CD, 14.03.1988, 1344/3020 (Otacı, s. 279).

²⁴ Karş. “Maznun, mağduru dağa kadar götürmek imkânını elde ederek nüfuz ve hâkimiyeti altına geçirmiş olmasına göre; kaçırma suçunun bütünü esaslı neticeleriyle tahakkuk ettiği nazara alınmayarak, mağduru kasdettiği mahalle yani köyde ikamet ettiği eve götürmemiş olması gibi yersiz bir düşünce ile tamam olan failin tam teşebbüs safhasında maniaya uğradığının kabulü yolsuzdur.” Yarg. 5. CD, 22.4.1955, 366/1719 (Özütürk, II, 1966, s. 695).

²⁵ Yarg. CGK, 18.12.1989, 314/399 (Bakıcı, s. 370).

²⁶ Yarg. CGK, 2.4.1962, 5/21-21 (Özütürk, II, 1966, s. 690).

²⁷ Yarg. 5. CD, 6.4.1993, 997/1443 (Otacı, s. 276).

kavramın birbirinden farkı, kaçırmada failin mağduru kendi nüfuz ve etki alanına nakletmesi, alıkoymada ise, failin emniyet alanına kendi insiyatifiyle giren mağdurun, bu egemenlik alanı içinde rızası hilafına tutulmasıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi alıkoyma, failin tasarruf alanına (nüfuz ve etki alanına) isteğiyle giren mağdurun orada tutulmasıyla tamamlanır.

İnsanların yoğun şekilde bulunduğu umuma açık yerlerde mağdur üzerinde nüfuz ve hâkimiyet kurulamayacağından²⁸ alıkoyma suçu gerçekleşmez. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi 28.04.1992 tarih ve 972/1325 sayılı ilamında; *“fuar gibi umumun gezip eğlendiği bir yerde sanığın mağdur üzerinde hakimiyet kurmasının mümkün bulunmadığı”*na karar vermiştir.²⁹

Suçun tamamlanması bakımından alıkoymanın belli bir süre devam etmesi de önemli değildir. Failin mağdur üzerinde hâkimiyet kurması yeterlidir. Bu süre dakikalar ile ölçülebileceği gibi, günler ya da aylarla da ifade edilebilir.³⁰ Hâkim alıkoymanın tamamlanmış sayılması için gerekli süreyi her olayın özelliğine göre takdir eder.³¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.11.1979 tarih ve 296/463 sayılı kararında, mağdura ait konutun sanığın nüfuz ve egemenlik sahası sayılamayacağını, bu itibarla mağdurun kendi evinde tutulması halinde alıkoyma hareketinin gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.³² Yargıtay 5. Ceza Dairesi de 08.01.1992 tarih ve 15/112 sayılı kararında; mağdurun misafir olarak kalmakta olduğu dayısına ve anneannesine ait evlerin sanığın egemenlik kurmasına müsait olmadığını belirtmiştir.³³ Kanaatimizce, mağdura ait

²⁸ *“Eylemin işlendiği umumi yerde sanığın mağdureyi hakimiyeti altına almasının mümkün bulunmamasına...”* Yarg. 5. CD, 28.01.1993, 4222/290 (Bakıcı, s. 413); *“Alıkoyma suçunun, mağdurenin egemenlik altına alınması ile oluşacağına olayda sanık ile mağdurenin Şişli ve Mecidiyeköy’de sokaklarda dolaşp, kafeteryaya gitmelerini, meskun mahalden ve umumi yerlerden olan buralarda nüfuz ve hakimiyet altına alma bahse konu olamayacağına göre, eylemde suç unsurları teşekkül etmediğinden...”* Yarg. 5. CD, 05.12.1989, 5098/6080 (Bakıcı, s. 428).

²⁹ Karar için bkz. Bakıcı, s. 419; Yarg. 5. CD, 12.06.1991, 2009/3186 (Bakıcı, s. 422).

³⁰ Bakıcı, s.360.

³¹ Yargıtay alıkoymanın gerçekleşebilmesi için gerekli süreye değinmiştir: *“Kendiliğinden gelen mağdurenin vevokı bir iki saat için olsun eve kabul edilmesiyle alıkoyma suçunun tekevvün ettiği gözetilmeden ...”* Yarg. 4. CD, 5.12.1950, 10730/11538 (Köseoğlu, Cemal, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. Bası, İstanbul 1955, s. 460); *“İsterse on beş dakika olsun kendiliğinden gelen kız kabul edilmiş ve hattâ anbara kapatılmak suretiyle gizlenilmiş olmasına göre alıkoyma suçu sabit iken beraet kararı verilmesi yolsuzdur.”* Yarg. 4. CD, 9.2.1951, 832/832 (Köseoğlu, 8. Bası, 460); *“Türk Ceza Kanunu’nun 430-431. maddelerindeki alıkoyma suçunun varolması için belli bir süresinin geçmesi şart koşulmamıştır. Mağdurenin alıkoyma kasdı ile suç yerine götürülmüş olması kâfidir.”* Yarg. CGK, 12.9.1966, 5-82/245 (Köseoğlu, 9. Bası, s. 494).

³² Karar için bkz. Bakıcı, s. 359.

³³ Karar için bkz. Bakıcı, s.420.

konut içerisinde failin mağdur üzerinde hakimiyet kuramayacağını kesin bir kaide olarak benimsemek mümkün olmamalıdır. Zira alıkoymada, zaten mağdur kendi iradesi ile failin hakimiyet sahasına girmekte, ancak üzerinde kurulan maddi ya da manevi bir zor ile iradesine aykırı olarak burada tutulmaya devam edilmektedir. Failin mağdur üzerinde hakimiyet kurması olgusu psikolojik bir durumdur ve failin eylemi gerçekleştirirken kullandığı baskının özelliklerine göre, mağdura ait konut içerisinde de mağdur üzerinde nüfuz ve hakimiyet kurması olanaklıdır.³⁴

C. Cebir, Şiddet veya Tehdit, Hile

Kaçırma veya alıkoymanın, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile işlenmesi gerekir. “Cebir”, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı, bireyin psikolojik yönden mukavemetini ortadan kaldırarak onun iradesini etkisiz hale getiren manevi cebir yani tehdidi ve mağdur üzerinde onun mukavemetini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı şeklinde tarif edebileceğimiz şiddetti kavramlarını esasen kapsamaktadır.

“Şiddet” (violenza, violence, violentia³⁵) kavramı, basit bir tanımla maddi cebir, maddi kuvvet kullanma anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda birçok suçta araç olarak kullanılan şiddet³⁶ (örneğin, TCK m. 174, 414, 429, 495) kişi veya eşya³⁷ üzerinde maddi bir kuvvetin haksız olarak kullanılmasıdır.³⁸

³⁴ Aynı doğrultuda bkz. Otacı, s.261.

³⁵ Belirtelim ki, “şiddet”in Latince karşılığı olan “violentia” teriminin kökeni olan “vis” sözcüğü, kuvvet kullanma, maddi veya manevi zor kollanma suretiyle kişileri arzuluları hilâfına hareket etmeye veya etmemeye zorlama anlamına gelmekteydi. Bkz. Mommsen, Theodor, Römische Strafrecht, Leipzig 1899, s. 652.

³⁶ “Şiddet” kavramına Türk Ceza Kanunu’nun birçok hükmünde rastlanmaktadır. Ancak bu terim Mehaz 1889 İtalyan CK’dan, TCK na bazen “cebir ve şiddet” (örneğin, TCK’nın 175/2; İCK’nın 140/2; TCK’nın 258/1; İCK’nın 190; TCK’nın 496; İCK’nın 407) bazen ise aynen “şiddet” (örneğin, TCK’nın 193/2; İCK’nın 157/2; TCK’nın 254/1; İCK’nın 187) şeklinde çevrilmiştir.

³⁷ Hafter, Ernst, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, C. II, Berlin 1943, s. 698; Gözübüyük, A. Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi*, II, 5. Bası, İstanbul, s. 412. İfade edelim ki Yargıtay 5. CD, 18.04.1996 tarih ve 810/1340 sayılı kararında; sanığın kaçırma ve alıkoyma suçunu işlemek üzere eve girerken kapı ve pencere kırmasının, suçun şiddet ögesi içerisinde değerlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Karar için bkz. Malkoç, *Genel Adap*, s. 341.

³⁸ Şiddet teriminin değişik anlamları ve kapsamı konusunda açıklama için bkz. Koca, Mahmut, *Yağma Cürümleri*, Ankara 2003, s. 134 vd.; Ünsal, Artun, “Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi, in: *Şiddet*”, *Cogito*, S. 6-7, Kış-Bahar 1996, s. 29 vd.

Kişinin huzurunun bozulmasına, endişelenmesine veya onda bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesine yönelik bir fiil olan “tehdit” (manevi cebir), bireyin serbest karar alabilme ya da aldığı kararlar doğrultusunda serbestçe hareket edebilme özgürlüğünü, gelecekte yapılacak haksız nitelikte bir fenalığın bildirilmesi sureti ile engelleyen bir harekettir. Tehdit, bir kimsenin veya bağlılık duyduğu kimselerin (örneğin, akrabalarının) hukukuna zarar verecek haksız bir takım sözler veya davranışlardır.³⁹ Tehdidin konusu, mağdurun hayatı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, sosyal veya iktisadi itibarı olabilir. Ancak bununun mağdurun kaçırma ve alıkoymaya boyun eğmesini sağlayacak ciddilikte bulunması, diğer bir anlatımla, gerçekleştirileceği bildirilen bu zararın, kaçırma ve alıkoyma sonucunda oluşacak zarardan daha ağır olması aranır. Hakim tehdidin bu nitelikte olup olmadığını araştıracaktır.

Cebir, şiddet ve tehdit, kaçırma ve alıkoymayı işlemek maksadıyla kullanılmış olmalıdır. Suç işlendikten sonra, fiilin ortaya çıkmasını engelleme düşüncesiyle mağdur üzerinde cebir, şiddet ve tehdit uygulanması ayrı bir suç teşkil eder.

Cebir ve şiddetin mağdura karşı işlenmesi şart olmayıp, onu kurtarmak isteyen kimselere yönelik gerçekleştirilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay, “rızası olmayan kızın kaçırılmasına engel olmak isteyen aile fertlerinden birine karşı işlenmiş müessir fiillerin, kaçırmanın zor unsurunu teşkil edeceği” ni kabul etmiştir.⁴⁰

Hile, kaçırma veya alıkoymayı sağlayacak nitelikte mağduru hataya düşüren, onun algılama ve buna uygun karar verme yeteneğini etkileyen, gayri maddi her türlü aldatıcı hareketlerdir.⁴¹ Mağdurun denetleme imkanını gerçekleştiren güven ortamı içinde ortadan kaldıran ve belli bir ağırlık ve yoğunlukta bulunan yalan da hile kavramı içinde mütalâa edilir. Bu yalanın, mutlaka çeşitli mizansenler şeklinde gerçekleşmesi aranmaz.⁴² İfade edelim ki, yasa koyucu 429. maddede sadece “hile” den bahsetmiş, ancak failin maddi nitelikte hareketlerle mağduru hataya düşürmesi olarak tanımlayabileceğimiz “desise” (kşz. TCK m. 503) kavramına yer vermemiştir. Kanaatimizce 429. maddede yer alan “hile” kavramının kapsamına desise

³⁹ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku, Özel Hükmeler*, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 21.

⁴⁰ Yarg. CGK, 30.9.1968, 568/275 (Gözübüyük, III, 5.Baskı, s.935).

⁴¹ Bkz. Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 368; Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükmeler*, 6. Baskı, Ankara 1994, s. 555; Selçuk, Sami, *Dolandırıcılık*, İstanbul 1982, s. 114; Selçuk, Sami, “*Mal Aleyhinde Cürümler: Dolandırıcılık*” in: *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul 1989, s. 293.

⁴² Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 369; Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükmeler*, C. III, Ankara 1993, s. 2429.

de dâhildir.⁴³ Hile ve desise ile fail, sahte bir maddi görünüm yaratmakta, mağdur hataya düşürülmekte, kandırılmakta ve bu suretle fiile mukavemet edemeyecek bir hale getirilmektedir. Yargıtay kararlarında sanıkların polis kıyafeti giymeleri,⁴⁴ belirli bir yere getirecekleri hususunda kandırmaları⁴⁵ hile ögesi içerisinde değerlendirilmiştir.

Kanun koyucu zorla kaçırma ve alıkoyma suçlarında, ırza geçme suçunda olduğu gibi (414/2, 416/1) mağdurun akıl veya beden hastalığından dolayı fiile mukavemet edemeyecek halde bulunmasından istifade edilerek eylemin gerçekleştirilmesi halini düzenlememiştir. Bu itibarla reşit durumda bulunan akıl hastalarına karşı gerçekleştirilen kaçırma ve alıkoyma suçlarında mahkemeler “*cebir, şiddet, tehdit ve hile*”ye ilişkin bir bulgu yok ise, beraat kararları vermektedirler. Örneğin, Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 05.02.1987 tarih ve 7369/579 sayılı ilamında; “*sanıkların 18 yaşından büyük akıl hastası olan mağdureyi cebir, şiddet, tehdit veya hile kullanmadan kaçırıp alıkoymalarında TCK’nın 429/1 maddesinde yazılı suçun unsurlarının oluşmadığı...*” ifade edilmiştir.⁴⁶ Kanaatimizce akıl hastası olması itibarıyla verdiği rızanın geçerliliği tartışmalı olan mağdurlara karşı gerçekleştirilen eylemler bu şekilde cezasız kalmamalıdır. Nitekim 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın 325. maddesinde; “*cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadı ile ergin olan veya ergin kılınan bir kimseyi kaçırarak veya bir yerde alıkoymak veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir nedenden veya kullanılan hileli vasıtalarla dolayı fiile direnemeyecek halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kişiye... cezası verilir*” demek suretiyle yerinde olarak bu boşluk doldurulmuştur.

5. Manevi Unsur

Bu suçta genel kastın yanı sıra “*şehvet hissi veya evlenme maksadı*” aranır. Fail, kaçırma veya alıkoymayı bilerek ve isteyerek (genel kast) ve şehvet

⁴³ Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi 07.03.1984 tarih ve 650/934 sayılı kararında; hileyi, suçun mağdurunu eylem hakkında hataya düşürerek alıkoymayı oluşturan veya kolaylaştıran her türlü entrika ve desiseler olarak belirtmiştir. Bkz. Bakıcı, s. 361.

⁴⁴ Yarg. 5. CD, 1.5.1991, 1063/2283 (Bakıcı, 381, 382); Yarg. 5. CD, 22.06.1993, 2208/2562 (Bakıcı, s. 377).

⁴⁵ Yarg. 5. CD, 19.12.1979, 2852/3956 (Bakıcı, s. 388); Yarg. 5. CD, 25.01.2001, 7402/229 (Malkoç, Genel Adap, s. 412).

⁴⁶ Karar için bkz. Malkoç, Genel Adap, s. 336; “*Olayda cebir, şiddet, tehdit veya hile kullanıldığı sabit bulunmamasına ve TCK’nın 429. maddesinde aynı kanununun 416. maddesinde öngörüldüğü gibi akıl hastalığının fiile mukavemeti ortadan kaldıracak unsur olarak gözetilmemesine göre eylemin rızaen vuku bulması ve mağdurenin yaşı gözetilerek sanık İsmail’in beraatine hükmolunması gerektiğinin gözetilmemesi...*” Yarg. 5. CD, 08.12.1992, 3177/3881 (Bakıcı, s. 378); Yarg. 5. CD, 22.09.1993, 2724/3250 (Bakıcı, s. 408).

hissi veya evlenmek maksadıyla (özel kast) işlemiş olmalıdır.⁴⁷ Ancak suçun tamamlanması şehvet hissi ya da evlenme maksadının yerine getirilmiş, tatmin edilmiş olmasına bağlı değildir. Failin aynı zaman da şehvet hissini tatmin etmesi halinde yerine göre, sarkıntılık, ırza tasaddi, ırza geçme gibi suçlardan da sorumlu tutulacağı muhakkaktır.⁴⁸

6. Ağırlatıcı Neden

TCK'nın 429. maddesinin 2. fıkrasında kaçırılan kadının evli olması cezayı ağırlatıcı bir hal olarak nazara alınmıştır. Ağırlatıcı nedenin tatbiki bakımından mağdurun fiilin işlendiği esnada Medeni Kanun hükümleri uyarınca evli olması gerekir. Evli bir kadının kaçırılmasıyla ailenin birlik ve beraberliğinin uğrayacağı zararı dikkate alan yasa koyucu böyle bir düzenlemeye gitmiştir.

Kaçırdığı kadının evli olduğunu bilmeyen fail hakkında ağırlatıcı neden tatbik edilmez (Kşz. TCK m. 45). Bu açıdan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*evli bir kadının kaçırılması hali için ceza kesen kanunkoyucu kaçırmanın ceza görebilmesini, kaçırıldığı kadının evli olduğunu bilmesi şartına bağlamış değildir*" şeklindeki kararına iştirak etmiyoruz.⁴⁹ Gerçekten 429. maddenin 2. fıkrası objektif sorumluluk hali öngörmediğinden, failin söz konusu ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulabilmesi mağdurun evli olduğunu bilmesine bağlıdır.⁵⁰ Bilme unsuru gerçekleşmediğinden, kast da bulunmayacağından ağırlatıcı neden tatbik edilemez. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 30.10.1991 tarih ve 33668/4611 sayılı ilamında yerinde olarak; "*Başka yerde çalışması nedeniyle müdahilin nikâhlandığını bilmeyen sanık N.'nin diğer sanıklarla birlikte, düğün yapılmaması nedeniyle baba evinde oturan müdahili evlenmek maksadıyla zorla kaçırmak için olay yerine geldikleri ve başladıkları icra hareketlerini adı geçenin*

⁴⁷ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.02.1987 tarih ve 5/467-73 sayılı ilamında; "*Dosya içeriğinde, mağdurenin aşamada değişmeyen açıklamalarına göre, mağdure ailesiyle olan uyumsuzluk nedeniyle sanıkların konutlarına sığınmış, onlara kendisini acıdırmış birkaç gün onlarla kalmıştır. Mağdurenin olaydan sonra kız olduğu tabip raporuyla anlaşılmıştır. Sanıkların mağdureyi şehvet hissiyle alıkoyduklarına ilişkin hiçbir kanıt elde edilememiştir. Alıkoymanın şehvet hissi veya evlenme amacıyla vaki olmadığı gerekçesiyle verilen beraate ilişkin direnme kararının onanmasına karar verilmiştir.*" denilmektedir. Karar için bkz. Bakıcı, s. 403.

⁴⁸ Dönmezer, *Genel Adap*, s. 247; "*Sanığın "şehvet hissi ile zorla kaçırıldığı mağdurenin memelerini sıkmak ve öpmek suretiyle, ayrıca sarkıntılık suçunu da işlediği anlaşılmaktadır. Bu yeni suçun kaçırmanın vuku bulmakta olduğu teşebbüs aşamasında veya kaçırmanın tamamlanmasından sonra işlenmesinde hiçbir fark yoktur.*" Yarg. CGK, 12.12.1988, 466/526 (Bakıcı, s. 399).

⁴⁹ Yarg. CGK.15.1.1962, 5/4 (Malkoç, *Genel Adap*, s. 345); Yarg. 5. CD, 11.2.1999, 4436/335 (Otacı, s. 274).

⁵⁰ Ayrıca bkz. Dönmezer, *Genel Adap*, s. 248.

evli olduğunu söylemesi ve direnmesi üzerine tamamlamadan ayrıldıkları anlaşılmasına göre (...) TCY'nin 429/2. maddesiyle hüküm tesisi"ni yasaya aykırı bulmuştur.⁵¹

Ağırlatıcı nedene ilişkin 429/2. maddede, yalnız "evli kadının kaçırılması"ndan söz edilerek, maddi unsuru oluşturan hareketlerden "alikoyma"ya yer verilmemiştir. Kanaatimizce evli kadının alıkonulması ihtimalinde, ağırlatıcı nedenin tatbiki mümkün değildir. Zira, kanunumuzda "kaçırma" ve "alikoyma" hareketleri birbirlerini kapsayacak tarzda kullanılmamışlardır. Bu bakımdan kanundaki söz konusu boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Ayrıca kaçırma suçu bekar ve evli kadın için aynı ağır sonuçları doğurmaktadır. Bu nedenle kadının evli olup olmadığı dikkate alınmadan her iki durum için de aynı cezayı gerektiren bir kanun değişikliğine gidilmelidir.

IV. Reşit Olmayan Bir Kimsenin Kaçırılması veya Alıkonulması Suçu (TCK m. 430)

TCK'nın 430. maddesinde, reşit olmayan kimsenin kaçırılması ve alıkonulması suçu iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında reşit olmayan kimsenin rızası hilafına cebir, şiddet, tehdit ya da hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya alıkonulması, ikinci fıkrada ise, cebir şiddet, tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya alıkonulması hükme bağlanmıştır. Aşağıda yasadaki düzenleme şekli de nazara alınarak ilk olarak reşit olmayanın cebren kaçırılması veya alıkonulmasını, ardından rızasıyla kaçırılması veya alıkonulmasını inceleyeceğiz.

1. Reşit Olmayanın Cebren Kaçırılması veya Alıkonulması

A. Korunan Hukuki Menfaat

430. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçla korunan hukuki yarar, 429. maddede olduğu gibi karma niteliktedir. Gerçekten bu hükümlerle, bir yandan kaçırılan veya alıkonulan mağdurun kişi hürriyeti ve (faildeki saik dolayısıyla) cinsel özgürlüğü korunmakta, öte yandan mağdur reşit olmadığından veli ya da vasisinin onun üzerindeki hakları, ailenin huzur ve sükûnu muhafaza edilmek istenmektedir. Suçun işlenmesi sırasında mağdur ya da üçüncü kişiler üzerinde maddi veya manevi şiddet kullanıldığından,

⁵¹ Karar için bkz. Otacı, s. 277; aynı doğrultuda bkz. Yarg. CGK, 20.02.2001, 5-18/24 (Taşdemir, Kubilay-Özkepir, Ramazan, *Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (2003) Ankara 2003, s. 469 vd); Yarg. 5. CD, 27.11.1951, 4507/4460 (Gözübüyük, III, 5. Baskı, s. 936, dn. 21).

bireylerin vücut bütünlükleri, iç huzurları, emniyet duyguları da korunan hukuki menfaatler arasında zikredilmelidir. Ayrıca şehvet hissi veya evlenme maksadıyla gerçekleştirilen zorla kaçırma ve alıkoyma sonrasında mağdurun sosyal itibarının, saygınlığının sarsılması da kaçınılmazdır.

B. Fail

Kanunda *"her kim"* ibaresi yer aldığından reşit olmayanın kaçırılması veya alıkonulması suçunun faili kadın ya da erkek herkes olabilir.

C. Mağdur

Suçun mağduru da reşit olmayan kadın veya erkek herkes olabilir. Ancak mağdurun 12 yaşından büyük olması gerekir, aksi halde 430. madde değil, 431. madde tatbik edilir. 429. maddeden farklı olarak, 430. maddede sadece reşit olmaktan bahsedilmiş, *"reşit kılınma"* halinden söz edilmemiştir. Belirtelim ki, medeni hukuka göre rüşt ya yaştan ikmalıyla ya da evlenme veya hakim kararıyla kazanılmaktadır. Medeni Kanun'un 11. maddesinde *"ergenlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar"*, 12. maddesinde de; *"On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir"* hükmüne yer verilmiştir. Bir kimsenin bu hallerden herhangi birinin gerçekleşmesi suretiyle *"reşit"* hale gelmiş olması yeterlidir. Bu itibarla henüz on sekiz yaşını doldurmamakla beraber, örneğin hâkim kararıyla reşit kılınmış bir kadına karşı, zorla kaçırma ve alıkoyma suçu işlenecek olursa, 429. madde uygulanacak, buna karşılık rıza ile kaçırma veya alıkoyma söz konusu ise, eylem suç teşkil etmeyecektir. Böylece 429. ve 430. maddelerinde yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, reşit kılınan ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bir erkeğe karşı evlenme maksadı veya şehvet hissiyle gerçekleştirilen kaçırma ve alıkoyma eylemleri 429. madde değil, 179. madde kapsamında suç teşkil edecektir.⁵²

D. Maddi Unsur

Reşit olmayan kimsenin cebren kaçırılması ve alıkonulması suçunun maddi unsuru *"cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile kaçırma veya bir yerde alıkoyma"*dır (TCK m. 430/1). Yukarıda söz konusu hareketlerin anlamı üzerinde durulmuştur.

⁵² Bkz. Otacı, s. 284.

E. Manevi Unsur

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Fail, bilerek ve isteyerek, reşit olmadığını bildiği mağduru cebren kaçırmış ya da alıkoymuş olmalıdır. Kanun koyucu yasada “*şehvet hissi veya evlenme maksadı*”ndan söz ederek özel kasta işaret etmiştir. Failde böyle bir saik mevcut değilse, yerine göre TCK m. 179, 182 veya 499. maddelerde yazılı suçlar gerçekleştirilebilir. İnceleme konusu suç bakımından failin mağdurun yaşı konusunda yanılması hususu üzerinde de durulmalıdır. Böyle bir yanılma iki şekilde karşımıza çıkabilir. Birinci ihtimalde fail reşit olmayan kadını (TCK m. 430) kaçırdığını zanneder, ancak hakikatte reşit bir kadını (TCK m. 429) kaçırmıştır, bu durumda kastına göre değil, fiiline göre, yani TCK m. 429’a göre cezalandırılması lazımdır. Zira failin iradesi gerçekte işlenmiş olandan daha ağır bir suça yöneldiğinden, TCK’nun genel prensipleri failin gerçekleşmeyen ağır neticeden sorumlu tutulmasına engeldir. Diğer ihtimalde, fail reşit bir kadını kaçırdığını zannetmektedir, ancak mağdur reşit değildir. Burada iradeyle gerçek arasındaki ayrılık, irade lehine çözümlendiğinden fail gerçekte işlediği suçtan (TCK m. 430) dolayı değil, işlemeği kast ettiği suçtan (TCK m. 429) sorumlu tutulur. Failin kaçırmak ya da alıkoymak istediği kimseden başka bir kimseyi kaçırmaması halinde ise 52. madde çerçevesinde sorun çözümlenmelidir.

2. Reşit Olmayanın Rızasıyla Kaçırılması veya Alıkonulması

A. Korunan Hukuki Menfaat

TCK’nun 430. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun ihdası ile korunmak istenen hukuki menfaat öncelikle ebeveynin veya vasinin aile hukukundan doğan velayet ve vesayet haklarını ihlal edenin cezalandırılmasıdır. Ayrıca küçüğün kendisine karşı korunması da (küçüğün rızası eylemi suç olmaktan çıkarmaz) düşünülmüştür. Bu bakımdan örneğin küçüğün kendi ve ana babasının rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması durumunda eylem suç teşkil etmez. Meğer ki ebeveynin konuyla ilgili rızası ifsat edilmiş olsun.⁵³

B. Fail

Yasada “*her kim*” ibaresi yer aldığından reşit olmayanın rızayla kaçırılması veya alıkonulması suçunun faili kadın ya da erkek herkes olabilir.

⁵³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 140,141; Önder, s. 566.

C. Mağdur

Suçun mağduru reşit olmayan kadın veya erkek herkes olabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere mağdurun 12 yaşından büyük olması gerekir, aksi halde 430. madde değil, 431. madde tatbik edilir. Mağdurun yaşı, fiilin işlendiği ana göre belirlenecektir. Zira yasa koyucu eylemin işlendiği andaki yaşı nazara almıştır.

D. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru reşit olmayan bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızasıyla şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya bir yerde alıkonulmasıdır. Suçun oluşması ebeveynin rızasının bulunmamasına bağlıdır. Bu itibarla küçüğün, ana-babasının rızasıyla alıkonulması ya da onlar tarafından yasal olmayan biçimde evlendirilmesi suç teşkil etmez.⁵⁴ Ana-babanın rızalarını kaçırma veya alıkoyma fiilinden önce açıklamış bulunmaları gerekir. Suç işlendikten sonra açıklanan rıza, gerçekleşen suçu ortadan kaldırmaz.⁵⁵ Ayrıca verilen rızanın kapsamı da incelenmelidir. 430. maddede yer alan suçta fail, “*şehvet hissi veya evlenme maksadıyla*” hareket ettiğinden, ana-babanın rızası bu hususları kapsamalıdır. Yoksa belli bir yere gitmek, birlikte çalışmak gibi hususlarda açıklanan rıza, daha sonra şehvet hissiyle işlenen kaçırma ya da alıkoymayı suç olmaktan çıkarmaz.⁵⁶

Rızanın açıklanması bakımından ana-baba evli iseler, velayeti birlikte kullanacaklarından ortak bir karara varmış olmaları gerekir. Medeni Kanun’un 336. maddesinde; “*evlilik devam ettiği sürece ana-baba velayeti birlikte kullanırlar*” denmektedir. Eski MK’nin 263. maddesindeki, “*anlaşamazlarsa, babanın rey-i muteberdir*” hükmü, yeni yasada mevcut değildir. Velayet konusunda ana-baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar (MK, m. 339/1). Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz (MK, m. 339/4). Şu halde, evlilik birliği devam ederken açıklanan rıza, velayeti kullanan ana-babanın ortak iradesinin bir sonucu olmalıdır. Şayet evlilik birliği sona ermiş ise, velayet eşlerden hangisine bırakılmış ise, rıza açıklamaya yetkili kimse de odur (MK, m. 336/2). Eş-

⁵⁴ Yarg. İBK, 08.05.1940, 41/74 (Malkoç, *Genel Adap*, s. 391 vd.).

⁵⁵ Dönmezer, *Genel Adap*, s. 253, 254; “*Sanığın reşit olmayan mağdureyi rızasıyla kaçırdıktan sonra mağdurenin babası müdahil Ahmet’in rıza gösterdiği anlaşılmış olması karşısında sanığın TCK’nın 430/2. maddesiyle mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*” Yarg. 5. CD, 27.03.1991, 639/1664 (Malkoç, *Genel Adap*, s. 383).

⁵⁶ Malkoç, *Genel Adap*, s. 383.

lerden birinin ölümü halinde de, sağ kalan eş rıza açıklamaya yetkilidir (MK, m. 336/3).⁵⁷ Ana-babadan her ikisi de ölmüşse ya da velayet hakkı bu kimselerden alınmışsa (MK, m. 348), atanın vasi rıza açıklamaya yetkili kimsedir. Ancak günlük hayatta eşlerden her ikisi öldüğünde ya da ayrıldığı anda küçükler, yakın akrabaların yanında kalmakta ve onların gözetim ve denetimi altında bulunmaktadır. Bu gibi hallerde, rıza açıklamaya yetkili kimselerin, çocuğun sürekli biçimde fiilen bakım ve gözetimini üstlenmiş bu kimseler olduğundan şüphe yoktur. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20.02.1990 tarih ve 135/921 sayılı kararında; *"anne ve babası ölü bulunan ve dedesi yanında ikamet eden mağdurenin, rızası ile ve dedesinin muvafakati ile sanık tarafından götürüldüğü anlaşılmasına göre aile nizamı aleyhine işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyeceği halde rızaen alıkoymaktan hüküm kurulmasını"* yasaya aykırı bulmuştur.⁵⁸ Aynı şekilde 5. Ceza Dairesi'nin 26.02.1988 tarih ve 5027/1278 sayılı ilamında da, ana-babası öldüğünden ailenin reisi konumunda olan ağabeyin rızası ile gerçekleşen kaçırma ve alıkoymada suçun oluşmadığı belirtilmiştir.⁵⁹

Ana-babanın veya vasinin rızasıyla yasal olmayan biçimde evlendirilen mağdurenin burada geçinemeyip ailesinin yanına dönmesinden sonra tekrar bu kimse ile kaçması halinde önceden açıklanan rıza dolayısıyla eylem suç teşkil etmez.⁶⁰ Yargıtay, ana-baba veya vasinin rızasıyla yasal olmayan biçimde evlendirilen mağdurenin, ailesinin yanına dönmeden, bu kimsenin yanından bir başkası ile kaçması halinde de suçun oluşmamacığını belirtmiştir.⁶¹

Ana-baba veya vasi tarafından evden kovulan küçüğün üçüncü bir kimsenin yanına sığınması ihtimalinde de alıkoyma suçu gerçekleşmez. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi 04.03.1993 tarih ve 515/959 sayılı ila-

⁵⁷ *"Aile nizamı aleyhine işlenen cürümlerden olan alıkoyma suçunun oluşması için mağdurenin anne ve babasının izninin olmaması gerektiği, olayımızda ise babası bulunmayan mağdurenin annesinin muvafakati ile sanıkla gayri resmi olarak evlendirildiği anlaşılmasına rağmen sanığın... cezalandırılması yasaya aykırıdır"* Yarg. 5. CD, 30.01.1990, 6353/401 (Bakıcı, s. 427); *"Babası ölü mağdurenin anasının rızası ile dini nikah yapılarak gayri resmi evlendirildiği anlaşılmasına göre aile düzeni aleyhine işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyeceği gözetilmeden rızaen alıkoymaktan mahkumiyet kararı verilmesi"* Yarg. 5. CD, 08.09.1992, 2407/2608 (Bakıcı, s. 417).

⁵⁸ Karar için bkz. Bakıcı, s. 426.

⁵⁹ Karar için bkz. Bakıcı, s. 431.

⁶⁰ Yarg. 5. CD, 28.02.1958, 1173/1362 (Önder, s. 569); aynı doğrultuda bkz. Malkoç, *Genel Adap*, s. 385; Bakıcı, s. 393. Karş. Dönmezer, *Genel Adap*, s. 255.

⁶¹ *"Reşit olmayan mağdurenin olay tarihinde gayri resmi kocasının evinde ikamet ettiği sırada diğer sanıkla rızasıyla kaçtığı anlaşılmasına göre, ortada aile düzeni aleyhine işlenmiş bir fiil bulunmadığından müsnet alıkoyma suçundan sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi.. yasaya aykırıdır"*. Yarg. 5. CD, 24.06.1992, 1871/2179 (Bakıcı, s. 418).

mında; “babası tarafından evden kovulan ve eve alınmayan mağdurenin, rızası ile sanığın evine gittiği ve orada kaldığı anlaşılmasına göre, aile düzenine karşı işlenmiş bir suç olmadığı halde alıkoyma suçundan hüküm kurulması” nı yasaya aykırı bulmuştur.⁶²

Ana baba veya vasinin muvafakatiyle, fakat reşit olmayanın rızasına aykırı şekilde gerçekleşen alıkoyma; mağdur üzerinde cebir, şiddet, tehdit veya hile kullanılması koşuluyla 430/1 kapsamında değerlendirilir. Açıkça rıza göstermeyen mağdur üzerinde cebir, şiddet, tehdit veya hile kullanılmamasına rağmen, faille gitmişse eylem suç teşkil etmez.⁶³

Son olarak reşit olmayan mağdurun rızasıyla gerçekleşen kaçırma veya alıkoyma sırasında, ana-baba, vasi ya da onlar adına rıza açıklamaya yetkili bir kimse veyahut olay yerinde bulunup da kaçırma eylemini engellemek isteyen üçüncü kişilere karşı failin cebir, şiddet veya tehdit kullanması halinde; 430/1’in mi yoksa 430/2’nin mi uygulanacağı hususu üzerinde de durulmalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 01.05.1989 tarih ve 109/170 sayılı kararında; “Mağdure ile sanık Seydi birlikte kaçmak için önceden anlaşmışlar ve mağdure rıza göstermişse de, mağdurenin reşit olmaması, ailesinin evlenmeye muvafakat etmemesi nedeniyle ana baba adına hareket ederek kaçırma engel olmak isteyen hala Safinaz’a yönelik şiddet eyleminin ana babaya yapılmış gibi kabul edilmesi gerekmektedir. Bu koşullar altında halanın karşı koymasını engellemek için yapılan cebir, şiddet; eylemi zorla kaçırma dönüşürecek ve kaçırmanın zor unsurunu teşkil edecektir. Ayrıca etkili eylem suçundan ceza verilemez” demiştir.⁶⁴ Doktrinde Dönmezer; “küçük gitmeye razı olmuş bulunmakla beraber, ebeveyn buna engel olduğu için onlar üzerinde cebir ve şiddet kullanılmış olursa gene suçun bu şekli (430/1) gerçekleşmiş olur” görüşündedir.⁶⁵ Malkoç’a göre de; “yasal temsilcilerin rızaları bulunmuyor, mağdure rıza ile gidiyorsa eylem suç oluşturduğu için, zorla kaçırma dönüşebilir. Çünkü bu durumda meşhut suçta vatandaşların da müdahale yetkisi, sanığı yakalamak yetkisi bulunmakta olup, buna karşı gelmekle suç zorla kaçırma niteliğine dönüşebilecektir.”⁶⁶ Kanaatimizce reşit olmayan mağdurun rızasıyla gerçekleşen kaçırma veya alıkoyma sırasında, rıza açıklamaya yetkili kimseler ya da olay yerindeki üçüncü kişiler üzerinde gerçekleştirilen cebir, şiddet veya tehdit, suçu zorla kaçırma veya alıkoymaya (TCK m. 430/1) dönüştürmez.⁶⁷ Eylem yine, TCK m. 430/2 kapsamındadır. Bu kimselere karşı gerçekleştirilen cebir, şiddet veya tehdit hareketleri 430/

⁶² Bakıcı, s. 411.

⁶³ Bakıcı, s. 393; Malkoç, *Genel Adap*, s. 385,386; Otacı, s. 285; Akbulut, s. 337.

⁶⁴ Karar ve bu karara ilişkin karşı oy yazıları için bkz. Bakıcı, s. 396 vd. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 5. CD, 09.04.1991, 927/2018 (Bakıcı, s. 422).

⁶⁵ Dönmezer, *Genel Adap*, s. 260.

⁶⁶ Malkoç, *Genel Adap*, s. 387.

⁶⁷ Aynı doğrultuda bkz. Akbulut, s. 337.

2'nin unsur ya da ağırlatıcı nedeni olmadığından gerçek içtima kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira yasa koyucu 430/1'de reşit olmayan mağdurun rızası hilafına gerçekleşen eylemleri yaptırma bağlamıştır. Mağdurun rızasının bulunmadığı hallerde, failin kaçırma ya da alıkoyma sırasında mağdur dışındaki kimselere de cebir, şiddet veya tehditte bulunması, 430/1'deki cebir unsuruna dahildir.⁶⁸ Ancak 430/2'de yazılı suçta, mağdur dışındaki kimselere yönelik cebir, şiddet veya tehdidin, bu suçun unsurlarından olduğunu söylemeye imkan yoktur.

E. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru kasttır. Failde genel kastın dışında “*şehvet hissi veya evlenmek maksadı*”nın (özel kast) bulunması da gerekir.⁶⁹

V. Kaçırma veya Alıkoyma Suçlarının Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Yukarıda da belirtildiği üzere kaçırma veya alıkoyma cürümleri (TCK m. 429, 430) mütemadi suç niteliği arz etmektedir. Bu suçlarda, cürmün tamamlanması ile bitmesi birbirinden farklı zamanlarda gerçekleşmektedir. Suç, mağdurun kendi hakimiyet alanından çıkartılıp failin nüfuz ve etki alanına nakledilmesiyle (kaçırma) veya failin egemenlik alanına kendi inisiyatifiyle giren mağdurun orada tutulmasıyla (alıkoyma) tamamlanır. Diğer bir anlatımla, mağdurun tamamen failin hüküm ve nüfuz alanına girdiği anda suç tamamlanmış sayılır.⁷⁰ Kaçırma veya alıkoyma cürmü neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan ihlâl sayılan hareket yapılıp yapılmaz suç tamamlanmış olur. Neticesi harekete bitişik suçlara tam teşebbüs olmaz. Zira kanuni tipte ihlâl dışında başka bir neticenin gerçekleşmesi (failin maksadının tahakkuku) aranmamaktadır. Kaçırma veya alıkoymaya yönelik icra hareketleri devam ettikçe cürme nakıs teşebbüs mümkündür.⁷¹ Ancak Yargıtay TCK'nın 430.

⁶⁸ “Sanığın, kaçırmak istediği mağdure Songül'ün, ablası Şengül'e sarılması üzerine ablasına sopa ile vurarak onu üç gün iş ve gücüne engel olacak şekilde yaralaması, zorla kaçırmaya kalkışmak suçunun cebir, şiddet unsuruna dahil olup, ayrı bir kasda dayalı bulunmadığı düşünülmüden... karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 5. CD, 03.03.1993, 529/911 (Bakıcı, s. 412).

⁶⁹ “Sanıkların mağdureyi şehvet hissi veya evlenmek maksadıyla değil, fuhuş yaptırmak amacıyla alıkoymaları kabul edildiği halde, ayrıca TCK'nın 430/2. maddesi ile haklarında mahkumiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 5. CD, 24.9.1987, 6680/4748 (Otacı, s. 304).

⁷⁰ Karş. Dönmezer, *Genel Adap*, s. 237, 240; Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler*, C. II, Ankara 1993, s. 1890; Önder, s. 560-561.

⁷¹ Yargıtay 429. maddeyle ilgili kararlarında cürme nakıs teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedir: örneğin, “Tarlada tütün kıran kıızı gitmek istemediği halde kolundan tutup birkaç adım sürüklemek, kızın bağırması, direnmesi ve sese tanığın yetişmesi üzerine bırakılması,

maddesine ilişkin muhtelif kararlarında⁷² kaçırma fiiline tam teşebbüsün de mümkün olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu, TCK'nın 429. maddesi ile ilgili verdiği bir kararında kaçırma cürmüne tam teşebbüsün mümkün olamayacağını şu cümlelerle ifade etmektedir: *"Suç kalkışma aşamasında kaldığına göre, eksik kalkışma mıdır? Yoksa tam kalkışma mıdır? Öğretide kaçırma suçlarına tam kalkışmanın mümkün bulunmadığı konusunda yazarlar birlik içerisindeyler... Zira kaçırma suçları hareket (maddi sonucu olmayan) suçları olup dış dünyada maddi sonuç doğurmadıklarından bu tür suçlara tam kalkışma olası değildir. Netice harekete bitişiktir. Olayda sanıklar işlemeyi kastettikleri mağdureyi kaçırmak suçuna elverişli vasıta ile başlamışlar, mani sebep nedeniyle (mağdurenin direnmesi) icra füllerini tamamlayamamış bulduklarından suç eksik kalkışma aşamasında kalmıştır. Zaten icra füllerini tamamlamış olsalardı suçun tamamlanmış sayılması gerektiğini kabulde zorunluluk vardı."*⁷³

2. İştirak

Temadi devam ettikçe yani kaçırılan veya alıkonulan mağdur serbest bırakılmadıkça inceleme konusu suçlara asli manevi iştirak dışında iştirakin her şekli mümkündür.

sarkıntılık değil kaçırmaya eksik teşebbüştür" (Yarg. CGK, 21.2.1966, 5/35-44, Dönmezer, Genel Adap, s. 239, dn. 9); "... Sanıkların, mağdureyi evinden, yolun kıyasına açılan bahçe kapısı önüne kadar getirdikleri sırada ve yola çıkmaya fırsat bulamadan, mağdurenin direnmesi, annesinin karşı koyması ve tanıkların yetişmeleri üzerine bırakıp kaçtıklarının anlaşılması karşısında, eylemin, henüz mücadele safhasında iken engellendiği ve bu nedenle sanıklar hakkında TCK'nın 61. maddesinin uygulanması gerektiği düşünülmeyen, tam teşebbüse yer verilerek, 62. madde ile hüküm (TCK'nın 429/1, 62., 433., 59. maddeleri uyarınca mahkûmiyet) kurulması, yasaya aykırıdır." Yarg. 5. CD, 17.6.1982, 1824/2494, (Gözübüyük, III, 5. Baskı, s. 945; Çağlayan, Mad. Muhtar, Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, C. III, Ankara, Tarihsiz, s. 598). Doktrinde, Tezcan-Erdem, kaçırma ve alıkoymayı birbirinden ayırmakta, alıkoymada gerek eksik gerekse tam teşebbüsün mümkün olamayacağını, buna karşılık kaçırmada sadece eksik teşebbüsün gerçekleşebileceğini belirtmektedirler. Tezcan-Erdem, s. 366.

⁷² Örneğin, "Bir kadının rızası dışında 200 metre mesafeye götürülmüş olması, onun ilk mücadele aşamasındaki direnmesinin kırıldığını göstermektedir. 200 metre mesafede dahi mücadelenin devamı, mağdurenin neticesiz mukavemetinin tezahüründen ibaret bulunması itibarıyla, bu hal, teşebbüsün derecesinin tayinine etkili olamaz. Başka tarlada çalışmakta olan tanıkların, feryatlar üzerine, olay yerine gelmeleri ile, suç tamamlanamamış ve tam kalkışma derecesinde kalmıştır. Bu durum karşısında, tam kalkışma yerine, TCK'nın 61. maddesi ile uygulama yapılması, Yasa'ya aykırıdır." Yarg. 5. CD, 25.1.1984, 4298/163 (Çağlayan, III, s. 613); "Sanıkların, mağdureyi, evinin önünden birkaç yüz metre uzaklığa kadar götürdükleri ve mağdurenin direnmesini sürdürmesi, tanıkların yetişmeleri üzerine bırakıp kaçtıkları kabul edilmiş bulunmasına göre; TCK'nın 62. maddesi yerine, 61. maddesinin uygulanması, karşı temyiz olmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır" Yarg. 5. CD, 2.12.1981, 3642/3524 (Çağlayan, III, s. 625).

⁷³ Yarg. CGK, 17.10.1988, 5-107/359, YKD, 1989 S. 4, s. 556.

3. İçtima

Cebir ve şiddet, reşit olan veya reşit kılınan kadını kaçırılması veya alıkonulması suçunun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni (TCK m. 429) olduğundan, kaçırma veya alıkoyma esnasında gerçekleştirilen müessir fiil ayrıca suç teşkil etmez. Aynı husus TCK m. 430/1 bakımından da geçerlidir.

Fail, şehvet hissi veya evlenmek maksadıyla kaçırdığı veya alıkoyma mağdura karşı, şehvetin tatminine matuf bir takım suçlar işlerse -örneğin, ırza geçme, ırza tasaddi- gerçek içtima kuralları uygulanır⁷⁴ ve faile her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilir ve toplanır. Kaçırma veya alıkoyma sırasında hukuki konusu farklı bir takım başka suçlar da gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 193). Fail gerçekleşen her iki suçtan da sorumludur.⁷⁵

Yargıtay kaçırma suçunun işlenmesi maksadıyla yapılan hilenin ayrı suç teşkil etmesi halinde, failin sadece kaçırmaya ilişkin hükümden (TCK m. 429, 430/1) sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Kararda; *“Sanıklar Mustafa ve Ethem’in kendilerine polis süsü vererek işledikleri eylemin kaçırma suçunun hile unsurunu teşkil ettiği gözetilmeden yazılı şekilde TCY’nin 252/1 maddesi ile mahkumiyetlerine karar verilmesi yasaya aykırıdır”* denmektedir.⁷⁶ Kanaatimizce *“hile”* memuriyetin gaspı suçu işlenmeksizin de gerçekleştirilebileceğinden, TCK m. 252’nin kaçırma suçunda bulunması zorunlu bir unsur olduğu düşünülemez. Bu itibarla TCK m. 429 ve 430/1’in unsuruna dahil bulunmayan memuriyetin gaspı suçundan (TCK m. 252) failin ayrıca cezalandırılması gerekir.

⁷⁴ *“ ... Sanığın “şehvet hissi” ile zorla kaçırdığı mağdurenin memelerini sıkmak ve öpmek suretiyle ayrıca sarkıntılık suçunu da işlediği anlaşılmaktadır. Bu yeni suçun kaçırmanın vuku bulmakta olduğu teşebbüs aşamasında veya kaçırmanın tamamlanmasından sonra işlenmesinde hiçbir fark yoktur. Sonuç olarak bu açıklama ve kabul karşısında Yerel Mahkeme uygulaması ve Özel Daire onama kararı sonucu itibariyle yerindedir. C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir”* Yarg. CGK, 12.12.1988, 466/526 (Bakıcı, Genel Adap, s. 240); *“Sanığın alıkoyma sırasında mağdureye ısrarlı bir şekilde cinsi münasebet teklif ettiği ve onun göğüslerini ellemeye yeltendiği oluşu uygun şekilde mahkemece de kabul edildiği halde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Dairemizce de benimsenen kaçırma ve alıkoyma suçlarının işlenmesi sırasında gerçekleştirilen sarkıntılık eylemlerinin müstakil suç oluşturacağına ilişkin 12.12.1988 ve 5/466-526 sayılı kararı dikkate alınmadan sarkıntılık suçundan da mahkumiyeti yerine alıkoyma suçunun şehvet unsurunu oluşturduğundan söz edilerek beraatine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”* Yarg. 5. CD, 3.12.1991, 446/5268 (Erdurak, Yılmaz Güngör, Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Ankara 1994, s. 693); *“Sanığın tamamlanan zorla kaçırma eyleminden sonra vuku bulan hareketleri ayrıca sarkıntılık suçunu oluşturduğu cihetle tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir”* Yarg. 5. CD, 9.12.1992, 3179/3882 (Bakıcı, s. 245). Yargıtay’ın daha önceki kararlarında sarkıntılığın şehvet hissiyle kaçırma ve alıkoymanın unsuru sayıldığını görmekteyiz: *“Sanığın mahkemece sarkıntılık olarak kabul edilen ve kaçırma sırasında kamyonun şoför mahalinde işlediği anlaşılan, mağdurenin elini okşamayı, göğüslerini sıkması ve onu yanağından öpmesi eylemlerinin şehvet hissiyle kaçırma*

VI. Ağırлатıcı Nedenler

1. Kaçırılan Kimsenin 12 Yaşından Küçük Olması

TCK'nun 431. maddesinde; *"kaçırılan kimse on iki yaşını doldurmamış ise fail, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanmamış olsa dahi cezası beş sene ağır haptisten aşağı olamaz"* denmektedir. Ağırлатıcı nedenin tatbiki bakımından mağdur on iki yaşını doldurmamış kız ya da erkek olabilir. Mağdurun on üçüncü yaştan gün almamış olması gerekir.⁷⁷ Kanunda *"kaçırılan kimse"* dendiğinden, ağırлатıcı neden sadece *"kaçırmak"* eylemine münhasır olarak tatbik edilir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.07.1991 tarih ve 5-197/228 sayılı kararında; *"TCK'nun 431. maddesi, koşullar olduğu takdirde sadece kaçırma suçlarına uygulanabileceğinden, alıkoyma suçunu işleyen sanık hakkında TCK'nun 430/2. maddesi ile uygulama yapılmalıdır"* denmektedir.⁷⁸ Son olarak ifade edelim ki, 12 yaşını doldurmamış küçüklerin kaçırılmasına ilişkin bu ağırлатıcı nedenin tatbiki bakımından failde şehvet hissi (mağdurun yaşı dolayısıyla evlenme maksadından söz edilemez) bulunmalıdır. Aksi halde tatbik edilecek hüküm TCK m. 182/2 dolayısıyla TCK m. 179'dur.

2. Mağdurun Yaralanması veya Ölmesi

TCK'nun 439. maddesinde; *"cebren kaçırma sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yaralanmanın derecesine göre ceza üçte birden bir misline kadar artırılır ve eğer ölürse fail müebbed ağır hapis cezasıyla cezalandırılır"* denmektedir. Böylece kaçırma sırasında mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde ceza artırılır. Kanunda *"alıkoyma"* hareketinden söz edilmediği için, alıkoyma esnasında mağdurun yaralanması veya ölmesi durumunda ağırлатıcı nedenin tatbiki mümkün değildir. Kanaatimizce böyle bir düzenleme kanunun amacı ile bağdaşmamaktadır.

Ağırлатıcı nedenin tatbiki açısından işlenen kaçırma suçunun *"cebri kaçırma"* mahiyetinde bulunması (TCK m. 429, 430/1) gerekir. Cebren kaçırma sırasında kaçırma eylemini gerçekleştirmek için kullanılan cebir ve şiddet suçun unsurlarına dahil olduğundan, 439. maddenin uygulanması

suçunun unsuru bulunduğu ve müstakil suç oluşturmadığı gözetilmeden ayrıca bu suçtan cezalandırılması ..." Yarg. 5. CD, 1.4.1987, 4000/1923 (Bakıcı, s. 259).

⁷⁵ Bkz. Önder, s. 564.

⁷⁶ Yarg.5. CD, 22.06.1993, 2208/2562 (Bakıcı, s. 377).

⁷⁷ Malkoç, Genel Adap, s. 426.

⁷⁸ Karar için bkz. Otacı, s. 315; Yarg. 1. CD, 06.07.1988, 2448/2532 (Yaşar, s. 968).

meydana gelen yaralamanın kaçırmayı gerçekleştirmek için kullanılması gereken cebir ve şiddetin sınırlarını aşmış olmasına bağlıdır.⁷⁹

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 31.05.1999 tarih ve 1303/2629 sayılı kararında; "TCK'nın 439. maddesinin uygulanabilmesi için mağdurenin cebren kaçırma sırasında yaralanması (veya ölmesi), mevcut arızaların yara niteliğinde bulunması ve failin arzusu dışında yani kasta bağlı olmayarak meydana gelmiş olması koşul bulunduğundan mağduerde saptanan sağ yanağında üç adet tırnak izi ve 5 cm. çapındaki kızarıklığın yara niteliğinde olmadığı (...) halde (...) sanığın tayin edilen cezasının anılan madde ile artırılması yasaya aykırıdır" denilmek suretiyle hükmün tatbik koşullarından bahsedilmiştir.⁸⁰

Mağdurun yaralanması veya ölmesi, failin kaçırma suçunun icra hareketlerini gerçekleştirirken meydana gelen taksirli eylemlerden (örneğin, kaçırma sırasında kullanılan aracın devrilmesi sonucu mağdurun ölmesi⁸¹), üçüncü kişilerin hareketlerinden (örneğin, failleri engellemek için ateş eden kimsenin mağduru vurması), bizzat mağdurun kendi hareketlerinden (örneğin, kaçırma sırasında araçtan atlaması⁸²) veya kaçırma sırasında meydana gelen doğal olaylardan kaynaklanabilir.⁸³ Ancak her halükarda ölüm ya da yaralama neticesi ile kaçırma fiili arasında nedensellik bağlantısı kurulabilmelidir. Failin kaçırma eyleminden bağımsız olarak mağduru öldürmesi ya da yaralaması halinde hükmün tatbiki mümkün değildir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.04.1985 tarih ve 5-400/191 sayılı kararında; kaçırma eylemini tamamlayamayacağını anlayan sanığın elindeki tabanca ile başından vurarak mağduru öldürmesi 439. madde kapsamında değil, kasten adam öldürme (TCK m. 450/7) olarak değerlendirilmiştir.⁸⁴

⁷⁹ "Saptanan bulguların sıyrık ve ekimoz niteliğinde olup, kaçırmanın zor unsuruna dahil bulunduğu ve yara niteliğinde olmadığı gözetilmeden sanık hakkında TCK'nın 439. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini.." Yarg. 5. CD, 04.12.1997, 4153/4398 (Yaşar, s. 981); "Mağdurenin muayenesine ait raporda saptanan ekimozların, kaçırmanın zor unsuruna dahil olduğu ve yara niteliğinde bulunmadığı göz önüne alınmadan TCK'nın 439. maddesinin uygulanması..." Yarg. 5. CD, 12.11.1987, 8345/6288 (Bakıcı, s. 545); Yarg. 5. CD, 22.05.1987, 5578/3011 (Bakıcı, s. 546).

⁸⁰ Karar için bkz. Yaşar, s. 980.

⁸¹ Yarg. CGK, 08.04.1985, 400/191 (Malkoç, Genel Adap, s. 517).

⁸² Yarg. 5. CD, 31.10.1991, 3842/4662 (Malkoç, Genel Adap, s. 524); Yarg. 5. CD, 03.04.1990, 1051/1822 (Bakıcı, s. 544, 545); Yarg. 5. CD, 12.03.1987, 8387/1425 (Bakıcı, s. 546, 547).

⁸³ Dönmezer, Genel Adap, s. 269 vd.; Önder, s. 579; ayrıca bkz. Akbulut, s. 345, 346; Tezcan-Erdem, s. 367, 368.

⁸⁴ Karar için bkz. Malkoç, Genel Adap, s. 522.

TCK'nın 439. maddesinde geçen yaralanmadan; "az veya çok bir tedaviyi zorunlu kılan bedeni rahatsızlıkları" anlamak gerekir.⁸⁵ Mağdurun kaçırma dolayısıyla bazı ruhsal karışıklık veya arızalara uğraması madde kapsamında değerlendirilmez.⁸⁶

VII. Hafifletici Nedenler

1. Faal Nedamet

TCK'nın 432. maddesinde; "Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiç bir şehevi harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429. maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 431. maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır" denilmek suretiyle bu hafifletici nedene yer verilmiştir. Madde metninde yer alan "430. maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.2002 tarih ve 2001/79 E, 2002/194 K. sayılı ilamıyla iptal edilmiş ve iptal kararı Resmi Gazetede yayınlandığı 12.04.2003 tarihinden bir yıl sonra (12.04.2004) yürürlüğe girmiştir.⁸⁷ Yasa koyucu bu süre içerisinde 432. madde metninde iptal kararına uygun düzenleme getirmediğinden 430. maddedeki yazılı haller bakımından hükmün tatbik imkânı kalmamıştır.

⁸⁵ Dönmezer, Genel Adap, s. 272. "Mağdurenin muayenesine dair doktor raporlarından kaçırma sırasında kafatasında çatlak meydana gelecek şekilde yaralandığı anlaşıldığı halde cezanın TCK'nın 439. madde ile artırılmaması.." Yarg. 5. CD, 10.02.19945/450 (Bakıcı, s. 543); "Mağdure hakkında düzenlenen 18.02.1992 günlük raporda tarifi yapılan raddi sıyrık ve ekimozların TCK'nın 439. maddesinde yazılı yara niteliğinde olup olmadığı araştırıldıktan sonra bu maddenin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmaması..." Yarg. 5. CD, 30.06.1992, 2081/2279 (Bakıcı, s. 544); "Sanık tarafından zorla kaçırılmaya teşebbüs edildiği sırada arabanın hareket etmesi nedeniyle yerde sürüklenen mağdurenin 10 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığı mevcut rapordan anlaşıldığı halde TCK'nın 439. maddesinin uygulanmaması..." Yarg. 5. CD, 08.10.1991, 3066/4096 (Bakıcı, s. 544); "Müdahil Emine'nin 7 gün iş ve gücüne engel teşkil eden muhtelif yerlerindeki sıyrık, ekimoz ve hematomların "yara" niteliğinde olduğu Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu'nun 18.03.1987 günlük raporuyla açıklanmış ve mahkemece bu yaraların sürüklenme sırasında meydana geldiği kabul edilmiş olmasına rağmen sanıklar hakkında ... 439. maddenin uygulanmaması..." Yarg. 5. CD, 13.04.1988, 4421/3049 (Bakıcı, s. 545).

⁸⁶ Dönmezer, Genel Adap, s. 272, 273.

⁸⁷ Kararda; "itiraz yoluna başvuran Mahkeme, TCK'nın 432. maddesinin aynı kanununun 430. maddesindeki halde daha az ceza öngören kısmının, reşit olmayan mağdurun gerek zorla gerekse rızasıyla kaçırılması veya alıkonulması ve rıza ile iade edilmesi hallerinin aynı tür ve miktarda yaptırma bağlandığını, oysa rızasıyla iade olmaması durumunda, failin zorla kaçırma veya alıkoymasında beş senden on seneye, rızası ile kaçırma veya alıkoymasında ise, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılmasının öngörüldüğünü, bir insanın zorla kaçırılması ile rızasıyla götürülmesinin kamu düzenini aynı derecede bozan fiiller olmadığını ve nedenle

Hafifletici nedenin uygulanması, failin kaçırma veya alkoyma cürmünü işledikten sonra mağduru hiçbir şehvi harekette bulunmaksızın⁸⁸ kendiliğinden (pişman olarak) serbest bırakmasına bağlıdır. TCK m. 432 serbest bırakmanın nerede gerçekleşeceğini belirtmektedir. Mağdur kaçırıldığı eve veya ailesinin evine veya ailesi tarafından alınması mümkün emniyetli bir yere⁸⁹ getirilip serbest bırakılmalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.02.1985 tarih ve 312/85 sayılı kararında bu koşullardan söz etmiştir; “432. maddenin uygulanabilmesi için; 1- kaçırılan veya alıkonulan kişiye karşı hiçbir şehvi harekette bulunulmaması, 2- mağdurenin; kaçırıldığı eve, veya ailesinin evine iade edilmesi yahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirilip serbest bırakılması, 3- failin iade ve terk fiilini kendiliğinden yapması gerekir. Mağduru artık muhafaza etmenin imkansızlığı veya tehlikeli oluşu veya takipten kurtulmak maksadıyla terk yahut mağduru başkasının kurtarması gibi haller haricinde failin vicdan azabı duyarak, mağdura acıyarak veya olayımızda olduğu gibi ciddi bir engel teşkil etmeyecek bir uyarıyla serbest bırakmak fiilini kendiliğinden iade veya serbest bırakmak olarak saymak, kanunun ruh ve amacına, kanunla korunmak istenen hukuki değerlere, adalet ve hakkaniyet kurallarına uygun olur.”⁹⁰

rıza ile kaçırma veya alkoymadaki iade durumunda daha az ceza öngörülmemesinin Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür. (...)

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Ceza kanunları, Anayasanın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenir. Bu nedenle, yasakoyucunun ceza politikasının öncelikle, Anayasanın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine uygunluğunu gözetmesi gerekir. Ceza önleмиyle toplumsal barışı amaçlayan devlet, kimi suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözeterek değişik cezalar uygulayabilir. Anayasanın 38. maddesinde, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir eyleminden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, cezalarla ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlıklarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı, ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi temel ceza ilkeleri belirtilerek, bu ilkeler doğrultusunda ne gibi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçlara ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağı saptanması yasakoyucuya bırakılmıştır. Yasaların

2. Evlenme Maksadıyla Kaçırma veya Alıkoyma (TCK m. 433)

TCK'nun 433. maddesinde; *"Yukarıki maddelerde yazılı cürümlerden biri mahza evlenmek maksadiyle işlenmiş ve bir gûna tecavüz vuku bulmamış ise fail hakkında tâyin olunacak ceza üçte birden yarıya kadar indirilir."* denilmektedir.

Fail, evlenme maksadıyla kaçırdığı veya alıkoyma yaptığı mağdura her hangi bir tecavüzde bulunmazsa ceza sı indirilir. Buradaki indirim evlenecek kadının iradesine yer vermeyen bir nedene dayalıdır. Fiil evlenme amacıyla yapılırsa da kadın açısından etkisi aynı olacağı için, cezanın yarıya kadar indirilmesi yerinde değildir.

Yargıtay verdiği kararlarda hükmün tatbiki açısından faille mağdur arasında evlenme engelinin bulunmamasını aramaktadır.⁹¹ Bu itibarla 431. maddede yazılı fiilin işlendiği hallerde 433. maddenin uygulanması mümkün değildir. Ancak mağdurdan kaynaklanan evlenme engelini bilmeyen, bu konuda yanılan failin, maddeden istifade ettirilmesi gerekir.⁹²

Maddede geçen *"bir gûna tecavüz vuku bulmamış"* tabirinden anlaşılan failin hiçbir şehvi harekette bulunmamış olmasıdır.⁹³ Yoksa burada teknik anlamda (TCK m. 414,416) *"ırza tecavüz"* kastedilmemektedir. Bunun dışında failin bir takım şehvi hareketlere yönelik sadece teklifte bulunması, maddedeki tecavüzi hareketler kapsamında değerlendirilmez.⁹⁴

kamu düzeninin kurulması ve korunması, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. İtiraz konusu kurala göre, mağduru rızası ile kaçıran veya alıkoyma faili onu iade etse bile aynı ayını ceza ile cezalandırılacak, oysa aynı maddede düzenlenen ve eylemin cebir, şiddet, tehdit veya hile ile gerçekleştirilmiş olan daha ağır halinde ise, mağduru iade edilmesine bağlı olarak daha az ceza uygulanacak ve cezanın türü hafifleyecektir. Bu durum hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı düşmekte, yasakoyucunun mağduru serbest bırakmayı ve faal nedameti özendirmeye yönelik gerçek arzusu ile de çelişmekte ve fail bu konudaki lehe düzenlemeden yararlandırılmamış olmaktadır. Suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi bozan düzenlemeler yasakoyucunun takdir yetkisi içinde görülemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. A- 1.3.1926 günlü, 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinin "... 430. maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar" bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, B- İptal edilen bölümün doğuracağı hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit edici nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasanın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine 26.11.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi." denilmektedir. Bkz. RG, 12.04.2003.

⁸⁸ *"Alıkoyma mağdureyi çirliçiplak soyan sanık hakkında TCK'nın 432. maddesiyle uygulama yapılması ... bozmayı gerektirmiştir."* Yarg.5. CD, 9.9.1992, 2267/2645 (Bakıcı, s. 469); *"Sanığın mağdure ile seviştiği mağdurenin beyanı ve doktor raporu içeriğiyle anlaşılmasına"*

VIII. Kovuşturma ve Evlenmenin Etkisi (TCK m. 434)

Kaçırma ve alıkoyma suçlarının kovuşturması re'sen yapılacaktır. Suçtan zarar görenin şikâyetine ihtiyaç yoktur.

Burada evlenmenin kaçırma ve alıkoyma suçunun kovuşturmasına etkisi üzerinde de durmak gerekir. TCK'nın 434'üncü maddesinde; *"Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektilmesi tecil olunur (f. 1). Müruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektilir (f. 2). Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416'ncı maddeler hakkında da caridir (f. 3). Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir (f. 4)."* demek suretiyle, kaçırma, ırza geçme, ırza tasaddi suçlarında fail ile mağdurun evlenmesi bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir.⁹⁵ Hükümün me hazını oluşturan 1889 İtalyan CK'nin 352. maddesinin gerekçesinde; *"önce aralarında cürüm vuku bulan ve sonra en kudsi bağla birleşen iki şahsı, cezai takibattan dolayı birbirinden ayırmamak haklı ve adalete muvafiktir. Diğer taraftan cezai muafiyet bahşedilmek suretiyle namusu ihlal edilen bir kadına en büyük telafi sebebi olacak olan evlenmenin kolaylaştırılması gayet ihtiyatlı bir tedbirdir"* denmektedir.⁹⁶ 1930 İtalyan Ceza Kanununun konuyla ilgili 544. maddesi, 1981'de yürürlükten kaldırılmıştır. Mukayeseli Hukukta bazı kanunlarda benzeri düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin, Portekiz CK, (m. 400), evlenme halinde davanın devam edeceğini ve hükümle sonuçlanacağını (böylece zamanın geçmesi, delillerin kaybolması gibi mahzurlar ortadan kalkmaktadır), ancak sanığın tutuk halinin sona ereceğini öngörmektedir. Muhakemede sanık duruşmalara gelmek zorunda değildir. Mahkeme yargılama sonunda cezayı tespit eder, infazı erteler. Evlenme tarihinden itibaren beş sene içerisinde erkeğin kusuruyla boşanmaya hükmedilirse evvelce tespit olunan ceza derhal infaz

rağmen ... 432. madde ile uygulama yapılması..." Yarg. 5. CD, 17.06.1999 (Yaşar, s. 970); *"Sanığın mağdureye sarkıntılıktaki bulunduğu kabul edildiği halde... TCK'nın 432. maddesi ile ceza tayini yolsuzdur."* Yarg. 5. CD, 28.10.1998, 3397/4015 (Yaşar, s. 970).

⁸⁹ Yargıtay; polis karakolunu (Yarg. 5. CD, 31.05.1999, 1386/2642, Otacı, s. 326; Yarg. 5. CD, 09.09.1996, 2534/2801, Otacı, s. 327, 328); jandarma karakolunu (Yarg. 5. CD, 10.07.1992, 1749/2475, Otacı, s. 328; Yarg. 5. CD, 16.11.2000, 2333/6248, Taşdemir-Özkepir, s. 478), köy muhtarını (Yarg. 5. CD, 06.05.1960, 1452/2281, Önder, s. 575), hastaneyi (Yarg. 1. CD, 06.03.1984, 778/941, Önder, s. 575), çarşı içini (Yarg. 5. CD, 26.10.1993, 3340/3813, Bakıcı, s. 467) bırakılan mağdurun "emniyetli yere" iade edildiğini kabul etmiştir.

⁹⁰ Karar için bkz. Otacı, s. 324. *"Kaçırılan mağdureyi babasının anlaştığına dair çıkan söylentiler üzerine getiren sanık (eyleminde "kendiliğinden", dış etki olmaksızın iade unsuru oluşmadığından cezayı hafifleştirici hükümlerden yararlandırılmaz"* Yarg. CGK, 07.03.1979, 5-30/94 (Otacı, s. 325, 326).

edilir. 1960 Romen CK, (m. 427) uyarınca da, sanıkla mağdurun evlenmesi halinde irza geçme suçu cezalandırılmaz.

TCK m. 434'ün tatbiki açısından evlenme, MK hükümlerine uygun bir şekilde gerçekleşmelidir. Sanık ile mağdurun karı-koca gibi birlikte yaşamaları, hatta bu duruma ebeveynlerin rızası cezasızlık nedeninin tatbikini gerektirmez.⁹⁷

Sanığın evlenmek istemesi, ancak mağdurun kabul etmemesi ya da yaşının küçüklüğü dolayısıyla velisinin izin vermemesi durumunda, sanığın üzerine düşeni yaptığından bahisle 434. madde uygulanamaz.⁹⁸

Hata sonucu irza tasaddi, irza geçme ya da kaçırmanın kastedilenden başkasına karşı işlenmesi ihtimalinde, evlilik bilfiil suçun üzerinde işlendiği kimseyle olmalıdır. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır.⁹⁹

Mağdur, suça iştirak etmiş kişilerden biri ile evlenmelidir. Bu kimse- nin asli ya da fer'i şerik olması arasında fark yoktur. Mağdurun, sanıklar dışında bir kimse ile evlenmesi hükmün tatbikini gerektirmez. Bu itibarla, birbirinden bağımsız olarak irza geçme, irza tasaddi ya da kaçırma suçunu işleyen faillerden birinin mağdurla evlenmesi, diğerinin durumunu etkilemez. Onun hakkında koğuşturma veya cezanın infazı devam eder.¹⁰⁰

Hazırlık soruşturmasında gerçekleşen evlenme, sanık hakkında kamu davası açılmasını engeller.¹⁰¹ Evlenme kamu davası açıldıktan sonra vuku bulursa, davanın teciline¹⁰² karar verilir. Henüz kesinleşmemiş hükümden sonra evlenme de, davanın tecili sonucunu doğurur. Çünkü kesinleşmiş bir ceza olmadığından, cezanın infazının ertelenmesi mümkün değildir. Ayrıca bu ihtimalde gereken "*tecil kararı*"nın verilmesi için dosya Yargıtay'da ise, yerel mahkemeye gönderilmelidir.¹⁰³ Hüküm kesinleştikten sonra ise, ce-

⁹¹ "Nüfus kayıt örneğinden evli olduğu anlaşılan sanığın suç tarihinde boşanmış ve evlenmeye engel hali olup olmadığı araştırılmadan sanıklar hakkında TCK'nın 433. maddesinin uygulanması" Yarg. 5. CD, 31.05.1999, 1289/2655 (Taşdemir-Özkepir, s. 479); "Kayden 29.12.1978 doğumlu olan mağdurenin suç tarihinde 14 yaşını doldurmaması nedeniyle Medeni Kanun uyarınca hakimın hükmüyle dahi evlenemeyecek yaşta olduğu gözetilmeyerek sanıkların cezasından TCK'nın 433. maddesiyle indirim yapılması, yasaya aykırıdır." Yarg. 5. CD, 18.01.1994, 4422/5 (Otacı, s. 336); "Mağdurenin suç tarihinde 14 yaşını bitirmediği, bu durumuyula hakimın hükmü ile de evlenemeyeceği göz önüne alınmadan TCK'nın 433. maddesinin uygulanması doğru değildir." Yarg. 5. CD, 05.02.1987/2692/599 (Otacı, s. 338).

⁹² Bkz. Akbulut, s. 344; Bakıcı, s. 479; Otacı, s. 331.

⁹³ "Sanığın rızaen kaçırıp alıkoyduğu mağdure ile cinsel ilişkiye varmayacak şekilde seviştiği sanık ve mağdurenin beyanlarından anlaşılmasına göre TCK'nın 433. maddesinin uygulanması suretiyle czadan indirim yapılması yasaya aykırıdır" Yarg. 5. CD, 24.05.2001, 7012/3612 (Taşdemir-Özkepir, s. 479); "TCK'nın 433. maddesinin bir güne tecavüzün vuku bulunmuş olmasını öngörmüş bulunmasına ve sanığın öpmek, sevip okşamak vesair şehevi hareketlerde bulunmak suretiyle alıkoyduğu mağdureye tecavüzde bulunması ... karşısında ... hükmünün bozulmasına" Yarg. CGK, 20.10.1975, 235/248 (Otacı, s. 332, 333); "Mahkeme, maddenin

zanın infazı tecil edilir. Ceza infaz edilirken gerçekleşen evlenme de, aynı şekilde infazın ertelenmesi neticesini doğurur. Ancak infaz bittikten sonra, evlenmenin her hangi bir etkisi olamaz.¹⁰⁴

Suç iştirak halinde işlenmişse (TCK m. 434/son), sanıklardan birinin mağdurla evlenmesi, diğer şerikler hakkında açılmış davanın ya da verilmiş olan cezanın infazının düşmesini sonuçlar.¹⁰⁵

Evlenmenin gerçekleştiği tarihten itibaren söz konusu suçun zamanaşımını süresi¹⁰⁶ içinde kocanın kusuruyla boşanma vuku bulursa, koğuşturmayaya veya verilen cezanın infazına kaldığı yerden devam edilir.

Şu halde, evlenme hazırlık soruşturması veya sonsoruşturma sırasında ya da hükmün kesinleşmesinden önce vuku bulmuş ise, suçun işlendiği tarihten itibaren başlayan (Bkz. TCK m. 102, 103 ve 104) dava zamanaşımının hitamına kadar, sanığın kusuru ile boşanma, koğuşturmanın kaldığı yerden devam etmesine neden olur. Bu bakımdan tecil kararı dava zamanaşımının durmasını (bkz. TCK m. 107) sonuçlamaz.¹⁰⁷ Evlenme cezanın infazı sırasında gerçekleşmişse, infazın kesintiye uğradığı tarihten itibaren başlayan ceza zamanaşımı (TCK m. 113) süresi içerisinde vuku bulan haksız boşanma, sanık hakkında hükmedilen cezanın kaldığı yerden infaz edilmesini gerektirir.¹⁰⁸ İştirak halinde işlenen suçlarda, faillerden birisinin evlenmesi, diğer şerikler hakkındaki davanın ya da cezanın infazını düşürdüğünden, haksız boşanma bunların durumuna etki etmeyecektir.¹⁰⁹

açık hükmüne rağmen, sanığın mağdure ile seviştiğini kabul ettiği halde, cezadan indirme yapmak suretiyle, yasaaya aykırı uygulamada bulunmuştur” Yarg. CGK, 25.02.1974, 5-488/131 (Otacı, s. 333).

⁹⁴ Bkz. Yarg. 5. CD, 22.01.1981, 28/57 (Otacı, s. 338, 339).

⁹⁵ Tezcan-Erdem, s. 350.

⁹⁶ Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, C. III, Ankara 1980, s. 196.

⁹⁷ Erem, II, s. 1903.

⁹⁸ Bakıcı, s. 491.

⁹⁹ Yarg. 5. CD, 24.9.1949, 3692/4102 (Bakıcı, s. 492).

¹⁰⁰ Bakıcı, s. 492.

¹⁰¹ Bir düşünceye göre, hazırlık soruşturmasında sanıkla mağdurun evlenmesi kamu davasının açılmasını engellemez. Bu durumda dava açılmalı ve mahkeme davanın teciline karar vermelidir. Bkz. Bakıcı, s. 491.

¹⁰² Yarg. CGK, 3.10.1988 tarih, 5-220/322 sayılı kararında 434. maddede yer alan “tecil” kavramının, CMUK’nun 253. maddesinde yer alan “kamu davasının durması” kararından farklı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, zamanaşımı, “kamu davasının durmasında” durur. Kamu davasının tecilinde ise, durmaz. Durma kararı kişiseldir. Tecil ise, şeriklere sirayet eder. Durma kararında gaye, sanığa ceza verilmemesini temin, tecilde ise, kurulan evlilik müessesesini korumaktır. Durma kararının kalkması, sanığın iradesi dışında bir şahıs, merci veya organın şikayet, izin veya kararına bağlıdır. Tecilin kalkması ise, tamamen sanığın iradesiyle haksız boşanmaya sebebiyet vermektir. Bkz.

IX. TCK Tasarılarında Kaçırma veya Alıkoyma Suçları

14.04.2003 tarihinde Bakanlar Kurulunca Meclise arzı kararlaştırılan, 12.05.2003 tarihinde de Başbakan tarafından TBMM Başkanlığı'na gönderilen 2003 TCK Tasarısında 325. maddede kaçırma ve alıkoyma suçları düzenlenmiştir. 325. madde, TCK'nın 429., 430. ve 431. maddelerini bir arada düzenlemiştir. 325. maddede düzenlenen suçun mağduru kadın ya da erkek herkes olabilir. Böylece TCK m. 429 (mağdur sadece kadın) ile 430 (kız ya da erkek reşit olmayan kimse) arasında mevcut bulunan farklılık ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca "akıl hastaları"na yönelik eylemler bakımından "mefruz cebre" yer verilerek TCK'daki boşluk giderilmiştir. Mağdurun evli olmasına ilişkin ağırlatıcı neden (TCK m. 429/2) bakımından sadece "kaçırma" eyleminden söz edilmiştir ki (m. 325/2), evli bir kimsenin alıkonulması halinde yasal boşluk bırakıldığından bu düzenleme yerinde değildir. Buna karşılık TCK m. 431'de sadece "kaçırma"dan söz edilmişken, Tasarı (m. 325/5) hem kaçırma hem de alıkoymayı kapsayacak tarzda hükmün tatbikini öngörmüştür. Bu da yerinde bir düzenlemedir. Maddenin son fıkrasında kaçırma ve alıkoymanın reşit kimseler hakkında işlendiğinde şikayete bağlı olduğu hükme bağlanmış, ancak şikayetten vazgeçilemeyeceği kuralı getirilmiştir. 2003 Tasarısı'nın 326. maddesi, TCK'nın 432. ve 433. maddelerine paralellik arz etmektedir. 327. madde; kaçırılan veya alıkonulan ile sanık veya hüküm-

Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, 3. Cilt, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 4153, 4154. Doktrinde, 434. maddede yer alan "tecil" in, CMUK'nun 253. maddesinde yer alan "durma kararı" ile eş anlamda olduğu belirtilmiştir. Bkz. Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2000, no. 5.21 (59), s. 92; Dönmezer, *Genel Adap*, s. 126; Özüttürk, II, s. 719.

¹⁰³ Erem, II, s. 1903. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. CGK, 22.9.1986, 377/394 (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, 3. Baskı, s.4156); Yarg. CGK, 27.1.1986, 493/35 (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, 3. Baskı, s. 4156).

¹⁰⁴ Nitekim Yargıtay, 20.5.1957 tarih ve 2315 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, sanığın cezasını tamamen çektikten sonra mağdurla evlense bile, bu cezanın, daha sonra işlediği suçlarda tekerrür hükümlerinin tatbikinde dikkate alınacağını belirtmiştir. Bkz. Taşdemir, Kubilay-Özkepir, Ramazan, *Son Değişikliklerle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1999, s. 994.

¹⁰⁵ Yarg. 5. CD, 24.6.1999, 1847/3281; Yarg. 5. CD, 23.10.1998, 3331/3811 (Taşdemir-Özkepir, 1999, s. 994).

¹⁰⁶ Doktrinde Sosyaslan, TCK m. 423/2'ye atfen, beş senelik sabit bir süreden söz etmektedir. Sosyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 322, 323.

¹⁰⁷ Bakıcı, s. 493.

¹⁰⁸ Aynı doğrultuda bkz. Bakıcı, s. 193; Tezcan-Erdem, s. 351. Doktrinde Önder, 434. maddede belirtilen zamanaşımı süresinin evlenme tarihinden itibaren başladığı görüşündedir. Önder, s. 485.

¹⁰⁹ Önder, s. 485; Bakıcı, s. 493.

lülerden birinin evlenmesi halinde, fail hakkında kamu davasının ya da ceza verilmişse çektirilmesinin ertelenmesini düzenlemiştir. Evlenme tarihinden itibaren beş yıl içinde fail tarafından haksız olarak meydana getirilmiş bir nedenle boşanmaya hükmedilmesi, kovuşturmanın yenilenmesini ya da evvelce hüküm verilmişse cezanın çektirilmesini gerektirir (327/2). Faille mağdur arasındaki evlenme, suçun şerikleri hakkında kamu davasının ya da cezanın düşmesi sonucunu doğurur (327/son). Tasarı'nın 329. maddesi, TCK'nın 439. maddesine paralellik arz etmektedir.

2003 TCK Tasarısı, 13.05.2003'te TBMM Başkanlığı tarafından Adalet Komisyonuna gönderilmiş, TBMM Adalet Komisyonu tarafından da 28.07.2003 tarihinde "*geneli üzerindeki görüşmelerin tamamlanmasından sonra maddelerin ayrıntılı bir biçimde incelenerek gerekli değişiklik ve düzenlemelerin yapılması için*" alt komisyona havale edilmiştir. Dar katımlı TBMM Adalet alt komisyonunda¹¹⁰ 21.10.2003 tarihinden 12.05.2004 tarihine kadar hükümet tasarısı üzerinde çalışılmış ve tasarı metni üzerinde kapsamlı değişikliklere gidilmiştir. Bu metin "*Adalet Alt Komisyonu'nda Kabul Edilen Metin Türk Ceza Kanunu Tasarısı*" adıyla komisyon tarafından kitap halinde bastırılmıştır. Haziran 2004'te bu defa daha geniş katılımla¹¹¹ Adalet Komisyonu'nda, alt komisyon metni ele alınmış, burada da bazı değişiklikler yapılmış, bu değişiklikler bağlamında gerekçeler de düzeltilerek nihai metin 4 Ağustos 2004 tarihinde basılmak üzere TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. İnceleme konusu suç, söz konusu metnin özel kısmında, hürriyete karşı suçlar başlıklı yedinci bölümde düzenlenmiştir. 2004 TCK Adalet Komisyonu metninde önemli bir yenilik olarak TCK'nın farklı maddelerinden düzenlenen hürriyeti tahdit ve kaçırma ya da alıkoymaya yönelik eylemler tek bir madde altında yaptırıma bağlanmıştır. Gerçekten "*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" başlıklı 109. maddede;

¹¹⁰ Tasarayı hazırlayan Adalet Alt Komisyonu şu üyelerden teşekkül etmiştir: Hakkı Köylü (Alt Komisyon Başkanı, Kastamonu Milletvekili), Halil Özyolcu (Ağrı Milletvekili), Bekir Bozdağ (Yozgat Milletvekili), Feridun Ayvazoğlu (Çorum Milletvekili), Orhan Eraslan (Niğde Milletvekili). Alt Komisyona, Keskin Kaylan (Yargıtay Üyesi), Doç.Dr.Ahmet Gökçen (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi), Doç.Dr.İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi), Doç.Dr.Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi), Zekeriya Yılmaz (Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) ve Yusuf Solmaz Balo (Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) danışmanlık yapmışlardır.

¹¹¹ Buradaki toplantılara, TBMM Adalet Komisyonu Başkanı Bartın Milletvekili Köksal Toptan, komisyon üyesi diğer milletvekilleri, Alt Komisyona katılan danışmanlar, Hükümet Adına Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Kanunlar Genel Müdürü Niyazi Güney ile Yargıtay üyeleri Osman Şirin, Kubilay Özkan, Doç Dr. A. Rıza Çınar iştirak etmiştir.

“1. Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hüriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

2. Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada, cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

3. Bu suçun;

a. Silâhla,

b. Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c. Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d. Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e. Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f. Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

4. Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması hâlinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

5. Suçun cinsel amaçla işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

6. Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” denmektedir.

Maddede suçun “cinsel saik”le işlenmesi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. 2004 TCK Adalet Komisyonu metninin 110. maddesinde de failin suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce, mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması cezayı hafifletici bir neden olarak dikkate alınmıştır. Yine TCK ve 2003 TCK Tasarısı’ndan farklı olarak, 2004 Adalet Komisyonu Metninde sanıkla mağdur arasındaki evlenme, kovuşturma ya da cezanın infazına etkili bir hal olmaktan çıkarılmıştır.

X. Sonuç

Kaçırma ve alıkoymaya ilişkin hükümlere (m. 429 vd.), faildeki şehvet hissi ve evlenme maksadı nazara alınarak umumi adap ve aile düzenine karşı suçlar arasında yer verilmiştir. 2003 TCK Tasarısında da benimsenen bu düzenleme şeklinin (cinsel bütünlüğe ve edep törelerine karşı suçlar arasında) yerinde olmadığını ifade etmek gerekir. TCK’da dağınık şekilde

düzenlenen hürriyetin sınırlandırılmasına yönelik hükümleri bir araya toplayan 2004 TCK Adalet Komisyonu Metni'ni bu noktada yerinde buluyoruz.

Mevcut düzenleme şekli benimsendiğinde 429. ve 430. maddeler arasında suçun mağduru bakımından ortaya çıkan uyumsuzluğun giderilmesi gerekmektedir. Ayrıca reşit akıl hastalarına yönelik şehvi hislerin tatmini amacıyla gerçekleştirilen kaçırma ve alıkoyma eylemlerinin "*rızanın varlığından*" bahisle cezasız bırakılması adalet duygularını sarsmaktadır. 2003 TCK Tasarısının ve 2004 TCK Adalet Komisyonu Metni'nin bu noktada yerinde hükümler içerdiğini belirtmek gerekir.



HUKUK ARAŞTIRMALARI VAKFI

KAPANI - SAVCI İNSAN HAKLARI İNCELEME ÖDÜLÜ

2003 - 2004 YILI İNCELEME KONUSU:

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

(Sözleşmenin koruduğu herhangi bir hak ya da özgürlük incelenebilir)

ÖDÜL JÜRİSİ	ÖDÜLLER
Prof. Dr. Rona AYBAY - Prof. Dr. Cem EROĞUL Prof. Dr. İlhan UNAT - Doç. Dr. Oktay UYGUN Prof. Dr. Vakur VERSAN - Doç. Dr. Serap YAZICI	Birincilik Ödülü : 1.000.000.000.- TL İkincilik Ödülü : 750.000.000.- TL Üçüncülük Ödülü : 600.000.000.- TL Mansiyonlar : 300.000.000.- TL

KATILMA KOŞULLARI:

- Yarışmaya Hukuk, Siyasal Bilgiler ve İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri Araştırma Görevlileri ve öğrencileri (2003 yılı mezunları dahil) ile Hakim ve Avukat stajyerleri katılabilirler.
- İncelemeler, 25 daktilo sayfasını geçmeyecek biçimde, çift aralıklı olarak yazılmış olacaktır.
- İncelemeler, yazarların kısa yaşam öyküleriyle birlikte 6 nüsha olarak, 1 Kasım 2004 tarihine kadar aşağıdaki adrese ulaştırılmalıdır:

AYBAY HUKUK ARAŞTIRMALARI VAKFI

Sıraşelvilер Caddesi 87 Yeni Hayat Apartmanı Kat: 5 Daire:11 Taksim 34433 İstanbul
Telefon: (212) 252 88 45 - 293 67 44 • Faks: (212) 245 39 49
www.aybay.org.tr • aybay@aybay.org.tr

Yarışma sonuçları 10 Aralık 2004 günü açıklanacaktır.

TÜRK MAHKEMESİNCE UYGULANACAK YABANCI YASANIN, ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU

Prof. Dr. Rona AYBAY*

I. GİRİŞ

Bir mahkeme, önündeki bir davada, konunun özelliğine göre, kendi devletinin değil de yabancı bir devletin yasasını uygulamak durumunda olabilir. “Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı)” adıyla bir hukuk dalının varlık nedeni de budur. Yabancı yasanın hangi hallerde ve koşullarda uygulanacağı, her devletin kendi yasa çatışması kurallarıyla belirlenir.

Bizim konuyla ilgili yasamız olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), “yabancılik ögesi taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk” un hangisi olduğunu belirten hükümler içermektedir. Bu düzenlemeye göre, örneğin “hak ve fiil ehliyeti ilgilinin (ulusal yasasına) milli hukukuna tabidir” (ayrıntılı düzenleme için bkz. madde 8).

Yine MÖHUK'a göre, “Hakim Türk kanunlar ihtilafı (yasa çatışması) kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı re'sen (görevinden ötürü) uygular” (madde 2/I). Demek ki, Türk yargıcı belli bir davada yabancı hukuku uygulaması gerekiyorsa bunun hangi hukuk olduğunu kendisi saptayacak ve gereğini yapacaktır. Bu, “yargıç hukuku bilir” (jura novit curia) ilkesinin bir gereğidir.

Ancak, “yargıç hukuku bilir” ilkesinin, Türk hukukunun bütünü yanında, yabancı hukuk sistemlerini de kapsayacak bir genişlikte uygulanmasını beklemek, gerçekçi değildir. Bu soyut ve temel ilkeyi “gerçekçi” bir düzeye indirmek için, MÖHUK'a, yargıcın uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin saptanmasında, davanın taraflarından yardım isteyebileceğini belirten bir hüküm eklenmiştir (madde 2/I ikinci tümce). Yargıç ayrıca, ilgili kurumlardan ve bilirkişilerden de görüş alabilir ama, asıl görevli olan ve son kararı verecek olan, elbette mahkemedir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

II. “KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK” İLE “ANAYASA’YA AYKIRILIK”IN KARŞILAŞTIRILMASI

“Kamu düzenine aykırılık”¹ ile “Anayasa’ya aykırılık” ayrı ayrı kavramlar olmakla birlikte; bir noktada, işlevleri bakımından benzerlik gösterirler. Bu nokta, her ikisinin de, belli bir olayda normal olarak uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmasını engellemeleridir. MÖHUK’a göre, Türk mahkemesince uygulanması gereken yetkili yabancı hukukun “belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır” (m. 5).

Anayasa’ya göre de “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse² Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır” (m. 152/I).³

Görüldüğü gibi, saptanmalarındaki usuller farklı olmakla birlikte, gerek kamu düzenine aykırılık, gerek Anayasa’ya aykırılık, sonuç olarak, davada uygulanması gereken hükmün uygulanmasını engellemektedir. Ancak, Anayasa’ya aykırılık, sonuç olarak, davaya bakan mahkemece değil Anayasa Mahkemesi’nce saptanır. Buna karşılık, kamu düzenine aykırılık, doğrudan doğruya davaya bakan mahkemece saptanır ve mahkeme, kamu düzenine aykırı bulduğu yabancı kanunu uygulamaz.

Yargı organlarınca saptanmalarındaki bu usul farkının yanı sıra, kamu düzenine aykırılıkla Anayasa’ya aykırılık kavramları arasındaki farkı gösteren önemli bir nokta da şudur: Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi için Anayasa yargısı sisteminin kurulmuş olması, Türk yasa koyucunun, Anayasa’ya aykırı kanun çıkarabileceği olasılığının kabulü anlamına gelir. Ama, Türk yasa koyucunun, Türk kamu düzenine aykırı bir yasa çıkarması, hukuksal açıdan bir “olasılık” olarak bile kabul edilemez. Buna karşılık, yabancı yasa koyucuların, Türk kamu düzenine aykırı kurallar koyabilmeleri olasılığı her zaman vardır.

¹ “Kamu düzenine aykırılık” sadece yasa çatışması alanında değil, hukukun bütün dallarında geçerli bir kavramdır. Bu kavramın tam bir tanımını yapmak kolay değildir. Türk Hukuk Lügati’ne göre “Bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi” kamu düzeni amme intizamı kavramına girer. (Türk Hukuk Kurumu yayını, Ankara 1956, s.16). Hukuk Lügati’nin aynı maddesinde, kamu düzeninin (amme intizamı) kavramının Devletler Özel (Yasa Çatışması) Hukuku alanındaki özel anlamı da belirtilmiştir.

² “veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa”

³ Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun no. 2949. kabul T. 10 Kasım 1983, RG 13 Kasım 1983, 18220, m.28.

Öte yandan, Türk kamu düzenine aykırı olan her yabancı hüküm, Türk Anayasası'na aykırı olmayabilir. Örneğin, hukuku, bir kimsenin yeğeniyle evlenmesine olanak veren ülkeler vardır. Oysa; Türk MK m.129/1'e göre yeğenle evlilik yasaktır ve bu yasağın, Türk toplumunun değer yargıları içindeki yeri, kamu düzenini ilgilendiren bir güçtedir. Bu durum karşısında, her ne kadar Türkiye'de "*evlenme ehliyetine ve şartlarına taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukuku*" uygulanırsa da (MÖHUK m. 12); hukuku yeğenle evlenmeye olanak veren yabancı devletin uyrukluğundaki bir kimse, Türkiye'de yeğeniyle evlenemez. Ancak, konumuz açısından önemli olan nokta, yeğenle evlenmeye olanak veren ve Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı düzenlemenin, Türk hukuku açısından, teknik anlamda bir anayasaya aykırılık sorunu oluşturup oluşturmadığıdır.⁴ Bu bakımdan, verdiğimiz örnek, kamu düzenine aykırılıkla, Anayasa'ya aykırılık kavramlarının özdeş olmadığını göstermektedir.

III. YABANCI HUKUK KURALININ TÜRK ANAYASASI'NA AYKIRILIĞI

Yabancı hukukun Anayasa'ya aykırılığı sorununu, konuyu ikiye ayırarak incelememiz uygun olacaktır: yabancı yasanın Türk Anayasası'na aykırılığı sorunu ve yabancı yasanın, o yabancı ülkenin anayasasına aykırılığı sorunu.

Türk Anayasa yargısı, yabancı hukuk kurallarını Türk Anayasası'na uygunluk denetiminden geçirebilir mi?

Türk mahkemesinde görülen davada uygulanacak yabancı yasa hükmünün, hem Türk kamu düzenine, hem de Anayasa'ya aykırı olduğu halde bu soru pratik bakımdan önemini yitirir. Çünkü, davada uygulanacak yabancı yasa hükmünün Türk kamu düzenine aykırılığı mahkemece saptanırsa, mahkeme kendiliğinden (ex officio), o yabancı kuralı uygulamaktan kaçınmak görevindedir. Bu durumda, Anayasa yargısının teknik usullerine başvurarak, işi Anayasa Mahkemesi'ne göndermesine gerek yoktur.

Ancak, uygulanacak yabancı hukuk kuralının (yasa hükmünün) kamu düzenine aykırı olmadığı ama Türk Anayasası'na aykırılığının söz konusu olduğu bir durum karşısında ne yapılacaktır? Kamu düzenine aykırılık söz konusu olmadığına göre, MÖHUK m. 5'in uygulanması yoluyla yabancı kuralın engellenmesi olanaklı değildir. Böyle bir durumda, konu Türk Ana-

⁴ Anayasa'nın, "*ailenin korunması*" başlıklı 41. maddesi, ailenin "*Türk toplumunun temeli*" olduğunu belirtmekte ve devlete ailenin korunması için gerekli etkinliklerde bulunma ödevi yüklemektedir. Ancak, yeğenle evlenmeye olanak veren yabancı yasanın, bu maddeye aykırılığını ileri sürmek, kanımızca, olanaklı değildir.

yasa yargısının usulleriyle bir Anayasa'ya aykırılık iddiası olarak Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilir mi?

TC Anayasa'sı ile kurulmuş olan "Anayasa Yargısı" sistemi, Anayasa Mahkemesi'nce "kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunun" denetlenmesini öngörmektedir (Anayasa m. 148/I). Bu hüküm karşısında, Türk mahkemelerince, yasa çatışması kuralları uyarınca uygulanacak yabancı yasa hükümlerinin, Türk Anayasa yargısının kapsamı içinde olup olmadığı tartışılmalıdır. Anayasa'da veya Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'da, bu konuya ilişkin açık-seçik bir hüküm yoktur.

Anayasa, sadece "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde" olduğunu ve bunlar "hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını" belirtmektedir (m. 90/son f.). Uluslararası antlaşmaları, anayasa yargısının denetimi dışında bırakan bu hüküm, yabancı yasalarla ilgili değildir. Bu durum karşısında birbiriyle çelişen iki görüş savunulabilir:

i. Anayasa'nın sözü ve kurulan Anayasa yargısı sisteminin niteliği, yabancı yasalardaki hükümlerin Türk Anayasası'na uygunluğunu denetlemeye elverişli değildir. Anayasa yargısının kapsamına sadece, Türk yasaları (kanun, KHK, Anayasa değişiklikleri) ve TBMM İçtüzüğü hükümleri girer.

ii. Anayasa'nın sözüyle sınırlı kalmayıp, amacına bakılarak yapılacak bir yorum, Türk yasa çatışması kuralları uyarınca Türk mahkemelerince uygulanacak yabancı yasa hükümlerinin de, Anayasa yargısının denetim alanı içinde olmasını gerektirir. Türk yasalarının Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisiyle donatılmış Türk yargı sisteminin, Türk Anayasası'na aykırı bulduğu bir yabancı yasa hükmünü bu saptamasına karşın, uygulamak zorunda olduğu ileri sürülemez. Kendi kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilen Türk mahkemesinden, uygulayacağı yabancı yasayla ilgili olarak bu yetkiyi esirgemek uygun bir davranış olamaz.

Yukarıda belirttiğimiz iki karşıt görüşten ikincisi 1961 Anayasası'nın özgün biçimi karşısında daha kolay savunulabilirdi. Çünkü, 1961 Anayasa'sı ile kurulmuş olan Anayasa yargısı sistemi şu iki olanağı tanımıştı:

• Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne iş gönderen mahkeme, konu Anayasa Mahkemesi'nce belli süre içinde⁵ karara bağlanmazsa "Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlenerek" davayı yürütebiliyordu (1961 AY. m. 151/son f.).

⁵ 1961 Anayasası'nın özgün biçiminde, bu süre üç aydı. 1971'de yapılan değişiklikle süre altı aya çıkarıldı.

• Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, "*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebiliyordu*" (1961 AY. m. 152/IV).

1982 metni, 1961 Anayasası'yla açılmış olan ve Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelere de, belli koşullarla, anayasaya aykırılık saptaması yapabilme olanağı veren bu iki önemli yolu ortadan kaldırmıştır. Bu durum karşısında, davaya bakan mahkemece, davada uygulanacak yasanın anayasaya aykırı bulunması halinde, tek olanak, o yasanın Anayasa Mahkemesi'nce "*iptal*" edilmesidir.

Ama, Türk Anayasa Mahkemesi'nin, bir yabancı yasayı "*iptal*" etmesi hiç bir biçimde söz konusu edilemeyeceğine göre, yabancı yasaların Türk Anayasası'na uygunluğunun denetlenmesine olanak bulunmadığı sonucuna varılır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi, sözel yorumu aşarak, Türk mahkemesince uygulanacak bir yabancı yasanın Anayasa'ya aykırılığına "*olayla sınırlı*" olarak karar verme yetkisini, içtihat yoluyla açabilir. Bu yola gidilmezse, Türk mahkemelerince uygulanacak yabancı yasalar üzerinde Anayasa yargısı yoluyla denetim yapılamayacak; yabancı yasanın denetimi, o yasanın "*kamu düzenine aykırı*" olup olmadığının saptanmasıyla sınırlı kalacaktır. Bu da, doğal olarak, mahkemelerin "*kamu düzeni*" engellemesini, her türlü anayasaya aykırılık olasılığını da kapsamak üzere genişletmesi sonucunu verebilecektir.⁶ Bunun sonucu da, yabancı yasaların Türk Anayasası'na aykırılık sorununun, Anayasa Mahkemesi önüne gelmeden, yerel mahkemeler ve Yargıtay düzeyinde ve "*kamu düzenine aykırılık*" kavramı çerçevesinde çözülmesi olacaktır.

IV. YABANCI YASA HÜKMÜNÜN, KENDİ ANAYASASI'NA AYKIRILIĞI

Bazı ülkelerde, yasama organınca -veya yasama organınca verilmiş yetkiye dayanan yürütme organınca- yapılmış yasaların, anayasaya uygunluğu yargı yoluyla denetlenebilmektedir. Örneğin ABD, İtalya, Almanya gibi ülkelerde, bu denetlemeyi ve Anayasa'ya aykırı bulunan yasaların iptali-

⁶ "...temel hak ve hürriyetler bakımından Anayasa'da yer alan prensip ve kıymet hükümlerini belirli bir olayda tahammül edilmez bir şekilde ihlâl edebilecek yabancı kanun hükümlerini kamu düzeninin müdahalesiyle önlemek mümkün ve zaruridir." NOMER, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, 11.bası, 2002, s.156.

ni⁷ sağlayan anayasa yargısı sistemi işlemektedir. Bu ülkelerde, Anayasa yargısının teknik ayrıntıları bakımından farklılıklar olsa da mahkemeler, uygulayacakları kanunları Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirmek ve aykırı buldukları yasaları, şöyle ya da böyle uygulamaktan kaçınmamak yetkisiyle donatılmışlardır.

Buna karşılık, örneğin İngiltere (Birleşik Krallık) ve Fransa gibi ülkelerde, mahkemelere böyle bir yetki tanınmış değildir.

Bakmakta olduğu davada uygulayacağı yabancı yasanın, o yasanın ait olduğu ülkenin anayasasına uygunluğu sorunuyla karşılaşan Türk mahkemesinin durumunu, konuyu ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

i. İlgili ülkenin Anayasal düzeni, kendi mahkemelerine, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi tanımış değilse; bakmakta olduğu davada o ülkenin yasasını uygulamak durumunda olan Türk mahkemesi de, söz konusu yasa hükmünün o ülkenin Anayasası'na uygun olup olmadığını araştırmaya girişmemelidir.

Başka bir deyişle, söz konusu yabancı devlet hukukunun kendi mahkemelerine tanımadığı bir yetki, Türk mahkemesince kullanılmamalıdır.

ii. İlgili ülkede, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesini sağlayan bir sistem işlemekte ise Türk mahkemesine yapılmalıdır?

Bu soruya yanıt aranırken, kanımızca Türk mahkemesinin, aynı kuralı uygulayan o yabancı ülke mahkemesine tanınmış olan yetkiden yoksun bırakılmaması gerektiği kabul edilmelidir.

Ancak, bunun ilke olarak kabul edilmesinden sonra oldukça çetin bir takım teknik sorunların çözümü gerekecektir. Yabancı yasayı uygulamak durumundaki Türk mahkemesinin, ilgili devletin anayasa yargısı usullerine başvurması, düşünülebilecek bir olasılıktır. Ancak, böyle bir başvurunun o ülkenin anayasal organlarınca nasıl karşılanacağı önemlidir. Bu yola başvuranın yersiz ve yararsız olduğu yani, yabancı devletin anayasa yargısının bu istemi dikkate almayacağı daha baştan açıkça belli ise (ki çok büyük bir olasılıkla durum böyle olacaktır) geriye kalan olanak; Türk mahkemesinin, önündeki davayla sınırlı olmak üzere, yabancı yasanın yabancı Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye girişmesidir. Bu yola gidilirse, Türk mahkemesince yapılacak değerlendirmede, o yabancı ülkenin anayasa yargısı yorumları ve içtihatları ölçü olarak alınmalıdır.

⁷ ABD'de federal düzeydeki Yüksek Mahkeme, ABD Anayasası'na aykırı hükmü, kuramsal olarak iptal edemez ama o hüküm Yüksek Mahkeme'ce Anayasa'ya aykırı bulununca fiilen yürürlükten kalkmış olur.

Türk mahkemesinin böyle davranmakla yabancı Anayasa Mahkemesi'nin yerine geçmiş olacağı; bunun da yetkisini aşmak olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu yorum kabul edilmezse, Türk mahkemesi, kendi eşiti olan yabancı mahkemeye tanınmış bir yetkiyi kullanmak yani Anayasa yargısı düzenini (mekanizmasını) işletmek olanağından yoksun bırakılmış olacaktır.

SONUÇ

Türk mahkemelerinin, Türk yasa çatışması kuralları uyarınca uygulamak durumunda olduğu yabancı hukuk kurallarının Türk Anayasası'na (ya da kendi Anayasası'na) uygunluğunun denetimi konusunda, pozitif bir hukuk kuralımız yoktur. Bu durum karşısında, pozitif hukuk açısından düşünülebilecek bir çözüm, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşuna ve Yargılama Usullerine ilişkin Kanun'da değişiklik yapılarak, 1961 Anayasası'ndaki "*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı*" nitelikte Anayasa'ya aykırılık kararları verilmesine olanak tanınmasıdır. Bu değişiklik, Türk yargıcını yabancı hukuk kuralını Anayasa aykırı bulsa bile "*mekanik bir biçimde*" uygulamak ya da "*kamu düzeni engelini*" biraz abartarak ve zorlayarak yabancı kuralın uygulanmasını engellemek kısıacı içinde kalmaktan kurtaracaktır.

Anayasa değişikliği yapılmazsa (ya da yapılmaya kadar) ise, Türk yargıçlarının ve Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa yargısı alanında varolan hükümlerini, sözel yorumu aşan amaççı bir yaklaşımla yorumlamaları, kamımca, yerinde olacaktır. Böylece, Türk yargıcı kendi yasalarının Anayasa'ya aykırılığının saptanmasında sahip olduğu işlevi, yabancı yasa hükümleri için de kazanmış olacaktır.



On Yıl Vadeli TL Konut Kredisi

SATI
SATILDI
SATILDI
EV

**Kiralamayın,
satin alın.**

VakıfBank'tan 10 yıl vadeli TL konut kredisi alın,
kira ödemekten kurtulun, kendi evinizin sahibi olun.

ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE DEĞERİ

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ*

1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'ndan aldığı 90. maddenin son fıkrasındaki, onaylanmış uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri ve değeri konusundaki düzenleme, özellikle son on beş yıldan beri bilimsel, yargısal ve siyasal çevrelerde tartışma konusu olmuştur. Bireysel başvuru hakkının tanındığı, Avrupa Birliği'ne tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve ulusal hukuku önceleyen kamu görevlilerinin de uluslararası insan hakları sözleşmelerine dayanarak sendikalaşma çalışmalarına başladıkları 1987 yılından beri, bu sorun iki farklı görüş çerçevesinde tartışılmıştır.¹ Ancak, ne bilimsel ne de yargısal bağlamlarda bir görüş birliğine ulaşılabilmektedir.

* TODAİE öğretim üyesi

¹ Özellikle 1987'den sonra çok sayıda incelemeye konu olan ve birçok bilimsel toplantıda ele alınan bu soruna ilişkin olarak, bkz. Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku", *İnsan Hakları Armağanı, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayını*, Ankara 1978, s. 116-134; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, AÜSBF Yayını, Ankara 1985, s. 30; Mümtaz Soysal, "Anayasa'ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını*, Ankara 1986, s. 15, 16-17; Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, Yenilenmiş Beşinci Bası, Ankara 1976, s. 127; A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9, 1987, s. 7; A. Şeref Gözübüyük, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", *İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri* (Yay. Haz.: Mesut Gülmez), TODAİE, Ankara 1992, s. 11-18; Mesut Gülmez, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, S. 4, Aralık 1988, s. 40-43; Tekin Akıllıoğlu, "Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler", *AÜSBF Dergisi*, Cilt XLIV, Ocak-Haziran 1989, No: 1-2, s. 161-194; Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜSBF Dergisi*, Cilt XLIX, Sayı 3-4, 1989, s. 157, 158, 164 ve 173; E. Yasemin Özdek, "Anayasa Mahkemesi ve Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri", *Çağdaş Hukuk*, Yıl 1, S. 11-12, Mart-Nisan 1993; Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. II, S. 1, Mayıs 1994; Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'ndaki Yeri ve Uygulaması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Lutfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988; Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmalar 'Anayasa-Üstü' mü?", *Cumhuriyet*, 6 Mayıs 1998, s. 2; Mesut Gülmez, "Evvet, Uluslararası Sözleşmeler 'Anayasa-Üstü'dür", *Cumhuriyet*, 17 Haziran 1998, s. 2.

2001 Anayasa değişiklikleri içinde bu sorunun çözülmesine yönelik bir düzenleme öngörülmüşse de, son anda geri alınmıştır.² Değişiklik, ancak 2004 ortalarında gerçekleştirilebilmiştir.³

90. MADDEYE YAPILAN EKLEME VE GEREKÇESİ

Anayasa düzeyindeki, on maddesinden dördünün “ölüm cezası”nın Anayasa’nın çeşitli maddelerinden ayıklanmasına ilişkin olan, “Avrupa Birliği’ne Uyum” paketlerinden sonuncusunun içinde, söz konusu kurala açıklık ve çözüm getirici nitelikte ekleme yapan bir kurala da yer verilmiştir. Anayasa’nın 90. maddesinin, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz*” biçimindeki iki cümlelik son fıkrasına, kanımca bir yandan değindiğim tartışmalara nokta koyan, ama öte yandan da birçok kuşku, duraksama ve sorulara yol açabilecek, yeni bir cümle daha eklenmiştir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”

AKP Grup Başkanvekilleri ile 193 milletvekilinin verdiği Anayasa’nın bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanun teklifinin “*genel gerekçe*”sinde, öteki maddelerde gerçekleştirilen değişikliklerin yanı sıra 90. maddenin son fıkrasına yapılan yukarıdaki eklemenin de nedenlerinden biri olarak şu genel açıklamaya yer verilmiştir:

“... 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 çıkarıl-

² 2001 yılında hazırlanan 37 maddelik Anayasa değişiklikleri paketinde, yasa önerisinin 32. maddesiyle son fıkraya eklenmesi öngörülen ve Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde de herhangi bir değişiklik yapılmayan cümle şöyle idi:

“Kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır.”

Görüldüğü gibi bu öneride, uluslararası antlaşmaların konusuna ilişkin bir sınırlama getirilmemiş, yani yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*” ile ilgili antlaşmaların “*esas*” alınması öngörülmemiştir. Bkz. *TBMM Tutanak Dergisi*, s. 737, . 70, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Demokratik Sol Parti İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı, Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı, Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803), s. 23.

³ *Resmî Gazete*, 22 Mayıs, 2004, S. 25469, s. 1.

ması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasa'da da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur."⁴

Bu alıntıda altını çizmek istediğim nokta, yapılan eklemeye ilişkin doğrudan bir açıklama yer almamakla birlikte, ek cümlede de geçen "temel hak ve hürriyetler" terimlerine yer verilmiş olmasıdır. Buna karşılık, yasa önerisinin 7. maddesinin gerekçesinde, "temel hak ve özgürlüklere" değil "insan haklarına" ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmiştir. Onaylanmış uluslararası antlaşmaların aykırı kurallar içeren yasalar karşısındaki konumuna açıklık getiren ve antlaşmaların, kendisiyle çeliştiği yasalara "öncelik" verilerek uygulanacağını belirten kısa madde gerekçesi şöyledir:

*"Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir."*⁵

Yasa önerisine ilişkin 30 Nisan 2004 tarihli Anayasa Komisyonu Raporu'nda, 30 Nisan 2004 tarihinde tümü ve maddeleri üzerinde görüşmeler yapılan yasa önerisinin 7. maddesi konusunda, kimi üyelerin (sanyorum CHP'lilerin) uyumsuzluk durumunda öncelikle uygulanması söz konusu olabilecek uluslararası antlaşmaların sayılarak belirlenmesi isteğinde bulduklarını ancak isteklerinin kabul edilmediğini belirten şu açıklamalara yer verilmiştir:

*"Teklifin, çerçeve 7. maddesi; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin taded edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7. madde, teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, "andlaşmalar ile" ibaresi "andlaşmalarla" şeklinde düzeltilmiştir."*⁶

⁴ TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 430, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri, Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), s. 5.

⁵ A.g.e., s. 6.

⁶ A.g.e., s. 9. Eklemeliyim ki, 2001 değişikliğinin gerekçesindeki "bilineni saklamayan" yaklaşım da aynıydı: 90. maddenin son fıkrasına eklenmesi öngörülen hükmün, "Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görülmüş" olduğu belirtiliyordu (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 737, s. 7).

Nitekim, Anayasa Komisyonu'nun önerileri kabul edilmeyen CHP'li 6 üyesi,⁷ aşağıdaki gerekçelerle yasa önerisinin 7. maddesine karşıoy yazısı yazmış ve uyuşmazlıklarda uygulanması söz konusu olabilecek antlaşmaların yukarıda aktarılan Komisyon raporunda olduğu gibi tek tek sayılmasını değil, hiç olmazsa "hangi kaynaklardan" geldiklerinin belirlenmesini istemişlerdir:

*"Teklifin 7. maddesinde kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız."*⁸

Kanımcı karşıoy yazısındaki antlaşmaların hangi kaynaklardan geldiğinin belirlenmesi yolundaki istek, örnekleri verilmedikçe, soruna ancak kısmen açıklık kazandırabilirdi. Kaynaklardan amaç, antlaşmaları kabul eden evrensel ve bölgesel kuruluşlar olduğuna göre, salt Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi gibi kuruluşları adlarıyla anmak, bilinenleri yinelemek olduğundan çok da anlam taşımaz. Burada asıl sorun, antlaşmaların konusuyla ilgili bir belirleme yapılmasıdır. Ek cümlede yaptığım eleştiriler saklı kalmak üzere, bunu yerine getirmiştir. Dolayısıyla, "örnek" olarak bile gerekçede saymamış olmak bir eksiklik değildir.

Anayasa Komisyonu Başkanı'nın, "Avrupa Birliği ile müzakerelere başlama yolunda destek olacak bir paket"⁹ olarak nitelendirdiği, böylece de değişikliklerde güdülen asıl amaç ve kaygının 2004 sonunda Avrupa Birliği'nden "müzakerelere başlama tarihi" almak olduğunu belirttiği toplam 11 maddelik yasa önerisindeki 7. madde, "andlaşmalar ile" sözcüklerinin "antlaşmalarla" biçiminde değiştirilmiş ve aynı anlatımla da yasalaşmıştır.

EK CÜMLENİN UYGULAMADA YARATABİLECEĞİ KUŞKU, DURAKSAMA VE SORULAR

Anayasa'da 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklerle, 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni cümle, önceki tartışmalara ve görüş ayrılıklarına son verecek mi? Usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların, ulusal yasalarla çatışması ya da çelişmesi durumunda, öncelikle ya da ulusal hukuka üstün tutularak

⁷ Bu üyeler; Oya Araslı (Ankara), Atilla Kart (Konya), Atilla Emek (Antalya), Halil Ünlütepe (Afyon), Uğur Aksöz (Adana) ve Yılmaz Kaya (İzmir)'dir.

⁸ A.g.e., s. 10.

⁹ A.g.e., s. 7.

doğrudan uygulanmasını, duraksamasız sağlayabilecek mi? Uygulamada, bu tür uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkili yargısal organlar ya da yönetsel yetkililer için yeni kuşku ya da duraksamalar doğurmayacak mı? Bu ek kuralın uygulanması, başka önemli koşulların varlığını ve oluşturulmasını gerektirmiyor mu? Yasama, yürütme ve yargı organlarına ve görevlilerine yeni yükümlülükler getirmiyor mu?

Bu genel ve soyut soruları, 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü cümleden yola çıkarak ve bu cümledeki terimleri gözönüne alarak biraz daha somutlaştırmaya çalışayım:

- Cümlede, 7. madde gerekçesinde olduğu gibi, neden terim olarak Anayasa'nın 2. ve 14. maddelerinde de geçen "*insan hakları*"na ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmemiş, "*temel hak ve özgürlükler*" e ilişkin uluslararası antlaşmalar terimine yer verilmiştir? Bununla, Anayasa'da yer alan "*temel hak ve özgürlükler*" ile ilgili ve sınırlı uluslararası antlaşmalar mı öngörülmüştür? Neden, hiç olmazsa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin resmi adında geçen "*insan hakları ve temel özgürlükler*" terimleri birlikte kullanılmamıştır? Yoksa, Anayasa'daki "*temel haklar*"ın sınırlarını aşan ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin "*esas*" alınmaması mı istenmektedir? Bu iki terim, eşanlamda mı kullanılmıştır?

- Eklenen yeni cümledeki "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*" terimi, örneğin kimi çekinceler koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartı'nı, UÇÖ'nün "*temel insan hakları sözleşmeleri*" olarak nitelendirilen ve tümünü onayladığımız sekiz sözleşmesini içerir mi? Yine bu antlaşmalar, BM'nin onayladığımız insan hakları sözleşmelerini kapsar mı?

- Uyuşmazlıkların "*kanunlar*" dışında, örneğin "*Anayasa*" ya da "*kanun hükmünde kararname*" ve hatta başka düzenleyici yönetsel metinler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkması, yani "*aynı konuda farklı hükümler*" bulunması durumunda da, bu yeni kural uygulanacak mıdır? Yoksa, uluslararası antlaşmalar, yalnızca "*kanunlar*"daki farklı (yani aykırı) kurallara karşı mı "*esas*" alınacaktır? Yasalar dışında kalan ulusal mevzuat ile uluslararası antlaşmalar arasındaki uyuşmazlık ve aykırılıklara dokunulmayacak mıdır? Uluslararası antlaşma ile çatışan yasadaki kural Anayasa'da da varsa ve çatışma, öngörüldüğü gibi uluslararası antlaşmanın öncelikle uygulanması yoluyla çözümlürse, bu durum sonuç olarak antlaşmanın Anayasa'ya da üstün tutulmuş olması anlamına gelmez mi?

- "*Esas alma*" ne demektir? Uluslararası antlaşmaların yasalara "*üstün*" tutulması mıdır? Yasalara "*öncelik*" verilerek mi uygulanmasıdır? Buradan, uluslararası antlaşmalara aykırı kurallar içeren yasaların ya da yasadaki kimi kuralların artık geçersiz olduğu ve uygulanmaması gerektiği, kısacası

bu ek cümle ile “*by pass*” edildiği sonucuna ulaşılabilir mi? Uluslararası antlaşmaları “*esas almak*” için yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekir mi?

• “*Aynı konuda farklı hükümler*” in anlamı nedir? Farklı hükümler nasıl, nerede ve hangi organ(lar)ca saptanacaktır? Kanımca, bu konudaki asıl sorun şu noktada çıkacaktır: Sözü edilen “*farklı hükümler*”, uluslararası antlaşmalar ile yasalardaki açık ve doğrudan bir kuraldan kaynaklanmıyorsa, dolaylı ve örtük bir “*farklı hüküm*”, bir farklı düzenleme söz konusuysa, bu tür uyumsuzluklar için de uluslararası antlaşmalar “*esas*” alınacak mıdır? Başka deyişle, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konudaki “*farklı hükümler*”, yalnızca antlaşmaların sözel (pozitif) metinleri gözönüne alınarak mı saptanacaktır? Yoksa, antlaşmayı (sözleşmeyi) yorumlamaya ve uygulamaya yetkili koruma ve denetim organlarının kararları da gözönüne alınacak mıdır? Öte yandan yargıç, önüne gelen bir uyumsuzlukta böyle bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığını “*kendiliğinden*” araştırarak mıdır, yoksa taraflardan birince ileri sürülmesini mi bekleyecektir?

Yukarıdakilerle bağlantılı bir başka soru da şudur: Ulusal yasalarda boşluk varsa ne yapılacaktır? Daha açık bir anlatımla, yargı yerleri önündeki bir uyumsuzluk konusunda yasal düzenleme yapılmamış ve böylece de ek cümlelerin uygulanmak için varlığını koşul saydığı uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında çatışma çıkmamış ise, uluslararası antlaşmalar uyumsuzluğun çözülmesinde esas alınacak mıdır? Kısacası yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanarak uyumsuzluğu çözüme görevini yerine getirirken, bir kaynak olarak insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları da gözönünde bulunduracak mıdır?

SORULARA YANITLAR: DÜZENLEMENİN İÇERİĞİ

Özellikle uygulamada karşılaşılabileceğini düşündüğüm yukarıdaki soruları daha da çoğaltmadan, sırasıyla yanıtlamaya ve dolayısıyla, 90. maddenin son fıkrasının üçüncü cümlesinin (düzenlemesinin) nasıl anlaşılması ve uygulaması gerektiğine ilişkin görüşlerimi ortaya koymaya çalışacağım.

DÜZENLEME, TARAF OLDUĞUMUZ İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNİ KAPSAR

Öncelikle, “*insan haklarına saygılı*” ve “*insan haklarına dayalı*” demokratik Cumhuriyet’in Anayasası’nda geçen (mad. 2 ve mad. 14) bu terimlere, yani insan haklarına yer vermeksizin yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*” ile ilgili uluslararası antlaşmalardan söz edilmiş olması, kanımca önemli bir

eksikliklerdir. Bu terimin neden yeğlendiğine ilişkin herhangi bir açıklamaya gerekçede ve Anayasa Komisyonu raporunda rastlanmamaktadır.

Kuşkusuz bu terim, ne Anayasa'daki "temel hak ve hürriyetler" ile sınırlı olarak anlaşılabilir, ne de Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı tutulabilir. Onayladığımız tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlükler, bu terimin kapsamı içindedir. Bu terim, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse "üçüncü" hatta "dördüncü" kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar. "Temel" sözcüğü, ne hukuksal ne de felsefi yönden herhangi bir sınırlandırma içerir ve içerdiği yolunda da yorumlanabilir. Cümledeki "temel hak ve özgürlükler", uluslararası insan hakları hukuku'nun; antlaşma, sözleşme, şart, pakt vb. belgeler ile tanıyıp güvenceye aldığı tüm insan haklarını kapsayan bir terim olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sözü edilen antlaşmalar, salt İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi "birinci kuşak" insan haklarını içeren ve yargısal nitelikli bir koruma sistemi öngören belgelerle sınırlı tutulamaz. "Temel hak ve özgürlüklerin" pozitif dayanağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası antlaşmalar, kısacası uluslararası insan hakları sözleşmeleridir. "Temel hak ve özgürlükler" yerine "insan hakları" teriminin kullanılması, bu ve başka duraksamaları ortadan kaldırılabildi. Ancak, kullanılan terimin iyi seçilmemiş olması, bu tür duraksamaların dayanağı olamaz.

Aslında üzerinde durmaya bile gerek bulunmayan bir başka nokta, sözü edilen uluslararası antlaşmaların belirli bir bölgesel ya da evrensel ölçekli uluslararası kuruluş çerçevesinde kabul edilmiş belgelerle sınırlı olmamasıdır. Daha açık bir deyişle, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve bu örgüt sistemi içindeki uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş tüm insan hakları sözleşmeleri, ek cümledeki "milletlerarası antlaşmalar" kapsamındadır. Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yanı sıra, çok sayıda çekince koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartı,¹⁰ kimilerini çok gecikmeli olarak ancak 2003'te onayladığımız ve aralarında 1966 ikiz sözleşmelerinin de bulunduğu Birleşmiş Milletler sözleşmeleri,¹¹ UÇÖ'nün öncelikle tümüne taraf olduğumuz "Temel İnsan Hakları Sözleşmeleri" ile bu kümede yer almayan onayladığımız öteki sözleşmeleri ve UNESCO'nun

¹⁰ Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış ve Türkiye", İnsan Hakları Yıllığı, C. 12, 1990, s. 91 vd.; Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Kumu-İş Yayını, Ankara 1998, s. 327-358; Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye", Türk-İş Yıllığı 99, C. 2, Türk-İş Yayını, Kasım 1999, Ankara, s. 83-137.

¹¹ Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Mayıs 2004, s. 199-250.

henüz onaylamadığımız, ama bir gün onaylayacağımız umudunu taşıdığımız, sözleşmeleri de uyuşmazlık durumunda ulusal yasalardan önce uygulanması gereken belgelerdir.

Anayasa Komisyonunun CHP'li üyelerinin somutlaştırılması anlamında sayılmasını ya da kaynaklarının belirlenmesini istedikleri uluslararası antlaşmaları “örnek” olarak saymak gerekirse, üyesi olduğumuz bölgesel ve evrensel ölçekli kuruluşlarca kabul edilmiş insan hakları sözleşmelerinden onayladıklarımızdan başlıcaları şunlardır:

İrk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (1965/2002);¹² Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966/2003); Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966/2003); Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (1979/1985); İşkenceye ve Başka Zalimce, İnsanlıkdışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme (1987/1988); Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989/1994); Zorla Çalışma Sözleşmesi (1932/1998); Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948/1993); Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi (1949/1951); Ücret Eşitliği Sözleşmesi (1953/1967); Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (1959/1960); Ayrımcılık Sözleşmesi (İstihdam ve Meslek) (1960/1967); Asgari Yaş Sözleşmesi (1976/1998); Çocukların Çalışmasının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi (2000/2001); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950/1954); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 1 Sayılı Protokol (1952/1954); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 6 Sayılı Protokol (1983/2003); Avrupa Sosyal Şartı (1961/1989); Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu (1964/1968); Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi (1972/1977).

Bir kez daha yinelemem gerekirse, ulusal hukukla çatışmaları durumunda “esas” alınarak öncelikle uygulama yönünden bu sözleşmeler arasında ayırım gözetilemez. Tersine bir yaklaşım, insan haklarının bölünmezliğiyle bağdaşmaz.

Düzenleme, Yasalarla Sınırlı Sayılamaz

Ek cümle, uluslararası antlaşmalar ile “kanunlar” arasındaki “aynı konuda farklı hükümler” den söz etmiştir. Ne Anayasa, ne de yasalar dışındaki metinler, örneğin kanun hükmünde kararname ile uluslararası antlaşmalar arasındaki farklı kurallardan söz edilmiştir.

¹² Bu tarihlerden birincisi sözleşmenin kabul edildiği, ikincisi ise ülkemizce onaylandığı tarihleri vermektedir. Bilindiği gibi, listedeki sözleşmelerin ilk 6’sı Birleşmiş Milletler’ce, izleyen 8’i Uluslararası Çalışma Örgütü’nce ve ötekiler de Avrupa Konseyi’nce kabul edilmiştir.

Kanımca, dayanağı yasalar olan “düzenleyici metinler” deki farklı kural- lar da, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını gerektirir. Uluslararası antlaşmaların yasayla açık ve doğrudan bir çatışma içinde olmamasına kar- şın, bu Yasa’ya dayanılarak çıkarılan ve yasaya aykırı bir düzenleme yapan bir tüzük ile çatışması durumunda da, kanımca uluslararası antlaşmanın/ sözleşmenin uygulanması gerekir. Tüzükteki aykırılığın yönetsel yargı yoluyla giderilmesi olanağının bulunması, bu aykırılık varoldukça ulus- lararası sözleşmenin uygulanmasına engel değildir. Ek cümlede yalnızca “kanunlar” dan söz edildiği ileri sürülerek, insan haklarıyla ilgili bir sözleşme kuralı yerine yasalar dışındaki ulusal hukukun uyuşmazlığa uygulanması, bu düzenlemenin amacına aykırıdır ve uyuşmazlığın uluslararası denetim ve koruma organlarına taşınmasına yol açacaktır, açmalıdır.

Buna karşılık, örneğin hiçbir yasal düzenleme konusu olmayan bir “Anayasa” kuralı ile uluslararası antlaşma arasında farklılık (uyuşmazlık/ çatışma) olması durumunda, ek cümlelerin öngördüğü çözüm doğrultu- sunda, uluslararası antlaşma kuralının Anayasa’ya öncelikli olarak ya da üstün tutularak uygulanması söz konusu olabilecek midir? Ek cümle, dar ve sözel bir yorumla uygulanacak olursa, uluslararası antlaşmalar ile “Anayasa” arasındaki maddi kural uyuşmazlıklarını kapsamadığı sonu- cuna ulaşılabilir. Bu konudaki suskunluk, örtük olarak, uluslararası antlaşmanın Anayasa’ya üstün tutulamayacağı yolunda anlaşılabilir. Kısacası, yeni üçüncü cümle, örtük biçimde, Anayasa ile uluslararası ant-laşmalar arasında çatışma olabileceğini yadsımış görünmektedir. Buradan da, Anayasa koyucunun, kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiği düşünülebilir.

Ancak kanımca, bu dar ve sözel yorum, öncelikle Anayasa’nın 2. ve 2001’de değiştirilen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Gerçekten de, demokratik ve Laik Cumhuriyet’in “insan haklarına saygılı ve dayalı” olması, Anaya- sa’dan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasa’nın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslarara- sı sözleşmelerin, Cumhuriyet’in saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanımış olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasa’da sürdürerek insan hakları söz-leşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır.

Uluslararası Sözleşmeler, Ulusal Hukuka Üstün Tutulmuştur

Ek cümlelerin, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi için önerdiği çözüm, uluslararası antlaşma hükümlerinin “*esas*” alınmasıdır. Üstünlük ya da öncelik terimlerinin açık biçimde kullanılmamış olmasına karşın, “*esas*” alma, aslında uluslararası antlaşmayı yasalara üstün tutarak, öncelikle uygulama, uyumsuzluğu ulusal hukuku bir yana bırakarak uluslararası antlaşmalara göre çözüme demektir.

Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporu’nda, “*esas*” almanın “*öncelikle*” uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Artık bu düzenlemeden sonra, onayladığımız sözleşmelerin, son fıkranın ilk cümlesindeki “*kanun hükmünde*” sözcüklerini “*kanun seviyesinde*” biçiminde anlamak ve yorumlamak, çatışma sorununu da kimi yorum kurallarıyla (önceki yasonraki yasa ya da özel yasa-genel yasa) çözmeye çalışmak olanaksızdır. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların (ve bu değişiklikten önce de savunduğum gibi Anayasa’nın da) üstündedir; kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Öte yandan, çatışma durumunda bu sözleşmelerin uygulanması için, ulusal hukukta özel düzenleme konusu olmasına gerek yoktur ve yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez.

Kuşkusuz, antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzluğun yasaların antlaşmalardan daha ileri düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, antlaşmalar esas alınmaz ve uyumsuzluk, daha geniş ve ileri güvenceler sağlayan yasaların uygulanmasıyla çözülür. Değişik bir anlatımla, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı bu durumda uygulanmaz. Bu kuralın temelinde, çatışmanın ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri güvence sağlamış olmasından doğduğu düşüncesi vardır.

Düzenleme, Yargı ve Yürütme Kadar, Yasamayı da Bağlar

Ek cümlede, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konuda farklı hükümler bulunmasından doğan “*uyumsuzluklar*” dan söz edilmiştir. Üçüncü cümlelerin sözel metnine bakılırsa, uluslararası antlaşmalardaki kuralların “*esas*” alınmasının, ancak somut bir uyumsuzluk çıkması durumunda geçerli olacağı düşünülebilir. Bu sözcük, kuşkusuz öncelikle yargı yerleri önünde çıkan somut uyumsuzlukları çağrıştırmaktadır. Ancak ek cümle, “*yargı yerleri*” nin önündeki uyumsuzluklar ile sınırlı bir çözüm getirmemiş, uyumsuzlukların çıktığı yerlere ya da organlara ilişkin bir belirleme yapmamıştır. Kanımca ek cümlede geçen “*uyumsuzluk*” sözcüğünü, salt “*adli*,

idari ve askeri" yargı yerleri ile sınırlı anlamamak ve uygulamamak gerekir. Yönetmelik organlar önündeki uyuşmazlıklarda da, uluslararası antlaşmalara aykırı olan bir yasaya ya da bu yasaya dayanılarak çıkarılmış düzenleyici metinlere göre bir karar verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da uluslararası antlaşmaların "esas" alınması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yetkililerine, yönetmelik organlara yapılan başvuru ya da yakınmalar dolayısıyla onaylanan sözleşmeler ile yasalar arasında uyuşmazlıklar çıkması durumunda da, uluslararası antlaşmanın yetkililerce doğrudan uygulanması gerekir.

Öte yandan bu kural, yargı ve yönetmelik yetkililerin (dolayısıyla yürütmenin) yanı sıra, kanımca yasamayı da bağlar. Artık yasama organı da, böyle bir uyuşmazlığa yol açabilecek uluslararası antlaşmalara aykırı yasalar çıkaramaz, çıkarmamalıdır. Aykırı olanları da, Anayasadan başlayarak değiştirmelidir. Yasama organı, "uyuşmazlık durumunda nasıl olsa uluslararası antlaşma esas alınacaktır" gibi bir yaklaşımla, aykırılıklara kayıtsız kalmaz. Yasaların hazırlık ve oluşum sürecinin özellikle bakanlıklardaki ve Meclis komisyonlarındaki aşamalarında, çıkarılacak yasa ile antlaşmalar arasında çatışmalara yer vermemek için çaba ve özen gösterilmesi gerekir. Ancak, gerek bürokrasinin gerekse yasama organının bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş ya da getirememiş olması, onaylanmış uluslararası antlaşmaların öncelikle uygulanmasına engel olmaz. Yasalarla yapılacak insan haklarıyla ilgili düzenlemelerin alt sınırı, ilgili denetim organlarının kararlarıyla açıklık kazandırılmış uluslararası antlaşmalardır. Özet olarak ek cümle, yasaların uygulanması kadar yapılmasını da kapsar; yasama, yürütme ve yargıyı bağlar. Kamu yetkilileri (vali, kaymakam ve başka yöneticiler ile kolluk görevlileri) de, uluslararası antlaşmaları yasalara üstün tutarak uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdürler.

Yargıların, eğer taraflarca ileri sürülmemişse, kendiliğinden uluslararası antlaşmaları gözönüne alarak karar vermesi gerekir. Bu, anayasal bir yükümlülüktür. Uluslararası antlaşmalar, daha ileri kurallar içerdiği sürece, hukuk düzeninin ulusal hukukun üstünde bir parçası olduğundan, uyuşmazlıklarda kendiliğinden gözönüne alınmalı ve buna göre karar verilmelidir.

Aynı konuyu düzenleyen birden çok uluslararası antlaşma kuralının bulunması durumunda, yetkili denetim organlarının kararları da gözönünde bulundurularak, en ileri düzenleme yapan ve güvence sağlayan antlaşmanın özenle belirlenip uygulanması gerektiği kuşku götürmez.

Düzenleme, Uluslararası Denetim Organlarının Kararlarının da Gözönüne Alınmasını Gerektirir

Ek cümlelerin “*aynı konuda farklı hükümler*” biçimindeki sözleri, uluslararası antlaşmaların salt sözel/pozitif metinleri gözönüne alınarak belirlenmemelidir. Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz. Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları gözönünde bulundurulmak gerekir. Çünkü ek cümleyle yapılan düzenlemenin temel amacı, böyle bir uyumsuzluğun iç hukuk alanında yargısal ya da yönetsel kararlarla çözülmesi ve böylece de, uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin engellenmesidir.

Somut bir örnek vererek kısaca açıklamak gerekirse; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin “*adil yargılanma hakkı*” başlıklı 6. maddesi, bu hakkın “*bağımsız ve yansız*” mahkemelerde yargılanmayı içerdiğini öngörmüştür. Ancak bu iki kavramın anlamlarını -doğal olarak- belirtmemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, ülkemize ilişkin bir kararında (İncal kararında),¹³ Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde yer alan “*askeri yargıcın*” konumunu gözönünde bulundurarak, “*bağımsız ve yansız*” olma kavramlarına somut bir anlam ve içerik yüklemiştir. Böylece, dar bir yorumla sözleşmenin sözel metninden ulaşılamayacak bir sonuca varmıştır. Çatışma durumunda, Mahkemenin bu kararının gözönünde bulundurulmamasının, taraf olduğumuz sözleşmeye aykırı bir karar verilmesine yol açacağı kesindir.

Uygulamada daha çok duraksamalara yol açacağını düşündüğüm bir başka somut örnek olarak, insan hakları sözleşmelerinden olduğuna kuşku bulunmayan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi’ne değineyim. 1993 yılında usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz 87 sayılı Sözleşme, çok kısa ve genel anlatımlı maddelerinde açıkça “*grev hakkı*”ndan söz etmez. Ancak, gerek sözleşmeyi onaylayan taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyen Uzmanlar Komisyonunun, gerekse sözleşmeyi onaylamamış olsa bile UÇÖ’ye üye olması nedeniyle, Örgüt’ün Anayasası’nda yer alan “*sendika özgürlüğü*” ilkesine uyup uymadıklarını denetleyen Sendika Özgürlüğü Komitesi’nin¹⁴

¹³ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayını, Ankara 2004, s. 204.

¹⁴ Bu denetim organları için bkz. Mesut Gülmez, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, s. 43-114.

elli yılı aşkın bir süreden beri ülkemizi de kapsamak üzere yineledikleri “içtihat” niteliği kazanmış yerleşik kararlarına göre, 87 sayılı sözleşme grev hakkını güvenceye almıştır.¹⁵ Gerek yargı yerlerinin gerekse yönetsel yetkililerin, önlerine gelen yürürlükteki yasalarımızda yer alan kesin grev yasağından kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözülmesinde, dayanaklarını UÇÖ Anayasası’ndan alan denetim organlarının bu kararlarını gözönüne almaksızın karar vermeleri, bu yeni düzenlemeye –yani Anayasa’ya- açıkça aykırı olur. Çünkü, Anayasa’da sözü edilen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler*” anlamında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 87 sayılı Sözleşme arasında hiçbir fark yoktur. Yine, anılan sözleşmeleri denetleme yetkisi bulunan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararları ile UÇÖ denetim organlarının kararları arasında da, yargısal nitelik taşıyıp taşıyamamaları dışında, bir fark yoktur. Başka bir anlatımla, her iki sözleşmenin oluşturduğu koruma ve denetim sistemlerindeki farklılık, çatışma sorununun çözülmesinde “*uluslararası antlaşmaların esas alınması*” yönünden ayırım gözetilmesini gerektirmez. İnsan hakları sözleşmeleri arasında bu tür ayrımlar gözetilmesi, hem Anayasa’ya hem de insan haklarının evrensel ilkelerine aykırıdır.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, 90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere büyük bir sorumluluk yüklemekte, kanımca daha önce de var olan sorumluluklarını pekiştirmektedir. Bu da, en azından Türkiye’nin taraf olduğu tüm insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemekle görevli ve yetkili olan uluslararası koruma ve denetim organlarının kararlarının bilinme ve izlenmesini gerektirmektedir. Yargıçların ve kamu yetkililerinin bu konuda bir duraksama yaşamaları durumunda, gerek uyuşmazlığın saptanması gerekse uyuşmazlığa uygulanacak söz konusu kararların belirlenmesi konularında uzman ve bilim adamlarından yararlanmaları gerekir. Uluslararası antlaşmaları yorumlama yetkilerinin bulunduğunu düşünerek, denetim organlarının kararlarını araştırmaksızın uyuşmazlığı çözmeye çalışmamaları gerekir. Böyle bir tutum, ek cümlenin amacına ve özüne aykırı düşer. Denetim organlarının yerleşik kararlarına aykırı bir çözümün, uyuşmazlığın eninde sonunda bu organların önüne götürülmesine yol açacağı bilinmelidir.

Dolayısıyla ek cümle, yargıç ve yönetsel yetkililerin (ve kuşkusuz savcı ve avukatların), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’yle sınırlı olmayan kapsamlı ve ciddi bir insan hakları eğitiminden geçirilmeleriyle amacına uygun biçimde uygulanabilir.

¹⁵ Bkz. Mesut Gülmez, *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, TODAİE Yayını, Ankara 1988, s. 221-275; Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE Yayını, Ankara 1996, s. 147-151.

Kanımca, 90. maddenin son fıkrasının yeni son cümlesi, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını, yasalar ile antlaşmalar arasında çatışma çıkması koşuluna bağlı tutmuş olmakla birlikte, yasalarda boşluk olması nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da, ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası antlaşmaların temel alınması gerekir. Yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanırken taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerini de gözönüne almalı; iç hukuktaki boşluğu, yazılı hukukun bir parçası olan bu sözleşmelerle doldurmalıdır.

SONUÇ

Bu incelemeden çıkan başlıca sonuçları özetlemek gerekirse:

1. Uyuşmazlık durumunda, ulusal hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanması gereken taraf olduğumuz tüm insan hakları sözleşmeleri, yargı yerleri ve yönetsel yetkililerce kendiliğinden “*esas*” alınarak uygulanmalıdır;

2. Uyuşmazlığın, salt “*yasalar*” ile değil, kanun hükmünde kararname ve insan haklarıyla ilgili düzenlemeler yapan tüm yasal ve/ya da dayanağını yasalardan alan yönetsel düzenlemeler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkmış olması durumunda da, uluslararası antlaşmalar “*esas*” alınmalıdır;

3. Uyuşmazlıklar, salt sözel metinler değil, yetkili denetim ve koruma organlarının kararları da gözönüne alınarak saptanmalı ve karara bağlanmalıdır. Ancak, yasalardan daha ileri hak, özgürlük ve güvence sağlayan antlaşmalar uyuşmazlıkların çözülmesinde temel alınmalıdır;

4. Uluslararası antlaşmaları “*esas*” almak için, yüksek yargı yerlerinin kimi kararlarında koşul sayıldığı gibi, -onaylanmakla Anayasa gereği ulusal hukukun parçasına dönüşmüş olan- antlaşmaları ayrıca ulusal hukuka katan özel yasal/yönetsel düzenlemeler yapılmış olması gerekmez;

5. Uzun sözün kısası, 90. maddenin son fıkrasının 25 sözcüklü yeni üçüncü cümlesi, evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden taraf olduklarımızı, denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde ulusal düzenlemelere üstün tutarak doğrudan doğruya uygulama yükümlülüğü getirmiştir.

Yargı yerlerimizin ve yönetsel yetkililerimizin, hiç de kolay olmayan ve küçümsenmemesi gereken bu yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirebilmelerini sağlayacak koşulları hazırlamak gerekir. Bu koşulların başında da, insan hakları öğretimi ve eğitimi gelmektedir. Ancak hükümetin ve yasama organının da, Brüksel’den gelecek istekleri beklemeksizin, başta Anayasa olmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışındaki sözleşmeler,

-Örneğin Avrupa Sosyal Şartı, BM'nin İkiz Sözleşmeleri ve UÇÖ'nün 87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmeleri- ile de bağdaşmayan aykırılıkları kaldıracak kapsamlı ve denetim organlarının kararlarını gözönünde tutan bir uyum çalışmasını başlatması gerekir.

Bilmiyorum, yasama, yürütme ve yargı organlarımız, yirmi beş sözcüklü değişikliğin içerik ve kapsamı ile hukuk düzenimiz üzerindeki etkilerinin ve üstlendikleri yükümlülüklerin ayırdındalar mıdır?

Kuşkusuz, anayasal ve yasal uyum düzenlemelerine ilişkin yasa tasarısı ve önerilerinin gerekçelerinde de açıkça belirtildiği üzere, öncelikle 2004 sonunda Avrupa Birliği'nden müzakere tarihi almak için yapılmış olsa da, uluslararası insan hakları hukukuna uygunluk sağlayıcı değişiklikler içeren önemli düzenlemelerinin gerçekleştirilmiş olması olumlu bir adımdır. Ancak, onayladığımız ve iç hukukumuzun parçasına dönüştürdüğümüz insan hakları sözleşmelerine Mayıs 2004 değişikliğiyle kurallar sıralamasının en üstünde yer vermiş olmamızın, onları yaşamın bir parçasına dönüştürmek için yeterli olmadığını da unutmamalıyız.

5170 SAYILI YASA'YLA ANAYASA'NIN 90. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞE BİR BAKIŞ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

I. GENEL OLARAK

7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki,

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.” kuralına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

7. maddenin gerekçesinde,

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir” denilmektedir.

Çalışmamızda, henüz çok yeni ve uygulamada şekillenecek olan 5170 sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklik ile ilgili özellikle tartışmaya neden olabilecek bazı konulara değinmek istiyoruz.

II. BAZI ÜLKELERDEKİ DURUM

5170 sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. maddesine eklenen hükme benzer düzenlemeler, farklı boyutlarda kimi ülke Anayasalarında da yer almaktadır.

* Hâkim.

Alman Anayasası'nın "Uluslararası hukuk ve federal hukuk" başlıklı 25. maddesine göre,¹ devletler hukukunun genel kuralları, Federal Alman Hukuku'nun (ayrılmaz) bir parçasıdır ve federal topraklarda oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülük belirler ve kanunlardan önce gelirler.

Avusturya Anayasası'nın 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre,² devletler hukukunun kabul gören genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz bir parçasıdır.

Fransız Anayasası'nın 55. maddesine göre³de, usulüne uygun onaylanmış ve uygun bulunmuş anlaşma veya anlaşmalar yayımlandıklarında, diğer tarafça da uygulanmak koşuluyla, kanunlardan üstündür.

Alman ve Avusturya Anayasaları'nda milletlerarası andlaşmadan değil, devletler hukukunun genel ilkelerinden söz edilmiştir. Bu yönü itibarıyla, Alman ve Avusturya Anayasaları'nda daha geniş bir kavram kullanılmıştır. Bununla birlikte, "devletler hukukunun genel ilkeleri" ibaresi, genişliğinin yanı sıra, "andlaşma" kavramına göre daha soyut, belirsiz ve tartışmalı bir kavramdır. Uygulanması noktasında oldukça geniş bir yorum olanağı bulunmaktadır. Böylesi durumlarda, yorum sahası ne kadar geniş ise, devletler hukukunun genel ilkelerinin uygulanabilme olanağı da o kadar dar kapsamda olabilecektir.

Fransız Anayasası'nda ise, anlaşma ve andlaşmadan söz edilmiştir ve bu açıdan Türk Anayasası'nın 90. maddesine benzemektedir ve söz konusu andlaşma, kanunlardan üstündür. Bununla birlikte, Fransız Anayasası'nda, Türk Anayasası'ndaki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma" ibaresinden farklı olarak, herhangi bir kritere bağlama yapılmadan, "anlaşma ve andlaşma" sözcükleri kullanılmıştır.

Fransız Anayasası'nda, Türk Anayasası'ndan farklı olarak, "diğer tarafça da uygulanmak" şartına bağlı bir daraltma bulunmaktadır. "Diğer tarafça da uygulanmak" koşulu, andlaşmanın kanundan üstün sayılabilmesinin ön koşulu niteliğindedir ve Türk Anayasası'nın 90. maddesinden daha dar kapsamlıdır.

Fransız Anayasası'ndaki "diğer tarafça da uygulanmak" koşulunun uygulanması, belirsizlikler de içerebilecektir. Örneğin, diğer tarafça uygulanmak koşulu, ikiden fazla tarafı olan andlaşmalarda, tarafların tümünün uygu-

¹ m. 25: "The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall override laws and directly establish rights and obligations for the inhabitants of the federal territory."

² m. 9: "The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of Federal law."

³ m. 55: "Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, in regard to each agreement or treaty, to its application by the other party."

laması mı yoksa bir ya da birkaçının uygulaması olarak mı anlaşılacaktır? Söz konusu karşı tarafın uygulamasında kapsam tartışması da geniş bir yorum alanı doğurmaktadır. Acaba diğer tarafça uygulanmak koşulu, her konuda tam bir örtüşmeyi mi gerektirecektir; yoksa genel olarak uygulanmanın olması yeterli midir?

Fransız Anayasası'ndaki söz konusu ön koşulla ilgili soru ve sorunları artırmak mümkündür.

III. 5170 SAYILI YASA DEĞİŞİKLİĞİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlelerin uygulanabilmesi için, aşağıdaki koşulların gerekli olduğunu düşünmekteyiz:

A. Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşma Olmalıdır

1. Milletlerarası Andlaşma Kavramı

Fransız Anayasası'ndaki "*antlaşma veya andlaşma*" ibaresi yerine Türk Anayasası'nın 90. maddesinde, "*milletlerarası andlaşma*" kavramı kullanılmakla yetinilmiştir.

Esasında, hukuki mahiyeti ve dolayısıyla bağlayıcılık vasfı açısından aralarında fark olmamasına rağmen milletlerarası hukuk kuralları getiren yazılı belgeler için 14 kadar değişik terim kullanılmaktadır. 90. maddede, bu terimlerden en genel olanı seçilmiştir.⁴

Bu itibarla, Anayasa'nın 90. maddesindeki "*milletlerarası andlaşma*" kavramı, Fransız Anayasası'ndaki "*antlaşma veya anlaşıma*" kavramını da içerecek tarzda ve bilinçli olarak kullanılmıştır.

2. Usulüne Göre Yürürlüğe Konulma

31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı "*Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması İle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun*" da, milletlerarası bir andlaşmanın yürürlüğe konulması usulü kurala bağlanmıştır.

⁴ Anayasa'nın 90. maddesinin aynen alındığı 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinden.

244 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre, milletlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması veya nota teatisine konu teşkil etmesi veyahut bu andlaşmalara katılma bildirimlerinin yapılması için Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcilerinin tayıni ve bu temsilcilerin yetkilerinin tespiti, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle olur; ancak bu kararnameler, *Resmi Gazete*'de yayımlanmaz.

a. Uygun Bulma Yasası

Kural olarak, 244 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, milletlerarası andlaşmaları onaylama veya bu andlaşmalara katılma, onaylama veya katılmanın bir yasayla uygun bulunmasına bağlıdır.

244 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre uygun bulma yasası çıkarılma zorunluluğu olmayan konular ise şöyledir:

1. İktisadi, ticari veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmaların onaylanması veya bunlara katılmak için; Türk kanunlarına değışiklik getirmemek, Devlet maliyesi bakımından yüklenme gerektirmemek, kişi hallerine ve Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, onaylamanın veya katılmanın uygun bulunmasına dair bir yasa yapılması zorunluluğu yoktur. Bu halde, andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında bir kanun çıkmamış olup da, onaylama veya katılma işlemlerinin yerine getirilmiş olması takdirinde, bu andlaşma, *Resmi Gazete*'de yayımlanmasından başlayarak iki ay içinde, bir Başbakanlık yazısına ekli olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilir. TBMM Başkanlığı, bu andlaşmaları, Genel Kurul'un bilgisine sunar.

2. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca yapılan uygulama andlaşmalarından Türk yasalarına değışiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların konusu iktisadi, ticari veya teknik münasebetlerin dışında kalsa veya süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere yasa yapılması zorunluluğu yoktur.

3. Yasa'nın verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca yapılan iktisadi, ticari, teknik veya idari andlaşmalardan Türk yasalarına değışiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu yoktur.

Uygun bulma yasası gerektiren bir andlaşmanın usulüne uygun yürürlüğe konulduğunu söyleyebilmek için, yalnızca uygun bulma yasasının kabul edilip *Resmi Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe girmesi yeterli değildir.

b. Bakanlar Kurulu Kararnamesi

244 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrasına göre, milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle olur.

3. maddenin ikinci fıkrasına göre, onaylama veya katılma konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada geçerli olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni birinci fıkradaki söz konusu kararnameye ekli olarak *Resmi Gazete'*de yayımlanır.

Milletlerarası bir andlaşmanın usulüne uygun yürürlüğe girebilmesi için, öncelikle uygun bulma yasasının TBMM tarafından kabul edilmesi ve *Resmi Gazete'*de yayımlanıp yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Bu aşamada, söz konusu andlaşma henüz usulüne uygun yürürlüğe girmiş sayılmamaktadır. Bundan sonra, 244 sayılı Yasa'nın 3. maddesi gereğince, bu andlaşmanın onaylandığına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin *Resmi Gazete'*de yayımlanması gerekmektedir. Kararnamede, farklı bir tarih yoksa, *Resmi Gazete'*de yayım tarihinde, andlaşma usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş sayılır.

3. maddenin üçüncü fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılma zorunluluğu olmayan konular ise şöyledir :

Bir önceki başlıkta belirtilen, uygun bulma yasası çıkarılması zorunluluğu olmayan bir milletlerarası andlaşmanın onaylanması veya buna katılma bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle olursa, bu andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında yasa çıkarılamaz.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca yapılan teknik veya idari nitelikteki uygulama andlaşmalarından ve yasanın verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca yapılp 2. maddenin ikinci fıkrasına göre TBMM'nin bilgisine sunulanların dışında kalan teknik veya idarî andlaşmalardan iktisadî veya ticarî nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen ve Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenlerin

yayınlanması zorunlu değildir. Burada sözü edilen yayınlanması zorunlu olmayan andlaşmalar hakkında Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan kararnamelerin yayınlanması da zorunlu değildir.

B. Milletlerarası Andlaşma Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Olmalıdır

5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlelerin uygulanabilmesi için, söz konusu andlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunması gerekmektedir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi konunun, en güç ve tartışma yaratacak yönlerinden birisini oluşturmaktadır.

5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümlede, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir yollama ya da açıklama yapılmamıştır. Bu durumda, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin olma" kıstasının ele alınacağı alanlardan birisinin Anayasa olduğu düşünülebilir.

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 12. maddede temel hak ve hürriyetlerin niteliği açıklanmıştır. 12. maddenin gerekçesine göre, temel hak ve hürriyetler bir devlet lütfu değildir ve kişiliğin; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurdur. Temel hak ve hürriyetlerin ikinci niteliği ise, içinde yaşanan topluma, aileye ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları da beraberinde getiriyor olmasıdır. Kişi sahip bulunduğu hak ve hürriyetleri kendi iradesi doğrultusunda kullanırken bu ödev ve sorumlulukları da göz önünde bulundurmaya zorundadır.

Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da dayanağının aranmasının diğer nedenleri de bulunmaktadır.

Türk Hukuku'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir yasa, dayanağını Anayasa'dan almaktadır ve Anayasa'ya aykırı olamaz. Böyle bir yasa ile 90. madde kapsamındaki bir andlaşmanın aynı konuda farklı hüküm taşıması olgusu da, temel hak ve özgürlükleri ele alırken, konunun dayanaklarının başında Anayasa'nın geldiğini ortaya koymaktadır. Bir başka anlatımla, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunma" kriterinin ilk incelenen alanı iç hukuk kuralları olmaktadır.

Acaba "temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunma" kriterinin incelenmesinde, iç hukuk kuralları yeterli midir?

Söz konusu kriterin belirlenmesinde, incelenen konulardan birisinin uluslararası bir andlaşma olduğu da göz önüne alındığında, iç hukuk kurallarıyla sınırlı bir incelemenin tek başına yeterli olması mümkün görünmemektedir. Burada uluslararası hukuk kaynaklarına da başvurulması gerekecektir.

Bu sonuçtan sonra bir başka sorun daha ortaya çıkmaktadır:

Acaba hangi uluslararası hukuk kaynakları ölçüt alınabilecektir?

İlk olarak akla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler'in ilgili sözleşmeleri, ilgisine göre Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi... gibi düzenlemeler gelmektedir.

Diğer yandan, Anayasa'nın 90. maddesindeki andlaşmanın, varsa ilgili olduğu uluslararası hukuk kaynakları da inceleme konusu içerisinde yer alabilecektir.

Bir başka sıkıntılı konu ise, andlaşmanın söz konusu dayanaklarının yorumunun nasıl yapılacağıdır.

C. Milletlerarası Andlaşma ile Kanunların Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermesi Nedeniyle Uyuşmazlık Çıkmalıdır

Yukarıdaki iki koşul gerçekleşmiş ise, üçüncü olarak kanun ile andlaşmanın aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlık çıkması durumunda andlaşma hükmü uygulanacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bazı soru ve sorunlar bulunduğunu düşünmekteyiz.

1. Neden "Kanun" kavramı kullanılmıştır?

Anayasa'da neden yalnızca "kanun" denilmiştir?

Bu soruya karşılık olarak, "kanun" kavramı, yukarıda değindiğimiz Alman ve Fransız Anayasalarında da kullanılmıştır denilebilir.

"Kanun" kavramını nasıl yorumlamak gerekecektir?

Anayasa'da, Başlangıç Bölümü'nden itibaren birçok maddede "kanun" kavramından söz edilmiştir. Genel olarak bakıldığında çoğunlukla, Anayasa'daki "kanun" kavramı, 88. ve 89. maddede sözü edilen, TBMM'ce "kanun" adıyla usulüne göre kabul edilip Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra *Resmî Gazete*'de yayımlanıp yürürlüğe giren normatif kuralları anlatır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "kanunların teklif edilmesi ve görüşülmesi", 89. maddesinde ise "Kanunların Cumhurbaşkanı'nca yayımlanması" konuları düzenlendikten sonra, inceleme konumuz olan 90. madde gelmektedir. Bu sistematik yapı içerisinde 5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen "kanun" kavramını geniş manada (örneğin kanun hükmünde kararnameyi de kapsar biçimde) yorumlamak mümkün müdür?

Diğer yandan, Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasında "... TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır"; dördüncü fıkrasında, "Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır"; son fıkrasında, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" kurallarında da "kanun" denilmektedir.⁵ 90. maddeye 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlede, herhangi bir açıklama yapılmadan kullanılan "kanun" kavramının, 90. maddenin önceki fıkralarındaki "kanun" kavramından farklı yorumlanabilmesi Anayasa'nın sistematığına uygun olur mu?

Öncelikle belirtelim ki, Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasındaki "uygun bulma kanunu" ibaresi, teknik anlamda "kanun"u kapsamaktadır ve uygun bulma işleminin kanun hükmünde kararname ile yapılabilmesi mümkün değildir.

Anayasa'nın 90. maddesinin, TBMM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği maddeler içersinde ve kanunlarla ilgili 88 ve 89. maddelerden hemen sonra yer alması, 90. maddenin 5170 sayılı Yasa'dan önceki yukarıda belirtilen kimi hükümlerindeki "kanun" kavramının da teknik anlamda olması ve 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlede "kanun" kavramı konusunda ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiş bulunması karşısında, 5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümledeki "kanun" kavramını da teknik anlamda değerlendirmek gerektiğini düşünmekteyiz.

a. Kanun Hükmünde Kararname

Andlaşma ile aynı konudaki kanun hükmünde kararname hükmü arasında farklılık olursa ne olacaktır?

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına göre, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümleri ile dördüncü bölümlerindeki temel hak ve özgürlükler açısından KHK çıkarılmayacak olması, 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümledeki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" olma kriteri karşısında, "kanun" sözcüğünün kullanılmasının yerinde olabileceğini düşündürmektedir.

⁵ 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin gerekçesinde, "Andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür" denilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere, Anayasa'nın 90. maddesi (5170 sayılı Yasa değişikliğine kadar), 1961 Anayasası'ndaki 65. maddeden aynen alınmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" e ilişkin ikinci kısmının üçüncü bölümünün KHK ile düzenlenebilecek olması, bu düşünceyi olumsuz yönde etkilemektedir. Kaldı ki, Anayasa'nın 91. maddesinin beşinci fıkrasında, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde KHK çıkarılabilmesi (KHK ile düzenlenemeyecek bölümler bakımından) saklı tutulmuştur.

Nitekim, Anayasa'nın 122. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Sıkı yönetim süresinde, Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir"

122. maddenin ikinci fıkrasına göre, sıkıyönetim süresinde Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak KHK'lerde olağan dönemlerde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak KHK'lerdeki sınırlamalar yer almamaktadır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle kapsamındaki bir andlaşma ile bir KHK'nın aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, KHK hükmünün uygulanmayacağını söylemek güçtür.

b. Tüzük ve Yönetmelik

Andlaşma ile tüzük ve yönetmelik hükmünde uyumsuzluk söz konusu olursa ne olacaktır?

Anayasa'nın 115. maddesine göre, tüzükler, kanunun uygulamasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere ve kanunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılabilir. Anayasa'nın 124. maddesine göre ise, yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere çıkarılabilir. Tüzük ve yönetmeliğin dayanağı kanundur ve kanuna aykırı olamaz.

Andlaşma ile tüzük ve yönetmeliğin farklı hükümler içermesi durumunda dayanak kanun kuralı göz önüne alınacak ve dolayısıyla, tüzük ve yönetmeliğin dayanağı olan kanun hükmü değil, andlaşma hükmü esas alınacağına göre, tüzük ve yönetmelik kuralı da ihmal edilecektir denilebilir.

Ancak, tüzük ve yönetmeliğin dayanak kanunu ile andlaşma hükmünde farklılık olmadığı halde, tüzük ve yönetmelik hükmünde aykırılık olabilir.

Tüzük ve yönetmelik, dayanağı olan kanun kuralına aykırı ise, zaten idari yargıda iptal kararı verilebilecektir. Kimi zaman, tüzük ve yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılığı bile ileri sürülebilir. Özellikle dayanak kanunun

soyut kurallarında açık bir Anayasa'ya aykırılık görülmesi dahi, tüzük ve yönetmelikte Anayasa'ya aykırılık gündeme gelebilecek ve bu yönden (idari yargıda) iptali yoluna gidilebilecektir.

2. Andlaşma ve Kanun Hükümlerinin Normatif Yapısındaki Sorunları

Milletlerarası andlaşmalar genellikle, genel çerçeveli ve bir kanun hükmü kadar somut olmayan kurallar içermektedir. Andlaşma hükümleri, andlaşmaya imza koyan tarafların iç hukuk kurallarıyla içini doldurabilecekleri, genellikle devletten devlete farklılıklar gösterebilen ve takdir hakkı veren nitelikte olabilmektedir.

Normatif çerçeve açısından andlaşma hükümlerine göre kanun hükümleri ise, kanuna dayalı çıkartılan tüzük ve hatta yönetmelik kuralı kadar ayrıntılı (somut) bir yapıda olabilmektedir.

Bu yapının bir sonucu olarak, uygun bulma kanunu çıkarılıp, yukarıda açıklanan prosedürden sonra usulüne uygun yürürlüğe giren andlaşmanın (genel çerçeve içeren) kuralları, çoğunlukla “*uyum kanunları*” şeklinde ifade edilen yasa normu ile düzenlemesi yapılmakta ve iç hukuka uyumu sağlanmaktadır.

Uyum kanununun kapsamı, andlaşmanın içeriğine göre değişebilmektedir. Kimi zaman, bir kanunda değişiklik yapılırken, genellikle “*Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” gibi bir adla birden fazla kanunda değişiklik yapıldığı görülmektedir.

Bu sonuca göre, aynı konuda farklı hükümler içeren, aynı içerikte andlaşma ve kanun hükmü uyumsuzluğunun fazlaca olmayacağını düşünmekteyiz.

Ülkemizdeki kimi kanunların normatif yapısı itibarıyla, tüzük hatta yönetmelik ve hatta genelge kadar ayrıntılar içerdiği durumlarda, böylesi bir kanun kuralı ile oldukça soyut ve geniş çerçeveye sahip andlaşma kuralının aynı konuda farklı hükümler içerdiği sonucuna varabilmenin de güç olacağını belirtmek isteriz.

Diğer yandan, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmayı nasıl incelemek gerekecektir?

Bu andlaşmanın *Resmi Gazete'*de yayımlanan Türkçe metniyle sınırlı inceleme yeterli midir?

244 sayılı Yasa'nın 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu Kararnamesi'yle *Resmi Gazete'*de yayımlanan Türkçe ve muteber dil metninde, orijinal metni incelemek gerekli midir? Orijinal metnini esas alma yöntemini nasıl

belirleyebiliriz? Özellikle, orijinal metnin, hukuk terminolojisi bakımından yeterli olmayan bir çevirisi uygun olur mu? Her uygulayıcı bu çeviriyi yapabilir mi? Bu açıdan orijinal metnin incelenmesinde belirli çeviri ve inceleme standardı aramak gerekmektedir midir?

Uluslararası platformda söz konusu andlaşmanın uygulanmasında, andlaşmanın içeriğinde yazılı dil ya da dillerdeki orijinal metni esas alınmaktadır. Bu açıdan, kanun ile farklı hüküm içermek konusunda söz konusu andlaşmanın orijinal metnin de incelenmesi gerekebilecektir. Burada da, uygulamayı yapan kişi ya da merciin bu incelemeyi yapma zorlukları ortaya çıkabilecektir.

3. Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermek Kavramı

Aynı konuda farklı hükümler içermek kavramının da yoruma muhtaç olduğunu ve uygulamada sıkıntılara neden olabileceğini düşünmekteyiz.

5170 sayılı Yasa'nın konuyla ilgili madde gerekçesinde "*uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*" denilmektedir.

Gereğince yer alan "*çelişme*" sözcüğü kısmen konuya açıklama yapmaya çalışmıştır.

Farklı hüküm içermek, çelişmeyi anlatmaktadır. Çelişme sözcüğü, belli bir düzeyde, farklı sonuç doğuran bir uyuşmazlığı, bir aykırılığı çağrıştırılmaktadır. Esasında, işin doğası gereği, "*farklı hüküm*" kavramı, aleyhe sonuç doğuran bir aykırılığı anlatmaktadır.

Andlaşma ve kanun hükmünde, takdir hakkı tanımayan süre, sayı gibi somut veriler söz konusu ise, bunlar arasındaki çelişmeyi tespit daha kolay yapılabilir. Ancak, her çelişme de, işin esasına uygun olmayabilir.

Burada, andlaşma hükmüne göre, kanun hükmünün temel hak ve özgürlükler açısından sınırlayıcı olup olmadığı konusunun da değerlendirilmesi gerekecektir. Eğer kanun hükmü, andlaşma hükmüne göre, temel hak ve özgürlükler açısından daha genişletici (lehe) hüküm taşıyorsa, temel hak ve özgürlüklerin korunması ruhu açısından bir çelişmeden söz edilemeyecektir.

Diğer yandan, kanun hükmü kimi zaman uygulayıcı tarafından (örneğin yargı kararlarıyla) yoruma muhtaçtır ve uygulamaya bu yorum

yön vermektedir. Aynı konuda farklı hüküm içeren andlaşma kuralının yorumu nasıl olacaktır? Bu konunun da güç ve tartışmalı olacağını düşünmekteyiz.

D. 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Cümlenin Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Başvurulara Etkisi

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların da yer aldığı uluslararası belgeler, Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte, değerlendirilmede gözetilen destekleyici nitelikte görülmüştür.⁶

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaz.

Acaba temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasalarla aynı konuda farklı hükümler içeren böyle bir andlaşma olduğunda, zaten yasa değil andlaşma esas alınacağına göre, bu sonuç Anayasa'ya uygunluk denetimini etkileyebilir mi?

Koşulları gerçekleştiğinde, yasa değil, andlaşma hükmü uygulanacağına göre, 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümle, böylesi bir yasa hükmünü nasıl etkilemektedir?

Bu yasa hükmü zımnen ilga edilmiştir denilebilir mi? Bir an için zımnen ilga düşüncesine sıcak bakıldığında, bu sonuç, genel kabul gören, bir yasa hükmünün nasıl ilga edileceğine ilişkin iç hukuktaki ilkelerle bağdaşabilir mi?

Nitekim, Anayasa'nın 87. maddesine göre, bir yasa hükmünü değiştirmek ve kaldırmak TBMM'nin görevleri arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 148 ve devamı maddelerine göre ise, usulüne uygun bir başvuruda, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı halinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilmektedir.

90. maddeye eklenen cümlede, "*çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" denilmektedir. Bu ibarede, söz konusu yasa hükmünün ilga edildiği sonucuna gitmek güçtür. Kaldı ki, "*esas alınır*" ibaresi, kaldırılma anlamını vermemektedir.

Burada, o uyumsuzlukta, bir ilga değil, esasında bir "*ihmal*" söz konusudur. Bu nedenle, o yasa hükmü, andlaşma kapsamı dışındaki konularda uygulamasını sürdürecektir.

⁶ AY Mah. K., 23.9.1996, E.1996/15, K.1996/34; AMKD., Sayı 32, C.2, s.806-807; 29.11.1990, E.1990/30, K.1990/31; AMKD., Sayı 27, C.1, s.57-64

5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümlenin, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurulara etkisini, itiraz yolu ve iptal davaları açısından ele almak gerekmektedir.

1. İtiraz Yoluyla Gelen İptal Başvurularında

Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrası ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi gereğince, itiraz yoluyla bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunabilmesi için iptali istenilen kuralın, "*o davada uygulanacak kural niteliğinde olması*" zorunlu koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir.

Konuya farklı açılardan yaklaşmak mümkündür :

1. Yaklaşım:

5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümleyle, hak ve özgürlüklere ilişkin aynı konuda farklı hükümler içeren hem yasa hem de usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşma varsa, yasa değil andlaşma kuralı uygulanacağına göre, bir bakıma söz konusu yasa kuralı, o (dava-da) uyuşmazlıkta Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uygulanacak kural olmaktan çıkmış olabilecektir. Kaldı ki, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası da mümkün olmayacağına göre, itiraz yolu belli konularda işlemez hale gelebilecektir.

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle, henüz çok yeni bir kural olmakla birlikte, biz bu konunun çözüme muhtaç olduğunu düşünmekteyiz. Özellikle itiraz yoluyla gelen başvurular bakımından varılacak sonuç, dolayısıyla iptal davalarını da etkileyebilecektir.

2. Yaklaşım:

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, "*davada uygulanacak yasa kuralı*"ndan maksat, bir davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikte bulunan ya da tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için göz önünde tutulması gereken kurallardır.⁷

Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu, yukarıda genel olarak değindiğimiz belirli bir incelemeyi gerektirmekte-

⁷ AY Mah., 4.9.1997, E.1997/56, K.1997/62; AMKD., Sayı 33, C.1, s.425-428; AY Mah., 4.10.2000, E.2000/55, K.2000/26, AMKD., Sayı 36, C.2, s.768-771.

dir. Bir başka deyişle, bir yasa kuralı varken, bir andlaşma kuralı hemen değil, koşullarının varlığı tespit edildikten sonra yasa kuralına rağmen, esas alınabilecektir. Bu sonuca gitmede, yasa kuralının olumsuz da olsa yine uygulanma konusu yapıldığı söylenebilir mi? Bu soruya evet denilebilirse, o yasa kuralının itiraz başvurusu incelemesi esastan yapılabilecektir.

3. Yaklaşım:

Anayasa'nın 90. maddesindeki değişikliğin, yine Anayasa'da düzenlenen Anayasa'ya aykırılıkla ilgili kuralları daraltabileceği yorumu, Anayasa'ya uygun olur mu?

5170 sayılı Yasa'yla değişik Anayasa'nın 90. maddesindeki "...*çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" cümlesindeki, "*esas alma*" ibaresi, Anayasa'ya uygun yorumu da gerektirir.

Kaldı ki, 5170 sayılı Yasa'yla, Anayasa Mahkemesi'nin düzenlendiği Anayasa'nın 146 ilâ 153. maddelerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu itibarla, andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilen ve Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olabilen bir yasa kuralının, itiraz yoluyla iptaline karar verilebilmesinin sınırlandırılması yaklaşımının, Anayasa'ya uygun bir yorum olmadığını da söylemek mümkündür.

Bu tartışmaların yanında, yukarıda açıklandığı üzere, 5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümlelerin, uygulanmasındaki zorlukların yanı sıra, tüm koşulları taşıyan andlaşma ve kanun hükmü olgusunun da fazlaca olmayacağı göz önüne alındığında itiraz yoluyla başvurular konusundaki etkinin fazlaca olmayacağını da söylemek isteriz.

2. İptal Davalarında

Anayasa'nın 150. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak iptal başvurusunda, itiraz yolundan farklı olarak, "*davada uygulanacak kural olma*" koşulu yoktur. Ancak, iptali istenilen yasa kuralı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin aynı konuda farklı hükümler içeren uluslararası andlaşma ile çelişirse, yasa kuralı uygulanamayacağına göre ve bu sonuç Anayasa'nın 90. maddesine 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümleden kaynaklandığına göre, söz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 90/son fıkrasına aykırı bir konuma gelebilecektir.

Bir yasa kuralının, yalnızca 5170 sayılı Yasa'yla 90. maddeye eklenen cümleyle aykırı olması, Anayasa'ya aykırıdır denilmesi için yeterli olabilecek midir? Üstelik böyle bir yasa kuralı 90. madde dışında Anayasa'nın başka hiçbir maddesine aykırı değilse ne olacaktır?

Bu konunun tersini ele alırsak; o yasa kuralı Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki bir andlaşma ile paralel hükümler taşıyorsa, doğal olarak yasa kuralı uygulanacaktır. Fakat, bu durumun ortaya çıkarabileceği bir başka sonuç ise, 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümle kapsamında bir andlaşma varsa ve iptali istenilen yasa kuralı bu andlaşmaya uygun ise, iptal isteminin kabulüne karar verebilmek mümkün müdür? Böyle bir andlaşma, Anayasa'ya uygunluk denetiminde destekleyici norm değil, denetimde gözetilecek ana norm haline gelebilecek midir?

Varılan bu aşamada, bir başka konu ise, iptali istenilen yasa kuralının, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, andlaşmaya uygun ve fakat Anayasa'nın diğer herhangi bir maddesine aykırılığının olması halidir. İptali istenilen yasa kuralı, 90. madde kapsamında aynı konudaki bir andlaşma hükmü ile çelişmiyorsa ve fakat bu yasa kuralı örneğin Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı ise ne olacaktır?

Biz sorunun çözümünde, Anayasa'nın 90. maddesindeki *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir"* cümlesinin belirleyici olabileceğini düşünmekteyiz. Bu cümlede, söz konusu andlaşmanın kanun hükmünde olduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa yargısında, iptal istemine konu bir yasa hükmünün, bir başka yasa hükmüne uygun (paralel) olması değil, Anayasa'nın 11. maddesindeki, *"Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz"* kuralı gereğince, Yasa kuralının Anayasa'ya uygun olması ana ilkedir.

Anayasa'ya aykırılık başvurusuna konu edilemese dahi, Anayasa'nın 90. maddesine göre söz konusu andlaşma bir kanun hükmündedir. 5170 sayılı Yasa'yla eklenen cümlede de bu sonucun bir devamı olarak, çelişen (çatışan) iki yasa kuralından hangisinin uygulanacağı konusu açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu nedenle, andlaşmayla çelişmeyen ve fakat Anayasa'ya aykırı olan bir yasa kuralının iptaline karar verilebilecektir.

Diğer yandan, Anayasa'nın 90. maddesine göre, bir yasa kuralı ile çelişme nedeniyle bir andlaşma kuralının doğrudan uygulandığı halde, yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı konusu incelenecektir. Eğer yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılırsa, o yasa kuralının, tek başına 5170 sayılı Yasa'yla değişik Anayasa'nın 90. maddesine aykırılığından iptaline karar verilebilmesinin güç olduğunu düşünmekteyiz.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK YARGI SİSTEMİNDEKİ YERİ

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ*

Giriş

AİHS, sözleşmeye taraf devletlerin amaçları ile konulan kurallar ve bu kuralların içeriği itibariyle, kişilere doğrudan haklar tanımaktadır. Sözleşmenin birinci maddesinde yer alan, taraf devletlerin “*kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar*” hükmü (m. 1) ile sözleşme ve ek protokolleri yorumlamaya (m. 19 vd.) yetkili organ olan AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler, taraf devletler için bu Sözleşme'nin bağlayıcılığını ortaya koymaktadır (m. 46).

AİHS'nin iç hukuktaki etkisi konusunda, Sözleşme'ye taraf devletlerde, iki temel sistemin varlığından söz edilebilir: Düalist (ikici) ve monist (tekçi) sistem.¹

Bunlardan düalist (ikici) sisteme göre, iç hukuk ve sözleşme birbirinden tamamen farklı ve bağımsız iki farklı hukuk sistemi olup, sözleşmenin iç hukukta doğrudan etkisi söz konusu değildir. Sözleşmenin iç hukukta etkili olabilmesi için iç hukuka aktarılması, yani bir trasformasyon işlemine ihtiyaç vardır.

Sözleşme'ye taraf devletlerden İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda ve Norveç gibi ülkeler düalist sistemi kabul etmişlerdir. İsveç örneğinde, Yüksek İdare Mahkemesi, uluslararası bir sözleşmenin iç hukuku doğrudan etkilemesinin mümkün olmadığına, ülkede bunun iç hukuka aktarılmasını sağlayacak bir yasanın olması gerektiğine hükmetmiştir. Bu

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

¹ Gözübüyük, A. Ş.-Gölcüklü, F.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 19 vd.

nedenle, İsveç Yüksek Mahkemesi, iç hukuka dayanılmaksızın, sadece AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasına dayalı geri verme işlemi reddetmiştir.²

Monist (tekçi) sistemde ise, bir tek hukuk düzeni vardır. Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk, bir bütünün parçasıdır. Uluslararası hukukta yaratılan bir kural, ulusal kurallar arasında doğrudan yerini alır ve uygulanır. Bu nedenle monist görüşte sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanmakta olup, ayrıca sözleşmenin iç hukuka aktarılması işlemine gerek bulunmamaktadır. Yani bu sistemde uluslararası hukuk ile iç hukuk bir tek hukuk sistemi olduğundan, uluslararası hukukun iç hukuka aktarılması için ayrı bir işlem yapmaya gerek yoktur. Böyle olmakla beraber, monist sistemi benimseyen devletlerdeki sorun, sözleşmenin normlar kademelenmesindeki yeridir. Kimi devletler sözleşmeyi yasa, kimi yasa üstü, kimisi Anayasa düzeyinde ve nihayet kimisi de Anayasa üstü kabul etmektedir.

Bu çalışmada önce konunun karşılaştırmalı hukukta yer alışı biçimi üzerinde durdum. Sonra, Anayasamızdaki düzenlemeleri irdeledim.

Anayasamızdaki düzenlemeler değişik yönlerden değerlendirilmektedir. Ancak sözleşmelerin Anayasamızda yer alışı biçiminde genel olarak farklı bir düzenleme getirilmemekle beraber, 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen bir cümle ile, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sözleşmelerin yasalara üstünlüğü açıkça kabul edilmiş oldu. Fakat, gerek temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan eski düzenleme bakımından, gerekse yeni düzenlemenin istenilen açıklıkta olmaması nedeniyle, konu ile ilgili tartışmalar devam edeceği için, Anayasa'daki düzenlemeleri irdelemeye çalıştım.

II. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Uygulamadan kimi örnekler vermek gerekirse:³

- Almanya'da AİHS'nin yasama organı tarafından onaylanmasından sonra kurallar kademeleşmesinde yasayla aynı düzeyde olduğu kabul edilmektedir.⁴ Bu şekilde kabul edilen sözleşme hükmünden sonra, bir yasa yürürlüğe girer ve sonradan yürürlüğe giren yasa sözleşmeye aykırı

² Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan- Sancakdar, Oğuz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004, s. 64 vd.

³ Yıldırım, Kamil, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, Kazancı Yayını, İstanbul 1997, s.49 vd.

⁴ Alman Anayasa'sı, m. 59/2.

hükümler içerirse, bu yasa sözleşmenin amacına uygun yorumlanır. Yani yasa, kendinden önce yürürlüğe giren sözleşmeye aykırı hüküm taşıyorsa, normalde yasanın yürürlükten kaldırılması gerekmele beraber, yasanın yürürlükten kaldırılması düşünülmüyorsa veya kısa sürede yürürlükten kaldırılması mümkün değilse, yasanın uluslararası hukuka uygun yorumu tercih edilmektedir. Ancak, sözleşmeye aykırı olan yasa ile sözleşmenin aynı anda yürürlükte olmaları, sözleşmeye uygun yoruma rağmen yerinde değildir. Bu nedenle, öğretide, sözleşme hükümlerinin yasa üstünlüğünün kabul edilmesi savunulmaktadır. Yani Anayasa'ya uygunluk denetiminde sözleşme hükümlerinin "ölçü norm" olarak dikkate alınması üzerinde durulmaktadır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan temel hakların içeriğinin belirlenmesi ile ilgili yorumunda, AİHM kararlarına ek bir araç olarak yer vermektedir.

- Avusturya öğretisine göre bu ülkede monist sistem egemendir. Avusturya'da 1964 tarihinde kabul edilen Anayasa çerçevesinde AİHS'nin Anayasa hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu benimsenmiştir. Yani AİHS Avusturya'da Anayasal çerçeveye sahiptir.

- İsviçre de monist sistemi kabul etmekle beraber, sözleşmenin iç hukuk karşısındaki durumunda açık bir düzenleme olmadığı halde sözleşme, yasa gücünde kabul edilmektedir. Ancak bu yasa gücünde oluş, sonraki yasanın sözleşme karşısındaki durumunu ayrıca tartışmalı yapmaktadır.

- Fransız hukuku da monist görüşü benimsemiştir. Dolayısıyla sözleşmenin iç hukuka aktarılması için aktarma işlemi yapılmasına gerek kalmadan iç hukukta doğrudan uygulanması yapılmaktadır. Fransız Anayasası'nın 55. maddesine göre, usulüne göre imzalanan ve kabul edilen sözleşmeler yayımlandıkları andan itibaren yasalara üstünlük kazanmaktalar.⁵ Ancak Anayasa'nın bu düzenlemesine karşın, Avrupa Birliği hukuku ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunun çözümünde, Fransız Danıştay'ı,⁶ Birlik hukukunun ulusal yasalara göre önceliğini kabul ettiğinden, bu kararlar birlikte AİHS'nin de yasalara önceliği kabul edilmektedir.

- Belçika hukukunda uluslararası sözleşmelerin yayımlanmaları üzerine iç hukukta doğrudan doğruya uygulanmaları kabul edilmektedir. Ancak, uygulamada sözleşmelerin yasalara göre önceliği vardır.

- AİHS'nin ulusal yasalara oranla önceliğini kabul eden ülkeler arasında, Malta, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz ve İspanya'da yer almaktadır.

⁵ *Travaux Dirigés Sous la direction de Dominique Turpin*, Droit Constitutionnel, Paris 1998, s. 55.

⁶ Bkz. Nicolo kararı.

Finlandiya, İtalya, Liechtenstein, San Marino ve Danimarka'da uluslararası sözleşmeler yasa gücündedir. Ancak bu ülkelerin bazılarında öğreti ve uygulamada, sonradan çıkan ulusal yasanın sözleşmeyle çatışması halinde, ortaya çıkan uyuşmazlığın sözleşmeye öncelik tanınarak giderilmesi giderek ağırlık kazanmaktadır.

- Buna karşılık, İngiltere, İrlanda, İzlanda, Finlandiya, Norveç ve İsveç'te AİHS, iç hukukun bir parçası sayılmamaktadır.

Özetle, tüm bunlardan çıkan sonuç, çoğu ülkelerin sözleşmeyi doğrudan doğruya uygulamayı benimsemesinin yanı sıra, AİHS'nin taraf devletleri bağlayıcılığı ve uygulamaların AİHM tarafından denetlenmesi nedeniyle, sözleşmeyi iç hukukunun bir parçası olarak kabul etmeyen ülkelerde de gün geçtikçe sözleşmeye ve AİHM kararlarına uygun davranıldığı, düzenlemelerden ve yorumlardan istifade edildiği anlaşılmaktadır.⁷

III- Türk Hukukunda

A- Yargı Yetkisi Bakımından Anayasa'daki Düzenlemeler ve Sıkıntılar

a. Anayasa'da Yargı

1982 Anayasa'sı, egemenliğin kayıtsız-şartsız millete ait olduğunu ve Türk Milleti'nin egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağını; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını düzenlemektedir (m. 6). Ayrıca Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını (m. 9); yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini düzenleyen Anayasamız (m. 138/1); hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremeyip, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını (m. 138/2) emretmektedir.

Anayasa, "hukuka" (m. 138/1) uygun karar vermeden söz ederken, hukuku, sadece iç hukuk olarak değil, uluslararası hukukun da buna dahil olduğu şeklinde anlamak gerekir. Yani buradaki hukuk sadece iç hukuk değildir. Yeter ki, ulusalüstü hukuk bir şekilde ulusal hukuka dahil edilmiş olsun, sözleşmenin de hukuk kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

⁷ Yıldırım, 1997, s. 49 vd.; Batum, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993, s. 32 vd.

Anayasa, herkesin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirttiikten sonra, bu kararların hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceğini de belirtmektedir (m. 138/son).

Anayasa'nın başlangıcında, millet iradesinin mutlak üstünlüğünden söz edilirken, egemenliğin hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmadan Türk milletine ait olduğu ve bu yetkiyi millet adına kullanacak olan organın (kişi ve kuruluşun) Anayasa'da belirlenen hukuk düzeni dışına çıkamayacağı dile getirilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'da, yargı yetkisine ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak getirilecek yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygun ve Anayasa'yla yetkili kılınmış organ tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Görülüyor ki Anayasa, yargı yetkisi bakımından dışta egemenlik devri öngörmediği gibi, içte de mahkemelere etkide bulunulamayacağını ve kararlarının etkisiz kılınamayacağını öngörmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın ulusal mahkeme kararlarını kendiliğinden etkisiz kılması söz konusu değildir. Zira, Anayasamız, klasik çözümden hareketle, sadece ulusal yargı öngörmüştür. Bunun tersine Anayasamız, yargısal konuda açıkça egemenlik devri öngörmemiştir. Buna karşılık Anayasa, 90/son maddesinde öngörülen şekilde sözleşmeler usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuşsa, bu sözleşme organının kararlarına uygun davranılması gerekir.

Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*Kaygusuz/Türkiye*" davasında, Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı yorumlamasını da denetlemek suretiyle, iki hukuk koridoru dışında, sonuçları itibariyle "*üçüncü koridor*" açmıştır.⁸

AİHM Başkanı, AİHM'nin ulusal otoritelerin rolünü üstlenemeyeceği, kural olarak ulusal otoritelerin sözleşme veya eki protokollerin düzenlediği hususlarda uygun gördükleri önlemleri almada serbest olduklarını, bu Mahkemenin denetiminin de sadece söz konusu önlemlerin sözleşme gereklerine uygun olup olmadığı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.⁹

Türk hukuku açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin(AİHS) diğer sözleşmelerden farklı olduğu ve bu farkın sözleşmenin bir yargı denetimi sistemi kabul etmesine dayandırıldığı ifade edilmektedir.¹⁰ Bu görüşe göre, Türkiye, AİHS'yi onaylamakla, organların yargı yetkisini de kabul

⁸ Bakır, Çağlar, "*Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: 'Yargıçlar Zamanı'*"; *Anayasa Yargısı*, 15, Ankara 1998, s. 63-64'te bunu hukukta "*üçüncü koridor*" olarak nitelendirmektedir.

⁹ AİHM Başkanı Luzius Wildhaber'in 25 Nisan 2000 günü Ankara'da Anayasa Mahkemesi'ndeki konuşması; çev.: Mehmet Turhan, *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 26.

¹⁰ Akıllıoğlu, Tekin, "*Avrupa Toplumsal Antlaşması ve Türkiye*", *Anayasa Yargısı*, 15, Ankara 1998, s. 45.

etmiş demektir. Ancak, Anayasa değişikliği ile yetki devri gerçekleşmediğinden, AİHM'nin Türk yargısının üstünde olup olamayacağı tartışılıyor. Yine de, insan hakları hukukuna ilişkin sözleşmelerin, Anayasa ve yasadan yürürlük tarihi itibarıyla öncelik-sonralık ayrımları yapılmaksızın, kural-lar kademeleşmesinde üstünlükleri savunulmaktadır.¹¹ Dolayısıyla, Türk yargı organlarının sözleşme hükümlerini gerektiğinde uygulayacakları belirtilmektedir.¹² Ancak yasa ile sözleşme hükümleri arasında, sözleşmenin üstünlüğü savunulmakla beraber, çatışma halinde Anayasa hükümlerinin göz önünde bulundurulması suretiyle çözümden de söz edilmektedir.

Burada üzerinde durulan üç olasılıktan ilki, Anayasa ile sözleşme birbirleriyle uyumlu ve yasa ile uyumsuz iseler, öncelikle Anayasa'ya aykırı yasanın usulünce aykırılığının belirlenmesidir.

İkincisi, Anayasa'nın suskun olduğu bir hususta, sözleşme ile yasa çatışıyor, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ve "insan haklarına saygılı devlet" ilkelerinin yollama yaptığı sözleşme hükümlerinin devreye sokulmasıyla, Anayasa'daki boşluğun sözleşmeyle doldurulması yoluna gidilmesidir. Kuşkusuz buradaki çözüm yetkisi, yasanın Anayasa'ya aykırılığının belirlenebilmesinde tek yetkili organ olan Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

Üçüncüsü ise, Anayasa ile yasa uyumlu olduğu halde sözleşme ile Anayasa hükmü çatışıyor ve Anayasa'yı sözleşmeye uygun yorumlamak mümkünse bu yoldan hareket edilmesi; şayet Anayasa'nın sözleşmeye uygun yorumu mümkün değilse, iki yoldan söz etmek mümkündür: Bu yollardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin sözleşmeyi ihmal edip Anayasa'yı uygulaması; diğeri ise, Anayasa'yı ihmal edip sözleşmeyi uygulamasıdır. Sözleşmenin ihmali yoluyla Anayasa'nın uygulanması halinde, Anayasa Mahkemesi kararıyla iç hukuk yolu tüketilmiş olacağından, bu kez Anayasa Mahkemesi kararına karşı AİHM'ye başvurulabilecek ve bu konuda son söz AİHM'ne söylenecektir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı ihmal edip, sözleşmeyi doğrudan uygulama yolunu seçmesi halinde de, ülkedeki tüm organların varlık ve yetkilerinin kaynağı olan Anayasa'nın uygulanmaması gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır.

Görüldüğü gibi, her iki durumda da (Anayasa'yı veya sözleşmeyi ihmalde) ortaya yeni sorunlar çıkıyor. Birinci durumda Anayasa'ya uygun hareket etme zorunluluğuna aykırı karar verme; ikincisinde ise, sözleşmeyi ihmalde sorunu ulusalüstü yargı yerlerine bırakma söz konusudur.¹³

¹¹ Yüzbaşıoğlu, Necmi: *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s. 58.

¹² Yüzbaşıoğlu, 1993, s. 56.

¹³ Yüzbaşıoğlu, 1993, s. 59-61.

b. Anayasa'da Sözleşmelerin Yer Alışı

aa. Genel Olarak

Gerek 1961 ve 1982 Anayasaları'nın hazırlanması ve gerekse 1982 Anayasa'sı'nda değişiklikler gerçekleştiren yasa hazırlanırken uluslararası sözleşmelerden ve bilhassa AİHS'den büyük oranda yararlanılmıştır. Bu husus Anayasa metninden anlaşıldığı gibi,¹⁴ değişiklik getiren yasa metinleri ile gerekçeleri ve meclisteki konuşmalar incelendiğinde, AİHS'nin büyük etkisinin olduğu rahatlıkla görülür. Dolayısıyla AİHS'nin Anayasamızla yakın bağlantısı mevcuttur. Bu da bize AİHS'nin iç hukukumuz üzerinde büyük etkiye sahip olduğunu göstermektedir.

bb. Sözleşmenin Anayasa'daki Düzenlenişi

Ülkemizde 1921 (m. 7) ve 1924 Anayasa'sı (m. 26) uluslararası sözleşmelerin meclis tarafından yapılmasını öngördüklerinden, sözleşmelerin yasa olarak algılandıkları anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası'nın 90. maddesindeki ilk düzenlemeye göre:

"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne

¹⁴ 1982 Anayasası'nın 15. maddesi, AİHS'nin 15. maddesiyle neredeyse aynı düzenlemeye sahiptir.

başvurulamaz. 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.”¹⁵

Anayasa’ya göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” (m. 90/son). Yani kural olarak sözleşmeler yasa gücündeler; ancak bunların özellikleri gereği Anayasa’ya aykırılıkları iddiası ile Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılmamaktadır. Bu hususta madde gerekçesinde, 1961 Anayasası’nın 65. maddesinde yer almış olan düzenlemenin “ihtiyaca cevap verdiği ve uygulamada iyi işlediği” ifade edilerek, 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin gerekçesinin aynen benimsendiği ifade edilmiştir. 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin gerekçesinde ise konu, “milletlerarası anlaşmaların Anayasa’ya uygunluğunun murakabesi konusunda, kanunlarla ilgili murakabeye nazaran farklı bir usul getirilmektedir. Gerçekten, bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa’ya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin, teşrii organın tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir” şeklinde değerlendirilmiştir.

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümle ile getirilen düzenlemenin konusu itibariyle farklı oluşu nedeniyle bunu aşağıda ayrı bir bölümde ele alacağım. Şimdi burada değişiklik öncesi düzenleme ve değişiklikle getirilen düzenleme konusu dışında kalan hususlarla ilgili sözleşmeler bakımından eski değerlendirmeler bir şekilde devam edeceği için, hukukumuzdaki görüşlerin aktarılmasında yarar var.

cc. Yasa Gücünde Oluşu ve Denetlenememesi

1961 ve 1982 Anayasaları bu konuda iki temel kural koymuşlardır. Bu kurallardan biri, “uluslararası antlaşmalar yasa gücündedir”, diğeri ise “uluslararası antlaşmaların Anayasa’ya aykırılığı”nın ileri sürülememesi.

Anayasa sözleşmelerle ilgili konuyu yasama ve yürütme organları arasında farklı işlemlere göre düzenlemiştir. Buna göre, önce Yasama Organı’nın Onay Yasası, sonra Cumhurbaşkanı’nın onayına yer verilmiştir.

Sözleşmelerin iç hukukumuz bakımından değerlendirilmesini madenin son fıkrasında açık olarak görmekteyiz. Buna göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar

¹⁵ Anayasa’nın 90. maddesinin son cümlesi, 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa’nın 7. maddesi ile eklendi; RG, 22.5.2004, S. 25469.

hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz"(m. 90/son). Buna göre, iç hukukumuz, sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını kabul etmektedir. Ancak Anayasa, sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini belirtmekle, bu konuda bir tartışma açmaktadır. Zira, yasa gücünde olan sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi, sözleşmenin yasaya üstün olduğu anlamına mı gelir? Eğer bunu böyle kabul edersek, o zaman Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen tüm metinlerin, aynı etki gücünde olması gereken diğer metinlere üstünlüklerinin kabul edilmesi gerekir.¹⁶

Hukukumuzda sözleşmelerin yargısal denetimi konusunda üç farklı görüşten söz edilebilir.

Birinci görüşe göre, hukukumuz bakımından yasa gücünde kabul edilen sözleşmeler için Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün olmamakla beraber, onay yasalarının Anayasa Mahkemesi ve onay kararnamelerinin de Danıştay tarafından denetlenmesi mümkündür.

İkinci görüşe göre, uygulama yasaının tek maddelik bir yasa olması ve uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülme olasılığının az olduğu savunulmakla beraber, ancak biçim yönünden aykırılık söz konusu ise denetlenmesi mümkün olduğu ifade edilmektedir

Üçüncü görüşe göre ise,¹⁷ uygun bulma yasası ile sözleşme birbirinden ayrılabiliriyorsa, ayrılan bu iki işlemde yasama işlemi olan uygun bulma yasasının Anayasa'ya aykırılığı incelenebilir. Eğer bu iki işlem birbirinden ayrılamıyor ise, o zaman sözleşmeye karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağından, iki işlemin birlikteliğine karşı da başvurulamayacak demektir. Nitekim konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüş ve Anayasa Mahkemesi bir kararında, sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin yasanın Anayasa'ya uygun olup olmadığını incelemiştir.¹⁸ Bu karar bize, Anayasa Mahkemesi'nin, sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin onay yasasının sözleşmeden ayrılabilirliğini kabul ettiğini gösteriyor.

¹⁶ Anayasa'nın 4709 (m. 34) sayılı Yasa'yla yürürlükten kaldırılan geçici 15/son maddesinde atıfta bulunulan yasalar gibi.

¹⁷ Bu görüş, Fransız hukuku kaynaklıdır.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 3.8.1996 gün ve 4163 sayılı "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"un 1. maddesinin sonundaki "derpiş olunmak" sözcükleri ile sözleşmenin çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının iptaline, verilecek iptal kararı sonucu diğer hükümler de uygulanamaz hale geleceğinden, tümünün Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 4., 7. ve 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline

Ancak burada hukukumuz bakımından önemli bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekiyor. Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda yasanın incelenabilir ve dolayısıyla iptal edilebilirliğini kabul edersek, o zaman yasanın onaylanmasını uygun bulduğu sözleşmenin de dolaylı yoldan incelendiğini ve yasanın iptali üzerine sözleşmenin de geçerliliğini yitirdiğini söyleyebilir miyiz?

Konuyu açıklığa kavuşturabilmek için, Anayasa Mahkemesi'nin kararına bir göz atmakta yarar var. Anayasa Mahkemesi kararında, onay yasası ile ilgili olarak, *“maddenin çekince konulmayan kimi bölümleri yönünden” yaptığı incelemesinde, “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması’, giriş bölümünün ikinci, dördüncü ve beşinci paragrafları ile 5. maddesinin iki ve üç numaralı fıkralarına ve 57. maddesinin dört numaralı fıkrasına ‘Anayasamız ve bağlı olduğumuz anlaşmalar hükümlerinin saklı olduğu’ biçiminde ihtirazî kayıt konularak 4163 sayılı Yasa’nın birinci maddesiyle uygun bulunmuştur.*

Onay Yasası’nın birinci maddesinin çekince konulmayan bölümünün anlaşma maddelerine bakılarak incelenmesi olanaklı değildir. Anlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir inceleme, anlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa, Anayasa’nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir. Çekince konulmadığı için Anlaşma hükümlerinden bağımsız olarak incelenebilen birinci maddenin kalan bölümlerinde ise İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması’nın onaylanması öngörüldüğünden bu haliyle Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır” hususlarını dile getirmiştir. Sonuçta Anayasa Mahkemesi, “Anlaşmanın çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine”¹⁹ karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, uygun bulma yasının sözleşmeden ayrılabilirliğini kabul ettiğinden, yasayı incelerken sözleşmeyi de incelemeyi kabul etmemiştir. Ancak ben yine de, bu kararda yasayla ilgili başvurular reddedildiği için belki üzerinde durmak güç almakla beraber, yasanın iptaline karar verilseydi sözleşme halen yürürlüğünü sürdürebilecek miydi? Yanıt evet ise, o zaman yasaya karşı iptal davası açma anlamsızlaşacak. Tersine, yasanın iptali üzerine sözleşme hükümsüz kalacaksa, Anayasa’nın sözleşmelere karşı iptal davası açılmayacağına

ve yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesini içeren başvuru hakkında, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini ve uygun bulma yasalarının ise Anayasa’ya uygunluk denetimine tabi olduğunu belirtmiştir (Esas Sayısı: 1996/55, Karar Sayısı: 1997/33, Karar Günü: 27.2.1997).

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, beş ayrışik oy var.

ilişkin düzenlemesinin anlamı kalmayacak. Dolayısıyla sözleşmelerle ilgili olarak Anayasa’da açık tartışmaya mümkün merteye yer bırakmayacak düzenleme yapmak gerekir.²⁰

B. Sözleşmelerin Türk Hukuku’ndaki Yeri Üzerindeki Görüşler

a. Genel Olarak

Anayasamız, usulüne göre yürürlüğe konmuş sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını ve Anayasa’ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini düzenlemektedir (Anayasa, m. 90). Anayasa’nın 90. maddesindeki bu düzenleme monist sisteme uymaktadır. Bu nedenle ülkemizde yasayla onaylanmış uluslararası sözleşmeleri yargıcın, doğrudan uygulaması gerekir.

Kuşkusuz bu düzenleme ile sözleşmeler yasalarla eş tutulmakla beraber, yasaların Anayasa’ya aykırılıklarının iddia edilebilmesine karşın antlaşmalar için böyle bir yolun olmaması antlaşmaların yasalarla Anayasa arasında, ancak yasalara üstün olduğu yönünde bir iddianın ortaya atılmasına elverişlidir. Ancak bu görüşün aksinin savunulması da mümkündür. Dolayısıyla antlaşma hükümlerine göre kurulan organların kararlarının iç hukukumuz bakımından, bilhassa Anayasa Mahkemesi kararları yönünden, bağlayıcılığı, üzerinde durulması gereken bir husustur. Anayasa Mahkemesi’nin AİHS hükümlerini bağımsız ölçü norm olarak kullanmadığı, destek ölçü norm olarak ve kendi gerekçelerini güçlendirmek ve AİHS ile Anayasa arasında çatışma olmadığı şeklinde değerlendirmelerde bulunduğu dikkate alınır, bunun hiç değilse Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde Askeri üye bulundurulmasını düzenleyen Anayasa’nın 143. maddesinde AİHM kararı doğrultusunda gerçekleştirilen değişiklik karşısında yerinde olmadığı anlaşılır. Anayasa ile sözleşme arasındaki uyumsuzluğun nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda, Anayasa Mahkemesi’nin sözleşme hükümlerini Anayasa’ya üstün kabul etmesi savunulduğu gibi,²¹ aksi görüşler de mevcuttur.

b. Öğretideki Görüşler

Ülkemizde öğretilerde sözleşmelerin iç hukuka aktarılmasında yeni bir işleme gerek kalmadan uygulanacağı hususu kabul edilmektedir. Ancak,

²⁰ Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan (2001) “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi”nin 99. maddesinde bu hususta düzenleme mevcuttur.

²¹ Arslan, Zühtü, “Aorupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 274-293.

sözleşmelerin iç hukuktaki normlar karşısındaki durumu konusunda farklı görüşler mevcuttur.²²

aa. Sözleşmelerin Yasalarla Eşdeğerde Olduğu Görüşü:

Anayasa'nın 90/son maddesinden hareketle ifade edilen bir görüşe göre, sözleşmeler yasa gücündedir.²³ Dolayısıyla bu görüş, yasalar arasındaki öncelik sonralık kuralından hareketle, sonraki düzenleme yasa ise yasanın uygulanacağını benimsemektedir. Buna karşılık, sözleşmeye aykırı yasa çıkarılırsa, ortada birbirine aykırı iki yasa olacağından, bu iki yasadaki sözleşmenin uygulanmaması veya sözleşme yerine sözleşmeye aykırı yasanın uygulanmasının ülkenin uluslararası sorumluluğunu gerektireceği savunulmaktadır. Sözleşmenin Anayasa tarafından yasa gücünde kabul edilmesi nedeniyle, Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin sözleşmenin yasaya üstün olduğu şeklinde anlaşılacağı ifade edilmektedir.

bb. Sözleşmelerin Yasaların Üstünde Olduğu Görüşü:

İkinci görüşe göre, yürürlükte olan sözleşmeler yasaya üstündür.²⁴ Dolayısıyla, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak yasaların sözleşmeyi yürürlükten kaldırması mümkün değildir. Sosyal'a göre, "Bir devlet, uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine

²² Bu görüşlerin yazarlara göre özetlemesi hakkında bkz. Gözler, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE Yayını, Ankara 2000, s. 35-38; Fendoğlu, H. Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s. 363-385.

²³ Meray, L. Seha, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, Ankara 1968, s. 132; Balta, Tahsin Bekir, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 1970, s. 278; Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara 1989, s. 31; Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayını, Ankara 2002, s.381.

²⁴ Yüzbaşıoğlu, Necmi, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF Yayını, C. II, S. 1, Mayıs 1994, s. 33; Gözübüyük, A.Ş.-Gölcüklü, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 19 vd.; Akıllıoğlu, Tekin, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF Yayını, C. I, Mayıs-Eylül 1991, S. 2-3, s. 41 vd.

göre, o hükümleri de Anayasa'yla birlikte düşünmek ve Anayasa'yla onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir."²⁵

cc. Sözleşmeyi Yasa Gücünde Görmekle Beraber, AİHS'yi Farklı Değerlendiren Görüş:

Nitekim, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına ekleme getirilmeden önce, farklı bir değerlendirmeye, insan haklarını düzenleyen ulusalüstü bir sözleşme olması nedeniyle, AİHS'nin diğer sözleşmelerden farklı olarak, ulusal hukukun üstünde olduğu yönünde güçlü bir eğilim de mevcuttur. Bu farklılığa dikkat çeken AİHM, sözleşmenin bu yönünün devletlere "objektif yükümlülük" getirdiği şeklinde karar vermiştir.²⁶

Bu görüş sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını kabul etmekle beraber, bunlardan AİHS'nin farklı nitelikte olması, insan hakları gibi bir konuda uluslararası koruma getirmesi nedeniyle farklı olduğunu ve yürürlükte olduğu dönemde buna aykırı yasa hatta Anayasa çıkarılamayacağını savunmaktaydı. Yasalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesine karşın, sözleşmeler için bu yolun kapalı oluşu, sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı olsalar bile uygulanacağını, kendinden önce sonra çıkan yasa ayrımı yapılarak sözleşmelerin yasayla yürürlükten kalkmış olacağı gerekçesiyle iç hukukta uygulanmasına engel olunamayacağı savunulmaktaydı. Sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesi bunların hiçbir engelle karşılaşmadan uygulanacaklarını göstermektedir. Yeter ki sözleşmeler usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olsun.

Bu görüşe göre yasa düzeyinde kabul edilse bile, sözleşme ile Anayasa karşılaştırıldığında, Anayasa'ya aykırı olsa da, sözleşmenin uygulanması gerekir. Çünkü iç hukukun parçası olan sözleşmenin, Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesi, O'nun Anayasa'ya rağmen uygulanacağını göstermektedir. Anayasa'nın sözleşmeden önce veya sonra çıkarılmış olmasının sözleşmenin iç hukukta en üstün kural olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Çünkü sözleşmenin Anayasa'da öngörüldüğü gibi kabulü ve yürürlüğe konmasından sonra, sözleşmeye katılma işleminin aynı yöntemle yürürlükten kaldırılması sağlanmadan, O'na uyulmamazlık söz konusu edilemez.

²⁵ Soysal, Mümtaz, "Anayasa'ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1986, S. 2, s. 16.

²⁶ İrlanda/İngiltere kararında AİHM, İngiltere tarafından İrlanda'da uygulanan beş sorgulama tekniğinin, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine işaret ederken, üye ülkelerin "objektif yükümlülükleri"ne dikkat çekmiştir.

dd. AİHS'nin Anayasa'dan Üstün Olduğu Görüşü:

Kimi yazarlara göre ise, sözleşme hükümleri, yasa gücünde veya yasa üstü değil, Anayasa üstüdür.²⁷ Bu görüş, buraya kadar açıklamaya çalıştığım görüşlerden farklı olarak, Anayasa'nın sözleşmeleri yasa gücünde görmesine rağmen, AİHS'nin Anayasa'dan da üstün olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş AİHS'nin Anayasa ile birlikte düşünülmesi ve yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Zira AİHS yasa ve Anayasa üstü kabul edilmezse, AİHS'nin 1. maddesinde yer alan, taraf ülkenin “yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri” tanıyacağına ilişkin düzenlemenin anlamı kalmaz. Bu düzenleme bize, ülkenin Anayasa'sı dahil iç hukukunun AİHS'ye aykırı olamayacağını, yani AİHS'nin Anayasa üstü olduğunu göstermektedir.

ee. Sözleşme Anayasa ve Yasa Üstü Değildir Görüşü:

Kimilerine göre, sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi yasadan üstün olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bu görüşte olanlar, 4709 değişikliği ile yürürlükten kaldırılan, Anayasa'nın geçici 15/son maddesinin koruması altında olan yasaların da Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilemediğini ileri sürmektedirler.²⁸ Yani, sözleşme ile iç hukuk çatışmasında önceki sonraki yasa ayırımına göre çözüm bulunmalıdır.²⁹ Dolayısıyla yasaya üstünlüğü kabul edilmeyen bir sözleşmenin Anayasa'ya üstünlüğünden de söz edilemez. Yani sözleşmenin yasa veya Anayasa'ya üstünlüğü söz konusu değildir. Zira, Anayasa 90/son maddesinde sözleşmelerin yasa gücünde olduğunu belirttiği gibi, sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceğine yer vermekle, sözleşmenin yasadan üstün olduğunu söylemiş değildir. Buradaki aykırılığın iddia edilememesi, bir denetim konusudur. Ancak bu, Anayasa'nın yürürlükten kaldırılan geçici 15/son maddesindeki düzenlemeyi andırmanın ötesinde

²⁷ Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları*, I, Ankara 1995, s. 67; Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *İHMD*, C. 11, S. 1, Mayıs 1994, s. 34; Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s. 80' de, “Soruna Türkiye açısından bakıldığında, hem evrensel nitelikte oluşları, hem de insan haklarını içermeleri nedeniyle, BM Örgütü içerisinde yapılan ve Türkiye'nin kabul ettiği insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara, çatışma halinde, Türkiye'nin taraf olduğu diğer antlaşmaların üstünde yer vermek gerekir.” demektedir. Gözübüyük, A. Ş., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9 (1987), s. 7; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 20.

²⁸ Aybay, Rona, “Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Aitlik-Üstlük İlişkisi”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, (Ankara, 10-14 Mayıs 1993), s. 283; Sağlam, Fazıl, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul 1999, s. 151.

²⁹ Aybay, 1993, s. 284-286; benzeri görüş için bkz. Pazarcı, 1989, s. 31-32.

bir şey değildir. Burada üzerinde durulması gereken husus, sözleşmeye atılan imzaya sahip çıkılması ve sözleşmeden önce çıkarılmış ve yürürlükte bulunan, ancak sözleşmede yer alan düzenlemelerle çelişen yasa ve Anayasa hükümlerinin yürürlükten kaldırılması gerekir. Bunun yanında, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra da, sözleşme hükümlerine aykırı yasa ve Anayasa hükmünün çıkarılmaması şarttır. Zaten hem sözleşmeye imza atmak, hem de sözleşme hükümleriyle çatışan kuralları iç hukukta yürürlükte tutmak savunulabilir bir görüş değildir. Ancak Anayasa'nın sözleşmeden üstün olduğunu kabul edecek olursak, insan haklarının uluslararası korunması için devletler tarafından kabul edilen sözleşme hükümlerinin uygulanması imkansız hale gelebilir. Mademki sözleşmeyle bağlılık kabul edilmiş ve yorum için tek yetkili kurum olarak AİHM kurulmuş ve bu mahkemenin zorunlu yargı yetkisi benimsenmiş, ya buna uyulacak ya da sözleşmenin tarafı olmaktan çıkılacaktır. Çünkü, sözleşmeye taraf ülkeler, ülkelerinde yaşayan (vatandaş yabancı ayrımı yapılmaksızın) herkese bu hakları tanıdığını kabul etmiş, buna uymayı kendine görev saymışlar, gereğini yapmakla yükümlüdürler. Zira bir ülkeyi böyle bir yükümlülüğe zorlayan güç yoktur; isterse ayrılabilir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre, sözleşme hükümleri, taraf devletlerin yasama organları dahil, herkesi bağlayıcıdır. Aksi takdirde, sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığının anlamı olmaz.

Anayasa'nın 90. maddesindeki ekten önceki düzenleme ile ilgili olarak şu sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir:³⁰

- Sözleşme iç hukukun bir parçası olup, ayrıcalıklı bir yere sahiptir.
- Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan “tanırlar” şeklindeki emredici ifade karşısında, sözleşmenin iç hukukta yeni bir işleme gerek kalmadan doğrudan uygulanması gerekir.
- Sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi karşısında, Anayasa'ya aykırı olsa bile uygulanması gerekir.
- Sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi ve yasaların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülebilmesi karşısında, yasayla çeliştirenden bahisle uygulanmaması söz konusu edilemez. Aksine bir düşünce Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Hatta sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasa'nın sözleşmeyi değiştirmesi de söz konusu değildir; tam tersine sözleşmenin Anayasa üzerinde büyük etkileri olmuştur.³¹

³⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 21.

³¹ AİHS, Türkiye tarafından kabul edildikten sonra yürürlüğe giren 1961 ve 1982 Anayasaları, değil Sözleşme'yi yürürlükten kaldırma, bu Anayasaların hazırlanması sırasında Sözleşme'ye hakim olan ruh dikkate alınmış ve 4709 sayılı, Anayasa'yı Değiştiren Yasa ile getirilen düzenlemelerin büyük bir kısmı, Sözleşme maddelerinin aynen Anayasa'ya aktarılması şeklinde gerçekleştirilmiştir.

• Sözleşmeye yasa değeri vermek, onun yasa olduğu anlamına gelmez. Çünkü sözleşmeyi yasa veya Anayasa ile değiştirmek mümkün değildir. Sözleşmenin uluslararası etkisi vardır. Eğer sözleşme hükümlerine uyulmak istenmiyorsa, taraf olmaktan çıkmak gerekir;³² bunu engelleyen bir husus yoktur.

Ancak, Anayasa'da açıkça bir değişiklik yapılmadığı halde, AİHM'sinin mahkeme kararını sözleşme veya eki protokollere aykırılığının tespitine ilişkin kararının yasayla iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yer almıştır.³³

Fakat her şeye rağmen, AİHS ile insan hakları bakımından insanın, sadece ulusal hukukun değil, uluslararası hukukun da öznelere arasına girmesiyle birlikte,³⁴ eğer sözleşme iç hukuka üstün yoruma elverişliyse, sözleşmenin iç hukuka üstün yorumundan söz edilebilir.³⁵ Çünkü yasa-sözleşme çatışmasında, sözleşmenin gerisindeki genişletici iradenin, sınırlayıcı düzenleme getiren yasa karşısında üstünlüğünü kabul ederek, Anayasa'ya dinamizm kazandırılması³⁶ yoluyla özgürlüklerden yana yorum ilkesi uygulamaya geçirilebilir.³⁷ Ancak iç mevzuatta yer almayan ve sözleşmede yer alıp iç hukukta doğrudan uygulanabilir hükümler için savunabileceğimiz durumların her zaman kolaylıkla savunulması mümkün değil. Bu nedenle, 90. maddeye yapılan ekten önce sözleşme ile açıkça çatışan durumların önüne geçilebilmesi için, Anayasa'da açık bir düzenlemeye gidilmesinde yarar olduğu yerinde

³² AİHS'nin "feshi ihbar" başlıklı 58. maddesine göre, Sözleşme'ye taraf devlet, taraf olduğu tarihten itibaren beş yıllık süre sonunda (Türkiye için bu süre dolmuştur), Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne altı ay önceden bir ihbarla Sözleşme'yi feshedebilir.

³³ Bu konu ayrı bir çalışma olarak ele alınmıştır. Bkz. Şahbaz, İbrahim, "AİHS'ye Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu* (26-27 Eylül 2003 tarihinde Yargıtay ile Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Ulusal Komitesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum'a sunulan bildiri, 48 sayfa).

³⁴ Bkz. Memiş, s. 132-133'te "Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 90. maddelerinden kalkarak sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir değer taşıdığı, hatta onların Anayasalara yeni bir anlam ve yorum getirebileceği söylenebilir. Bu yaklaşım, yasaların insan haklarını sınırladığı zamanlarda önem taşıyabilir." demektedir.

³⁵ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 21-22: "Türkiye'de İnsan haklarına saygının sağlanabilmesi, ancak iç hukuk yollarının etkin bir biçimde işlemesi, yargı yerlerinin Sözleşme'yi uygulamaları ile mümkündür. Bu nedenle, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin Türkiye'de yargısal yolla korunmasında asıl yük yargı yerlerine ve yargının vazgeçilmez ögesi olan avukatlara düşmektedir. (...) Sözleşme'yi iç hukukta uygularken, Sözleşme kurallarını yorumlarken, daima Komisyon ve Divan içtihatlarını göz önünde bulundurmak gerekecektir."

³⁶ Mümtaz, 1986, s. 17.

³⁷ Memiş, s. 137; geniş bilgi için bkz. Şahbaz, İbrahim, "AİHS'ye Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu* (26-27 Eylül 2003 tarihinde Yargıtay ile Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Ulusal Komitesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum'a sunulan bildiri, 48 sayfa).

olarak savunuluyordu. Zira ulusal yasa ve Anayasa koyucunun sözleşmelere aykırı düzenlemede bulunmamaları veya varsa bunları sözleşmeyle uyumlu hale getirmeleri gerektiği görüşü dile getirilmekteydi.³⁸

c. Yargı Kararları

Sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki değeri konusunda yargı kararlarına göz atacak olursak;

aa. Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Anayasa'nın ne dediğini söylemek yetkisi başta Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Başka organların da bu konuda görüşleri önemli olmakla beraber, o konuda Anayasa Mahkemesi'nin kararı varsa bunun herkesi bağlaması gerekir (Anayasa, m. 153/son). Dolayısıyla, sözleşmelerin ve bu arada AİHS'nin iç hukukumuz karşısındaki değerinin ne olduğunu belirlemede Anayasa Mahkemesi'nin kararının önemi büyüktür. Çünkü Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme bakımından kurulmuş özel ve yüksek mahkemedir. Her ne kadar diğer mahkemeler de "Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm" verirlerse de (Anayasa, m. 138/1), bu hüküm Anayasa'nın yorumlanmasında son sözün Anayasa Mahkemesi'nde olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetiminde neleri ölçü norm (Anayasallık bloku) olarak değerlendirdiğine bakmak gerekir. Anayasamızın 176. maddesine göre Başlangıç metne dahil olduğundan, denetimde Başlangıç da diğer maddeler gibi dikkate alınmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi "Hukukun Genel İlkeleri" ile "Uluslararası Hukuk Kuralları" nı da ölçü norm olarak dikkate almaktadır.⁴⁰

³⁸ Gözler, Kemal: "İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE Yayını, Ankara 2000, s. 25-46, dipnot 12'de Gölçüklü'ye atf. Gözler burada (s.39), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı Anayasa ve Yasa hükümleri iç hukuk bakımından geçerlidir; fakat uluslararası hukuk bakımından geçersizdir.

³⁹ Kuşkusuz, diğer mahkemelerin kararları da kendi görev alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla, herkesi ve Anayasa Mahkemesi'ni de bağlar.

⁴⁰ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayını, Ankara 2002, s. 380 vd.; Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği kararları için bkz. *İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 35, Ankara 1997, s. 495-609; Gerek,

aaa. Hukukun Genel İlkeleri

Anayasa Mahkeme'miz gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasa'sı dönemindeki kararlarında hukukun genel ilkelerinden, bağımsız değil destek ölçü norm olarak yararlanmış, kimi kararlarında bu ilkelerin önce geldikleri şeklinde ifadeler kullanmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, kararlarının hiç birinde bu ilkeleri bağımsız ölçü norm olarak kullanmamıştır. Mahkeme daha çok bu ilkeleri "*hukuk devleti*" ilkesinin ayrılmaz unsurları olarak yorumlamıştır. Bu da bize, Türk Anayasa yargısında hukukun genel ilkelerinin pozitif temelinin, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "*hukuk devleti*" ilkesinde yer aldığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği içtihatlara göz atacak olursak, hukuk devletini tanımladığı bir kararında,⁴¹ Anayasal normlar blokunu, Anayasaüstü kurallar, hukukun üstün kuralları ve Anayasa kuralları olarak belirlediğini görürüz. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini, "*Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyguladığı ilkelere uygun (...) yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel ilkeler ve Anayasa bulunduğu*"nun bilincinde olan devlet olarak tanımlamıştır.

Yüksek Mahkeme'ye göre, "*kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında iptali istenen hükmün(...)Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının*" araştırılması gerekir.⁴² Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, açık bir biçimde belirtilmemekle beraber, Anayasa kurallarının yorumunda sözleşmenin ilgili kuralından alıntı yapmak suretiyle, zenginleştirici bir yorum tekniği kullandığı görülmektedir.⁴³

Hukuk devletinin bir başka tanımını veren Yüksek Mahkeme'ye göre, hukuk devletinin, "*işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yargı denetimini etkinlikle yaygınlaştırıp sürdürmesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasakoyucu da dahil devletin tüm*

Şahnaz-Aydın, Ali Rıza, "*Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri*", Anayasa Mahkemesi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Komitesi, Türkiye Barolar Birliği (TBB-İHAUM), "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Yargısı*" Toplantısı'na (20-21 Şubat 2004) Sunulan Bildiri (30 sayfa, 7 sayfa ek).

⁴¹ AMK, 27.3.1986, 1985/31, 1986/11, AMKD, S. 22, s. 115-120; Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1994, s. 74-79'da "*hukuk devleti*"nin üç sütun üzerinde inşa edildiğini, bu sütunlardan birinin, insan haklarına sadece mevzuatta yer verilmeyip, bunların uygulamada gerçekleştirilip kullanılabilir halde tutulması olduğunu; ikincisinin "*eşitlik*" ilkesinden herkesin yararlanması ve üçüncü olarak da, hukuki güvenliğin mevzuatta ve bilhassa uygulamada sağlanması olduğu üzerinde durmaktadır.

⁴² AMK, 18-19.6.1968, 1966/19, 1968/25, AMKD, S. 7, s. 18-36; RG, 19.1.1970-13412.

⁴³ Gerek-Aydın, s. 19.

organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.”⁴⁴

Ancak bir ilkenin, bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilebilmesi için, onun “uygar milletlerce tanınmış” olması gerekir.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi, AİHS’yi destek ölçü norm olarak kullanmış ve yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi gerekçeleri arasında “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerinin bir ölçü norm özelliği taşıdığına” karar vermiştir.⁴⁶

Benzeri bir kararında Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa’dan önce “hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır” demiştir.⁴⁷

bbb. Uluslararası Hukuk Kuralları

Anayasamız, 90. maddeye yapılan son ekleden önceki düzenlemeyle, çağdaş Anayasaların çoğunun aksine, uluslararası hukukla iç hukukun ilişkisi hakkında genel bir kural koymamıştır. Anayasa’nın bu konuda koyduğu tek kural, usulüne uygun olarak konmuş uluslararası sözleşmelerin yasa gücünde olduğudur. Yukarıda öğretilen görüşleri aktarırken açıkladığım gibi, sözleşmeyi yasa gücünde kabul edince, iç hukukumuzda iki yasa arasındaki uygulanabilirlik hususunun burada da uygulanması gerekir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, TCK’nin (yürürlükten kaldırılmış olan) 141. ve 142. maddelerinin, bu maddelerdeki düzenlemelerden sonra yürürlüğe girmiş olan AİHS’nin 9., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ve bu nedenle sonraki kuralın önceki kuralı yürürlükten kaldıracağı kuralı gereğince bu kuralların yürürlükten kaldırılmış sayılması gerektiği iddiasını, Sözleşme’nin 17. maddesindeki kötüye kullanım yasağını dikkate alıp, iptali istenen kurallar ile sözleşme hükümleri arasında aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁴⁸

⁴⁴ AMK, 19.4.1988, 1987/16, 1988/8.

⁴⁵ Özbudun, 2002, s. 384.

⁴⁶ AMK, 1993/40-2, 1994/42-1; Benzeri karar için bkz. 1998/47 (Bu kararda, AİHS’nin 6. maddesi ile Anayasa’nın 36. maddesindeki savunma hakkının benzerliğine dikkat çekilmiştir).

⁴⁷ AMK, 22.12.1964, 1963/166, 1964/74, AMKD, 2/291. Anayasa Mahkemesi, yeni bir kararında “eşitlik” ilkesinin “hukukun temel ilkeleri arasında yer aldığı” belirtirken (AMK, 5.5.2004, 2004/114-53, RG, 20.7.2004); bir diğerinde (AMK, 5.5.2004, 2004/170-54, RG, 20.7.2004), Anayasa’nın 37. maddesinde yer alan yasal yargıç güvencesinin AİHS’nin 6. maddesinde de düzenlendiğini belirtmek suretiyle, “yasal yargıç güvencesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. ve Anayasa’nın 36. maddelerinde ifade edilen adil

Ancak, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin, genel ve özel sözleşmelere ek olarak, uluslararası hukukun asli kaynakları arasında gösterdiği uluslararası teamül kuralları ile “uygar uluslarca benimsenmiş genel hukuk ilkeleri”nin iç hukukumuzdaki bağlayıcılığı konusunda Anayasamızda genel bir düzenleme yoktur. Anayasa Mahkememiz kimi kararlarında uygar uluslarca tanınmış genel hukuk ilkelerine yollamada bulunmuş ise de, bu ilkeler zaten uluslararası hukuk ile ulusal hukukumuzun ortak ilkeleridir. Çünkü bu ilkeler hem ulusal hem de uluslararası hukukun kaynakları arasındadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında sadece uluslararası hukuka özgü bir genel hukuk ilkesine yollamada bulunduğu olmaktadır ki, bu uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü olarak anlaşılabilir. İşte bu tür kararların, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olduğu ve dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının “Anayasa üstü ölçü norm değeri” kazandığı şeklinde algılandığı da olmaktadır.⁴⁹

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kararlarında, uluslararası hukuk kurallarını “bağımsız ölçü norm” olarak değil, “destek ölçü norm” olarak aldığından, uluslararası hukuku ulusal hukuka üstün olarak kabul etmemiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında, uluslararası hukuku ulusal hukukun kaynakları arasında kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi konuya açıklık getiren kararlarında şu hususlara dikkat çekmiştir: “Milletlerarası hukuk, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai içtihatlar oluşturmaktadır.”⁵⁰

Kuşkusuz Anayasa'da uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü konusunda açık hüküm olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce bu şekilde karar verilmesi doğaldır. Ancak yine de, Anayasa'da uluslararası hukuka yollama yapılan maddelerin varlığı ile insan haklarına verilen önem karşısında, bilhassa insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin iç hukukta dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur (m. Başlangıç, 2, 14/1,15/1,16,42/son ve 92/1).⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin, insan haklarına sadece ulusal hukuk bakımından değil, uluslararası hukuk yönünden de korunduğuna ilişkin kararı⁵² göz önünde bulundurulursa, insan haklarına ilişkin uluslararası

yargılanma hakkının en önemli ögesi olan ‘kanuni,bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma’ hakkının temelini oluşturmaktadır.” demmiştir.

⁴⁸ AMK, 26.9.1965,1963/173, 1965/40; AMKD, S. 4, s. 290 vd.; RG, 25.7.1967-12656.

⁴⁹ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993.

hukuk kurallarına uyulmadan, Anayasa'nın 2. maddesindeki "insan haklarına saygı" ve 14/1. maddesindeki "insan haklarına dayanma"nın gereğinin yapıldığından söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmalarının durdurulması ve sınırlamalar bakımından getirdiği düzenlemeler yönünden, 15. maddede yer alan, "sınırlamanın milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması" ölçütü üzerinde dururken, Anayasa'nın 15. maddesi ile AIHS'nin 15. maddesini birlikte değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin içine öncelikle uluslararası hukukun genel ilkelerinin, sonra devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin girdiğini belirten Anayasa Mahkemesi, getirilecek sınırlamalarda bu iki hususun göz önünde bulundurulmasına dikkat çektikten sonra, insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu en önemli sözleşmenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğunu belirterek, "olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde İHAS'a da uygun olacağı kuşkusuzdur" demiştir.⁵³

Anayasa Mahkemesi'nin AIHS ile İHEB'yi insan hakları belgeleri olarak nitelediği anlaşılmaktadır.⁵⁴

Bu düşünceden hareketle, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak "destek ölçü norm" olarak kullanılmaları gerektiği savunulmaktadır.⁵⁵

⁵⁰ AMK, 13.6.1985, 1984/14, 1985/7, AMKD, S. 21, s. 168; 9.10.1986, 1986/18-24, AMKD, S. 22, s. 255; Özbudun, 2002, s. 382.

⁵¹ 1982 Anayasası'nın ilgili maddelerindeki düzenlemeler, Başlangıç/2 (Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak (...) çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi); m. 2: "adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı"; m. 14/1: "insan haklarına dayanan"; m. 15/1: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir"; m. 16: "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir"; m. 42/son: "Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır"; m. 92/1: "Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir." şeklindedir.

⁵² AMK, 29.1.1980, 1979/38, 1980/11, AMKD, S. 18, s. 97: "İnsanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca bir ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkarmış, ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır."

Bu yaklaşımla, Anayasa Mahkemesi kararlarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine yollamada bulunmakla beraber, buradaki kuralları “bağımsız ölçü norm” olarak değil,⁵⁶ “insan haklarına saygılı devlet” ilkesini aydınlatıcı, “destek ölçü norm” olarak kabul etmiştir.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi bir kararında, uluslararası belgelerin cinsiyete dayalı ayırım yasağına ilişkin düzenlemeleri ile Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenleme arasında temelde bir farklılık olmadığını belirtmiştir.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, denetim konusu hususun, “milletlerarası sözleşmelere ve Anayasa'nın 49. ve 11. maddeleri hükümlerine uygun düştüğü kuşkusuzdur” demiş;⁵⁹ diğer bir kararında da “yasada mülikiyet hakkının sınırlandırılmasıyla ilgili bir hüküm olmamasına ve bu konuda ülkeler arasında bir ayırım yapılmasının da milletlerarası hukuka aykırı düşen bir yönü bulunmamasına göre, bu noktaya ilişkin Anayasa'ya aykırılık savı yerinde bulunmamıştır” demiştir.⁶⁰

Yüksek Mahkeme'nin kararlarında genellikle ilgili yasanın Anayasa'nın yanında sözleşmeye de uygun olup olmadığı şeklinde değerlendirmelerde bulunduğu anlaşılmaktadır.⁶¹ Bu kararların birinde, Anayasal denetimin kapsamını açıklarken Anayasa Mahkemesi, “uluslararası antlaşmaların Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde sayılması, KHK'nin ya da yasanın

⁵³ AMK, 1991/1-20.

⁵⁴ AMK, 1996/34.

⁵⁵ Özbudun, 2002, s. 383: “Dikkat edilirse bu yorumun dayanağı, Türk pozitif hukukuna göre milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü değil, iç hukuktaki ‘insan haklarına saygı’ ilkesinin, insan hakları alanındaki milletlerarası sözleşmelere de saygıyı içermesidir.”

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında (AMK,1990/15,1991/5), “İtiraz konusu kural, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasa'ya ve bu konudaki uluslararası güvencelere aykırı düşmüştür” demiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesinin, “sözleşmeleri denetimde ölçüt olarak kullandığı izlenimi uyandır”dığı hakkında bkz. Can, Osman, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Düşünce Özgürlüğü”, Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi İşbirliği Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi ve TBB-İHAUM Tarafından Düzenlenen Uluslararası Toplantı (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Yargısı, 20-21 Şubat 2004, 30 sayfalık bildiri, s. 29, dipnot: 89).

⁵⁷ Bkz. AMK,1977/82: “Anayasa'da konuya ilişkin veya suça kalkışmada faile tam ceza verilmesini önleyen özel bir kural olmadığı gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde ve Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerinin Korumaya İlişkin Sözleşme'de de bu yolda bir hüküm bulunmamaktadır.”

⁵⁸ AMK, 1998/28.

⁵⁹ AMK, 1977/1-20, 5.4.1977.

⁶⁰ 1984/14,1985/7, 13.6.1985.

⁶¹ Bkz. Gerek-Aydın, s. 26-27.

sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, Anayasal denetim kapsamına girmemesi nedeniyele inceleme dışında tutulmuştur” demiştir.⁶²

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi sözleşmeleri doğrudan ve tek başına ölçü norm olarak almamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin “hukuk devleti” ve “insan haklarına saygılı devlet” sözcüklerini referans yaparak, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünü kabul etmiş olduğu da savunulmaktadır.⁶³

bb. Yargıtay Kararlarında

Yargıtay kararlarında AİHS'nin Anayasa'ya üstün olduğu yönünde bir hususa rastlanmamaktadır. Yargıtay sözleşme hükümlerini iç hukukta bir yasa gibi kabul edip, herhangi bir yasaya dayanarak verdiği kararlar gibi, sözleşme hükümlerine de dayanmaktadır. Örneğin, İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay,⁶⁴ çocuğun babalığı konusunu incelerken AİHS, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1959 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne dayanmıştır.

Yine Ceza Genel Kurulu ve Daire,⁶⁵ AİHS'nin 6. maddesinin yasa gücünde olduğunu kabul ederek, duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, yargılamanın tüm aşamalarında ücretsiz tercümandan yararlanması gerektiğine karar vermiştir. Sanık mahkum olsa bile ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı vardır. Yani tercüman ücreti, sanık mahkum olsa dahi, sanığa yükletilemeyecek, devlet(hazine) üzerine bırakılacaktır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararında, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-e maddesindeki düzenleme nazara alındığında, müştekinin Türkçe bilmemesinin sanıktan

⁶² AMK, 1988/5-55, 22.12.1988; Yüksek Mahkeme daha önce verdiği bir başka kararında (AMK, 21.1.1971, 1969/37, 1971/8, AMKD.9/229), “Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü olarak kanun hükümlerinin değil, Anayasa kurallarının ele alınması gerektiği ortadadır.” demek suretiyle, Anayasa'dan başka bir kuralın uygunluk denetiminde doğrudan ölçü norm olarak alınamayacağını belirtmişti.

⁶³ Fendoğlu, s. 379. *Ancak Yazar* (s. 380-381) Anayasa Mahkemesi'nin kimi uluslararası metinlere referansta bulunduğunu da belirtmekle beraber, uluslararası metinleri destek ölçü norm olarak kullandığına dikkat çekmektedir.

⁶⁴ İBK, 22.2.1997 gün ve 1996/1, 1997/1 sayılı karar; YKD, C. 23, Yıl: 1997, S. 6, s. 853; Yargıtay 4. CD, 17.12.1997, 10310/11272, 1.2.1999, 12725/427 kararında sözleşmeye önem verilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Fendoğlu, s. 372-378, Memiş, Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 130-172.

⁶⁵ CGK, 12.3.1996 tarih, 6-2/33 sayılı kararı; 2. CD'nin 9.3.2000 gün ve 2139/2726 sayılı kararları. Malkoç, İsmail, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2002, C. 1, s.344 vd.

kaynaklanan bir durum olmadığı, bu nedenle kendisinin sebebiyet vermediği masraftan sanığın sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, müştekinin dinlenilmesi nedeniyle takdir edilen tercüman ücretinin sanığa yükletilmesi” bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

cc. Danıştay Kararlarında

Benzeri değerlendirmeleri Danıştay kararlarında da okumak mümkündür. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında,⁶⁶ AİHS'nin iç hukukumuzun parçası olduğu, Anayasa'ya aykırı olsa bile, yasaların önce veya sonra oluşuna bakılmaksızın uygulanacağı, sözleşmenin yasalara üstün olduğu ve dolayısıyla yasaların sözleşmeyi değiştiremeyeceği belirtilmiştir.

Danıştay'ın 5. Dairesi de kararında,⁶⁷ Anayasa'nın 90/son maddesindeki ekten önceki düzenlemeden hareketle, sözleşmenin iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar doğurduğunu, bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması nedeniyle sonradan yürürlüğe giren yasaların sözleşme hükümlerini etkisiz kılamayacağını, bu nedenlerle sözleşmenin yasalara üstün olduğunu dile getirmiştir.

Yine Danıştay'ın 8. Dairesi, bu tür sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olması nedeniyle yürütme ve yargıyı bağladığına karar vermiştir.⁶⁸

Danıştay'ın 10. Dairesi 5682 sayılı Pasaport Yasası'nın 22. maddesi gereğince, kendisine pasaport verilmeyen kimse ile ilgili olarak, AİHS'ne ek 4 no'lu protokole yollamada bulunmuştur.

Ancak Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 90. maddeye eklenen cümleden önceki kararında, Anayasa Mahkemesi'nin 27.1.1977 tarihli (Karar sayısı 1977/4) kararına atıfla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Anayasa'nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan yargı yolunu kapatan düzenlemeyi “*zımnen iptal*” ettiğini ve Türk yargıcının sözleşme hükümlerini doğrudan uygulaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁹

⁶⁶ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 7.12.1989 gün ve 6/4 sayılı karar. Danıştay 12. D; 24.4.1978, 1349/955; 24.4.1978, 4442/4832.

⁶⁷ Danıştay 5. D, 22.5.1991 gün ve 1723/933 sayılı karar.

⁶⁸ Danıştay 8. D, 27.12.1993, 1521/4374.

⁶⁹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 1996/702 sayılı kararı; Çavuşoğlu, Naz, *Anayasa Notları*, Beta Yayını, İstanbul 1997, s. 122-123.

dd. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında

Buna karşılık Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında, Yüksek Askeri Şura kararlarının yargısal denetime alınması talebini reddederken, Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrasını göz önünde tutmak suretiyle, AİHS'nin 6. ve 13. maddeleri gereğince Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimine tabi olmasının mümkün olmadığını, zira Anayasa'nın bu hükmünün ihmal edilemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁰ Mahkeme bu kararında, Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenlemenin AİHS'nin 6/1. maddesine aykırı olup olmadığını incelerken, Anayasa hükümleri ile çatışsa bile sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirttikten sonra, sözleşmeyle çatışan Anayasa hükümlerinin Anayasa'nın üstünlük ve bağlayıcılığı (m. 11) ilkesi gereğince Anayasa hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varmıştır.

Tüm bunlara karşın, sözleşmelerin kurallar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesinin tartışılmasında Anayasa'nın sadece 90. maddesindeki düzenlemeden hareket edilmesi bu konuda eksik bir yaklaşım olarak algılanabilir. Çünkü 1982 Anayasa'sı yukarıda da belirttiğimiz gibi, insan hakları alanında uluslararası hukuka kimi yollamalarda bulunmaktadır. Örneğin, Anayasa'da "*İnsan haklarına saygılı*" (m. 2), "*insan haklarına dayalı*" (m. 14) devlet düzenlemesi karşısında, insan hakları anlayışının uluslararası metinlerde yer alan anlamı ile anlaşılması mümkün olduğu gibi, olağanüstü hallerde de temel hak ve özgürlüklerin kullanımlarının kısmen veya tamamen durdurulabilmesinde "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek*" kaydının yer alması (madde 15), ulusal hukukumuzun uluslararası hukuk ile bağlantısını ortaya koymaktadır. Yine yargıcın karar verirken, sadece Anayasa ve yasaya göre değil, "*hukuka*" uygun davranması zorunluluğu da sadece ulusal hukuk değil uluslararası hukukun da dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır (madde 138).

IV. Anayasa'da Gerçekleştirilen Son Değişiklik

Yukarıda aktardığımız görüşler Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına ek getirmeden önceki düzenlemelerle ilgili idi. Esasen temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan sözleşmeler bakımından tartışma, eskisi

⁷⁰ Bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 24.11.1998 gün ve 963/1021 sayılı kararında Yüksek Askeri Şura kararına karşı yargı yolunun kapalı oluşunu düzenleyen Anayasa'nın 125/2. maddesi ile AİHS'nin 6/1, Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Güran, Sait, "*Egemenlik Ulus'undur, Üstünlük Anayasa'dadır*", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 56-57.

kadar olmasa da, devam edecektir. Getirilen ek cümleden önce bir yasanın parlamentoda görüşülmesi sırasında ileri sürülen görüşler, getirilmek istenen düzenlemenin “Anayasa’ya aykırı” olduğu ve “ulusal egemenlikle” çeliştiği şeklindeydi.⁷¹ Şimdi Anayasa’ya getirilen ek düzenleme ile, hiç değilse temel haklarla ilgili sözleşmeler bakımından konunun kısmen netleştirildiği söylenebilir.⁷²

1982 Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ve yukarıda üzerinde durduğumuz düzenlemesi ile ilgili olarak farklı yaklaşımlar vardı. Anayasa’da gerçekleştirilen değişiklikler sırasında,⁷³ maddede herhangi bir değişiklik yapılmadan, son fıkraya şu cümle eklendi: “*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.*”

Eklenen bu fıkranın Anayasa Komisyonu gerekçesi, “*uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*” şeklindedir.

Yeni düzenlemeyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar*

⁷¹ 4793 sayılı Yasa’nın AİHM’nin ihlal kararının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almasına ilişkin düzenlemesiyle ilgili olarak TBMM Adalet Komisyonu’nun raporuna (21.1.2003 gün ve 1/283 Esas, 11 Karar sayılı rapor) muhalif üyelerden biri,

“Öngörülen değişiklikler Anayasa’ya aykırıdır: Şöyle ki;

(...) Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde milletlerarası anlaşmalar Anayasa’nın altında yer alır.

Anayasa’nın 11. maddesine göre ise, Anayasa hükümleri diğer devlet organlarıyla birlikte yasama organını da bağlayan en üstün hukuk kurallarıdır.

O halde, Anayasa hükümleri dikkate alınmadan sadece, AİHS ile uyum sağlama adına Anayasa’ya aykırı düzenlemeler yapılamaz.” derken (Mehmet Yılmazcan-Kahramanmaraş Milletvekili);

Diğer bir üye, tasarının ilk üç maddesindeki değişikliklerin Anayasal kuruluş olan Türk Yargıtayı’nı devre dışı bıraktığını belirttikten sonra,

“Ayrıca, Avrupa Birliği müktesebatını karşılamak üzere 3.8.2002 tarihinde yapılmış değişiklikler vardır. Bunlar da Avrupa Birliği müktesebatını karşılamaya yeterlidir.

Kaldı ki, yapılan değişiklik Anayasamızda ifadesini bulan ‘Ulusal Egemenlik’ ilkesi ile de çelişmektedir. Bu açıdan, tasarının Anayasa Komisyonu’na da gönderilmesi gerekir.” (Orhan Eraslan-Niğde Milletvekili) demiştir.

AİHM kararlarının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almasını düzenleyen 3.8.2002 gün ve 4771 sayılı Yasa’yla getirilen düzenlemenin Anayasa’nın Başlangıç’ı ile, 2, 4, 6, 9 ve 138. maddelerine aykırı olup olmadığını

hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. 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.” biçimini aldı.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler de diğer sözleşmeler gibi yasa gücünde ve bunlar için de Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz.

Yeni düzenleme ile eski düzenlemeyi birlikte değerlendirecek olursak, eskiden olduğu gibi Anayasa, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin “yasa hükmünde” olduğunu kabul ediyor. Bu sözleşmeler hakkında “Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı” benimsiyor. Ancak Anayasa, yasa ile temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenleme getiren sözleşme arasında farklı düzenleme olursa, sözleşmeye üstünlük tanınacağını ve yasanın değil, sözleşmenin uygulanacağını öngörüyor. Fakat Anayasa, sözleşmenin Anayasa'ya üstün olacağını kabul etmiyor. Dolayısıyla hukukumuzda Anayasa altı, ancak hiç değilse temel haklar bakımından yasa üstü sayılan sözleşmelerin yasaların Anayasa'ya uygunluk denetiminde dikkate alınıp alınamayacağı hususu tartışma yaratacaktır. Geçmişte Anayasa Mahkemesi bir kararında, “KHK ya da yasanın sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, Anayasal denetim kapsamına girmemesi

inceleyen Anayasa Mahkemesi kararında (AMK, 27.12.2002,2002/146-201, RG, 11.12.2003/25282);

“Dava dilekçesinde, yargı yetkisinin ulus adına bağımsız Türk mahkemelerince kullanılacağı, dava konusu düzenleme ile egemenliğin kullanımı olan yargı yetkisinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kısmen devredildiği ve bu suretle bağımsız Türk mahkemelerinin üzerinde bir yargı makamı ihdas edildiği, dosya, davaya bakması için karar veren mahkemeye gönderildiğinde, bu mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile bağlı olup olmadığının belli olmadığı, mahkemenin kararında direktmesi halinde ne olacağının maddede açıklanmadığı, bunun da hukuk güvenliğinin sağlanmasını engellediği belirtilerek söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 2., 4., 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın Başlangıç'ının üçüncü paragrafı ile 6. maddesinde, ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Ulusa ait olduğu ve Türk ulusunun egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle 'Yargı Yetkisi' başlıklı 9. maddesinde de, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.

Eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu ön koşul olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmek ve hukuku tüm devlet organlarına egemen kılmak, bu bağlamda etkili bir yargı denetimi sağlama yükümlülüğündeki hukuk devletinde, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, hakimlerin bağımsızlığı ise onların Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini ifade eder.

Kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama yapılmasını sağlayan

nedeniyle inceleme konusu dışında tutulmuştur” demek suretiyle, yerinde olarak yasanın sözleşmeye uygunluk denetimini yapmamıştı.⁷⁴ Şimdi 90. maddeye getirilen eklemeye karşın, Anayasa’nın 148. maddesinde değişiklik gerçekleştirilmediğine göre, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu içtihatları halen geçerlidir. Ancak, sözleşmenin yasaya üstünlüğünün kabul edilmesi karşısında, sözleşmeyle çatışan ve bu nedenle hukuk dünyasının dışına çıkarılması gereken söz konusu yasaların Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürülmesi olasıdır.⁷⁵

Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi ne yapacak? Çatışan yasanın sözleşmeye uygunluk denetimini mi yapacak? Yoksa eski içtihatları doğrultusunda karar mı verecek? Acaba Anayasa Mahkemesi, KHK’lerin yetki yasasına uygunluğunun denetimine benzer bir yaklaşımla sözleşmeyle çatıştığı iddia edilen yasanın sözleşmeye uygunluk denetimini yapabilecek mi? Veya sözleşmeyle çatışsa bile, yasanın sözleşme hükümlerine oranla daha somut düzenlemelere sahip olması nedeniyle, söz konusu yasanın kimi durumlarda farklı yorum yollarıyla başka olaylar için uygulanabilirliği göz önünde bulundurulup, iptaline gerek yok diyebilecek mi?

Eklenecek cümleden hareketle, ekleme öncesi düzenleme ile ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara ilave olarak, yasadaki düzenleme

ve olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri ilgili yasalarda sayılarak belirlenmiş, dava konusu düzenlemeyle de, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararlarıyla saptanması, bu sebepler arasına eklenmiştir. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi isteminin yasaya uygun olarak yapıldığının Yargıtay’ın ilgili genel kurullarınca saptanması halinde, dosya kararı veren mahkemeye gönderilecek, davanın tâbi olduğu usul hukuku kuralları uygulanmak suretiyle yargılamanın yenilenmesi sebebi değerlendirilip, istem uygun görülmediğinde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecektir. Yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir” demek suretiyle iptal istemini oybirliği ile reddetmiştir.

⁷² 4771 sayılı Yasa’yla getirilen AİHM kararının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almasının Anayasa’ya aykırı olduğu ve bu konuda Anayasa’da değişiklik yapılması gerektiği hk. bkz. Özer, Attila, “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu”, *Anayasa Yargısı*, 20, s. 187-192.

⁷³ 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa’nın 7. maddesi ile Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına bir cümle eklendi; RG, 22.5.2004, S. 25469.

⁷⁴ 1988/5-55, 22.12.1988; Benzeri karar, AMK, 21.1.1971, 1969/37, 1971/8, AMKD, 9/229 (Bu kararda, sadece Anayasa’ya uygunluk denetimi yapıldığı, yasaların vs. yasalara uygunluk denetiminin yapılamayacağı belirtilmesi karşısında, sözleşmeye uygunluk denetiminin de söz konusu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır).

⁷⁵ AMK, 26.9.1965, 1963/173, 1965/40; AMKD, S. 4, s. 290 vd.; RG, 25.7.1967-12656. Bu kararda Anayasa Mahkemesi TCK’nin 141. ve 142. maddelerinin AİHS’nin 9., 10. ve 11. maddelerinin sonradan yürürlüğe giren yasalar olması nedeniyle, Sözleşme hükümlerinin iptali istenen yasaları yürürlükten kaldırmış sayıldığına ilişkin iddiayı yerinde bulmamıştı.

yerine sözleşme hükmünün uygulanabilmesi için, şu hususlara değinmek gerekir:

- Öncelikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir sözleşmenin olması,
- Aynı konuda bir yasal düzenlemenin olması,
- Sözleşmede yer alan düzenleme ile yasanın aynı konuda farklı düzenlemelere sahip olmaları gerekir.

Buradan çıkan sonuca göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sözleşme ile yasa aynı konuda farklı düzenleme getiriyorlarsa sözleşme uygulanacak.

Buna karşılık sözleşmede hüküm var, Anayasa ve yasada hüküm yoksa ve sözleşmedeki düzenleme Anayasa'ya aykırı değilse, sözleşme yine uygulanacak.

Yasa ile sözleşme aynı konuyu farklı düzenlemiyorlarsa her ikisi birlikte uygulanacak.

Sözleşme ile Anayasa aynı konuyu düzenliyor ve farklılık varsa hangisi uygulanacak? Anayasa'da bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Doğal olanı sözleşmenin hazırlanışı sırasında Anayasa'ya aykırı düzenlemelere imza atılmaması veya önce Anayasa'da değişiklik yapıp, sonra sözleşmenin imzalanmasıdır. Ancak bu yapılmadan sözleşme yürürlüğe konmuşsa, Anayasa da bir yasadır, bu nedenle sözleşme Anayasa'ya üstündür, öyleyse Anayasa'yı bir kenara bırakıp, sözleşmeyi uygulamak gerekir diyebilir miyiz?

Konu Anayasa'da, sözleşme ve yasadaki düzenlemeye oranla daha güvenceli düzenlenmişse, yasanın Anayasa'ya aykırılığı giderilmeden, sözleşme-yasa düzenlemelerinden sözleşmeyi öne alabilecek miyiz?

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu cümleye rağmen, o konuda Anayasa, sözleşme ve Yasa'da düzenleme olup, Anayasa'daki düzenleme diğerlerine oranla daha güvenceli ise, koşulların uygun olması halinde Anayasa'nın doğrudan uygulanması gerekir. Ancak Anayasa'nın doğrudan uygulanma koşulları yoksa, yasanın Anayasa'ya aykırılığı sorununu Anayasa yargısı yolu ile çözümlenmekle beraber, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen sözleşme hükmünü yine de uygulayabilecek miyiz?

Yukarıda da açıkladığımız gibi, Anayasa'nın bu hükmü, hem öğretilerde hem yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya konmasına neden olmuştu. Getirilen ek ile hiç değilse temel hak ve özgürlükler bakımından daha net bir düzenleme ortaya konmuş ve bu yeni durum karşısında, önceki düzenleme bakımından ortaya atılan eski görüşlerin kimisinden vazgeçilebileceği beklenebilir. Çünkü, maddenin ilk şeklinde sözleşmelerin

hukukumuz karşısındaki durumu farklı biçimlerde değerlendirilmişti. Bu değerlendirmelerden örneğin, sözleşmelerin yasa üstü olduğu yönündeki görüşün, yeni ek cümle ile getirilen düzenleme nedeniyle, bundan böyle yerinde olmadığı söylenebilir. Zira yeni ek cümlenin aynı konuda, sırf temel haklarla ilgili sözleşme-yasa çatışmasında sözleşmeye üstünlük tanınması nedeniyle, temel haklar dışında kalan hususlarla ilgili sözleşmeler bakımından yasaya üstünlüğün benimsenmediği anlaşılmaktadır. Oysa, maddenin ilk şeklindeki düzenlemeden böyle bir sonuca rahatlıkla ulaşmak mümkün değildi. Dolayısıyla ek cümle, bir taraftan temel haklarla ilgili sözleşmelerin yasa üstünlüğünü kabul ederken, bir taraftan da dolaylı olarak temel haklar dışındaki sözleşmelerin sadece Anayasa'ya aykırılığı iddia olunamayan yasa şeklinde anlaşılmasını sağlamıştır. Yani tali kurucu organ, sadece temel haklarla ilgili özel bir düzenleme getirirken, bu hakların dışında kalan hususlar bakımından da bir açıklık getirmiş olmaktadır. Bu bir bakıma tali kurucu organın Anayasa'ya bir ekleme yapmasının yanında, ek düzenleme öncesi düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği yönünde bir açıklama yapmak suretiyle, Anayasa'nın yorumunun nasıl yapılması gerektiğini de ortaya koymaktadır.

Getirilen ek düzenlemenin kimi sorunları da beraberinde getirmekte olduğu da anlaşılmakta olduğundan, karşılaşılabilecek kimi hususlara göz atacak olursak;

1. Getirilen ek cümlenin sadece *“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”* düzenlemesi karşısında, sözleşme ile yasa arasındaki genel-özel yasa veya önceki sonraki yasa ayırımı hususundaki tartışma *“temel hak ve özgürlüklerle ilgili”* istisna hariç, yine devam edecektir. Ancak ek cümle, getirdiği yenilikle, eskiden üzerinde tartışılan ve mademki sözleşme bir yasadır, öyleyse özel yasa genel yasa veya önceki yasa sonraki yasa ayırımından hareketle, olaya hangisinin uygulanacağını belirlemek gerekir görüşü sadece *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin”* sözleşmeler bakımından ortadan kaldırılmıştır.

2. *“Farklı”* düzenlemenin ne olduğu açık değil. Zira *“farklı”* düzenlemede kastın ne olduğu hususunda bir ölçüt getirilmezse, her sözleşmenin yasaya üstünlüğünden söz edilebilir. Oysa, *“farklı”* düzenlemenin *“lehe”* düzenleme şeklinde açıkça belirtilmesi gerekirdi. Ancak uygulamada *“farklı”* düzenlemenin *“lehe”* düzenleme şeklinde anlaşılması gerekir.

3. Anayasa, sadece *“uluslararası sözleşmeler”* den söz etmektedir. Oysa sözleşme olmamakla beraber diğer uluslararası belgelerle getirilen düzenlemeler bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacak? Sanırım bu durumda Anayasa'daki sözleşme tanımına bakmak gerekir. Anayasa'ya göre, Türkiye

Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir yasayla uygun bulduğu uluslararası belgelerin tümünün, uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir.⁷⁶

4. Bu değişiklikle sözleşmeler yine Anayasamızdan üstün sayılamaz. Zira, ekte getirilen “*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*” düzenlemesi karşısında, bu tür sözleşmelerin de diğerleri gibi yasa gücünde olduklarını, ancak aynı konuda yasayla farklı hükümler içermesi halinde yasanın değil, sözleşme hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. Çünkü konu ile ilgili olarak yapılan tartışmaları, böyle bir düzenlemeyle sona erdiren tali kurucu iktidar, isteseydi bu tür sözleşmelerin Anayasa üstünlüğünü kabul ederdi; bunu kabul etmediğine göre, insan hakları ile ilgili sözleşmelerin de hukukumuz bakımından Anayasa üstü olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Burada sözleşmelerin yasa gücünde kabul edilmesi ve Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilememesi ile temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin çatıştığı yasaya üstünlüğünün kabul edilmesi karşısında, bu sonuncu sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı olsalar da uygulanacakları (uygulanmaları gerektiği) savunulabilir. Çünkü, Anayasa koyucu bu sözleşmelerin Anayasa'ya üstün olduklarını açıkça düzenlememekle beraber, bunların (Anayasa dahil) yasalara üstünlüğünü (sırf temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin) kabul ettiğine göre, bunlar Anayasa'ya aykırı olsa/Anayasa'yla çatışsalar bile, bu tür sözleşmelerin uygulanacakları savunulabilir. Ancak Anayasa'nın maddesinin hazırlanışı sırasında bu husus açıkça öngörülmediği gibi, gerek gerekçesinde ve gerekse metnin tartışmalarında bu hususa dikkat çekilmediğine göre, sözleşmelerin hukukumuzda Anayasa'ya üstün olmadıkları kesindir.⁷⁷

⁷⁶ Kaboğlu, İbrahim, Hukuka Yeni Düzenleme, *Radikal*, (26.7.2004, İnternet Baskısı).

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi yeni bir kararında (AMK, 23.3.2004,2001/119,2004/37, RG, 21.7.2004), “*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir*” demiştir. Yüksek Mahkeme burada, “*Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür*” demekle, sadece yasakoyucunun değil, Anayasa koyucunun da Anayasa değişiklikleri sırasında “*evrensel hukuk ilkelerine uygun*” davranacağını söylüyor.

Yüksek Mahkeme daha önceki bir kararında da “*evrensel hukuk ilkelerine*” uygunluk

Sözleşme, Anayasa'dan daha güvenceli düzenlemeye sahipse, yeni düzenlemeyle daha da netleştirildiği üzere sözleşmenin Anayasa'ya üstün olmaması da göz önüne alındığında, Anayasa'ya uygun ancak sözleşmeye oranla daha az güvenceli düzenlemeye sahip olan yasanın uygulanmaması ve sözleşmenin uygulanması halinde Anayasa'ya aykırı uygulama gerçekleşmiş olmayacak mı? Bu tür uygulamaları önlemek amacıyla kimi ülkelerde sözleşmelerin Anayasa ile uyumu sorununu öndenetim yolu ile çözümlenme mekanizması geliştirilmiştir. Örneğin, Fransa'da Anayasa Konseyi'nin sözleşmelerin Anayasa ile çatışma noktalarını belirleme bakımından öndenetim yetkisi vardır. Bizde böyle bir mekanizma olmadığına göre uygulamada sıkıntılar yaşanacaktır.

5. Getirilen ek, sadece “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası*” sözleşmelerle ilgilidir. Ancak hangi sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu nasıl tespit edilecek? Burada dikkate alınacak temel hak ve özgürlükler sözleşmelerde yer alanlar mıdır? Yoksa Anayasa'nın “*temel hak ve özgürlük*” olarak belirttiği haklar mıdır? Veya, “*temel hak ve özgürlükler*” dinamik olup, değişkendir, öyleyse zaman içerisinde “*temel hak*” şeklini alacak hak ve özgürlükler de buna dahildir mi diyeceğiz? Çünkü getirilen ek, “*hak ve özgürlükleri*” değil, sadece “*temel hak ve özgürlükleri*” dikkate almaktadır. Yasa teklifinin madde gerekçesinde, “*uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*” denmekteydi.⁷⁸ Ancak yasa teklifi ile Anayasa Komisyonu görüşmeleri sonucu kabul edilen metin, teklifteki “*antlaşmalar ile*”nin yerine, sadece Anayasa Komisyonu'ndaki “*antlaşmalarla*” biçimindeki düzeltme değişikliği dışında, aynıdır.

Getirilen ek cümle sadece temel haklar bakımından sözleşmeye üstünlük tanımaktadır. Bilindiği gibi, insan hakları öğretisinde, temel/temel olmayan haklar ayrımı giderek terk edilmektedir. Anayasamız bakımından temel hak ve özgürlükler, bütün Anayasal hak ve özgürlükleri içermektedir (m. 12-74). Öyleyse Anayasa'da yer almayan, ancak yasalarla düzenlenebilecek kimi haklar bakımından (Anayasa'da temel hak sayılmamaları nedeniyle) sözleşmelere böyle bir üstünlük tanınması mümkün olmayacak.

Diğer taraftan, uluslararası belgenin adı temel haklarla ilgili olmasa bile, eğer içeriğinde bir tek maddesinde dahi temel haklarla ilgili düzen-

aramıştır. Anayasa Mahkemesi kararında da, hukuk devletinde “*Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.*” demiştir (AMK, 31.1.2002, 2001/29, 2002/24, AMKD, 38-2/547; bkz. Gerek-Aydın, s. 10).

⁷⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama yılı: 2, s. sayısı: 430.

leme varsa, bu belgenin de temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler olduklarının kabulü gerekir. Çünkü, ek cümle sözleşme-yasa çatışmasında temel hak ve özgürlüğü ölçüt olarak kabul etmektedir.

Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeler sonucunda bu konuda beliren farklı görüşte şu hususlara dikkat çekilmiştir:

"Teklifin 7. maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen antlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız." denilmiştir.⁷⁹

Karşioyu temsil eden görüş sahipleri, temel haklarla ilgili olarak hangi kaynakların esas alınması gerektiği konusuna açıklık getirilmesi amacıyla, bu konuda TBMM Genel Kurulu'nda şu değişiklik teklifinde bulunmuşlardır:

*"Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak 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."*⁸⁰

Ancak değişiklik teklifine karşı Anayasa Komisyonu Başkanı,⁸¹ "Geçen görüşmelerde de bu gündeme geldi. Bu sayma yöntemini biz, teknik olarak doğru bulmuyoruz. Yani, belki, bu, amaç olarak doğru; ama, netice itibarıyla, madde tekniği bakımından, ben -Komisyon olarak- yerinde bulmuyorum." dedikten sonra, Hükümetin de teklife katılmaması üzerine önerge sahiplerinden biri önerge ile ilgili olarak Meclis Genel Kurulu'ndaki konuşmasında,⁸² "Önümüze getirilen teklifin bu maddesi, bir uluslararası antlaşmanın, insan haklarına ilişkin bir antlaşmanın bir konuda yaptığı düzenleme ile iç hukuk kuralının aynı konudaki düzenlemesi çatıştığı zaman, aynı doğrultuda hükümler getirmediği zaman, çıkacak ihtilafta, uluslararası antlaşma hükümlerine uygulamada öncelik tanımaktadır. Gerçekten de, bizim Anayasamızda, kanunların hükümleri ile uluslararası antlaşmaların hükümleri çatıştığı zaman ne yapılacağına ilişkin bir

⁷⁹ Karşioyu veren Milletvekilleri, Oya Araslı (Ankara), Atilla Kart (Konya), Atilla Emek (Antalya), Halil Ünlütepe (Afyon), Uğur Aksöz (Adana), Yılmaz Kaya (İzmir).

⁸⁰ Teklifte bulunan Milletvekilleri: Güldal Okuducu, Oya Araslı, Bihlun Tamaylıgil, N. Gaye Erbatur Özlem Çerçioğlu, Haşim Oral, Birgen Keleş, Ali Topuz, Sinan Yerlikaya, Sıdika Sarıbekir, Mehmet Semerci, Mehmet Ali Özpolat, Kemal Kılıçdaroğlu, Mustafa Özyürek, Kemal Sağ, Ali Kemal Kumkumoğlu, Abdulkadir Ateş, K. Kemal Anadolu, Tuncay Ercenk.

⁸¹ Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Burhan Kuzu'nun konuşması.

⁸² Oya Araslı'nın bu konudaki konuşması tek ve farklı olmanın yanında önemli olduğu için aynen alıyorum.

belirleme yoktur. Uluslararası antlaşmalar kanuna eşdeğer hükümde olduğu için, bu gibi durumlarda hukukun genel ilkeleri uygulanmakta ve 'özel hüküm, genel hükmün önüne geçer', 'sonra gelen hüküm, önceki hükmün önüne geçer' ilkeleri doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Bu da, birtakım farklı içtihatların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Halbuki, bu konuda bir açıklığa, bir berraklığa ihtiyaç vardır. Böyle bir ihtiyacın varlığı, giderilmesi gerektiği doğrudur. Ne var ki, dünyanın çeşitli ülkelerine, özellikle Avrupa Birliği ülkelerine baktığımız zaman, dış hukuka bu tür çalışmalarda öncelik veren ülkelerin, antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu sağlamak bakımından çok etkin bir denetim mekanizması kurduğu görülmektedir; bir önce denetim, bir öndenetim mekanizmasını devreye sokmaktadırlar. Halbuki, Türkiye'de, zorunlu olarak işleyen böyle bir denetim mekanizması yoktur ve antlaşmaların Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemek için, bu tür antlaşmaları Anayasa Mahkemesi'nin denetimine sunma imkânı da yoktur. Böyle bir denetim, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi dahilinde değildir; ancak, antlaşmanın onaylanmasını uygun bulma kanunları bir kanun olduğu için, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir; ama, kanunla onayı uygun bulma ve onay arasındaki mesafe, zaman olarak bazen o kadar kısadır ki, böyle bir denetim imkânı da pratikte bir anlam taşıyabilmemektedir. Bu nedenle, 90. maddenin taşıdığı bu özellik göz önünde tutulduğu zaman, madde, sadece Anayasa'nın 90. maddesinde bir değişiklik getirdiği ve Anayasa Mahkemesi'nin denetimiyle ilgili hükümlerde bir değişiklik yapma imkânı bırakmadığı için, 90. madde çerçevesinde ne yapılabilir(?) bu sakıncayı gidermek için diye düşünüldüğünde, tek çare, bu özelliği tanıyacağımız antlaşmaların hangi kaynaktan gelen antlaşmalar olduğunu belirleyen bir hükmü bu maddeye eklemekle ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir hükmün maddeye eklenmesi, yarın, öbür gün, uygulayıcı bakımından, hangi antlaşma temel insan haklarına ilişkin antlaşmadır, hangisi değildir konusunda yapılacak belirlemede ortaya çıkacak farklı değerlendirmeleri de önlemeye imkân verecektir" demiş ve oylama sonucu önerge reddedilmiştir.

Buradan çıkan sonuç, temel hak ve özgürlüklerin hangileri olduğu sorununun Anayasa hukukunun gündemini uzun süre işgal edeceğe benzemektedir.

Bu durumda, Anayasamızda yer alan "temel hak ve özgürlüklerden" hareketle sorunun çözümlenmesi daha uygundur. Zira sözleşmenin Anayasa üstünlüğünün kabul edilmemesi karşısında, Anayasa'da ve sözleşmede yer alanlar bakımından sorun yok; ancak sözleşmede yer almakla beraber, Anayasa'da yer almayan temel hak ve özgürlükler bakımından sorunun üstesinden gelinmesi kolay görünmüyor. Çünkü Anayasa'da yer almayan ve sözleşmede yer alan düzenlemelerin Anayasa'nın diğer hükümleri ile çatışması halinde ne gibi işlem yapılacağı sorun olarak ortadadır.

6. Hangi metinde yer alacak "hak ve özgürlükler" olduğunun açıkça düzenlenmemesi karşısında, bu konuda iç hukukumuzda ortaya çıkacak

uyuşmazlığı kim çözecek? İlk derece mahkemelerinin kararlarının denetimini yapacak temyiz mahkemeleri mi? Yoksa Anayasa'yı yorumlamaya yetkili özel mahkeme olan Anayasa Mahkemesi mi? Anayasa Mahkemesi yetkili dersek, davanın önüne nasıl gelebileceğini de belirtmemiz gerekecektir. Zira sözleşmeyi denetleyemeyen, sadece uygun bulma yarasını denetleyebilen Anayasa Mahkemesi'nin, sözleşmenin içeriğinin Anayasa'da yer alan temel haklarla bağlantısını ortaya koyması mümkün olabilecek mi?

Eğer, temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemeye sahip sözleşme metninin dikkate alınmasını savunursak, o zaman karşımıza, Anayasa'da yer almamakla beraber, bir sözleşmede düzenlenmiş olan hakka ilişkin hüküm nedeniyle, sözleşmenin, Anayasa koyucunun açıkça yasaklamasına karşın, Anayasa üstülüğünün kabulü gerekecektir. Bunu şu anda hemen öngörebilmek pek mümkün olmamakla beraber, yakın gelecekte hukukçularımızı meşgul edeceği şimdiden açıktır. Çünkü, insan hakları dinamikdir; sürekli içeriği zenginleşmekte olduğundan, Anayasa'daki düzenlemelerin geride kalması büyük ihtimal dahilindedir. Bu bir bakıma temel hak ve özgürlükleri genişletme hedefini güden bir düzenleme olarak da kabul edilebilir. Zira hangi hakların dikkate alınacağını, değişiklik teklifinde yer alan "Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde" yapılan sözleşmelerle ilgili olarak kabul etmemek bizi böyle bir yoruma da götürebilir. Ancak, bu konuda da yeniden başa dönüldüğü, tartışmanın bu kez hem "temel hak ve özgürlüklerle" ilgili olan, hem de ilgili olmayan sözleşmeler bakımından devam edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer taraftan sözleşmede veya Anayasa'da yer almayan ancak yargı organı tarafından temel hak olarak kabul edilen hakların varlığının da göz önünde bulundurulması gerekir.⁸³

7. Getirilen ek cümle, "antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" demekle, sözleşme ile yasanın farklı konularda farklı hükümler taşıması hususunu öngörmemektedir. Yani farklı konuları düzenleyen sözleşme ile yasa arasında zaten farklı düzenleme olmayacağı için, her biri ayrı ayrı uygulanacak demektir. Konular farklı olmakla beraber, kimi hususların aynı olması, dolayısıyla kavram boyutunda da olsa benzeri konularda farklılıklar ortaya çıkarsa, bu durumda da aynı konu kavramı içerisinde değerlendirilmede bulunabilecek miyiz?

⁸³ Örneğin, AİHM'nin, Sözleşme'nin 11. maddesinde açıkça yer almamasına karşın siyasi partilerin de bu madde kapsamında koruma göreceğine karar vermesi (bkz. AİHS'nin 11. maddesi ile ilgili kararları); Türk Anayasa Mahkemesi'nin de Anayasa'da yer almamasına karşın "direnme hakkı"nı kabul etmesi (AMK, 1988/2-1, RG, 16.5.1989) gibi.

Anayasa'ya eklenen cümlede temel haklarla ilgili olarak sözleşme-yasa hükmünün farklı düzenlemeye sahip olması halinde sözleşme hükmünün esas alınacağı ifade edilmektedir. Ancak bu farklı düzenlemede yasadaki düzenleme sözleşmede yer alan düzenlemeden daha güvenceli ise, yine sözleşmeyi mi esas alacağız? Veya bir başka yönden, sözleşme-yasa çatışmasında sözleşmeyi bir kül halinde mi esas alacağız yoksa tek tek düzenleme maddelerine mi bakıp değerlendirmede bulunacağız?⁸⁴ Bu hususun uygulamada farklı yorumlara sebebiyet vereceği ortadadır. Bu nedenle yasanın sözleşmeden daha güvenceli düzenleme getirdiği durumlarda sözleşmenin değil, Yasa'nın uygulanması gerekir. Bu itibarla getirilen düzenlemede bu yönün gözetilmemesi yerinde olmamıştır. Yasa'nın bir tek maddesi dahi o konuda sözleşmeden daha güvenceli bir düzenlemeye sahipse, yasanın o hükmünün uygulanmasından kaçınılmaması gerekir. Bilindiği gibi, örneğin AİHS asgari standart düzenlemelere sahip olup, üye ülkelerin bu standardın altına düşmemek kaydıyla iç hukuklarında daha güvenceli düzenlemelerde bulunabileceklerini öngörmektedir. Nitekim bugün sözleşmeye üye ülkelerin sözleşme hükümlerinden daha ileri düzenlemelerde buldukları bir gerçek olduğu gibi, ek protokollerle yeni yeni hakların getirilmesi de bu görüşü doğrulamaktadır. Ek cümledeki "aynı konu"yu her bir hak ve o hakkın koruna öğeleri yönünden tek tek değerlendirmek gerekir.

8. Sözleşme ile yasanın aynı konuda düzenleme getirdiğine hangi organ karar verecek? Anayasa Mahkemesi mi? Yoksa, bu konuda karar vermeye yetkili yargı organı ve dolayısıyla bu yargı organının yüksek mahkemesi mi?

Kuşkusuz ilk akla gelen husus, temel hak ve özgürlükle ilgili kararı verecek olan mahkeme hangisi ise, o mahkeme, farklı düzenleme olup olmadığını tespit edip, bu tespite göre karar verecektir.

9. Ancak sözleşme ile yasa arasındaki farklı düzenlemenin, sözleşmenin genel hükümleri belirtmesi ve her zaman somut olayda uygulanamayacak olması nedeniyle, uygulamada değişik sorunlar yaşanacağına kuşku yoktur. Örneğin, idari yargı bakımından, bu yargının dinamikliği

⁸⁴ İç hukukumuzda ceza yasaları ile ilgili olarak lehe yasanın belirlenmesinde yasaların tüm maddelerinin göz önünde bulundurulması esası benimsenmektedir. Konuyla ilgili Yargıtay Kararları: "TCY'nin 2/2. maddesinin uygulanması bakımından yukarıda değinilen üç yasanın öngördükleri koşullar itibarıyla somut olayda uygulanma alanı bulunup bulunmadığı öncelikle araştırılıp hangi yasanın bir bütün halinde hükümlü veya sanık yararına olduğu belirlendikten sonra bu yasanın yine bir bütün halinde uygulanması gerekmektedir." (CGK, 30.03.2004, 2004/1-46, 2004/78). Benzeri kararlar için bkz. 23.2.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; CGK, 25.05.1999 gün ve 133-142 sayılı, 14.10.1985 gün ve 194-525 sayılı, 23.12.2003 gün ve 2003/1-270/290 sayılı kararları. Yargıtay bir kararında, "Lehe yasanın belirlenmesinde, TCY'nin 11. maddesindeki sıraya göre daha ağır olan ceza nazara alınmalıdır." demiştir (CGK, 21.2.1994, 7-36/61).

nedeniyle, yorum yoluyla sözleşme hükümleri kolaylıkla pratikleştirilebilir; buna karşılık, ceza hukukuyla ilgili olarak aynı şeyi söylemek her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü, bir suçun unsurlarının belirlenmesi ancak yasayla mümkündür. Söz konusu yasanın sözleşmede yer alan düzenlemeyle çatışması nedeniyle sanığa ceza verilemezse, bu kez hak arama özgürlüğünün güvencelenememesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınabilir. Böyle çatışan düzenlemeler nedeniyle doğacak sıkıntının adil yargılama, silahların eşitliği ve temel haklarla ilgili hak sahipliğinin korunması gibi bir çok ilkeyle çelişme ihtimali fazladır. Sanırım bu tür olumsuzlukları önlemenin yolu, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşme hükümlerinin iyi bir dökümünün yapıp, konuyla ilgili düzenleme getiren yasalardaki aykırılıkların giderilmesi, yasalardaki açık olmayan düzenlemelerin yorum yoluyla açıklığa kavuşturulabilmeye elverişli hale getirilmesi gerekir.

10. Hangi temel hak ve özgürlükler sorusu halen güncelliğini koruduğu için, bunları hangi metinlerde yer aldıkları hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira Anayasa, *“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”* demekle, açıkça Anayasa’da yer alan *“temel hak ve özgürlükler”* demediğine göre, Anayasa’da yer almayan ve dolayısıyla yasada da düzenlenmeyen ve fakat sözleşmede yer alan bir hak ve özgürlük söz konusu olursa, bu durumda, bu tür sözleşmelerin yasayla çatışması söz konusu olmadığından, bu tür (yani Anayasa ve Yasa’da yer almayan) hak ve özgürlükler bakımından yasa yerine sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün olabilecek mi?

Sanırım bu durumda, yani Anayasa ve yasada yer almayan, ancak ülkemizin taraf olduğu bir sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler bakımından yorum yöntemi yine 90. maddeye eklenen cümleden önceki yöntem olacaktır. Bu da bize, hangi temel hak ve özgürlük kavramının açıkça belirlenmesi zorunluluğunu yüklemektedir. Çünkü temel hakların yazılı metinlere aktarılmış insan hakları şeklinde anlaşılabilir biçimi, Anayasa’da yer almasa da kimi temel hak ve özgürlüklerin olabileceğini, bunların Anayasa ile sınırlanmasının doğru olmadığını, Anayasa’da yer almasa da sözleşmelerde yer alan kimi hak ve özgürlüklerin temel hak ve özgürlük şeklinde kabul edilebilmesi için Anayasa’da buna açıkça yer verilmesi gerektiğini zorunlu kılmaktadır.

Sözleşme-yasa çatışmasında muhatap uygulayıcılar olacaktır. Uygulayıcılar kuşkusuz başta yargıç,savcı,idare makamlarıdır. Ancak uygulayıcıların sıkıntı yaşamalarını önleme bakımından çatışan kurallardan yasayı düzenleyen yasama organının da yasal düzenlemeler ile sözleşme arasındaki çatışma durumlarını giderici önlemler alması gerekir. Bu nedenle

sözleşme-yasa çatışmasında öncelikle yargı organlarından çözüm beklenmesi doğal gibi gözükmemekte ise de (somutta öyledir), ancak devletin diğer organlarının da sorumluluklarının olduğunu kabul etmek gerekir.⁸⁵

V. Sonuç

Sözleşmelerin Anayasa'daki düzenleniş şekline göre, mademki sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilemiyor, Anayasa'ya aykırı olsalar da uygulanmaları zorunludur, diyebileceğimiz gibi; mademki Anayasa sözleşmeleri yasa gücünde kabul ediyor, o halde, bunların Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilemese bile yasa kabul edip, hiyerarşik bakımdan Anayasa'dan sonra geldikleri söylenebilir. Bir hukuk düzeninde hukukçuları böylesine farklı yorum ve sonuçlara götüren bir düzenlemeyle nereye kadar devam edileceği merak konusudur. Hukuk devletlerinde hukuk kurallarının mümkün merteye açık ve anlaşılabilir olmaları asıldır.

4709 sayılı Yasa'yla, benzeri çelişkileri içeren Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırıldığı halde, 90. maddesinin son fıkrasının yirmi yıldır hukukçuları boşu boşuna yormasına rağmen, yoruma meydan vermeyecek veya yorum yoluyla kolaylıkla sonuca ulaşılabilecek şekilde yeniden kaleme alınmaması yerinde olmamıştır. Dolayısıyla, hangi yorum şeklinden hareket edilirse edilsin, işin içinden kolaylıkla çıkmak mümkün olmuyor.

Bu ne demek, hukukumuz ya açık seçik biçimde baştan aşağı yenilenerek sözleşmelerin iç hukukumuzda (Anayasa dahil) üstünlüğünü kabul edecek ya da iç hukuk kurallarını üstün kabul edip, sözleşmeleri tanımayacaktır. Mevcut düzenlemelere göre, yasama, yürütme ve yargı organları hep sıkıntı yaşıyor; kuşkusuz vatandaşlar da.

Bu tür çelişkilerin yaşanmaması için Anayasa ile gerek insan haklarına öncelik tanınan maddeler (m. Başlangıç/2, 2, 14/1,15/1,16,42/son ve 92/1) ve gerekse diğer maddelerde yer alan hükümlerin (örneğin, m. 90/son), sözleşmeler karşısındaki durumlarının açıkça düzenlenmesinde yarar var; zaten AİHM' nin yargı yetkisinin benimsenmiş olması, sonuçta bizi, buraya götürmektedir. Çünkü Anayasa'nın kimi maddeleri ile, mahkemelerin, diğer normlar yanında "hukuka uygun" olarak da karar vermeleri zorunluluğunun kabul edilmesi (m. 138/1), bizi "insan hakları" bakımından taraf olduğumuz sözleşme hükümlerine götürmekle beraber, sözleşmelerle ilgili

⁸⁵ Kaboğlu, İbrahim, *Hukuka Yeni Düzenleme*, Radikal, 26.7.2004, İnternet Baskısı.

olarak Anayasa'nın 90/son maddesinin tartışma yaratan düzenlemesinden daha açık düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde farklı uygulama ve algılama ile zaman ve emek kaybı devam edecektir.⁸⁶

Ancak her şeye rağmen, AİHS ile insan hakları bakımından insanın, sadece ulusal hukukun değil, uluslararası hukukun da özneleri arasına girmesiyle birlikte,⁸⁷ eğer sözleşme iç hukuka üstün yoruma elverişliyse, sözleşmenin iç hukuka üstün yorumundan söz edilebilir.⁸⁸

5170 sayılı Yasa'yla, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen yeni düzenleme de, yukarıda ifade ettiğim gibi, "temel hak ve özgürlüklerle" ilgili sözleşmeler ile yasalar arasındaki sorunun tam çözülebilmesine olanak verecek şekilde açık değil. Kaldı ki, temel hak ve özgürlükler dışında kalan konular bakımından eski tartışma sıcaklığını koruyacağı gibi, yeni düzenleme de yeni tartışma, duraksama ve hukuki çıkmazlara sebebiyet verebilecektir. Böyle bir düzenlemenin yargı organlarına geniş takdir alanı tanıdığına ve asıl güvenceleme işinin yargı organlarına ait olduğunda kuşku yoktur.

⁸⁶ Fendoğlu, H. Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 372-378, Memiş, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 130-172.

⁸⁷ Bkz. Memiş, s. 132-133'te "Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 90. maddelerinden kalkarak, "Sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir değer taşıdığı, hatta onların Anayasalara yeni bir anlam ve yorum getirebileceği" söylenebilir. Bu yaklaşım, yasaların insan haklarını sınırladığı zamanlarda önem taşıyabilir." demektedir.

⁸⁸ Gözübüyük, A.Ş.-Gölcüklü, F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2003, s. 19-20, "Türkiye'de İnsan haklarına saygının sağlanabilmesi, ancak iç hukuk yollarının etkin bir biçimde işlemesi, yargı yerlerinin Sözleşme'yi uygulamaları ile mümkündür. Bu nedenle, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin Türkiye'de yargısal yolla korunmasında asıl yük yargı yerlerine ve yargının vazgeçilmez ögesi olan avukatlara düşmektedir. (...) Sözleşme'yi iç hukukta uygularken, sözleşme kurallarını yorumlarken, daima Komisyon ve Divan içtihatlarını göz önünde bulundurmak gerekecektir."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ,
güncel konularda dosyalar düzenlemeyi ve önceki dosyalar ile ilgili yazılar
yayımlamayı sürdürüyor.

Bu sayımızda DOSYA'nın konusu
"Savunmanın Örgütlenmesi" olarak seçildi.
Bütün Dosyalarımızda olduğu gibi gelecek sayılarımızda da
bu konuda yayına devam edeceğiz.

GELECEK SAYIDA:
TÜKETİCİ HAKLARI

SAVUNMANIN ÖRGÜTLENMESİ

Avukatlık mesleği ile doğrudan ilgili konularda düzenlediğimiz dosyaların üçüncüsünü bu sayımızda yayımlıyoruz. Dergimizin bu sayısında ele alınan DOSYA'ya, "Avukatların Vergi Sorunları" ve "Avukatların Sosyal Güvenlik Sorunları" başlıklı diğer dosyalara oranla çok sayıda katkı var. Savunmanın örgütlenmesi konusunda meslektaşlarımızın düşünmesi ve yazması, mesleğimizin geleceği açısından umut verici.

DOSYA'mıza katkıda bulunmak isteyen meslektaşlarımız "örgütlenme" ile neyi kastettiğimizi özellikle sordular. Onlara söylediklerimizi burada yinelemek ve katkıda bulunmak isteyen meslektaşlarımıza yardımcı olmak istemekteyiz.

Üstad Cengiz İlhan, savunmanın örgütlenmesi tanımından "avukatların örgütlenmesi"ni anladığını ve yazısını bu anlayışla kaleme aldığını söyledi. Doğrudur. Savunma avukatlara özgü bir meslek olması nedeniyle böyle anlaşılabilir. Ancak, avukatlık mesleğinin çeşitli fonksiyonlarına başka meslekler tarafından el atılmış ya da el atılmaya teşebbüs edilmiştir. Muhasebeciler ve mali müşavirler yanında noterler de avukatlık fonksiyonlarından bazılarına talip olmaktadır. Noterler mesleklerinin egemenlik alanlarını genişletmek için akla gelmedik alanlarda söz sahibi olmak istemektedirler. Bu bağlamda "Haberler" bölümüne bakmanız gerekmektedir.

Üstad Cengiz İlhan'ın yerinde olan anlayışına göre önce "avukat" tanımını yapmak gerekmektedir. Bu konuda yargı, idare, vatandaş ve bizzat avukatlar arasında belirgin farklar bulunduğunu yadsıyamayız. Bu sayıda yayımladığımız Rekabet Kurulu Kararı avukatlık kurumunun yanlış anlaşıldığının tipik ve güncel bir örneğidir. İstanbul Barosu önceki baş-

kanlarından avukat Yücel Sayman'ın deyimiyle kurul avukatlık mesleğini anlamış görünmemektedir.*

DOSYA'mızın açılışında avukat, avukat bürosu, barolar ve Türkiye Barolar Birliği iç içe görünmektedir. Bunların hepsinin bağımsızlığı ve dokunulmazlığı ortak paydadır. Avukat bağımsız olmalıdır ki barosu bağımsız olsun. Barolar bağımsız olmadan Türkiye Barolar Birliği'nin bağımsızlığından söz edilemez. Ama bu bağımsızlık, sorumsuzluk, layüsellik anlamında bir bağımsızlık değildir. Avukatlarımızın bağımsızlığı ise, yargılama aşamasında, ekonomik koşullarında, sosyal güvenlik bağlamında maalesef sağlanamamıştır. Bu konularda AB standartlarına ulaşılması ilk hedef olarak karşımızda bulunmaktadır.

Bunların aynı zamanda dokunulmazlıkları da bulunmalıdır. Nitekim avukatlar hakkındaki soruşturmalarda Adalet Bakanlığı'nın aşırı yetkisi, Avrupa Konseyi İstisari Ziyaret Raporu'nda da özellikle vurgulanmıştır.

Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği bu bağımsızlığı hiç kötüye kullanmamakla övünebilir.

Yıllardır TBB'nin baroların bağımsızlığını gölgelediğini ileri sürenlere ve dünyada Türkiye Barolar Birliği gibi bir "üst" kuruluşun bulunmadığını iddia edenlere, Diyarbakır Barosu'nun sempozyumunda Fransız hukukçunun sözleri güzel bir yanıt teşkil ediyor. Bu konuşmadan Fransa'da 1990'lı yıllarda Barolar Birliği'ne benzer bir kuruluşa ihtiyaç hasıl olduğunu anlıyoruz. Konuşmanın tam metnini aşağıda okuyabilirsiniz.

Bu Türk savunma sistemini kuran 1136 sayılı Yasa yapıcılarının ileri görüşlülüğünün kanıtını veriyor.

Almanya'da doğup büyüyen, hukuk eğitimini yapan, Çiğdem Sertçelik (ya da bizim tanıdığımız adıyla Deniz) DOSYA için hem "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik" konulu bir makale yazdı hem de "Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı"nu (2000) tercüme etti. Savunmanın örgütlenmesi konusunda büyük önem taşıyan bu belgenin üzerinde çalışılan Avukatlık Kanunu düzenlemesinde nazara alınması gerekmektedir.

Savunmanın örgütlenmesi konusundaki yazılara, görüşlere gelecek sayılarımızda da yer vermekten mutlu olacağız.

* Rekabet Kurulu TBB ile ilgili kararını alırken bir kuralı dikkatinden kaçırmış görünüyor: "Bazı kurallar ve düzenlemeler mesleğin kendi bünyesinde mündemictir. Bu özgün deontoloji kuralları olmazsa meslek temel niteliğini ve işlevini yitirir. Bu nedenle söz konusu kural ve düzenlemeler rekabet kurallarının ihlali olarak değerlendirilemez. (Avrupa Adalet Divanı, Şubat 2002 "Wouters Kararı")" Yücel Sayman, Rekabet Kurulu avukatlık'ı Anlıyor mu?, *Günışığı* s. sh.

REKABET KURULU KARARI

Dosya sayısı: 2003-4-145

Karar sayısı: 03-73/876(a)-374

Karar tarihi: 13/11/2003

A. Toplantıya Katılan Üyeler

Başkan: Mustafa Parlak

Üyeler: Tuncay SONGÜR, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Kublay ATASAYAR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. : Metin HASSU, Hatice AKKAYA

Raportörler

C. Şikayet Eden: Emir ÇETİNKAYA

Eski İzmir Cad. No: 61/14 Bozkaya/İzmir

Ege Bölgesi Sanayi Odası

Cumhuriyet Blv. No: 63 İzmir

D. Şikayet Edilen: Türkiye Barolar Birliği

Karanfil Sk. No: 5/62 Kızılay/Ankara

E. Dosya Konusu: Türkiye Barolar Birliği (TBB)'nin üyelerinin çeşitli hizmetlerde uygulayacağı ücretler ile ilgili alt sınır belirlemek yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

F. İddiaların Özeti: Emir Çetinkaya'ya ait elektronik posta mesajında, ülkemizde aralarında TBB'nin de bulunduğu birçok oda ve meslek örgütünün çeşitli hizmetlerde uygulanacak ücretler ile ilgili alt sınır belirlediği, bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu ifade edilmektedir.

Öte yandan, Ege Bölgesi Sanayi Odası Genel Sekreteri M. K. imzalı başvuruda ise, işyerlerinde işyeri avukatı çalıştırılması mecburiyetinin bulunduğu; bu personelin ücret tarifelerinin bağlı bulunduğu meslek kuruluşu tarafından her yıl tespit edildiği ve bu uygulamanın rekabeti bozucu etkisi olduğu iddia edilerek uygulamanın düzeltilmesi talep edilmektedir.

G. Dosya Evreleri: Kurum kayıtlarına sırasıyla 30.7.2003 ve 1.8.2003 tarih, 3650 ve 3707 sayılar ile giren başvurular üzerine düzenlenen 24.10.2003 tarih, 2003-4-145/BN-03-MH sayılı Bilgi Notu 27.10.2003 tarih, REK.0.08.00.00/181 sayılı Başkanlık Önergesi ile 03-73 sayılı Kurul Toplantısı'nda görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. Raportörlerin Görüşü: İlgili Bilgi Notu'nda;

- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile TBB'ye verilmiş olan asgari ücret tarifesi belirleme yetkisinin rekabeti kısıtlayıcı ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümlerine ilişkin olarak, aynı Kanun'un 30 (t) maddesi çerçevesinde, olası Kanun değişikliği halinde gözönünde bulundurulmak üzere girişimlerde bulunulmasına,

- 1136 sayılı Kanun'un 164. ve 168. maddelerinde izin verilen asgari ücret tarifesi düzenleme yetkisi çerçevesinde, sözleşmeli avukatlar için de aylık ücret düzenlemesi yapan TBB tarafından kanunla kendisine tanınan yetkinin aşularak 4054 sayılı Kanun tarafından yasaklanan bir durumu sağlamaya yönelik amaçlar için kullanıldığı; ancak burada temel sorunun, 1136 sayılı Kanun'un verdiği tarife belirleme yetkisinin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olması nedeniyle, aynı Kanun'un 30 (f) maddesi çerçevesinde, ilgili sürecin işletilerek yasal düzenleme değişikliği talebi ile Başbakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasının yerinde olacağı ve söz konusu düzenleme değişiklikleri sağlandıktan sonra, asgari fiyat tarifesi yayınlama talebinde bulunan meslek birliklerinin olası taleplerinin, 4054 sayılı Kanun'un muafiyet hükümleri çerçevesinde ayrıca değerlendirilebileceği, görüşlerine yer verilmektedir.

İ. İnceleme ve Değerlendirme

I.1. TBB Tarafından Avukatlık Ücreti Tarifesinin Belirlenmesi

19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık ücreti" başlıklı 164. maddesinde (2.5.2001-4667/77 ile değişik), "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı değeri ifade eder. Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir... Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, urum baro yönetim kuruluna bildirilir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde ise asgari ücret tarifesinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın sonucuna ve avukatın emeğine göre değişmek üzere ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değerinin yüzde beşi ile yüzde on beşi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir..." hükmüne yer verilmiştir.

Kanunun "Avukatlık ücreti tarifesinin hazırlanması" başlıklı 168. maddesi (205.2001-4667/81 ile değişik) ise şu şekildedir: "Baronun yönetim kurulları, her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliği'ne gönderirler. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca, Baro Yönetim Kurulları'nın teklifleri göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarife o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığı'na gönderilir. Bu tarife Adalet Bakanlığı'na ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesi ile birlikte Türkiye Barolar Birliği'ne geri gönderir. Geri gönderilen bu tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığı'na bildirilir..."

Bu çerçevede, TBB'ye kanunla açıkça asgari ücret belirleme yetkisi verilmiş olduğundan, şikayete ilişkin yapılacak herhangi bir işlem bulunmamaktadır. Ancak, ilgili Kanun maddesi 4054 sayılı Kanun ile ihtilaf halinde bulunduğundan, 4054 sayılı Kanun'un 27 (g) ve 30 (f) maddeleri uyarınca ilgili merciler nezdinde rekabetin tesisi için girişimde bulunulması gerekmektedir.

1.2. İşyerlerinde İstihdam Edilen Avukatların Ücretlerinin Belirlenmesi:

Dosya mevcudu bilgilere göre, 28.11.2002 tarih ve 24950 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi"nin Birinci Kısım 3. Bölümü'nde, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi gereğince bulundurulması zorunlu sözleşmeli avukatlara, yapı kooperatiflerinde aylık 200.000.000,- TL, anonim şirketlerde aylık 300.000.000,- TL ücret ödenmesine ilişkin düzenlemeye yer verilerek; bu ücretin danışmanlık hizmetleri karşılığı olduğu, dava takiplerinin bunun dışında bulunduğu belirtilmiştir. Aynı tarifenin Birinci Kısım 4. Bölümü'nde ise, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kişi ve tüzel kişilerin sözleşmeli avukatlarına ödeyecekleri aylık ücretin 330.000.000,- TL olduğu, bu ücretin danışmanlık hizmetleri karşılığı olup dava ve takiplerin bunun dışında olduğu belirtilmektedir.

Ayrıca, Raportörlerce yapılan incelemelerde çeşitli kuruluşlarda çalışan avukatların aylık asgari ücretlerinin düzenlenmesinin de dayanağını, Avukatlık Kanunu'nun vekalet ücreti ve tarifeye ilişkin 164. ve 168. maddelerinden aldığı belirlenmiştir.

Esasen, söz konusu Kanun hükmü avukatlık hizmetlerine ilişkin düzenleme getirmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, TBB tarafından işyeri avukatlarının aylık ücretlerinin düzenlenmesi suretiyle Kanunun verdiği

yetki aşılmakla birlikte, asıl olarak ilgili Kanun maddesi 4054 sayılı Kanun ile ihtilaf halindedir.

J. Sonuç

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. ve 168. maddeleri ile verilen yetki kapsamında Türkiye Barolar Birliği'nin asgari ücret tarifeleri belirlemesinin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunması ve ilgili Kanun hükümleri ile 4054 sayılı Kanun'un arasında ihtilaf olması nedeniyle, aynı Kanun'un 27 (g) ve 30 (f) maddeleri çerçevesinde yasal düzenlemede değişiklik talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına;

2. 1136 sayılı Kanun ile verilen asgari ücret tarifesi belirleme yetkisi çerçevesinde sözleşmeli avukatlar için de aylık ücret düzenlemesi yapan Türkiye Barolar Birliği tarafından kanunla kendisine tanınan yetkinin aşıldığı, esasen anılan Kanun'un verdiği yetkinin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu ve TBB tarafından sözleşmeli avukatlara ilişkin ücret düzenlemesi yapılmasına ilişkin ücret düzenlemesi yapılması uygulamasının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunduğu anlaşıldığından; 4054 sayılı Kanun'un 27(g) ve 30(f) maddeleri Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına ve söz konusu düzenleme değişiklikleri sağlandıktan sonra, asgari fiyat tarifesi yayınlama talebinde bulunan meslek birliklerinin olası taleplerinin, 4054 sayılı Kanun'un muafiyet hükümleri çerçevesinde ayrıca değerlendirilebileceğine;

Oy Birliği ile karar verilmiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

- I -

Esas Sayısı : 2001/309
Karar Sayısı : 2002/91
Karar Günü : 15.10.2002

*Avukatlık Kanunu'nun
14. maddesinin iptali hakkında

İptal Davasını Açan: TC Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER

İptal Davasının Konusu : 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının, Anayasa'nın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I. İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal isteminin gerekçe bölümü şöyledir:

"1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının yukarıya alınan eski ve yeni metinlerinin karşılaştırılmasından da anlaşılacağı gibi, herhangi bir nedenle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılar önceki metinde "münhasıran ve ayrıldıkları tarihte hizmet gördükleri mahkeme veyadairelerde" avukat olarak iş alma yasağına bağlı tutulmuşlarken, yeni düzenleme ile, görevlerinden ayrılan yargıç ve savcılar, Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler yargıçlarının, görevden ayrıldıkları tarihten geriye doğru beş yıl içinde hizmet gördükleri tüm mahkeme ve dairelerde ve bunların yargı çevresinde, ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanmaktadır.

Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği bu madde Anayasa'nın "temel haklar ve ödevler" bölümünde yer almıştır. Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında ise, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Buna göre, hak ve özgürlükler ancak, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da belirtildiği gibi, bir sınırlama kuralının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için "ölçülülük" ilkesinin gözetilmesi, amaç ve sınırlama orantısının korunması gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi, yasal düzenlemede sınırlama aracının, sınırlama amacına elverişli olmasını, sınırlama aracıyla amacı arasındaki oranın ölçsüz olmamasını anlatmaktadır.

Getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 48. maddesinde sözü edilen çalışma özgürlüğü açısından son derece ağır bir nitelik taşıdığı kuşkusuzdur. Görevden ayrılan yargıç ve savcılarının ayrıldıkları daire ve mahkemelerde iki yıl avukatlık yapamamaları adalete kuşku düşürmemek ve böylece kamu yararını gözetmek gibi nedenlerle açıklanabilirse de, bu yasağın ayrılma tarihinden geriye doğru beş yıl içinde görev yapılan tüm mahkeme ve dairelerin yargı çevresini içine alacak biçimde genişletilmesini haklı bir nedene dayandırmak ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştırmak olanaklı değildir.

Yukarıda belirtilen içeriğine ve doğuracağı sonuçlara göre, getirilen düzenleme, kişinin temel hak ve özgürlükleri içinde yer alan çalışma özgürlüğünü gerekli olandan daha fazla sınırlandırması; avukatlık yapma yasağını son olarak görev yapılan mahkeme ve daireden başka geriye doğru beş yıl içinde hizmet görülen tüm mahkeme ve dairelerin yargı çevresini kapsayacak biçimde genişletmesi ve böylece amaç ile sınırlama arasında gerekli orantının kurulmamış olması nedenleriyle Anayasa'nın 48. ve 13. maddelerine aykırı olup, iptali gerektiği sonucuna varılmıştır.

Görevden ayrıldığı tarihten başlayarak iki yıl süresince, geriye doğru beş yıl içinde hizmet gördüğü tüm mahkeme ve dairelerin "yargı çevresinde" avukatlık yapamayacak olan bir kişinin, iki yıllık sürenin bitiminden sonra Türkiye'nin her yerinde avukatlık yapma hakkına sahip bulunmasının biçimsel olmaktan başka bir anlam taşımayacağını da ayrıca vurgulamak gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin yasa önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye yada sınıfa ayrıcalık tanınamayacağı belirtilmiştir.

Yasa önünde eşitlik ilkesi, aynı hukuksal durumlarda bulunanlara aynı kuralların uygulanmasını gerektirmektedir. Bu ilke ile, yasa koyucunun ayrıcalıklı kişi ve topluluklar yaratmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Aynı hukuksal durumda bulunanlar için farklı uygulamaya neden olacak yasa kuralı, Anayasa'nın "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

4667 sayılı Yasa'nın anılan kuralı ile getirilen sınırlama, kapsamdaki kişiler yönünden Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırı sonuçlar doğurabilecek nitelik taşımaktadır.

Gerçekten, getirilen sınırlama, çalışma alanı olarak geriye doğru "son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresi"ni kapsayan niteliğiyle aşağıdaki sonuçları doğurabilecektir.

1. Emeklilik veya istifa gibi nedenlerle görevden ayrılan yargıç yada savcılardan son beş yıl içinde yalnızca bir yerde görev yapanlara göre, çoğu kez istekleri dışında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun takdiri gereğince yapılan naklen atamalar nedeniyle birden çok yerde görev yapan yargıç yada savcılar daha ağır bir sınırlamaya uğramakta ve bu kişiler çalıştıkları mahkeme ve dairelerin tümünün yargı çevrelerinde iki yıl süreyle avukatlık yapma hakkından yoksun bırakılmaktadırlar.

2. Yargı çevresi birden çok il ve ilçeyi kapsayan mahkemelerin başkan ve üyeleri bu il ve ilçelerin tümünde iki yıl süreyle avukatlık yapamamakta; yargı çevresinin genişliğine veyadarlığına göre çalışma özgürlüğünün sınırları da genişleyip daralmaktadır.

3. 14. maddenin ikinci fıkrasında yapılan yollama nedeniyle birinci fıkradaki sınırlama kapsamına giren yüksek mahkemeler yargıçların çalışma özgürlüklerinin ihlali daha da ağır boyutlardadır. Bu yargıçlar, görev yaptıkları yüksek mahkemenin yargı çevresi tüm Türkiye'yi kapsadığı için görevden ayrıldıktan sonra iki yıl süreyle kendi yargı düzenleri içindeki hiçbir mahkemede; ayrıca, beş yılı doldurmadan görevden ayrılmış iseler, geriye doğru beş yıl içinde kalmak koşuluyla, üyeliğe seçilmeden önce görev yaptıkları mahkeme ve dairelerin yargı çevresindeki mahkeme ve dairelerde de iki yıl süreyle görev alamayacaklardır.

"Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi getirilen düzenleme, meslekten ayrıldıktan sonra avukatlık yapmak isteyen yargıç ve savcılar arasında eşitliğe aykırı sonuçlar doğurmakta ve Anayasa'nın 10. maddesinde anlatımını bulan eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir."

II. YASA METİNLERİ

A. İptali İstenen Yasa Kuralı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesini değiştiren 4667 sayılı Kanun'un 10. maddesi şöyledir:

Madde 10. "Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askerî yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır."

B. Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 10, 13 ve 48. dayanılmıştır.

III. İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa Bumin, Samia Akbulut, Sacit Adalı, Ali Hüner, Fulya Kantarcıoğlu, Aysel Pekiner, Rüştü Sönmez, Ertuğrul Ersoy, Tülay Tuğcu, Ahmet Akyalçın ve Mustafa Yaşar Aygün'ün katılmalarıyla 17.5.2001 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğün durdurulması isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleriyle diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava dilekçesinde, Avukatlık Kanunu'nda 4667 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile yapılan değişiklikle çalışma hak ve özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca kuralın, meslekten ayrıldıktan sonra avukatlık yapmak isteyen hâkim ve savcılar arasında eşitliğin bozulmasına yol açtığı, bu durumun da Anayasa'nın 10, 13 ve 48. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 14. maddesinin 4667 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle değiştirilen, birinci fıkrası ile emeklilik veya istifa gibi nedenler-

le görevlerinden ayrılan adli, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veyadairelerin yargı çevrelerinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanmaktadır. Bu yasak, daha önce maddede sayılan meslek mensuplarının hizmet gördükleri mahkeme veyadairelerde buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süreyle avukatlık yapamamaları biçimindeyken, getirilen düzenlemeyle bu süre aynen korunmakla birlikte belirtilen kişilerin görev alanı daraltılarak son beş yılda hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevrelerinde avukatlık yapmaları engellenmiştir.

Anayasa'nın 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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" denilmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.

Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.

Önceki düzenlemeyle getirilen adli, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının yalnızca ayrıldıkları mahkemelerde iki yıl süreyle avukatlık yapamamalarına ilişkin yasak, Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 4667 sayılı Kanun'la değiştirilen birinci fıkrası ile emeklilik veya istifa gibi nedenlerle ayrılma tarihinden geriye doğru beş yıl içinde görev yapılan yerlerin yargı çevresinde avukatlık yapamama biçiminde genişletilmiştir.

Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, dava konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklama, çalışma özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.

Bu durumda, emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan hâkim ve savcılarının daha önce hizmet gördükleri mahkeme veyadairelerde avukatlık yapmalarıyla ilgili olarak önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü yada bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*" denilmekte, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görürse yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı “Avukatlık Kanunu” nun 14. maddesinin 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının Yürürlüğünün Durdurulması İsteminin Reddine, 15.10.2002 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VII. SONUÇ

A. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı “Avukatlık Kanunu” nun 14. maddesinin 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının, Anayasa’ya Aykırı Olduğuna ve İptaline,

B. İptal edilen kuralın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa’nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İptal Hükümü’nün, Kararın *Resmi Gazete’* de Yayımlanmasından Başlayarak Bir Yıl Sonra Yürürlüğe Girmesine,

15.10.2002 gününde Oybirliğiyle karar verildi.

(*Resmi Gazete’* de Yayın tarihi: 12.12.2003)

- II -

Esas Sayısı: 2003/98
Karar Sayısı: 2004/31
Karar Günü: 3.3.2004

*Avukatlık Kanunu'nun
167. maddesinin iptali hakkında

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER :

1. Ankara 1. Sulh Hukuk Mahkemesi (Esas:2002/164)
2. İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi (Esas: 2003/13)
3. Aybastı Asliye Hukuk Mahkemesi (Esas: 2003/98)

İTİRAZLARIN KONUSU : 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen 167. maddesinin Anayasa'nın 2, 9, 10, 36, 37 ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidi.

I. OLAY

Bakılmakta olan davalarda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen 167. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan yada tarafların Anayasa'ya aykırılık savlarını ciddi bulan mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II. İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Ankara 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememize davacı vekilinin davalılar aleyhine açtığı davanın yapılan yargılaması sonunda verilen ara kararı gereğince;

Anayasa'nın 9. maddesi hükmüne göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız Mahkemelerce kullanılır.

Avukat ile müvekkili arasındaki hukuki anlaşmazlıkları mahkemeler dışında bir kuruluş tarafından çözümlenmesi bu kurala aykırıdır. Hakem heyetinde bir hâkimin de bulunması bu kuralı değiştirmez.

Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının sadece kendi üyeleri arasındaki uyuşmazlıkları çözmesi düşünülebilirse de kurum dışındaki kişilerle olan

ihtilafları çözmesi düşünülemez. Madde bu haliyle Mahkemeler başvuru hakkını önlediği için Anayasa'nın 36. maddesinde yazılı hak arama özgürlüğüne de kısıtlama getirdiği için Anayasa'ya aykırıdır.

Bu nedenle maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur ..."

İtiraz yoluna başvuran İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

" ... A. Anılan madde Anayasamızın yargı erki ile ilgili hükümlerine aykırıdır. Şöyle ki:

Anayasamızın 9, 138. ve takip eden maddelerine göre yargı erki bağımsız mahkemelerce Anayasa'ya, Kanun ve Hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecek bağımsız hakimler tarafından kullanılır.

Oysa değişik 167. madde ile bu düzenlemeye aykırı davranılmıştır. Şöyle ki, bağımsız bir hakim (ki maddeye göre baronun bulunduğu yargı çevresinde bulunan en kıdemli Asliye Hukuk Hakimi) Hakem Heyeti Başkanı olarak Baro Yönetim Kurulu'nca seçilecek iki üye avukat ile birlikte çalışacaktır. Üye avukatların ise Anayasamız doğrultusunda yargı yetki ve erki bulunmamaktadır.

Keza yargı erki mahsus yerlerde ve yasalar doğrultusunda düzenlenmesi ve çalışması öngörülen hal ve şekillerde yürütülür. Oysa maddedeki düzenlemeye ve sonradan 14.11.2001 tarih ve 24583 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Barolar Birliği tarafından düzenlenip kabul olunan Hakem Kurulu Yönetmeliği üzere baroların temin edeceği yerlerde çalışma gösterecek ve baronun görevlendireceği diğer yardımcı elemanlar ile çalışılacaktır.

Bu noktada Hakem Kurulu'nun çalışması ile ilgili yönetmeliğin düzenlenmesini ve düzenlenmiş şeklini de nazara alıp değerlendirmek ve yargı erki ile uyumsuzluğunu ortaya koymakta yarar görülmektedir. Şöyle ki, yasalar ve Anayasamız üzere mahkemelerde dava açma sırasında yönetmelikler ve tariflere üzere harç verilmesi şart ve gerekli iken bu yönetmeliğe göre dava açma sırasında böyle bir düzenleme öngörülmemiştir ve bu hali ile devletin harç ve resim bakımından kaybına da neden olmuştur.

B. Anayasamıza ve yargılama ile ilgili maddi hukuk ve usul hukuku hükümlerine göre mahkemelerde dava açılması sadece yasalar ile öngörülen bazı harç ve resimlerin ödenmesine bağlıdır, ayrıca çalışanlar ile ilgili bir para ve ücret yatırılması söz konusu değildir.

Oysa yapılan değişik düzenleme ile ve Barolar Birliği'nce kabul olunan yönetmelik üzere Hakem Kurullarında dava açılması açan kişinin dava açtığı anda Hakem Heyetine ve çalışanlara ödenmek üzere bir miktar para yatırma koşuluna bağlamıştır. (Bu miktar günümüz itibarıyla Avukatlık Tarifesi üzere 150.000.000.- liradır.) Bu paranın bir miktarı -her birisine 40'ar milyon lira Hakem heyeti ve Başkanına verilmek gerekir. Görüldüğü üzere yargılama yetkisi tanınan Hakem

Heyetinde dava açmak paraya bağlı olup Anayasamız doğrultusunda bağımsız ve teminatlı olan bir Hakim Hakem Heyeti Başkanı olarak dosya başına Barolar Birliği tarafından kabul olunan bir miktar para karşılığında iş yapar ve çalışır konuma getirilmiştir.

C. Anılan düzenleme Anayasamızda yer alan hak arama hürriyeti ve kanuni hakim güvencesi hükümlerine aykırıdır. Şöyle ki, Anayasamızın 36. ve 37. maddelerine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir ve hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

Dosyamızda ise vatandaş hakkını aramak için tabi hakimine ve mahkemesine başvurmuş, ancak iptali istenilen düzenleme ile diğer bir mercii tarafından davasının uyuşmazlığının çözüleceği öngörülmüş ve öngörülen bu mercii ise bağımsız bir yargı organı olmayıp 2 üyesi baro yönetimi tarafından seçilen bir heyete bırakılmıştır.

D. Anılan hüküm Anayasamızın 10. maddesindeki eşitlik prensiplerine de aykırıdır. Şöyle ki, bu maddeye göre herkes ... ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Oysa yapılan düzenleme eşitlik ilkelerini zedeler ve ortadan kaldırır hale getirmiştir.

İptali istenilen maddeye göre uyuşmazlığın tarafı bazen iki avukat, bazen bir tarafı avukat, bir tarafı vatandaş olabilecektir. Zira gerek maddeye ve gerekse Hakem Kurulu Yönetmeliğine göre Hakem Heyetleri vatandaş ile avukat, avukat ile avukat arasındaki uyuşmazlıkları halledecektir.

Maddeye ve yönetmeliğe göre vatandaşın taraf olduğu bir dava ve uyuşmazlıkta çözümü yapacak olan hakem heyetinin iki üyesi avukatın mensubu olduğu baro yönetimi tarafından seçilecektir ve her iki üye avukat olacaktır. Bu durumda davanın diğer tarafı olan vatandaşın durumu dikkat çekici konuma girmektedir. Şayet uyuşmazlığın bir hakem heyeti tarafından çözümlenmesi gerekir ise diğer birçok yasalarda ve uygulamada yer aldığı üzere hakem heyeti marifetiyle çözümlenmesinin başlangıçta ve taraflar arasındaki sözleşmede yer alması ve hakemlerin taraflarca gösterilmesi suretiyle eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Nitekim HUMK hükümleri bu şekilde bir düzenlemeyi öngörmektedir.

Diğer taraftan böyle bir düzenleme içinde bulunulan zaman ve önümüzdeki gelecek süreç bakımından da bazı sakıncalı ve eşitlik ilkelerini zedeler yasal düzenlemelerin başlangıcı olarak da akla gelmektedir: Şöyle ki, gerek Avukatlık Yasası hükümlerine ve gerekse avukatlık mesleği ile ilgili diğer düzenlemelere göre

avukatlık mesleği yasalar doğrultusunda savunmayı temin ve mümkün kılan bir meslektir. Avukatlar bu mesleğin bir mensubudur ve Barolar ile Barolar Birliği bu meslekteki kişilerin mesleki bir kuruluşu olup, kamu niteliklidir.

Yapılan düzenleme ile bu meslekte olan kişiler arasındaki ve bu meslekteki bir kişi ile meslek dışındaki bir kişi arasındaki özellikle parasal konuya yönelik uyuşmazlıklar hakem heyetinince çözümleneceğine göre önümüzdeki zaman içerisinde benzer bazı yasalarda da değişiklik yapılmak suretiyle uygulamanın yaygınlaştırılması olasıdır. Bu cümleden olmak üzere ilk akla geldiği üzere 6235 S. K. Türk Mühendisleri ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, 6223 S.K. Türk Tabipler Birliği Kanunu, 3274 S. K. Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nda ve 1219 S. K. Tababet ve Şu batı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 71. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle bu yasalar ile ilgili meslekte bulunan Diş Hekimi, Hekim, Mimar, Mühendis gibi meslek mensuplarının da kendi aralarındaki veya bu meslek mensupları ile vatandaş arasındaki parasal uyuşmazlıkların Hakem marifetiyle çözümleneceği ve hakem heyetinin iki üyesinin o mesleğin odası tarafından seçilecek iki meslek mensubu olacağı mümkün ve olası olduğuna göre gerek içinde bulunduğumuz ve önümüzdeki Avukatlık Yasası'ndaki düzenleme ve gerekse önümüzdeki zaman içerisinde bu ve buna benzer değişiklik ve düzenlemeler suretiyle yargının kapsamında bulunan bir çok uyuşmazlık tabi hakiminden ve mahkemesinden ayrılıp bir heyete verilme durumuna girmek suretiyle tabiri caiz ise yargılamanın bazı konumda bir özelleşmeye ve para karşılığı çözümlenmesi durumu doğmuş olacaktır ki böyle bir halin kabulü gerek Türk Hukuk sisteminde ve gerekse modern hukuk alanında yer bulmamak gerekir.

E. Hakem heyetlerinin çalışma düzenlenmesi de yargı erki ile bağdaşmaz konuma gelmiştir. Şöyle ki:

Türk Hukuk sisteminde ve Anayasamızda yer alan hükümlere göre yargılama yargı erki ve ilgili kurumlarınca kabul ve gösterilen yer ve şekillerde ve usul hükümlerine uygun çalışma gösterir.

Oysa yapılan düzenleme ile bu yargı çalışma koşulları değiştirilmiş bulunmaktadır. Nitekim maddede öngörülen ve kuruluşu sağlanan hakem heyetinin çalışma yer ve koşulları Barolar Birliği tarafından düzenlenen bir yönetmeliğe bağlı kılınmıştır. İdari bir konumda bulunan Barolar Birliği'nin kabul ettiği ve her zaman değiştirebileceği bir yönetmelik ile başkanı bağımsız ve teminatlı bir Hakim olan heyetin çalışma koşullarının düzenlenmesi zaman içerisinde aksamlara neden olabilecektir.

F. Hakem Heyeti kararlarının niteliği bakımından Anayasamıza ve yasalara göre bağımsız Hakimlerin ve Mahkemelerin her türlü verdiği kararlar itiraz, temyiz, karar düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi gibi yasal yollar ile denetime ve incelenmeye tabi kılınmasına rağmen hakem heyetinin kararlarının temyiz incelenmesi ve kararların bozulmasını düzenleyen yönetmeliğin 21. ve 22. maddelerine göre

heyetin verdiği kararlar Yargıtay'ca ancak şekli konularda bozulabilecektir. Bu hal ise verilen kararların taraflar açısından belki de şüphe ile karşılanma duygusunu ortadan kaldırmayacaktır..."

İtiraz yoluna başvuran Aybastı Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1. Anılan yasa maddesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen adalet anlayışı ilkesine aykırıdır. Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen adalet anlayışı ilkesi adil bir toplum düzeni oluşturulmasına amaç edinmiştir. Bir meslek kuruluşu olan baro üyesi davalı avukatın o baro tarafından seçilmiş avukatlarca yargılanması adalet anlayışına ters düşer.

2. Anılan yasa maddesi Anayasamızın 10. maddesinde düzenlenen "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz" kuralına aykırıdır. Bir avukatın vekâlet sözleşmesinden doğan davasının asliye hukuk hakiminin başkanlığında baro yönetim kurulunca seçilmiş iki avukattan oluşan hakem kurulunca görülmesinin kabul edilmesi halinde örneğin bir mimarın veya bir mühendisin ve daha pek çok meslek kişinin işi ile ilgili sözleşmelerinden doğacak davalarının kendi meslek kuruluşlarınınca seçilmiş üyelerin bulunduğu hakem kurullarınca görülmesini istemelerini haklı kılar. Görülüyor ki bu yasa maddesi avukatlık mesleğini icra edenleri diğer meslek mensupları arasında imtiyazlı konuma getirmiştir ... "

III. YASA METİNLERİ

A. İtiraz Konusu Yasa Kuralı

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı "Avukatlık Kanunu'nun 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen ve başvuru sırasında yürürlükte bulunan itiraz konusu 167. maddesi şöyledir:

"Madde 167- Avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukukî yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir. Hakem kurulu, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli asliye hukuk hakimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek, yönetim kuruluna seçilme yeterliliğini taşıyan iki avukattan oluşur. Kurula Asliye Hukuk Hâkimi başkanlık eder. Seçilen kurul üyelerinin görev süresi üç yıldır. Süresi sona eren üye kurula yeniden seçilebilir.

Hakem ücretinin yarısının dava ile birlikte yatırılması zorunludur. Hakem kurulunca verilen ve kesinleşen karardan bir örnek, avukatın bağlı bulunduğu baroya gönderilir.

Hakem işlerinde 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 527, 529, 532, 533/1 ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hü-

kümleri uygulanır. Hakem işleriyle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliği'nce çıkartılacak Baro Hakem Yönetmeliği'nde düzenlenir."

B. Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz başvurularında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2, 9, 10, 36, 37 ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

IV. İLK İNCELEME

Değişik tarihlerde yapılan ilk incelemeler sonunda, 200/2 164 ve 2003/98 sayılı dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile, 2003/13 esas sayılı davada ise Mehmet ERTEN'in 167. maddenin birinci fıkrasının ilk tümcesinin olaya uygulanacak kural olmadığı yönündeki karşı oyu ile oyçokluğu ile karar verilmiştir.

V. ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin raporlar, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Birleştirme Kararı

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen 167. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2003/98 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esas incelemenin 2003/98 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, diğer davaların esaslarının kapatılmasına 3.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B. Davada Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun yada kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yönteminde açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evre-

lerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veyadavayı sonuçlandırmada olumlu yada olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

4667 sayılı Kanun ile değiştirilen Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesinin başvuru iki mahkeme tarafından tümünün iptali istenmiştir. Ancak 167. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesi ile avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Baro Hakem Kurulu yetkili kılınmış, böylece başvuru mahkemeler bu uyuşmazlıklar bakımından görevli olmaktan çıkarılmıştır. Davaya bakan mahkemelerin görev alanını daraltan bu kuralın anılan mahkemelerce resen gözetilerek görevsizlik kararı verileceği açıktır. Bu durumda maddenin hakem kurullarının kuruluş ve işleyişine ilişkin diğer bölümlerinin itiraz başvurusunda bulunan mahkemelerin bakmakta oldukları davalarda uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölümlere ilişkin başvuruların mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddine, 3.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

İtiraz başvurularında, yargı erkinin yalnızca bağımsız mahkemelerce kullanılabilmesi, avukat ve müvekkil arasındaki hukuksal uyuşmazlıkların mahkemeler dışında bir kuruluş tarafından çözümlenmesinin bu kurala aykırılık oluşturduğu, yargı erkini kullanacak olan kişilerin Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak kişisel kanılarına göre karar verecek bağımsız hakimlerden olmaları gerektiği, oysa Baro Yönetim Kurulu'nca seçilecek iki avukattan oluşan Baro Hakem Kurulu'nun bağımsız mahkeme olarak kabul edilemeyeceği, meslek kuruluşu olan baroya kayıtlı bir avukatın yine baroya kayıtlı iki avukat tarafından yargılanmasının adalet anlayışına ters düştüğü, Baro Hakem Kurulları'nın zorunlu yargı yetkisinin kişileri yargı mercilerine başvurmadan men ettiği, hakem kurulunun yargılama usulüne ilişkin ayrıntıların Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanacak yönetmeliğe bırakılmasının aksamalara yol açacağı, hakem kurulu kararlarının sadece şekil yönünden temyiz edilebilmesinin verilen kararların şüphe ile karşılanmasına neden olacağı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2, 9, 10, 36, 37 ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural'da "Avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir." denilmektedir. Bu fıkrada öngörülen tahkimin anlam ve kapsamını belirlemek için maddenin sistematik bütünlüğü içinde ele alınması gerekir.

Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesinin incelenmesinden Baro Hakem Kurulları'nın, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anla-

şılmaktadır. Baro Hakem Kurulları'nın verdiği kararlar; taraflar açısından bağlayıcı, kesin hüküm oluşturan, ilâm hükmünde kararlardandır. Avukatla müvekkili arasındaki ilişkileri çözmekle görevlendirilen bu kurullarda, avukat üyeler çoğunluğu oluşturmakta ve 167. maddenin son fıkrasıyla yapılan gönderme nedeniyle Baro Hakem Kurulu kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebilmektedir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veyadavalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."* denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere Baro Hakem Kurulu'na başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.

İtiraz konusu kural, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Tülay TUĞCU karara farklı gerekçelerle katılmıştır.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2, 10, 37 ve 138. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, 10. maddeyle bir ilgisi görülmemiş, 9. ve 36. maddelere dayanılarak iptal kararı verildiğinden, diğer maddeler açısından denetim yapılmasına gerek görülmemiştir.

VI. SONUÇ

A. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı “Avukatlık Kanunu” nun 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 167. maddesinin;

1. Birinci fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline,

2. Birinci fıkrasının ilk tümcesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan maddenin kalan bölümünün de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline,

Oybirliğiyle,

B. İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca belirlenmesine yer olmadığına, Fazıl SAĞLAM’ın karşı oyu ve oy çokluğuyla,

3.3.2004 gününde karar verildi.

Esas Sayısı: 2003/98

Karar Sayısı: 2004/31

AYRIŞIK GEREKÇE

Dava, Avukatlık Kanunu’nun 167. maddesinde öngörülen ve zorunlu tahkim niteliği kazandıran Baro Hakem Kurulları’nın Anayasa’nın 2, 9, 10, 36, 37 ve 138. maddelerine aykırı olduğu savıyla açılmıştır.

Anayasa’nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Buna göre, yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir yargı merciinin mahkeme olarak kabul edilmesi için, kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, üyelerinin ilke olarak meslekten hakim olması, üyelerinin bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir.

Anayasa’nın 36. maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz” kuralı yer almıştır. Bu kurala göre kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın önkoşulunu oluşturur. Adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için, yasayla belirlenen, yargısal işleve ve doğal yargıç ilkesine göre belirlenmiş yargıçlardan kurulu, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin yargı yetkisine sahip olduğu bir sistemin sağlanmış olması gerekmektedir.

Anayasa'nın anılan hükümleri çerçevesinde Baro Hakem Kurulları'nın avukatlık sözleşmeleri ve vekalet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ilk aşamada çözümleneceği alternatif bir çözüm yeri olarak görülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasına göre "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*". Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, herşeyden önce yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gereklidir. Ancak bunun için Baro Hakem Kurulları'nın, kişilerin yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü, doğal yargıç ilkesini ve mahkemelerin sahip olduğu görev, yetki ve sorumlulukları ortadan kaldırmayacak biçimde onlara yardımcı bir ilk yada ön inceleme mercii olarak yapılandırılması gerekir. Bu nedenle, verilen kararın yukarıda sayılan iptal gerekçelerine katılmakla birlikte, Baro Hakem Kurulları'nın verdiği kararlara karşı temyiz yolunun açık tutulması ve çalışma yönteminin yasayla düzenlenmiş olması halinde Anayasa'ya uygun olabileceği yolundaki gerekçeye katılmıyorum.

Üye

Tülay TUĞCU

Esas Sayısı: 2003/98

Karar Sayısı: 2004/31

KARŞIOY YAZISI

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı "*Avukatlık Kanunu*" nun 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 167. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildikten sonra, maddenin kalan bölümü de uygulama olanağı kalmaması nedeniyle 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptal edilmiştir. Her iki karar da oybirliği ile alınmıştır.

Buna karşılık iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca belirlenmesine yer olmadığına oyçokluğu ile karar verilmiştir. Bu karar aşağıdaki gerekçelerle yerinde değildir:

1. Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesinin B bendinin b alt bendinde "*Uyuşmazlıkların çözümü*" başlıklı aşağıdaki kural yer almaktadır:

"Avukatların birlikte çalışmalarından veya avukatlık ortaklığında; ortakların kendi aralarında ve ortaklıkla ilgili her türlü uyuşmazlıklar ile ortaklık pay devir ve

intikalinde bedele ilişkin olarak üçüncü şahıslarla aralarında çıkacak anlaşmazlıklar, bu Kanun'un 167. maddesinde tanımlanan hakem kurulu tarafından, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine göre çözümlenir."

Bu kural yürürlükte olup, 167. maddenin iptali ve iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ertelenmemiş olması nedeniyle 44 B bendi yönünden bir hukuki boşluk oluşmuştur. Oysa bu boşluğu önlemek ve yasa koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki gerekçelere göre yeni bir düzenleme yapmasına imkan vermek üzere iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin makul bir süre için ertelenmesi gerekirdi.

2. İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca belirlenmesine yer olmadığına ilişkin çoğunluk görüşü, avukat müvekkil ilişkileri bakımından da yerinde değildir. Çünkü iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin makul bir süre ertelenmemesi, Baro Hakem Kurulları'nda mahkemelere göre daha büyük bir hızla çözümlenip taraflarca da benimsenmesi olası uyumsuzluklar bakımından adaletin gecikmesine yol açabilecek, buna bağlı olarak da mahkemeleri gereksiz bir iş yükü altına sokacaktır. Oysa iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin makul bir süre ertelenmesi, bu olumsuzlukları önleyecek bir çözümdür. Nitekim Mahkememizin iptal gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, Baro Hakem Kurulları'nın kararlarının taraflarca benimsenmesi durumunda bir anayasal sorun gündeme gelmemektedir. Buna karşılık kararın bir tarafça benimsenmemesi halinde, benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulmamış olması en önemli anayasal sorunu oluşturmaktadır.

Bu durumda taraflarca benimsenmeyen Baro Hakem Kurulu kararlarının temyiz incelenmesinin Yargıtay tarafından ilerde yasa koyucunun yapacağı yeni düzenleme uyarınca işin esasına girilmek üzere ertelenmesine yada yasa koyucunun hareketsiz kalması halinde Anayasa Mahkemesince verilmiş bulunan süre dolduktan sonra işin esasına girilmesine yasal bir engel olmadığı gibi, böyle bir önlem, hak arama özgürlüğü bakımından da yerine getirilmesi gereken bir ödevdir.

Açıklanan nedenlerle iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca belirlenmesine yer olmadığına ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Fazıl SAĞLAM

(Resmî Gazete' de yayım tarihi: 10 Temmuz 2004 / 25518)

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN

15.10.2002 GÜN VE

2001/309 ESAS, 2002/91 SAYILI KARARI

HAKKINDA NOT

Av. Atilla SAV*

Yüksek Mahkeme kararı, avukatlık mesleğini, yargı organları önünde adil yargılanma hakkının sağlanması için yapılan görev olarak nitelendirmektedir. Kararda, yerlerinde savunma işlevinin daraltılması ya da sınırlandırılmasının, çalışma özgürlüğünün “ölçüsüz biçimde” sınırlandırılmasına yol açacağı ve bu özgürlüğü zedeleyeceği kabul edilmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun dava konusu yapılan 14. maddesinin başlığı “bazı görevlerden ayrılanların avukatlık edememe yasağı”dır. Başlığın bu yazımı, bir ölçüde kararın gerekçesini haklı göstermektedir. Avukat olma koşulları arasında yer alan bu sınırlandırmaya, yazarlar “nisbi olumsuz koşullar” demektedir. Anılan maddede dört fıkrada birbirinden farklı durumlar düzenlenmektedir.¹

Yüksek Mahkeme'nin önündeki davada anılan maddenin yalnızca birinci fıkrasının iptali istenmiştir. Konu “emeklilik veya istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının durumu”nu kapsamaktadır. Değişiklikten önce kural “... hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılmaları tarihinden iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır” biçiminde idi.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle fıkranın yazımı değiştirilmiştir; “Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan hakimler ve Cumhuriyet savcuları, Anayasa Mahkemesi adli ve geçici raporörleri, kanun sözcüleri, Danıştay dava daireleri başyardımcıları ile yardımcıları” yerine daha özlü ve kısa bir anlatımla “adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcuları” denmekle yetinilmiştir. Değişiklikle bu kişilerin “...son beş yıl içinde hizmet gördükleri

* Ankara Barosu üyesi, TBB önceki başkanlarından.

¹ Av. Semih Güner - *Avukatlık Hukuku* - Ankara Barosu Yayınları - Ankara 2002 s.127 ve son.

mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaklanmıştır." Buradaki asıl değişiklik "son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde" görev yapmanın engellenmesidir. Böylece süre ve alanda genişletme yoluna gidilmiş olmaktadır.

1136 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce yürürlükteki 3499 sayılı Avukatlık Yasası'nın 7. maddesinde benzer ve "C. Savcılarını hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnudur." Bu düzenleme 1136 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin ilk yazılışına benzemektedir. Ancak "mahkeme veya yerler" deyimini "mahkeme veya daireler" deyimine göre biraz daha kapsamlı gözükmektedir. "Yer" deyimini yargıç veya savcıyı sadece görev yaptığı mahkeme veya daire ile sınırlandırmamakta, "görev alanı"nı düşündürmektedir. 3499 sayılı Yasa'nın uygulanmasında "yer" deyimini; atama yeri, görev alanı olarak değerlendirilmekte idi. Yargı kararlarında da bu husus böyle değerlendirilmişti.

Maddenin konmasındaki amaç, yargıç ve savcılarının daha önce görev yaptıkları yerdeki mesleki ilişkiler ve otoriteden yararlanarak iş edinmelerinden doğabilecek kötüye kullanmaları ve rekabet eşitsizliğini önlemek ve böylece yargıdan olağan yollar dışında çıkar sağlamayı uman kimi iş sahiplerinin yargı üzerinde kuşku yaratmalarını engellemektir.

3499 sayılı Yasa'nın anılan maddesiyle ilgili bir davada Anayasa Mahkemesi şöyle demişti: "Sözü geçen 7. maddenin kapsadığı yasaklama, görevlerinden ayrılan hakim ve savcılarını, avukatlık yapmaktan tamamiyle alıkoyan bir hüküm değildir. Bunlar, hizmet ettikleri mahkemede veya o yerde bulunan diğer mahkemelerde iki yıllık bir süre içinde avukatlık yapamayacaklardır. Bu süre içinde, bu yerler dışında avukatlık yapmak hakkına sahip buldukları gibi iki yıllık sürenin geçmesi ile de görevlerinden ayrıldıkları yerlerde de avukatlık yapabileceklerdir."

"Yukarıda açıklandığı üzere çalışma hürriyetine konulan bu sınırlandırma, kamu yararına dayanmasına ve belli bir yere ve iki yıllık süreye ilişkin bulunmasına göre çalışma hürriyetinin özünü zedeleyecek bir nitelik taşımamaktadır. Bu sebeple sözü geçen madde oyçokluğu ile Anayasa'ya aykırı görülmemiştir."²

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, 3499 sayılı Yasa hükmünü o dönemde yürürlükte bulunan 1961 Anayasası'nın 40. maddesine göre değerlendirmiştir. 1961 Anayasası'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında özel bir sınırlandırma hükmü bulunmaktaydı: "Kanun bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir".

² Anayasa Mahkemesi'nin 4 Şubat 1963 günlü 1963/161 esas 1964/11 karar sayılı bu kararı için bkz. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi* sayı 2, s.63. (Resmi Gazete 13.04.1964 gün 11681 sayı)

Yüksek Mahkeme'nin 15.10.2002 günlü kararında ise 1982 Anayasası'nın 48 ve 13. maddelerine dayanılarak Anayasa'ya aykırılık istemi kabul edilmiştir.

4667 sayılı Yasa, 2 Mayıs 2001 tarihinde kabul edilmiştir. O tarihte Anayasa'nın 48. maddesinde bir özel sınırlandırma nedeni bulunmuyordu. Ancak 13. maddede yer alan genel sınırlandırma hükmünde "... kamu düzeni" de bir sınırlandırma ölçütü olarak varlığını koruyordu. Daha sonra, 3 Ekim 2001 tarihinde 4709 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 13. maddesi de değişiklik geçirdi. Bu değişiklikte "genel sınırlandırma" nedenleri kalkmış oldu. Yalnızca özel sınırlandırma nedenleri ile özgürlüğün sınırlandırılabilirliği kabul edildi. 13. maddeye ise genel bir ölçüt olarak "ölçülülük ilkesi" kondu.

Görülüyor ki Yüksek Mahkeme, 4667 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olmayan bir Anayasa kuralını uygulamıştır. Öte yandan bu saptama bir başka gereği belirlemektedir. 1982 Anayasası'nın çok eleştirilen bir yönü de, temel hak ve özgürlüklerin hem "genel" hem de "özel" sınırlandırma nedenleri ile daraltılmasının demokratiklik açısından sakıncalı olmasıdır. Bu ikili sisteme yönelik eleştiriler sonuç vermiş Anayasa'nın 13. maddesi değiştirilmiş ve genel sınırlandırma ölçütleri kaldırılmıştır. Ancak bu kez de bir başka boşluk ortaya çıkmıştır. Kimi maddelerde özel sınırlandırma nedeni öngörülmemişse, ne olacaktır? Görülüyor ki, Anayasa'da yapılan parçalı değişiklikler, yanlışlara ve eksilere yol açmaktadır.

İncelediğimiz kararda Yüksek Mahkeme, çalışma özgürlüğünün sınırını bir başka temel ilkede aramıştır: Mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. madde.

Gerçekten bu saptama yerindedir. Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinde değişiklik yapan 4667 sayılı Yasa'nın amacı, mahkemelerin bağımsızlığını ve yargıçların vicdani kanaatlerine göre karar verme ilkesini korumaktır. Yargıçların çalışmasında herhangi bir etki veya baskı olmamalıdır. Bu yolda bir kuşkunun dahi varlığı yargı bağımsızlığını zedeler, yargıca duyulan güveni sarsabilir. Yüksek Mahkeme kararda bunu şöyle belirtmektedir:

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar, kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise, bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak, adaletin dağıtılacağı güvencesi vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da, yargılama çalışmalarında hakimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.

“Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın, kısa bir süre önce o mahkemede hakem veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı taraf ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da, adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler.”

Yüksek Mahkeme'nin bu saptamasına katılmamak olanağı yoktur. Avukatlık Yasası'nın 14. maddesinin gerekçesi de budur. Ne var ki Yüksek Mahkeme, sınırlandırmada *“geriye doğru beş yıllık süre”* nin ve *“yargı çevresi”* deyiminin, hakkın sınırlandırılması bakımından, *“ölçülülük”* ilkesine uymadığını kabul etmektedir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, *“ölçülülük ilkesi”* Anayasa'nın 13. maddesinde daha sonraki değişikliklerle yer almıştır. Ne var ki bu ilke genel ve evrensel bir ilkedir. Demokratik hukuk devletinde her zaman varlığı kabul edilebilir.

Sonuç olarak, hükmün tümüyle iptali isteminin yaratacağı hukuksal boşluğun da, bir kamu düzeni ve yararı sorunu olduğunu kabul eden Yüksek Mahkeme, yeniden düzenleme için kararın *Resmi Gazete'* de yayımından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ VE HÂKİM TARAFSIZLIĞI

Dr. Ozan ERGÜL¹

İnsan ne kadar çok bilirse, o kadar kuşku duyar.

VOLTAIRE

Anayasa Mahkemesi, 15.10.2002 tarihli kararıyla,² Avukatlık Kanunu'nun hakimlerin mesleği bıraktıktan sonra belli koşullara bağlı olarak ve belli süre için avukatlık yapmalarını engelleyen 4467 sayılı Kanun ile değişik 14. maddesinin birinci fıkrasını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti. Aynı kararda, Cumhurbaşkanı'nın yürürlüğü durdurma istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, iptal nedeniyle ortaya çıkacak hukuki boşluğu düşünerek kararın bir yıl sonra yürürlüğe girmesine de karar vermiş bulunmaktadır. Bu süre, 12.12.2004 tarihinde dolacaktır.

Cumhurbaşkanı'nın, Avukatlık Kanunu'nun 4467 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde de hakim ve savcılarının mesleği bıraktıktan sonra avukatlık yapmalarını sınırlayan bir düzenleme bulunduğunu göz ardı ederek, yeni Kanun için açtığı iptal davasında yürürlüğün durdurulmasını talep etmesi ilginçtir. Neyse ki, Anayasa Mahkemesi bu talebi reddetmek ve iptal kararının yürürlüğe girmesi için bir yıl süre vermek suretiyle, hakim ve savcılarının hiçbir sınırlama olmadan avukatlık yapmalarına neden olabilecek bir sonuca neden olmaktan kaçınmıştır.

Kararın analizine geçmeden önce, Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal davasının görülmesi sırasında gözden kaçırmış olduğunu düşündüğümüz önemli bir hususu ele almak istiyoruz. Mahkeme'nin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği, "Bazı görevlerden ayrılanların avukatlık edememe yasağı" kenar başlıklı 14. maddenin 1. fıkrası şöyledir: "Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari veya askerî yargı hakim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır."

¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
e-mail: ergul@law.ankara.edu.tr

² AYM'nin 15.10.2002 günlü ve E. 2001/309, K. 2002/91 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S. 39, C. 1, s. 141 vd; (Karar 230. sayfada yayımlanmıştır.)

Yukarıda aktarılan fıkradan hemen sonra gelen 2. fıkrada ise şu düzenleme yer almaktadır: “*Yukardaki fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır.*”

Görüldüğü gibi, 14. maddenin 1. fıkrası eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına sınırlama getirirken, 2. fıkra bu sınırlamaların Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkemeler hakkında da uygulanacağını düzenlemektedir. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği 1. fıkra hükmü, gerçekte Anayasa Mahkemesi üyelerini de ilgilendiren bir düzenlemedir. Bu durum karşısında, Anayasa Mahkemesi üyeleri açısından “*davaya bakmaktan çekinmeyi gerektiren bir durum*” söz konusu olup olmadığı ve bunun gereğinin yapıp yapılmadığı incelenmelidir.

Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (2949 sayılı) 46. maddesi Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri yönünden “*Dava ve işlere bakmanın caiz olmadığı haller*”i düzenlemektedir. Maddenin 1. bendi Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin “*Kendilerine ait olan veya kendilerini ilgilendiren dava ve işlere*” bakamayacaklarını öngörmektedir. Bu düzenlemenin doğrudan “*hakim tarafsızlığı*” ile ilgili olduğuna şüphe yoktur. Ayrıca, bu yasak, “*Hiç kimse kendi davasında yargıç olamaz*” şeklindeki temel ilkeye dayanmaktadır.³ 2949 sayılı Kanun'un 46. maddesinde sayılanlar, kanun koyucu tarafından hakimlerin davaya bakmalarının kesinlikle yasaklanmış olduğu durumları göstermesi açısından önemlidir.⁴ Bu maddede sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde hakimlerin davaya bakmaktan çekinmeleri gerekir.

Mahkeme'nin incelediği düzenlemenin, aynı maddede yer alan bir sonraki fıkra ile Anayasa Mahkemesi üyelerini de kapsadığı düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerini ilgilendiren bir davanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Kendilerini ilgilendiren dava veya işe bakamayacaklarını öngören bir yasağın varlığı karşısında, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin yapmaları gereken, 2949 sayılı Kanun'un 49. maddesine göre, çekinme talebinde bulunmaktır. Diğer taraftan, “*çekinmeyi*” düzenleyen 49. maddenin 2. fıkrası “*kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyelerin çekinme istekleri dinlenmez*” diyerek, çekinme talepleri nedeniyle bir işe veya davaya bakılmasının imkansız hale gelmesini önlemiştir.

İptal davasına konu fıkra ile aynı maddede yer alan bir başka fıkranın, Anayasa'ya uygunluğu denetlenen düzenleme kapsamına Anayasa Mahkemesi üyelerini de alıyor olması, davayı Anayasa Mahkemesi üyelerini

³ Öden, Merih, “*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 70.

⁴ Öden, a.g.m., s. 67.

ilgilendiren bir dava haline getirmektedir. Bu durum karşısında, Anayasa Mahkemesi üyelerinin davadan çekinme talebinde bulunması ve bu talebin incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu noktada bir başka ilginç durumla karşılaşmaktayız. İlk bakışta, Avukatlık Kanunu'nun eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarını sınırlayan 14. maddesindeki düzenlemenin, 2. fıkradaki düzenleme nedeniyle tüm Anayasa Mahkemesi üyelerini kapsadığı izlenimi doğmaktadır. Böyle bir izlenime sahip olunca, 2949 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyelerin çekinme istekleri dinlenmez*" düzenlemesinin, tüm üyelerin çekinme talebini evleviyetle dinlenmez bir hale getirdiği sonucuna da kendiliğinden ulaşılmaktadır. Fakat, incelenen düzenleme tüm üyeleri ilgilendirse dahi, bu yönde bir talebin Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından ileri sürülmesi ve bu talebin Mahkeme tarafından bir ön sorun olarak incelenip 49/2'deki düzenleme çerçevesinde reddedilmesi gerekirdi. Hemen belirtmeliyiz ki, bakılmakta olan davanın tüm üyeleri ilgilendirmesi ve bu nedenle 49/2 hükmü gereği reddedilecek olması, çekinme talebinde bulunmaktan imtina etmeyi gerektirmez. Çünkü bakılan davanın Anayasa Mahkemesi üyelerini ilgilendiriyor olması, Kanun tarafından davaya bakmanın kesinlikle yasaklandığı bir durumdur. Oysa, kararda ne herhangi bir üyenin çekinme talebinde bulunduğu, ne de bu talebe ilişkin bir karar verildiğine rastlamak mümkün değildir. İncelemekte olduğumuz kararda, Anayasa Mahkemesi üyelerinin davaya bakamamasına ilişkin ilginç sorunlar bununla da bitmemektedir.

Avukatlık Kanunu, bilindiği gibi avukatlık yapabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmayı şart koşmaktadır (Avukatlık Kanunu, mad. 3/b). Oysa, tüm Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuk fakültesi mezunu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim, Avukatlık Kanunu'na ilişkin iptal kararını veren heyette yer alan iki asıl üye hukuk fakültesi mezunu değildir. Hukuk fakültesi mezunu olmayan üyelerin, Avukatlık Kanunu'nda yer alan yasağın muhatabı olmadıkları açıktır. Diğer bir deyişle, bakılmakta olan dava, tüm Anayasa Mahkemesi üyelerini değil, hukuk fakültesi mezunu olan Anayasa Mahkemesi üyelerini ilgilendiren bir davadır. Bu durum karşısında, hukuk fakültesi mezunu olmaları nedeniyle Avukatlık Kanunu'nda yer alan yasağın kapsamına giren üyelerin, davadan çekinme talebinde bulunmaları gereği daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak, hemen belirtmeliyiz ki, bu üyelerin sayısının yüksek olması ve onların yerine bakacak sayıda hukuk fakültesi mezunu olmayan yedek üyenin de bulunmaması nedeniyle, yine 2949 sayılı Kanun'un 49/2 hükmü devreye girecek ve çekinme talebinin reddedilmesi gerekecekti. Bu bağlamda, kararın verildiği tarihte görevde bulunan dört yedek üyeden, sadece birinin hukuk fakültesi mezunu olmadığını tespit edebildiğimizi de belirtmeliyiz. Ancak tekrar vurgulamak isteriz ki, Kanun'un açık hükmü

nedeniyle, davadan çekinme sorunun gündeme getirilmesi ve bir ön sorun olarak incelenerek karara bağlanması gerekirdi. Nitekim, geçmiş yıllarda bazı çekinme taleplerinin, davaya bakmayı imkansız kılacağı gerekçesiyle reddedildiği bilinmektedir.⁵ Soruna ilişkin bu tespitlerden sonra, kararın analizine geçebiliriz.

Mahkeme, karar gerekçesine, Avukatlık Kanunu'nun değişik 14. madde hükmünün önceki düzenlemesini aktararak başlamıştır. Bilindiği gibi, Avukatlık Kanunu'nun önceki düzenlemesi, "*maddede sayılan meslek mensuplarının hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmamaları*" ni öngörmekteydi. Daha sonra, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sorununu ele alan Mahkeme, 2001 yılı Anayasa değişikliği sırasında değiştirilmiş olan Anayasa'nın 13. maddesi ile Anayasa'nın "*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*" ni düzenleyen 48. maddesinde dava konusu düzenlemede yer alan sınırlamaya dayanak bulunmadığını tespit etmiştir. Ancak, yine Mahkeme'ye göre, dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın Anayasal dayanağı Anayasa'nın "*Mahkemelerin Bağımsızlığı*" ni düzenleyen 138. maddesidir. Anayasa'nın 138. maddesinin dava konusu yasakla ilgili birinci fıkrası şu hükmü içermektedir: "*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*"

Anayasa'nın 138. maddesinde, yargı bağımsızlığının tanımı niteliğindeki bu düzenlemenin ardından, yargı bağımsızlığının kurumsal teminatları düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, 138. maddeyi hakimlerin görevden ayrıldıktan sonra avukatlık yapmalarına getirilen sınırlamanın dayanağı olarak görmesi çok önemlidir. Mahkeme'nin iki hüküm arasında kurduğu bu ilişki de göstermektedir ki, hakim ve savcıların görevlerinden ayrıldıktan sonra herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan avukatlık mesleğine atılabilmeleri, yargı bağımsızlığına yönelik bir tehdit oluşturmaktadır. Ancak, bu noktada, eski bir hakim veya savcının avukatlık yapmasının yargı bağımsızlığı açısından nasıl bir tehdit oluşturacağı sorusu akla gelebilir. Gerçekten de, Anayasa'nın 138. maddesi eski hakim ve savcıların avukatlık yapabilmelerine sınırlama getirilmesinin dayanağı olarak düşünülebilirse de, aslında burada "*yargı bağımsızlığı*" ndan kast edilenin "*hakim tarafsızlığı*" olduğu açıktır. Çok istisnai durumlar dışında, eski bir hakim ya da savcı, görevdeki bir hakimin bağımsızlığına yönelik bir tehdit oluşturamaz. Böyle bir durum gerçekleştiğinde ise, fiilin suç oluşturacağı açıktır. Ancak, eski bir hakim ya da savcının, avukatlık mesleğini icra ederken, görevli bir hakim ya da savcının tarafsızlığı üzerinde şüpheler uyandırması pekala mümkündür.

⁵ AYM'nin 23.3.1973 tarih ve E. 1973/2, K. 1973/14 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S. 11, s. 188; AYM'nin 24.2.1972 tarih ve E. 1972/4, K. 1972/11 sayılı kararı için bkz. AYMKD, S. 10, s. 245-246. Bu kararların değerlendirmesi için bkz. Öden, *agm.*, s. 70-74.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, eski bir yargıç ya da savcının kısa bir süre önce hizmet gördüğü mahkemede avukatlık yapması halinde toplumda ve karşı tarafta oluşacak şüpheye işaret ederken, gerçekte “hakim tarafsızlığı”ndan bahsetmektedir. Yine Mahkeme’ye göre, yargının bağımsızlığının amacı, “bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hakimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır.” Buraad yargı bağımsızlığı, (objektif bağımsızlık) yanında, hakim tarafsızlığına da değinildiği (her türlü... kuşkudan uzak kalınarak) açıktır.

1982 Anayasası’nın hiçbir yerinde hakimlerin tarafsızlığından açıkça söz edilmese de, tarafsızlık ilkesinin Anayasa’nın 138. maddesi yanında, “demokratik hukuk devleti”, “adalet”, “kanun önünde eşitlik”, “doğal yargıç” gibi temel ilkeler (Anayasa mad. 2; 10; 37) ile “hak arama özgürlüğü”nün (Anayasa mad. 36/1) özünde saklı olduğu kabul edilmektedir.⁶ Bu nedenle, hakim tarafsızlığının sadece Anayasa’nın 138. maddesinde somutlaştığını kabul etmek yerine, yukarıda aktardığımız kavram ve kurumların da yargıç tarafsızlığının gerekliliğine işaret ettiklerini benimsemek yerinde bir tespit olmaktadır. “Hakim tarafsızlığı”, yukarıda sayılan temel kavramlarla ilişkisinin ve hak arama özgürlüğü açısından taşıdığı önemin de gösterdiği gibi, kendisine göre yeni olan “yargı bağımsızlığı” ve “doğal hakim” ilkelerinden çok daha önce yerleşmiş bir hakktır.⁷ Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına getirilen sınırlamaların dayanağı olarak gördüğü 138. maddenin davayla ilgisini kurarken, “hukuk devleti” ve “adalet” kavramlarına atıf yapmış bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları halinde görevli hakim ve savcılarının tarafsızlığı üzerinde kuşku doğabileceğini açıklarken şu gerekçeye yer vermiştir: “Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancı vermektir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 138.

⁶ Öden, *agm.*, s. 64. Bunların yanında, 2001 değişikliği ile Anayasa’nın 36. maddesine eklenen adil yargılanma hakkı da hakimlerin objektif ve subjektif anlamda tarafsız olmaları anlamını içermektedir. AİHM kararlarına göre objektif tarafsızlık hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku duyulmasını önleyecek kurumsal teminatların varlığını gerektirmektedir. Subjektif tarafsızlık ise davaya bakan hakimin tarafsızlığının dava ile ilgili kişileri yakınlık vs. nedenleriyle bozulmasını işaret etmektedir.

⁷ Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 216. Cappelletti, hak arama özgürlüğü çerçevesinde hak arayan kişinin, yargıca, davalıya ve üçüncü kişilere karşı sahip olduğu hakları şöyle sıralamaktadır: a- Dava açma ve davasının içeriğini belirleme hakkı; b- hakimin tarafsızlığı (*nemo iudex in re sua*); c- savunma hakkı. Bkz. aynı yerde.

maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hakimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır./Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yapabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler."

Anayasa Mahkemesi'nin, yargı bağımsızlığı ile hakim tarafsızlığı arasında bu şekilde bir ilişki kurması yerindedir. Gerçekten de, yargı bağımsızlığı yalnızca yargının kurumsal olarak diğer iktidar odaklarından bağımsızlığını ifade etmemekte, aynı zamanda yargı erkini kullananların herkese ve her işe, eşit ve tarafsız bir şekilde yaklaşmalarını da gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde yer alan, *"yargıya etki yapılabilmesi kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler"* tespiti, hakim tarafsızlığının içeriğine ilişkin önemli bir tespittir. Gerçekten de, hakimin tarafsızlığından söz edilebilmesi, hakimin tarafsız bir kişi olması yanında, tarafsızlığından kuşku dahi duyulmamasını da gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda aktardığımız gerekçe ile, önceden hakim ve savcı olarak görev yapmış kişilerin avukatlık yapmaları halinde *"hakim tarafsızlığı'nın zedelenebileceğini, ya da en azından bu yönde kuşku doğabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Böylece, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının sınırlanmasının altında yatan nedene de ışık tutulmuştur. Bu neden, "hakim tarafsızlığı" üzerinde kuşku doğmaması, hakim tarafsızlığının zedelenmemesidir.*

Gerekçenin devamında, Anayasa Mahkemesi'nin, 4467 sayılı Kanun ile getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi ile uyumu yönünden bir sorgulamaya geçtiği görülmektedir. Mahkeme, 13. maddede yer alan *"sınırlamanın sınırı"* niteliğindeki ölçütlere uygunluğun zorunluluğuna işaret ettikten sonra, önceki düzenlemeye göre genişletilmiş olan yasağın, *"ölçüsüz"* bir sınırlama getirdiğini belirtmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir: *"Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, dava konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklama, çalışma özgürlüğünün "ölçüsüz biçimde" sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu durumda, emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan hakim ve savcılarının daha önce hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde avukatlık yapmalarıyla ilgili olarak önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."*⁸

⁸ Vurgulamalar bize aittir.

Yukarıda aktardığımız gerekçeden, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına getirilen sınırlamanın “ölçüsüz” bulunduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, eski düzenlemede öngörülen “hizmet gördükleri mahkeme veya daireler” sınırlamasının, “yargı çevresi” olarak genişletilmiş yeni hali, Mahkeme’ye göre Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük” ilkesine aykırıdır. Ancak, Mahkeme’nin, düzenlemeyi “ölçülülük” ilkesinin hangi unsuruna aykırı bulduğu gerekçede yer almamaktadır. Bilindiği gibi, “ölçülülük ilkesi” üç unsuru içermektedir. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması (*elverişlilik*), bu aracın gerekli ya da zorunlu olması (*zorunluluk*) ve son olarak, araç ile amaç arasında dengeli bir oran ilişkisinin varlığı (*orantılılık*), ölçülülük ilkesinin unsurlarını oluşturur.⁹

Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan araç ile sınırlama amacı arasındaki ilişkiye yönelik ölçütleri içeren ölçülülük ilkesinin, yukarıda sayılan unsurlardan hangisi veya hangileri yönünden ihlal edildiği Anayasa Mahkemesi kararında açıkça vurgulanmamış, bunun yerine sınırlamanın “ölçüsüz” olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bu nedenle, karar gerekçesinin incelenmesi suretiyle ölçülülük ilkesinin ne yönden ihlal edildiğinin ortaya konması gerekmektedir.

Karar gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi, hakim ve savcılarının görevlerinden ayrıldıktan sonra hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın avukatlık yapmalarını “hakim tarafsızlığı” açısından sakıncalı bulmaktadır. Diğer bir deyişle, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına sınır getirilmesi zorunludur. Cumhurbaşkanı’nın yürürlüğü durdurma talebinin reddi ve iptal kararının yürürlüğe girmesi için bir yıl süre tanınması, Anayasa Mahkemesi’nin eski hakim ve savcılarının hiçbir sınırlama olmaksızın avukatlık yapmalarını “hakim tarafsızlığı” açısından uygun görmediğini ortaya koyması açısından önemlidir. Bu durumda, ölçülülük ilkesinin, araç ile amaç arasında “zorunluluk” ilişkisi bulunması gerekliliğini öngören ilk unsurunun, incelenen düzenleme açısından mevcut olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin sorgulanması için, sınırlama aracının amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığına da bakmak gerekmektedir. Avukatlık Kanunu’nun iptal edilen düzenlemesi, önceki düzenlemede oluğu gibi hakim tarafsızlığının tehlikeye düşmemesi amacına ulaşmak için belli koşullar çerçevesinde hakim ve savcılarının avukatlık yapmasına yasak getirmektedir. Anayasa Mahkemesi, hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının yasaklanması aracının, hakim tarafsızlığını tehlike-

⁹ Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2003, s. 155.

ye düşürmeme amacına ulaşmak için elverişli olduğunu da zımnen kabul etmektedir. Bu durumda, geriye sadece ölçülülük ilkesinin “*orantılılık*” unsuru kalmaktadır.

Karar gerekçesinin ölçülülük ilkesinin son unsuru olan “*orantılılık*” ilkesi açısından incelenmesi önemli ipuçları sağlamaktadır. Karardan anlaşıldığına göre, araç ile amaç arasında bir denge olması gereğine işaret eden “*orantılılık*” unsuru, yeni düzenlemenin dengesiz bir şekilde getirdiği sınırlama veya sınırlamalar tarafından bozulmuştur. Ancak, yeni düzenlemede yer alan sınırlamalardan hangisinin veya hangilerinin orantılılığa aykırı olduğu açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Bu yönde bir tespit yapabilmek için de, gerekçeyi incelemek gerekmektedir. Gerekçe incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin Kanun’un önceki düzenlemesine atf yapmak suretiyle, yeni düzenlemede süre ve görev alanı yönlerinden genişletmeler yapıldığına işaret ettiğini görmekteyiz. Gerçekten de, yeni düzenlemede yasaklılık süresi “iki” yıldan “beş” yıla, görev alanı yönünden yasaklılık da “*hizmet görülen mahkeme veya daireden*”, “*yargı çevresi*”ne genişletilmiş bulunmaktadır. Burada, şu sorun ortaya çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi acaba, hem süre yönünden, hem de görev alanı yönünden yapılan değişikliklerin her ikisinin de orantılılık ilkesini ihlal ettiğini mi düşünmektedir? Yoksa, bu iki sınırlamadan sadece birisinin mi orantılılık ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır? Bu sorulara verilecek cevap, iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılması gereken yeni düzenlemenin hazırlığına da ışık tutacaktır.

Karar gerekçesinin ölçüsüz sınırlamaya işaret eden paragrafı yukarıda aktarılmıştı. Gerekçenin ilgili bölümü, “*ölçüsüz*” sınırlamanın (burada söz konusu olan, aslında “*orantısızlık*”tır), “*hizmet görülen mahkeme veya dairenin yargı çevresinde*” avukatlık yapma yasağı olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme’nin, yeni düzenleme ile eskisine göre genişletilen yasaklılık unsurlarından “*süreye*” ilişkin herhangi bir yorumu bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, yeni düzenlemede önceki düzenlemeye göre genişletilmiş olarak yer alan iki sınırlama aracından, görev alanına ilişkin olan “*yargı çevresinde avukatlık yasağı*”nı orantısız bir sınırlama olarak değerlendirmiştir. Oysa, karar gerekçesinde yasaklılığın süresine ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Hemen belirtmeliyiz ki, bir sonraki paragrafta yer alan ifade de bu çıkarımı çürütecek bir anlama sahip değildir. Yargı çevresinde avukatlık yasağının incelendiği paragrafın hemen ardından gelen ve adeta hüküm fıkrası niteliğindeki paragraf şöyledir: “*Bu durumda, emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan hakim ve savcuların daha önce hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde avukatlık yapımlarıyla ilgili olarak önceki düzenlemeyle*

getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Aktarılan paragrafta, *"önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural"*ın Anayasa'ya aykırılığından bahsedilmekteyse de, yukarıda aktardığımız bir önceki paragraftan anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi yeni düzenlemede yer alan yasaklılık süresine ilişkin bir tespitte bulunmamaktadır. Gerçekten de, ele alınan düzenlemede yasaklılık iki unsurla ifade edildiğine göre, karar gerekçesinde de bu iki unsurun ayrı ayrı ele alınması, ya da öngörülen sürenin de *"orantısız"* olduğuna işaret edilmesi gerekirdi. Aktarılan paragrafta, *"önceki düzenlemeyle getirilmiş olan yasaklılığın genişletilerek uygulanmasını öngören dava konusu kural Anayasa'ya aykırıdır"* denmekteyse de, bir önceki paragrafta sadece *"yargı çevresi"* olarak öngörülen yeni sınırlamanın incelenmiş olması ve bu paragrafta da *"genişletilmiş olan yasaktan"* kast edilenin bir önceki sınırlamaya atıf yapılmak suretiyle *"yargı çevresi"* ne indirgenmiş bulunması, Anayasa Mahkemesi'nin iki yıllık önceki yasağı beş yıla çıkaran yeni sınırlama hükmünü Anayasa'ya aykırı görmediği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Mahkeme, önceden *"hizmet görülen mahkeme veya daire"* olarak belirlenmiş sınırlamanın genişletilerek, *"hizmet görülen mahkeme veya dairenin yargı çevresi"* olarak değiştirilmesi nedeniyle, çalışma özgürlüğüne yönelik orantısız bir sınırlama getirildiğini kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, düzenlemenin yasaklılığı *"yargı çevresine"* genişleten bölümü *"orantısız"* bir sınırlama aracıdır. İkinci sınırlama aracı olan *"süre"* açısından ise (beş yıl), Anayasa Mahkemesi'nin bir *"orantısızlık"* tespiti bulunmamaktadır. Böylece, yeni yapılacak düzenlemede beş yıllık yasaklılık süresinin korunmasının herhangi bir Anayasa'ya aykırılık durumu yaratmayacağı, Anayasa Mahkemesi'nin yol gösterici özelliği olan kararı ile tespit edilmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin *"yargı çevresi"* olarak getirilen yeni sınırlamayı *"orantılılık"* ilkesine aykırı görmesi üzerinde durmak istiyoruz. Bunu yaparken, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin, bizim de katıldığımız temel tespitini ortaya koymak gerekir. Buna göre, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarına sınırlama getirilmesi yargı bağımsızlığının bir gereğidir. Diğer taraftan, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının önüne konan sınırlamaların yargı bağımsızlığından çok, hakim tarafsızlığı ile ilgili olduğu, karar gerekçesinden anlaşılmaktadır. Ancak Mahkeme, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları nedeniyle yargıç tarafsızlığı üzerinde kuşku oluşabileceğini açıklarken, *"tarafardan birinin davasını üstlenen bir*

avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olması" örneğini vermiştir. Diğer bir deyişle, Mahkeme'ye göre, eski hakim ve savcıların avukatlık yapmalarının "yargıç tarafsızlığı" üzerinde kuşku doğurabileceği tek durum, avukatlık yapan eski hakim ve savcılarının önceden aynı mahkemede hakim veya savcı olarak görev yapmış olmalarıdır.

Bu görüş karşısında, gerçekten de hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğurabilecek tek durumun bu olup olmadığı sorgulanmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin, "yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeleyebilir" düşüncesine sadık kalındığında, ister istemez, "eski hakim ve savcılarının hakim tarafsızlığı üzerinde bir etki yaratabilme olasılığı, sadece önceden görevli oldukları mahkeme ile mi sınırlıdır" sorusu da akla gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yargı üzerinde bir "etki yaratma olasılığının" bile yargı bağımsızlığını zedelediğini kabul etmekle birlikte, eski hakim ve savcılarının yargı üzerinde etki yaratma olasılığını, sadece önceden görev yapılmış bir mahkeme ile sınırlı olarak ortaya koyarak, bize göre çelişkili bir tutum sergilemiştir. Bunun yanında, "eskiden görevli olduğu mahkeme" ile sınırlı olan yasağın, "yargı çevresine" genişletilmiş yeni halinin "orantısız" bir yasak olarak değerlendirilmesi de isabetli görünmemektedir. Önceki düzenlemede "hizmet verilmiş mahkeme" olan yasaklılığın, "yargı çevresi"ne genişletilmesi yasama organının takdiri çerçevesinde olmuştur. Bu düzenlemenin neden gerekli görüldüğü açıktır. Önceki düzenlemenin "hakim tarafsızlığı" üzerinde kuşku duyulmasına engel olmadığı düşünülmüş olmalı ki, böyle bir yeni düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Böyle bir ihtiyaç ve düşünce olmasaydı, TBMM, önceden hakimlik ve savcılık yapmış kişilerin avukatlık yapmalarına ilişkin yeni bir yasak getirmez, önceki yasağın korunması ile yetinirdi. Dolayısıyla, buradaki sorun, Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğunun aksine, getirilen sınırlamanın "orantılı" ya da "orantısız" olması ile değil, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşkunun doğmasına ilişkin farklı algılamalarla ilgilidir. Eğer Anayasa Mahkemesi, yasama organının kaygılarına paralel kaygılara sahip olsaydı, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğma ihtimalinin varlığını kabul ederek sınırlamayı "orantısız" bulmayacak ve yeni düzenlemeyi iptal etmeyecekti. Anayasa Mahkemesi'nin eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları nedeniyle hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku duyulması ihtimalini dar bir şekilde algılaması, Mahkeme'nin sınırlamayı da "orantısız" bulmasına neden olmuştur.

Sonuç olarak, TBMM ile Anayasa Mahkemesi arasında, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğma ihtimalinin hangi durumlarda ortaya çıkabileceği konusunda farklı algılamalar bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca, böylesine subjektif bir alanda, Anayasa Mahkemesi'nin kendi algılamasını TBMM iradesinin önüne koyması yerinde olmamıştır. TBMM,

kanun taslağını hazırlayanlar ve hükümetler, hakim tarafsızlığı ve yargı bağımsızlığı konusunda millete karşı sorumludurlar. Toplumun adalet konusunda çektiği sancıların toplumsal barışı, karşılıklı güveni zedelediği bir ortamda, topluma karşı sorumluluğun asıl sahibi olan siyasi karar mekanizmalarının “kuşku” algılamasına saygı duymak gerekir. Toplumsal barış bozulup yargıya olan güven erozyona uğradığında, toplum hakimlere değil, bu duruma neden olan koşulları düzeltmemiş siyasilere dönecek ve hesap soracaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de kararında, hakim tarafsızlığı üzerinde doğacak kuşkunun sadece dava taraflarını değil, toplumu da rahatsız edeceğini söylerken, bu durumdan asıl zarar görecekt olana işaret etmiş bulunmaktadır. Toplum, bir gün herhangi bir davanın tarafı olabileceğinin bilincindeki bireylerden oluşmaktadır ve rasyonel hareket eden bireylerden oluşmuş bir toplumun en son isteyeceği şey de, oyunun kurallarının kişilere ve duruma göre değiştirilmesidir.

Diğer taraftan, bir hakim ya da savcının görevden ayrıldıktan sonra avukatlığa başlaması halinde, sadece önceden görevli olduğu mahkemede hakim tarafsızlığına kuşku düşürebileceğinin kabul edilmesi, hayatın olağan akışına uygun bir çıkarım değildir. Bir hakim ya da savcının görevden ayrılması halinde, kendi yerine göreve atanmış bir hakim ya da savcıyı tanıma ihtimali, aynı çatı altında veya aynı yargı çevresinde belli bir dönem birlikte görev yapmış olduğu diğer meslektaşları üzerinde etkide bulunma ihtimalinden çok daha zayıftır.

Bu alanda pozitif düzenlemelerden benzer bir başka örnek bulmak için, Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin son fıkrasına bakmak yeterlidir. Milli Güvenlik Konseyi döneminde kabul edilen 1.4.1981 tarihli ve 2442 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 14. maddeye eklenen bu fıkra şöyledir: *“Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanı, Genelkurmay Adli Müşaviri, sıkıyönetim adli müşavirleri ve sıkıyönetim askeri mahkemelerinde görevli hakim ve savcılar ile yardımcıları, başka hizmetlere atanmış olsalar bile anılan görevlerden ayrıldıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile sıkıyönetim askeri mahkemelerinde avukatlık yapamazlar.”*

Bugün için uygulama alanı bulunmayan bu yasağın, askeri hakimlerin tüm sıkıyönetim mahkemelerinde avukatlık yapmasını engellediği, bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeye benzediği görülmektedir. Ancak asıl ilginç olan, bu yasağın konulma gerekçesidir. 2442 sayılı Kanun'un gerekçesinde, Kanun'da sayılan görevliler anıldıktan sonra şu ifadelere yer verilmiştir: *“...mahkeme ve savcılıklarında görev alan hakim ve savcılar, hizmetten ayrıldıktan sonra, bu mahkemelerde avukatlık*

yapmaları; suizanni davet etmekte, hem kendileri ve hem de sıkıyönetimin adli organlarında görevli personeli şüphe altında bırakmakta ve adaletin saygınlığına gölge düşürmektedir.”¹⁰

2242 sayılı Kanun ile askeri hakim ve savcılara, sıkıyönetim mahkemelerinde avukatlık yapma yasağı getiren düzenlemenin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun birinci fıkrasının ilk halinde öngörülen genel yasağın yeterli görülmemesi üzerine kabul edildiği de Kanun Gerekçesi’nden anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, eski askeri hakim ve savcılarının avukatlık yapmalarının, bir olağanüstü dönem ürünü olan sıkıyönetim mahkemelerindeki hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku duyulmasına neden olduğu yönündeki somut kaygının gerçeklikten beslendiği de Gerekçe’de görülmektedir. Olağanüstü dönem mahkemelerinde dahi bu kaygı somutlaşabiliyorsa, diğer mahkemelerde bu kaygının somutlaşmadığını veya hiç somutlaşmayacağını iddia etmek ne denli mümkündür?

Anayasa Mahkemesi’nin, 1961 Anayasası döneminde, o gün yürürlükte olan 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun, bugün Anayasa’ya aykırı bulunduğu sınırlama hükmüne benzer bir düzenlemesini, Anayasa’ya aykırı bulmadığını da burada belirtmeliyiz. Gerçekten de, 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 7. maddesi, “*Vazifelerinden ayrılan hakim ve müddeiumumiler hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde ayrılma tarihlerinden itibaren iki sene müddetle avukatlık etmekten memnurdurlar*” hükmünü içermektedir.

İtiraz yolu ile önüne gelen bu düzenlemeyi denetleyen Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme’nin, eski hakim ve savcılarının görev yaptıkları mahkeme ile aynı yerdeki diğer mahkemelerde avukatlık yapmalarının yaratabileceği sıkıntılara işaret eden gerekçesinin bir bölümü şöyledir: “*Daha önce hakim veya savcı olarak görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun, adaletin yerine getirilmesinde kuşku yaratacağı, gerek mahkemeye gerekse avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı açıktır. Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir yücelik taşır. Bu yüceliği korumakta kamu yararı olduğunu uzun uzadıya açıklamaya yer yoktur.”¹¹*

Yukarıda bir bölümünü aktardığımız gerekçenin, Anayasa Mahkemesi’nin yeni kararı ile hükümsüz kılındığı açıktır. Ancak, bu gerçekten daha önemli olan, eski hakim ve savcılarının avukatlık yapmaları nedeniyle hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğması ihtimaline ilişkin Anayasa

¹⁰ 2442 Sayılı Kanun’un gerekçesi için bkz., *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, 1981, C. 3, 47. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S.Sayı 180.

¹¹ AYM’nin 4.2.1964 tarih ve E. 1963/161, K. 1964/11 sayılı kararı için bkz. *AYMKD*, Sayı: 2, s. 65. Ayrıca, aynı yönde bir başka karar için bkz. AYM’nin 28.9.1965 tarih ve E. 1965/26, K. 1965/49 sayılı kararı için. Bkz. *AYMKD*, Sayı: 3, s. 224 vd.

Mahkemesi algılamasının değişmiş olmasıdır. Toplumsal gerçekler ve bunlara paralel olarak hukuk kurallarının değişim geçirmesi son derece doğaldır. Alt yapıdaki bu değişikliğin, mahkeme kararlarına yansımaları da değişimin bir gereğidir. Fakat, *“eski hakim ve savcılarının avukatlık yapması nedeniyle, hakim tarafsızlığına yönelik doğması muhtemel sakıncalar konusunda ne gibi olumlu toplumsal değişimler yaşanmıştır”* sorusuna cevap bulmak kolay görünmemektedir.

Yukarıda yaptığımız tespitler ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasını iptal etmesine, hakim tarafsızlığı üzerinde kuşku doğma ihtimalini TBMM'den ve toplumdan farklı algılamasının neden olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü, bu algılama farklılığı, getirilen yeni sınırlamanın *“orantılılık ilkesine”* aykırı olduğu sonucuna varılmasına yol açmıştır. Şimdi asıl merak edilen, Anayasa Mahkemesi'nin *“kuşku”* algılamasının son aylarda yaşanan gelişmelerden etkilenip etkilenmediğidir.

3499'DAN 1136'YA

Av. Cengiz İLHAN*

1. Kişilerin sadece davacı ve davalı olarak iddia ve savunma haklarına sahip olmalarının yetersizliği anlaşılmış, buna bir de 2001 Anayasa değişikliği ile "adil yargılanma hakkı" eklenmiştir: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma haklarına sahiptir" (An. 36/1). Soru şudur; bu nasıl olacak, nasıl hayata geçecek, ki şiler temel haklarından olan iddia ve savunma ile adil yargılanma haklarını nasıl kullanabileceklerdir, Bu sorunun cevabı "savunma mesleği"ndedir. Günümüzün karmaşık toplum yapısı ve ilişkileri, bir o kadar karmaşık yasal düzenlemeler kişilerin günlük yaşam içerisinde giderek daha çok idare ile kamu görevlileri ile yüz yüze gelmesi, bir başka deyişle modern toplum yaşamında idarenin toplum yaşamının kaçınılmaz bir parçası, bir unsuru haline dönüşmesi, her zamandan daha fazla olarak savunma hakkını, savunma hakkının örgütlenmesini zorunlu kılmıştır. Kişilerin, Anayasal adil yargılanma haklarını örgütlü bir savunma mesleği olmadan yeterince kullandıklarını varsaymak mümkün değildir. Savunma mesleğinin "kamu görevi" niteliği, artık, hiçbir şekilde tartışılmaz. İkinci soru şudur; devlet neden, savunma hakkının kullanılmasını kendi görevleri arasında görmemiş, bir kamu görevi olarak örgütlenmemiştir? Daha açık bir ifadeyle hakimler ve savcılar gibi avukatlık hizmetlerinin de maaş karşılığı görülen bir devlet memuriyeti biçiminde örgütlenmemesinin sebebi nedir? Konu, eski 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun -kavram, sistematik ve düzenlemeleri ile günümüz Avukatlık yasasının temelidir- Mart/1938 tarihli "Hükümet Gerekeşi"nde etraflıca tartışılmıştır:

"Avukatlığın bir devlet memuriyeti haline ifrağı ve avukatların vazifelerini hakimler gibi maaş mukabilinde (karşılığında) görmeleri muhtelif yerlerde tecrübe edilmiş bir sistemdir. Baronun yaptığı suiistimaller Prusya Kralı ikinci Fredrik'i avukatlık mesleğinin ilgasına sevk etmişti. Bir kararname ile ücretli avukat istihda-

* İzmir Barosu üyesi, İzmir Barosu önceki başkanlarından, TBB önceki yönetim kurulu üyelerinden

mini menetmiş bunun yerine maaş mukabilinde vazife gören ve taraflara meccanen (ücretsiz) hizmet etmekle mükellef (yükümlü) bulunan kanuni müşavirler ikame eylemişti. Kralın bu memurları, vazifeleri devam ettikçe mafeklerine (bağlı olduğu üstlerine) bir asker disiplini ile bağlı bulunuyorlardı. Aynı tarihlerde avukatlar İspanya'da kral, Avusturya'da imparator tarafından tayin edilirdi. Birinci Nikola 'Ben Çar oldukça Rusya'da avukata ihtiyaç olmayacaktır' diyordu. Sovyet Rusya 30. Teşrinievvel (ekim).1914 tarihinde avukatlığın tamamen serbest olarak icrası sisteminden, onun tam zıddı olan devletin aylıklı memuru sistemine geçmişti. Bu usulün esas gayesi, hiç şüphesiz, avukatların davayı uzatmaktaki menfaatlarını kaldırmak, her türlü tavik (geri bırakma, geciktirme) ve tehir (erteleme, sonra bırakma) yollarını kapamaktı. Fakat bu maksat hiçbir yerde fülen tahakkuk etmedi (gerçekleşmedi). Hükümetten aylık alan bir avukat, tarafların seçmiş olduğu avukatın gösterdiği gayret ve maharetle çalışmıyordu; bilhassa davacı işini muayyen bir avukata tevdi mecburiyetinde kaldığından, kendisinin itimadını kazanmış her hangi bir şahsa müracaat imkanını bulamıyordu. Bu usul en son tatbik edildiği Sovyet Rusya'da geniş suiistimallere yol açtı; müdafilerin büyük ekseriyeti irtikâp ve ihtilâstan maznun (sanık) olarak mahkemeye sevk edildiler. Bunlardan bir kısmı idam diğerleri hapis cezasına mahkum oldular. Bunun üzerine bu sistem 1920 senesinde ilga edilerek adliyede müdafaa vazifesi meslek, kültür veyahut şahsi vasıfları bu vazifeyi icraya müsait olanlar tarafından ifa edilen bir amme hizmeti haline ifrağ edildi. Bu suretle avukatlık vazifesi mahiyet ve icabının memurlukla telif kabul etmediği bir defa daha teyyüt etmiş (doğru çıkmış) oldu."¹

Avukatlık vazifesinin, "memurlukla telif kabul etmemesinin" temel nedeni, kanımca kişi ile toplum düzeni arasındaki çelişki ve çekişmedir. Toplum düzeni, kişilere yasalarla, yasaların uygulanmasından doğan düzenlemeler ile bir faaliyet alanı belirlemiştir. Tabiatı gereği bu faaliyet alanını kişiler genişletmek, yönetimler daraltmak ister. Kişilerin hareket alanları ne kadar dar tutulursa yönetimin işi o kadar kolaylaşacak, iktidarlar o kadar güçlenecek, pekişecektir. Kişilerin mutluluğu ise bu alanının genişliğine bağlıdır. Yargılayan toplum düzenidir. Toplum düzeninin hem yargıç hem de yargılanan kişi olması beklenemez. Bu yargılanan kişinin temsilcisinin, davacı veya davalı, toplum düzeninin değil kişinin temsilcisi olmasını gerekli kılar. Bir başka deyişle, toplum düzeninin hem yargılayan hem de savunan kişi olması yargılamaya güveni yok eder. Yargı diyalektiğinin gereği budur. Sorunun asıl cevabı, savunmanın bağımsızlığı ilkesindedir.

2. Savunmanın örgütlenmesi, savunmanın bağımsızlığı fikrinin gereği ve sonucudur. Elbette savunma mesleğinin, kendi içersinde örgütlenme-

¹ Yürürlükten kaldırılmış, 3499 sayılı Avukatlık Yasası Hükümet gerekçesinden. (7.3.1938)

"Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişmesi" Cilt. 1. T. Barolar Birliği Yayınları. S.117

si fikrini de içerir, hatta onu ifade eder. Savunma mesleği, bir savunma örgütü olan barolardan ayrı düşünülemez. Bir başka deyişle savunma mesleği avukatlığın bağımsızlığı ile savunma örgütü olan baroların da bağımsızlığını gerekli kılar, birisini kabul edip diğerini kabul etmeme gibi bir durum söz konusu olamaz. Bu nasıl olacaktır? Bir kamu görevi olduğu halde bağımsız olarak yürütülmesi zorunlu olarak kabul edilen savunmanın aynı mantığın sonucu gereği bağımsız olarak örgütlenmesinin kabul edilmesi gerekmez mi?

Ama bir de şu var: Yasalar, uygulama ile anlam kazanır, uygulamaya anlam veren, uygulamayı yönlendiren etkenlerin başında ise savunma mesleği mensupları gelir. Kamu düzenini temsil ettiğini ileri süren yöneticilerin temel korkusu da budur; yasaların hukukun temel ilkeleri, evrensel kuralları çerçevesinde yorumlanması çoğu ülkede, hele bizim gibi yasalardan çok yönetmeliklerle, genelgelerle yönetilen bürokratik ülkelerde savunma mesleği korkulan ve sınırlandırılması, hareket alanı mümkün olduğunca daraltılması gereken bir meslektir.

3. Savunmanın örgütlenmesinde iki durum söz konusu olabilir:

a. Avukatların, genel hükümlere göre, örgütlenmesi bir başka deyişle savunmanın statüsünün, avukatlık mesleğine kabul ve mesleğin yürütülüş kurallarının, bir savunma örgütü olan baroların hak ve yetkilerinin baroların üyeleri tarafından düzenlenmesi, uygulamaların keza baro organları tarafından yerine getirilmesi. İngiliz Baroları buna bir örnektir:

“Her Barister (savunma avukatı) Baro’ya benzeyen mesleki bir kurum olan ve kökü X. yüzyıla kadar uzanan bir INN’in üyesi olmak zorundadır. Tamamen devletten bağımsız, dernek statüsünde, yazılı ilkelere dayanmayan ve yalnızca geleneklerle yürütülen INN’lerden günümüzde dört tane kalmıştır. Hepsi de Londra’da bulunan bu dört INN birleşerek (Inns Of Court) adı altında Barolar Birliğini oluşturmaktadırlar.”²

Böyle bir girişim, aşağıda Birlik kuruluş çalışmaları kısmında da ayrıca belirteceğim üzere, ülkemizde 5 Nisan 1958 tarihinde İzmir’de Baro temsilcilerinin katıldığı bir toplantıda yapılmış, barolar tarafından “Medeni Kanun ve Cemiyetler Kanunu’na” müsteniden ve “Türkiye Barolar Birliği” unvanı ile bir dernek kurulması kararlaştırılmıştır. Adalet Bakanlığı’nın izin vermemesi üzerine bu girişim tamamlanamamıştır.

b. Diğeri, statünün, savunma örgütünün, baroların hak ve yetkilerin devletçe yasa ile belirtilmesidir. Bunu da kendi içinde ikiye ayırmak mümkündür: Birisi statünün belirlenmesi kadar uygulanmasının da yürütme

²Namık Kemal Yalçın. “İngiliz Hukuku” 1981. S.151

organına bağlayan, idarenin tam bir şekilde denetimi altına alan sistemdir. Diğeri; yasa ile düzenlenmiş statünün, hak ve yetkilerinin, yorum ve uygulamalarının, yine yasa ile kurulmuş savunma örgütü barolara ve Barolar Birliği'ne bırakılmasıdır. Birinci ile ikincisi arasındaki fark yorum ve uygulamalarda savunma örgütünün göreceli de olsa bağımsız hale gelmesidir. Yargı denetimi tam bir şekilde devam etmekle birlikte idari denetim bir hayli hafiflemiştir.

Birinci duruma örnek; 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'dur (1 Aralık 1938-7 Temmuz 1969). Avukatlık, avukatların hak ve yükümlülükleri barolar vb. konularında etraflı düzenlemeler getirmiş bulunan, bu yasaya göre aldığım 4 Mart 1952 tarihli ruhsatımda dönemin Adalet Bakanı'nın ve Bakanlık Hukuk İşleri Müdürü'nün imzası var. Ruhsatımı, İzmir Barosu Başkanı'ndan değil, İzmir Müddeiumumisi'nden (savcı) almıştım, avukatlık yeminimi o verdimişti. Bu örnek, sanırım, ayrıca açıklamalara gerek bırakmayacak şekilde durumu açıklamaktadır.

İkinci duruma örnek; halen yürürlükte bulunan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'dur. Yukarıda, 3499 sayılı yasanın gerekçesinden, yaptığım alıntının devamı şöyle; *"... (Her baro listesine hakimdir düsturu) artık önceden bu sistemi kabul etmiş olan yerlerde bile mahalli tatbik bulunmamaktadır."* Anahtar bir cümledir bu. 1136'dan bu yana Barolarımız, listelerine yazılmasına karar verdikleri yeni üyelerinin, ruhsatlarını başkanlarının imzasıyla vermektedirler. Bu belki şimdi fark edilmiyor ama, önemli bir aşamadır, simgesel de olsa (her baronun listesine hakimdir) ilkesini, en azından hakim olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu, bizim kuşağın uzun, zorlu ve ısrarlı çalışmalarını ile varılmış bir aşamadır. Barolar bir Adalet Bakanlığı kuruluşu olmaktan çıkarılmaya çalışılmış, bu da güçte olsa başarılmıştır. Son 2001 değişiklikleri varılan aşamayı daha ileri götürmüştür. Yorumlama, uygulama ve denetleme artık baroların elindedir. Barolar kuralları koymasa bile, kuralları yorumlama ve uygulamakta bir ölçüde de olsa bağımsızdırlar. Bu hiç de kolay olmamıştır, başlangıcı ilk fikir, ilk çıkış noktası 1934 İzmir Toplantısı'ndan alırsanız, 1136 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 1969'a kadar otuz beş, 1957 Zonguldak Barosu'nun çağrısı olarak alırsanız on iki, 1958 İzmir Toplantısı'ndan alırsanız on bir 1963 Ankara Toplantısı'ndan alırsanız altı yıl süren ısrarlı ortak bir çaba. Bu gün Barolarımızın, Barolar Birliği'nin, sadece bir meslek örgütü olarak değil, bir hukuk, bir fikir kurumu, bir baskı gurubu olarak etkin ve saygın konumundaki derinlik, hiç şüphesiz, geçmişteki bu uzun, ısrarlı, bilgili ve bilinçli, ödünsüz çalışmalarından gelmektedir.

Son durak; elbette statünün de barolar tarafından belirlenmesi, baroların meslek kuralları kadar, yönetim kurallarını da kendilerinin koyabilmesi, kendi üyelerini kendilerinin yetiştirmesidir.

Lincolns'in, The Inner Temple, The Middle Temple ve Grays Inn adlarını taşıyan Londra'daki bu dört kurum (baro) bizim eski medreselerin havasını da biraz andıran, hem bir okul, hem bir dernek hem de öğrencilerin ders görmelerinin yanı sıra yatıp kalktıkları ve yemek yedikleri birer yurt havasını taşımaktadırlar. Mesleki öğretim ve eğitimin doruk noktasında gerçekleştirildiği bu kurumlarda çeşitli yazılı sınavların ağırlığı ve başarı oranının hiçbir zaman %30'u geçmemesi bir öğünme nedeni olarak kabul edilir ve Hukuk Diploması elde etmenin çok kolay olması sonucu Hukuk Fakültesi mezunları pratikte mesleki görev alamamalarının yanı sıra kurumsal olarak da genelde hukukçu kabul edilmezler."³

Ayrıca; "Avukatlığa kabul Şartları"na (md. 3) getirilen "İstisnalar"ın, (md. 4) tamamen ortadan kaldırılması mümkün olmasa bile en aza indirilmesi sağlanmalıdır. Çeşitli nedenlerle Adli veya idari veya akademik görevlerden ayrılmış veya sürdürmekte olan kişiler için barolar ya bir sığınma ya bir emeklilik uğraşı yeri ya da "ek iş" gibi görülmektedir ve baroların kapısı her zaman açık tutulmak istenmektedir. Bu gibi kişilerden bazıları avukat kimliğinden çok bu kimliğin altında eski veya sürmekte olan görev ve kimlikleri ile baro çatısı altında rahatça çalışabilmek istemektedirler. Baroların, yasaların belirlediği şartlara göre kabul etmek zorunda kaldıkları, avukatlık formasyonu almamış bu gibi üyeleri üzerinde meslek disiplini kurmaları hiç de kolay değildir.

4. Birliğin web sitesinde birkaç satırla geçiştirilmiş tarihten etkilenecek, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın ve Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluş çalışmalarının kısa bir özetini vermek istiyorum.

Barolar Birliği'nin web sitesindeki kısa açıklamanın başlangıcı doğrudur: "Ocak 934 yılında İzmir'de toplanan Türkiye Avukatlar Kongresi'ne katılan çeşitli baro temsilcilerinin 5 gün süren toplantı sonunda almış oldukları kararlardan en önemlilerden birini 'Türkiye Avukatlar Birliği'nin kurulması teşkil ediyordu. Buna rağmen 27 Haziran 1938 tarihinde kabul edilen 1 Aralık 1938 tarihinde yürürlüğe giren ve o zamanın şartlarına göre bir çok ileri ve yeni hükümler getiren 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda maalesef Barolar Birliğine verilmemiştir." Arkası şöyledir:

Daha sonra; 1957 yılında Zonguldak Barosu, bütün barolara bir yazı göndererek girişimde bulunmuş, bu girişim sonucu önce 18 Nisan 1957

³ Aynı eser. s.151.Dip not. 80

Ankara'da sonra 28 Ağustos 1957 tarihinde İstanbul'da olmak üzere iki toplantı yapılmıştır. Bu toplantıları 5 Nisan 1958 tarihinde İzmir Toplantısı takip etmiştir. İzmir Ticaret Odası salonlarında gerçekleşen kapsamlı ve geniş katımlı bu toplantıda, Barolar tarafından "*Medeni Kanun ve Cemiyetler Kanunu*"na müsteniden ve "*Türkiye Barolar Birliği*" unvanı ile bir dernek kurulması kararlaştırılmış, derneğin esas nizamnamesi, maddeleri ayrı ayrı müzakere edilmek ve oylanmak suretiyle kabul edilmiştir. 6 Nisan 1958 tarihinde sona eren toplantıda ayrıca, bu geniş kapsamlı toplantı ve kabul edilen Birlik nizamnamesi onuruna, "*5 Nisan gününün Avukatlar Günü olarak kabulüne*" karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığı, kanunda değişiklik yapılmadıkça, yasal bir kuruluş olan baroların, Cemiyetler Kanunu'na göre de olsa birlik kuramayacaklarını barolara bildirmesi üzerine girişim tamamlanamamıştır.

Sonraki toplantı, Ankara Barosu'nun çağrısı üzerine, beş yıl sonra, 21-22 Nisan 1963 günleri, Ankara'da yapılmıştır. Çalışmalar, birisi "*Avukatlık Kanunu, Barolar ve Barolar Birliği*" diğeri "*Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma*" konusunda olmak üzere kurulan iki komisyon halinde sürdürülmüştür. Barolar ve Barolar Birliği Komisyonu, avukatlık kanununun ilkelerini müzakere etmiş, o ilke tespit ederek, önermiştir. O günlerin koşullarını ve fikirlerini yansıtmalarının yanında günümüz fikir ve çalışmalarının değerlendirilmesi bakımından da önemli gördüğüm bu ilkeleri (Ek.1)de sunuyorum. SSK alternatif teklifini kabul etmeyen Sosyal Güvenlik Komisyonu'nun önerisi ise, kurulacak barolar arası bir yardımlaşma sandığı olmuştur. Genel kurul, her iki komisyon raporunu kabul etmiş, bu ilkelere göre tasarının hazırlanması ve yasalaştırılması konusunda, müştereken, Ankara, İstanbul, İzmir Baroları'na görev vermiştir. Yasa ve birlik kuruluş çalışmaları, 1969 tarihinde Birliğin kurulmasına kadar bu üç baro tarafından ortaklaşa yürütülmüş ve gerçekleştirilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği'nin kurulmasını ön gören ilk taslak Eylül/1963 tarihlidir ve Ankara Toplantısı kararları doğrultusunda üç baro temsilcilerinin İstanbul'da yapılan çalışmalarıyla hazırlanmıştır. İkinci taslak 14.1.1966 tarihinde İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları temsilcilerinin, İzmir'de yaptıkları toplantılar sonucunda oluşmuştur. 1136 sayılı Yasa'ya esas olan metin bu taslaktır.

Aradan geçen bunca zamandan sonra bütün isimleri tek tek hatırlama imkan yok. Birliğin 1969 Ağustos ilk genel kuruluna kadar İstanbul'dan Avukatlar Orhan Arsal, Ferruh Dereli, Emin Baltaoğlu, Ahmet Hamdi Sayar, Sabih Atlı, Ankara'dan Asım Ruacan, Mehmet Nomer, Saffet Nezihi, Oktay Çubukgil, Rahmi Magat, İzmir'den, Hulusi Selek, Necdet Öklem, Enver Aslanalp ve ben Cengiz İlhan, Antalya'dan Zeki Şeremet Bursa'dan

Zeki Yücel ilk aklıma gelenler. Kuruluştan sonra ise, bu isimlere Ankara'dan Faruk Erem, Atila Sav, Erdoğan Bigat, Fehmi Özçelik, İlhan Kutay İstanbul'dan Osman Kuntman, Tacettin Sırmalı, Necla Fertan, İzmir'den İskender Özturanlı, Hasan Basri Güder, Eskişehir'den Hikmet Tuncay, Aydın'dan Hilmi Becerik, Samsun'dan İhsan Saraçlar, Konya'dan İhsan Onar ve Mehmet Kavaklar Balıkesir'den Vedat Burcuoğlu, Gaziantep'ten Orhan Barlas, Adana'dan Saadettin Tokbey ve Ziya Bilge katılmışlardır. Hepsini şükran ve saygı ile anıyor, vefat etmiş olanlara rahmet diliyorum.

İlk yılların günlerle süren genel kurulları, yönetim kurullarını, heyecanlı, ateşli tartışmalarını, hiç unutmadım. Nostalji mi? Hayır, sanmıyorum, konuya bir derinlik sorunu olarak bakıyor, genç kuşaklara “iyi örnekler” sunmak için yazıyorum. Camiasıyla birliktelik kuramamış, kendisini camiasından soyutlamış kurumların sorunların çözümünde başarı şansı hiç de fazla değildir. Birliğimiz kuruluş çalışmalarını bu ilkeyi benimseyerek yürüttü, kısa zamanda kendisini toplumumuza kabul ettirip, saygın ve etkili bir kurum olabilmişse sebebi başka yerde aramamalıdır. Başta zihniyet olmak üzere, genç kuşakların önünde savunmanın, savunma mesleğinin çözülmesi gereken daha bir çok sorunu vardır. Savunma, bu mesleğe inananların, bu meslek için çaba harcayanların, savunmadan heyecan duyanların işidir. İnsanların buna ihtiyacı var. Biz buna inanıyorduk. Daha önce de söylemiştim: Halkımızın son sığınağı avukatlar, avukatların son sığınağı da barolardır.

Cengiz İLHAN

21-22. Nisan/1963 Ankara Toplantısı'nda “Avukatlık Kanunu, Barolar ve Barolar Komisyonu'nca” saptanan ve genel kurulca kabul edilen ilkeler.

(Sayın Av. Enver Aslanalp arşivinden alınmıştır)

EK. 1

Türkiye Barolar Birliği Yüksek Divan Yüksek Başkanlığı'na

Avukatlık Kanunu'nun, Barolar ve Barolar Birliği konusunda çalışmak üzere yüksek kurulunuzca seçilmiş bulunan komisyonumuz bu konudaki çalışmalarında prensip meselelerini görüşmek ve tespit etmek fakat bir kanun tasarısı metni hazırlamamak hususunda karar almış bulunduğundan, kurulumuzca tespit edilen genel prensipler aşağıda tasvibinize sunulmuştur.

1. Avukat ve avukatlık müessesesi amme hizmeti mahiyetinde, serbest ve müstakil bir organdır.

2. Avukat olabilmek için mutlaka Hukuk Fakültesi mezunu olmak şarttır.

3. Staj iki yıl olmalıdır. Sonunda Barolar Birliği bir imtihan yapmalıdır. Stajyerlere yardım yapılmalıdır. Stajın şekil ve şartlarını ve stajyerlere yapılacak yardımları Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanacak yönetmelik düzenler.

4. Avukat olmak isteyenler ağır suçlardan dolayı mahkum olmuşlarsa af veya mennu hakların iadesine mazhar olsalar dahi avukat olamazlar.

5. Avukatlığa kabul edilenler barolarda tespit edilecek şekilde yemin ederler.

6. Baroların avukatlığa kabul veya ademi kabul kararlarına karşı Türkiye Barolar Birliği'ne itiraz olunur. Türkiye Barolar Birliği kararı hakkında Danıştay'a başvurulur. Danıştay kararı kesindir.

7. Avukatlık unvanı meslek terk edilmiş olduğu takdirde ve çok tahditli olmak kaydıyla ve yönetim kurulu kararı ile onere şekilde kullanılabilir.

8. Avukatların yapabileceği işler genişletilmelidir. Bütün dünyada olduğu gibi avukatlıktan gayri; anonim, limited ve kooperatif şirket gibi sermaye şirketlerinde ortaklık, idare meclisi reis veya üyeliği, komandit şirketlerde komanditer ortaklık gibi avukatlığa engel olmayan yeni alanlarda çalışabilmelidirler. Mesela mesleki veya hukuki gazete, dergi sahipliği veya bunlarda yayın müdürlüğü yapabilmelidir. Yürürlükte bulunan haklar saklı tutulmuştur.

9. Avukatlar çekişmesiz (nizasız) işleri de takip etmelidir.

10. Hazırlık tahkikatının her safhasında müvekkilinin yanında hazır bulunabilir ve onun imzaladığı tutanakları birlikte imzalamalıdır.

11. Avukat vekâletname ibraz etmeden dosyaları inceleyebilmeli, harç vermeden suret alabilmeli ve masrafını vererek fotokopi çıkartabilmeli.

12. Avukatlar mesleki kıdemlerine göre iş takip edebilecekleri mahkemeye girebilmek için bir kademeye tabi tutulmalıdır.

13. Avukat, müvekkilinin rızası bulunsa bile kendisine tevdi edilen veya vazifesi dolayısıyla öğrendiği bir sırrı ifşaya ve şahadete zorlanamaz.

14. *“Avukat yolsuz ve haksız gördüğü veya sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanaatine vardığı sebebiyle işi reddetmeğe mecbur olmalıdır”* kaidesi kaldırılmalıdır.

15. Avukatlar vekâletname ibraz ettikleri dosyaları imzaları mukabilinde yazıhanelerinde tetkik edebilmelidir.

16. Avukatlar noterlerce düzenlenecek bakı mukavele ve vesikaları evvelâ imzalamaya, sonra tasdik etmeye yetkili olmalı, buna riayet edilmeden yapılan işlemler muteber olmamalıdır. A miktar ve mahiyeti itibariyle bazı davaların, idari ve mali ihtilâfların takip ve mercilerinde murafaası avukat vasıtasıyla yapılır. Mali kudreti müsait olmayanlara Adli Müzaheret Bürosu’ndan avukat tayin olunur.

17. Avukat duruşmada tevkif olunamaz ve disiplin mahiyetinde para ve hafif ceza verilemez, duruşmalarda bulunmaktan alıkonulmaz.

18. Avukat, kötü niyetle temyiz ve tashihi karar yaptığı iddiasıyla cezalandırılmaz.

19. Avukatlara karşı işlenen suçlar, yargıçlara karşı işlenen suçlar hakkındaki hükümlere tâbidir.

20. Avukatlara ait salahiyetlerin başkaları tarafından her ne suretle olursa olsun kullanılması yasaktır. Bu yasağın ağır müeyyidesi olmalıdır.

21. Barolar kuruluşlarını Barolar Birliği’ne bildirmekle kişilik kazanırlar.

22. Barolarda bir denetleme kurulu kurulup kurulmamasına Baro Genel Kurulu karar verir.

23. Baro Başkanı veya yönetim kurulu üyesi olabilmek için muayyen süre avukatlık yapmış olmak prensibi kabul edilmeli, ancak muayyen sayıdan az üyesi olan barolarda bu prensip uygulanmamalıdır.

24. Baro Başkanı veya yönetim kurulu üyesi seçilecek olanların disiplin takibatı altında bulunmaları, seçilmelerine engel olmamalıdır. Tasrih edilecek ve kesinleşmiş disiplin cezası alanların başkan ve üye olmaları kabil bulunmamalı ve seçilmiş bulunanların bu sıfatları düşmelidir.

25. Baro genel Kurul Toplantılarını, genel kurulda seçilecek başkanlık divanı yönetir.

26. Yönetim kurulundan ayrı olarak disiplin cezası vermek yetkisinde bulunan müstakil bir disiplin kurulu kurulmalı ve bunun üyelerini de genel kurul seçmeli, başkan kurul üyelerinden seçilmelidir.

27. Bütün baroların katılmaya mecbur olduğu bir Türkiye Barolar Birliği kurulmalıdır. Merkezi Ankara olmalıdır.

28. Türkiye Barolar Birliği kamu tüzel kişiliğini (amme hükmi şahsiyetini) haiz federatif teşekkül olmalıdır.

29. Türkiye Barolar Birliği kanunların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesine ve yüklediği vazifelerin tam ve şerefli bir şekilde yerine getirilmesine çalışmak, avukatların haklarına karşı vuku bulacak müdahaleleri ve muhtemel tahditleri önlemek için gerekli tedbirleri almak, avukatların ve baroların tümünü ilgilendiren hususlarda topluca hareket etmek yetkisine sahip olmalıdır.

30. Türkiye Barolar Birliği'nin organları, genel kurul, yönetim kurulu, başkan, yüksek disiplin kurulu ve denetleme kuruludur.

31. Bu organlarda görev alıp da görevleri sebebiyle başka illerden merkeze gelenlere ancak yol ve zaruri masraflar Türkiye Barolar Birliği tarafından, delegelerin masrafları da baroları tarafından ödenir.

32. Türkiye Barolar Birliği genel kuruluna, iki yüz üyeye kadar mevcudu olan barolar için iki, sonra ki her iki yüz üye için de bir delege seçilir.

33. Birlik yönetim kurulu iki sene içindir. İlk sene kura ile yarısı değiştirilir. Birlik başkanını genel kurul seçer.

34. Delege olabilmek ve birlik organlarında görev alabilmek için muayyen süre avukatlık yapmış olmak lâzımdır.

35. Disiplin cezalarını baro disiplin kuruları verir. Bu kararlara

karşı Birlik Yüksek Disiplin Kuruluna itiraz edilebilir. Birlik Yüksek Disiplin Kurulu'nun kararına karşı Danıştay'a başvurulabilir. Danıştay'ın kararı kesindir.

36. Disiplin takibatları için masraf avansları alınabilmelidir.

37. Tedbir mahiyetinde verilen işten men kararı verildiği tarihte infaz edilmeli ve itirazı kabul olmalıdır.

38. Avukatlık ücret sözleşmesi serbestçe tanzim edilebilmeli ve bir takyide tabi tutulmamalıdır. Ücretten doğan ihtilâflar prensip olarak hakem yoluyla hal edilebilmelidir.

39. Avukatlık ücreti dolayısıyla, avukatın ihtiyati tedbir ve haciz istemek hakkı olmalıdır ve teminata tabi tutulmamalıdır.

40. Avukatlık ücret tarifelerini her baro kendisi hazırlamalı ve bunlar Türkiye Barolar Birliği tarafından tasdik edilmeli, Türkiye Barolar Birliği tarifeleri birleştirilerek bölge tarifeleri kabul edilmelidir.

41. Mahkemeler ve icralarca takdir olunan vekalet ücretleri avukatın hakkı olduğu ücretten ayrı olarak kendisine ait olmalıdır.

42. Avukatlık ücret tarifesi bütün yargı organlarında uygulanmalıdır.

43. Adli yardım konusunda yeni hükümlere lüzum görülmüştür.

Saygılarımızla.

KOMİSYON

Başkan	Sekreter	Raportör	Üye
Bursa Barosu	Ordu Barosu	İstanbul Barosu	Ankara Barosu
Zeki Yücel	Çiğdem Vural	A. Hamdi Sayar	Asım Ruacan
Üye	Üye	Üye	Üye
Ankara Barosu	Zonguldak Barosu	İstanbul Barosu	Gaziantep Barosu
Rahmi Magat	Cahit Gökçen	Emin Baltaoğlu	Selim Kahraman
Üye	Üye	Üye	
Mersin Barosu	Kayseri Barosu	İzmir Barosu	
Şinasi Develi	Ömer Gözübüyük	Enver Aslanalp	

BAĞIMSIZ AVUKATLIK

Av. Talay ŞENOL*

I. SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

Hukuk devletinin üzerine inşa olunduğu temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri, gerek uluslararası sözleşmeler ve gerek Anayasa ve yasalarda yer almış bulunan “savunma hakkı”dır.

Kişilerin doğru ve adil yargılanma hakkı Anayasalar ve kanunlarla güvence altına alınan, uluslararası hukuk metinlerinde de yer alan temel haklardan biri ve belki de en önemlisidir. (İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 8-11; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6/3; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler -Havana Kuralları- m. 1)¹

Anayasamız savunma hakkından “hak arama özgürlüğü” kavramı içerisinde söz edilmektedir. Anayasamızın 36. maddesinin 1. fıkrasında “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmü yer almaktadır.

Gerçekten, avukatın rolünü, mahiyetini, yerini, niteliğini “hak arama özgürlüğü” çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Genel olarak hak arama özgürlüğü yetkili makamlar önünde beyanda bulunma, derdini söyleme ve dinletme olarak ifade edilmektedir. Hak arama, iddiayı da savunmayı da içine almaktadır. Savunma hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Başka bir deyişle savunma hakkı, hak

* Ankara Barosu üyesi

¹ Avukatlık Rolüne Dair Temel Prensipler - Havana Kuralları m.1: “Herkes hakların varlığını tespit ettirmek ve korumak ve Ceza Muhakemesi’nin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir.”

arama özgürlüğünün somutlaşmış halidir yani savunma hakkı temel bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir özgürlük biçimidir.²

Hak arama özgürlüğünü ve savunma hakkını somutlaştıran ve pekiştiren kurum avukatlıktır.³ Bir başka deyişle avukat halkın hak arama özgürlüğünün teminatıdır.⁴

Gerçi gerek İHAS m. 6/3-c, gerekse Anayasamızın 36. maddesinde ve Avukatlık Yasası'nın 35. maddesinde belirtildiği üzere, dava açma yeteneği olan herkes bizzat yargı mercilerine başvurarak dava açabilir, takip yapabilir, aleyhine dava açılan ve takip yapılanlarda kendi kendine savunabilir.

Ancak, insanlar değişik nedenlerle kendini savunurken bir başkasının yardımını isteyebilirler. Hukuk devleti, yaşamın her alanını hukuksallaştırmıştır. Öyle ki vatandaşlar kurallar labirentinde yollarını bulamaz, haklarını arayamaz duruma gelmişlerdir.

Diğer yandan, savunma karmaşık bir yapıya sahiptir. Olayı kavramak, onu hukuk diline çevirmek, yürürlükteki hukuk kuralları içinden olaya uygun kuralı bulmak, istemde bulunmak, gerekli itirazları yapmak, birey için çok kez zor hatta imkansız bir durumdur. Bu karmaşık yapı içinde bireyin, hak kaybı kaçınılmaz hale gelir.⁵

Özellikle son zamanlarda Ülkemizde, uyum Yasaları adı altında yapılan Yasama faaliyetleri sonunda vatandaş öünü göremez hale gelmiştir, çaresiz kalmıştır. Birçok hukuk kurallarından habersizdir. Varlıklarından haberdar olsa bile hukuk dilinin ağırlığı ve özellikle özel hukuk deyimlerinin varlığı nedeniyle kendiliğinden bunları anlaması ve onlara uygun davranması ya da onlara dayanarak hak araması imkansız hale gelmiştir. Bu nedenlerle birçok konularda olduğu gibi, bu konuda da bir uzmana ihtiyaç bulunmaktadır. Bu uzmanın sadece konusunun uzmanı olan bir kişi değil, aynı zamanda herhangi bir baskı altında olmadan ve başkaca güçlere ve çıkarlara bağlı kalmadan hizmet edeceğine, sınırsız olarak güvenilecek biri olması gerekir.⁶

İşte avukatlık böyle bir göreve özellikle uygun bir mesleği oluşturmaktadır.

² Eriş, U., "Avukatın Savunma Dokunulmazlığı", Ankara Barosu 2004 Kurultayı Tebliği, s. 1; Sayman, Y., "Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği" (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyumu, 25-29 Ekim 1995 Antalya, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı, (1996), s. 419 vd.; Güner, S., "Avukatlık Hukuku", 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları

³ Tanör, B., "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu" (/1991), s. 330.

⁴ Sayman, Y., a.g.e. s.420

⁵ Busse, F., "Freie Advokatur, Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege", Anwaltsblatt 3'2001, s. 130 vd., 133.

⁶ Busse, F., a.g.e. s.133

II. BAĞIMSIZ AVUKATLIK

1. Anlamı

Avukatlık mesleği bilindiği gibi 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu ve bu kanunla ilgili olarak çıkartılan meslek kurallarıyla düzenlenmiştir. Avukatlık Yasası'nın 4667 Sayılı Yasa'yla değişik 2. maddesi avukatlığın amacı hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. (Fıkra 1)

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. (Fıkra 2)

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere avukatın iki yönlü bir işlevi bulunmaktadır. Avukat taraf temsilcisi olarak faaliyet göstermenin yanı sıra yargılama faaliyetlerine katılarak anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesi çabasına da ortak olmaktadır. Avukat, hukuki bilgi ve tecrübelerini ortaya koyarak kişilerin haklarına kavuşmaları ve uğradıkları haksızlıkların giderilmesi bakımından onlara taraf temsilcisi olarak yardımda bulunurken aynı zamanda adaletin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir.

Avukatın sanatı öncelikle müvekkilinin davasını etkili biçimde savunmaktır. Ancak avukatlar sadece müvekkillerinin menfaatlerine değil, bir bütün olarak adalet sisteminin gereklerine hizmet ederler.

Hukuka saygı ilkesi üzerine kurulmuş bir toplumda avukat önemli bir role sahiptir. Görevi kanun çerçevesi içinde sadece bir vekaletin sadık uygulamasıyla sınırlı değildir. Bir hukuk devletinde avukat hem adalete hem de hak ve özgürlüklerini savunmakla yükümlü olduğu yargılamaya tabi kişiler için de vazgeçilmezdir.⁷

Avukatın bu görevini yerine getirirken konusunun uzmanı olmanın yanısıra , kendisinin dışında başka bir tür bağımlılıkları olmayan, sadece kendi çıkarlarını koruyacağına inandığı, her türlü baskı ve çıkar ilişkilerinden uzak bir kişi olması gerekir. Kısaca bu kişinin uzman olmasının yanısıra, bağımsız da olması gerekir.

Avukat üzerine düşen görevlerin çeşitliliği sebebiyle her türlü baskıdan, özellikle kendi menfaatlerinden ve dış etkilerden neşet eden baskılardan arındırılmış, tam bir bağımsızlığa sahip olmak durumundadır.⁸

⁷ Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları (CCBE Meslek Kuralları) m. 11

⁸ CCBE Meslek Kuralları 2.1.1

Avukatın aynı zamanda hem hukukun hem de iş sahibinin çıkarlarına hizmet edebilmesi, ancak gerçek anlamda bağımsızlığın sağlanması ile mümkündür.

Nitekim, Avukatlık Yasası'nın 4667 Sayılı Yasayla değişik 2. fıkrasında da "avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" diyerek avukatın bağımsızlığı vurgulanmaktadır.

2. Önemi

Gerçektende "Avukatlığın Bağımsızlığı" konusu son derece önem taşımaktadır. Avukatlığın bağımsızlığı, mesleğin "onsuz olmaz (sine qua non)" koşuludur.⁹

Avukat bağımsızlığı, avukata mesleğini en iyi biçimde icraa edebileceği statüyü garantiler. Avukatın bağımsız oluşu, müvekkil ile arasındaki güven ilişkisini perçinler.

Avukat bağımsızlığı, avukatlık faaliyeti müvekkil haklarını korumaya hizmet ettiği için, müvekkil yararına da bir güvence oluşturmaktadır. Avukat mesleğini icraada ne kadar özgür olursa, müvekkilinin haklarını elde etme konusunda da o kadar başarılı olur. Avukatlık bağımsızlığına yapılan müdahaleler bu nedenle, avukatlığa yapılmaktan ziyade, avukatlarca savunulan vatandaş özgürlüğüne yönelir.

Bu bağımsızlık adli makamlar nezdinde yürütülen faaliyetlerde olduğu kadar örneğin bir hukuki mütala verirken de gereklidir. Çünkü avukatın müvekkiline sırf onun gönlünü hoş etme kaygısıyla veya herhangi bir dış etkenin tesiri altında kalarak verdiği hukuki mütalanın gerçek bir değeri yoktur.¹⁰

Avukat üzerine düşen görevlerin çeşitliliği sebebiyle her türlü baskıdan, özellikle kendi menfaatlerinden ve dış etkilerden neşet eden baskılardan arındırılmış tam bir bağımsızlığa sahip olmak durumundadırlar. Bu bağımsızlık aynı zamanda yargıcın bağımsızlığı ve adalete güven için de gereklidir.¹¹

Avukatın bağımsızlığı, vatandaşın hukuka katılımının bir garantisi ve hukuk devletinin gerçekleşmesinin de bir teminatıdır. Bu bağlamda

⁹ Eriş, U., a.g.e. S. 2; Anday, N. "Avukatlık Hukuku'nun Genel Esasları" (1994) s.41; Falkenhäuser, J. "Berusbild und Berufsverstaendnis des Anwalts", Anwaltsblatt 2/2000 Sonderheft, s. 26 vd., 28.

¹⁰ CCBE Meslek Kuralları 2.1.2

¹¹ CCBE Meslek Kuralları 21.1; Coşar, A., Yargı Yılı ve Barolar Cumhuriyet/24.9.1990

avukata tanınan yetkiler, savunma hakkına yani temel bir hakka varlık kazandırır. Böylece hukuk devletine de hizmet eder.¹²

Bağımsız avukatlık, hukuk devletinin taşıyıcısı ve teminatıdır.¹³

Hukuk devletinin amacı, mümkün olduğunca üst düzeyde adaletin gerçekleştirilmesidir. Avukat hukuka hizmet ederek bu amaca ulaşılmasına yardımcı olur. Bağımsız avukat, hukuk devleti bakımından vazgeçilmezdir. Bağımsız avukatlık, madde anlamda hukuk devletinin gerçekleşmesini sağlayan kurumlardan biridir.¹⁴

Bağımsız avukatlık, aynı zamanda yargıç bağımsızlığı ve adalete güven için de gereklidir.¹⁵ Her iki bağımsızlık birlikte yargı bağımsızlığını garantilemektedirler.

Devlet savunmaya güçlü bağımsız bir konum sunarak otoritesini sınırlar. Hukuk Devletinin özü, devlet otoritesinin adalet esasına göre sınırlandırılmasıdır. Avukatlığın hukuki konumu ile devlet ve toplum düzeni arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Avukata tanınan bağımsızlık, devletin her bir vatandaşının özgürlük alanını koruma isteğiyle doğru orantılıdır.

Kurumsal anlamda bağımsız avukatlık, Hukuk Devletinin hedeflediği hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekte olduğundan Hukuk Devletinin vazgeçemeyeceği temel unsurlardan biridir.¹⁶

Avukatın bağımsızlığına yönelik müdahaleler “savunma diyalektiliği-ni” saptırmak veya yetersiz hale getirerek, sonuç vermesine engel olmak sonucunu doğurur ki, böyle bir eylem avukata değil, onun savunmaya çalıştığı adalete zarar verir.¹⁷

Bu nedenle, hükümetlerin, avukatların hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahale ile karşılaşmadan, her türlü mesleki faaliyetleri yerine getirmelerini sağlamaları gerekir.¹⁸

¹² Eriş, U. a.g.e, s.2

¹³ Huffmann, H., “Kampf um freie Advokatur” (1967), s.1.

¹⁴ Huber, H., “Aufgabe und Bedeutung des freien Anwalts im Rechtsstaat”, SJZ 1957, s.265 vd.

¹⁵ Habscheid, W., Die Unabhaengigkeit des Rechtsanwalt, NJW 1962 vd. 1986; Sungurtekin, M. “Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri”, (1995)s.78

¹⁶ Sungurtekin, M. “Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın Anlam ve Önemi”, Faruk EREM Armağanı, TBB Yayını No:8, (1999), s. 615 vd. 633

¹⁷ Tuncel, A. ve diğerleri, “Müdafiin Sorumluluğu”, Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Sempozyumu, s.321 vd. s. 327

¹⁸ Havana Kuralları m. 16/a.

Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri dikkate alınarak, avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğün ayırım gözetmeden hükümet veya kamudan gelecek uygunsuz müdahalelere yer vermeyecek şekilde korunması, teşvik edilmesi ve bağımsızlık prensibine saygı gösterilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır.¹⁹

3. Kapsamı

Avukat bağımsızlığının son derece geniş kapsamlı oluşu, konunun çeşitli yönleriyle irdelenerek, incelenmesini gerektirmektedir.

Avukat bağımsızlığının çeşitli yönlerinin birbirinden kesin sınırlarla ayrılması olanağı bulunmamaktadır. Bunlar birbirleri ile çok sıkı bağlantılar içindedir. Alt ayırım yapmaktaki güçlük, avukat bağımsızlığı ilkesinin, bir hukuk normu değil; aksine etik ve ideal bir gereklilik göstermesi sebebi ile artmaktadır ve kısmen hükme bağlanabilmesi mümkün olmaktadır.²⁰

Öncelikle avukatın devlet karşısındaki bağımsızlığı inceleme konusu yapılmalıdır. Diğer yandan, avukatın müvekkili ile olan ilişkisi bakımından bağımsızlığı, üçüncü kişiler yönünden (toplumsal bakımından) bağımsızlığı da avukat bağımsızlığının önemli yönleridir. Yine bu bağlamda avukatların barolarla ilişkilerinde değerlendirilmesi gerekir.²¹

a. Avukat-Devlet İlişkisi Bakımından Bağımsız Avukatlık

Serbest avukatlık, herşeyden önce devletten ve devlete karşı bağımsız olma anlamına gelir.²²

Alman Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurguladığı gibi devlet kontrolü ve vesayeti bağımsızlık avukatlık ilkesi ile bağdaşmaz.²³

Bu anlamdaki avukat bağımsızlığına devletten gelecek talimat, etki ve kontrollerinin dışında bulunmanın yanısıra, mesleğe kabuldeki serbestli-

¹⁹ AB Avukatlık Prensipleri, Prensipten I: Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlüğündeki Genel Prensipler. Aynı doğrultuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Üye Ülkelere Tavsiye Kararı (2000) m.6

²⁰ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 32,33

²¹ Güner, S. *Avukatlık Hukuku* s. 79; Koyuncuoğlu, T. "Avukatlık Mesleği - Baro - Hukuksal Korunma Sigorta İlişkisi", *Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Sempozyumu*, s. 188 vd. s. 192

²² Busse, F. *a.g.e.* s. 133; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 33 vd; Güner, S. *Avukatlık Hukuku*, s. 81 vd.

²³ Bverfge, 34, 292, 302; 50, 16, 29; 63, 266, 284.

ği, yerleşme özgürlüğü, faaliyet alanı serbestliği (serbest etki alanı), yargı faaliyetinin diğer çalışanları yani savcı ve yargıç karşısındaki bağımsızlık da dahildir.

aa. Avukatlığın Serbest Meslek ve Kamu Hizmeti Olması

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin, 1. fıkrasında avukatlık hem bir kamu hizmeti ve hem de serbest meslek olduğu vurgulanmaktadır. Ancak, maddede doğrudan ne bir serbest meslek ve ne de kamu hizmeti tanımı yapılmamaktadır.

Maddedeki avukatlığın serbest meslek olduğu ifadesi, öncelikle avukatın devletle kamu hukukuna özgü bir istihdam ilişkisi içinde bulunmadığının ve devletin yapılandırılmasının içinde bir memur konumunun olmadığına delilidir.

Yasalarımızda serbest meslek tanımı ile ilgili tek düzenleme 193 sayılı Gelir Vergisi Yasası'nda yapılmıştır. Yasanın 65/II maddesinde; "*Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi ve mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin, işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında, kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan hareketle avukatlık mesleğinin bir serbest meslek olduğu kabul edilmelidir.²⁴

Gerçekten de avukatlık sermayeden çok, kişisel çabaya bağlı bir uğraştır ve faaliyetini kendi kişisel sorumluluğu altında yürütür. Serbest mesleklerin çoğu gibi avukatlık da, akademik eğitime dayanır ve bilimsel esaslar çerçevesinde yürütülür.

Serbest meslek olmanın belirleyici niteliklerinden biri de meslek mensuplarının müvekkil, hasta, müşteri gibi kişilerle yapmış oldukları özel hukuk sözleşmeleri ile mesleklerini icra etmelerini ve mesleği icra edenin kişisel özelliklerinin önem taşımasıdır.²⁵

Müvekkil de avukatın kişisel niteliklerine, bilgisine, zeka kıvraklığına ve duruşmalarda göstereceği beceriye güvendiği için seçer.²⁶

Diğer yandan, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasında; avukatlığın kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, avukatlık mesleğinin serbestlik ilkesine ters düşmemektedir.

²⁴ Güner, S. *Avukatlık Hukuku*

²⁵ Fuhrmann, M. "*Rechtsstellung des Angestellten Rechtsanwalts*", (1989) s. 42, 159.

²⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Meleği* s. 19.

Kamu hizmeti nitelendirilmesinin varlığını şart kıldığı birinci unsur, hizmetin kamuya yönelmiş, bir başka deyişle kamuya yararlı olmasıdır. Bir başka deyişle kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetler, genel ve kolektif hizmetleri karşılar, kamu yararını gerçekleştirir.²⁷

Yargılama faaliyetinin kamusal niteliğinden şüphe edilemez. Avukat da yargılama faaliyetine katılan ve adil bir karara ulaşılması sürecine ortak olan kişi olduğuna göre onun da kamu hizmeti gördüğü kabul edilmelidir. Avukatlık faaliyeti hak arama özgürlüğünün fiilen gerçeklik kazanabilmesinin varlık şartı olarak karşımıza çıkmakta ve bu surette kamu yararını gerçekleştirmektedir.²⁸

Kamu hizmeti nitelendirilmesinin varlığını şart kıldığı unsurlardan ikincisi ise kamu kuruluşlarınca veya ilgili kamu kuruluşunun denetimi altında özel kişilerce yürütülmesidir. Avukatlar da mesleki faaliyetlerini tüzel kişiliği olan kamu kurumu niteliğindeki baroların denetimi ve gözetimi altında sürdürürler. (Av.K.m. 76/1)

Bu durum kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da onların gözetimi ve denetimi altında, veya onların katılımıyla yürütülmesi unsurunu karşılar.²⁹

Diğer yandan, günümüzde kamu yararına olan bir hizmetin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi gerekliliği de bulunmamaktadır.³⁰

Serbest avukatlık ilkesi, onun bir idare hukuku anlamında kamu görevlisi gibi değerlendirilmesine engeldir. Yaptığı hizmet, bir kamu hizmeti gibi değerlendirilse de, kendisi bir kamu görevlisi değildir.³¹

Kısaca avukatlık "*insan onuruna özen*" mesleği olarak, serbestçe yapılan bir kamu görevidir.³²

bb. Mesleğe Girişin Serbest Olması

Mesleğe kabulde, devletin takdir hakkı bulunmaması, avukat bağımsızlığının bir gereğidir. Ancak, sadece mesleğe kabul konusunda devletin

²⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s. 6, Gözübüyük, S. / Akıllıoğlu, T. "Yönetim Hukuk", 6. Baskı (1993) s. 221., Akgül, A. "Avukatlık Mesleğinin Kamu Hizmeti Niteliği" s. 2.

²⁸ Centel, N. "Ceza Hukuku'nda Müdafii", (1984), s.7 vd; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.8.

²⁹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.7

³⁰ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.6, 7

³¹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.15

³² Sungurtekin, M. *Kuramsal Anlamda Bağımsız Avukat*, s.615

takdir hakkının bertaraf edilmesi ve devlet güdümünü önleyici tedbirler alınması ile avukat bağımsızlığının sağlanamayacağı da bir gerçektir.

Mesleğe kabul şartlarının ana hatlarıyla ve objektif olarak belirlenmesi, şartlardaki eksiklik halinde mesleğe kabul edilmeme veya sonradan şartlarda eksiklik sözkonusu olursa, meslekten çıkarılma konularında takdir hakkının ortadan kaldırılmış olması, avukat bağımsızlığının bir yönünü oluşturur.³³

Gereksinme duyulan avukat sayısının araştırılıp, tespit olunması ve mesleğe kabulde dikkate alınması, bir başka deyişle Numerus Clausus ilkesi ile bağlı olarak gereken avukat sayısının belirlenmesi ve sadece bu kadar kişinin avukatlık mesleğine kabul edilmesi ise, iyi işleyen yargı mekanizmasının gerektirdiği bir husus olmakla birlikte, mesleğe serbestçe giriş ve avukat bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaştırılması oldukça güçtür.

Avukatlık kanunu hükümleri, Anayasa hukuku bakımından son derece önemli olan iki temel ilkenin hassas alanı içinde bulunur. Bunlar, Anayasamızın 48. ve 49. maddelerinde teminat altına alınan herkesin dilediği alanda çalışma hakkının gereği olan serbest avukatlık ilkesi ile işlevini iyi yerine getiren yargı faaliyetini temin ilkeleridir. Kanun koyucu, anayasal sınırlar içerisinde iki menfaat arasında uygun bir denkleştirme yaparak, düzenlemeler getirmek durumundadır. Avukatlık Yasası'nda 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu öngörülen avukatlık sınavının da bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

Avukatlık mesleğine girişte, sınav zorunluluğunun getirilişinin amacı, avukatlık hizmetinin ve kalitenin yükseltilmesi ve yargı işleminin iyi şekilde yerine getirilmesinin toplumsal yarar sağlayacağı düşüncesidir.

Nitekim bir çok gelişmiş ülkede avukatlık mesleğine kabulde avukat sınavını başarma şartı bulunmaktadır.

Almanya'da avukat olabilmek, Alman Yargıçlık Yasası'na göre, yargıç olabilme ehliyet ve yeterliliğine sahip olmasına bağlıdır ve bu da iki devlet sınavının başarılmasını gerektirmektedir.³⁴

Avusturya'da ve İsviçre'nin bir çok kantonunda da, avukatlık mesleğine kabul sınavı başarma şartına bağlı tutulmuştur.³⁵

Burada önemli olan mesleğe kabul sınavının keyfilikten ve subjektif etkilerden uzak olmasıdır.

³³ Busse, F. *a.g.e.* s.133

³⁴ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.90.

³⁵ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.90.

Meclise sevk edilen Avukatlık Kanunu tasarısında sınav kurulunun Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından seçilen 5 asil ve 3 yedek üyeden oluşması öngörülmekte iken, Mecliste yapılan değişiklikle avukatlık sınavının Türkiye Barolar Birliği'nce Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'ne yaptırılması hüküm altına alınmıştır. (Madde 28)

Ne yazık ki daha sonra yapılan 25.06.2002 tarih ve 4767 sayılı Yasa ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 20. maddenin 2. fıkrasında, Avukatlık Kanunu'nun mesleğe kabul şartları altında, avukatlık sınavının başarmış olma şartını içeren 3. maddesinin 4. bendi hükmü 10.05.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanamayacağını öngörerek sınav konusunu ertelemiştir.

Diğer yandan, avukatlık hizmetindeki kalitenin yükseltilmesinin nitelikli hukuk eğitimi verilmesi ve mezuniyet sonrası yapılan avukatlık stajının mesleğe gerçekten hazırlayıcı olması ile de yakından ilgili olduğu unutulmamalıdır.

Yeniden yapılacak bir düzenleme ile, avukatlık sınavının yeniden konulmasının ve sınavın tümüyle Türkiye Barolar Birliği'ne bırakılmasının sağlanması, mesleğin kalitesinin ve saygınlığının artırılması yönünde yerinde olacaktır.

cc. Yerleşme Özgürlüğü ve Faaliyet Alanının Serbestliği

Avukatın devlet ile olan ilişkisindeki bağımsızlığının unsurlarından biri olan yerleşme özgürlüğü avukatlık için gerekli yeterliliğe sahip olan herkesin, dilediği herhangi bir yerde mesleğe kabul olma konusunda talepte bulunmasını ifade eder.³⁶

Avukatlık mesleğine kabul için, kanunun aradığı şartlara sahip olan ve staj bitim belgesini almış olan bir kişi, bölgesi içinde faaliyette bulunmak istediği yer barosuna başvurarak, o yer barosuna kayıt olur. (Av. K. m. 66/1) Bir baro levhasına yazılmış olan avukat, sürekli olmamak koşulu ile Türkiye'nin her yerinde avukatlık yapmaya yetkilidir. (m. 66/2)

Avukat bağımsızlığı, meslek mensubunun serbest bir faaliyet alanına sahip olmasını da gerektirir. Avukatlık hiçbir hukuki meselede hak arayan, hukuken yardıma muhtaç olan bireyin temsil ve bilgilendirme ihtiyacının görmezlikten gelinemeyeceği bir faaliyet alanıdır.³⁷

Avukatın gerek temsil ve gerekse danışma faaliyetleri konusunda sahip olduğu tekel hakkı, hukuk devletinde vatandaşın mutlaka sahip olması

³⁶ Sungurtekin, M. *Kuramsal Anlamda Bağımsız Avukat*, s. 618, *Avukatlık Mesleği* s.38

³⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.39, *Bağımsız Avukatlık* s. 619

gereken hak arayanların tüm hukuki meselelerde, hukukçu himayesinden yararlanması hakkına dayanır.

Avukatın, müvekkilinin menfaatini korumada özgür, vicdani kanaatine göre doğru olduğuna inandığı şekilde ve her türlü etkiden uzak, sadece hukuka tabi olarak hareket etmesi gerekmektedir.³⁸

dd. Avukatın Yargı Organlarına Karşı Bağımsızlığı

Avukatın devlete karşı bağımsızlığı, aynı zamanda yargı organlarından ve yargı organlarına karşı bağımsızlığı da içerir.³⁹

Demokratik hukuk devletinde avukat, yargının taşıyıcı bir unsuru (destekticisi) değil, yargıç ve savcılarının yanında, hak arayan vatandaşların danışmanı ve temsilcisi olarak adaletin gerçekleşmesi mücadelesinde önemli görevler üstlenen bir kişidir.⁴⁰

Avukatın, müvekkilin yararına olan tüm hususları ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Avukat, davada dilekçelerinde müvekkilin verdiği bilgilere dayanma ve karşı taraf aleyhinde sert ifadeler kullanma olanağına sahiptir. Avukata, müvekkilinin menfaatini koruduğu oranda mutlak bir dokunulmazlık tanınmıştır. Kuşkusuz avukat, müvekkilinin menfaatlerini hukuk çerçevesinde korur.

Avukat, mahkemenin emrinde, hizmetinde değildir ve mahkemeden talimat alması, ona tabi olması düşünülemez. O sadece hukuka tabidir. Ancak bu şekilde avukat işlevini gerektiği şekilde yerine getirir. Hukuk devleti olmakta bunu gerektirir. Bu yüzden mahkemenin, duruşmanın disiplinini sağlamak konusunda alacağı önlemler avukata karşı olduğunda sınırlıdır. Avukatın sözünün kesilmesinin haklı olabileceği durumlarda bile duruşma salonundan çıkarılması ve avukata karşı diğer zorlayıcı önlemlere başvurulması haklı kabul edilemez.⁴¹

Avukat, tabi ki hakimlik makamına karşı elinden gelen saygı ve dürüstlüğü göstermek ve kanun çerçevesinde kalmak kaydı ile müvekkilini kendi vicdanına ve müvekkilinin menfaatlerinin korunması hususunda en uygun yolu seçerek savunacaktır.⁴²

³⁸ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.40.

³⁹ Busse, F. *a.g.e.* s.134; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s. 40 vd.; Kılıç, S. "Avukatlık Mesleği Bağımsız Niteliği". <http://www.angelfire.com/mt/savas1/s.5>

⁴⁰ Busse, F. *a.g.e.* s.134

⁴¹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.42.

⁴² CCBE Melek Kuralları m. 4.3.

Ancak, avukat bu saygıyı gösterirken, savunmanın da görülmeyen ama var olan makamının saygınlığını korumalı ve ona saygı duyulmasının koşullarını oluşturmalıdır. Asla, hakimin karşısında teslim olan, boyun eğen bir tavır içinde olmayacaktır. Bunu sağlamak için avukat, usul kurallarına en az hakim kadar egemen olmalı ve elindeki dava dosyasını hakimden daha iyi bilmelidir. Hakimin bir çok dava dosyası vardır. Ama avukatın görev yaptığı dava dosyası her zaman tekdir.

Hukuk davalarında vekil, münasip olmayan hal ve tavırlarda bulunur ise mahkemeden çıkarılır (HUMK m. 70/II). Ceza davalarında da, duruşma disiplinini bozan her kişinin mahkeme başkanınca duruşma salonundan çıkarılması söz konusudur. (CMUK m. 378/2). Avukatlık Kanunu'nun 58/2 maddesi duruşmanın inzibatına ilişkin Hukuk Usulü Mahkeme Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerini saklı tutmuştur.

Ancak, bu hükümlere göre avukatın tutuklanması sözkonusu olmayacağı gibi, hakkında hafif hapis veya hafif para cezası da verilemez (Av. K. m. 58/II, son cümle).

Avukatın ceza yargılamasındaki bağımsızlığı değişik biçimlerde kendini gösterir. Öncelikle müdafii uygulayacağı yöntem ve yolların seçimi konusunda özgür olmalı, herhangi bir sınırlanmaya tabi tutulmamalıdır. Ayrıca müdafaa görevi yürüten avukatın hiçbir şekilde baskıya maruz kalmaması gerekir.

Savunma avukatının, savcı ile karşılıklı eşit haklara sahip olması, ceza yargılamasındaki "*silahların eşitliği ilkesi*"nin bir gereğidir. Savunma avukatı savcı karşısında da bağımsızdır, ondan talimat alma sözkonusu olamaz.

ee. Avukatın Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığı

Avukatın sadece yargılama organına karşı bağımsız olması yeterli değildir. O yürütmenin organına karşı da bağımsız olmalıdır. Görevini ne şekilde yerine getireceği konusunda hiçbir makam ve merciinin avukata talimat verebilmesi, etkide bulunabilmesi mümkün değildir.⁴³

Avukatlık Kanunu'nun 58/1. maddesine göre; avukat hakkında görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı dava açılması Adalet Bakanlığı'ndan izin alınmasını gerektirmektedir. Gerçi Adalet Bakanlığı'nun verdiği izin idari karar olduğundan, buna karşı idari yargılarına gidilebilecektir. Ancak, bu husus avukatın yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını zedeler mahiyettedir. Bir başka deyişle, yürütme dahil olan Adalet Bakanlığı'nun avukat hakkında dava açabilmesi

⁴³ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.44; Kılıç, S. *a.g.e.* s.5

açısından izin mercii olarak belirtilmesi, avukatın yürütme karşısında bağımsız olgusu ile çelişir.

Gerçektende kovuşturma izni verilmesi yetkisinin Adalet Bakanlığı yerine TBB'ye verilmesi daha uygun olurdu. Zira bu avukatın devlete karşı bağımsız olduğu gerçeğine daha uygun düşmektedir.⁴⁴

ff. Avukatlık Ücretinin Belirlenmesi Bakımından Bağımsız Avukatlık

Gerek Devlet ve gerekse mahkemeler kural olarak, avukatlık ücreti ile ilgili bir rol ve etkiye sahip değildir. Avukat üstlendiği iş için, vekalet ücretini kural olarak müvekkille serbestçe kararlaştırır. (Av. K. m. 163/1) Bu konuda bazı sınırlamalar olmakla birlikte asıl olan vekalet ücretinin taraflarca serbestçe kararlaştırılmasıdır.

Her ne kadar avukat üstlendiği işin ücretini müvekkille serbestçe kararlaştırırsa da, avukatlık ücret tarifelerindeki asgari miktarın altında kalan avukatlık ücreti karşısında iş ve dava kabulü Yasaktır. (Av. K. m. 164/3)

Diğer yandan tespit edilecek ücretin tutarı hakkaniyet kurallarına da uygun olmalıdır.⁴⁵

Avukatlık Yasası'nın 167. maddesinde 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte; avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıkların çözümü, yine aynı maddede ne şekilde teşkil olunacağı belirtilen hakem kuruluna bırakılmış idi. Ancak, Anayasa Mahkemesi 10.07.2004 tarih ve 25518 sayılı *Resmî Gazete'* de yayınlanan 03.03.2004 tarih ve E. 2003/98 K. 2004/31 sayılı kararı ile bu maddeyi Anayasa'ya aykırı olarak iptal etmiş bulunmaktadır.

Diğer yandan, avukatların ekonomik bağımsızlığını güvence altına alınması bakımından, avukatlık asgari ücret tarifeleri son derece önemlidir. Ücret tarifelerinin, avukatların hizmetlerinin ve üstlendikleri maddi-manevi sorumlulukların uygun karşılığını tespit etmesi gerekir. Zira ekonomik bakımından güvencede olan avukat, iyi bir büro donanımına sahip olacak, hukuk literatürünü takip edebilecek ve bu suretle kendini geliştirebilecektir. Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı değişik 168. maddesine göre; artık avukatlık ücret tarifeleri Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca eskiden olduğu gibi iki yılda bir değil, her yıl hazırlanacaktır.

Avukatlık asgari ücret tarifelerinin hazırlanmasındaki Adalet Bakanlığı yetkisi de bu değişikliklerle kısıtlanmış bulunmaktadır. Yeni hükme göre,

⁴⁴ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.43

⁴⁵ CCBE Meslek Kuralları, m. 3.4.1.

Adalet Bakanlığı'nın uygun bulmayarak bir kez daha görüşülmesi istemi ile geri gönderdiği tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca üçde iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde, onanmış sayılacaktır. (Av. K. m. 168/2)

b. Avukat-Müvekkil İlişkisi Bakımından Bağımsız Avukatlık

Avukatın bağımsızlığının kapsamına, avukatın müvekkiline karşı bağımsızlığının da dahil olduğu kabul edilmelidir.⁴⁶

Müvekkiline karşı da serbestçe karar verebilen avukat, müvekkilinin menfaatini himaye ile yargının bir unsuru olma niteliklerini kendisinde gerçekten toplamış olacaktır.

Avukat, sadece müvekkilinin talimatlarını yerine getiren kişi değildir; avukat bir vekalet sözleşmesi gereğince bir işin yapılmasını üzerine almakla müvekkilinin emri altına girmiş olmaz. O kendi kanaatine göre üstlendiği işi yürütme durumundadır. Kendisine bu iş için ücret ödenmiş olması, bağımsızlığına helal getirmez. Avukat tarafın vekilidir; onun hizmetkarı değildir.⁴⁷

Avukatın müvekkil talimatlarıyla bağımlı olması, bu talimatlar mesleki yükümlülüklerin ihlali anlamına geldiği oranda, onların gereklerini yerine getirmek zorunda olmamak şeklinde anlaşılmalıdır.

Avukat, müvekkili ile vekalet ilişkisi dışında, ekonomik bağlantılara girerse, bağımlılık tehlikesi ortaya çıkar. Böylesi bir tehlikenin önüne geçmek için, meslek hukuku, avukatın meslek çalışmasında bağımsızlığını korumak ve bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınmakta yükümlü olduğuna ilişkin kural getirilmiştir. (Av. K. m. 1; Meslek Kuralları m. 2)

Avukatın, müvekkil ile ilişkisinde ne zaman tehlikeye girdiği konusunda genel düzenlemeler getirmek mümkün değildir. Avukatın, meslek hukukuna özgü, meslek saygınlığını zedeleyici her tutum ve davranıştan kaçınma yükümlüğü bulunmaktadır. Müvekkili ile olan ilişkisini düzenlerken de bu yükümlülükler uygun davranmalıdır. Avukat, serbest karar verme olanağını tehlikeye sokan ve müvekkili ile iş ilişkisinde onu müvekkiline bağımlı kılan her durumdan kaçınmalıdır. Örneğin; müvekkili ile ödünç ilişkisine ve benzeri mali işlere girmemesi uygun olur.⁴⁸

⁴⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.63 vd; Kılıç, S. *a.g.e.* s.3; Busse, *a.g.e.* s.135.

⁴⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.64; Busse *a.g.e.* 135; Falkenhausen, J. *a.g.e.* s.28; Anday, N. *a.g.e.* s.40

⁴⁸ Sungurtekin M. *Avukatlık Mesleği*, s.63

Dava sonucuna katılma Yasağı (quato litis) konusundaki Avukatlık Kanunu hükmü de (m. 164/3) avukatın müvekkilinden bağımsızlığına hizmet ettiği düşünülebilir. Bu suretle avukatın kendi menfaatini hukuki meselelerin halinde devre dışı bırakması sağlanmış olmaktadır. Uyuşmazlığın, karara bağlanmasında, avukatın kendisinin bir ekonomik menfaatinin bulunmamasının, bağımsızlığının bir güvencesi olarak görülmelidir.⁴⁹

Avukatın müvekkilinden bağımsızlığının bir göstergesi de, kendisine teklif edilen vekalet işlerini kabul edip etmemekte serbest olması ve her zaman vekaletten çekilebilmesidir. Ayrıca avukat, mesleki yükümlülüklerini ihlali sonucunu yaratacak olan müvekkil talimatlarının gereğini yerine getirmek zorunda değildir.⁵⁰

Vekaletin üstlenmesi konusundaki zorlanma, avukatın belki de haksızlığa hizmet etmek zorunda bırakılması anlamına geleceğinden, bu durum avukatın yargının bir unsuru ve adil karara ulaşılması faaliyetinin ortağı olduğu gerçeğine aykırı olurdu. Ancak, gerekli görünen durumlarda mahkemece de avukat tayin edilebildiği düşünülürse, bu durumun avukat yönünden ne denli haklılık taşıdığı şüphe götürür.

İş reddetme hakkı, Av. K. m. 37 bağımsız avukatlık ilkesinin bir sonucudur.⁵¹ Yukarıda da sık sık vurgulandığı gibi, avukat ile müvekkili arasındaki gerçek bir güven ilişkisi bulunmalıdır. İşte güvene dayalı avukat-müvekkili ilişkisinde aksaklık sözkonusu olduğunda vekaletten çekilmek mümkün olmalıdır. Doğal olarak, vekaletten çekilme zamanı bakımından müvekkilin menfaatleri gözönünde bulundurulmalıdır. Avukat, davayı almaktan ve kovuşturmadan çekilme hakkını, müvekkiline zarar vermeyecek şekilde kullanmaya dikkat edecektir. (Mes. Kur. m. 38/3)

Müvekkilinden bağımsız olma gerekliliği, nihai olarak her avukatın ekonomik durumu, gelir ve mal varlığı ile ilgili bir husustur.

Serbest meslek faaliyet tanımlamalarında “ekonomik bağımsızlık” belirleyici nitelik olarak yer alır. Mesleği bağımsız icra için, ekonomik bağımsızlık gereklidir.

Avukatlık faaliyeti bakımından ekonomik bağımsızlık son derece önemlidir. Zira ekonomik bağımsızlık olmadan, avukatın gerçek anlamda bağımsız olmasını temin etmek mümkün değildir.

⁴⁹ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s.64; Wolfers, F. “*Rechtsanwalt in der Schweiz*”, (1986) s. 54

⁵⁰ Busse, F. *a.g.e.* s.135; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s.65.

⁵¹ Daylık, K. “*Avukatlık Bağımsızlığı Açısından Avukatlık Ücreti*”, *Avukatlık Mesleği*, İstanbul Barosu Sempozyumu, s.254.

Vergi hukuku bakımından, sadece ekonomik bakımından bağımsız faaliyet gösterenler serbest meslek kavramına dahil kabul edilmekte iken, meslek hukuku bu kavramı daha da geniş anlamaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinin c bendi çerçevesinde, özel hukuk tüzel kişilerinin, hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlıkta meslek bakımından serbest meslek kavramı gerçekleşmiş demektir.

Bağlı avukatlık ve part-time bağlı avukatlık diye adlandırılan biçimde yapılan avukatlığın⁵² bağımsız avukatlık ilkesine aykırı düşüp düşmeyeceği tartışmalıdır. Bu şekilde bağımlı olarak çalışmanın ancak gerekli bağımsızlığın sunulması halinde, mesleğin nitelikleri ile bağdaştığı kabul edilebilir. ⁵³

Avukatın ekonomik bakımından kendisini güvencede hissetmesinde, hukuk devletinin de menfaati bulunmaktadır. Bağımsız avukatlık, hukuk devletinin vazgeçemeyeceği bir kavramdır. Bu nedenle, avukatlık gelirlerinin vergilendirilmesinde avukat bağımsızlığını ve bunun bir yönü olan ekonomik bağımsızlığı zedelemeyecek yöntemler izlenmesi, kendisinin vazgeçemeyeceği bir kurum olan bağımsız avukatlığın temini bakımından hukuk devletinin görevidir.⁵⁴

Ceza Usul Hukuku'nda da müdafii sanıktan bağımsızlığını düzenleyen hükümler vardır. Örneğin müdafi ile sanık duruşmaya çağılırken ayrı ayrı çağrı kağıdı gönderilir CMUK, m. 211) Müdafii savunmasından sonra sanığa bir diyeceğinin bulunup bulunmadığının sorulması da müdafii sanıktan bağımsızlığını gösterir.

Tebliğat Kanunu'nda da avukatlığın bağımsızlığını destekleyen hükümler bulmak mümkündür. Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebliğat vekile yapılır. (Teb. K. m. 11)

c. Üçüncü Kişiler Bakımından Bağımsız Avukatlık

Bağımsız avukatlık, üçüncü kişilerden de bağımsız olmak demektir. Avukat sadece, müvekkilinin çıkarlarını kollamak durumundadır. Bu nedenle de avukatın müvekkilinin çıkarlarına ters düşen, her türlü kişisel, toplumsal ya da örgütsel ilişkilerden kaçınması gerekir.⁵⁵

⁵² Bağlı avukat ve part-time bağlı avukatlar kavramları için bkz. DAYLIK, K. *a.g.e.* s.256 vd.

⁵³ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s.69.

⁵⁴ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s.70.

⁵⁵ Busse, F. *a.g.e.* s.135; Falkenhausen, J. *a.g.e.* s.28.

Demokratik hukuk devletinde, topluma bağıllık tehlikesi, devlete bağımlılık tehlikesinden çok daha büyüktür. Her birey toplumun etkisi altında mutlak anlamda bir toplumsal bağımsızlığa ulaşmak hemen hemen olanaksızdır. Avukatın kendi hukuk kanaatine göre, serbestçe karar verebilmesini güvence altına alabilmek için, onun her türlü sosyal güç, birlik, organizasyon, iktisadi teşebbüs ve partiden ve bu arada basından gelebilecek etkilerden uzak tutulması gerekir. İşte avukat, bu gibi kendisini etki olasılığı bulunan öğelerin baskısı altında hukuka sadık kalmalıdır.⁵⁶

Basın ve kamuoyunun avukatın faaliyetini etkilemesine olanak bırakılmamalıdır. Türü toplumsal güçlerin avukat ve müvekkili arasındaki ilişkiyi etkisi altına almasına izin verilmemelidir. Gerçekten Anayasa, (m. 28/5) basın hürriyetinin yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere kanunla sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir.⁵⁷

Özetle; avukatlık faaliyetine ilişkin hukuki olmayan etkileri önlemenin bir başka deyişle, müvekkilden ve toplumdan bağımsızlığın korunmasının nihai olarak avukatın kişiliği ile yakından ilgili olduğu belirtilmelidir. Zira sadece güçlü kişiliği olan avukat, gerek devlet, gerek müvekkil ve gerekse üçüncü kişilerle ilişkisinde bağımsızlığını koruyabilir. Avukatlık mesleğine ilişkin özgürlüğün gerçekte bulunup bulunmadığı her bir avukatın mesleğinde yetenekli ve başarılı olmasına da bağlıdır. Salt Yasal düzenlemelerle müvekkil ve toplumdan bağımsızlığın düzenlenmesi ve güvence altına alınması olanaksızdır. Mesleğe kabul ve meslekten çıkarılma konusunda getirilen hükümler, sadece kendi değer ölçülerini oluşturabilmiş, kişilik sahibi, yetenekli ve başarılı kişilerin mesleklerini icraada bağımsız olmaları bakımından önler niteliği gösterebilir.⁵⁸

d. Bağımsız Avukatlık; İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

Savunma dokunulmazlığı, avukat bağımsızlığının en önemli yönlerinden biridir.⁵⁹

Bu dokunulmazlık, davanın başlamasından bitimine kadar yargılama makamlarına dava ile ilgili olarak verilen dilekçe ve yazılarla her türlü belgenin ve yargılama makamları huzurunda yapılan iddia ve savunmalarının içerdiği hakareti mutazammın, yazı ve sözlerden ötürü bunları sarf

⁵⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği*, s. 70; HABSCHEID. W. *a.g.e.* s.1989

⁵⁷ Kunter, N. "*Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*", (1989) s. 469, Nr. 252

⁵⁸ Sungurtekin M. *Avukatlık Mesleği* s. 71

⁵⁹ Eriş, U. *a.g.e.* s. 2 Güner, S. *Avukatlık Hukuk* s. 87 vd.; Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 71 vd.

eden taraflar vekil, müdafii, müşavir ve kanuni temsilciler hakkında cezai takibat yapılmamasını ifade eder. Bu adaletin herhangi bir engellenmeyle karşılaşmaksızın temini amacına dayanır. Savunma yapmak adına söylenmesi gerekenin, ceza korkusu ile söylenememesi adaletin gerçekleşmesine engel olur. Ancak, savunma dokunulmazlığının bu amaç çerçevesinde değerlendirilmesi ve ceza görmeksizin onur kırmaya araç olacak şekilde kötüye kullanılmasına da fırsat verilmemesi gerekir.⁶⁰

Kamu hukuku alanlarına giren haklardan olan, savunma dokunulmazlığı Ceza Kanunu'nun 486. maddesinde düzenlenmiştir. Yargıç söz konusu hükmün uygulama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kendiliğinden araştırmalıdır. Bu dokunulmazlıktan mahiyeti itibariyle vazgeçilemez.

Bu dokunulmazlıklar ancak, taraflar, vekil, müdafii, müşavir ve kanuni temsilciler faydalanır. (TCK, m. 486/1)⁶¹

Bu dokunulmazlığın konusu sadece hakaret içeren söz ve yazılardır. Yani sadece hakaret suçları için savunulma dokunulmazlığı kabul edilmiştir. İftira (TCK, m. 285) tehdit (TCK m. 191), tanıkları yalan beyana teşvik (TCK m. 191), savunma hakkının kötüye kullanılması (TCK m. 283) suçlarında savunma dokunulmazlığından söz edilemez.

Hakaret ve sövme, yargılama makamlarına verilen dilekçe, layiha veya bunların dışındaki evrak ile savunmaya konu olan yazı ve sözlerle işlenmelidir.

Yargılama makamlarına verilen dilekçe ve benzeri yazılar, iddia ve savunmaya ilişkin olmalıdır. Bir başka deyişle, görülmekte olan bir dava ile sarf edilen, hakaret içeren ifade arasında mantıksal bir bağ bulunmalıdır.

Dava ile dilekçeler, yargılama makamına verilmelidir. Savunma bu makam huzurunda yapılmalıdır. Davanın görüldüğü sırada, yargı merciine verilen, hakaret içeren yazı ve sözler savunma dokunulmazlığından yararlanır.

Savunma dokunulmazlığı, özel bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilebilir. Bu dokunulmazlığın sonucu savunma dokunulmazlığı kapsamındaki hakaret içeren yazı ve sözler içeren, bunları sarf edenler hakkında kovuşturma yapılmamasıdır (TCK m. 486/1)⁶²

Savunma dokunulmazlığı ceza kovuşturması yapılmasını engellerse de, hukuki sorumluluğu bertaraf etmez. Aslında böyle bir sonucun öngörülmüş olması, savunma dokunulmazlığının getirilmesi amacı ile çelişki-

⁶⁰ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 71 vd.

⁶¹ Eriş, U. *a.g.e.* s. 3

⁶² Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 75

lidir. Zira Ceza Kanunu'nun 486. maddesinin 3.fıkrası “...1. fıkrada yazılı hallerde” demek suretiyle savunma dokunulmazlığının aşılmış olmadığı durumlarda da manevi tazminat istemi ile karşı karşıya kalılabileceğini belirtmiş olmaktadır. Bu ise Ceza Kanunu'nun 486.maddesinin sağlamaya amaçladığı savunmaya etkin güvence temin etme düşüncesine terstir.⁶³

Nitekim kimi yazarlar, savunma dokunulmazlığını yalnız cezai yönden değil, hukuksal yönden de geçerli olması, aksi halde tazminat korkusunun savunma özgürlüğünü zedeleyebileceği görüşünü ileri sürmektedirler.⁶⁴

Diğer yandan sırf sansasyon yaratma düşüncesi ile, dava dolayısıyla söylenmesi zorunluluğu bulunmadığı, gerçeğin ortaya çıkmasında etkili olmadığı halde, bir takım hakaret içeren yazı ve sözlerin kullanılmasına imkan tanımak, bunları savunma dokunulmazlığı kapsamına almak, insan onurunu esas olan, ona saygılı olan, Hukuk Devleti anlayışı ile bağdaşmaz. Hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden, hukuka uygunluk sebebi de olamaz.

Görüldüğü üzere, savunma sınırını aştığı kabul edilirse avukat hem suç sayılabilen eyleminden ceza alacak, hem de tazminata mahkum edilecek ve ayrıca eylemi meslek kurallarına aykırı sayıldığı halde mensup olduğu baro disiplin kurulunca disiplin cezasına çarptırılacaktır.

Ortaya çıkan tablo, avukatın savunma hakkını kullanırken, içinde bulunduğu konumun ne denli hassas bir denge üzerinde kurulu olduğunu göstermesi bakımından da ilginçtir.⁶⁵

e. Bağımsız Avukatlık ve Barolar

Avukatlık hizmetleri, Anayasamızın “idare” başlığı altında “yürütme” bölümünde düzenlenmiş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (Anayasa m. 135) olan baroların denetim ve gözetimi altında avukatlarca yürütülmektedir. Bu nedenle, avukatın kayıtlı olduğu baro ile ilişkisini avukatın bağımsızlığı kapsamında değerlendirmek gerekir.⁶⁶

Avukatın, devletin en önemli görevlerinden biri olan hukukun gerçekleştirilmesi, yani adalet dağıtılması faaliyetine katılması, onun diğer meslek mensuplarının aksine, özel bir meslek hukukuna tabi olmasını ve kendisine özel bir takım mesleki yükümlülükler yüklenmesini haklı kılmaktadır.⁶⁷

⁶³ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 76

⁶⁴ Erem, F. “*Müdafaa Masuniyeti*” (1956) s. 14-15

⁶⁵ Eriş, U. *a.g.e.* s. 9

⁶⁶ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 44

⁶⁷ Sungurtekin, M. *Avukatlık Mesleği* s. 45

Gerçekten meslek-meslek hukuku incelendiğinde, her bir avukatın bağımsızlığının açıkça meslek hukuku bakımından sınırlandığı görülmektedir.

Avukat bağımsızlığının ilk sınırı bir baroya kayıtlı olma zorunluluğudur. (Av. K. m. 66/1)

Meslek icrası konusunda zorunlu olan denetim, ancak tüm avukatların üyesi buldukları bağımsız meslek kuruluşunca yerine getirilir. Son derece doğaldır.⁶⁸ Avukatların baroya zorunlu üyeliklerinin gerekçesi de bu olmaktadır. Kendi mesleklerinden olan, mesleki sorunları bilen avukatlardan seçilmiş temsilciler eli ile meslek icrasının denetiminin gerçekleştirilmesi, mesleki faaliyet bakımından bağımsız olmanın bir sonucudur.

Her avukat üyesi olduğu baroyla bir ilişki içindedir. Ancak bu bir ast-üst ilişkisi değildir.

Meslek ahlakı ve kuralları çerçevesinde, avukatlığın genel menfaatlerine uygun olarak barolarca belirlenen kurallara uymak dışında avukat baronun emir ve talimatları altında değildir.⁶⁹

Barolar mesleklerini icrada avukata emir veremez.⁷⁰

Avukatın meslek kuruluşu tarafından denetlenmesi, avukatlığın bir kamu hizmeti olmasının gereğidir. Bu bakımdan bağımsızlık kavramının, baronun denetim görevi ile çeliştiğini düşünmek olanaksızdır.⁷¹

Avukatın bağımsızlığını ve mesleğin onurunu sağlamak ve korumak amacı ile meslek standart ve meslek ahlakını ilişkin ilkeler oluşturmak bir meslek örgütü olarak baroların asli görevidir. Barolar, öncelikle avukatların haklarını korumaya çalışmak, sonra da hukukun uygulanması ve gelişmesi için mücadele etmektedir.

Meslek kurallarına ve mesleki yükümlülüklerle bağlılık bağımsızlığı zedelemes. Aksine “*ahlak kurallarını ve mesleğin uygulama ilkeleri*” belirlenmiş ve avukatların meşru çıkarlarını tam bir bağımsızlık, özen ve dürüstlük içerisinde savunduğunu incelemek amacıyla düzenlemeler yapılmış olmalıdır. Bu düzenlemelerin, avukatların kendi seçecekleri bağımsız barolar tarafından yapılması gerekir.⁷²

⁶⁸ Müller; L. “*Die Freiheit der Advokatur (Die Geschichtliche Entwicklung in Deutschland Während der Nazizeit und Ihre Rechtliche Bedeutung in der BRD)*” Diss. Würzburg (1972), s. 142

⁶⁹ Kılıç, S. a.g.e. s. 6

⁷⁰ Sungurtekin, M. *Kuramsal Anlamda Bağımsız Avukatlık*, s. 23

⁷¹ Eren, F. *Meslek Kuralları* (Şerh) s. 23

⁷² Güner, S. “*Savunma Hakkı ve Baroların Bağımsızlığı*”, Ankara Barosu Kurultayı 2000, C. 4 s. 204-205

Ancak bu denetim görevini yapacak olan baroların kendilerinin de özerk ve hem otoriteden hem de kamudan bağımsız olmaları gerekir.⁷³

Bu bağımsızlık, baroların herşeyden önce yürütme organı karşısındaki bağımsızlığıdır.

“Hukuk üstünlüğü” kavramını savunmaya kendini hasetmiş, yürütme karşısında bağımsız baronun mevcudiyeti hukuk üstünlüğü kavramının temel unsurlarından biridir.⁷⁴

Vesayet altındaki barolar, çağdaş baro anlayışına uygun düşmemektedir.

Vesayet altında baro anlayışı, Anayasamızın ruhuna da uygun sayılmaz. Kuvvetler ayrılığı bir anayasal prensip olduğuna göre, vesayet altında tutan sistem dolayısıyla, adliyeye de müdahale etmiş durumuna girer. “Adliyenin bağımsızlığı”, fiilen ve tamamen sağlanmış olmazsa “hakimlerin bağımsızlığı” eksik kalmış demektir.⁷⁵

Bağımsız barolar, avukatlığın bağımsız olmasını temin bakımından hem gereklidir ve hem de teminattır.⁷⁶ Bütün bu nedenlerle avukatın ya da baroların bağımsızlığı, bunların tek tek ve birbirinden bağımsızlığı değil, tümüyle savunmanın bağımsızlığıdır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası’nda 02.05.2001 tarihli 4677 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler, baroların bağımsızlığını oldukça ileri noktalara götürmüş, Adalet Bakanlığı vesayetini daraltmış, son sözü söyleyen makam olmaktan büyük ölçüde çıkarmıştır.⁷⁷

III. SONUÇ

Avukat, bir olaydaki sorunları çözen ve ilgiliye hukuki yardımda bulunan, adaletin gerçekleşmesine hizmet eden kişidir. O ailesini ve vatanını savunurken canını feda etmekten çekinmeyen bir cengaverden daha az yararlı değildir. (1500 yıl önce kaleme alınmış Codex Justinianus)⁷⁸

⁷³ AB Avukatlık Prensipleri, Prensip V: Birlikler, m. 2

⁷⁴ Klecatsky H. “Reflexion sur la primauté du droit, Rev. de la com. Inter. de jurites”, (1963), n. 2 s. 215; Erem F. Meslek Kuralları (şerh) s. 13

⁷⁵ Erem F. Meslek Kuralları (şerh) s. 14

⁷⁶ Sungurtekin, M. Avukatlık Mesleği, s. 54

⁷⁷ Özok, Ö. “Bağımsızlık-Vesayet-Birliktelik”, TBB Dergisi, S. 48 Eylül/Ekim 2003, s. 23

⁷⁸ Hartsrtang, G. “Der Deutsche Rechtsanwalt-Rechtssstellung und Funktion in Vergangenheit und Gegenwart”, (1986) s. 9; Busse, F. a.g.e. s. 130

Avukatlık her zaman olduğu gibi günümüzde de bir ilim ve sanattır ve yargıçlık kadar eski, fazilet kadar asil ve adalet kadar gereklidir. (Fransız Başbakanı d'Agueesseau 1813)⁷⁹

Biri 1500, diğeri ise 191 sene önce yapılmış avukatlığa ilişkin bu tarifler, günümüz için de geçerlidir.

Danışman ve temsilci olarak avukat, tüm hukuk ihtilaflarında müvekkilinin haksızlığa uğramasını önler. Hukuku geliştirerek, ihtilafları önleyerek, yargı ve idari mercilerin hatalı kararlarına karşı müvekkilini korur. Müvekkilinin anayasal haklarının zedelenmesine ve devlet gücünün kötüye kullanılmasına karşı müvekkilinin haklarını güvence altına alır.

Avukat sadece müvekkilinin talimatını yerine getiren bir vekil değildir. O yaptığı işi adalet/hukuk terazisinde sürekli tartar. Söz konusu eylemin hukuki/toplumsal anlamını arayan, sonrada bu tespitlere göre savunma görevini yerine getiren özel bir kişidir.⁸⁰

Tüm bu görevleri yerine getirebilmek için avukatın bağımsız olması gerekir. Bağımsızlık avukatlığın “*olmazsa olmaz*” koşuludur. Bu bağımsızlık aynı zamanda, yargıcın bağımsızlığı ve adalete güven içinde gereklidir. Böylece avukat, aynı zamanda hukuk devletinin taşıyıcısı ve teminatıdır.

Bağımsızlık her şeyden önce, devlete karşı ve devletten bağımsız olma anlamına gelir. Devlete karşı bağımsızlık, yargı organlarına karşı bağımsızlığı da içerir. Bağımsız avukatlık, avukatın aynı zamanda müvekkilinden ve üçüncü kişilerden de bağımsız olmayı gerektirir.

Kuramsal olarak bağımsız avukatlık, hukuk devletinin hedeflediği hukukun ve adaletin gerçekleşmesi amacına hizmet etmekte olduğundan, hukuk devletinin vazgeçemeyeceği temel unsurlardan biridir.⁸¹

Nasıl hakimlerin bağımsızlığı “*bizzat (kendine yeter) amaç*” değil, adaletin tecellisine ve böylece hukuki barışın gerçekleşmesine bir araç ise; avukatların bağımsızlığı da bir amaç değil, kendilerine yüklenilen hak ve görevleri en mükemmel şekilde yerine getirme de bir araçtır.

Unutulmamalıdır ki bir şeyden bağımsız olmak, aynı zamanda bir şey için bağımsız olmaktır.

Avukatın görevinde nazari olarak bağımsızlığı yeterli değildir. Avukat, vatandaşın danışmanı ve temsilcisi olarak hak arama ve hukuk yaratma

⁷⁹ Gneist, “*Freie Advokatur. Die Erste Forderung in Preussen*”, (1867) s. 55

⁸⁰ İnancı, H. “*Avukatlık Mesleğinde Ahlak, Etik Meslek Kuralları ve Etik Bir Deneme*”, Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Sempozyumu, s. 353 vd. 364.

⁸¹ Huber, H. *a.g.e.* s. 266

⁸² Nemo, P. “*Baroların Bağımsızlığı-Savunmanın Dokunulmazlığı*”, Diyarbakır Barosu Yayını (2004) s. 5

görevini yaparken, kendisini gerçekten hür hissetmelidir. Bu da ancak arkasında kendisini destekleyecek ve koruyacak, en az kendisi kadar bağımsız bir meslek örgütünün varlığı mümkündür.

Bağımsız avukatlık ile bağımsız baro kavramları birbirlerine karşı değil, birbirlerini tamamlayan kavramlardır. *“Güçlü avukat, ancak güçlü bir baro varsa vardır.”*⁸²

Gerek iç hukukumuzda ve gerekse ulusal hukukta, bağımsız avukatlık ve bağımsız baro, büyük ölçüde güvence altında alınmıştır.

Ancak, bu güvenceler ne kadar geniş kapsamlı olsalar da, hiçbir zaman yeterli olamazlar. Asıl güvence, bağımsızlığı kullanacak kişilerin bizzat kendilerinin *“bağımsız kişiliğe”* sahip olmaları ile mümkündür. Bir başka deyişle, bağımsızlık; ancak bağımsız kişilikle yeşerir ve güç kazanır. Bağımsız kişilik; yürekli olmanın da ön koşuludur.

Bağımsız kişiliğe, çağın bilgileri ile donatılmak ve onun sunduğu tüm maddi ve manevi olanakları doğru ve amaçlarına uygun kullanmak yoluyla kavuşulur.

Diğer yandan, müvekkil ile avukat arasındaki ilişki güvene dayalı bir ilişkidir. Avukatın samimiyeti, doğruluğu, dürüstlüğü ve namusu konusunda şüphe var ise; güvene dayalı ilişkiden söz edilemez.

En temel insan haklarından olan, *“Adil Yargılanma Hakkı”* nın korunması, geliştirilmesi ve güçlendirilmesi için bilgili, yetenekli, güvenilir, bağımsız-tarafsız yargıçlar kadar, yaptığı işin sorumluluğunun bilincinde, bağımsız, bilgili ve de yürekli avukatlara da gereksinim vardır. Hala avukatlar *“hukukun korkusuz şövalyeleri”*⁸³ olmak durumundadırlar.

⁸³ Hartstrang, G. a.g.e. s. 11

TÜRKİYE'DE İLK UYGULAMA: İSTANBUL BAROSU “BARO MECLİSİ” SÜREKLİ GENEL KURUL

Av. İlker Hasan DUMAN*

Laik, çağdaş, demokrat, ilerici, ulusal devletten ve egemenlikten, Atatürk ilke ve devrimlerinden yana olan avukatlardan oluşan Önce İlke Grubu'nun programını onaylayan İstanbul Barosu avukatlarının desteğiyle kazanan İstanbul Barosu Yönetim Kurulu, zamanla yarışarak, vaatlerini bir bir yerine getirmektedir. Baro Meclisi'nin kurulması da, Önce İlke Grubu'nun programında yer almıştı. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu; Baro Meclisi'ni oluşturmaya karar vermiş, önce 15 kişiden oluşan bir komisyon kurmuş, bu komisyonun titiz çalışması ile bir taslak ortaya çıkmış, taslak Baro Yönetim Kurulu'nda tartışılmış, taslağa ilk şekli verilmiş ve 25 Ekim 2003 tarihinde Baro Meclisi'nin ilk toplantısını gerçekleştirmiştir. Gereksinim duyulduğunda veya koşullar gerektirdiğinde, Baro Meclisi Yönergesi değiştirilebilecektir.

1. İSTANBUL BAROSU YÖNERGESİ

Kuruluş

Madde 1. İstanbul Barosu Yönetim Kurulu kararıyla, İstanbul Barosu “Baro Meclisi” kurulmuştur. Baro Meclisi, bu yönerge hükümleri kapsamında yönetsel özerkliğe sahiptir.

Amacı

Madde 2. Avukatların çeşitli istek, öneri, eleştiri ve birikimlerini doğrudan Baro Yönetim Kurulu'na iletmelerini sağlamak, Baro Yönetimi'nin görüşü alınarak bu yolla katılımçılık ve üretkenliğin hayata geçirilmesine ve Yönetim Kurulu'nun görevlerini yerine getirmesine katkıda bulunmaktır.

* İstanbul Barosu üyesi

Organları

Madde 3. Baro Meclisi'nin Organları:

- a. Meclis Genel Kurulu
- b. Meclis Başkanlık Divanı'dır.

Meclis Genel Kurulu'nun Oluşumu

Madde 4. Meclis Genel Kurulu; Baro Organları, TBB Delegeleri, Bölge Temsilcileri, Merkez ve Komisyon Başkanlık Divanları, SEM Yürütme Kurulu, Bölüm Başkanları ve Stajyer Avukat Temsilcileri, Baro Yönetiminde Başkanlık Divanı'nda görev yapış olanlar, İstanbul Barosu Baro Meclisi Başkanlık Divanı'nda görev yapmış olanlar, Baro Yönetim Kurulu'nca 10 avukattan oluşur.

Seçimler belirlenen veya atanmalar yerlerine yenileri seçilmekle ve atanmakla eskilerin görevi sona erer.

Görevleri

Madde 5. Baro Meclisi'nin görevleri şunlardır:

- a. Baro Meclisi Başkanlık Divanı'nı seçmek ve azalma olursa tamamlamak,
- b. Gündemdeki konuları görüşmek, gerekli gördüğü tavsiye kararlarını almak,
- c. Baro Yönetim Kurulu'nun istemiyle gündeme alınan konular hakkında görüş oluşturup tavsiye kararı almak,
- d. Bir sonraki toplantıda görüşülmesini istediği konunun gündeme alınmasına karar vermek,
- e. Baro Meclisi çalışmalarında, Baro Merkezleri ve Komisyonlardan yararlanarak gerekli gördüğü konularda sınırlı görev yapmak üzere geçici komisyonlar oluşturmak,
- f. Bu yönergede gerekli gördüğü değişiklikler için tavsiye kararı almak,
- g. Baronun iç hukuk düzenlemeleri hakkında tavsiye kararları almak

Toplantılar

Madde 6.

- a. Olağan Toplantı: Baro Genel Kurulu'nu takiben Baro Meclis Başkanı'nun çağrısı üzerine Aralık ayının ilk haftasında toplanır. Takip eden toplantılar en geç üç ayda bir yapılır.

b. Olağanüstü Toplantı: Baro Başkanı ve Baro Meclis Başkanı gerekli gördükleri hallerde Baro Meclisi'ni olağanüstü toplantıya çağırabilirler.

Toplantı ve Karar Yeter Sayısı

Madde 7. Baro Meclisi, katılanlarla toplanır, kararlar salt çoğunlukla alınır.

Kararların Niteliği

Madde 8. Baro Meclisi'nin aldığı kararlar tavsiye niteliğindedir.

Baro Meclisi Başkanlık Divanının Oluşumu ve Süresi

Madde 9. Baro Meclisi, ilk toplantısında seçeceği bir başkan, iki başkan vekili ve iki divan üyesinden oluşur. Baronun seçilmiş organlarında yer alan kişiler, Meclis Başkanlık Divanı'na seçilemezler. Olağan toplantı hükümleri esasları içinde görev süresi bir yıldır. Aynı kişiler yeniden seçilebilirler.

Görevleri

Madde 10. Baro Meclis üyeleriyle görüşmek suretiyle gündemi belirler.

Baro Meclisi, Baro Meclis Başkanı yokluğunda başkan ve vekillerinde biri tarafından yönetilir. Alınan kararları Baro Yönetim Kuruluna sunar ve takip eder.

Çalışma Yeri ve Giderleri

Madde 11. Baro Yönetim Kurulu, Baro Meclis Başkanlık Divanı'nın ve Baro Meclisi'nin çalışmalarını yapabilmeleri için her türlü tedbiri alır. Yer tahsis eder, çalışma ve etkinliklerin tüm giderlerini karşılar.

Yürürlük

Madde 12. İstanbul Barosu Meclisi Yönergesi 28.8.2003 gün ve 32/18 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu yönerge ilk yapılacak Baro Genel Kurulu'nun onayına sunulur.

Madde 14. Bu yönergede hüküm bulunmayan hallerde Avukatlık Yasası ve Avukatlık Yasası Yönetmeliği hükümleri uygulanır.

Geçici Madde

Yönergenin yürürlüğe girdiği tarih ve takip eden 1 ay içinde İstanbul Baro Meclisi üyeleri, Baro Yönetim Kurulu'nun belirlediği yer, gün ve saatte Baro Meclis Başkanlık Divanı'nı seçmek ve gündemdeki diğer konuları konuşmak üzere İstanbul Barosu Başkanı tarafından toplantıya çağılırlar.

2. BARO MECLİSİ'NİN İLK YÖNETİCİLERİ

Baro Yönetim Kurulu'nca, yönergede Meclis üyesi olarak gösterilen avukatlara, içinde gündeminde bulunduğu toplantıya davet mektubu gönderilmiştir. Toplantı Ticaret Üniversitesi'nin Konferans Salonu'nda başladı. İlk toplantı olduğu için, katılım beklenin altında kalmış ise de, üyelerin dörtte üçü katılmıştı. Baro Başkanı Av. Kazım Kolcuoğlu kısa bir açış konuşması yaptı. Divan Başkanlığı'nı oluşturmaya geçildi. Divan Başkanlığı'na Şeref Kısacık, başkan vekillerine Av. Hüseyin Özbek, Av. Şeref Dede, üyeliklere Füsün Dikmenli, Av. Berrin Adıyaman seçildi. Divan Başkanı Av. Şeref Kısacık kısa bir teşekkür konuşması yaptıktan sonra gündeme geçildi. Bu arkadaşlar aynı zamanda İstanbul Barosu Meclisi'ni bir yıl süreyle başkan, başkan vekili ve üyeler olarak yönetecekler.

(İlk) Baro Meclisi'nin İlk Toplantısının Gündemi

1. Baro Başkanı'nın açış konuşması
2. Başkanlık Divanı'nın oluşturulması
3. Gündemin oluşturulması
4. Yargı ve meslek sorunlarının görüşülmesi
5. *"Tevfik Fikret ve Mahmut Esat Bozkurt Cumhuriyet Aydınlanmasına Hizmet Ödülü"* ile ilgili yönerge taslağının görüşülmesi
6. Avukatlık, Sağlık ve Sosyal Güvenlik Sorunlarının görüşülmesi

Divan Başkanı Şeref Kısacık gündem hakkında açıklama yaparken Av. Celal Ülgen söz alarak, *"Bugün Ankara'da yapılmakta olan Cumhuriyet Yürüyüşü'ne Meclisimiz bir bildiri yayınlayarak desteğini açıklamalıdır. Aynı desteği Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Rauf Denktaş için de söz konusu olmalıdır"* dedi.

Ankara'da yapılmakta olan Cumhuriyet Yürüyüşü ile KKTC Cumhurbaşkanı Sayın Rauf Denktaş'ı desteklemek amacıyla bildiri yayınlanması bunun için bir *"Bildiri Komisyonu"* oluşturma önerisi görüşüldü, onaylandı, benimsendi. Av. İlker Hasan Duman, Av. Kani Ekşioğlu, Av. Murat Hattat-

toğlu, Av. Celal Ülgen Bildiri Komisyonu'na seçilmiş, Komisyon bildiri tas-laklarını hazırlayarak Divan Başkanlığı'na vermekle görevlendirilmiştir.

Divan Başkanı Şeref Kısacık gündemin oluşturulması veya gündemdeki konular üzerine söz almak isteyenlere söz verdi.



Baro Meclisi üç ayda bir olağan toplantı yapıyor. (5 Haziran 2004 tarihli toplantıda Başkanlık Divanı)

3. (İLK) BARO MECLİSİ, PARLAMENTO KADAR RENKLİ VE ÖZGÜR

Türkiye'de İlk Baro Meclisi'nin ilk toplantısında yapılan konuşmalar-dan özetler;

Av. Kazım Kolcuoğlu: Meclis'in oluşturulmasının amacı herkese olayı yaymak ve bir şey üretmemek değil, seç,m, kazanan grubun kendi vaatlerini ve çalışmalarını üreterek geliştirmek ve yönetime bu konuda katkıda bulunmak olarak düşündük. Yoksa yaymak kolay, herkesi ça-đırırınız, buradan bir şey çıkarmanız da mümkün olmaz. Aynı şeyleri paylaşan, aynı düşünceleri iktidar talebinde bulunan yönetim kendi seçim bildirgesiyle tabana ulaştırdığı için bunların gerçekleştirilmesi konusunda Meclis büyük katkılarda bulunacak. Göreve geldiğimizde 21'e yakın kom- komisyon, 5 merkez vardı, bunlara yeni bir-iki komisyonda biz ilave ederek, komisyonları ve merkezleri yeniden oluşturduk, yeniledik, yeniden yapılandırdık. Komisyonlar, bir yıl içinde 35'e yakın sempozyum, seminer ve toplantı düzenlediler. Yüz binlere ulaşan bir yazışma bürokrasisi ile karşılaştık. Yönetim Kurulumuz, 9.000'e yakın karar aldı. Yönetim Kurulu 200 maddelik gündemlerle toplanıyor. Yargı sorunları ile ilgili üç uluslar arası toplantı yaptık. Adli yılın açılış toplantısını ilk kez İstanbul'da yaptık.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi açılışına İstanbul Barosu da etkin bir biçimde katıldı. İstanbul'daki 7 hukuk fakültesiyle yakın işbirliği içine girdik. Siyasi misyoner gibi çalışan yabancı vakıfların çalışmalarımızın giderlerini karşılamak yönündeki, önerilerini geri çevirdik. Avukatların sağlık ve sosyal güvenlik sorunlarını ciddi biçimde ele aldık. Baro pulunu iki katına çıkararak, oluşacak farkın baroların oluşturacakları sağlık sadıklarına aktarılmasını düşündük. Kalp Vakfı Böbrek Vakfı ile temas kurarak, indirimli fiyatlar sağladık. Baro Dergisini ve Bültenini ücretsiz dağıtıyoruz. Geldiğimizde 7-8 milyar lira civarında olan telefon konuşma ücretlerini üç kat aşağıya çekerek önemli tasarruf sağladık. Komisyonlarımızın çalışmalarını ve sempozyum sonuçlarını kitap haline getirdik. Meslek içi eğitimi başlattık. Aile Mahkemeleri konusunda, İstanbul Üniversitesi ile Baromuz Kadın Hakları Komisyonu bir meslek içi eğitim gerçekleştirdi, bu çalışmaya hakimler de katıldı. Bu yıl ki Yeni Adli Yıl Kokteyli'ne İstanbul'daki hakim ve savcıların %95'i katıldı. Adliye, hakim ve savcılar ile Baro ve avukatlar arasındaki kopuk ilişkiler ve diyalogsuzluk, bizim dönemimizde önemli çapta azaldı. Bayramlarda, Baro Başkanına ayrılan protokole herkes riayet ediyor. Kuledibi'ndeki inşaatın hukuki ve inşai sorunlarıyla uğraştık. Baro Hanın 7. katını, Baro Yönetimi'nin ve Komisyonları'nın çalışmalarına hazır hale getirdik. 50 kişilik bir salon kazandırdık. 250 kişilik tiyatro salonunun baro çalışmalarını karşılayacak hale getireceğiz. Hükümetin üniversiteleri medrese haline getirmesine her platformda karşı çıktık.

Av. Sahir Bafra: Son genel kurulda 3000 oy almış. 1300 oy almış raking grupların başkan ve yönetim kurulu üyelerinin Baro Meclisinin üyesi olarak yer almamış olması eksikliklerdir. Bunlar toplam 22 kişidirler, bunlar niçin aramızda bulunmuyorlar. Bunları da aramıza alalım, sorunları birlikte tartışalım, onların da fikir, enerji ve birikimlerinden yararlanalım. Ayrıca son genel kurulun başkanlık divanının da, Baro Meclisinin üyesi olmasında yarar vardır. Baro Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturan avukatların da -Divanın devamlılığı bakımından- meclis üyesi sayılması gerekir. Bu meclis, bir çekim merkezi olmalıdır.

Baroların yapısal modeli demodedir. Bunun için bölge baroları kurulmalı, seçimler iki dereceli yapılmalıdır. Almanya, Fransa, İtalya, İngiltere gibi belli başlı Avrupa ülkelerinin her birinde kırk bin, elli bin hakim varken, bizde bu sayı on bin'dir. Bu sayıyı 5 katına çıkarmalıyız. Adli sorunlar yalnız iş çokluğundan kaynaklanmıyor, donanım, kadro, mekan yetmezliği de var. Avukatlar güçlerinin bilincinde değil. Adliye'ye gittiğimizde itilip kakılmadan, soyulmadan arabamızı park edecek bir yer istiyoruz. Temiz cübbe istiyoruz. Kalemde rahat çalışma ve oturma fırsatı, dosyamızın anında önümüze getirilmesini istiyoruz. Sözümlü dinleyecek, anlamaya niyeti ve mecali olan, imkanı olan hakim ve savcı istiyoruz. Yazımızı okuyacak Yargıtay istiyoruz. Fonksiyonu olmayan kişilerin itibarı

olmaz. Siyasi iktidarların yargıya verdikleri payın her geçen gün ve bilinçli olarak azaltılması vahim bir durumdur. Hakim ve savcıların tayinleri, teftişleri, özlük hakları ve yargının her şeyinin Adalet Bakanlığı müsteşarı eliyle yürütülmesini kabul etmiyoruz. Barolar, yargı kurum ve mensupları, basın, kurum ve kuruluşlar, yargı ekinin ağır ihmal ve ihanetlere maruz kalmasına ses çıkarmamışlar, sahip oldukları rol, güç ve sorumluluklarını yerine getirmemişlerdir. Siyasi iktidarlar yargıdan ellerini çekmediler, yargı bağımsız olmalıdır, bakanın vesayetinden kurtulmalıdır. Sorumlu, yansız, yeterli sayı ve nitelikte savcı istiyoruz. Yargıda yeterli bütçe istiyoruz. Yargı gelirlerinin yargıya hasrını istiyoruz. Merkezi, donanımlı, çağdaş adliye binaları istiyoruz. Hakimleri, savcılarını, yargı personelini ezmeyen, yurttaşları, hak sahiplerini ve onların vekillerini yıldırmayan, çaresiz bırakmayan, pişman etmeyen, doğru, hızlı, kaliteli, yolsuzluğa bölücülüğe geçit vermeyen çağdaş bir yargı istiyoruz.

Av. Şeref Kısacık: Daha geniş mücadelelere geniş halk kitlelerini katabilmenin yolu, onların günlük sorunlarını çözmekten geçiyor.

Av. Abdi Pesok: İstanbul Yargısı'nın en önemli sorunu, adliye binalarıdır, 38 adliyede hizmet verilmektedir. Öncelikle adliyelerin fiziki durumunu düzeltmeliyiz. Bu basın toplantılarıyla, mesajlarla, olacak şey değildir, eylem yapmalıyız.

Av. Burhan Güngör: Asıl mesleği kaymakamlık olan Mehmet Can'ın Adalet Bakanı olduğu dönemde her ilçeye adliye getirdiler. Adliyeleri dağıtmak yerine, merkezileştirmek gerekir.

Av. Atilla Özdeğir: Baro Meclisi'nin kurulmasına ön ayak olması, İstanbul Barosu Yönetiminin devrim niteliğinde bir icraatıdır, kendi yetkilerinde bir bölümünü bu meclise bırakması çok önemlidir. Baro Meclislerini, yasal zemine oturtmak gerekir, Avukatlık Yasası'nın bu meclisi düzenlemesini sağlamalıyız. Yargının verdiği çelişkili kararları derlemeliyiz; bunun için avukatların çelişkili kararları bildirecekleri bir merkez oluşturmalıyız. Demokratik baskı gurubu olarak İstanbul Barosunun topluma önemli mesajlar vermesine ihtiyaç vardır.

Av. Tamer Şahin: Adalet Bakanlığı yargı harçlarını kendisi tahsil etmeli ve kendi bütçesini hazırlayıp ayarlamalı.

Av. Ramazan Çakmakçı: Yargının tüm birimlerinde avukat tutmak zorunlu olmalıdır. Kamu avukatlığı kaldırılmalıdır. Kamu kurumları hukuk müşavirleri çalıştırabilirler; ama avukatlık ayrı bir şeydir. Herhangi bir kamu kurumunun bir avukata ihtiyacı olursa, sade vatandaş gibi Bara mensubu, bağımsız ve serbest çalışan avukatlara başvurulmalıdır.

Av. Kadri Markoç: Mahkemelerde liste disiplinine uyulmaktadır. Çeşitli eylemlerle, bu disiplinsizliğin önüne geçebiliriz.

Av. Aydeniz Alisbah Tuskan: Sorunlarının bilincinde olmayan avukatların yüzünden, yapılacak eylemlerde çok fire verilebilir. Haksızlıklara, baro tepki göstermelidir. Yasa tasarılarını gündeme getirmeliyiz. Baro yönetimi aylık basın toplantıları yaparak, o ay içinde mecliste görüşülen yasalarla ilgili ve gündemde olan yasa tasarılarıyla ilgili baronun görüşlerini, yapılması gerekenleri dile getirmeli ve kamuoyuna duyurmalıdır. İktidar ve muhalefet partilerine yasa tasarıları konusundaki görüşlerimizi bildirmeliyiz, onlarla açıkça konuşmalıyız.

Av. Hikmet Turgut Söğütü: Basına yapılacak önemli duyurular Meclis başkanının tarafından yapılmalıdır.

Av. Nazan Moroğlu: Baro, fakültesiyle daha sıkı işbirliği yapılmalıdır.

Av. Nizar Özkaya: İstanbul Barosu dünya çapında bir barodur, gücünü eylemlerle kullanırsa Yargı sorunlarının çözümünü kolaylaştırır.

Av. Zeki Yıldan: Türk hukukçularına, iki yılda bir, yargı yılının açılışında, Cumhuriyet aydınlanmasına hizmet ödülü vermeliyiz.

Av. Oktan Akmaner: İstanbul barosu ciddi bir baskı kuruluşu olmalıdır. Baronun komisyon ve merkez toplantıları, periyodik yakınma seansına dönüşmüştür. Dışarıya taşan cılız kıvılcımlar hedefsizlikten ötürü sonraki basamakları ateşleyememektedir.

Av. Murat Özsunay: Bu baro yalnız bu yönetime oy verenlerin değil; bu baroya kayıtlı olan herkesin barosu ve bu baronun içerisinde bu mecliste yer alabilsin veya alamasın çok çeşitli siyasi görüşleri olan arkadaşlar vardır. Onların katılımı da sağlanmalıdır. İstanbul Barosu'nun, bir başka ülke olan KKTC'de seçimlerin sonucunun nasıl olması gerektiğini ima eden tavırlar içine girmesini doğru bulmuyorum.

Av. Müşir Kaya Canpolat: İstanbul Barosu Meclisi, sivil niteliğini korumalı, geliştirmeli ve diğer meslek örgütlerine örnek olmalıdır. İstanbul Barosunun resmi kurum olarak belki de yasal olarak açıklayamayacağı, sesini duyuramayacağı yerlerde hemen geniş katılımıyla baro meclisi devreye girmeli, asıl sözcülüğü üstlenmelidir. Bununla Türkiye'nin gelecekteki çağdaş yönetime önemli katkılar sağlayacak bir girişimin içinde olduğumuzu, gerçek anlamda tarihsel bir göreve başladığımızı unutmayalım.

4. YAYIMLANAN BİLDİRİLER

Birinci Bildiri

Cumhuriyetimizin 80. yılını kutlamakta olduğumuz bir haftanın içinde, ilk kez İstanbul Baro Meclisi'nin yaşama geçişine de tanık olmaktadır.

Bugün 25 Ekim 2003. Aynı zamanda Ankara’da üniversitelerin, baroların demokratik kitle örgütlerinin ve Cumhuriyete duyarlı siyasi parti ve yurttaşların katıldığı Cumhuriyet Yürüyüşü yapılmaktadır. Baro Yönetim Kurulumuzun aldığı bir karar ile bu yürüyüşte İstanbul Barosu da yer almaktadır.

Bu yürüyüş; olağan bir Cumhuriyet sevgisini pekiştirme amacından çok, ülkemizin bağımsızlığına, laik düzene ve bilim özgürlüğüne yönelik tehditler duyulan tepkilerden kaynaklanmaktadır.

Siyasi iktidarlar, ne yazık ki yeni YÖK Yasası’yla YÖK’ün tutucu, bilimi engelleyen, bilim özgürlüğünü kısıtlayan kurallarını değiştirmek yerine; aklı tutsak eden, bilim özgürlüğünü yok eden, çağ dışı, laiklik karşıtı düzenlemeler getirmek istemektedir.

İstanbul Barosu Meclisi olarak bilimin ve özgür öğrenimin önündeki tüm engellerin kaldırılmasından, bilim özerkliğinden, aklın özgürlüğünden yanayız. Ancak kazanmayı, türbanı özgürlük kavramıyla açıklanabilecek kavramlar olarak da görmemekteyiz.

Cumhuriyetimizin Atatürk ilke ve devrimlerinin temeli olan laik eğitim ve öğretimin tekliği ilkesini zedeleyen, gerici, tutucu çevrelere ödün veren, irticayı güçlendiren medrese özlemcisi tavırlara kesinlikle karşı olduğumuzu ve asla geçit vermeyeceğimizi İstanbul Baro Meclisi olarak kamuoyu ile paylaşmak isteriz.

Saygılarımızla,

İkinci Bildiri

Son yıllarda ülkemizin ulusak Kıbrıs politikasından dış baskılar ve uluslar arası dayatmalar sonucu ödünler verilmek istendiğini üzülererek görmekteyiz.

İstanbul Baro Meclisi; ilk toplantısında Mustafa Kemal Atatürk’ün bağımsızlık anlayışını, kurtuluş ve Cumhuriyet’in kuruluş felsefesini ve dış baskılara karşın ödün vermez tavrını sürdüren Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Rauf Denktaş’ın yanında olduğunu, politikasını ve kararlı tutumunu desteklediğini kamuoyu ile paylaşmaktadır.

Saygılarımızla,

5. KIRILMA, GELİŞME VE YÖNELME NOKTALARI

1. Baro Meclisi şu anda “Tek Partili Meclis” gibidir. İşlevleri ne olursa olsun, tüm meclislere “geniş katılım” yakışıır. Geniş katılım, yalnız çok renklilik ve çok seslilik bakımından değil, farklı görüş, düşünce ve eleştirilerden

daha çok yararlanarak meclisinin çalışmalarını verimli ve etkin kılması bakımından da gereklidir. Bu konuda yaygın eğilim, “*muhafif grupların*” temsilcilerinin meclise girmemesi yönündedir. Toplantılar ilerledikçe, meclisi yönetenler ve meclis üyeleri karşıt görüş ve düşüncelere daha çok gereksinim duyacaklardır. Şimdiden cesur adımlar atılmalıdır. Örneğin, son genel kurulda en çok oy alan rakip iki grubun başkan adayları, yönetim kurulu adayları, son genel kurulu yönetenler, bir önceki dönemin başkan ve yönetim kurulu üyeleri, Baro Meclisi’nin Başkanlık Divanı’nda yer alan avukatların da meclisin üyesi olması sağlanmalıdır. Bu açılım, meclise güç katar, renk katar, tabandaki dağınıklığın giderilmesine ve barışa katkıda bulunur.

2. Baro Meclisi, Yönetim Kurulunun danışacağı bir “*danışma organı*” mıdır? Yoksa zaman zaman açıklayacağı görüş ve öneriler ile yönetim kuruluna yardım eden bir “*yardımcı organ*” mıdır? Eğer böyle değilse, Yönerge’de yer alan “*yönetsel özerkliğe sahip olmak*” ne anlama geliyor? Görünen odur ki, gelişmeler ve koşullar, bu meclisi, “*danışma organı*” veya “*yardımcı organ*” değil, yönetsel özerkliğe sahip ciddi bir organ olarak geliştirecek ve buna uygun bir zemine oturtacaktır. Baro Meclisi, bir danışma veya yardımcı organ değilse nedir? Buna verilecek en özlü yanıt şu olabilir: Sürekli Genel Kurul.

3. Baro Meclisi, Yönetim Kurulu’nun Yasa’nın ve Genel Kurul’un kendisine verdiği yetkilerin bir bölümünü Baro Meclisi’ne bırakmasıyla oluştuğu öne sürülmüştür. Gerçek öyle değil Baro Meclisi, Yönetim Kurulu’nun kendisine bıraktığı yetkilerin bir bölümünü kullanmak üzere kurulmuş olmayıp, Genel Kurul’un yetkilerini paylaşmış sayılmalıdır.

4. Baro Genel Kurulları iki yılda bir yapılır; Genel Kurul’da grupların programları yarışır, tartışılır ve sona erer. Tüm avukatların % 20’sinin oyunu alarak seçilen grubun adayları baroyu yönetir, öbür gruplar bir sonraki genel kurula kadar arenadan çekilirler, baronun hiçbir etkinliğine katılmazlar ve destek olmazlar. Baro Yönetimi de İstanbul gibi dünyanın en büyük barolarından birini 11 kişi ile yönetmeye çalışır. Gücünü % 20’den aldığı için, yönetim, yönetmede güçlük çeker, tıkanır, zaman zaman soluk alamaz olur. İşte Baro Meclisi tam bu noktada devreye girmektedir. Baro Yönetimini destekleyenlerin ezici çoğunluğun (komisyonların, bölge temsilcilerinin, TBB delegelerinin veya başkalarının) yanında rakip grupların katılımı ile bir Baro Meclisi, benim Sürekli Genel Kurul olarak nitelendirdiğim sürecin ürünü olarak, tabanda barışı ve birleşmeyi sağlayacak, toplumun gözünde baronun saygınlığını ve gücünü artıracak, Baro Yönetimi’ni eleştirerek onun yanlış yapmasını önleyecek, görüş ve öneriler, hatta üreteceği projelerle Baro Yönetimi’ne güç katacak, avukatın barosuna yabancılaşmasını önleyecek, sağlam bir diyalog kurup geliştirecektir. Baro Yönetimi’nin, tabana

açılmaktan, eleştirilmekten, farklı, aykırı görüş ve önerilerden çekinmemesi gerekir. Ulus bireyler olarak, farklı ve aykırı görüş ve anlatımlara katlanmasını öğrenmiş bulunuyoruz.

5. Baro Meclisi, bir sivil toplum kuruluşu mu olmalıdır, yoksa Avukatlık Yasası içine alınarak yasal bir kurul mu olmalıdır? İlk toplantıda bunu kıvılcımları belli olmuştur. Baro Yönetimi'nin Baro Meclisi'ni yasal bir statüye ve zemine kavuşturmak için çaba göstermesini isteyen görüşler belirdi. Aykırı görüşler de... Baro Meclisi'nin yasal statüye alınması, yasal sınırlara ve bürokrasiye bağlanması onun hareket serbestisini sınırlar. En doğrusu, sivil toplum kuruluşu veya serbest ve bağımsız savunma platformu olarak kalmasıdır. İstanbul Barosu yasal bir kuruluştur. Yasal sınırlar yüzünden Baro Yönetimi, kimi zaman sesini güçlü çıkaramayabilir. İşte bu gibi durumlarda, Baro Yönetimi'yle işbirliği halinde olan Baro Meclisi, -yasal statüye bağlanmamış olmanın verdiği avantaja- öne çıkabilir, açıklamayı, etkinliği yapabilir, tepkiyi gösterebilir. Gelişmenin hangi yönde olacağı, İstanbul Barosu avukatlarının istekleri, görüşleri, eğilimleri ve zorlamalarıyla gerçekleşecektir.

6. Baro Meclisi'nin aldığı kararların "tavsiye" niteliğinde olması, doğal bir duru, giderek bir zorunluluktur.

SONUÇ

İstanbul Barosu Yönetim Kurulu, vaat edip gerçekleştirdiği etkinliklerine birini daha katarak, "Baro Meclisi'ni" oluşturmakla tarihe geçecektir.

İstanbul Barosu avukatları Baro Meclisi'nin önemini yakın bir zamanda fark edecek ve bu meclise sahip çıkacaklardır. Çünkü bu Meclis, yönetimin değil, tabanın sesi olacaktır; tabanı birleştirecek, tabanı yönetime yakınlaştıracak, tabanın yönetime yakınlaşmasıyla daha da güçlenen Baro Yönetimi güçlüklerini daha kolay aşacak, sorunlarını daha kolay çözecek; avukatlar yalnız barosunu ve barosunun ağırlığını yanında hissetmekle kalmayacak, yaşadığı sorun ve güçlükleri anlatacağı bir platforma sahip olacaklardır.

Baro Meclisi eğer amacına ulaşırsa bunun olumlu sonuçları, yalnız baro ve avukatlara değil, tüm yargıya, yargı mensuplarına, hukuksal korunma gereksinimi duyan tüm bireylere ve topluma yayılacak ve yansıyacaktır.

Olumlu sonuçlar için pek çok neden ve ışık vardır: her şeyden önce, iyi niyetle yola çıkılmıştır, sonra, gerek yönergenin düzenlenişinde ve gerekse meclis ve yönetim kurulu çalışmalarında katılık, değişmezlik, tutuculuk, bencillik, kariyer hesapları, gizlilik değil, esneklik, paylaşımcılık, incelik, içtenlik, özgecilik, açıklık, demokrasi ilkeleri, değişirlik gibi değerler ege-

BAROLARIN BAĞIMSIZLIĞI

Av. Güneş GÜRSELER*

“Baroların Bağımsızlığı” konusunu sadece Baro’nun bağımsızlığı olarak ele almamak gerektiği görüşündeyim. Sorun, *“bağımsız yargı”* içinde *“bağımsız savunma”* sorunudur. Biraz daha ileri götürürsek, *“hukuk devleti”* içinde *“bağımsız yargı”*, *“eksiksiz demokrasi”* içinde *“gerçek hukuk devleti”* sorunudur.

Bu nedenle ülkemizde bağımsız savunma ile eksiksiz demokrasi arasındaki çizgi ne kadar kısılsa baroların bağımsızlığı anlamındaki sorunlarımızı da bu oranda çözeriz.

I. BAĞIMSIZ SAVUNMA

Savunma yargının kurucu unsurudur. Adalete ulaşım gerçek hak sahibini belirleyebilmek sağlıklı işleyen, bağımsız yargıyı oluşturmaya bağlıdır. Bunun koşulu da *“bağımsız”* ve *“kurum”* niteliğini almış savunmayı gerçekleştirmektir.

“Savunma, hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur. Farklı bir anlatımla savunma hakkı, hak arama özgürlüğünün somutlaşmasıdır. Bu bağlamda temel bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir özgürlük biçimidir. Savunma’nın varlığı bir hukuk düzenine bağlı olduğu kadar özgürlükler düzenine de bağlıdır. Savunma özgürlüğü olmadan hiçbir biçimde gerçek anlamıyla bir savunmadan söz edilemez, yeterli bir savunma yapılamaz.” (1)

Bu nedenle bağımsız savunmanın gerçekleşebilmesi ülkedeki özgürlük ortamına, bütün temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilip güvence altına alınmış olmasına bağlıdır. Gerçek demokrasi sürecindeki eksikler oranında yargı bağımsızlığı ve bunun içinde savunmanın bağımsızlığı da eksiktir.

* Tekirdağ Barosu Başkanı

Havana Kuralları'nın 24. maddesine göre; "Avukatlar kendi menfaatlerini temsil etmek süreklilik taşıyan mesleki eğitim ve öğretimlerini geliştirmek ve meslek haysiyetlerini yaşamak için bağımsız meslek örgütleri kurma ve bunlara katılma hakkına sahiptir. Meslek örgütlerinin yönetim organları üyeleri tarafından seçilir ve bu organlar dış müdahaleye maruz kalmadan görevlerini yaparlar."

Bağımsız Savunma İçinde Avukatın Konumu

Bağımsız savunmanın somut göstergesi avukatın bağımsızlığıdır.

Bağımsızlık avukatlığın genel karakteridir.

"Savunma hakkı bir güvence, avukat ise bu hakkın bekçisidir."

"Savunma hakkının kutsallığı ve temel hakların başında yer alışı, bu hakları birey adına kullanacak avukatın tam anlamıyla bağımsız olmasını gerektirmektedir. Avukatlık mesleğinde bağımsızlık, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde temel garantör olduğu gibi, adli hizmetlerin etkinlik ve yeterliği açısından da önemlidir

BAROLARIN BAĞIMSIZLIĞI SAVUNMANIN DOKUNULMAZLIĞI SEMPOZYUMU (DİYARBAKIR/06.12.2003)

I. OTURUM

Oturum Başkanı: Ben ilk sözü Sayın Paul Nemo'ya veriyorum. Kendisi Fransızca konuşacak, ancak simültane çeviri İngilizce yapılacağı için çeviri konusunda Sayın Yücel Sayman bize yardımcı olacaktır. Şimdiden bu emeği için teşekkür ediyorum.

Paul Nemo: Başkan Bey, beni buraya çağırdığınız için çok mutluyum ve gurur duyuyorum. Ne yazık ki Türkçe konuşamayacağım. Sayın Yücel Sayman çevirecek, umarım sadık kalır ve kendisine göre çevirmez. Hemen şunu söyleyeyim; girerken gördüm ki önümüzdeki dönem seçilmiş başkan olarak Uluslararası Avukatlar Birliği'nin kuruluş tarihi ile Diyarbakır Barosu'nun kuruluş tarihinin aynı olduğunu fark ettim. Bunu uzun süreli birlikte olmak için iyi bir işaret olduğunu kabul ediyorum. Uzun yıllar yaşasın Uluslararası Avukatlar Birliği, yaşasın Diyarbakır Barosu!

Bağımsızlık, avukatlara görevleri sırasında doğrudan doğruya ya da dolaylı bir kısıtlama, baskı ya da müdahale getirmeksizin, bağımsızlığını garanti eden, eşitliğe dayalı, adli, idari, hukuki ilkelerin konulması ve korunması demektir. Buradaki bağımsızlık avukatın işi almasında, işi takipte ve işi sonuçlandırmadaki bağımsızlığıdır.

Bağımsızlık iş sahibine karşı olduğu gibi, meslek örgütüne, devlete ve hatta topluma karşı da bağımsız olmayı gerektirmektedir.” (2)

Uluslararası Barolar Birliği'nce 1990 yılında belirlenen meslek kurallarının özellikle 6. maddesi; “Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi ya da kurumun baskı ve yasaklarına maruz kalmayacaktır.” düzenlemesini getirmiştir. Ayrıca Havana Kuralları'nda ve Avrupa Konseyi Prensipleri'nde bu yolda düzenlemeler vardır.

Ülkemizde geçerli olan Kara Avrupa'sı anlayışına göre avukatlık bir kamu hizmetidir. Fakat hizmetin bu niteliği avukatı devletin bir görevlisi konumuna getirmez. Avukat devlete karşı da bağımsızdır. Bu bağımsızlık

Bana gönderilen yazıda başlık olarak “Baroların, Bağımsızlığı ve Savunmanın Dokunulmazlığı” konuları yazıyordu ama özellikle konuşmanın Fransız Baroları ve Ulusal Konseyi üzerine olması rica edildi. Ben de bunun üzerine konuşacağım. Dünyanın her ülkesinde baroların hem siyasi iktidara karşı hem de yasamaya karşı statüsünün ne olacağı bir sorun olarak ortaya çıkar. Aynı zamanda bir avukatın baroyla ilişkisi, baro karşısındaki statüsü söz konusu olur. Acaba zorunlu olarak baroya mutlaka üye olalım mı yoksa onun iradesine mi bırakalım? Ama ikisi birbirine bağlıdır, güçlü avukat ancak güçlü bir baro varsa vardır. Dün Diyarbakır'da iki davaya girdim ve gördüm ki bu davalar söylediğimi bir kere daha kanıtliyordu. Güçlü bir baronun olması durumunda gerçekten de güçlü bir savunması yapılabiliyordu. Avukatlar böyle bir güç alıyorlardı. Dünyanın değişik ülkelerinde baroların örgütlenmesi birbirlerinden farklıdır. Çeşitli örgütlenme biçimleri var. Bazı ülkelerde baro yok. Bazı ülkelerde ise baro var ama avukatların avukatlık yapabilmeleri için baroya kayıt olmaları zorunlu değil. Bazı ülkelerde mesela Fransa ve Türkiye'de olduğu gibi mahalli ya da ulusal düzeyde barolar var. Ancak avukatlık yapabilmek için mutlaka ister ulusal düzeyde olsun ister mahalli barolar olsun onlara kaydolmak zorunludur. Mesela Afrika ülkelerinin çoğunda barolar ulusal düzeydedir, orada ulusal barolar vardır. Bunun nedeni de ba-

mesleğe kabulden başlayarak avukatlıktan veya baro organlarındaki görevlerinden doğan ya da görev sırasında işledikleri suçların soruşturulması şekline kadar çeşitli boyutlarda kendini gösterir.

Avukatın Meslek Örgütüne Karşı Bağımsızlığı

Avukatın bağımsızlığı'nın ilk sınırı bir baroya kayıtlı olma zorunluluğudur.

Avukatın bağımsızlığı tanımlanırken bunun "*meslek kurallarına, ahlakına ve standartlarına*" uygun davranışları içerdiği belirtilmektedir. Bir kurum meslek kurallarını, ahlakını, standartlarını belirleyecek, avukat da belirlenen bu kurallar içinde bağımsız olarak mesleğini uygulayacaktır.

ğimsizliklerini kazandıklarında ulusal barolarını kurmuş olmalarıdır, ikinci bir gerekçesi de siyasi iktidarın ulusal düzeyde bir baro kurarak onu kendi denetiminde tutmak istemesidir. Başka bir örnek de Rusya'dan; şimdi oradan geliyorum. Orada yeniden bir örgütlenme var. Adeta 1917 öncesindeki baroların canlandırılması isteniliyor. Önce hiyerarşik, piramit biçimi örgütlenme var. Ulusal bir baro, sonra baro odaları, yani alt kısımları bulunmaktadır. Amerika'da bütün Amerika için ulusal düzeyde bir baro söz konusudur. Ancak avukatlık yapmak için baroya kayıt yaptırmak zorunlu değildir. Görüldüğü gibi dünyada çok farklı örgütlenmeler var. Mesleğin ifası bakımından, yerine getirilmesi bakımından çok değişik sistemler var. Ancak her biri kendi geleneklerine ve anlayışlarına bağlı, mesleğin amaçlarına yönelik örgütlenmeler var. Görülüyor ki avukatlık mesleğinin en iyi korunma biçimi, bütün avukatların zorunlu olarak güçlü barolara kaydolmaları ile sağlanabiliyor. Kendi ülkem Fransa'dan bahsetmek gerekiyorsa; bizde bağımsız barolar 13. ve 14. yüzyıllarından beri var. Bunlar kendiliğinden kurulmuş barolardır ve hiçbir iç yönetmelikleri yoktur, sadece kendilerinin geliştirdikleri zamanla giderek kurallaşan uygulama biçimleri, örf ve adetleri, teamülleri vardır. Sonra bunlar giderek uygulamada yerleşik kural haline gelmiştir. Ancak bunlar bağımsız barolardır.

Paul Nemo: Fransa'da barolar yargının örgütlenmesine göre örgütlenmişlerdir. Her birinci derece asliye mahkemesinin bulunduğu yerde baro kurulabilir. Fransa'da 183 adet birinci derecede asliye mahkemesi bulunduğu için 183 tane de baro vardır. 1971 tarihli Yasa Avu-

Bu nedenle, avukatın barodan da bağımsız olabileceği gibi değerlendirmelerin kavram karışıklığına yol açtığı kanısındayım. Örneğin, “Avukatın bağımsızlığı ne, kime karşı, ne kadar, nasıl? Öncelikle devlete, kamu kurumlarına, özel kurumlara, topluma karşı hatta ve hatta baroya karşı bağımsızlığı birinci planda.”(3)

Avukatın kayıtlı olduğu baroya ve Türkiye Barolar Birliği'ne karşı bağımsızlığı iş sahibi ile vekillik ilişkisine girme, davayı ya da sorunu üstlenme özgürlüğü ile sınırlıdır. Özellikle mesleğin kamu hizmeti niteliğinin ağır bastığı ülkemizde avukatın özgürce kabul ettiği işi özgürce savunması temel koşuldur. Ancak bu özgürlük, yasalara, meslek kurallarına ve mesleğin özelliklerine göre ve meslek örgütünün denetiminde kullanılacaktır. Avukatın bağımsızlığı, özgürce kabul ettiği işini yaparken başına buyruk davranması demek değildir.

katlığın Statüsü Yasası'dır. ilk defa bu yasa avukatların bağımsızlığını ve özerkliklerini düzenledi, kabul etti ve garanti altına aldı. Fransa'da -ki merkeziyetçiliğin adeta babasıdır- hiçbir zaman ve hiçbir şekilde ulusal düzeydeki baroların merkezileştirilmesi fikri ileri sürülmedi. 183 baro var, 183 baro başkanı var ve 183 baro yönetimi var. Ulusal düzeyde temsil hiçbir zaman gündeme getirilmedi. Kamu kuruluşları ve otoriteleriyle olan ilişkilerde avukatları Paris Barosu temsil ediyordu. Çünkü avukatların yarısından fazlası Paris Barosu'na kayıtlıdır. Sonra bir ara resmi olmayan, yasal olmayan bir örgütlenmeyle -ki bunun adı Baro Başkanları Konferansı'dır-kendiliğinden gelişen ve resmi olmayan bu gelişmeyle kamu kuruluşları nezdinde temsili, iki organ yapmaya başladı. Bir tanesi bu resmi olmayan Baro Başkanları Konferansı, öbürü de Paris Barosu'dur. Sonra mesleki yani avukatlık sendikalarının çabaları ve baskıları sonucunda 1990 yılında ulusal bir örgütlenmeye gidildi. Ulusal düzeydeki bu örgütlenmenin adı Barolar Ulusal Konseyi oldu. Bu tartışmalar sırasında bütün barolar başka bir deyişle 183 baronun tamamı böyle bir konseyin kurulmasına karşıydılar. Ancak bu mesleki sendikaların baskısı, özellikle sol görüşlü sendikaların büyük baskısı vardı. Onların baskısı sonucu o günkü hükümet olan sosyalist iktidar, Barolar Ulusal Konseyi'nin yasal bir şekilde kurulmasını sağladı. Ben Paris Barosu Yönetim Kurulu Üyesi olarak o tarihlerdeki tartışmalara katıldım. Sonuçta bir uzlaşma sağlandı. Baro yönetimlerinin yetkilerinden hiçbir tanesi kaldırılmadı. Ulusal Konsey eklenmiş oldu. Ancak ifade ettiğim gibi baroların yetkileri kaldırılmadı.

Prof. Dr. Faruk Erem, Meslek Kuralları'nın avukatın bağımsızlığını düzenleyen 2. maddesinin şerhinde; *"Baro Yönetim Kurulu, mesleki ödevler hususunda baro mensuplarına yol göstermek ve onlara bilgi vermek ve mesleki görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek ile görevlidir. Bu hüküm, avukatlığın bir kamu hizmeti olmasının gereğidir. Bu bakımdan "bağımsızlık" kavramının, Baro'nun denetim görevi ile çeliştiğini düşünmek olanaksızdır."* görüşünü belirtmiştir.

"Savunma mesleğinin disiplin altına alınması bağımsız, yönlendirilmesi mümkün olmayan, tüzel kişiliğe sahip bir meslek örgütüne yapılmalıdır." "Mesleki bağımsızlığa zarar vermeden, mesleki ilkeleri koymak, uygulamaya güncel değerleri katarak yön vermek, geleceği görüp önlem almak ve uygulamak ancak avukatların bir araya gelmeleriyle oluşan, ayrı bir kişiliği olan barolarla yapılabilir." (4) "Güçlü avukat ancak güçlü bir baro varsa vardır." (5)

Barolar Ulusal Konseyi 80 üyeden oluşuyor. Bunun yarısı olan 40 kişi bütün baroların yönetim kurulları arasında yapılan bir seçimle belirleniyor. Bu tartışmalar sonucunda o günün Adalet Bakanı resmi olarak açıkladı: *"Bu kurulan konsey hiçbir şekilde ulusal bir baro niteliğinde değildir ve mevcut baroların yetkilerini ortadan kaldıramaz."* Bu sadece avukatların ulusal düzeyde temsilini sağlayacak kuruluştur. Zaten kurulan bu yeni örgütün adında da bir konsey sözcüğü kullanıldı, yönetim kurulu adı kullanılmadı, sadece Ulusal Konsey denildi. Sonuçta bütün baroların şiddetle karşı çıkmalarına rağmen 1990 yılında bu Barolar Ulusal Konseyi kuruldu. Fazla ayrıntıya girmeden bu Barolar Ulusal Konseyi'nin nasıl kurulduğunu ve yetkilerinin neler olduğunu sizlere kısaca aktaracağım. Önce seçim usulü; üyeler farklı iki seçmen kategorisi tarafından belirleniyor. Birinci seçmen kategorisi, tüm baroların yönetim kurulları ve baro başkanlarıdır. Burada sadece baro yönetim kurulu üyeleri ve başkanları oy kullanabilir. Başka hiç kimse oy kullanamaz, işte bu Ulusal Konseyi'nin yarısı bu grup tarafından seçilir. Demek ki en azından konseyin yarısı baroların yönetim kurulları tarafından seçiliyor, denetleniyor ve onların istediği kişiler belirleniyor. İlk 40 kişi doğrudan doğruya baroların yönetim kurulları tarafından seçiliyor, ikinci seçmen kategorisi diğer 40 kişiyi seçecek. Bu kategori ise Fransa'da barolara kayıtlı tüm avukatlardan oluşuyor. Buradaki sistemde seçilecek diğer 40 kişiyi sendikalar kendi listelerinde belirliyorlar ve Fransa'da-ki tüm avukatlar o listelere göre seçim yapıyorlar. Sonuç olarak alınan oy itibarıyla, dolayısıyla sendikaların aldıkları oy oranına göre o 40 kişinin dağılımı yapılıyor. Bu şekilde üç

Bütün bu nedenlerle avukatın ya da baroların bağımsızlığı, bunların tek tek ve birbirinden bağımsızlığı değil tümüyle savunmanın bağımsızlığıdır. Savunmayı gerçekleştiren avukatlar ve onların meslek örgütü barolar ve Türkiye Barolar Birliği savunmanın örgütünü oluştururlar. Önemli olan da bu bütünün yani savunma örgütünün gücü ve bağımsızlığıdır. Bu bağımsızlık kurumlaşmayı sağlayacak, kurumlaşan savunma Anayasa'nın yargı bölümünde yer alacak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda temsil edilecek, Anayasa Mahkemesi'nde dava açabilecektir.

II. BAROLARIN BAĞIMSIZLIĞI

Barolar savunmanın örgütü olarak yargının içindedirler ve bu nedenle de bağımsız olmaları gerekir.

sene için seçim yapılıyor. Bu süre sonunda yeniden seçime gidiliyor. Bu konseyin yetkilerinden kısaca bahsedeceğim. Konsey yetkilerini kullanmak için avukatları vergilendiriyor. Bütün avukatlardan alınan bir aidat var. Bu aidat baroya verilen aidatlara ek bir aidattır. Böylelikle konsey daha baştan kendisini sevimsiz bir hale sokmuş oluyor. Bu Ulusal Konseyi'nin işlevini dört noktada toplayabiliriz. Kamu kuruluşları nezdinde avukatlık mesleğini temsil etmek birinci işlevidir. Ancak bu uygulamada çıkan durum şudur; Adalet Bakanı bu Ulusal Konseyi'nin Başkanı ile görüşmektense Paris Barosu Başkanı ve Baro Başkanları Konferansı Başkanı ile konuşmayı tercih ediyor. Ama yasal durum şu; avukatlık mesleğini kamu otoriteleri karşısında ve uluslararası düzeyde temsil etme yetkisi konseye aittir, ikinci yetkisi meslek ilke ve kurallarını ülke çapında uyumlu hale getirmektir. Bu konseyin sahip olduğu tek normatif yetki kural koyabilme yetkisi olup, ancak bu yetkiyi kullandığı takdirde bütün baroların ayrı ayrı kendi iç yönetmeliklerinde meslek ile ilgili ilke ve kurallarını yeknesaklaştırma imkânına sahip olmuş oluyor. Mesela konsey bütün barolar için yeknesaklaştırılmış ve uyumlu iç yönetmelik taslağı hazırladı. Bu düzenleme şu konuları içeriyordu; Avukatlık deontoloji kuralları, avukatın reklâm veya kendini tanııtım kuralları, avukatlar arasındaki yazışmaların sır niteliği ve el sürülmezliği, menfaat çatışmaları ve birlikte çalışan avukatın statüsü. Ama şunu hemen belirtmek isterim ki her baro kendi yönetmeliğini yapmakta bağımsızdır, özgürdür. Ancak sadece anılan bu uyumlaştırılmış dört kuralı yönetmeliklerine koymak zorundalar. Konseyin üçüncü yetkisi ise avukatların eğitimi

Savunmanın bağımsızlığı içinde baroların bağımsızlığı savunma mesleğinin gelişimi ve kurumlaşmasının temel koşuludur. Baroların görevleri sadece mesleğin güçlenmesi ve saygınlaşması ile sınırlı değildir. Barolar, savunma hakkının, hak arama özgürlüğünün, demokrasinin, laik hukuk devletinin ve evrensel nitelikli genel hukuk kurallarının etkin biçimde uygulanmasının en büyük güvencesidir.

Meslek Kuralları'nın 1. maddesi de, *"Türk avukatları baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin bağımsızlığı gereğine inanmışlar ve bu konuda kendilerine gerek kişi, gerek kuruluş olarak düşen görevleri başarıya kararına varmışlardır."* hükmünü içermekte ve yukarıda belirttiğimiz, avukat, baro ve Türkiye Barolar Birliği bütünüünün bağımsızlığından söz etmektedir. Bu bütünü oluşturan üç unsurun birbiri ile olan ilişkisini birbirine karşı bağımsızlık olarak algıyorsak ulaşacağımız yorum; *"Özgürlük ve bağımsızlık, avukatların da karakteridir ve asla bir üst otorite, bir denetim, emredici bir ilişki ya da denet-*

ve stajı ile ilgilidir. Bölgesel staj ve eğitim merkezlerindeki eğitim programlarını uyumlu hale getirme ve tabii en önemlisi devletin fonlardan verdiği paraları bütün bölgesel eğitim merkezleri arasında paylaşmaz yetkisine sahip olmasıdır. Bölgesel staj/eğitim merkezleri dediğimiz zaman, esas itibariyle staj eğitimi konusu var. Ancak şimdi yeni bir tasarı var, eğer bu tasarı kabul edilirse avukatların sürekli eğitimi ortaya çıkacak ve bunu da bu konsey üstlenecektir. Konseyin dördüncü yetkisi ise Fransa'daki yabancı avukatlarla ilgilidir, ister Avrupa Birliği üyesi ülkelerden geliyor olsun, ister başka yerden geliyor olsun, bu konuda yetki konseye verilmiş. Bunun asıl amacı da örneğin güneydeki bir baro ile kuzeydeki bir baro arasında farklı bir uygulama, içtihat çıkmasını önlemektir. Size sonuçta Ulusal Konsey'in nasıl oluştuğunu ve yetkilerinin neler olduğunu anlatmaya çalıştım. Sonuç olarak bir-iki noktaya dikkat çekmek istiyorum. Gördüğümüz gibi yeni bir kuruluş olan Konsey yaklaşık 13 yıldır var. Paris Barosu ile diğer taşra baroları arasında bir anlaşma yapılmış oldu, bir uzlaşma noktası bulunmuş oldu. Bu uzlaşma ile konseyin başkanı bir dönem eski bir Paris Barosu Başkanı, sonra diğer barolardan birisi oluyor ve değişimli olarak devam ediyor. Dolayısıyla bir sıralama söz konusu oluyor. Yani bugün artık diyebiliriz ki mesleğini temsil ediyor, ancak sadece konsey temsil etmiyor ve bütün yetkiler de onda değil. Cumhurbaşkanı Chirac hiçbir zaman bu konseyin toplantılarının açılışına gelmedi, ama Baro Başkanları 100. Yıl Toplantısı'na geldi ve resmi olarak Paris Baro Başkanı'nu ve Yönetim Kurulu üyelerini

lemeyi avukatlar ve avukatlık mesleği kabul edemez.....Bu anlamda avukat da, barolar da asla bir üst otorite ve tabiiyet ilişkisini kabul etmemek durumundadır; bu mesleğin özünde vardır.” (6) şeklinde olacaktır ki bu da savunma örgütünün kurumlaşmasını engeller.

Baroların Adalet Bakanlığı'na / Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığı

Ülkemizde savunma mesleğinin gerçek kurucusu olarak andığım Prof. Dr. Faruk Erem, Meslek Kuralları Şerhi'nde birinci maddenin açıklamasını yaparken Klecatsky'nin “*hukuk üstünlüğü*” makalesinde belirttiği hukuk üstünlüğü kavramının altı unsurunu saymıştır. Bu altı unsurdan biri; “*Hukuk üstünlüğü kavramını savunmaya kendisini hasretmiş, yürütme karşısında bağımsız baronun mevcudiyeti.*” dir. Baroların bağımsızlığı yürütme organı karşısındaki bağımsızlığıdır.

Cumhurbaşkanlığı Sarayı'nda kabul etti. Sonuç olarak diyebiliriz ki yeni bir kuruluş var, ama esas ağırlık, mesleğin esas ağırlığı ve gücü barolar üzerindedir. Bu konseyin kurulmasıyla baroların yetkileri ortadan kaldırılmadı. Bir örnek vermek gerekirse, kimlerin baroya kaydolacağı kararı sadece ilgili baro tarafından verilir ve bu konuda konseyin hiçbir yetkisi yoktur. Baroların 1971'de düzenlenmiş olan yetkileri değişmedi ve ortadan kaldırılmadı. Denilebilir ki Ulusal Konseyi'nin çok dar bir yetki alanı var, uygulamaları da baroların yetkilerini, bağımsızlığını ortadan kaldırmadı ve haklarına ihlal söz konusu olmadı. Aslında Fransa'da avukatlar için tehlike bu Ulusal Konsey'den gelmiyor, tersine Avrupa Birliği'nden geliyor. Şimdi niye olduğunu kısaca söyleyeceğim. Avrupa Birliği konusunda Komiser Monti avukatlık tekelinin kaldırılmasını ve belki de Avrupa düzeyinde baro yönetimlerinin sahip olduğu yetkilerin kaldırılmasını iler sürdü ve şimdi de bu tartışılmaktadır. Dolayısıyla tehlike bu yöndendir. Avrupa'da, divan önünde Romanyalı avukatlar tarafından açılmış bir dava var. Onlar şunu iddia ediyorlar; bizler avukatız, ama bir baroya kaydolmak istemiyoruz. Onlar bir baroya kayıtlı değiller ve bunu hak olarak almak için bu davayı açtılar. Şimdi bu davanın sonucu bekleniyor. Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

**Baroların Bağımsızlığı
Savunmanın Dokunulmazlığı Sempozyumu,
Diyarbakır Barosu Yayınları, Şubat 2004**

Bağımsızlık, baro organlarının oluşumunda, seçiminde, çalışmasında ve denetiminde kendisini gösterir. 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nda 2.5.2001 tarihli 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler bütün bu konularda baroların yürütme organından bağımsızlığını oldukça ileri noktalara götürmüştür. Adalet Bakanlığı vesayeti daraltılmış, son sözü söyleyen makam olmaktan çıkarılmıştır.(7) Bu değişikliği yeterli bulmayanlar da vardır. Vesayetin Bakanlık'tan alınıp daha da arttırılarak Türkiye Barolar Birliği'ne verildiği bunun da sonuçta "avukatın bağımsızlığı ve dokunulmazlığı" kavramına ayıkırı olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin, Av. Dr. Yücel Sayman; "2.5.2001 değişikliğinin TBB'ye sağladığı büyük ekonomik güç de dikkate alındığında, güçlerini ve yetkilerini kaybeden baroların geldikleri noktanın avukatın bağımsızlığı ve dokunulmazlığı açısından değerlendirilmesi gerekmiyor mu?" sorusunu sormaktadır.(8)

Belirli durumlarda Adalet Bakanlığı'nın vesayeti devam etmektedir. Örneğin;

Avukatlık Yasası gereğince çıkarılan tüm yönetmelikler ve asgari ücret tarifesi Adalet Bakanlığı'nın onayından geçmektedir. Baroların kuruluşu aşamasında Adalet Bakanlığı'nın "kurucu" yetkisi yoktur. Kuruluşu tamamlama ve tüzel kişilik kazandırma tümüyle baronun ve Barolar Birliğinin yetkisindedir. Ancak, kuruluş aşamasında yetkisi olmayan Adalet Bakanlığı göreve son vermede yetkilidir. Avukatlık Yasası'nın 77. maddesindeki, "amaç dışı faaliyet" durumunda Türkiye Barolar Birliği ve baroların sorumlu organlarının görevine son verilmesinde Adalet Bakanlığı ya da buldukları yer Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemi üzerine, o yerdeki asliye hukuk mahkemesinin yetkili olması ile milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca bulunması durumunda vali tarafından faaliyetten men edilebilme düzenlemeleri tartışılması gereken konulardır.

Avukatlık Yasası'nın Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 95. maddesinin 16. bendi barolara Adalet Bakanlığı kararlarını "yerine getirmek" görevini vermiştir. Bu görev kapsamında, Adalet Bakanlığı'nın baro organlarının işlemleri hakkında onay mercii olarak verdiği kararları aynen yerine getirmeyen baro organlarının görevden alınacağı 77. maddenin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. 95. maddenin 16. bendinde sözü edilen kararların hangi kararlar olduğu açık değildir. Bu kararların sadece 77. maddede söz edildiği şekilde, baro organlarının işlemleri hakkında onay mercii olarak verdiği kararlar olduğu kabul edilirse, 4667 sayılı yasadan sonra Adalet Bakanlığı'nın hemen tüm konularda son onay mercii olmaktan çıkarılmasıyla maddenin uygulama alanı kalmadığı düşünülebilir. 4667 sayılı yasa tasarısının hazırlanırken gözden kaçırıldığına inandığım bu maddenin ilk fırsatta değiştirilmesi gerekir.

Baro levhasına yazılma isteminin kabulü ya da reddine ilişkin kararların Avukatlık Yasası'nın 8. maddesine göre Adalet Bakanlığı onayına sunulması gerekir. Ancak bu onay yetkisi aşağıdaki diğer onay gerektiren uygulamalarda olduğu gibi mutlak değildir. Son sözü üçte iki çoğunlukla Türkiye Barolar Birliği söylemektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 20. maddesi gereğince de, adayın staj listesine yazılması isteğinin reddine ilişkin kararların da Bakanlık onayından geçmesi gerekmektedir. Ancak burada da son söz Türkiye Barolar Birliği'nindir.

Avukatlık Yasası'nın 142. maddesi, Cumhuriyet Savcısı'na, Baro Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına ilişkin kararına Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na itiraz yetkisi vermiştir. Bu itirazın Türkiye Barolar Birliği tarafından reddedilmesi durumunda ret kararının kesinleşmesi Adalet Bakanlığı'nın onayına bağlıdır. Adalet Bakanlığı'nın bir kez daha görüşülmesi isteğiyle geri göndermesi durumunda Birlik Yönetim Kurulu üçte iki çoğunlukla eski kararında ısrar edebilir.

Avukatlık Yasası'nın 157. maddesi, Cumhuriyet Savcısı'na disiplin kurulu kararlarına karşı Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na itiraz yetkisi vermiştir.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun itiraz üzerine verdiği işten çıkarmaya ve meslekten çıkarmaya ilişkin kararların kesinleşmesi Avukatlık Yasası'nın 157/7 maddesi gereğince Adalet Bakanlığı'nın onayına bağlıdır. Ancak diğerlerinde de olduğu gibi bu onay koşulu da "olumlu onay" niteliğindedir. İki ay içinde karar verilmez ise ya da onay bildirilirse karar kesinleşir. Adalet Bakanlığı'nun uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere geri gönderdiği kararlarda son söz Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nundur. Kurul üçte iki çoğunlukla kararında ısrar ederek kesinleşmeye geçkeleştirebilir.

Avukatlık Yasası'nın 71. maddesi kapsamında, Baro Yönetim Kurulu tarafından levhadan silme ve avukatlık ortaklığı sicilinden silme kararına yapılan itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının kesinleşmesi de Adalet Bakanlığı'nın onayına bağlanmıştır. Bakanlığın kararın bir kez daha görüşülmesini istemesi durumunda Birlik Yönetim Kurulunun üçte iki çoğunlukla eski kararında ısrarı mümkündür. Aynı durum 74. maddede düzenlenen bir daha yazılmamak üzere levhadan silinme kararları için de geçerlidir.

Ayrıca, ücret tarifesinin hazırlanmasını düzenleyen 168. madde kapsamında baroların önerilerini alarak Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan tarife Adalet Bakanlığı'na gönderilmektedir. Bakanlığın bir daha görüşülmesini istemesi durumunda Birlik Yönetim Kurulu'nun üçte iki çoğunlukla aynen kabul ederek tarifeye yürürlük kazandırması müm-

kündür. Aynı düzenleme 182. madde gereğince Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanacak yönetmelikler için de geçerlidir.

Ek 2. maddeye göre, avukatlar, Türkiye Barolar Birliği'ni veya baroları temsil etmek üzere uluslararası toplantı ve kongrelere Adalet Bakanlığı'na bilgi vermek suretiyle katılabilirler.

Bütün bunlar sınırlı da olsa Adalet Bakanlığı vesayetinin barolar üzerinde sürdüğünü göstermektedir. Uygulamada işleri geciktirmekten başka bir etkisi olmayan bu düzenlemelerin de demokrasi anlayışımızın gelişimi sürecinde kaldırılacağına inanıyorum.

Vesayetinin sürdüğünü gösteren bir diğer uygulama da diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının denetiminde olduğu gibi baroların idari ve mali denetiminin Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasıdır. CMUK ve adli yardım ödeneklerinin devlet hazinesinden alınması en azından bu yönüyle bir denetimin olmasını gerektirmektedir. Ancak bu denetimin yürütme organının elemanları tarafından değil de devlet adına denetleme yapan organlar tarafından gerçekleştirilmesi daha yakışır olacaktır.(9)

Baroların Türkiye Barolar Birliği'ne Karşı Bağımsızlığı

Ya da Böyle Bir Başlığın Anlamsızlığı

Avukatlık Yasası'nın 109. maddesi, Türkiye Barolar Birliği'ni "*bütün baroların katılmasıyla oluşan bir kuruluş*" olarak tanımlamıştır. Birliğin görevlerini düzenleyen 110. madde değerlendirildiğinde burada sayılan görevlerin genel olarak barolar arasında eşgüdüm ve uygulamada birlik sağlamaya yönelik görevler ile hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının savunulmasına yönelik ve barolar üzerinde hiyerarşik anlamda bir "*üstlük*" sağlamayan görevler olduğu görülmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 121. madde biraz daha ayrıntıya girerek avukatların ve baroların çalışmalarıyla ilgili bir kısım yetkiyi düzenlemiştir.

Türkiye Barolar Birliği'ni barolar üzerinde birçok alanda yetkili kılan hükümler 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yasada 4667 ve 5043 sayılı yasalar ile yapılan değişiklikler TBB ile barolar arasındaki ilişkide (9. maddede ve 121. maddenin sekizinci fıkrasında avukatlık ruhsatnameleri ve avukat kimliklerinin tek tip olarak Birlik tarafından düzenlenip bastırılması ve ruhsatnamelerin Birlik Başkanlığı tarafından da imzalanması dışında) yeni düzenleme getirmemiş, genel olarak Birliği Adalet Bakanlığı karşısında daha etkin kılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın TBB'yi barolar üzerinde yetkili kılan maddeleri şunlardır:

Madde 8, Birlik, avukat adayının levhaya yazılması hakkındaki Baro Yönetim Kurulu kararını uygun bulma veya bulmama yetkisine sahiptir. Avukatlığa kabul isteminin reddine ya da kovuşturma sonuna kadar bekletilmesine ilişkin Baro Yönetim Kurulu kararına karşı Türkiye Barolar Birliği'ne itiraz edilebilmektedir.

Madde 9, avukatlık ruhsatname ve kimlikleri tek tip olarak Birlik tarafından bastırılıp düzenlenmekte, ruhsatnameler baro başkanı ile birlikte Birlik Başkanı tarafında da imzalanmakta avukatlığa kabul edilenler TBB'ye bildirilmektedir.

Madde 10, avukatlığa kabul isteğinin reddine ya da kovuşturma sonuna kadar bekletilmesine ilişkin 8. maddeye göre verilen karar kesinleşince TBB'ye bildirilmektedir.

Madde 17, staj başvuru dilekçesine eklenen belgelerin birer örneği TBB'ye gönderilmektedir.

Madde 20, stajyer listesine yazılıp yazılmama kararına TBB nezdinde itiraz edilebilmekte, TBB'nin kararının Adalet Bakanlığı'na geri gönderilmesi durumunda üçte iki çoğunluklu son söz Türkiye Barolar Birliği'nin olmaktadır.

Madde 27, staj süresince stajyerlere Türkiye Barolar Birliği'nce kredi verilmekte, bu kredinin kaynağı olan vekalet pullarının basımı, dağıtımı, bedellerinin toplanması, kredi ödemelerinden sonra kalan miktarın barolara dağıtımı da TBB'ce yapılmaktadır

Madde 27/a, Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu, Birlik nezdinde kurulmuştur ve bu fondan yapılacak harcamalara ilişkin yönetmelik de Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanacaktır.

Madde 28, 29, 30, 31, avukatlık sınavı Türkiye Barolar Birliği'nce yapılmaktadır.

Madde 34, meslek kuralları Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenmektedir.

Madde 38/f, mesleki dayanışma ve düzen gerekleri Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilmektedir.

Madde 44, avukatlık ortaklığı ana sözleşmesinin bir örneği Türkiye Barolar Birliği'ne gönderilmektedir.

Madde 49, avukatların resmi kıyafeti TBB'ce belirtilmektedir.

Madde 54, avukat sicil cüzdanı birliğin gönderdiği örneğe göre düzenlenmektedir.

Madde 56, vekaletnamelerin biçim ve içeriği Türkiye Barolar Birliği ile Noterler Birliği tarafından belirlenmektedir.

Madde 69, 70, nakil isteğinin kabulü Türkiye Barolar Birliği'ne bildirilmekte, reddine de Birlik nezdinde itiraz edilmektedir.

Madde 71, 74, levhadan ve avukatlık ortaklığı sicilinden silme ve bir daha yazılmamak üzere silme kararlarına Türkiye Barolar Birliği'nde itiraz edilebilmekte, TBB'nin kararının Adalet Bakanlığı'na geri gönderilmesi durumunda üçte iki çoğunlukla son söz Türkiye Barolar Birliği'nin olmaktadır.

Madde 75, avukatlar listesinin düzenlenme şekli TBB'ce tespit edilmektedir.

Madde 77, baro kurulmayan yerlerin en yakın baroya bağlanmasına veya bunların birleştirilerek bir baro kurulmasına ve merkezlerinin belirlenmesine karar vermek, yeni kurulacak baronun levhasını düzenlemek ve en kıdemli avukatı baroyu kurmakla görevlendirmek, kuruluşunu tamamlayanlara tüzel kişilik kazandırmak Türkiye Barolar Birliği'nin görevidir.

Madde 83, Türkiye Barolar Birliği Baro Genel Kurulu'nu olağanüstü toplantıya çağırabilir.

Madde 87, Baro Genel Kurul Tutanağı TBB'ye gönderilir.

Madde 94, devamsızlık nedeni ile Baro Yönetim Kurulu üyeliğinin düşürülmesi kararına Türkiye Barolar Birliği'nde itiraz olunabilir. Madde 95/16, baro yönetim kurulları Türkiye Barolar Birliği kararlarını yerine getirmekle görevlidir.

Madde 97/7, Baro Başkanı her yıl çalışmalar hakkında TBB'ye yazılı rapor vermekle görevlidir.

Madde 121, Birlik Yönetim Kurulu'nun, avukatların, aynı büroda birlikte çalışanların ve avukatlık ortaklıklarının kayıtlarını tutmak, avukatlık ortaklığı tip ana sözleşmesini hazırlamak, avukatlık ruhsatnamelerini, kimlik belgelerini ve avukatlık ortaklığı yetki belgelerini düzenlemek ve bastırmak görevidir.

Madde 142, Baro Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturmasına yer olmadığına dair kararına karşı Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na itiraz olunabilir. İtirazın kabulü ile kovuşturma açılmasına karar verilmesi durumunda bu karar kesindir. İtirazın reddine ilişkin karar ise Adalet Bakanlığı'na gönderilmekte Bakanlığın bir kez daha görüşülmek üzere geri göndermesi durumunda TBB üçte iki çoğunlukla son sözü söylemektedir.

Madde 168, Avukatlık Ücret Tarifesi Baro Yönetim Kurulları'nın önerileri göz önüne alınarak Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanır. Adalet Bakanlığının bir kez daha görüşülmek üzere geri göndermesi durumunda da TBB Yönetim Kurulu üçte iki çoğunlukla son sözü söylemektedir.

Madde 180, 181, adli yardım ödeneğinin barolar arasında dağıtımı TBB tarafından yapılmakta ve Adli Yardım Bürosu Yıllık Çalışma Raporu da TBB'ye gönderilmektedir.

Madde 182, Avukatlık Yasası'nda düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılan hususlar ile Yasa'nın uygulanabilmesi için yönetmelikte yer alması gereken diğer konuları kapsayan yönetmelikler Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanmaktadır. Onay için gönderilen Adalet Bakanlığı'nın bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi durumunda TBB Yönetim Kurulu'nun üçte iki çoğunlukla aynen kabul edilmesi durumunda yönetmelik yürürlüğe girmektedir.

Madde 191, Sosyal Sigortalar Kurumu ile barolar arasında yapılacak topluluk sigortasına esas oluşturacak tip sözleşme Çalışma Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Sosyal Sigortalar Kurumu ile yapılacak görüşmelerle tespit edilir.

Geçici Madde 13, dava vekilleri listesine yazılmaya ilişkin talebin red-dine ilişkin karara karşı Türkiye Barolar Birliği'nde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararı Adalet Bakanlığı'nın bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi durumunda Birlik Yönetim Kurulu üçte iki çoğunlukla alacağı kararla son sözü söylemektedir.

Avukatlık Yasası'nın toplam otuz beş maddesindeki bu hükümlerden başka Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 146. maddesi bu Yasa kapsamında ödenecek müdafî ücretlerine ilişkin ödeneğin Maliye Bakanlığı tarafından Türkiye Barolar Birliği'ne aktarılacağını, Birliğin bir yönetmelik hazırlayarak buna göre barolara dağıtım yapacağını düzenlemektedir.

Türkiye Barolar Birliği'nin bu görev ve yetkileri bütün olarak ele alındığında baroların TBB ile olan ilişkisinin bağımlılık ya da bağımsızlık ölçütleri ile değerlendirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Avukatlık Yasası'nın yukarıda saydığımız hükümleri karşısında baroların Türkiye Barolar Birliği'nden bağımsız olmaları mümkün değildir. Ayrıca bu ilişkinin bir bağımlılık, vesayet ya da astlık üstlük ilişkisi olarak değerlendirilmesi de yanlıştır. Avukatlar, barolar ve Türkiye Barolar Birliği hep birlikte bağımsız savunmayı oluşturmaktadır. Bu oluşum örgüt olarak bir bütündür ve birbirini tamamlamaktadır. Yasanın üst kuruluş olarak niteleyip nitelememesi çok önemli değildir, verdiği yetkiler fiilen üst kuruluş haline getirmektedir. Birliğin bu yetkilerle donatılmaması durumunda aynı yetkilerin Adalet Bakanlığı tarafından kullanılması söz konusu olacaktır. İlk itiraz yeri TBB olmaz ise doğrudan yargı yoluna başvurulması gerekecek bu da sonuç almayı geciktirecektir.

Türkiye Barolar Birliği'nin bu yetkileri kaldırılır ise örneğin;

Yeni baroları kim kuracaktır?

Yönetmelikleri, ücret tarifelerini kim hazırlayacaktır?

Her baro ayrı bir tarifeyi mi uygulayacaktır?

Avukatlar'ın resmi kıyafetini kim belirleyecektir?

Her baro farklı avukatlık kimliği mi verecektir?

Adli yardım ve CMUK ödenekleri doğrudan baroları mı gönderilecektir?

Vekalet pulunu her baro kendisi mi basıp satacaktır?

Bir baronun pulu bütün yargı çevrelerinde geçerli olabilecek midir?

Bu soruları çoğaltmak mümkündür.

“Üst Kuruluş” tartışmaları sonunda, Birliğin kuruluş ve niteliklerini düzenleyen 109. madde, 4667 sayılı Yasa ile “Türkiye Barolar Birliği bütün baroların katılımıyla oluşan bir kuruluştur.” şeklinde yeniden düzenlenmiş ve “üst kuruluş” vurgulaması yapılmamıştır. Ancak bugün TBB, Avukatlık Yasası’ndaki düzenlemelerin doğal sonucu olarak fiilen üst kuruluş durumundadır. Başka türlü olması da olanaksızdır. Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 4.5.2001 tarih 2001/315-420 sayılı kararında Türkiye Barolar Birliği’ni, “yargılama faaliyetinin savunma ayağını oluşturan avukatların üst meslek kuruluşu” olarak tanımlamıştır.

Avukatlık Kimliğini Türkiye Barolar Birliği’nin Düzenlenmesi ve Avukatlık Ruhsatnamesini Birlik Başkanının İmzalaması Üzerine Tartışmalar:

Bu tartışma geçen dönem bir kısım baronun ısrarla gündeme getirdiği, avukatlık kimliğinin TBB tarafından düzenlenmemesi, avukatlık ruhsatnamesinin TBB Başkanı tarafından imzalanmaması istekleri ile başlatılmıştır. Bütün bunlar baroların bağımsızlığına aykırı görülmüş(10) ve tartışma Barolar Birliği’nin gerekip gerekmediği hatta baroların disiplin cezası verme yetkisini avukat üzerinde vesayet sayılacağı boyutuna getirilmeğe çalışılmıştır.(11)

Üzerinde durulması gereken 9. maddeye 4667 ve 5043 sayılı yasalarla; “Ruhsatnameler ve avukat kimlikleri, Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılır ve düzenlenir. 8. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen şekilde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nca uygun bulma kararı verildiğinde ruhsatnameler TBB Başkanı ve ilgili Baro Başkanı tarafından imzalanır. Avukat kimlikleri, tüm resmi ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmi kimlik hükmündedir.” fıkrasının neden eklendiğidir. Asıl amaç avukatlık kimlik belgesinin uygulamada “resmi belge” olarak tanınmasını sağlamaktır, bunun için de tek tip olması gerekmektedir. Ruhsatnameler zaten öteden beri tek tip olarak Türkiye Barolar Birliği tarafından “düzenlenip” bastırılmakta, mesleğe kabul edilip yemin eden avukata barosu tarafından teslim edilmekte/verilmektedir.

Bu uygulama herhangi bir tartışma yaratmadan sürerken Avukatlık Yasası Yönetmeliği'nin yenilenmesi sırasında ruhsatname metnine TBB'ce uygun görüldüğünü belirten bir ibarenin eklenmesi ve TBB Başkanı'nun da ruhsatnameyi imzalaması bu düzenlemelerin bağımsızlığa aykırı olduğu eleştirilerine yol açmıştır. Bu eleştirileri sona erdirmek üzere de 24.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı yasa ile 9. maddeye son şekli verilmiştir.

Öncelikle belirtmek istediğimiz, ruhsatnamede bu düzenlemeler yapılmıyorsa da olurdu. Eski durumun sakıncası yoktu.

Ancak bu düzenlemenin bağımsızlığa aykırı olduğu ve bu amaçla yapıldığını söylemek de yanlıştır çünkü yönetmelik bütün baroların katılım ve tartışmasına açık şekilde hazırlanmıştır. Düzenlemenin yasaya aykırı olmadığını Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu İstanbul Barosu tarafından açılan Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin iptali davasında verilen yürütmenin durdurulması kararına itiraz üzerine verdiği 10.7.2003 tarih 2003/954 sayılı kararında;

"1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın avukatlığa kabul ve avukatlık ruhsatlarının verilmesini düzenleyen 7. ve 8. maddelerinde şartları taşıyan adayların Baro meslek levhasına yazılacağı, Baro tarafından verilen "meslek levhasına yazılma" kararlarının Türkiye Barolar Birliği'nin uygun bulma kararı ile yürürlüğe gireceği ve ilgiliye ruhsatın Baro tarafından verileceğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Yasa'nın 8. maddesi ve avukatlık ruhsatlarının Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip düzenlenip bastırılacağı hükmünü içeren 121. maddesinin birlikte değerlendirilmesinden; mesleğe kabulün ilk adımını oluşturan levhaya yazılma aşamasında Barolar tarafından alınan kararların "uygun" bulunması ve avukatlık ruhsatlarının "düzenlenip bastırılması" konusunda yasayla Türkiye Barolar Birliği'ne tanınan yetkinin varlığı karşısında, yönetmeliğin yasaya aykırı bir düzenleme getirmediğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır." şeklinde açıklamıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bu kararından söz etmişken İstanbul Barosu'nun önceki yönetimi tarafından Türkiye Barolar Birliği aleyhine açılan Avukatlık Yasası Yönetmeliği'nin iptali davasına değinmemiz gerekmektedir. Bir baronun TBB aleyhine idari dava açabilmesi de herhalde barolarla TBB arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi açısından incelenmesi gereken bir olaydır. Ancak burada altını çizmek istediğimiz; 4667 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılması gereken yönetmeliklerin TBB ve baroların katılımıyla hazırlandığıdır. (12) Katkı koymayanların ya da katkıları benimsenmeyenlerin yönetmelikleri idari dava konusu yapmaları bizce "siyasete" uygun değildir. Bir bütün olduğuna inandığımız "savunma örgütü" olarak uygulamasında sakıncalarını gördüğümüz yönetmelikleri her zaman değiştirebiliriz.

Avukatlık mesleğine kabulü TBB ve Adalet Bakanlığı incelemesinden de geçerek uygun görülmüş avukata, barosu, TBB Yönetim Kurulu'nun Avukatlık Yasası'nın 121. maddesinin sekizinci fıkrasının verdiği görev gereği düzenleyip tek tip olarak bastırdığı ruhsatnameyi verecektir. Avukatlık Yasası adayın ruhsatını alırken içeceği andın metnini düzenlemiş, ruhsatname içeriğinden söz etmemiştir. Tek tip ruhsatnameyi, düzenleyip bastırmakla görevli TBB yönetim kurulu, metnini de hazırlayacaktır. Metinde, Birlikçe uygun görüldüğü yolunda bir ibarenin bulunması da Avukatlık Yasası'nın 8. maddesinin dördüncü fıkrasının vurgulanmasıdır. Türkiye Barolar Birliği'nin şekil ve metnini belirleyip bastırdığı ruhsatnamede TBB Başkan'ının imzasının bulunmasını engelleyen bir hüküm yoktur.

Soruna bu şekilde yaklaşıncı Mayıs ayında Trabzon'da toplanan TBB Mali Genel Kurulu'nda bu konu tartışılırken ortaya konulan bağımsızlık anlayışının ne kadar farklı olduğu görülmektedir. Bir kısım delege baroların bağımsızlığını sadece yürütme organına karşı değil aynı zamanda Türkiye Barolar Birliği'ne karşı bağımsızlık olarak anlamaktadır. Bu anlayıştan hareketle TBB'nin hazırlayıp yürürlüğe koyduğu yönetmeliklerle "baroların bağımsız niteliklerinin" "tamamen ortadan kaldırılmış" olduğu ileri sürülebilmekte,(13) uygun bulma ibaresinin kullanılması "son derecede yakışsız" bulunmakta,(14) "ek imza" nitelemesi yapılabilmekte, ortaya çıkan durumun "savunma mesleğinin tarihi açısından da vahim bir ironi oluşturduğu" iddia edilebilmektedir.(15)

AKP Artvin milletvekili Orhan Yıldız ve üç arkadaşı tarafından 2003 yılı Temmuz ayında verilen ve 20.1.2004 tarihinde 5043 sayılı yasalara, Avukatlık Yasası'nın bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin Yasa Teklifi tartışmaların boyutunu daha da genişletmiştir. Yasa teklifi, vekalet pulu değerinin belirlenmesi, sosyal yardım ve dayanışma fonu kurulması, ücret sözleşmesinin bulunmadığı durumlar ve birden fazla hakem kurulu kurulabilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de içerdiği halde, kimlik ve ruhsatname maddeleri öne çıkarılmış, bu düzenlemelerin baroların bağımsızlığına aykırı olduğu ve Birliğin barolar üzerinde "idari vesayeti" olarak anlaşılması gerektiği iddia edilmiştir. Hatta, Diyarbakır Barosu Başkanlığı'nın 29.7.2003 tarih 2003/1477 sayılı yazısında; "Türkiye Barolar Birliği, mesleğimizin güncel sorunlarının arkasına sığınarak fiilen hukuka aykırı bir biçimde oluşturmaya çalıştığı vesayet ilişkisini, şimdi de bu kanun teklifi ile yasal hale getirmeğe çalışmaktadır." suçlamasında bulunulmuştur. Bursa Barosu Başkanlığı'nın aynı tarihte tüm baro başkanlarına gönderdiği yazısındaki yaklaşımı da; "Barolar kendi meslek kuruluşu bile olsa hiçbir kurumun vesayetini kabul etmezler. Üyeleri doğrudan doğruya bağımsız avukatlar olan Barolar; katılımlarıyla oluşan TBB'nin şubesi değildir." şeklinde olmuştur. İzmir Barosu Başkanlığı Yasa teklifini eleştirdiği 24.10.2003 tarih 072/8029 sayılı yazısında; "avukatın Türkiye Barolar Birliği'nin değil, kayıtlı olduğu baronun üyesi olduğu" nu anımsatma gereğini duymuştur.

6 Aralık 2003 tarihinde; Adıyaman, Ağrı, Antalya, Batman, Bingöl, Bursa, Diyarbakır, Gaziantep, Hatay, İzmir, Kars, Malatya, Mardin, Şanlıurfa, Tunceli ve Van Barolarının katılımı ile Diyarbakır’da düzenlenen “*Baroların Bağımsızlığı ve Savunma Dokunulmazlığı*” konulu uluslararası sempozyum sonunda yapılan ortak açıklama da; “*Baroların sürekli gündeminde olan ve kavram olarak idari vesayet olarak nitelendirilen düzenlemelerin getirdiği yetkilerin, Adalet Bakanlığı’ndan alınarak Türkiye Barolar Birliği’ne geçtiği, bu düzenleme biçiminin baroların bağımsızlığı yönünde engel oluşturduğu ortak görüşüne varılmıştır. Savunma mesleğinin örgütü olan Baroların, yargı içindeki etkinliği ve varlığının baroların bağımsızlığı ile yeniden gerçekleştirilebileceğini, bu sorunun Türkiye’deki tüm baroların gündemine taşınarak tartışılması ve idari vesayete ilişkin düzenlemelerin Avukatlık Yasası’ndan ve yönetmeliklerden çıkarılması gerektiği konusunda ortak görüş oluşturmuşlardır.*”(16) şeklindedir.

Bütün bu değerlendirmeler bazı barolarımızın yönetimlerinin “*baroların bağımsızlığı*” kavramını sadece yürütme organına karşı bağımsızlık olarak algıladıklarını, bu kavramın Türkiye Barolar Birliği’ne karşısında bağımsızlığı da içerdiğini kabul ettiklerini göstermektedir. Avukatlık Yasası’nın böyle bir değerlendirmeye imkan tanımadığı ve bu tür bir bağımsızlık anlayışının savunma örgütünün kurumlaşmasını engelleyeceği görüşümü tekrarlıyorum. Bu noktada Sayın Av. Dr. Yücel Sayman’ın yukarıda yer verdiğim sorusunu da değerlendirmek istiyorum. Sayın Sayman daha sonraki bir makalesinde de aynı konu üzerinde durmuştur.(17) (18) Başka bir model istenmektedir. İstenilen modelde, “*bağımsız ve dokunulmaz*” avukatlar, uygulamaları bir diğerinden farklı olabilecek barolar vardır. Barolar Birliği ise ya yoktur ya da “*tüm baroların sürekli birlikte olup, idari denetime tabi olmaksızın bağımsız karar alabildikleri bir çalışma tarzının kurumsallaşması*” şeklinde vardır. Bu kolay anlaşılabilir bir model değildir, belirsizlikler içermektedir, çok daha ayrıntılı açıklanması gerekir. Örneğin;

Avukatın “*bağımsızlığı ve dokunulmazlığı*” üyesi bulunduğu baroya mı yoksa yürütme organına ve müvekkiline karşı mıdır?

Bu “*bağımsızlık ve dokunulmazlık*”, meslek kuralları ve baroların disiplin yetkisi ile ne kadar bağdaşır.

Baroların disiplin yetki ve görevi olacak ise tüm baroların uygulamalarının uyumlu olması gerekmez mi?

Önerilen bu modelin yürürlükteki Avukatlık Yasası karşısında güncel bir anlamı yoktur.

Yeni bir modele gereksinim duyanlar bu tartışmayı bilimsel düzeyde yapabilirler, yapmalıdırlar.

Tartışmanın yürürlükte olan yasa ve organları ile yapılmaması gere-

kir. Yeni bir savunma örgütlenmesi modeli için birbirimizi ikna etmeğe çalışabiliriz. Ancak bunu yaparken yürürlükteki yasaya uymak durumundayız ve “bağımsız yargı içinde bağımsız savunma” çabamızın ülkemizde demokratikleşme sürecinin temel koşulu olduğunu, bunun da bugünkü “savunma örgütü” yapımızın kurumlaşmasına bağlı olduğunu unutmamak zorundayız.

SONUÇ

“Yargı organının özelliklerinden biri, yasaların uygulanmasındaki birliği sağlamaktır. Bu üst yargı organlarını da zaruri kılan bir haldir. Nitekim, Yargıtay ve Danıştay’ın varlığı yerel, adli ve idari yargı organlarının bağımsızlığını zedelemeyen uygulama birliğini sağlamak suretiyle yargı organlarının kuvvet ve etkinliğini sağlamaktadır.

Bunun gibi bağımsız baroların bir üst kurulda birleşmeleri; katılımları ile oluşan bu kurula, özellikle uygulama birliğini sağlamak üzere belirli bir üstünlük tanımları doğal ve hatta zaruridir.

Bu baroların bağımsızlıklarından feragat ettikleri anlamına gelmez. Avukatlık mesleğinin birlik ve düzen içerisinde ve daha kuvvetli şekilde ifasını sağlar.

Bu nedendir ki; Türkiye Barolar Birliği, tüm avukatların birliğini sağlayan ve savunmayı güçlendiren, sorunların halinde en etkin olabilecek bir üst kuruluş olarak benimsenmeli, yıpratılmasına izin verilmemeli, buna yol açacak soyut hukuksal düşünceler bilimsel düzeyde ifade edilse bile TBB’ye zarar verecek davranışlardan kaçınmalı, aksine Barolar Birliği’nin etkin bir anayasal kurum olarak devlet organları arasında sayılması ve devletin üst kurumlarında temsilinin sağlanması için çaba sarf edilmelidir.” (19)

Üst kısmında “Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ruhsatnamesi” yazan avukatlık ruhsatnamesini Baro Başkanı ile birlikte TBB Başkanı’nın da imzalamasının ne sakıncası vardır? 1974 yılında aldığım avukatlık ruhsatnamemde Tekirdağ Barosu Başkanı ile birlikte Prof. Faruk Erem’in de imzası bulunsa idi duyacağım onur, bugün Tekirdağ Barosu Başkanı olarak, Sayın Özdemir Özok ile aynı ruhsatnameyi imzalamaktan duyduğum onur kadar olurdu.

KAYNAKLAR

- (1) GÜNER, Av. Semih, “Avukatlık Hukuku” Eylül 2003, Ankara Barosu Yayını sayfa: 9
- (2) GÜNER, Av. Semih, age. sayfa: 79
- (3) ACAR, Bahattin Özcan, İzmir Barosu Başkanı, “Baroların Bağımsızlığı Savunmanın Dokunulmazlığı”, Diyarbakır Barosu Yayını, Diyarbakır 2004, sayfa: 38
- (4) GÜNER, Av. Semih, “Savunma Hakkı ve Baroların Bağımsızlığı” Hukuk Kurultayı 2000, Cilt: 4 Ankara Barosu Yayını, sayfa: 204-205
- (5) NEMO, Paul, Uluslar arası Avukatlar Birliği Başkan Yardımcısı, Paris Barosu Üyesi, “Baroların Bağımsızlığı Savunmanın Dokunulmazlığı”, Diyarbakır Barosu Yayını, Diyarbakır 2004, sayfa: 5
- (6) ŞENOL, Av. Asude, TBB 27. Olağan Genel Kurul Tutanağı, Trabzon 2003, sayfa: 190
- (7) ÖZOK, Av. Özdemir, “Bağımsızlık, Vesayet, Birliktelik”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 48, Eylül/Ekim 2003, sayfa: 23
- (8) SAYMAN, Av. Dr. Yücel, “Türkiye Barolar Birliği Üzerine”, Günışığı Dergisi Sayı: Mayıs 2003, sayfa:10-11
- (9) GÜNER, Av: Semih, “Avukatlık Hukuku” sayfa: 506
- (10) GÜNER, Av. Semih, “Avukatlık Hukuku” sayfa: 181
- (11) SAYMAN, Av. Yücel, “Savunma Hakkı ve Baroların Bağımsızlığı” Hukuk Kurultayı 2000, Cilt: 4 Ankara Barosu Yayını, sayfa: 236
- (12) ÖZOK, Av. Özdemir, adı geçen makale, sayfa: 24
- (13) TANRIKULU, Av. Sezgin, 27. Olağan Genel Kurul Tutanağı, Trabzon 2003, sayfa: 92
- (14) GÜNER, Av. Semih, 27. Olağan Genel Kurul Tutanağı sayfa: 111
- (15) AYDIN, Av. Zekeriya, Olağan Genel Kurul Tutanağı sayfa: 142 ve Batman Barosu Başkanlığı'nın 27.2.2003 tarih 2003/75 sayılı yazısı.
- (16) Diyarbakır Barosu Başkanlığı'nın 8.12.2003 tarih ve 2003/2067 sayılı yazısı.
- (17) SAYMAN, Av. Dr. Yücel; “Vesayet; Gerçek mi Söylenti mi?”, Günışığı Dergisi, Sayı: Kasım 2003, sayfa: 26-29
- (18) SAYMAN, Av. Yücel, “Baroların Bağımsızlığı Savunmanın Dokunulmazlığı”, Diyarbakır Barosu Yayını, Diyarbakır 2004, sayfa: 17
- (19) ÜLGİN, Av. Muvaaffak, İstanbul Avukatlar Forumu (4.2.2001), İstanbul Barosu Yayını, sayfa:48

SAVUNMANIN ÖRGÜTLENMESİ VE STRATEJİK PLANLAMA

Av. Noyan ÖZKAN*

I. GİRİŞ

İnsanlar ve oluşturdukları kurumlar, çok eski zamanlardan beri menfaatlerini korumak ve haksızlıklara karşı savunabilmek amacıyla değişik yöntemlere başvurumaktadırlar.

Hak ve adalet kavramları, kişilerin ve kurumların menfaatlerine ve içinde yaşadıkları dönemin sosyo-ekonomik koşullarına göre değişmektedir. Magna-Carta'dan Avrupa Birliği Anayasası'na kadar temel hak ve özgürlükleri düzenleyen tüm belgelerin arka planında çok çetin ve kapsamlı mücadeleler bulunmaktadır.

İşçiler, kadınlar, çocuklar, mülteciler, özürllüer, savaş esirleri ve diğerleri bugün uluslararası belgelerde sahip oldukları hakları yaşama geçirmeye çalışıyorlar. Nitelikli, verimli ve güçlü örgütlenmelerle ilerliyorlar, aksi durumda mevcut haklarını bile yitiriyorlar. Kişiler, iddia ve savunma haklarını, idari ve yargı mercileri önünde bizzat kullanabilirler. Ancak, özellikle yargı organları nezdinde adaletin aranması olgusu genel olarak hukuk bilgisine ve uygulamasına dayandığı için iddia ve savunma hakları müvekilleri temsilen avukatları tarafından kullanılmaktadır.

Avukatların ve onların mesleki ve siyasi örgütleri olan baroların, temel hak ve özgürlüklerin kazanılması ve korunması mücadelesinde çok önemli bir varlık nedenleri olmuştur ve olmaya devam edecektir.

Kamu yönetimi ve yargı mercileri önünde kişilerin ve kurumların iddia ve savunmalarını üstlenen, bir başka deyişle "Anayasal hak arama özgürlüğünün" kullanılmasında vekil sıfatıyla rol oynayan avukatların mesleki örgütleri olan barolar hakkında sürekli değerlendirme ve tesbitler yapmakta yarar görüyorum.

* İzmir Barosu üyesi, İzmir Barosu önceki başkanlarından.

II. SAVUNMA ÖRGÜTLENMELERİ

Hukukçular, ortak bir amaca hizmet etmek ve belli hedeflere varmak için dernekler, vakıflar, sivil inisiyatif grupları kurabilirler. Ya da sivil toplum örgütlenmeleri içinde "gönüllü" olarak yer alabilirler.

Teknik anlamda savunma ise ulusal ve uluslararası mevzuat çerçevesinde barolar tarafından temsil edilmektedir. Avukatların mesleki hak ve menfaatleri, disiplin ilkeleri, yargı organları ile ilişkileri barolar tarafından yürütülmektedir. Bir başka deyişle, demokrasi ve hukuk mücadelesinde bağımsız ve özgür olan avukatlar, mesleki faaliyetlerinin yürütülmesinde mesleki örgütleri olan baroların koydukları kurallara uymak zorundadırlar. (Savunma mesleğinin tarihçesi için bkz: Av. Semih Güner, *Avukatlık Hukuku*, Ank. 2002 ; Av. Haluk İnanıcı, *İzmir Barosu Dergisi*, 2001, sayı: 3)

III. HAVANA-AVUKATLARIN ROLÜNE DAİR TEMEL PRENSİPLER BEYANNAMESİ

Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından 7 Eylül 1990 günü kabul edilen Havana/ Avukatlar Beyannamesi'nin başlangıç ilkelerinde; "temel hak ve özgürlükler", "adil ve bağımsız yargı hakkı", "gözetiminde veya tutuklu/hükümlü olanların hakları", "mağdur hakları", "ekonomik ve sosyal haklar", "ihtiyacı olan herkese adli yardım hakkı" gibi haklar, beyannamenin temelini teşkil eden ilgili sözleşmelere yollama yapılarak sayılmaktadır.

Havana/ Avukatlar Beyannamesi'nin 23.maddesi, avukatların "ifade ve örgütlenme özgürlüğünü" düzenlemektedir... Avukatlar, diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma özgürlüğüne sahiptir...

Avukatların Meslek Örgütleri başlığı altındaki 24.maddeye göre; "Avukatlar, kendi menfaatlerini temsil etmek, süreklilik taşıyan mesleki eğitim ve öğretimlerini geliştirmek ve meslek haysiyetlerini korumak için bağımsız meslek örgütleri kurma ve bunlara katılma hakkına sahiptir. Meslek örgütlerinin yönetim organları, üyeleri tarafından seçilir ve bu organlar dış müdahaleye maruz kalmadan görevlerini yaparlar."

25. madde; "Avukatlık meslek örgütleri, herkese etkili ve eşit bir biçimde adli hizmet verilmesi için ve avukatların usulsüz bir müdahale ile karşılaşmadan hukuka ve kabul görmüş meslek ahlak kurallarına ve standartlarına uygun olarak müvekkilleri ile görüşebilmeleri ve onlara yardım edebilmelerini sağlamak için hükümetle işbirliği yapar."

2.5.2001 günü kabul edilen 4667 sayılı Avukatlık Kanunu ile 19.3.1969 kabul tarihli 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda; "avukatların, yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmesi" (m. 1) ve "barolar ile TBB'nin hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumakla görevi

kılınmaları" (m. 76/1 ve 110/17) gibi yeni ve önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak, bu değişikliklerin, Havana Beyannamesi'nde yer alan, "insan haklarına dayalı bir hukuk devletinde bağımsız ve adil bir yargılama sürecinde bağımsız ve etkin bir savunmanın gerekliliği ve vazgeçilmezliği temel ilkelerini" tam anlamıyla yansıttığını söylemek mümkün değildir. Özellikle üç yıllık uygulama ise son derece üzücü ve düşündürücüdür. Örneğin, adli ve idari makamların avukatlara görevleri ile ilgili olarak yardımcı olma ve bilgi ve belge sunma yükümlülüğünü getiren 2. madde hemen her gün yüzlerce kez ihlal edilmektedir.

IV. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN -AVUKATLIK MESLEĞİNİN ÖZGÜRCE YAPILMASINA İLİŞKİN (2000) 21 NO'LU TAVSİYE KARARI

Başlangıç ilkelerinde, BM-Havana/Avukatlar Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne yollama yapılmakta ve "avukatların ve oluşturdukları meslek kuruluşlarının, aynı zamanda, insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunmasındaki ana işlevlerinin", altı çizilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin uymakla ve uygulatmakla sorumlu olduğu bu tavsiye kararının "Kuruluşlar" başlığı altındaki bölümleri aynen iletiyorum. Böylece, meraklıları, 1949'tan bu yana üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi'nin savunma mesleğine ilişkin tavsiyeleri ile ülkemizdeki yasalar ve uygulama arasındaki çelişkileri, gayet rahat biçimde tesbit edeceklerdir.

1. Avukatlar meslek ahlakını geliştirmek, bağımsızlık ve çıkarlarını koruma amaçlı, bölgesel, ulusal ve uluslar arası derneklerin birine ya da birçoğuna üye olmakta serbest olmalı ve bu talepleri yüreklendirmelidir.

2. Barolar ve diğer meslek kuruluşları, devlet erki ve kamu karşısında özerk ve bağımsız kılınmış olmalıdır.

3. Baroların ve diğer meslek kuruluşlarının üyelerini her türlü kısıtlama ve haksız müdahaleye karşı koruma girişimleri saygı ile karşılanmalıdır.

4. Barolar ve diğer meslek kuruluşları avukatların bağımsızlığını sağlama amacıyla özellikle şu konularda yüreklendirilmelidirler:

a. Adaletin gereklerini hiç bir kaygı duymaksızın savunabilmeleri ve yerine getirebilmeleri

b. Avukatların toplumsal konumlarının, onur, saygınlık ve dürüstlüklerinin titizlikle izlenip gözetilmesi,

c. Avukatların özellikle ekonomik gücü yetersiz kişiler için adli yardım ve hukuki danışma sistemlerine katılma yollarının kolaylaştırılması

d. Hukuk reformları, mevcut yasalar ya da tasarı halindeki girişimlere desteklerinin teşvik edilmesi,

e. Koşulların gerektirdiği zamanlarda meslektaşlarına ve ailelerine yönelik sosyal yardımlaşma ve korumaların desteklenmesi

f. Diğer ülke avukatları ile avukatlık kurumunun güçlendirilmesi amacıyla yönelik, uluslararası meslek kurallarında, gerek hükümetler arası gerekse hükümetler dışı örgütlenmelerde işbirliğine özendirilmesi,

g. Avukatlar için olabilecek en yüksek düzeyde yetkinlik, disiplin ve meslek ahlakını amaçlayan girişimler sağlanması,

5. Barolar ve diğer meslek kuruluşları avukatların hak ve çıkarlarını korumak üzere, devlet organları ile karşı karşıya kalmaları dahil, aşağıdaki durumlar için gerekli önlemleri almış olmalıdır.

a. Bir avukatın tutuklanması veya gözaltına alınması,

b. Bir avukatın dürüstlüğüne kuşku düşürecek bir süreci başlatabilecek her türlü karar,

c. Bir avukatın üstünün, mal ya da varlıklarının aranması

d. Avukatın elinde bulundurduğu her türlü eşya ya da evraka el konması,

e. Avukatların tepkisini çekecek medya yayınları

AIHM kararlarına göre, hukuki temsil, "teorik ve görünürde" olmaktan ziyade "pratik ve etkili" olmalıdır.

"Örgütlenme", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 20. ve BM-Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 22. maddesinde bir "hak" olarak belirtilmiştir.

V. DEĞERLENDİRME VE TESPİTLER

Barolar, kamu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Olağanüstü denetim altındadırlar. Anayasa 135 ve Avukatlık Kanunu çerçevesinde avukatlık, kamu hizmeti gören bir serbest meslektir. Barolar, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Öte yandan, avukatlar, mesleklerinin ifasında, devlete ve müvekkillerine karşı bağımsızdırlar.

Avukatlık Kanunumuzun, baroların denetimine ilişkin hükümleri, oldukça tutucu ve çağ dışıdır. Barolar, Adalet Bakanlığı'nın idari ve mali denetimleri altındadır. (Ek Madde 4) Ayrıca, Adalet Bakanı veya Cumhuriyet Başsavcısı'nın istemi üzerine o yerdeki Asliye Hukuk Hakimleri tarafından barolar ve TBB sorumlu organlarının görevine son verilmesi davası açıla-

bilir (77/5). Hatta, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suçun devamının önlenmesi ve yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa barolar ve TBB, vali tarafından faaliyetten men edilebilir. Faaliyetten men kararı, 24 saat içinde görevli hakimın onayına sunulur (77/9).

Barolar aynı zamanda demokratik sivil toplum örgütlenmeleridir. Baroların, temel hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesi, hukuk devletin yerleşmesi, bağımsız ve adil yargının sistemleşmesi gibi alanlarda izleme, doğrudan müdahale, ve faaliyet gösterme hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bazı muhafazakar çevrelerin, baroları, yalnızca kanun çerçevesinde *“devlet daireleri”* gibi gören zihniyetleri ve uygulamaları ile ciddi biçimde mücadele etmek gerekmektedir. Barolar elbette meslek sorunları ile uğraşacaklardır ancak demokratikleşme ve hukuk devleti mücadelesini de hiç bir zaman gündemlerinden düşürmeyeceklerdir.

Adalet sisteminin sorunları ile baroların sorunları birbirinden ayrılamaz. Artık sayısını unuttuğumuz AB’ye uyum reform paketleri ve tartışmalar sırasında her nedense unutulmuş hükümler (77/5 ve 9) açık ve acı gerçeği ortaya koymaktadır. *“Türkiye’de Savunmaya ve Savunmanın Örgütlerine Saygı Yok Denecek Kadar Azdır”*

Ülkemizde adalet sistemi herkesin bildiği gibi can çekişmektedir. 12 Eylül Anayasası’yla getirilen *“kutsal ve otoriter devlet felsefesine”* dayalı yasal mevzuat ve uygulamalar, DGM’lerin ve ölüm cezasının kaldırılması gibi olumlu adımlar atılsa bile, halen devam etmektedir. Binde yedilik bütçeyle, Adalet Bakanlığı müfettişlerinin denetimine tabi hakimleriyle, ağır ve aksak yargılama usulleriyle, hala kağıt, kırtasiye ve personel eksiklikleriyle boğuşan Türk yargı sisteminin gerçekten büyük bir reforma gereksinimi vardır. Ancak, bu reformun öncelikle yasaları yapan siyasi partilerin yönetici ve hukukçuları ile Adalet Bakanlığı bürokratlarının kafasında gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bir ileri iki geri mehter adımıyla yola devam edilecektir. Hükümetlerin ve kamu yönetiminin genel olarak barolara yaklaşımı olumsuzdur.

Yeri gelmişken, *“savunmaya ve barolara saygı ölçüsünü”* açıkça gösteren bir olaydan bahsetmek istiyorum. Hükümetlerin yargıya ve adalet sistemine ilgisizlikleri sonucunda 14 yıldır inşaatı devam eden ve 26.06.2004 günü açılış töreni yapılan İzmir Adalet Sarayı’nda, evvelce planlarda İzmir Barosu’na tahsis edilen yaklaşık 350 m²’lik alan, inşaat devam ederken Cumhuriyet Başsavcılığı ve Adalet Bakanlığı işbirliğiyle gizlice değiştirilmiş ve bu alana Cumhuriyet Başsavcılığı yerleştirilmiştir. Ayrıca Avukatlık Kanunu 50. madde ve CMUK 144. madde uyarınca her mahkeme ve icra dairesinde avukatlara ayrılacak yerlerin büyük bir kısmına el konulmuştur.

İzmir Barosu Yönetimi, haklı ve yerinde bir protesto ile açılış davetiye-lerini iade etmiş ve adliye önünde TBB Başkanı Sayın Özok'un da katıldığı bir kınama açıklaması yapmıştır. İşte, Türkiye'de adalet sistemi politikasını yürütenlerin "savunmaya" ve "barolara" bakış açısı budur. Bu bakış açısının, uyum yasaları ile değişeceğini sananlar yanılığ içinde. Bu bakış açısı ancak va ancak, avukatların ve baroların mücadelesi ve bu mücadeleye kamuoyunda sağlanacak destek ile değişecektir.

Barolar, yurttaşların adalet hizmetinden eşit olarak yararlanmasında görevlidir. 1992 yılından bu yana sanık haklarının güvencesi için uygulana gelen CMUK reformundan sonra çok gecikmeli olarak 4667 no'lu Kanun'la getirilen ve mağdur haklarını ele alan "adli yardım" baroların görev ve yükünü arttırmıştır. Ancak, bütçede ve Harçlar Kanunu'nda bu alanda ayrılan paylar Avrupa Standartları'nın çok altındadır. Üstelik adli yardım/CMUK sisteminde görev alan meslektaşlarımıza, verdikleri hukuki hizmetle hiç bir şekilde bağdaşmayan düşük ücretler ödenmektedir.

Öte yandan, bazı avukatların, bu hizmetlerin yaygınlaşmasına ve ücretlerin artmasına karşı çıkmalarını anlamak mümkün değildir. Avukatlık mesleğini yalnızca büro açma ve para kazanma olarak görmek mümkün değildir. Savunma mesleğinin sahipleri, ülkemizde hukuk devletinin yerleşmesi ve adalet sisteminin iyileştirilmesi için uğraş vermek zorundadırlar.

VI. SONUÇ VE ÖNERİLER

Savunma mesleğinin başlıca örgütü olan barolar, aynı canlı organizmalar gibi içinde buldukları dönemin koşullarına göre değişime uğramaktadırlar. Sosyal güvenlik ve sağlık, meslektaşlar arasında kopukluk, hakim ve savcılarla soğukluk, 32 adet hukuk fakültesinin getirdiği yük, hayat standardı, cezaevi aramaları, hacizde saldırı, protokol, kısıtlı bütçe gibi sorunlar hiç bir zaman bitmeyecektir.

Önemli olan, sorunları zamanında tesbit etmek, stratejik bir program çerçevesinde çözümü için gerekli adımları atmaktır. Elbette baro yönetimlerine aday meslektaşlarımız, seçim öncesinde ve sonrasında plan ve programlar yapmakta ve uygulamaya koymaktadır. Ancak, bunlar genel olarak olayların akışına bağlı olarak değişmektedir. Sorunların içinde boğuşulmakta ve bazen sorunların bir parçası haline gelmektedir. Özet olarak baroların yasalardan ve uygulamadan kaynaklanan örgütlenme sorunları mevcuttur.

Bir örgütün yaşamını sürdürebilmesi onun ne kadar iyi planlama yapabildiğine ve geleceği ne kadar iyi tahmin edebildiğine bağlıdır. Operasyonel (kısa vadeli), taktik (orta vadeli) ve stratejik (uzun vadeli) planlama

her örgütün sahip olması gereken araçlardır. Aksi takdirde gelecekte nasıl bir tutum izleneceği ve neler yapılabileceği ancak iş işten geçtikten sonra farkedilebilir.

Stratejik planlama, örgütlerin, *"neredeyiz?"*, *"nereye ulaşmak istiyoruz?"*, *"ulaşmak istediğimiz noktaya nasıl gideriz?"* ve *"başarımızı nasıl ölçeriz?"* şeklinde ifade edilebilecek dört temel soruya cevap arama süreci olarak da tarif edilebilir (Bkz: DPT Müsteşarlığı, Stratejik Planlama Kılavuzu).

Örneğin bir çok baro yönetimi, kanun tasarılarını son anda öğrendiklerini, basının açıklamalarına yeterince yer verilmediğini, baro aidatlarının zamanında ödenmediğini sürekli yakını konusu yapmaktadırlar. Kimileri TBB ve Baro Yönetimi'nde profesyonel çalışan bir Genel Sekreter olmasını, kimileri de, baro marşınının yeterli olmadığını baro bandosunun da kurulması gerektiğini savunabilirler. Baro yönetimleri kısa vadeli planlarla kronikleşmiş sorunları çözmeye çalışmaktadır. TBB ve baroların en kısa zamanda stratejik planlama çalışmalarına başlamaları gerekmektedir.

MÜDAFİNİN VEKALET ÜCRETİ VE KARA PARAYI AKLAMA SUÇU 30 MART 2004 TARİHLİ ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Osman İSFEN*

Hukuk Devleti'nin ana prensiplerinden birisi de, ceza muhakemesinde silahların eşitliğidir. Bu bağlamda, sanığın kendisinin çıkarlarını korumak üzere istediği müdafiyi görevlendirmesi ve bu sanık-müdafî ilişkisinin mümkün olduğu kadar dışardan etkilere kapalı ve dayanıklı olması büyük önem taşımaktadır. Müdafinin, sanığı savunurken, bir suç işleme tehlikesiyle yüz yüze gelmesi ve hatta bu süreçte soruşturma, arama, tutuklama, dava açılması gibi durumlarla karşı karşıya kalması son derece hassas konulardır.

1992 senesinde Alman Ceza Kanunu'na madde 261 olarak eklenen "*kara parayı aklama suçu*"nun, müdafilerin aldığı vekalet ücreti bağlamındaki geçerliliği bugüne dek tartışılmalıdır. Alman Yargıtayı, madde 261 Alman CK'nın müdafiler için de önemli herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadan uygulanması gerektiğini belirttiği kararında, müdafinin "*kara para*"yı vekalet ücreti olarak almasının avukatlık mesleğiyle bağdaşmadığını vurgulamış ve bu yorumun, özellikle zorunlu müdafî tayin etme imkânı göz önünde bulundurulduğunda, sanık haklarını kısıtlamayacağına dikkat çekmiştir (Bundesgerichtshof, 2. CD 4.7.2001, 513/00). Netice olarak "*Kara Parayı Aklama Suçu*"nu işlemekten dolayı (tecil edilen) hapis cezasına çarptırılan müdafilerin bireysel Anayasa şikayeti üzerine Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Yargıtayı'nın bu yorumunun Alman Anayasası'yla gerekli şekilde uyumlu olmadığını belirtmiştir ve "*kara parayı aklama suçu*"nun müdafiler için de geçerliliğini temelde kabul etse bile, Anayasa'ya uygun yorum çerçevesinde uygulama için önemli sınırlamalar öngörmüştür (Bundesverfassungsgericht 30.3.2004, 2 BvR 1520/01 ve 2 BvR1521/01).

Yüksek Mahkeme, "*kara parayı aklama suçu*"nun belirli sınırlamalar olmadan uygulanmasının, Alman Anayasası madde 12'de güvence altına alınan çalışma hürriyetinin ihlâline, özellikle oranlılık ilkesine aykırılık

* Yardımcı Asistan, Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Ceza Hukuku Mukayesesi Kürsüsü (Prof. Dr. Walter Gropp); e-mail: isfen@t-online.de

açısından, yol açabileceğini belirtmiş ve bu durumun her meslek sahibi gibi müdafî için de geçerli olduğunun altını çizmiştir. Avukatlık mesleğinin serbest bir meslek niteliğini taşıdığını ve müdafinin, mesleğini icra sırasında devlet tarafından herhangi bir tesir altında bırakılmamasının, sadece müdafinin değil, düzenli bir adalet sistemi bağlamında kamunun da yararına olacağını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, müdafinin, hukuk devleti ilkesi açısından kaçınılmaz bir gereklilik olduğunu belirterek, sanığın, kendisinin seçtiği ve güvendiği bir müdafî tarafından savunulmasının adil yargılanma'daki önemine ayrıca dikkat çekmiştir. Zira sadece, sanığın, müdafinin sır saklama yükümlülüğüne güvenebildiği takdirde, müvekkil-müdafî ilişkisinde etkin bir savunma için gerekli olan güven ortamı oluşabilecektir. Yüksek Mahkeme'ye göre, müdafinin vekalet ücreti almasıyla kara parayı aklama suçunu işlemiş olabilmesi, sanık açısından haklı olarak, müdafinin sır saklama yükümlülüğüne sadık kalıp kalamayacağı sorusunu da beraberinde getireceğinden, sanığın, kendini koruma düşüncesinden yola çıkarak, açık ve serbest şekilde müdafîyle iletişim kurmasına engel olacaktır. Ayrıca savcılık tarafından müdafî hakkında yürütülecek muhtemel bir soruşturma çerçevesinde müdafinin veya bürosunun aranması sırasında, özellikle savunma stratejisine ilişkin evrakın kovuşturma organlarının eline geçmesi ihtimali de, müvekkil-müdafî arasındaki güven ilişkisini olumsuz yönde etkileyecektir. Bunun yanında müdafinin, bir yandan müvekkilinin yararlarını koruması gerekirken, diğer yandan alacağı vekalet ücreti ile kara parayı aklama suçunu işleye(bile)ceğini düşünerek öncelikle kendisini koruyucu tedbirlere başvuracak olması, bu yarar çelişkisinde etkin bir savunmanın sağlanmasını imkânsız hale getirecektir. Bu bağlamda sanığın haklarının korunmasının, sanık tarafından seçilen ve ücretinin güya kara para ile ödendiği iddiasından dolayı davadan kendi isteğiyle veya hukukî zorunluluk sebebiyle ayrılma durumunda kalacak olan müdafî tarafından değil de, ilk baştan veya seçilen müdafinin davadan ayrılması olayından sonra masraflarını devletin karşıladığı zorunlu müdafî tarafından gerçekleştirildiği takdirde, müdafîni ödemeye yetecek kadar parası olan ve dava sonuçlanıncaya kadar mülkiyetinin, masumiyet karinesi gereğince, kara para ile lekelenmemiş olduğundan yola çıkılması gereken kişi ile müdafîni ödemeye mâli imkânı olmadığından devlet tarafından kendisine zorunlu müdafî tayin edilen kişi eşit tutulmuş olacaktır ki, böyle bir muamele eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi, müdafinin, aldığı vekalet ücretinden dolayı kara parayı aklama suçuna dayalı cezaî sorumluluğunun doğabilmesinin beraberinde getirmiş olduğu sakıncaların yanında, bu normla korunan hukukî yararları da göz önünde bulundurmıştır. Kanun koyucunun ilgili madde ile "*organize suçluluk*"la daha etkin bir şekilde bir mücadele etmeyi amaçladığını, imzalanan uluslararası andlaşmaların da bunu gerektirdiğini,

sözkonusu hukukî yararın ceza hukuku ile korunmasının meşru olduğunu ve müdafinin kara parayı aklama suçunun kapsamına genel olarak girmemesi için bir sebep bulunmadığını belirten Yüksek Mahkeme, uygulamada oranlılık ilkesine uyulması bağlamında maddî ceza hukukundaki gerekli sınırlamaların, Anayasa'ya uygun yorum çerçevesinde, manevî unsur dahilinde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna dayalı olarak, madde 261 AlmCK'daki suçun müdafiler için oluşmasında, madde 261 fıkra 5 AlmCK'da (özellikle ispat zorluklarından kaçınmak amacıyla) öngörülen ağır taksirin ve hatta olası kastın bile yeterli olamayacağının altını çizen Anayasa Mahkemesi, cezaî sorumluluğun sadece, müdafinin, vekalet ücretini aldığı anda kara para konusunda emin bir bilgisi, yani bu konuda doğrudan kastının olduğu durumlarda doğacağına karar vermiştir. Zira müdafî, paranın kaynağına ilişkin araştırmalarda bulunmakla yükümlü olmasa bile, almış olduğu vekalet ücretinin kara para olduğuna dair emin bilgisi olduğu halde faaliyetine devam ederse, adalet sisteminin bir parçası olmaktan çıkmış bulunmaktadır ki, bu durumlarda ceza hukuku aracıyla müdafî üzerinden kara paranın aklanmasına izin verilmesi sözkonusu değildir.

Yüksek Mahkeme, maddî ceza hukuku için öngörmüş olduğu sınırlamaların, kovuşturma organları tarafından da ölçü alınması gerektiğine ve bundan dolayı, müdafî hakkında yürütülecek olası bir soruşturmada aranacak olan başlangıç şüphesinin, müdafinin kara para konusunda kötü niyetli olduğuna ilişkin belirgin olgulara (vekalet ücretinin miktarı, verilmiş şekli vs.) dayalı olabileceğine dikkat çekerken, sanık-müdafî arasındaki hassas ilişkinin, kovuşturma organlarınca müdafî hakkında yürütülecek bir soruşturmaya zarar göreceğinden, bu konuda ihtiyatlı davranılması gerektiğini de görüşlerine eklemiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin, müdafinin vekalet ücreti ve kara parayı aklama suçu konusunda vermiş olduğu bu karar hem adalet sisteminin hem de sanığın ve müdafinin haklarının korunması açısından gerekli hassasiyeti göstermektedir. Göz önünde bulundurulması gereken problemleri, takdir edilecek şekilde derin ve kapsamlı bir araştırmaya ve değerlendirmeye tabi tutan Yüksek Mahkeme, müdafinin, adaletin sisteminin bir parçası olduğunu ve hukuka bağlılığından kopmasının sözkonusu olamayacağını bir kerre daha hatırlatırken, müvekkil-müdafî arasındaki hassas ilişkinin, kovuşturma organları öncelikli olmak üzere, devlet tarafından saygıyla karşılanıp korunması gerektiğinin de altını çizmiştir. En az diğer meslekler kadar ve hatta diğer mesleklerden daha fazla şekilde saygınlığın ve güvenilirliğin temel bir kaynak olduğu avukatlık mesleğinde, bu değerlere sahip çıkılması için hem devlete hem de avukatlara aynı derecede önemli görevler düşmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi bu bağlamda kendi üzerine düşeni kanımızca layıkıyla yerine getirmiştir.

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ AVUKATLARIN MESLEKLERİNİ İCRA ETME ÖZGÜRLÜKLERİNE İLİŞKİN BAKANLAR KOMİTESİNİN ÜYE ÜLKELERE TAVSİYE KARARI (2000)21

Çeviren: Çiğdem SERT-ÇELİK*

(Bakanlar Komitesi tarafından 25 Ekim 2000 tarihinde
Bakanlar Vekillerinin 727. toplantısında benimsenmiştir)

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi statüsünün 15 b maddesine göre:
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koşullarına;

Aralık 1990'da BM Genel Toplantısı tarafından da onaylanan avukatların rolüne ilişkin BM temel prensiplerine;

13 Ekim 1994'te Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce benimsenen bağımsızlık, etki ve yargıçların rolüne ilişkin R 94 no'lu tavsiyesine dayanarak;

Avukatların ve meslek birliklerin insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasını sağlamakta oynadıkları temel rolün altını çizer;

Avukatların uyguladıkları hukuk kurallarını özellikle de bireysel özgürlüklerin savunmasında oynadıkları rolü desteklemek için, avukatlık mesleğinin icra edilmesi özgürlüğün ilerletilmesini talep eder;

Avukatların mesleklerini icra ederken bağımsızlıklarını garanti eden ve bu bağlamda hiçbir uygunsuz kısıtlama, tesir, ikna, baskı, tehdit veya müdahalenin olmadığı, doğrudan veya dolaylı, herhangi bir kesime veya nedene dayanmaksızın adil bir hukuk yönetimi sisteminin gerekliliğinin bilincinde;

Avukatların sorumluluklarını uygun bir biçimde icra etmelerini sağlamanın, özellikle de yeterli eğitim almalarının ve hem mahkemelere yönelik, hem de müvekkillere yönelik görevlerinde uygun bir denge sağlamanın gerekliliğinin farkında;

* Almanya Essen Asliye Hukuk Mahkemesi'nde (Landgericht Essen) hukuk stajyeri (Rechtsreferendarin)

Adaletle kolay ulaşımın ekonomik olarak güçsüz durumda olan kişilerin avukatların hizmetlerinden faydalanmaları için, gerekli olduğu göz önünde bulundurulmakta,

Yeri geldiğinde üye ülkelerin hükümetlerine, bu tavsiye kararındaki prensipleri göz önünde bulundurarak gereken tüm tedbirleri almasını ve takviye etmesini tavsiye eder.

Bu tavsiye kararına göre, avukat dava açacak ve müvekkillerinin adına davranacak kadar kalifiye ve ulusal hukuk alanında yetkin bir kişi anlamına gelir. Avukat pratik hukuk içinde angaje olur, mahkemelere çıkar veya müvekkillerine hukuki meselelerde tavsiyelerde bulunur.

Prensip I

Avukatlık Mesleğine İlişkin Genel Prensipler

1. Avukatların mesleklerini serbestçe icra etmelerini ilerletmek, korumak ve saygınlığını arttırmak için ve herhangi bir ayrımcılık ve uygunsuz müdahale gerek otorite gerekse kamu tarafından yapılmadan, özellikle de AİHS'yi göz önünde bulundurarak tüm gerekli önlemler alınmalı.

2. Avukat olabilme yetkisine veya bu mesleğe girişe ilişkin kararlar bağımsız kişiler tarafından verilmeli. Bu tür kararlar, bağımsız kişiler tarafından verilsin veya verilmesin, her halükarda bağımsız ve tarafsız adli otoritenin teftişine sunulmalı.

3. Avukatlar; inanç, ifade, hareket, kurum ve toplantı özgürlüklerinden faydalanmalı ve özellikle de hukuka ve hukuk yönetimine ilişkin kamusal tartışmalara katılma ve Yasal reform önerilerinde bulunma hakkına sahip olmalılar.

4. Avukatlar mesleki standartlarına uygun davrandıkları takdirde herhangi bir ceza veya baskıyla tehdit edilmemeliler.

5. Avukatların müvekkillerine, özellikle de tutuklu olanlara, özel konularda danışmanlık yapmaları ve mesleki standartlara uygun bir biçimde onları temsil edebilmeleri için kolay ulaşmaları sağlanmalı .

6. Avukat-müvekkil arasındaki meslek sırrına saygının sağlanması için tüm gerekli önlemler alınmalı. Bu ilkedен istisnalar ancak hukuka aykırı olmadığı takdirde mümkün olmalı.

7. Avukatlar çıkma yetkileri olan mahkemeler tarafından reddedilmemeliler ve müvekkillerinin haklarını ve çıkarlarını savunurken tüm gerekli dosyalara ulaşmalılar.

8. Aynı davada bulunan tüm avukatlara mahkeme tarafından eşit değerlerde saygı gösterilmeli.

Prensip II

Hukuk Eğitimi, Öğrenimi ve Hukuk Mesleğine Giriş

1. Hukuk eğitimi, mesleğe giriş ve hukuk mesleğinin icra edilmesi cinsiyet ve cinsel tercih, ırk, renk, din, siyasi veya herhangi başka bir görüş, etnik veya sosyal köken, veya ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğuştan veya herhangi bir fiziksel özürlülük farkı gözetmeksizin herkese sunulmalı.

2. Mesleğe başlamadan önce yüksek seviyede bir hukuk eğitimi ve moral gerekli; ayrıca avukatların eğitiminin devamlılığını sağlamak gerek. Bunlar için de tüm gerekli önlemler alınmalı.

3. Sürekli eğitim programları da kapsayan hukuk eğitimi, hukuki becerilerinin geliştirilmesini sağlamalı, etik ve insan hakları konusunda bilinçlenmeyi artırmalı ve avukatları, müvekkillerinin haklarına ve menfaatlerine saygı göstermeleri, onları korumaları ve hukuk sisteminin işlemlerini desteklemeleri yönünde eğitmeli.

Prensip III

Avukatların Rol ve Görevleri

1. Barolar ve diğer meslek birlikleri meslek standartları ve davranış kodeksleri düzenlemeli ve müvekkillerinin meşru haklarını ve menfaatlerini savunurken, avukatların bağımsız, gayretle ve adil davranmalarını sağlamalıdır.

2. İç hukuka, yönergelere ve meslek standartlarına uygun olarak, avukatlar meslek sırrına saygı göstermelidir.

3. Müvekkillere yönelik avukatların görevleri aşağıdakileri kapsamalı;
- Yasal haklarına ve yükümlülüklerine, olduğu kadar davanın sonucuna ve maliyetine ilişkin tavsiyede bulunma;
 - Öncelikle meseleye ilişkin dostça/samimi karar verme;
 - Müvekkillerinin haklarını ve çıkarlarını korumak, güçlendirmek ve onlara saygı göstermek için Yasal yollara başvurma;
 - Çıkar çatışmasından sakınma;
 - Makul surette halledebilecekleri kadar iş üstlenmelidir;

4. Avukatlar adliyeye saygı göstermelidir ve mahkemeye yönelik görevlerini iç hukuka, başka kurallara ve meslek standartlarına uygun bir şekilde yürütmeliler.

Prensip IV

Herkesin Avukatlara Kolay Ulaşımı

1. Bağımsız avukatların sundukları hizmetlerden herkesin faydalanması için tüm gerekli önlemler alınmalı.
2. Avukatlar, ekonomik olarak güçsüz insanlara da hukuk hizmetleri sunmaları yönünde teşvik edilmeli.
3. Üye ülkelerin, ekonomik olarak güçsüz durumda olan insanların hukuki yardım almalarını, özellikle de özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olanların bu hizmetlere kolay ulaşımını sağlamalı.
4. Avukatlık ücretinin tamamen veya kısmen kamu fonlarından ödenmesi, avukatların müvekkillerine karşı olan sorumluluklarını ve görevlerini etkilememeli.

Prensip V

Birlikler

1. Avukatları yerel, ulusal ve uluslararası mesleki birlikler kurmaları ve bunlardan faydalanmaları yönünde teşvik etmeli ve bunlara izin verilmeli. Bu birliklerin görevi mesleki standartları güçlendirme ve avukatların bağımsızlığını ve menfaatlerini koruma olmalı.
2. Barolar ve diğer mesleki birlikler özerk ve hem otoriteden hem de kamudan bağımsız olmalı.
3. Baroların ve diğer meslek birliklerin üyelerini ve bağımsızlıklarını her türlü kısıtlamaya ve hak ihlaline karşı korumaları ve savunmalarına saygı gösterilmeli.
4. Baroların ve diğer meslek birliklerinin avukatların bağımsızlıklarını sağlamaları teşvik edilmeli ve:
 - a. Çekinmeden adaletin gelişmesine yardım etmeleri ve arka çıkmaları;
 - b. Avukatların rolünü toplumda savunmalı, özellikle de onurlarını, itibarlarını ve bütünlüklerini korumaları;
 - c. Ekonomik olarak güçsüz durumda olan insanların adalete kolay ulaşımını, özellikle de hukuki yardım ve danışma koşullarını sağlayan projelere avukatların katılmasını teşvik etmeleri;
 - d. Yasal reformları, varolan ve önerilen Yasamaya yönelik tartışmaları desteklemeleri ve ilerletmeleri;
 - e. Meslek üyelerinin refah düzeylerini ilerlemeli ve durum gerektiriyorsa kendilerine ve ailelerine yardım etmeleri;

f. Avukatların rolünü geliştirmek için, başka ülkelerdeki avukatlarla birlikte çalışmak ve bunu öncelikle avukatların uluslararası örgütlerini, uluslararası devletler nezdinde örgütleri ve NGO'ları gözönünde bulundurarak yapmaları;

g. Avukatların yeterliliklerini mümkün olduğunca geliştirilmeleri aynı zamanda yönetim ve disiplin standartlarına saygılarını sağlamaları, teşvik edilmeli

5. Barolar ve diğer meslek birlikleri avukatları savunmalarında tüm gerekli faaliyetlerde bulunmalı, avukatların menfaatlerini de aşağıdaki durumlarda savunmalı:

- a. Bir avukat tutuklandığında veya alıkonulduğunda;
- b. Avukatın dürüstlüğüne şüpheye düşürecek davaların alınmasına yönelik herhangi bir karar verildiğinde;
- c. Avukatların veya mülklerinin araştırılmasında;
- d. Avukatın himayesinde olan dosyalara ve materyallere el konulduğunda;
- e. Avukatlar adına harekete geçmeyi gerektiren haberler yayınlandığında.

Prensip VI

Disiplin Davaları/Soruşturmaları

1. Bir avukat mesleki standartlara, barolar, diğer meslek kuruluşları veya Yasama tarafından konulan kurallara aykırı davrandığında, disiplin soruşturması dahil olmak üzere, gereken önlemler alınmalı.

2. Avukatlara karşı yürütülen disiplin davalarına baroların ve diğer meslek kuruluşların katılma yetkileri olmalı.

3. Disiplin davalarının AİHS'nin koyduğu kurallara uygun bir biçimde yürütülmesiyle birlikte, avukatın davaya katılmasını ve verilen kararın tekrar gözden geçirilmesini talep etme hakkını da kapsar.

4. Avukatların işledikleri disiplin suçlarına karşı cezaları belirlerken orantı ilkesi dikkate alınmalı.

ALMANYA' DA HUKUK EĞİTİMİ VE STAJYERLİK

Çiğdem SERT-ÇELİK*

1500 yılının Almanya'sında suç işleme oranının yüksek olmasından dolayı işkence uygulaması yaygındı. Ancak 1532 yılında Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsburg tarafından hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Strafprozessordnung - Carolina von 1532) işkenceyi sınırlandırmıştır.¹ Keza Schwarzenberg Ceza Usulüne ispat teorisini getirmiştir (Beweistheorie).² Buna göre bir sanığın cezalandırılması için suçunun ispat edilmesi gerekiyordu. Bunun için de iki görgü tanığı veya sanığın itirafı gerekiyordu. Ancak çoğu zaman ne itiraf ne de görgü tanığı bulunabildiği için işkenceye başvuruluyordu. 19. yüzyılın başlarında Almanya' da işkence tamamen kalkmış durumdaydı. Carolina' da yer alan ispat teorisinin - itiraf veya iki görgü tanığı - yerine delillerin serbest takdiri ilkesi (freie Beweiswürdigung) getirildi. Ancak bunun için de kaliteli, iyi eğitilmiş, güvenilir ve olgun yargıçlar gerekmektedir. Bunun en önemli koşulu ise iyi bir hukuk eğitimi idi.

Hukuk öğrenimi ve eğitimi önemini o zamanlardan alır ve temeli o zamanlarda atılmıştır.

Bir hukukçu üstlendiği toplumsal rol ve görevlerini hukuk mesleğine ve ilkelerine uygun bir biçimde ancak iyi bir hukuk eğitiminden geçerek yerine getirebilir ki ancak o zaman hukukun saygınlığı artar.

1. Alman Hukukçu Eğitimi Yasası ve Reformu

Almanya federal bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla hem federal hem de eyalet düzeyinde yasalar bulunmaktadır.

Hukuk öğreniminin ve staj eğitiminin yasal dayanağı, Hukukçu Eğitimi Yasası' dır.

* Almanya Essen Asliye Hukuk Mahkemesi'nde (Landgericht Essen) hukuk stajyeri (Rechtsreferendarin), şu anda seçimlik staj çerçevesinde Avukat Özcan Çine gözetiminde TBB' de misafir stajyer.

¹ İşkence tam olarak kaldırılmamış, sadece çocuklara, gebe kadınlar ve soylular gibi kişilere uygulanması yasaklanmıştır.

² Fritjof Haft, *Aus der Waagschaale der Justitia-2000 Jahre Rechtsgeschichte-*, s.11.

Federal Parlamento'nun (Bundestag) çıkardığı ve 01.07.2003'ten itibaren yürürlükte olan Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası (Gesetz zur Reform der Juristenausbildung)³ federal düzeyde bir yasadır. Bu Yasa hukuk öğrenimine ve staj eğitimine ilişkin genel kurallar belirliyor. Yani almanca deyişle bir çerçeve oluşturmuştur. Her eyalet bir yasal düzenlemeyle kendine göre bir staj eğitim programı uygular.⁴

Bu nedenle Yasa, hukuk öğrenimine ve staj eğitimine ilişkin ayrıntıları eyaletlerin yasal inisiyatifine bırakmaktadır.

Yeni Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası'na ilişkin yasal inisiyatifi de nüfus açısından Almanya'nın en büyük eyaleti olan Kuzey Ren Westfalya eyaleti kullanmış durumda. Makalemde Kuzey Ren Westfalya'nın Hukukçu Eğitimi Yasası'ndan (Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen)⁵ yola çıkarak staj eğitimini ele alacağım. Ancak şunu da belirtmeliyim ki, staj eğitimi tüm eyaletlerde ufak tefek farklılıklar gösterse de temel hatlarıyla aynıdır. Çünkü bu yasalar 01.07.2003'te yürürlüğe giren federal düzeydeki Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası'nı baz alır. Eyaletler kendi kapasitelerine uygun bir takım değişiklikler yapabilirler, örneğin stajın belirli kısımlarını Yasa'da ön görülenden daha uzun tutabilirler.

Hukukçu Eğitimi Reformu Yasası'nın amacı ise son yıllardaki gelişmelere bağlı olarak ele alınmalı. Geçtiğimiz yıllarda ortaya çıkan tablo 2. Devlet Sınavı'nı (Zweites Juristisches Staatsexamen) da verip mezun olan stajyerlerin % 75'inin avukatlık mesleğini seçtiğini göstermektedir. Mezunların %15'i büyük şirketlerde, % 4'ü hakim ve savcı olarak ve % 6' sı idarede çalışmaktadır.⁶

Bu gerçekliğe uygun olması açısından böyle bir reforma ihtiyaç duyulmuştur ve staj eğitiminde avukatlık (Rechtsanwalt) mesleğine ağırlık verilmiştir. Dolayısıyla staj eğitimi ağırlıklı olarak danışmaya ve avukatlık mesleğinin gerektirdiği pragmatik yöntemlere yönelik duruma getirilmiştir.

Ancak, Kuzey Ren Westfalya Eyaleti'nin Adalet Bakanı Jochen Dieckmann' ın da Bonn Üniversitesi'ndeki bir konuşmasında⁷ belirttiği gibi "Hukukçu Eğitimi Reformu"da Almanya'da hakim olan tek tip hukukçu yetiştirme ilkesini değiştirmedir. Bu temel ilke, reformdan sonra da muhafaza edilmiştir. Hangi hukuk mesleği için olursa olsun, tüm stajyerlere ortak bir eğitim programı uygulanmaya devam edilmektedir.

³ BGBl S 2592; 1.7.2003.

⁴ Semih Güner, *Avukatlık Hukuku* s.133.

⁵ GV NRW S 135; 1.7.2003.

⁶ Dr.C.Dylla-Krebs, *Justizministerium NRW*, JA 2003, S.34; Wissenschaftsrat, Ds 5460/02, S.19.

2. Hukuk Öğrenimi ve Staj Eğitimi

Ortalama 5 yıllık bir hukuk eğitiminden sonra, hukuk fakültesi öğrencileri, 1. Devlet Sınavı (Erstes Juristisches Staatsexamen) diye adlandırılan ve ancak iki kez girilebilen çok kapsamlı bir sınava girerler. Bu sınavın amacını ise Kuzey Ren Westfalya' nın Hukukçu Eğitimi Yasası'nın 2. maddesi açıklamıştır:⁸

1. Devlet Sınavı'nın amacı, hukuk fakültesi mezunlarının, eğitimlerini tamamladıktan sonra, yeterli olup olmadıklarını tespit etmektir....

Sınav, sınava tabi tutulan kişinin, hukuku kavradığının ve uygulayabildiğinin; hukuk bilgisini tarihi, toplumsal, iktisadi, politik, felsefi ve Avrupa toplulukları hukukuna ilişkin bağlantılar doğrultusunda kullanabildiğinin göstergesidir.

Bunun dışında, *“sınava giren kişi aynı zamanda sınav çerçevesinde bilimsel çalışma yeteneğini de ispatlamak durumunda...”*

Bu Yasa aynı zamanda sınavın içeriğini de düzenlemiştir. Yasa'nın 11. maddesi, sınavda sorulacak olan dersleri zorunlu dersler olarak ayrıntılı bir biçimde belirtir. Zorunlu dersler kabaca medeni kanun (Bürgerliches Recht); medeni usul (Zivilprozessrecht); ticaret hukuku (Handelsrecht); şirketler hukuku (Gesellschaftsrecht); iş hukuku (Arbeitsrecht); ceza hukuku (Strafrecht); ceza usul (Strafprozessrecht); Anayasa hukuku (Staatsrecht); Anayasa yargısı (Verfassungsprozessrecht); Genel hatlarıyla Avrupa toplulukları hukuku (Europarecht); idare genel ve özel hukuku (Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht) ve idari yargılama usulü (Verwaltungsprozessrecht). Almanya'nın devlet yapısı itibariyle idare derslerinde Türkiye ile kıyaslandığında ciddi farklılıklar görülmekte. Diğer derslerin bir çoğunda ise benzerlikler tespit etmek mümkün.

Staj eğitimi ile ilgili düzenlemeler aynı Yasa'nın ikinci bölümünün 30. maddesinden⁹ itibaren yer almıştır.

Staj eğitimi kelimenin tam anlamıyla hazırlık hizmeti¹⁰ (Vorbereitungsdienst) demektir. Yani meslek hayatına hazırlık amaçlıdır. Buradaki meslek salt avukatlık mesleği değil, aynı zamanda yargıçlığı (Richter) ve savcılığı (Staatsanwalt) da kapsamaktadır. Kısacası, çok yönlü bir staj eğitiminden geçilmektedir. Burada *‘tek tip hukukçu’* (Einheitsjurist) kavramı da kullanılmaktadır. Bu bağlamda şunu belirtmek gerek ki, Almanya'da stajyer

⁷ NRW Justiz Online, www.justiz.nrw.de; Rede des NRW-Justizministers vor der Rheinischen Friedrich- Wilhelms-Universitaet.

⁸ & 2 Abs.2 Juristenausbildungsgesetz Nordrhein Westfalen (JAG)

⁹ Paragraph 30 JAG

avukat yoktur. Tüm hukuk meslekleri için, staj eğitimi tek düzenlemeyle uygulanmaktadır. Yargıç olmak isteyen de avukat olmak isteyen de ortak bir staj eğitiminden geçmektedir.

Üniversite eğitimini ve stajını, birinci ve ikinci Devlet Sınavı'nı da vererek, başarı ile tamamlamış olan tüm hukukçular, ikinci lisansı da alıp hakimlik mesleğini icra etmeye hak kazanırlar. Bu durumda yasal olarak avukatlık mesleğini de icra hakkına sahip olurlar.¹¹

Staj eğitimi toplam 24 ay sürer. Staj eğitimi, Hukukçu Eğitimi Yasası reformundan sonra bazı değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliğin ana noktası ise yukarıda da belirttiğim gibi avukatlık mesleğine daha fazla ağırlık gösterilmesidir. Reformdan sonra çeşitli bölümlere ayrılan staj eğitiminin, avukatlık stajı kısmı diğer bölümlerin süreleri kısaltılarak uzatılmıştır

Mukayeseli olarak Kuzey Ren Westfalya Eyaletinde reformdan önce staj eğitimi ve reformdan sonrası:

Reformdan önce:	Reformdan sonra:
1-6. ay: Asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemelerinde hakimlik stajı	1-5. ay: Asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemelerinde hakimlik stajı
7-9. ay: Savcılık stajı	6-8. ay: Savcılık stajı
10-13. ay: İdare kamu stajı	9-11. ay: İdare kurumu stajı
14-16. ay: Hakimlik veya avukatlık stajı	12-21. ay: Avukatlık stajı
17-20. ay: Avukatlık stajı	22-24. ay: Seçimlik staj (Yurtdışı da olabilir) Burada hakimlik stajı da mümkün
21-24. ay: Seçimlik staj (Yurtdışı da olabilir)	
	25. ay: Sözlü sınav

a. Hakimlik Stajı

Stajın ilk altı ayı reformdan önce hakimlik stajıyla devam ederken, reformdan sonra beş aya indirildi. İçeriği açısından herhangi bir değişiklik yapılmadı. Hakimlik stajı süresince, stajyerler sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemelerindeki herhangi bir hakimin gözetiminde çalışırlar. Hakimler,

¹⁰ Zweiter Teil (JAG)“Der Vorbereitungsdienst“

¹¹ Ankara Barosu Başkanı Av. Semih Güner, *Avukatlık Hukuku* s. 133.

kendilerine gelen dosyaların bir kısmını stajyerlere verirler ve stajyerler bu dosyalar üzerinde çalıştıktan sonra, örneğin kararlar yazarlar. Hakimlik stajı boyunca stajyerler en az altı dosya hazırlamak zorundadırlar. Hazırlanan dosyaları ve yazılan kararları hakimler değerlendirip, staj bitiminde bir karne verirler. Hakimlik stajında stajyerler ayrıca gözetmenleri olan hakimlerle birlikte duruşmalara girip, delil ikamesini de bizzat yürütebilmektedirler. Stajyerler hakimlerle birlikte kürsüde otururlar ve görüşülen davanın dosyasını da önceden inceledikleri için, delil ikamesini de ispat yükümlülüğü olan tarafa soru sorarak yürütürler. Örneğin, sulh hukuk mahkemelerinde (Amtsgerichte) görüşülen kira davalarında sorun kirada olan dairenin rutubetli olması ise, taraflar kusurun karşı tarafa ait olduğunu iddia ediyorlarsa, stajyer hakim ispat yükümlülüğüne göre taraflara söz konusu daireye ilişkin soru sorar. Gerektiğinde delil olarak duruşmaya davet edilen bilirkişiye ve tanıklara da sorular yöneltebilirler. Kısacası stajyer hakim, duruşmanın bu kısmını kendi inisiyatifi doğrultusunda ama hakimın gözetimi altında geliştirebilmektedir.

b. Savcılık Stajı

Bu altı aylık süreyi üç aylık bir savcılık stajı takip eder. Bu sürede stajyerler yine sulh ceza veya asliye ceza mahkemesindeki herhangi bir savcının gözetiminde çalışırlar. Savcılığın kapasitesi yetmediği takdirde, stajyerlerin bir kısmı eyalet mahkemesi tarafından belirlenen herhangi bir ceza hakimine gönderilebilir.

Savcılık stajı boyunca da savcılar stajyerlere, kendilerine gelen ve hazırlanması gereken dosyaların bir kısmını verirler. Ayrıca stajyerler sulh ceza mahkemelerindeki (Amtsgericht –Strafrichter-) ceza davalarına girerler. Bu davalara ilişkin dosyaları ve iddianameleri ise savcılar, duruşmadan önce davaya girecek stajyerlere hazırlanmaları için ulaştırırlar. Stajyerler girdikleri davalarda duruşma esnasındaki gelişmelere göre ceza talep edebilirler. Örneğin duruşma esnasında gelişmeler iddianamede talep edilen cezaya uygun değilse, yani ceza davası esnasında delil açısından herhangi bir değişiklik oluyorsa, stajyer de savcı gibi ceza usulüne uygun bir biçimde ceza talep etmek zorundadır. Aksi takdirde stajyer savcı usule aykırı davranır ve ceza muhakemeleri usulünün en temel ilkelerini ve adil yargılanma hakkını ihlal edebilir. Zira hiç kimse duruşma olmadan ve polis tutanaklarından yola çıkılarak hazırlanmış bir savcılık mütalaasını temel alarak cezalandırılmaz. Dolayısıyla zaten stajyer savcının iddianameye yüzde yüz bağlı kalması eşyanın doğasına aykırı olur. Bu nedenle stajyerler gerektiğinde beraat dahi talep edebilirler ve etmek zorundadırlar.

Tabii her dava sonrasında duruşmaya, talep edilen ve hakimın verdiği cezaya ilişkin yazılı olarak kısa bir açıklama yapmak zorundadırlar.

Savcılık stajında da stajyerler en az dört dosya hazırlamak zorundadırlar. Bunlar da gözetmen olan savcı tarafından değerlendirilir ve staj sonunda stajyere karne olarak geri döner.

c. İdari Kurum Stajı

Savcılık stajını dört aylık bir idari staj takip ederken, bu süre de reformdan sonra üç aya indirildi. Stajın bu kısmını stajyerler kendi belirledikleri herhangi bir idari kurumda (Verwaltung) geçirirler, örneğin yabancılar dairesinde (Auslaenderbehörde), iş ve işçi bulma kurumunda (Agentur für Arbeit), emniyette (Polizeipraesidium), sosyal dairede (Sozialamt), sanayi ve ticaret odasında (Industrie- und Handelskammer), eyalet parlamentosunda (Landtag) vs. Bu kurumlarda oraya ilişkin tüm işlerle meşgul olurlar. Kurum sadece yerel ve eyalet çapında bir kurum olmak zorunda değil, aynı zamanda herhangi bir federal kurum veya Almanya'nın yurtdışındaki herhangi bir resmi kurumu da olabilir.

d. Avukatlık Stajı

Reformdan önce bu süreci üç aylık seçmeli bir staj takip ederdi. Burada geçirilen süre yine Kuzey Ren Westfalya Eyaleti Hukukçu Eğitimi Yasası'nda ayrıntılı olarak belirleniyordu. Stajın bu bölümünü de stajyerler tercihlerine göre, avukat yerine idare veya iş mahkemesinde geçirebilirlerdi.

Ancak yeni Yasa'ya göre stajın bu son bölümü kalkmış durumdadır. Bu bölüm artık seçimlik değil, Federal Yasa'ya göre en az dokuz ay sürmesi gereken, ancak Kuzey Ren Westfalya' da on ay süren bir avukatlık stajıdır. Görüldüğü gibi reformdan kaynaklı en önemli değişiklik stajın bu kısmında belirginleşmiştir. Amaç stajın avukatlık kısmını uzatmaktı ve bu amaca bu biçimiyle de ulaşılmış oldu. Reformdan önce avukatlık stajı dört aydı, stajın seçimlik bölümüyle birlikte tercihe göre maksimum on bir aya çıkabiliyordu, ancak şimdi zorunlu olarak on aya çıkarılmış durumdadır avukatlık stajı. Hatta seçimlik kısmıyla birlikte on üç aya kadar süre bilmektedir.

e. Seçmeli Staj

Avukatlık stajının akabinde üç aylık bir seçimlik staj gelir, stajın bu bölümünü de stajyerler isterlerse yurtdışında yapabilirler, isterlerse bir avukat yanında veya herhangi bir mahkemede.

Seçmeli staj kısmında daha sonra meslek seçiminde yargıçlığı veya savcılığı seçecek kişiler avukatlık stajı yerine tekrar hakimlik veya savcılık stajı olanağı bulabilirler.

f. İkinci Devlet Sınavı

Stajın 20. ayında 2. Devlet Sınavı'na giriyordu stajyerler, yasal değişiklikten sonra 21. ayın başlarında giriyorlar, yani avukatlık stajı devam ederken. 2. Devlet Sınavı sekiz yazılı sınavdan ibarettir. Bunlardan 4 tanesi medeni hukuktan, iki tanesi ceza hukukundan diğer ikisi ise kamu hukukundan soruluyor. Sınav dosya halinde verilir ve bu dosyalar ya hakim ya savcı ya da avukat açısından değerlendirilir. Örneğin avukat olarak temyiz davası (Revision) hazırlıyorsunuz, savcı olarak iddianame (Anklageschrift) ve yargıç olarak da karar (Urteil). Reformdan sonra da sınavın kendisinde değişen bir şey olmamıştır.

Sınavdan sonra, yukarıda da belirttiğim gibi, yine geçmişte dört ay olan şimdi ise üç aya düşen bir seçimlik staj bölümü vardır.

Staj boyunca da pratik eğitimin dışında başlangıçta haftada 4 saat olmak üzere, daha sonra ortalama 15 saate kadar çıkan dersler oluyor. Bu derslere yine hakimler ve savcılar girerler.

Örneğin idare hukuku derslerine idare mahkemesi hakimi (Verwaltungsrichter) giriyor. Bir hakimin olması usul açısından çok önemlidir. Derslerde de yine pratikten alınan dosyalar incelenir ve işlenir. Sınıflar 15-20 stajyerden oluşmaktadır.

Derslere katılmak zorunludur ve aksatmak mümkün değildir. O anlamda stajyerlerin derslere devam etmeleri çok sıkı ve ciddi bir biçimde takip edilmektedir. Derslerde düzenli olarak sınav yapılır ve her dersten de karne verilir stajyerlere. Bu karneler ise gerek sözlü sınavda gerekse iş başvurularında, özellikle devlet dairelerine başvurulduğunda, dikkate alınabiliyor.

3. Stajyer Ücreti

Staja başlayan stajyerler devletten brüt olarak yaklaşık 1000 Euro ücret alıyorlar. Aslında ücret kavramı da çok doğru değil, çünkü stajyere her ay ödenen para "geçimini sağlaması için yardım" diye adlandırılıyor (Unterhalt-sbeihilfe). Dolayısıyla Almanya koşullarında çok yeterli bir miktar değil.

Bazı eyaletlerdeki stajyerlere, örneğin Berlin'de, staj süresince memur statüsü (Beamtenstatus) verilir. Bu durumda memura özgü tüm haklara da sahiptirler. Memur statüsünde staja başlayanlar görevlerinin ilk gününde

bir yemin töreniyle ant içerler. Çeşitli nedenlerle memur statüsü artık sadece çok az eyalette verilmektedir. Örneğin Kuzey Ren Westfalya' da memur değil de kamu hizmetinde görevli (Angestellter im Öffentlichen Dienst) olarak staja başlanmaktadır.

Sonuç

Sonuç itibarıyla şunu söyleyebilirim ki, Almanya'daki staj eğitimini Türkiye'deki ile kıyaslamak mümkün değil. Herşeyden önce çok ciddi sistem farklılıkları var. Burada sistemle kastım bir bakıma eğitim sistemi, daha doğrusu hukuk eğitimi.¹² Hukuk öğreniminde biçimsel olarak çok önemli farklılıklar tespit etmek mümkün. Bunlardan biri, Almanya'da hukuk fakültesi öğrencileri üniversite öğrenimleri boyunca tüm ana derslerde, hazırlama süresi 4 hafta ile sınırlandırılan ve ev ödevi diye adlandırılan bir tez hazırlamak zorundadırlar (Hausarbeit). Bu da dersler ve sınavlar dışında bilimsel çalışmayı öğrenmek açısından çok önemli. Bu sadece bir örnek. Önemli olan bir diğer konu ise pratikten öğrenmek. Yani dersler, üniversitede de stajda da salt teoriden ibaret değil.

Özellikle staj eğitiminde dosyaların bir çoğu, hakimlerin kendi pratiklerinden öğrenim açısından önemli gördükleridir.

Tüm hukuk meslekleri için ortak bir staj programının uygulanması mesleklerin şeffaflığı açısından çok önemli. Yani bir avukat ancak yargıcın ve savcının nasıl çalıştığını bilirse, kendi mesleğini de tam anlamıyla icra edebilir. Aynı şekilde yargıç ve savcı da avukatlık mesleğinin gerekliliklerini ve zorluklarını bilmek zorunda, çünkü ancak o zaman mahkemede hukuk pratiğinin gerektirdiği iletişimi kurabilir. Nihayetinde hukukçu olan herkes, yargıç da, savcı da, avukat da hukuk sisteminin doğru ve hukuka uygun bir biçimde işlemede önemli rol oynayan kimselerdir. Ve ancak çok yönlü ve interaktif bir staj eğitimi tüm hukuk meslekleri arasında gereken iletişimi, empatiyi ve saygıyı yaratabilir ve hukuk sisteminin iyi işlemede sağlar.

Kanımca bir diğer önemli nokta ise eğitimin, daha doğrusu hukuk eğitiminin amacını doğru tespit etmek. Yani bir hukukçu nasıl olmalı ve üniversite öğreniminin amacı ne olmalı sorusunu sorup yanıtlamak. Ancak bunlar tespit edildiğinde bu amaçlara uygun bir eğitim programı hazırlanır ve bunun üzerinde bir sistem kurulabilir.

¹² Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde geçirdiğim misafir öğrencilik dönemimde de, Türkiye'deki hukuk öğreniminin çok fazla ezbere dayalı olduğu izlenimi edindim.

SAVUNMANIN ÖRGÜTLENMESİ

Av. Halil YAZGI*

Birden çok insanın bir araya gelmesi, birlikteliği, toplanması daima bir amaca dayanmıştır. Demokratik çağdaş özellikle kalkınmış ülkelerde kişinin üretken, etkin olarak katıldığı sivil toplum örgütleri sayısı en önemli referanslardandır. Anti demokratik ülkelerde ise aksine bir tutum görünür. Biraz demokratik biraz kalkınmış ülkelerde, sessiz, şu veya bu dernek, vakıf, parti ile ilgisi olmayan efendi adı da verilen kişi en makbul insan tipi olarak aranır ve bulunur da. Tipik örnekleri, her iktidar döneminde çoğala çoğala bürokrasi ya negatif mekanik görüntüsü alır, ya da KİT'ler gibi çöküşe gider. Sonra da bunun nedenleri anlatılırken günün ekonomik modeller gereğine, miadını doldurmuşluk bahanesine bağlanır.

Anayasa Mahkemesi üyeliği görevi bile ülkemizde daha dün bir parti üyeliği nedeniyle tartışılmadı mı?

Her örgütlenme, güç ve amacını ya kendi yasa, tüzük ve benzer somut hukuki dayanaktan alır ve artık burada başka saik aranmaz veya hukukun dernek, vakıf gibi genel hükümlerinden yararlanılarak amaca hizmet etmeye uğraş verir. Bunun gerçek amaca hizmet edip etmediğinin izlenmesi, irdelenmesi artık idarenin, yargının görevlerindedir.

Savunma, ilk çağlardan beri baro adı altında örgütü ile birlikte vardır; çünkü birden çok hukukçu avukatın bir araya gelip de savunma mesleğinin ve ülkenin sorunlarını konuşmaması düşünülemez.

Ancak savunma mesleği sorunları, ülke meseleleri, hatta dünya meseleleri harmanlamasında geçmişte zaman zaman o kadar tadı kaçırılmıştır ki avukatlık mesleğinin sorunları bazen konuşulur olmuştur. Hep şuna benzetmişim; Prof. Dr. Feyzioğlu, Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe adlı

* Tekirdağ Barosu üyesi

eserinde "O gün meclis sıraları dolduğu gibi, dinleyici, basın ve kordiplomatik locaları da doludur. Başkanlık kürsüsünde, başkan vekilleri değil, bizzat birinci başkan yer almıştır. Hükümet üyeleri noksansız, hazırdırlar. Celse açılınca başkan, gündem gereğince Maliye Bakanı'nı kürsüye davet eder ve Bakan da çantasını açarak bütçe nutkunu okumağa başlar.....Milletvekili veya senatör bu konuşmasında her şeyden söz edebilir.....Seçmenlerine selamlar yollar ve siyasi yatırımlar yapabilir. Söz ve kürsü hürriyetini istediği gibi kullanır. Kısaca, bütçenin meclis genel kurullarındaki görüşmesinde, bir maliyecinin dediği gibi her şeyden bahsedilir. Tabiatıyla ara sıra da bütçeden söz açıldığı olur." Günümüz bütçesi malum. Bu bağlamda avukatların durumu da malum.

Savunmanın örgütlenmesini avukatlık hukuku belirlemiştir. 2001 yılı değişikliği sonucu Adalet Bakanlığı'nun vesayeti de büyük bir ölçüde kalkmış olmakla örgütlenme daha hukuksal bir boyut kazanmıştır.

Sosyal güvenlik, ekonomik, sosyal sorun yaşamamış veya bunu da hissetmemiş bu konudaki yakınmaları dinlememiş, birkaç fantezi nutuk atanlar hariç gittiğim birçok il, ilçe ve görüştüğüm yüzlerce meslektaşın ki bunların arasında ebediyete göçen birçok meslektaş dahil örgütlenme konusunda hep iki konuyu eleştirmiş, yakınmışlardır. Birincisi yasal düzenleme eksikliği, ikincisi uygulama.

Yasal düzenleme eksikliğinde;

Gerek değişiklik öncesi gerekse 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin değişikliği ile "Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder." hükmünün avukatlar tarafından ne yazık ki hiçbir yer ve zamanda hissedilmemesi. Hissedilmemesi doğaldır; çünkü sadece avukatın yeri tanımlanmış olup yeri gösterilmemiş, Yargı örgütlenmesinde bir eksiklik bırakılmıştır. O halde maddenin devamla "Baro Başkanı Adalet Komisyonu'nun bir üyesidir." gibi bir düzenleme getirilmelidir. Böyle bir düzenleme Bakanlığın veya yargının işleyişine uygun düşmez gibi itirazlar hemen yükselecektir. Ancak 2802 sayılı Kanun'un ilgili (Onuncu Kısmı) 113-117 maddeleri incelendiğinde baro başkanlarının Adalet Komisyonlarında yer almasının gerekliliği ortaya çıkar; çünkü adliye personelini ve komisyonların diğer iş ve işlemlerini, avukatlar devamlı aynı adliyede görev yapma, sayı ve iş itibarıyla en az hakim ve savcılar kadar bilebilmektedirler.

Veya "Yargı çevresi denetimi sırasında müfettiş baro başkanından rapor ister."

Bu rapor yıl boyunca avukatların duruşma, keşif veya meslekten dolayı usule, hukuka aykırı gördüğü, yaşadığı olayları baro odasına gelip tekrar tekrar haykıracağına, varsa ara karar veya benzer delil yoksa tutacağı bir tutanak ve imzalatıracağı bir görgü tanığı meslektaş, hiçbir şey yoksa olayı

bir yazı ile Baro Başkanlığı'na bildirmesi, müfettiş geldiğinde başkan veya yönetim kurulunca bilgi, belge ve görüşü içeren bir gizli rapor sunulmasıdır. Meslektaşlar yazı vermekten imtina etti, başkan bir yıllık gözlemlerini içeren bir raporu müfettişe yine sunar.

Böylelikle müfettişler sadece birkaç dosya ve içeriğinden ibaret yapacakları birkaç günlük teftişle yetinmemiş olacaktırlar. Ülkemiz sisteminde sadece yargı değil tüm kurum ve kuruluşlarında denetim mekanizmasının sağlıklı, hatta işlememesinden yakınmaların bir nedeni de çok dar ve alt yapısız bir denetim olmasındandır. Bu önerimizi tarafsız, bağımsız, nosyonu olan tüm yargıç ve savcılarımız desteklerler, savunmanın yargının kurucu unsurluğuna inanmayanlar hariç.

Bu nedenle TBB toplantılarında önerilen savunmanın, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda temsil edilmesi yeterli değil; çünkü 74 Baro, 81 il, 400 ilçe yargı çevresindeki elli bini aşan avukatın bir kişi tarafından temsil edilmesi, sorunlarının dile getirilmesi olanaksızlığı yanı sıra avukatlar ve barolar, görev yaptıkları adliyelerde, mesleği icra ettikleri her yer ve işte bunu yaşamak istemektedirler.

Bu sağlandığında yargının evrensel bağımsızlığa bir adım daha atacağına inanıyoruz.

Meslektaşların, örgütlenmenin uygulamadan doğan yakınmalarında ise;

Gerek TBB ve gerekse barolar, önceki bazı dönemlerde ağırlıklı olarak siyaset ve başkaca meselelerle uğraşısı savunma mesleğinin sorunları ve çözümlerinin uğraşısının önünde gitmiş; ara sıra da savunmanın sorunlarıyla ilgilenilmiştir. Öyle ki artık avukatlar hemen hemen her türlü faaliyete (toplantılar, panel, dergi, yarışma vs.) dudak büker olmuştur. Halbuki Avukatlık Hukuku savunma mesleğinin örgütlenme şeklini, bir anlamda baroların, TBB'nin amaçlarını belirlemiştir de.

Ancak 2001 yılından bu yana TBB'nin uğraşısı sonucu, savunmanın sorun ve özellikle çözüm önerileri öne çıkarılmağa başlanmış, bu olumlu ve doğal gelişme barolara ve oradan avukatlara yansımaya başlamıştır.

Öyle ki artık baroların bünyelerinde meslek ve meslektaşla ilgili kurul ve komisyonların oluşması yanı sıra ülke insanını ilgilendiren komisyonların oluşmasına bu kez ara sıra siyaset ve diğer meselelerle ilgilenmesine doğal olarak bakılmağa başlanmıştır; çünkü doğrusu da bu olduğu için. Hatta yapılan siyaset ve özellikle bu siyaset bazen düşüncenin ifade özgürlüğü ile ilgili ise buna hiçbir avukatın, başta saygıyla karşılamaması ve gerekirse destek vermemesi düşünülemez. Bağımsız düşünmek biz avukatların özünde vardır.

Elbette ki 2001 yılı Avukatlık Kanunu değişikliği vekaletname pul paralarından artanın dağıtımının da etkisi vardır; ancak meslek ve meslektaş sorunlarını öne çıkarıp bunu tüm barolarla ve bu bağlamda avukatlarla paylaşıp çözüm önerilerini birlikte aramak bir anlayış, prensipler meselesi olsa gerek.

Fantezilerden uzak avukatın somut ekonomik, sağlık, sosyal, yargıdaki yeri sorunlarını ve çözüm önerilerini öne çıkararak ve çözen, çözmek için mücadele veren bir savunma örgütünün; diğer bir deyişle barolar ve TBB'nin ve oradan avukatlara yansımaya başlayan uğraşının her gün biraz daha artarak ilerlemesinin devamını tüm avukatlarca istenmesinde tam haklılık vardır.

Harmanlamaya bakıldığında, çoğunlukta savunma mesleği görülürse diğer çeşitleri zaten göz aramaya başlar.

ADLI DIŞ HEKİMLİĞİ

Dt. Füsun Yaşar*
Dr. Hüseyin Afşin*
Prof. Dr. İ. Hamit Hancı *

Giriş

Adli tıp, tıbbi bilgilerin hukuk ve suç olaylarına uygulanmasıdır(4). Adli diş hekimliği, adli tıbbın önemli dallarından biridir(2). Tıbbi kimlik tespitinde diş hekimleriyle yapılan konsültasyonlar sonunda dişler ve diş restorasyonlarından yararlanılabilmesi adli diş hekimliğinin önemini ortaya koymuştur(2). Dünyada kazaların özellikle deniz ve hava kazalarının artması, cesetlerin tanınmaz halde, olması kimlik tespiti için dişler ve diş restorasyonlarının kullanılmasını gerekli kılmaktadır(2). Bu nedenle adli diş hekimleri; adli hekim, polis, patalog ve mahkemelerle ortak çalışmaktadır(2).

Ülkemizde adli diş hekimi sayısı çok azdır. Ancak her diş hekimi kimlik tespiti konusunda bilirkişi olarak atanabilir ve görüşü alınabilir. İdeal bir olay yeri incelemesinde adli hekimle birlikte adli diş hekimi de olay yerinde bilgi toplamalıdır(3). Eğer varsa ölüm öncesi kayıtlar toplanıp incelenmelidir. Bu amaçla gelişmiş ülkeler, diş hekimlerine sistematik arşiv tutma zorunluluğu getirmiştir(4). Adli hekim ile çalışan adli diş hekimi ölünün yaşı, coğrafi bölgesi, alışkanlıkları, ırkı, mesleği ve bazı mevcut hastalıkları hakkında tahminde bulunabilir(3).

Dişlerin kimlik tespitinde yardımcı olarak kullanılması fikri ilk defa 1887 yılında ortaya atılmış ve aynı yıl Paris'teki Odontoloji Cemiyeti'nin toplantısında kabul edilerek uygulanmaya başlanmıştır(3).

Sassouni, 1963'te bir adli diş hekiminin yalnız çene ve dişleri değil, kraniyofasial karakterleri içine alan yüz ve başın bütünüyle dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir(2).

Adli diş hekimliğinin en önemli dallarından biri çenelerin ve özgün dişlerin niteliklerinden yararlanarak kimlik belirlemedir(1). Dişlere ait bulguları önemli yapan faktör gerek dişlerin gerekse kemik destek yapılarının bireysel karakteristikleridir(3). İnsan dişlerinin özellikleri parmak izi gibidir ve ikizlerde bile farklılık taşımaktadır(1). Bu nedenle dolgular, protezler, ortodontik aparatlar yanı sıra ısırık izleri de kimlik tespitinde çok önemli rol

* Ankara Üniv. Tıp Fak. Adli Tıp Ana Bilim Dalı

oynamaktadır. Isırık izlerinin analiziyle zanlı bulunabildiği gibi saldırının amacı da tespit edilebilir(5).

Adli diş hekiminin ilgilenmesi gereken bir diğer bilim dalı da fizik antropolojidir. Kafatası ölçümleri, frontal kemik yanlarının birleşme şekilleri, sütürlerin kapanma durumlarının incelenmesi fizik antropolojinin önemli bölümlerindedir ve bunlar diş hekimine iskelet çalışmalarında yardımcı olur(3).

Dental kimlik tespitinde dikkat edilmesi gereken üç önemli nokta vardır. Öncelikle mağdurun kimliği tespit edilmeye çalışılmalıdır. İkinci olarak mağdurun varsa dental kayıtları incelenmeli ve son olarak mağdurun arkadaş veya tanıdıkları aracılığıyla dişlerindeki tipik özellikler sorgulanmalı, toplanan bilgiler bir araya getirilerek değerlendirilmelidir(2).

1960 yılında Norveç'te bir dağ otelinde çıkan yangında 24 kişi ölmüş ve bunların kimlikleri diş hekimleri tarafından tespit edilmiştir. Yine 1960 yılındaki bir deniz kazasında da gemide yanan bir genç kızın kimliği diş hekiminin kayıtları ve araştırmaları sonucu, ağız dışındaki amalgam dolgu sayesinde tespit edilmiştir(2). Bu örnekler adli diş hekimliğinin önemini vurgulamakta ve diş hekimlerinin hastalarına ait dosya tutmalarının, her türlü restorasyon, çekimlerini bu dosyaya kaydetmelerinin ve röntgen filmlerini arşivlerinde saklamalarının gereğini ortaya koymaktadır.

Adli diş hekiminin kimlik tespitinde yararlandığı özelliklere genel bir bakış atarsak bunları şöyle sıralayabiliriz:

1. Dişler: Dişlerin isimlendirilmesi için çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Bu konuda bir standardizasyon henüz sağlanamamıştır. Bu nedenle adli amaçla yapılan araştırmalarda diş hekimi her dişi kolaylıkla anlaşılabilecek şekilde açıklamalıdır. Ayrıca kimlik belirlenmesi gerektiğinde diş hekiminin farklı ülkelerde kullanılan farklı sistemlerden haberdar olması ve vakada hangi metodun kullanıldığını anlaması gerekir(3).

2. Dental Kayıtlar: Diş hekimleri hastalarının isimlerini, doğum yerlerini, doğum tarihlerini, adreslerini, dolgularını, çekimlerini, varsa eksik dişlerini ve restorasyonlarını hasta kartına kaydetmelidir. Bu kayıtların ve ilgili tetkiklerin on yıl saklanması önerilmektedir. Ancak adli diş hekimlerinin kayıtları daha fazla ayrıntı içermelidir. Örneğin tüm dişler açıkça belirtilmeli, eksik ve fazla dişler, oklüzyon, dişetlerinin durumu, çürükler ve restorasyonlar açıkça kaydedilmelidir(3).

3. Radyografi: Kimlik tespitinde radyografilerin kullanılmasının gerekliliğini Schüller 1943'de belirtmiştir. Ancak 1927'de radyografiler Culbert ve Law tarafından ilk defa kullanılmıştır(2). Culbert ve Law kafatasındaki pnömatik boşlukların radyografilerini çekmişler ve radyografilerinin dentifikasyonlarda kullanılabileceğini çünkü frontal ve sfenoidal sinüslerin farklı kişilerde farklı görünüm verdiğini kanıtlamışlardır (2).

4. Damak İzleri: Damağın ön kısmındaki ruğa denilen kırışıklıkların kişiye özgü ve devamlı olduğu düşünülmektedir. Lysell ve Sassouni, rugaların hayat boyu değişmediğini ancak her olayda kullanılamayacağını bildirmiştir. Ayrıca yaşlılarda ruğa sayısında yaşlılarda belirgin bir azalma olduğu saptanmıştır. Rugalar ancak yumuşak dokuların var olduğu hallerde kimlik tespitinde kullanılabilir(2).

5. Dişlerin Fotoğraf Kayıtları: Kartlar üzerine kaydedilmiş dişlerin durumları bütün ayrıntıları kapsayamaz bu nedenle intraoral fotoğraflar çekilmelidir(3).

6. Cinsiyet: Kimlik tespitinde diş ve çenelere ait bazı karakteristik özellikler de yardımcı olabilir. Ancak bunlar çok güvenilir olmadığından vakada diş ve çeneden başka kalıntı olmadığı hallerde kullanılabilir(2). Örnek vermek gerekirse mandibula erkeklerde V şeklinde ve dik açılı, kadınlarda ise U şeklinde ve geniş açıdır(3).

7. Irk: Dişlerin irksal olarak şekilden çok büyüklük farkları vardır ancak bu farklar ırk ayrımında zayıf bir kriterdir. Belli ırklarda predominant bazı özellikler vardır ki bunlar adli diş hekimince değerlendirilerek kimlik tayininde kriter olarak kullanılabilir(3).

8. Dişlerde Meslek, Alışkanlık ve Sosyal Durum Hakkında İpucu Olabilecek Bulgular: Dişler ve ağız incelenerek kişilerin meslek, sosyal durum ve alışkanlıkları hakkında da bilgi edinilebilir. Örneğin, pastaların diş kolelelerindeki çürükler, çok çay içenlerde diş renklerinin koyulaşması, Diş gıcırdatanlarda dişlerin çiğneyici yüzeylerinin aşınması gibi(3).

9. Protezlerin İncelenmesiyle Elde Edilecek Bulgular: Dişler ve protezler suda boğulma ve yangın gibi durumlarda oldukça iyi korunurlar Bu nedenle olgularda dişler ve protezler dikkatlice incelenip kaydedilmelidir(3).

10. Yaş Tayini: Dişlerin muayenesi ile yaş tayininin tarihçesi 19.yüzyıla dayanmaktadır(2). Dişlerin incelenmesiyle bir yetişkinin yaklaşık yaşının bulunması mümkündür. Dişlerle yaş tayininde süt dişleri ve daimi dişlerdeki gelişme, erupsiyon zamanları, dişlerde oluşan aşınmalar, pulpa ve destek dokularında oluşan değişiklikler gibi verilerden yararlanır(3).

Adli Diş Hekiminin Veri Toplamada İzleyeceği Yol

1. Olay Yeri: Mağdur yaşıyorsa ve vücudunda ısırık izleri varsa öncelikle yara fotoğraflanmalı, bu bölgeden tükürük ve ölçü alınmalıdır(1).

Mağdur ölmüş ise vücudun fotoğrafı alınmalı,dental inceleme yapılmalı, incelenmek üzere çevreye yayılan dişler, dolgular ve protezler uygun şekilde toplanmalıdır.

2. Morgda: Şema çizilmeli, radyografi alınmalı, model hazırlanmalı, diş yönünden yaş tayini yapılmalı ve olay yerinde bulunan dental parçalar incelenmelidir(3).

Dental İnceleme Setinde Bulunması Gereken Aletler

1. Ayna, probe, twceyers gibi normal muayene aletleri,
2. Üzeri santimetreli plastik cetvel,
3. Aydınlatılmış bir ağız aynası,
4. Operasyon aletleri,
5. Değişik boyda naylon torbalar,
6. İz toplama küvetleri,
7. İspirtolu lamba, model mumu ve mum bıçağı,
8. Ölçü maddesi,
9. Cilalı metal dil depressörü,
10. Dental plaster,
11. Bozulmayan eldivenler,

Bu aletlerin yanı sıra fotoğraf makinesi, teyp ve portatif x-ray cihazı da olmalıdır(3).

Sonuç

Adli Diş Hekimliği'nin başlıca amacı; gerek yaşayan gerek ölü kişilerde çene, ağız dokusu, diş yaralanmaları ve dental kalıntıları inceleyerek cesedin veya şüphelinin identifikasyonunu ya da eliminasyonunu sağlamaktır. Ancak, Türkiye'de adli diş hekimliği alanında çalışan uzman sayısı çok azdır. Bu nedenle öncelikle adli diş hekimliği uzmanları yetiştirilmesi için çalışmalar başlatılmalıdır. Ülkemiz açısından bir diğer sorun da mevcut adli diş hekimi uzmanlarından yeterince yararlanılmamasıdır. Bu amaçla olay yeri inceleme ekibinde adli diş hekimi uzmanının da yer alması sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR

1. Afşin H. Klinik Adli Tıp, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2001, Sayfa 31-45.
2. Gustavson G. Forensic Odontology. Staples Press. London.1966.
3. Beyhan Ege, E. Özgür Aktaş: Ege Üniversitesi Diş Hekimliği Öğrencileri İçin Adli Tıp Ders Notları - 1999.
4. Prof. Dr. Tunalı İ. Adli Tıp. Yarı-Açık Cezaevi Matbaası. Ankara. 1988.
5. The American Journal of Forensic Medicine and Pathology 6 (4): 336-339. December. Raven Pres. New York. 1988.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay 4. Ceza Dairesi
T. 12.12.2001
E. 2004/4-134
K. 2004/156

* Avukatın cezaevine telefon
sokması
* Görevde yetkiyi köyüte
kullanma
* Cürmi kast

Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan sanığın beraatine ilişkin Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 12.12.2001 gün ve 135-260 sayılı hüküm, C. Savcısı tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce 14.4.2004 gün ve 29416-4832 sayı ile ve oy-cokluğu ile onanmıştır.

Yargıtay C. Başsavcılığı bu karara karşı 21.6.2004 gün ve 37242 sayı ile;

Sanık Avukat 20.10.2000 tarihinde Ankara Merkez Kapalı Cezaevi'nde müvekkilleri olan tutuklu sanıklarla görüşmek üzere cezaevine gittiği, cezaevi görevlilerinin kendisine Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük ve Adalet Bakanlığı'nın genel-geleri uyarınca cezaevine sokulması yasak cep telefonunun olup olmadığı sorulduğunda, kendi adında kayıtlı telefonunu teslim ettiği, görevlilerin kendisine emanete vereceği başka bir şeyin var mı diye sorması üzerine kesin olarak yok diye yanıt verip cezaevinin kapı altında bulunan X-Ray cihazına gelerek kontrol için çantasını bıraktığında cep telefonu görüldü-ğü, sanığın ısrarla cep telefonu olmadığını bildirdiği, çantanın aranması sonucu başkası adına kayıtlı cep telefonu bulunarak zapt edildiği, sanığın bu telefonu çantasında unuttuğunu beyan ettiği görülmüştür.

TCY'nin 240. maddesinde yazılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu bir memura yasal düzenlemelerle verilen bir görevin yasaya aykırı biçimde yapılmasıyla oluşmaktadır.

Avukat olan sanığın, cezaevine girişte cezaevine sokulması yasaklanmış kendisine ait olan telefonunu bildirip, jandarmaya teslim ettiği halde, çantasında bulunan başkası adına kayıtlı diğer cep telefonunu bildirmeyip, anılan telefonu cezaevine sokma biçimindeki eylemi görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Zira sanık avukat cezaevine müvekkilileri olan tutuklu sanıklar ile arasında düzenlenmiş avukatlık sözleşmesi gereğince görevi nedeniyle gitmiş, bu görevin kendisine tanıdığı ayrıcalıklardan yararlanıp, anılan eylemi işlemiştir. Sanık savunmasında, anılan cep telefonunu çantasında unuttuğunu bildirmiş ise de cezaevi görevlilerince kendisine yapılan uyarı üzerine kendisine ait cep telefonunu teslim ederek başkası adına kayıtlı cep telefonunu teslim etmemesi karşısında, suça konu telefonu tutuklu müvekkillerine vermek amacıyla cezaevine sokmaya çalıştığı, böylece avukatlık görevinin yerine getirilmesi sırasında, bu görevden kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması suretiyle eylemin gerçekleştirildiği sonucuna varılmıştır. Anılan eylem genel kasıtlı işlenen TCY'nin 240. maddesindeki suçu oluşturmaktadır. Nitekim Yüksek Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 23.06.2003 gün 2002/22687 Esas, 2003/6415 Karar ile Yüksek Ceza Genel Kurulu'nun 2002/04-35 Esas 2002/170 Karar sayılı ilamlarındaki benzer olaylarda eylemlerin TCY 240 olarak nitelendirilmiş bulunmasına rağmen, beraat hükmü tesisinin yasaya aykırı olduğu" görüşü ile itiraz yasayoluna başvurarak Özel Daire kararının kaldırılarak, Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Birinci Başkanlık'a gönderilmekle Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Ceza Genel Kurulu Kararı

Sanığın görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan beraatine karar verilen olayda Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, sanığa yüklenen suçun unsurları itibariyle oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuki uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için konuyla ilgili hukuki düzenlemelerin incelenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5.2.2003 gün ve 4806 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile TCY'ye 307/a maddesi eklenmiş, bu suretle ceza infaz kurumları ve tutukevlerine cep telefonu sokma, bulundurma veya kullanma eylemleri suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmış ise de, önceden yasa-

larımızda bağımsız bir suç olarak düzenlenmeyen bu eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan hukuk normları ışığında değerlendirilmesi gerekir.

TCY'nin 240. maddesinde düzenlenmiş olan görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu, memur sıfatına haiz olan kimsenin kasten, yasada yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun, görevini yasanın gösterdiği usul ve esaslardan başka surette yapması veya yasanın koyduğu usul ve sekle uymadan yapmasıdır.

Öte yandan, Avukatlık Yasası'nın 62. maddesine göre; *"Türk Ceza Kanunu'nun 294. ve 295. maddelerinde yazılı hallerden başka (her ne şekilde olursa olsun) bu kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliği'nin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal veya kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanunu'nun 230. ve 240. maddeleri gereğince cezalandırılır."* Görüleceği üzere, yasalara göre avukat sıfatı ile kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkilerini ihmal veya kötüye kullanan avukatlar, memurlara özgü suç olan görevi ihmal veya görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaklardır.

Avukatlık Yasası'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan şekliyle 34. maddesi ise; *"Avukatlar, yüklenedikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler"* hükmünü taşımaktadır. Avukatlık Yasasında belirtilen vekalet sözleşmesine dayanarak, bir kamu hizmeti sayılan avukatlık görevini üstlenmiş olanların, müvekkilleri ile görüşme hususunda görevleri gereği salt avukatlara tanınmış olan ve CYUT'nun 136/son maddesi ile Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü'nün 152 ve 155. maddelerinde öngörülen hak ve yetkilerin kendilerine sağladığı avantajlardan yararlanmak suretiyle, cezaevine sokulması usulünce yasaklanmış bulunan cep telefonunu cezaevine sokma eylemleri TCY'nin 240. maddesinde belirtilen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Nitekim Ceza Genel Kurulumuzun 12.02.2002 gün ve 35-70 sayılı kararında da bu görüş benimsenmiştir. Öte yandan, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, failde cürmü kastın bulunması, başka deyişle failin, fiilin suç olduğunu bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekmektedir. İncelenmesi konusu olayda;

Avukat olan sanığın tutuklu bulunan müvekkilleri ile görüşmek üzere 20.10.2000 günü Ankara Merkez Cezaevine geldiği, cezaevine girmeden önce elindeki cep telefonunu kasaya teslim edip anahtarını aldığı, ardından çantasını X-Ray cihazından geçirmek üzere yürüyen standı bıraktığı, cihazın başında görevli bulunan infaz koruma memuru Çetin Yıldız ile jandarma eri Timur Çakır'ın çantasının içerisinde cep telefonu bulunduğunu monitörden görüp söylemeleri üzerine, sanığın cep telefonunu dışarıda jandarma

kasasına koyduğunu belirtip anahtarı gösterdiği, görevlilerin monitördeki görüntüyü göstermesi üzerine bu kez sanığın çantasını açarak boşalttığı ve kontürünün bitmesi nedeniyle yanına almadığını sandığı yedek telefonunu çantasında unutmuş olduğunu söyleyip çantadan çıkan telefonu görevlilere teslim ettikten sonra cezaevine girdiği düzenlenen tutanak ve tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır.

Sanık aşamalarda savunmalarında, çantasında bulunan cep telefonunun kendisine bir müvekkili tarafından verildiğini, bunu yedek telefon olarak kullandığı, sürekli kullandığı cep telefonunun olay günü elinde bulunduğunu ve cezaevi girişindeki kasaya bıraktığını, kontürü ve şarjı bittiği için yanına almadığını sandığı yedek cep telefonunun çantasında bulunmasının unutkanlıktan kaynaklandığını, kaldı ki cezaevine girerken elektronik aygıttan geçtikten sonra ayrıca üst araması ve ince arama da yapıldığını, bu nedenle cezaevine çanta içinde cep telefonu sokulmayacağını, belirtmiştir.

Dinlenen tanıklardan Cezaevi Bölük Komutanı Üsteğmen Oran; görevlilerin haberi olmadan X-Ray cihazından telefon geçirip cezaevine sokulmasının imkansız olduğunu, cihaz başında sürekli bir infaz koruma memuru ile bir jandarma erinin görevli bulunduğunu, bu yolla bir cep telefonunun X-Ray cihazından ancak beşeri bir hata sonucu geçebileceğini belirtmiş, Cezaevi Nöbetçi Müdürü Alpaslan Polat; uygulamaya göre X-Ray cihazından geçtikten sonra bayan ve erkek tüm avukatların bir kez daha arandıklarını, İnfaz Koruma Başmemuru Hamdi Açıkgoz ise; X-Ray cihazından geçen avukatları bir kez daha aradıklarını, olay sırasında en az on memurun görevli bulunduğunu, cep telefonunun içeri sokulabilmesi için sadece bir memur ile sanığın anlaşmasının yeterli olmayacağını, oradaki on görevli ve ayrıca X-Ray cihazının başındaki görevli ile de anlaşması gerektiğini belirtmişlerdir.

Telsim firmasının cevabı yazısında, 0 542 201 58 32 numaralı sim kartın Arfin A.Ali isimli kişiye ait olduğu, hattın 5.10.2000 tarihinde aktive edildiği, 15.10.2000 tarihine kadar toplam 19 görüşme yapıldı, bu tarihte kontürünün bittiği, olay tarihine kadar geçen beş günlük süre içinde kontür yüklemesi ve görüşme yapılmadığı, kontürünün bulunmaması nedeniyle de olay tarihinde görüşme yapılmasının mümkün bulunmadığı belirtilmiştir.

Sanık vekilleri de verdikleri çeşitli dilekçelerde, sanığın sürekli kullandığı cep telefonunun dinlenmesi konusunda adli makamlar tarafından suç tarihinden önce alınmış bir karar bulunduğunu, telefonlarının dinlendiğini bile sanığın bu nedenle bir müvekkili tarafından kendisine verilen ikinci bir cep telefonunu da yedek olarak kullandığını, sanığın çanta içindeki cep telefonu ile olaydan önceki tarihlerde iş arkadaşları, müvekkilleri, aile fertleri gibi yakınlarıyla görüşünü belirterek, bu hususta kanıt olarak bazı

faturaları ve sanığın telefonunun dinlenmesine ilişkin mahkeme kararını ibraz etmişlerdir.

Cezaevi Müdürlüğünün 5.11.2002 günü yazısından, suç tarihi itibarıyla Cezaevinde avukat beyan defterinin tutulmadığı, Cezaevi Avukatı Ziyaretçi Defteri Fotokopilerinden de, sanığın suç tarihinden önceki günlerde 3, 5, ve 13 Ekim 2000 tarihinde de aynı cezaevine gidip müvekkilleri ile görüşme yaptığı anlaşılmaktadır.

Suç tarihi itibarıyla Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 144. vd. maddelerinde, tutuklu ve hükümlülerin dışarı ile haberleşme münhasıran "mektuplaşma" biçiminde düzenlenmiştir. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 7.7.1988 tarih ve 34-87 sayılı genelgesinde ise, tutuklu ve hükümlülerin dışarı ile "Ancak, hükümlü ve tutuklunun anası, babası, eşi, çocuğu ve kardeşinin ölümü veya hayatı tehlike şeklinde hastalanıp hastaneye yatırılması halinde, Cumhuriyet Savcısının yazılı izniyle bir defaya mahsus olmak üzere idarenin telefonu" ile telefon görüşmesi yapabilmeye izin verilmiştir. Yine Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 17.10.1994 gün ve 15-104 sayılı genelgesinde, avukatların beraberliğinde getirecekleri çağrı cihazı ve cep telefonlarının, izinsiz haberleşme ortamı yaratacağı, firara ve içeriye tehlikeli-yasak maddelerin sokulmasına zemin hazırlayacağı, cezaevlerinde yolsuzluklara yol açabileceği gibi, avukatlarla cezaevi idaresi ve personel arasında gereksiz sürtüşmelere sebebiyet verebileceği düşünüldüğünden, müvekkilleri ile görüşmeye gelen avukatların üzerinde çağrı cihazı veya cep telefonu bulundurup bulundurmadıklarının görevli personelce beyan usulüne göre tespit olunması, beyana karşı üzerinde cihazla cezaevine giren avukatların müvekkilleri ile görüşmelerine izin verilmemesi, durumun tutanakta tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Ceza İnfaz kurumları ile tutukevlerindeki yönetim, dış koruma ve sağlık hizmetlerine işlerlik kazandırmak üzere Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlıkları arasında düzenlenen ve suç tarihi itibarıyla uygulamada bulunduğu anlaşılan 6 Ocak 2000 tarihli Protokol'ün 6. maddesinde ise; hükümlü ve tutuklu avukatlarının duyarlı geçitten geçirileceği, ayrıca bu geçit ile idare binası arasında cezaevi müdürünün görevlendireceği bir memur tarafından üzerleri, çanta ve eşyalarının elle kontrol etmek suretiyle ikinci bir fiziki aramaya tabi tutulacakları, bu aramaya Adalet Bakanlığınca atanan görevlilerden biri ile rütbeli bir jandarma personelinin nezaret edecekleri belirtilmektedir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Cezaevine müvekkilleri ile görüşmeye gelen sanığın X-Ray cihazındaki kontrolden çantasını kaçırmak gibi davranışta bulunmadığı, tersine çantasını yürüyen standı kendisinin koyduğu anlaşılmaktadır. Çanta içinde cep telefonu başkası

adına kayıtlı ise de, sanığın sürekli kullandığı cep telefonu ile ilgili dinlenme kararı bulunması nedeniyle bir müvekkilinden sağladığı anlaşılabilir ve ayrı bir GSM operatörü aboneliği bulunan ikinci cep telefonunu da yedek olarak kullandığı, nitekim bu telefonla olaydan önceki günlerde yapılan tümünün sanık ve yakınları arasında gerçekleştiği dökümlerden anlaşılmıştır. Olay tarihinde çantada yakalanan bu telefonun şarjı bittiği, kontürünün de kalmadığı saptanmıştır. Dolayısıyla sanığın kullanılacak durumda olmadığı için yanına almadığı bu cep telefonunun yanlışlıkla annesi tarafından yeniden çantasına konduğu, bu durumun kendisi tarafından fark edilmediği yolundaki savunması da bir anlamda doğrulanmıştır. Suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan genelge ve protokol hükümleri gereğince, cezaevine müvekkilleri ile görüşmeye gelen avukatların duyarlı kapıdan geçirildikten sonra ayrıca üzerleri, çanta ve eşyalarının da elle fiziki aramaya tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Çok duyarlı bir cihaz olan X-Ray aletinin, geçirilen nesnelere içindeki en küçük materyalleri dahi monitöründe gösterdiği bilinen bir husustur. Mesleği gereği bir çok cezaevlerine gidip müvekkilleri ile görüşmeler yapması gereken, olaylardan önceki günlerde de dört kez Ankara Merkez Kapalı Cezaevinde X-Ray cihazının bulunduğunu ve bu cihazla yapılan kontrolden sonra ayrıca üzeri ve çantasının da fiziki olarak aranacağını bildiği açıktır.

Tüm bunlara göre, sanığın müvekkilleri ile görüşmek için gittiği cezaevine, çantasının içinde şarjı ve kontürü kalmamış cep telefonu bulunduğu halde girmek isterken X-Ray cihazı ile yapılan kontrol sonucu durumun fark edildiği, sanığın dosyasındaki kanıtlarla uyumlu bulunan ve aksi kanıtlanamayan savunmasına göre olayın beşeri bir yanılığın ileri geldiği ve sanıkta cürmü kastın bulunmaması nedeniyle atılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun manevi unsurunun oluşmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, Özel Daire onama kararı isabetli bulunduğundan, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Kurul üyesi, sanığa atılı suçun maddi ve manevi öğelerinin oluştuğunu belirterek itirazın kabulü gerektiği görüşüyle karşı oy kullanmış, üç Kurul üyesi ise; *“failin eyleminin görevi ile ilgili olmasının suçun maddi unsuru olduğunu, cezaevine cep telefonu sokma fiilinin avukatlık görevi ile ilgisi bulunmadığını, dolayısıyla bu kabil eylemlerle atılı görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunun da oluşmayacağını”* belirterek gerekçe yönünden karşı oy kullanmışlardır.

Sonuç: açıklanan nedenlerle, Yargı C.Başsavcılığı itirazının Reddine, dosyanın yerine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına tevdiine, 06.07.2004 günü oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

Yargıtay 6. Ceza Dairesi**T. 20.10.2000****E. 2000/ 6184****K. 2000/7183***** Sahtecilik***** Görevi kötüye kullanma***** Bilirkişi raporları arasında
çelişki***** Zincirleme tek suç**(765 sayılı TCK mad. 80, 341/1,
509/1-2, 522/1)

Soruşturmanın sonucunu içeren tutanaklar, belgeler ve duruşmalı inceleme sırasında ileri sürülen savunmalar doğrultusunda yapılan incelemede:

1. Ceza yargılamasının gereğinin hiçbir duraksamaya yer bırakmadan maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak olması; Adli Tıp Kurumu Fizik/ Grafoloji İhtisas Dairesi'nin sahtecilik konusunda rapor düzenlemekte son mercii niteliğinde bulunmaması; anılan İhtisas Dairesi'nin 09.04.1999 günlü raporu ile dosyaya sunulan 07.09.1999 ve 01.11.1999 günlü bilirkişi raporları arasında sonuç bakımından kesin aykırılık doğduğunun anlaşılması karşısında; çelişkiyi ve doğan duraksamayı gidermek üzere belirtilen raporları düzenleyenler dışında her türlü teknik aygıttan yararlanacak yeni bir bilirkişi kurulu oluşturularak ve dosyayla tüm belge asılları kendilerine verilmek suretiyle ayrıntılı rapor alınması, ayrıca hazırlıkta anlatımları saptanmış tanıkların mahkeme önünde antlı olarak dinlenilmesi gerekirken eksik soruşturma ve incelemeyle hüküm kurulması,

2. Kabule göre de; sanığın eylemi TCK'nın 509/2. maddesinin yollamayla aynı Yasa'nın 342/1, 80. maddelerine uygun zincirleme tek suç oluşturacağı gözetilmeksizin ayrıca 509/1., 522/1. maddeyle de hükümlendirilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanık ve savunmanlarının temyiz dilekçelerinde ve duruşmada ileri sürdükleri tüm itiraz ve savunmalar bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak Bozulmasına ilişkin oybirliğiyle alınan karar 20.10.2000 günü Yargıtay C. Savcısı'nın önünde, sanığın yokluğunda, savunmanlarının yüzüne karşı açıkça ve yöntemince okunup anlatıldı.

* * *

Yargıtay 6. Ceza Dairesi

T. 08.06.2004

E. 2003/1727

K. 2004/7440

* **Sahtecilik*** **Bilirkişi raporları arasında çelişki**
(765 sayılı TCK mad. 59, 342/1)

Sanık savunmasının süresinden sonraki duruşmalı inceleme isteminin Reddine,

Gerekçeli karar başlığında yanlış yazılan sanığın doğum tarihinin nüfus kaydına uygun olarak yeniden yerinde düzeltilmesi olanaklı bulunmuş, diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Suçta konu senetle ilgili olarak düzenlenmiş 13.08.1990, 11.02.1998, 23.12.1999 günlü ve sanık savunmasının temyiz dilekçesi ekinde sunduğu 25.04.2002 tarihli bilirkişi raporları, yine dosya içerisinde bulunan Adli Tıp Kurumu Fizik/Grafoloji İhtisas Dairesi'nden alınan 27.12. 1990, 12.10.1998 günlü raporlar arasında çelişki bulunduğu anlaşılmıştır ve Fizik/Grafoloji İhtisas Dairesi'nin bu konuda son merci olmaması karşısında; bunlar dışında seçilecek bilirkişi kuruluna yeniden inceleme yaptırılarak, raporlar arasındaki çelişkinin giderilip, senet üzerindeki yazı, rakam ve imzaların yakınan ve sanığın eli ürünü olup olmadığı da duraksamasız tespit edildikten sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık savunmasının temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle isteme aykırı olarak Bozulmasına 08.06.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

T. 22.05.2002

E. 2002/ 12-446

K. 2002/423

* **Çek*** **İtiraz*** **Süre*** **Direnme kararı**

(2004 sayılı İİK mad.168/4)

Borçlu-davacı vekili 02.03.2001 tarihli itiraz dilekçesinde; Müvekkilinin adının çek arkasına sonradan yazılarak borçlu sıfatı verilmek istendiğini, oysa onun takip alacaklısı ve keşideciyle herhangi bir iş yapıp borç ilişkisine girmediğini, ciranta sıfatının da bulunmadığını, müvekkili hakkındaki takibin iptaline haksız takip nedeniyle alacaklının icra inkar tazminatına mahkumiyetine, karar verilmesini istemiştir.

Alacaklı-davalı vekili davacının davalı şirketi dolandırdığını, itirazının haksız olduğunu, itirazın reddi ile müvekkili şirket lehine %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

İcra Tetkik Mercii; *"incelenen çek aslında davacının ciranta sıfatıyla imzasının olmadığı anlaşıldığı"* gerekçesiyle davanın kabulü ile davacı İlhami aleyhine yapılan takibin bu borçlu yönünden iptaline, kötü niyetle takip yapılmış olması nedeniyle takip konusu alacağın % 40 oranında inkar tazminatının davalıdan alınmasına, karar vermiştir.

Davalı alacaklı vekilince temyizi üzerine Özel dairece itirazın süresinde yapılmadığı belirtilerek yukarıda açıklanan gerekçe ile merci kararı bozulmuştur. İcra Tetkik Mercii itirazın süresinde olduğu gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir. Kararı davalı alacaklı vekili temyiz etmektedir.

Dava, kambiyo senetlerine mahsus yolla yapılan icra takibine itiraza ilişkindir.

Uyuşmazlık; itirazın süresinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İzmir 9. İcra Müdürlüğü'nün 2001/3863 sayılı dosyasında: Alacaklı İ. K. Reprodüksiyon, K. ve Matbaa Sanayi AŞ tarafından borçlular A. K., İ. Y. ve S. Y. aleyhine 20.02.2001 tarihinde toplam 1.664.547.945 TL alacağın takip tarihinden itibaren %98 reeskont faizi icra giderleri, vekalet ücreti ile birlikte tahsili istenmiştir.

Davacı İlhami Yurtsever'e Örn. 163 Ödeme emrinin tebliğine ilişkin tebligat parçasında; *"muhatap adresi terk etti. Yeni adresini bilmiyorum. Annesi N. Y. -imza- 26.02.2001"* denilmiş, daha sonra aynı tebligat parçası üzerinden *"muhatabın tespit edilen yeni adresinde birlikte oturur eşi Şükriye Yurtsever imzasına tebliğ edildi."* Açıklaması ile 10.03.2001 tarihinde tebligat yapılmıştır.

Buna göre; Borçlu davacıya ödeme emri 23.02.2001 tarihinde tebliğ edilip, itirazın 02.03.2001 tarihinde tebliğden önce yapıldığı anlaşıldığından İİK'nın 168/4 maddesinde öngörülen 5 günlük Yasal süre geçmemiştir. İcra Tetkik Mercii'nin itirazın süresinde olduğuna ilişkin direnmesi bu nedenle yerindedir.

Ne var ki işin esasına ilişkin temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 29.05.2002

E. 2002/12-428

K. 2002/459

* İtiraz

* Kredi borcu

* Teminat senedi

* İpoteğin paraya çevrilmesi

Dava, borca itiraza ilişkindir.

Davacı (borçlu) vekili, davacının, davalı bankadan kullandığı kredilere karşılık olarak taşınmaz ipoteği tesis edildiğini, ipoteğin verilen krediyi karşılamaması halinde kullanılmak üzere yedek teminat olarak da senetler verildiğini; alınan kredinin zamanında ödenememesi üzerine davalının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçtiğini, o takip derdest iken, davalının bu kez, aynı borç için teminat olarak verilen senetleri icra takibine koyduğunu; oysa, verilen ipoteğin kredi borcunu fazlasıyla karşıladığını, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan ilk takip sonuçlandırılmadan teminat senetlerinin takibe konulmasının Yasa'ya aykırı olduğunu, bu durumda, takibe konu senetlerden dolayı, davacının davalıya herhangi bir borcu bulunmadığını ileri sürerek, borca itiraz etmiştir.

Davalı (alacaklı) vekili, davanın haksız açıldığını savunup, reddini istemiştir.

İcra Tetkik Mercii'nce, kredi borcunun temerrüt faiziyle birlikte ulaştığı miktar itibarıyla, ipoteğin borcu karşılamaya yetmediği, bu nedenle senetlerin takibe konulmasında Yasa'ya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine yönelik olarak verilen karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Bozmadan sonra davalı vekili, takibe konu senetlere ilişkin protesto evrakının takip dosyası içerisinde mevcut olduğunu ileri sürmüş, Mercii'ce, anılan belgelerin takip dosyası içinde bulunduğu, bozma kararında belirtilenin tersine, senetlerin protesto edilmiş oldukları gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir. Oysa, bozmadan önceki geri çevirme kararı içeriğinden, protesto belgelerinin bozma kararından önce takip dosyası içerisinde bulunmadıkları anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ortada varlığından söz edilebilecek bir direnme kararı mevcut olmayıp, bozmadan sonra takip dosyasına girdikleri anlaşılan protesto belgeleri esas alınmak suretiyle kurulmuş, yeni bir hüküm bulunmaktadır. Dosya, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daire'sine gönderilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.06.2002

E. 2002/9-516

K. 2002/506

* İtiraz

* Likit olmayan alacak

* İhbar ve kıdem tazminatı

(2004 sayılı İİK mad. 67, 67/2;

1475 sayılı İş K. mad. 17/111)

1. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen "alacak likit olmadığından icra inkar tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gereğine" değinen Özel Daire bozma kararının 3 numaralı bendinde belirtilen bozma nedenine uyulmak gerekirken bu konuda önceki kararda direnilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

2. Ancak mahkemece, Özel Daire bozma kararının 2 numaralı bendinde belirtilen bozma nedenine uyularak alınan bilirkişi raporu ve oluşturulan yeni hüküm incelenmediğinden bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

Karşı Oy Yazısı

Dava, İİK'nın 67.maddesine dayalı itirazın iptali isteğine ilişkindir.

Davacı alacaklı işçi; Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden kaynaklanan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, ücret farkı, bayram ve tatil alacaklarının tahsili için borçlu-davalı işveren aleyhine icra takibine girişerek, ilamsız takip talebinde bulunmuştur. Borçlu işveren kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve diğer alacaklardan kaynaklanan borcun işyeri kayıtlarından tespit edilen büyük bir bölümünü kabul edip, taksitle ödeme taahhüdünde bulunmuş, ancak geri kalan alacak miktarına ise, karşı çıkarak itiraz etmiş, takip itiraz edilen kısımlar yönünden durmuştur.

Eldeki dava, alacaklı işçi tarafından itirazın iptali ve icra inkar tazminatının tahsili istemiyle açılmıştır.

Davalı işveren, iş aktinin 1475 sayılı Yasa'nın 17/111.maddesi gereğince haklı olarak feshedildiğini, fesihden önce işverenin Toplu İş Sözleşmesi tarafı olan işveren sendikası üyeliğinden ayrıldığını, bu nedenle alacak hesaplarında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağını, iş yeri kayıtlarına göre alacak miktarının tespit edilip ödendiğini, davacının isteminin haksız olduğunu, icra inkar tazminatı istenemeyeceğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava kabul edilmiş kıdem ve ihbar tazminatı faizi dışındaki alacakların iş yeri kayıtlarından tespit edilebileceği, alacak likit ve iti-

razın haksız olması nedeniyle itirazın iptaline, % 40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Davalı-borçlunun temyizi üzerine alacağın likit olmadığı, hesaplamayı gerektirdiği gerekçesiyle icra inkar tazminatı noktasından karar Özel Daire'ce bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Yerel mahkemenin direnme kararının, Hukuk Genel Kurulu'nca Özel Daire bozma kararı aynen benimsenerek oyçokluğu ile bozulmasına karar verilmiştir.

Uyuşmazlık; alacak miktarlarının tespitinin yargılamayı gerektirip gerektirmediği, takibe konu alacağın likit sayılıp sayılamayacağı, borçlunun bir kısım alacaklara yaptığı itirazında haklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İcra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrası uyarınca borçlunun ilamsız takipte kendisine tebliğ olunan ödeme emrine itiraz etmiş olması ve alacaklının da itirazın kaldırılması için icra tetkik merciine başvurmadan mahkemede itirazın iptalini dava etmesi, bu davadan da haklı çıkması Yasal şartının gerçekleşmesi gerekir. Bu tazminatın kanuna konulmasının ve daha sonra yapılan değişiklikle de arttırılmasının amacı borçlunun borcun miktarını bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda iken icrada ödeme emrindeki borcunu inkar etmesini önlemektir.

Kanunun lafzı (sözü) ve ruhu birlikte gözönüne alındığında, icra inkar tazminatına hükmedilmesi için takip konusu alacağın mutlaka bir senede veya yazılı bir belgeye dayanmasında da zorunluluk bulunmamaktadır.

Böylece, mahkemeye başvuran ve itirazın haksızlığını ileri süren alacaklının bu talebinde haklı olduğuna, itirazın haksızlığına mahkemece karar verilmiş olması yeterli bir şarttır. İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise ayrıca kötü niyeti aranacaktır. Takip konusu alacağın belirli, sabit olması, borçlu tarafından bilinmesi veya bilinebilir olması, hakimin takdirine bağlı olmaması da diğer bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlunun böyle bir alacağa itirazı haksız sayılır. Alacağın miktarı ancak mahkemece takdir edilebilecek ise itiraz eden borçluya icra inkar tazminatı yüklenemez.

Bu ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 13/12/1967 gün, 1966/4-1344 Esas, 1967/615 Karar sayılı ve 20/6/1980 gün, 1979/9-82 Esas, 1980/2073 Karar sayılı ,17.10.2001 gün E.2001/10-915, K.2001/739, 7.11.2001 gün ve 2001/19-1028 E. 766 sayılı kararlarında da açıkça vurgulanmıştır.

Tüm açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında; davacı alacaklı işçinin iş aktinin haksız feshi nedeniyle fesih tarihinden önce imzalanan ve fesih tarihinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine göre

hesapladığı alacak isteminde haklı olduğu, işverenin Toplu İş Sözleşmesi tarafı olan işveren sendikası üyeliğinden Toplu İş Sözleşmesi'nin imza tarihinden sonra ayrıldığı olgusu karşısında borçlunun bu yöndeki itirazında haksız olduğu mahkemenin dairece de kabul edilen kararı ile kesinleşmiştir.

Bu durumda borçlunun alacakların hesabında Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağı yönündeki itirazını kabule de olanak bulunmamaktadır. Zira, bu konu yoruma ve hakimin takdirine açık olmadığı gibi, hakimin takdiri ile belirlenebilecek bir husus ta değildir. Takibe konu alacaklardan kıdem ve ihbar tazminatları alacaklarının borçlu tarafından bilindiği ve belirlenebilir olduğunda da kuşku bulunmamaktadır.

Sonuç olarak takibe ve itiraza konu alacaklardan ihbar ve kıdem tazminatı alacakları belirlenebilir bir alacak olup, borçlu itirazında haksız olduğundan buna dayanarak davacı işçi yararına bu alacaklar yönünden icra inkar tazminatına hükmeden yerel mahkemenin direnme kararı yerinde olup onanması gerekir. Aksi düşünce ile bozma yönünde oluşan çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

* * *

12. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 04.04.2003

E. 2003/4364

K. 2003/7310

* İtiraz

* Çek

* İbraz süresi

* Hamilin müracaat hakkı

(2004 sayılı İİK mad.68;
6762 sayılı TTK mad. 708-720,
721, 721/1)

Takip dayanağı çeklerin keşide tarihlerinin 16.2.2001, 26.3.2001, 15.2.2001 olduğu görülmüştür. TTK'nın 721/1. maddesi gereğince (çekin ibraz müddeti içinde muhatap bankaya ibrazı, protesto veya buna muadil işlemlerle tespit edildiği hallerde) Yasal şekilde ibraz edildiğinin kabulü gerekir. Dairemiz süregelen içtihatlarında da benimsendiği üzere alacaklının keşide tarihi itibarıyla ibraz süresi içerisinde icra takibinde bulunmuş olması(buna muadil) işlem kapsamında kabul edilmektedir. Bu nedenledir ki, 22.2.2001 tarihinde alacaklının başlattığı takibe konu edilen çeklerin TTK'nın 708-720 ve 721. maddeleri gereğince Yasal süresi içerisinde muhataba ibraz

edildiğinin kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle merci kararının onanması gerekirken kararın bozulduğu görülmekle, alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

Karsı Oy Yazısı

Çeklerde, hamilin müracaat hakkını düzenleyen TTK'nın 720. maddesine göre, vaktinde ibraz edilmiş olan çekin ödenmemiş olduğu ve ödemediğinden imtina keyfiyeti;

1. Resmi bir (protesto)

2. Muhatap tarafından, ibraz gününde gösterilmek suretiyle, çek üzerine yazılmış tarihli bir beyanla,

3. Bir takas odasının, çek vaktinde teslim edildiği halde ödenmediğini tespit eden tarihli beyanı ile sabit bulunduğu takdirde, hamilin çek borçlularına karşı (ciranta, keşideci ve diğer borçlular) müracaat hakkını kullanılabilmesi mümkündür.

Aynı Kanun'un 721. maddesinin birinci fıkrası ise protesto veya buna muadil olan tespitin, ibraz müddetinin geçmesinden önce yapılmasını öngörmektedir.

Yukarıda belirtilen Yasa hükümlerinden de anlaşılacağı gibi çekten sorumlu olanlara karşı icra takibine geçilebilmesi için, çekin takipten önce ve ibraz süresi içinde, ibraz edilmesine rağmen ödenmediğinin protesto veya buna muadil olan bir tespitle belirlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda Dairemizin uygulaması, çek bankaya ibraz edildiğini gösteren ibraz kaşesi olmasına rağmen ibraz tarihini taşıyamaması halinde, eğer icra takibine ibraz süresi içinde geçilmişse, ibrazın süresinde yapıldığının kabulü şeklindedir.

Çekte hiç ibraz kaşesi yoksa, ibraz süresi içinde dahi olsa takibe geçilmesi hamilin çek borçlularına karşı müracaat hakkının bulunduğu yönünde değildir.

Somut olayda takip konusu çeklerde hiç ibraz kaşesi bulunmadığından takibe dayanak yapılan belgeler İİK'nın 68. maddesinde sayılan borç ikrarını içeren belgelerden de olmamakla itirazın kaldırılması isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği yönündeki Daire bozması yerinde olmasına rağmen, karar düzeltme istemi üzerine, ibrazın süresinde kabulü ile bozma kararının kaldırılarak merci kararının onanması şeklinde oluşan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 07.04.2003

E. 2003/3366

K. 2003/7528

* Bono

* Aval verenin sorumluluğu

* Kefalet aktinin fer'iliği

(2004 sayılı İİK mad. 366;
1086 sayılı HUMK mad. 438;
6762 sayılı TTK mad. 688, 614/1,
614/2)

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının İİK'nın 366. ve HUMK'nın 438. maddeleri uyarınca onanmasına, 7.880.000.- lira onama harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, 07.04.2003 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy Yazısı

Takep dayanağı bono, TTK'nin 688.maddesinde öngörülen koşulları taşımakta olup, kambiyo senedi niteliğindedir. Alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu yerine genel haciz yolu ile takep şeklini seçmesi, dayanak belgenin niteliğim etkilemez. Bu nedenle borçlu M. A. senedi (kefil) sıfatı ile imzaladığı için, "aval veren" durumundadır.

TTK'nin 614/1.maddesi gereğince, aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmiş ise, tıpkı onun gibi sorumludur. Bu hükümden anlaşılması gereken husus, aval veren ile, lehine aval verilenin sorumluluklarının (şartının ve derecesinin) aynı olduğudur. Aval verenin sorumluluğunun doğması şekil ve ehliyet yönünden geçerli bir aval beyanının varlığı halinde mümkün olur. Bu husus TTK'nin 614/2. maddesinde (Aval veren kimsenin temin ettiği borç şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa dahi, aval verenin taahhüdü muteberdir.) hükmü ile ifade edilmiştir. (Prof. Dr. Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku sf. 808, 811)

Somut olayda senet borçlusu B. A.'ın imzaya yönelik itirazı kabul edilmiş ve onun hakkındaki takep Aksaray İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nin 26.9.2002 tarih ve 253-295 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu durumda lehine aval verilen B. A.'ın borcu, imza ona ait bulunmadığından şekil noksanı nedeniyle sakat olup, aval veren M. A.'ın bu senet nedeniyle sorumluluğu da bulunmamaktadır.(TTK. Md. 614/2)

Ayrıca bir an için, imzanın senet keşidecisi B. A.'a ait olmadığı saptandığı için, bu belgenin kambiyo senedi olmadığı ve olayda aval hükümlerinin uygulanamayacağı düşünülse dahi, sonuç değişmeyecektir. Zira, senedi "kefil" sıfatı ile imzalayan M. A.'ın sorumlu tutulabilmesi ve kefaletin hüküm

ifade etmesi için geçerli bir asıl borca ihtiyaç vardır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde (somut olayda imza asıl borçluya ait değil) kefalet akti de fer'iliği sonucu hüküm ifade etmez. (Prof. Dr. Seza Reisoğlu-Kefalet 1992 sf. 15)

O halde, Mercice itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine kabulü isabetsiz olduğundan hükmün bozulması gerekirken, aksine oluşan çoğunluk görüşüne katılamıyorum. 7.4.2003

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 06.06.2003

E. 2003/10661

K. 2003/13433

*** İhalenin feshi**

*** Borçlunun fesadı**

Dosyadaki tanıkların ve satışı yapan İcra Müdürü'nün beyanından ihaleyi engelleyici bir durumun oluşmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, ihaleye katılmak isteyen ve saldırıya uğradığını iddia eden S. K.'yı darp eden, A. A. C. Savcılığı'na verdiği 11.03.2002 tarihli dilekçesinde (...Borçlu S. K.'nin yanında çalıştığını alacaklının çalışanı olmadığını, ihale sırasında S.'nin kendisine hakaret etmesi üzerine borçlunun emri ile S.'ye tokat attığını...) belirtmiştir. Bu durumda, olayın borçlunun önceden planlaması sonucu ve ihalenin feshini sağlamak için bilinçli olarak hazırladığı anlaşılmış; adı geçenin kendi yarattığı fesada dayanamayacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca, S.'nin ihaleye katılmak için gerekli peyi getirdiği de kanıtlanamamıştır.

Kaldı ki, aynı sebeplere ve aynı delilere dayalı olarak açılan ihalenin feshi davasında bu dosyadaki tanık ifadelerine de dayanılarak, Bodrum İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nin 17.06.2002 tarih ve 2001/383 esas 2002/200 sayılı kararı ile istem reddedilmiş ve bu karar onanarak kesinleşmiştir. Hal böyle olunca da, mercice ihalenin feshi isteminin reddine ilişkin karar Yasa'ya uygun bulunmakla mercii kararının onanması gerekirken bozulduğu anlaşılmakla alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi**T. 24.06.2003****E. 2003/12440****K. 2003/15071***** İhalenin feshi***** Artırma ilanı***** Süre**

(2004 sayılı İİK mad.114/2, 126)

1. Alacaklı vekilinin Kahramanmaraş ili Merkez Bulanık Köyü'nde kain 447 parsel sayılı taşınmaz yönünden, ihalenin feshinde bir usulsüzlük bulunmadığından buna ilişkin isteminin reddine,

2. Diğer 52 parsel yönünden temyiz istemine gelince;

İİK 126. maddesi taşınmaz ihalelerinde artırma ilanının ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Anılan maddede, artırmanın satıştan en az bir ay önce yapılacağı açıklanmıştır. Dairemizce de bu kural sapma göstermeksizin uygulanmaktadır. Açıklanan maddenin son fıkrası göndermesi ile taşınmaz ihalelerinde de uygulanması zorunlu olan 114. maddenin 2. fıkrası gereğince, ilanın şekli, artırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra müdürlüğüne tarafların menfaatine en uygun geleni nazara alınarak tayin olunur. Bu nedenle icra müdürlüğüne taşınmazın satış ilanının belediye de ilanına karar verilmesi ve bu ilanın birden fazla yapılması açıklanan Yasa hükmü doğrultusunda yerleşmiş bir uygulamadır. Ne var ki Yasada ilanın birden fazla yapılacağına ilişkin bir zorunluluk olmadığından bu husustan amaçlananın, ilanın yönteminde ve yeterince yapılmasının sağlanmasına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenledir ki dairemizce oluşturulan ve süreklilik arz eden son içtihatlarında belediye yapılan satış ilanının ilk ilan tarihi esas alınarak ihale tarihi ile sözü edilen, ilan tarihi arasında bir aylık sürenin geçmiş olması yeterli görülmüştür.

Somut olayın incelenmesinde ise; 31.10.2002 tarihinde ihale olunan 52 parsel no'lu taşınmazın satış ilanının 4.9.2002 tarihinde Belediyede ilan edildiği ve ilk ilan tarihi itibarıyla Yasanın aradığı 1 aylık sürenin dolduğu görülmekle merciin bu nedene dayalı ihalenin feshine karar vermesinin gerekçesinde isabet yoktur.

Bu nedenle bu taşınmaz yönünden istemin reddine karar vermek gerekir iken, onun açısından da yazılı şekilde ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 03.06.2003

E. 2003/9744

K. 2003/12885

* **Tedbir nafakası*** **İlamsız icra takibi*** **Usulsüz tebligat*** **Vekile tebligat**

(7201 sayılı Tebl. K. mad.21;

Tebl. Tüzüğü mad.28)

Alacaklı, borçlu aleyhine Burhaniye Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/369 Esas sayılı dosyasının 19.9.2002 tarihli ara kararının 5 no'lu bendi uyarınca verilmiş olan tedbir nafakasına dayalı olarak ilamsız icra takibinde bulunmuştur. Borçlu asil ile birlikte vekiline ayrı ayrı örnek 49 no'lu ödeme emrini tebliğe göndermiş, tebliğ zarfları üzerine ise 53 örnek icra emrinin yazıldığı anlaşılmaktadır. Borçlu ve vekilinin kendilerine Örnek 49 no'lu ödeme emrinin tebliğ edilmediği yolunda bir şikayetleri bulunmadığı gibi şikayetçi borçlu merciiye başvurusunda da kendisine örnek 49 no'lu ödeme emrinin tebliğe çıkarıldığını açıkça kabul etmektedir. Borçlunun merciiye başvurusu kendisine yapılan tebligatın usulsüz olarak tebliğ edildiği, ayrıca yetkisinin sadece boşanma davasında bulunan avukatına yapılan tebliğ işleminin de uygun olmadığından bahisle takibin iptaline karar verilmesine ilişkindir. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde borçlu adına vekil olarak duruşmalara katılan Av. H. L. E'nin borçlunun vekilliğinden çekildiği veya borçlu tarafından azledildiği yolunda bir iddia ve belge de mevcut değildir. Şikayet dilekçesinde borçlunun takipten hangi tarihte haberdar olduğuna dair bir açıklaması da bulunmamaktadır. O halde yapılan bu işlemlerde bir usulsüzlük olmadığına göre şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken merciiçe, borçluya yapılan tebligatın Tebligat Kanununun 21. maddesi ve Tüzüğü'nün 28. maddelerine uygun olmadığından ve tebliğ zarfının üzerine 53 no'lu icra emrinin yazılmasını da usulsüz olarak nitelendirip ödeme emirlerinin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 12.06.2003

E. 2003/11716

K. 2003/13974

* **Belediye*** **Haczedilemez mal veya hak*** **Kamuya tahsisli mal*** **Haczin kaldırılması**

(2004 sayılı İİK mad.361;

1580 sayılı Belediye K.

mad.19/7; 6183 sayılı K.)

1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19/7. maddesi gereğince belediyelerin (umuma ait akar olmayan açık ve kapalı mahalleri) ve ayrıca (belediyelere Yasalarla verilen paylar ile vergi, resim ve harçlar) belediyelerin 6183 sayılı

Yasa hükümlerine göre tahsili gereken borçları dışında haczedilemez. Ayrıca, belediye encümeni tarafından kamuya tahsisine karar verilen belediye mallarının da idari nitelikteki bu karar kaldırılmadığı sürece haczi mümkün değildir. Bundan başka yine belediyelerin “kendiliğinden kamuya tahsisli” taşınır ve taşınmaz mallarının kamuya tahsis kararına gerek bulunmadan haczedilemeyecekleri yerleşik Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiştir. İller Bankası payı niteliği gereği kendiliğinden kamuya tahsisli olup, haczin kaldırılması yönündeki şikayet süreye de tabii değildir. Somut olayda ilamlı icra takibi itiraz yada şikayet üzerine durmayacağı için şikayet konusu işlemle ilgili paranın bankadan çekilmiş olması işin esasının incelenmesini engellemez. Zira merciice verilecek kararın içeriğine göre İİK'nın 361. maddesi gereğince memurlukça sonradan bu paranın alacaklıdan geri alınması mümkün olacaktır. O halde şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 06.06.2003

E. 2003/10582

K. 2003/13374

*** Haczedilemez mal veya hak**

*** İkramiyenin haczi**

1475 sayılı İş K. mad. 28;

6772 sayılı K. mad. 4)

1475sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre işçinin almakta olduğu maaşın ancak ¼'ü haczedilebilir. İkramiye de ücretten sayıldığından, aynı koşullarda haczini engelleyen, yani ¼'ünün haczini engelleyen bir Yasa hükmü yoktur. 6772 sayılı kanunun 4. maddesinde ise (fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete munzam tediye) haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenledir ki, arızı olarak belli koşulların gerçekleşmesi sonucu işçiye ödenecek olan fazla mesai, evlilik, zamları ve bunun gibi yardımların haczedilemeyeceği, açıklanan madde gereği kuşkusuz ise de, maaş gibi maaştan sayılan, ödenmesi süregelen, herhangi bir koşulun gerçekleşmesine bağlı bulunmayan ikramiyenin ¼'ünün haczi 1475 sayılı kanunun 28. maddesine göre mümkündür.

Somut olayda, merciice şikayetin yukarıda açıklanan kurallar doğrultusunda denetlenerek, oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken özellikle 26.09.2002 tarihli alacaklı talebi doğrultusunda anılan kurallara aykırı işlem yapıp yapılmadığı da karar yerinde tartışılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 10.06.2003

E. 2003/10914

K. 2003/13731

* Haczedilmezlik şikayeti

* Haczin kaldırılması

(2004 sayılı İİK mad. 82/4)

İİK'nın 82/4. maddesinde öngörülen haczedilmezlik şikayeti borçlunun çiftçi olması halinde ve kendisi ile ailesinin geçimi için zaruri olan arazinin haczedilmesin durumunda ileri sürülüp inceleme konusu yapılabilir. Somut olayda, borçlu şirket adına Mercii Hakimliği'ne başvurularak yukarıda öngörülen gerekçe ile hacizlerin kaldırılması şikayetinde bulunulması İİK'nın 82/4. maddesi içeriğine aykırıdır. Bu nedenlerle Mercii Hakimliği'nin şikayetin reddi yönünde oluşan kararı, sonucu itibariyle doğru olup, hükmün onanması gerekirken kişisel bir başvuru olduğu düşünülerek bozulduğu anlaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

* * *

19. HUKUK DAİRESİ KARARLARI**Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**

T. 24.02.2003

E. 2002/4419

K. 2003/1367

* Menfi tespit davası

* Bono

* Senette tahrifat

* Ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi tarafından bağlayıcılığı

Davacı vekili, davalı B. Ltd. Şti'nin lehtarı olduğu ve davalı Ö. E. tarafından icra takibine konulan bononun, dava dışı H. Ç'na bedel hanesinin rakamla yazılı olan kısmının 300.000.000.-TL. olarak doldurulup diğer kısımların boş olarak teminat için verildiğini, bononun daha sonra lehtar hanesinin ve bedelinin 4.300.000.000.-TL. olarak doldurulup tedavüle çıkartıldığını iddia ederek, bedel kısmı tahrif edilmiş bono ile borçlu olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalılar savunmalarında, dava konusu bononun, davacıya kendi adlarına kabak çekirdeği toplaması için verilen nakit paranın teminatı olarak alındığını, davacının edimini yerine getirmediğini beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalı şirketin temsilcisi H. B. aleyhine sahte senet tanzim etmek suçuna ilişkin ceza davasında belirlenen maddi olgu sonucu senette yazı ile yazılan miktara itibar edilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle, davalı şirket tarafından davacıya kabak çekirdeği toplaması için verilen nakdin teminatı olarak dava konusu bononun verildiği ve davacının edimini yerine getirmediği, senedin miktar hanesinde yazı ile yazılı kısımdaki bedel ile geçerli olduğu yolundaki maddi olguyu belirleyen Edirne 1 .Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1998/91 Esas 1009/88 Karar sayılı Beraat ve Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 18.10.2001 tarih, 12487/12463 sayılı onama kararlarının hükme esas alınmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 24.2.2003 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy Yazısı

BK'nın 53. maddesi hükmü uyarınca hakim, Ceza Mahkemesi'nce verilen Beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak, maddi olayı saptayan Ceza Mahkemesi kararları hukuk hakimini bağlar.

Davalı şirket temsilcisi aleyhine sahte senet düzenleme suçundan dolayı açılan ceza davasında alınan 10.6.1998 tarihli Adli Tıp raporunda; "söz konusu senet miktarının evvelce ve yalnızca rakamla (300.000.000.-TL) şeklinde yazılmışken sonradan miktar rakamları başına (4) rakamının ilave edildiği ve tanzim sırasında boş bırakılan miktar yazıları kısmına ise (Dörtmilyarüçyüzmilyon) yazılarının bir defada yazılarak anılan senet miktarının mevcut duruma dönüştürüldüğü" belirtilmiştir. Ceza Mahkemesi'nce senedin yazıyla olan miktar hanesini dolduran B. A. isimli kişinin tanıklığına da başvurularak "senette asıl olan yazıyla yazılan miktarın geçerli olduğu, bu durumda sanığın senette tahrifat yapmadığının anlaşıldığı" gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir.

Görüldüğü gibi, dava konusu senedin miktar hanesinde rakamla yazılı bölümdeki (4) rakamının sonradan doldurulduğu yolundaki maddi vakıa Ceza Mahkemesi kararıyla sabittir. Hukuk hakimi bu maddi olayla bağlıdır. Senedin, diğer bölümlerinin boş olduğu ve sonradan doldurulduğu da anlaşılmaktadır.

TTK'nin 690. maddesi aracılığıyla bonolarda da uygulanması gereken 588/1.maddesindeki "iki bedel arasında fark bulunması halinde yazı ile gösterilen bedele itibar olunacağı" kuralının uygulanabilmesi için senedin borçlu tarafından doldurulup tedavüle çıkarılması lazımdır. Rakamla miktar hanesinde tahrifat yapıldığı ve yazı ile miktar hanesinin ise hamil tarafından doldurulduğu hallerde TTK'nın 588. maddesi uygulanamaz ve senet tahrifattan önceki miktar için geçerlidir. (Yargıtay II. HD. 4.2.1987 gün 1986/6874 Esas, 1987/550 K, II.HD. 25.4.1978 gün, Esas 1587, Karar 2170

sayılı kararları, Yargıtay 12. HD. 20.1.1998 gün, 1997/14841 E, 1998/189 K. Sayılı kararları Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Notlu İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve ilgili Mevzuat Sh.472)

Öte yandan, imzalı ve yazısız bir kağıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazıldığı veya yazdırıldığı iddiasıyla açılan ceza davasında sanığa yüklenen bu eylem, HUMK'nın cevap verdiği istisnalar dışında tanıkla ispat edilemez. (24.3.1999 gün ve 1988/1 Esas, 1989/2 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü S. Baskı 1990, Cilt 2, Sh. 2259).

Ceza Mahkemesi'nce, senedin rakamla yazılı miktar hanesindeki tahribat saptanmış ancak, yazıyla olan bölüm yönünden tanık dinlendikten sonra TTK'nın 588/1. maddesindeki kuraldan söz edilmek suretiyle beraat kararı verilmiştir. Bu şekilde verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz. Çünkü beraat kararının gerekçesinde yer alan hukuki tartışma, hukuk hakimi tarafından yapılması gereken bir tartışma olduğundan Ceza Mahkemesi'nce TTK'nın 588.maddesinin yorumlanması sonucu verilen beraat kararının bağlayıcılığından söz edilemez.

Bu durumda, dava konusu senedin tahrifattan önceki miktarıyla (300.000.000.-TL) geçerli olduğunun kabulü gerektiğinden davacının bu miktar dışındaki kısım yönünden borçlu olmadığını tespitine karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmiş olmasının bozmayı gerektirdiği düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun onama yönündeki görüşüne katılmıyorum.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 11.03.2003

E. 2002/459

K. 2003/2026

*** Menfi tespit davası**

*** Hatır senedi iddiası**

*** Bonoda malen kaydı**

*** İspat yükü**

Dava, bonodan dolayı borçlu bulunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece dava konusu bononun hatır senedi olduğu yolundaki iddianın kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine, %40 tazminatın davacıdan alınarak davalıya ödenmesine karar verilmiş, hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bonoda "malen" kaydı bulunduğu halde davalı alacaklı, senedin verilen borç para karşılığı düzenlendiğini savunarak senedin ihdas nedenini tâlil etmiştir. Bu durumda, alacağı ispat yükü yer değiştirerek

davalıya geçtiğinden davalıdan delilleri sunulup sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Karşı Oy Yazısı

Dava, bonodan dolayı borçlu bulunulmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacı, dava konusu senedin hatır senedi olduğunu ileri sürerek borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı ise, bononun borç para karşılığı düzenlendiğini savunmuştur. Senetteki ihdas nedeni "malen" yazılıdır.

Böylece, her iki taraf, aralarındaki ilişkide, bu bononun "mal karşılığı" olmadığı konusunda uyum içinde olduklarına göre, MK'nın 6. maddesi hükmü göz önünde tutularak ispat yükünün davacıya ait olduğunun kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, davacı önce bonodaki "malen" kaydını tâlil etmekle, davalının bono karşılığının nakit olduğu yolundaki savunması, kendi aleyhine kullanılarak ispat yükünün davalıya yükletilmesi doğru olmaz. (Bakınız 19. HD. 6.10.1994 tarih, 1993/8778 E, 1994/8968 K. sayılı Kararı, aynı doğrultuda 11. HD 16.11.1991 T.1989/3882 E, 1991/3914 K. 11. HD 12.11.1990 T.1989/6889 E, 1990/7209 K. sayılı kararları, Uyar, T. Gerekeçeli-Notlu İçtihatlı, İcra ve İflas Kanunu 1996, Cilt 2, Sahife 1841,1842)

Bu itibarla, kanıtlanamayan davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı sonucu itibariyle doğru olduğundan hükmün yukarıda açıklanan gerekçelerle onanması gerektiğini düşündüğüm için sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşlerine katılmıyorum.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 13.03.2003

E. 2002/258

K. 2003/2148

* Menfi tespit davası

* Teminat mektubunun iadesi

* Vade farkı

(6762 sayılı TTK mad. 23/2)

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan alacağı mallar nedeniyle davalıya teminat mektubu verdiğini, müvekkilinin borcunun 45.143.176.-TL olduğunu, ancak davalının teminat mektubunu iade etmediğini belirterek teminat mektubunun iadesi ile bankaya ödemek zorunda kaldıkları komisyon ve diğer gider toplamı ile kar kaybı zararlarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında vade farkı hususunda bir sözleşme olmadığı, vade farkı faturası düzenlenmiş olmasının, davalıya vade farkı talep etme hakkı vermeyeceği, davacının borcunun 45.143.176.-TL olduğu, davalının teminat mektubunu paraya çevirmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle 3.954.856.824.-TL teminat mektubu miktar farkının reeskont faiziyle davalıdan tahsiline davacının diğer taleplerinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Vade farkı işlenebilmesi, bu konuda taraflar arasında anlaşma veya yerleşik uygulama olması ya da geç ödeme halinde vade farkı talep edileceğine dair kaydı içeren faturaya alıcının TTK'nın 23/2. maddesine öngörülen 8 günlük sürede itiraz etmemesi halinde olanaklıdır.

Olayda, davalı tarafından düzenlenen ve içeriğine davacı tarafça itiraz edilmeyen mal bedellerine ilişkin faturalarda geç ödeme halinde % 8 oranında vade farkı düzenleneceğine ilişkin kayıt olduğu anlaşıldığından mahkemece bu husus üzerinde durulmadan yazılı gerekçe ile davalının vade farkı talep edemeyeceği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 07.04.2003

E. 2002/6178

K. 2003/3691

* Menfi tespit davası

* Bono

* Keşideci imzası

* Bononun düzenlenme sebebi

* İspat yükü

Davacı vekili, davalı tarafından icra takibine konulan bonodaki keşideci imzasının müvekkiline ait olmadığını iddia ederek borçlu olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, dava konusu bononun davacı ile aralarında gerçekleşen araba alım satımı nedeniyle alacağına karşılık verildiğini beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dava konusu bonodaki keşideci imzasının davacı eli mahsulü olduğu ve bononun araç alım-satımı nedeniyle düzenlendiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

15.3.2000 tanzim 30.3.2000 vade tarihli ve davacı tarafından keşide olunan 8.000.000.000.TL'lik bononun düzenlenme sebebi "nakden" olarak belirtilmiştir. Davalı, savunmasında araç verdiğini (mal verdiğini) beyan

ederek bononun düzenlenme sebebini değiştirmiş bir başka anlatımla bononun ihdas nedenini talil etmiştir.

Bu durumda ispat külfeti yer değiştirmiş olup, davalı yan, araç satışı nedeniyle davacıdan alacaklı olduğunu kanıtlamak ile yükümlüdür.

Mahkemece açıklanan husus gözetilerek davalıya alacağım kanıtlama imkanı tanınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken ispat külfetinin tayininde hataya düşölerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görölmemiştir.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 14.04.2003

E. 2002/904

K. 2003/3997

* Menfi tespit davası

* Bono

* İmza inkarı

* Ödeme iddiası

* İspat yükü

Davacı vekili, müvekkili aleyhine girişilen icra takibine konu edilen bono senedinden dolayı müvekkilinin borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece bonodaki imzanın davacıya ait olduğunun saptandığı gerekçesiyle kanıtlanamayan davanın reddine, % 40 tazminatın davacıdan alınarak davalıya ödenmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde üç ayrı iddiaya dayanmış, mahkemece bu iddialardan sadece imza inkarı yönünden araştırma ve inceleme yapılarak dava sonuçlandırılmıştır. Davacının iddiaları arasında ödeme iddiası da bulunmaktadır. O halde bu iddianın da araştırılması gerekir. Ancak, davalı ödemenin başka bir alacağa ilişkin olduğunu savunduğuna göre ispat külfeti davalıya geçmiştir. Mahkemece bu yönler üzerinde durularak davalıya delillerini bildirmesi için olanak tanınması ve tüm deliller toplandıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme neticesinde yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görölmemiştir.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 18.03.2003****E. 2002/443****K. 2003/2272***** İstirdat davası***** Çek***** Akdi ilişkiyi ispat***** Vade farkı**

Davacı, davalıya toplam 5.000.000.000.TL senetli borcu olduğunu, bu borcuna karşılık iki adet çek ile toplam 1.050.000.000.TL ödediğim, ancak davalının bu ödemeyi, senetli alacağına kabul etmeyerek senet bedelinin tamamını icra takibine koyduğunu, icra tehdidi altında 5.500.000.000.TL ödemek zorunda kaldığımı belirterek, davalının kendisinden fazladan tahsil ettiği 1.050.000.000.TL'nin istirdadını talep ve dava etmiştir.

Davalı bu iddiaya karşılık 5.000.000.000.TL'lik senetli davacı borcunun ayrı, 1.050.000.000.TL'lik iki adet çeke dayalı davacı borcunun ise ayrı ilişkiler olduğunu belirterek, akdi ilişkiyi ispat için yargılama sırasında 6.12.1999 tarihinde tanzim edilen 3.782.000.000.TL'lik faturayı ibraz etmiştir.

Uyuşmazlık konusu 5.000.000.000.TL'lik bononun vadesi 30.9.1999 tarihli olup keşide tarihi ise 20.7.1999 dur. Yine davalı tarafından tahsil edilen 550.000.000.TL'lik çekin keşide tarihi 30.9.1999, 500.000.000.TL'lik çekin keşide tarihi ise 14.10.1999'dur. Davalı, tarihleri belirtilen çeklerin bir başka akdi ilişkiden doğan alacağına ilişkin olduğunu savunduğuna göre bu akdi ilişkinin çeklerin keşide tarihinden önce gerçekleşmiş olması gereklidir. Hal böyle olunca çeklerin keşide tarihi ve davanın da açıldığı bir tarihten sonraki 6.12.1999 tarihini taşıyan fatura akdi ilişkinin kanıtı olamayacağı gibi, esasen söz konusu faturanın vade farkına ilişkin bulunmasına ve taraflar arasında borcun geç ödenmesi halinde vade farkı uygulanacağına dair bir anlaşma dosyaya ibraz edilmediği gibi, bu yönde taraflar arasında da bir teamül olduğu da kanıtlanamamıştır.

Bu durumda mahkemece, açıklanan hususlar gözetilerek bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile ispat külfetinin tayininde hataya düşülerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

* * *

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 29.04.2003

E. 2003/2857

K. 2003/3998

* Davanın açıldığı tarihteki
tarifenin uygulanması

* Düzeltmek onama

(Av. Asgari Ücret Tarifesi m. 20
1086 sayılı HUMK m. 438/7)

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, davacının tüm, davalı 3. kişilerin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Mercii'ce, davanın reddine karar verildiğine göre 4.12.2002 tarihinde geçerli olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 20. maddesi gereğince, hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife uyarınca nispi vekalet ücreti takdiri gerekirken, davanın açıldığı tarihteki tarifenin uygulanması usul ve Yasa'ya aykırı ise de bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nun 438/7. maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 28.04.2003

E. 2003/2899

K. 2003/3906

* İstihkak davası

* Mülkiyet karanesi

(2004 sayılı İİK m. 96 vd., 97/a)

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi ile borçlu (karı-koca) olup haczin birlikte oturdukları evde yapıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karanesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararındır. Bu Yasal karinenin aksi davacı 3. kişi tarafından kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanabilir.

Somut olayda ise davacı 3. kişi (kadın) öğretmen olup gelir sahibidir. Davacının ibraz ettiği 4.9.2000 tarihli Arçelik çamaşır makinesi ve 17.2.2000 tarihli yemek odası takımı faturaları içeriği, fatura kesen firmaların yetkilisi tanık beyanları ile doğrulandığından bu hacizli eşyalar yönünden davanın kabulü yerindedir. Ancak, diğer hacizli eşyalar yönünden Yasal karinenin aksini kanıtlar nitelikte belge ibraz edilmediği gözetilmeksizin yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 22.04.2003

E. 2003/2878

K. 2003/3767

- * Haczin kaldırılması
- * İstihkak davası
- * Basit yargılama usulü
- * Duruşma açılması
- * Son günün resmi tatil gününe rastlaması

(2004 sayılı İİK m. 19, 96 vd.,
97/9, 97/11; 1086 sayılı HUMK
m.16/3, 73)

1. Davacı 3. kişi haczedilen ev eşyalarının kendisine ait olduğunu ileri sürerek üzerine konulan haczin kaldırılmasını istemiştir. Mercii'ce, duruşma açılmaksızın evrak üzerinde inceleme sonucu, davanın süreden reddine karar verilmiştir.

Bu yönüyle uyuşmazlık İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayanan istihkak davasına ilişkindir. İstihkak davalarına İİK'nın 97/11. maddesi hükmünce genel hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre bakılır. HUMK'nın 73. maddesi hükmüne göre de, Yasa'da gösterilen ayrı durumlarda hakim iki tarafı Yasa'ya uygun şekilde davet etmeden hüküm veremez. Bu nedenle başvurma harcı ve takip konusu alacak ile mahcuz malın değerinden hangisi az ise o değer üzerinden 1/4 oranında peşin nispi ilam harcı alınarak duruşma açılması, taraflara duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğ olunarak gösterecekleri delillerin toplanması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın şikayet olarak nitelendirilmesi suretiyle yanılığa düşülerek, dosya üzerinde inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır.

2. Kabule göre de, İİK'nın 19. HUMK'nın 16/3. maddeleri uyarınca bir sürenin sonuncu günü resmi tatil gününe, rastlarsa, süre tatili takip eden günün mesai saati sonunda sona erer. Haciz davacının eşinin üzerine karşı 4.2.2003 tarihinde yapılmıştır. Bu durumda İİK'nın 97/9. maddesinde öngörülen 7 günlük dava açma süresinin son günü 11-16.2.2003 resmi tatile rastladığından 17.2.2003 tarihinde açılan davanın süresinde olduğunun göz ardı edilmesi de doğru değildir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 08.04.2003

E. 2003/1722

K. 2003/3127

*** İstihkak davası*****Tasarrufun iptali davasının sonucunun beklenmemesi**

(2004 sayılı İİK m. 96 vd.)

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi dava konusu 35 FK 291 plaka sayılı aracı hacizden önce noter vasıtasıyla satın aldığı ileri sürerek trafik kaydı üzerine konulan haczin kaldırılmasını istemiştir.

Mercii'ce noter satışının hacizden önce yapıldığı ve davalı alacaklının satışın muvazaalı olduğuna ilişkin iddialarını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de eksik araştırmaya dayalı varılan sonuç doğru bulunmamıştır.

Alacaklı şirket temsilcisi M. Ç. A. tarafından borçlu şirket ve 3. kişi aleyhine dava konusu taşıtın devri ile ilgili olarak İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/83 esas sayılı dosyası ile açılan ve derdest bulunan tasarrufun iptali davasının sonucunun istihkak davasının sonucunu etkileyecek nitelikte olması sebebiyle bu davanın sonucu beklenmeksizin istihkak davasının sonuçlandırılması usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 07.04.2003

E. 2003/1824

K.2003/3020

*** İstihkak davası***** İstihkak iddiası ile dava açma süresinin kesilmesi**

(2004 sayılı İİK m. 96 vd.,96/1, 97)

Uyuşmazlık 3.kişinin İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Mercii Hakimliği'nce, haciz 3. kişi şirket müdürü A. P. huzurunda yapılmış olmasına karşın istihkak davasının haciz tarihinden itibaren 7 günlük Yasal süre geçtikten sonra açılmış olduğu gerekçesiyle süre yönünden reddine karar verilmiş hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

9.9.2002 tarihinde yapılan taşınır mal haczi sırasında hazır bulunan (davacı 3. kişi) müdür A. P. haczedilen malları borçludan satın aldığı söylemek ve bu iddiasını haciz tutanağına yazdırmak suretiyle (İİK md. 96/1) istihkak iddiasında bulunmuştur. Yasal süresi içinde yapılan bu

istihkak iddiası ile dava açma süresi kesilmiştir. Alacaklı istihkak iddiasına karşı çıktığından İcra Müdürlüğü'nce İİK'nın 97. maddesindeki prosedürün işletilmesi gerekir. Bu prosedür işletilmediği sürece 3. kişi davasını hacizli mal satılarak bedelinin alacaklıya ödenmesine kadar açabilir. Bu durumda, dava süresinde açıldığından, işin esasına girilerek, taraf kanıtları toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde süreden ret kararı verilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 29.04.2003

E. 2003/3065

K. 2003/3999

* Yargılama giderlerinden sorumluluk

* Her dava için ayrı ücret takdiri

(Av. Asgari Ücret Tarifesi m. 8;
1086 sayılı HUMK m. 417, 438/7)

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre, davalı-karşı davacı alacaklının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Mercii'ce istihkak davasının reddine ve karşılık davanın kabulüne karar verildiğine göre, yargılama giderlerinden sorumluluk, davası reddolunan 3. kişiye aittir. Bu sebeple, davacı-karşı davalı 3. kişi tarafından yapılan yargılama giderlerinin kendi üzerinde bırakılması gerekirken, HUMK'nın 417. maddesine aykırı olarak, davada haklı çıkan davalı-karşı davacı alacaklıdan tahsiline ilişkin olarak verilen karar usul ve Yasa'ya aykırıdır.

Ayrıca, davanın müddeabihi sayılmayan kötü niyet tazminat isteminin reddi sebebiyle davacı-karşı davalı lehine vekalet ücreti takdiri de doğru değildir.

Yine, istihkak davası reddedilip, karşı dava kabul edilmekle, karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 8. maddesine göre davalı-karşı davacı lehine dava değeri üzerinden, her dava için ayrı ayrı ücret takdiri yerine, gerekçesi açıklanmadan, yanlış hesap ile tek vekalet ücreti takdiri de usul ve Yasa'ya aykırı ise de bu yanlışlıkların düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nın 438/7. maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 04.02.2003

E. 2002/10535

K. 2003/748

* İstihkak davası

* Düzelterek onama

* Eksik harç

(1086 sayılı HUMK m. 438/7;

492 sayılı Harçlar K. m. 2 Ek tarife)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davalıların sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. İstihkak davasının kabulüne karar verildiğine göre, alacak tutarı ile haczedilen malın değerinden hangisi az ise, o değer üzerinden % 54 oranında karar harcı alınması gerekirken eksik harca hükmedilmesi usul ve Yasa'ya aykırı ise de kamu düzenine ilişkin bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden temyiz edenin sıfatına bakılmaksızın HUMK'nın 438/7. maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 17.02.2003

E. 2002/10421

K. 2003/994

* Alacaklı yararına tazminat

* Hükmün açık ve icra (infaz) edilebilir olması

(1086 sayılı HUMK m. 389, 438/7;

2004 sayılı İİK m. 96 vd., 97/13)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davacı 3. kişinin aşağıda yazılı bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. Uyuşmazlık İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı 3. kişinin istihkak davasına ilişkindir. Yargılama sırasında Mercii Hakimliği'nce takibin ertelenmesine karar verildiğinden İİK'nın 97/13. maddesi gereği alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi doğru ise de; HUMK'nın 389. maddesi uyarınca, hükmün taraflara yükletilen ödevlerin ve bahsedilen hakların hiçbir kuşku ve durak gerektirmeyecek şekilde çok açık ve icra (infaz) edilebilir nitelikte olması gerekirken matrah belirtilmeden (İİK'nın 97. maddesinin 13. bendine göre alacaklının alacağından ve dava nedeniyle tahsili geciken miktarının %40 oranında davacıdan tazminat alınmasına) denilmek suretiyle açık olmayan ve infazda duraksama uyandıracak şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve Yasa'ya aykırıdır.

Ne var ki bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 25.02.2003

E. 2002/11018

K. 2003/1353

* İstihkak iddiası

* Hak düşürücü süre

(2004 sayılı İİK m. 96/3)

Davacı 3. kişi Bülent Kara, birlikte oturduğu borçlu M. K'nın oğludur.

Haciz, 13.9.2001 tarihinde davacının annesi G. K. huzurunda yapılmıştır. Davacının annesi, haciz sırasında, haczedilen malların oğluna ait olduğunu söylemişse de bu sözler istihkak iddiası niteliğinde değildir. Çünkü borçlu dışındaki kişilerin malın bir başka kişiye ait olduğu yolundaki sözleri istihkak iddiası olarak kabul edilemez.

Haczin öğrenilmesi yönünden, Yargıtay uygulamasıyla da benimsenen fiili karineye (yaşam deneyi kuralı) göre, haciz uygulanan evde borçlu ile birlikte oturan kişiler, haczi aynı tarihte öğrenmiş sayılırlar.

Davacının, annesi ve borçlu babasıyla birlikte oturduğu aksi sabit olmayan haciz tutanağı içeriği ile de belirgin olduğuna göre davacı 3. kişi haczi haciz tarihinde öğrenmiş sayılır. İİK'nın 96/3. maddesi hükmüne göre haczi öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde istihkak iddiasında bulunmayan kişi aynı takipte bu iddiayı ileri sürme hakkını kaybeder. Davacı bu Yasal süreyi geçirdikten sonra Trabzon 1. İcra Müdürlüğü'nün 21.9.2001 havale tarihli dilekçesinde haczi 15.9.2001 tarihinde öğrendiği iddiasıyla istihkak iddiasında bulunmuşsa da geçerli değildir.

Bu durumda hakimın görevi gereği hak düşürücü süreyi göz önünde tutarak davayı hak düşürücü süreden reddetmesi gerekirken esastan kabulüne karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 18.02.2003

E. 2002/10744

K. 2003/1024

* Yasal karine

* İspat yükünün yer değiştirmesi

(2004 sayılı İİK m. 96, 97/a, 99)

Uyuşmazlık, 3. kişinin istihkak iddiasının reddi istemiyle alacaklı tarafından açılan istihkak davasıdır.

Haciz uygulanan adres, borçlunun ticaret sicilindeki adresi olup, ödeme emri de bu adreste tebliğ edilmiştir. Haciz sırasında hazır bulunan 3. kişi A. İ. istihkak iddiasında bulunmuşsa da, borçlu şirket yetkilisi İ. E'nin yakın akrabasıdır. Borçlu ve 3. kişi hacizli malları birlikte ellerinde bulundurdularından İİK'nın 97/a maddesindeki Yasal karine borçlu, dolayısıyla alacaklı yararındadır. İcra Müdürlüğü'nce İİK'nın 96 ve 97. maddeleri yerine, hatalı

olarak İİK'nın 99. maddesine göre işlem yapılması ve alacaklının dava açmak zorunda bırakılması ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmaz. Davalı safında da yer alsa iddiasını kanıtlamakla yükümlü olan davacı, karinenin aksini kanıtlayamamıştır. Bu durumda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, Sulh Hukuk Mahkemesi'nce yapılan tek taraflı delil tespitine dayanılarak yanılı sonuç davanın reddine karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 18.02.2003

E. 2002/10756

K. 2003/1020

* **Konusu kalmayan dava**

* **Harcın haksız çıkan tarafa yükletilmesi**

(2004 sayılı İİK m. 365/son; 1086 sayılı HUMK m. 417; 492 sayılı Harçlar K. Ek 1 sayılı tarife m. A-III-2/a)

1. Mercı kararı 1.5.2002 tarihinde temyiz eden davacı vekiline tefhim edildiği halde Yasal 10 günlük süre geçtikten sonra 3.10.2002 tarihinde temyiz edildiğinden istemin İİK'nın 365/son maddesi hükmü gereğince reddine karar verilmesi gerekmiştir.

2. Davalı alacaklının temyizine gelince;

Takip konusu borcun ödendiği ve bu nedenle de haczin kalktığı anlaşıldığından *"konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı"* şeklinde hüküm kurulması gerekirken *"istihkak iddiasının kabulüne"* karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bundan başka, yargılama giderlerinin ve bu arada avukatlık ücreti ile Harçlar Yasası'na ekli I sayılı Tarife'nin A-III-2/a maddesi uyarınca maktu karar ve ilam harcının HUMK'nın 417. maddesi uyarınca, davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekirken, taraflardan hangisinin haklı olduğu hususunda gerekli kanıtlar toplanıp değerlendirilmeksizin *"kararın içeriğine göre masraf ve ücreti vekalet takdiri-ne yer olmadığına"* şeklindeki karar da usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 05.05.2003

E. 2003/3250

K. 2003/4194

*** Kesin önel***** Kesin önele ilişkin ara kararın açık ve eksiksiz yazılması***** Tanıkların mahkemeye davetiye ile çağırılması**

(2004 sayılı İİK m. 96 vd.;

1086 sayılı HUMK m. 163, 258)

Davacı 3 .kişi işyerinde haczedilen mülkiyeti kendisine ait taşınır mallar üzerine konulan haczin kaldırılmasını istemiştir.

Merci'ce, davacının belgelerini ve demirbaş envanter defterini ibraz etmesi, 50.000.000 TL. bilirkişi ücretini yatırması ve dinlenmeyen tanığını hazır etmesi için verilen ara kararının yerine getirilmemesi ve son celsede davacı vekilinin hazır bulunmaması nedeniyle kesin önelin yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de bu sonuç dosyadaki bilgi ve belgelere uygun bulunmamaktadır.

İster Yasa, isterse hakim tarafından belirlenmiş olsun kesin önel içinde yerine getirilmeyen bir işlemin, bu önel geçtikten sonra yerine getirilmesi mümkün değildir. (HUMK md.163) Bu nedenle davaların yok yere uzamasını veya uzatılmak istenmesini engellemek için getirilen kesin önel kuralı, Yasanın amacına uygun olarak kullanılmalı, davanın reddi için bir araç sayılmamalıdır. Öyleyse kesin önelin hukuki sonuç doğurması için ara kararın usulüne uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Kesin önele ilişkin ara karar yanlış anlamayı önleyecek şekilde açık ve eksiksiz yazılmalı, yapılması gerekli istem için verilecek süre yeterli olmalı, önele uymamanın hukuksal sonuçları hatırlatılmalıdır.

Somut olayda ise davacıya belgelerini ibraz etmesi ve 50.000.000 TL. bilirkişi ücreti yatırması için önel verilmiş ise de önelin kesin olduğu açıklanmadığından kesin önelin yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın reddi isabetsiz olup bozma nedenidir. Öte yandan aynı ara kararında davacının tanığını hazır etmediğinde dinlenmesinden sarfınazar edilmiş sayılmasına karar verilmiş ise de

HUMK'nın 258. maddesi uyarınca tanıklar mahkemeye davetiye ile çağrılır. Bu yolda işlem yapmak üzere önel verilmesi gerekirken davacının tanığını hazır etmeye zorlanamayacağı göz ardı edilerek Yasal değeri olmayan önel nedeniyle davanın reddi keza usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 07.04.2003

E. 2003/1698

K. 2003/2971

* İstihkak davası

* Hayatın olağan akışı

* Mülkiyet karinesi

(2004 sayılı İİK m. 97/a, 99)

Uyuşmazlık, alacaklının İİK'nın 99. maddesine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Davalı 3. kişi ile borçlu karı koca olup ödeme emri haciz adresinde birlikte sakin davalı 3. kişiye tebliğ edilmiştir. Taraflar ödeme emrinin tebliğ tarihi olan 28.12.2001 tarihinden sonra 27.3.2002 tarihinde kesinleşen boşanma ilamı ile boşanmışlardır. Boşanma kararı tarafların isteğine bağlı olarak verildiği gibi davacı 3. kişi (kadın) nafaka talebinde bulunmamıştır. Takipten ve ödeme emri tebliğinden ve 11.2.2002 tarihinde ilk hacze gidilip adrese not bırakıldıktan sonra gerçekleştirilen bu boşanma anlaşmalı olarak yapıldığından tarafların ayrı yaşadığını gösterir delil niteliğinde değildir. Öte yandan dinlenen tanıklar tarafların ayrı yaşadığını bildirmiş iseler de borçlu kocanın ayrı bir ikametgah edindiği açıkça ortaya konmamış, ödeme emrinin borçluya ait adreste davacı eşine tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Hayatın olağan akışına göre anlaşmalı olarak yapılan bu boşanmanın borçtan kurtulmaya yönelik olarak gerçekleştirildiği açıkça ortadadır. Borçlu ile 3. kişinin haciz adresinde birlikte oturdukları anlaşıldığından mülkiyet karinesi İİK'nın 97/a maddesine göre borçlu ve dolayısıyla alacaklı yararlıdır. Bu Yasal karinenin aksi ise ancak kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanabilir. Dosya içerisindeki karinenin aksini kanıtlar nitelikte belge bulunmadığı gözetilmeksizin istihkak iddiasının reddine ilişkin olan davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 01.04.2003

E. 2003/1712

K. 2003/2828

* İstihkak davası

* İyi niyet iddiası

(2004 sayılı İİK m. 86/3, 96 vd.)

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi dava konusu 06 JJ 445 plaka sayılı aracın mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ileri sürerek trafik kaydına konulan haczin kaldırılmasını istemiştir. Mercii'ce noter satış sözleşmesinin hacizden önce yapıldığı mülkiyetin davacı da olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmişse de varılan sonuç doğru bulunmamıştır.

Gerçekten de davacı dava konusu aracı kaydına haciz konulmadan önce 20.4.2001 tarihli noter sözleşmesiyle satın almışsa da sözleşmedeki davacı ve borçlunun ikamet adresleri aynıdır. Borçlunun yeğeni olan davacının kendisiyle aynı adreste oturan borçlunun borca batık olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. İİK'nın 86/3.maddesi uyarınca, 3.kişi, iyi niyet iddiasında bulunmayacağından satış alacaklıya karşı ileri sürülemez. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 31.03.2003

E. 2003/1693

K. 2003/2702

*** İstihkak davası**

*** Eksik harç**

(2004 sayılı İİK m. 97/6;

492 sayılı Harçlar K. m. 30)

Davacı 3. kişi 25.12.2000 tarihinde noterde satın aldığı otomobilin trafik kaydına borçlu şirketin borcu nedeniyle 2001 yılında konulan hacizlerin kaldırılmasını istemiştir.

Mercii'ce, davacının 48 ayrı dosyada konulan haczin kaldırılmasını istemiş olmasına karşın tek dosya üzerinden harç yatırdığı/her bir icra dosyası için ayrı harç yatırması konusundaki ara karar gereğini yerine getirmedeği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı dava konusu otomobili, Tilmo Factoring Hizmetleri AŞ'den 25.12.2000 tarihinde Hendek Noterliği'nde düzenlenen satış sözleşmesiyle devralmıştır.

İstihkak davalarında harç, alacak miktarı ile hacizli malın değerinden hangisi az ise onun üzerinden nispi oranda alınır. Somut olayda istihkak davası açılırken davacıdan alacak miktarından az olan hacizli otomobilin 6.613.000.000 TL satış değerine göre hesaplanan 1A nispi peşin karar ve ilam harcının alındığı çekişmesizdir.

Hacizli malın değeri üzerinden alınan harç yeterli olup noksan harç bulunmadığından davanın esasının incelenmesi yerine açılmış 48 ayrı dava varmış gibi davacıdan harç yatırmasının istenilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır.

Kabule göre de, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca noksan harcın yatırılmaması halinde davaya devam olunmamasına (dosyanın işlem den kaldırılmasına) karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi de doğru değildir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi**T. 27.03.2003****E. 2003/1500****K. 2003/2605***** Kararların gerekçeli yazılması***** Mülkiyet karinesi**

(2709 sayılı AnaYasa m. 141/3;

2004 sayılı İİK m. 96 vd., 97/a;

1086 sayılı HUMK m. 388/3)

1. Mahkemece, kısa kararda davanın kabulüne karar verilmiş ve gerekçesinin bilahare yazılacağı işaret edilmiş olduğu halde, gerekçe gösterilmeden karar yazılmıştır. Oysa, AnaYasa'nın 141/3. maddesi ile HUMK'nın 388/3. maddesinde bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, mahkemenin, tarafların kendisine sunduğu maddi vakıaların hukuki niteliğini kendiliğinden araştırıp bularak, hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini açıklaması gerekirken, bu hususları göz ardı etmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup, bozma nedenidir.

2. Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Dava konusu ev eşyaları davacı 3. kişi ve borçlunun boşanmaya rağmen birlikte oturdukları evde haczedildiğinden İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararındadır. Ancak, bu Yasal karinenin aksinin her türlü delille kanıtlanması olanaklıdır. Davacı 3. kişi kanıt olarak bir kısım hacizli eşyalar için haiz tarihinden öncesine ait faturalar ibraz etmiştir. Boşanma ilamının içeriğinden, davacının öğretmen olup, düzenli gelir sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı tarafça ibraz edilen faturaların gerçek olduğu saptandığı takdirde, içeriğindeki eşyalar yönünden Yasal karinenin aksinin kanıtlandığının kabulü gerekir. Bu nedenle, fatura dip koçanlarının, faturayı düzenleyen firmalardan getirilmesi, faturayı düzenleyen firma yetkililerinin tanık sıfatıyla çağırılıp dinlenmesi, gerektiğinde faturaların firmaların ticari defterlerinde, malların da envanterlerinde kayıtlı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak, faturalı eşyalar yönünden oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 17.03.2003

E. 2003/848

K. 2003/2120

*** Mülkiyet karinesinin aksinin
kanıtlanması**

(2004 sayılı İİK m. 96 vd., 97/a)

Uyuşmazlık 3. kişinin takip hukukuna dayalı 3. kişinin istihkak davasıdır.

Davacı borçlunun kocası olup dava konusu ev eşyaları 12.6.2002 tarihinde birlikte oturdukları evde haczedilmiştir. İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararınadır. Bu Yasal karinenin aksinin güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanması olanaklıdır. Davacı hacizli mallardan bir kısmı yönünden faturalar ibraz etmiştir. Faturaların gerçek olduğu saptandığı takdirde bu mallar yönünden karinenin aksi kanıtlanmış sayılır. Bu nedenle faturayı düzenleyen firmanın ticari defter ve envanterinin bilirkişi aracılığıyla incelettilerle kayıtlı olup olmadığı saptanması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 17.03.2003

E. 2003/821

K. 2003/2116

*** Hayat deneyimlerine aykırılık***** İşyeri devralanın sorumluluğu**

(2004 sayılı İİK m. 44, 96vd.)

Uyuşmazlık 3. kişinin, takip hukukuna dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi, borçlu oğlu M. G.'nin borcundan dolayı kendisine ait işyerindeki malların haczedildiğini iddia etmiş ve buna ilişkin olarak vergi kaydı, oda kaydı gibi belgeler ibraz etmiştir. Bu tür belgelerin varlığı, mücerret olarak işyerinin davacıya ait olduğunu göstermez. Nitekim, takip konusu alacağın borçlusunu S. Kimya Tekstil Limited Şirketi davacının oğlu ve gelini tarafından 1997 yılında haciz adresinde kurulmuş ve 16.10.2000 tarihine kadar da burada faaliyetlerine devam etmişlerdir. Belirtilen tarihten sonra bu işyerini kapatarak hemen yakınında işyeri açtığına ilişkin şirket kararı alınmışsa da; davacı annenin 1999 yılındaki vergi kaydı ile bu adreste faaliyette bulunduğu kabulü, hayat deneyimlerine aykırıdır.

Davacı 3. kişi annenin işyeri ve oğluna ait şirketin aynı adreste faaliyette bulunmasının kabul edilemeyeceği bir yana, bir an için; davacının; borçlu şirketin faaliyetinden sonra bu işyerini açtığı düşünülse dahi, bu halde de İİK'nın 44. koşullarının gerçekleşmediği ve BK'nın 179. madde

gereğince de işyeri devralanın sorumluluğunun devam edeceği prensibi gereği de davanın reddi gerekirken aksi düşüncelerle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 11.03.2003

E. 2003/177

K. 2003/1901

*** Danışığa dayalı istihkak iddiası**

(2004 sayılı İİK m. 99)

Dava, İİK'nın 99. maddesine dayalı alacaklı tarafından açılan istihkak iddiasının reddi istemine ilişkindir.

Haciz, 12.6.2001 tarihinde borçluya ödeme emri tebliğ olunan işyeri adresinde yapılmıştır. Haciz tutanağı içeriği ile dosyadaki bilgi ve belgelerden, borçlunun bu işyerini 28.5.2001 tarihinde kayden terkederek işyerini kardeşi G'ye, G'nin de 30.7.2001 tarihinde davalı 3. kişi Z. K'ye devrettiği anlaşılmaktadır. Ancak, borcun doğumundan ve ödeme emri tebliğinden sonra kısa aralıklarla gerçekleştirilen devirler, alacaklıdan mal kaçırma amacına yönelik danışıklı işlemler niteliğindedir. Danışığa dayalı istihkak iddiasının dinlenemeyeceği Dairemiz'in giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

Mercii'ce davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlış sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 10.03.2003

E. 2003/404

K. 2003/1825

*** Alacaklı yararına mülkiyet karinesi**

*** Memurun yanlış işlemi**

(2004 sayılı İİK m. 97/a, 99)

Dava konusu makine borçlu Limited Şirkete ödeme emri tebliğ olunan ve şirket temsilcisinin icra dosyasına vermiş olduğu 10.6.2002 tarihli mal beyanı dilekçesinde bildirdiği adresinde yapılmıştır. Bu durumda mülkiyet karinesi İİK'nın 97/A maddesi hükmü uyarınca borçlu dolayısıyla alacaklı yararındadır. Haczi uygulayan icra memurunca İİK'nın 96 ve 97. maddelerine göre işlem yapılması gerekirken İİK'nın 99. maddesine göre işlem yaparak alacaklıyı dava açma durumunda bırakması ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmaz. Çünkü davaya bakan Tetkik Mercii Hakimi icra memurunun yanlış işlemiyle bağlı değildir. Haciz sırasında adreste hazır bulunan borçlu şirket temsilcisi F. İ. bu işyerinin N. İ'ye ait olduğunu bildirmiş ve 5.6.2002 işe başlama tarihli vergi levhası göstermiş

ise de takip dayanağı çekin 8.4.2002 tarihinde düzenlendiği, nitekim aynı tarihte bankaya ibraz edilip karşılıksız bulunduğu şerh verildiği anlaşıldığından 3. kişinin aynı adreste borcun doğumundan sonra faaliyete başladığı görülmektedir. Vergi levhası mülkiyet karinesinin aksini ispata tek başına yeterli değildir. 3. kişi mülkiyet belgesi göstermediği gibi tanık anlatımına da dayanmamıştır.

Bu durumda alacaklı tarafından açılan davanın kabulü gerekirken reddi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 10.03.2003

E. 2003/350

K. 2003/1801

* İstihkak davası

* Eksik inceleme

* Karar harcı-Maktu harç

(2004 sayılı İİK m. 96 vd.;

492 sayılı Harçlar K. m. 2 Ek 1

sayılı tarife)

1. Uyuşmazlık 3. kişinin takip hukukuna dayanan istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi şirket, dava konusu bordürlerin; taahhütleri altındaki Elazığ-Mazgirt Uzunçayır Baraj Varyantı yolu işi ile ilgili şantiyelerinde haczedildiğini belirterek istihkak iddiasında bulunmuştur.

Dava konusu malların haczine ilişkin 28.6.2002 tarihli haciz tutanağı içeriğinden; haczin nerede yapıldığı anlaşılammaktadır.

Öte yandan Karayolları Bölge Müdürlüğü'nce gönderilen 9.9.2002 tarihli yazıda; davacının imalat bedellerinin istihkak olarak ödemesinin yapıldığı belirtilmiştir.

Mercii'ce; haczi yapan icra müdürü ve gerektiğinde taraf tanıklarının da hazır edilmesi suretiyle mahallinde yapılacak keşifle haczin nerede ve dava konusu bordürlerin kimin elinde haczedildiği saptanmalı, şayet 3. kişinin elinde haczedildiği anlaşıldığı takdirde; Karayolları Bölge Müdürlüğü'nce bu bordürlere ilişkin ödemenin yapılıp yapılmadığı hakediş tutanakları ile teyit edilmek suretiyle saptanması ve bu halde davacının aktif dava ehliyeti değerlendirilerek, oluşacak sonuca göre karar vermek gerekirken aksi düşüncelerle ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır.

2. Kabule göre ise, Mercii'ce dava kabul edildiğine göre, alacak tutarı ile haczedilen malın değerinden hangisi az ise o değer üzerinden % 54 oranında karar harcı alınması gerekirken maktu harca hükmedilmesi de hatalı olmuştur.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 10.03.2003

E. 2003/170

K. 2003/1789

* İstihkak davası

* Birlikte oturlan yerlerdeki mallar
(2004 sayılı İİK m. 96 vd., 97/a)

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Taşınır mal haczi davacı kadın ile davalı borçlunun karı koca olup birlikte oturdukları evde gerçekleşmiştir. İİK'nın 97/a maddesine göre, borçlu ile 3. kişilerin menkul malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlunun elinde addolunur. Birlikte oturlan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu Yasal karinenin aksinin kanıtlanması iddia eden kişiye düşer. Somut olayda 6.8.2001 tarihli haciz tutanağında yazılı Zetina Dikiş Makinesi mahiyeti icabı kadına ait eşyalardan olması nedeniyle bu hacizli mal yönünden istihkak davasının kabulü gerekirken davanın tümünün reddine karar verilmesi usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 03.03.2003

E. 2003/112

K. 2003/1561

* Mülkiyet karinesi

* Menkul mal

* Yasal karinenin aksinin
kanıtlanması

(2004 sayılı İİK m.96 vd., 97/a)

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillere Yasa'ya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Toplanan delillerden davacı ile borçlu (anaoğul) olup ödeme emri haciz adresinde borçluya bizzat tebliğ edildiği gibi davacının beyanı ile de birlikte oturdukları anlaşılmaktadır. İİK'nın 97/a maddesi hükmü gereği bir menkul malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır. Borçlu ile 3. şahısların menkul mal ile birlikte elinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde sayılır. Burada mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararınadır. Ancak, davacının bu Yasal karinenin aksini güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanması olanaklıdır. Somut olayda ise davacı 14.12.1993 tarihli beko çamaşır makinesi faturasını ve 14.12.1993 tarihli Beko no-frost buzdolabı faturasını ibraz etmiş, fatura-

ları düzenleyen firma sahibi tanık olarak dinlenmiş ve faturalar içeriğini doğrulamıştır. Öte yandan borçlu (oğul) 1977 doğumludur. Faturaların düzenlendiği 1993 yılında 16 yaşındadır ve bu menkulleri alım gücünün olamayacağı ortadadır.

Mahkemece faturası ibraz edilen hacizli eşyalardan beko çamaşır makinesi ve no-frost buzdolabı yönünden karinenin aksi kanıtlanmış bulunduğundan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 15.04.2003

E. 2003/2491

K. 2003/3443

* Üçüncü şahsın zilyetliği

* İstihkak iddiasının reddi

(2004 sayılı İİK m. 99)

Uyuşmazlık, İİK'nın 99. maddesine dayalı, alacaklının 3. kişinin istihkak iddiasının reddi istemine ilişkindir.

Haciz 3.5.2002 tarihinde, Gümrükçüler Sanayi Sitesi B Blok No: 9 adresinde gerçekleştirilmiştir. Davalı 3. kişi şirketin vergi levhası, kira kontratı ve faturalarındaki adres, haciz adresinde farklı olup Gümrükçüler Sanayi Sitesi A Blok No: 5'dir. Mercî'ce, icra dosyasındaki Ümraniye Vergi Dairesi'nin 25.5.2002 günlü yazısında bildirilen borçlunun işyeri adresinin haciz adresi olmadığı gerekçesiyle alacaklının davası reddedilmiştir.

Ancak, davalı 3. kişi Konya İcra Tetkik Mercî'nin 2002/1390 esas ile açtığı istihkak davasında; haciz yapılan işyerini, yine aynı iş koluyla uğraşan kişilerden devraldığını bildirip, borçlunun şirkete kestiği faturayı ibraz etmiştir. Borçlu ve 3. kişi arasındaki işlemler dosyadaki bilgi ve belgelerden net olarak anlaşılammıştır. Şu durumda borçlunun faaliyette bulunduğu işyerleri ve bu işyerlerinde hangi tarihler arasında faal olduğunun bağlı olduğu vergi dairesinden, haciz sırasında iddia edildiği gibi borçlunun, 3. kişi şirket işçisi olup olmadığı (sigorta numarası taraflardan sorulmak suretiyle) Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan, 3. kişi şirketin adresleri tescil tarihi ve ortaklarının Ticaret Sicil Müdürlüğü'nden araştırılarak, tüm kanıtlar birlikte değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile verilen karar usul ve Yasa'ya aykırı olup bozma nedenidir.

HUKUKTA YORUM, ÖRNEKSEME, GÜVEN

Av. Saffet CAN*

*“Contra legem facit qui id facit
quod lex prohibet , in farudem vero qui,
salvis verbis legis, sentetiam eius circumvenit.”
(Türk Hukuk Lûgatı, s.557)*

“Kanuna tâbi olanlar bakımından denilmektedir ki, kanunen yasaklanan şeyi yapan kimse, kanuna aykırı davranmış olur; (kanunun) sözüne uyarak hükmünü çiğneyen kimse, anuna karşı hile yapmış olur.”¹

Bir yasa maddesinde geçen sözcük yada sözcük öbeğinin (tamlama, deyim vb.) tam anlamını bulabilmek için öncelikle kullanıldığı tümce, sonra bu tümcenin bulunduğu fıkra (paragraf, Fr. paragraphe), o yasa maddesinin diğer fıkraları; başlığı, yer aldığı kısım, fasıl, bâb vb. ile yasa koyucunun hangi amaçla bu yasa hükmünü getirdiği (ratio legis) ve varsa kaynak yasa da dikkate alınmalıdır. Bunun yanı sıra, hukuk kurallarının birbirlerini sınırlandıran, tamamlayan, güçlendiren, birbiri içine geçen bir dizge (sistem, Fr. Système) içinde yer aldıklarını da unutmamak gerekir.

Ayrıca, anlam ve amaca göre yorum, hukuk kurallarının anlam ve değerine göre yürürlük kapsamını bazen daraltıcı, bazen de genişletici bir biçimde yapılır. Sürelere, biçime ilişkin kurallarda hukuk güvenliği düşüncesi öne çıkabileceğinden daraltıcı yoruma sıkıca bağlı kalınmalıdır.

Yasada düzenlenmiş bir hükmün, yasayla düzenlenmemiş benzer konulara uygulanması demek olan örnekseme (kıyas, argumentum a simili) ise, ancak yasada boşluk varsa, çok dikkatle ve özenle başvurulması gereken bir düşünce yoludur.

“Hususî bir kanunun istisnâî hükmüne dayanılarak ona aykırı bulunan ve esas kaideyi teşkil eden umumî kanunun mutlak hükmünün sınırlandırılması, kanunların tefsirine ilişkin hukukî esaslara uygun düşmez; zira, istisnâî bir hükmün genişletilerek değil, dar bir şekilde tefsiri gerekir ve bu itibarla istisnâî bir hüküm, kıyasa dahi esas olamaz.”²

* İstanbul Barosu üyesi

¹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*

² Yargıtay İBK 23.05.1960 E.1960/11, K.1960/10

İcra ve İflas Kanunu (İİK) 164/I.maddesinin 1.tümcesinde, “Ticaret mahkemesince verilen nihaî kararlar tebliğden itibaren on gün içinde temyiz edilebilir.” denmektedir. Bu tümcede geçen ‘nihaî kararlar’ ticaret mahkemesinde bakılan hangi dava türü ile ilgili olabilir sorusu aklımıza gelebilir. Tümce tek başına ele alındığında, ticaret mahkemesince verilen tüm son kararları kapsadığı ve dolayısıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) 432.maddesinde belirtilen 15 günlük genel temyiz süresini bu mahkemeler açısından yürürlükten kaldırıldığı (ilga ettiği) sonucuna bile varabiliriz.

Şimdi bu tümcenin dizgesel (sistemik, Fr.Système) boyutunu kısaca ele alalım:

İcra ve İflas Kanunu

Altıncı Bab

İflas yoluyla takip

Masrafların peşin verilmesi;

Madde 160. iflas isteyen alacaklı ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masraflardan sorumludur. Mahkeme, bu masraflar ile iflas kararının kanun yolları için gerekli bütün tebliğ masraflarının peşin verilmesini ister.

Yargıtay’a müracaat;

Madde 164. Ticaret Mahkemesi’nce verilen nihaî kararlar tebliğden itibaren on gün içinde temyiz edilebilir. Kararlar 160. maddenin son fıkrasına göre alınacak masraftan karşılanmak suretiyle mahkemece resen taraflara tebliğ olunur.

İflas kararının temyizi iflasın ilânına ve masanın teşkiline mâni değildir. Yalnız ikinci alacaklılar toplantısı, iflas kararı kesinleşmedikçe yapılamaz.³

İflas Kararına Karşı Kanun Yolları

Ticaret Mahkemesi’nce bu konuda verilen nihaî karar tebliğinden itibaren on gün içinde temyiz olunabilir. (Mehaz Kanuna göre, iflasın açılmasına veya iflas talebinin reddine ilişkin bulunan karara karşı on gün içinde üst mahkeme nezdinde istinaf yoluna başvurulabilir.)

3494 sy. Kanun ile bu konu ile ilgili bulunan İcra ve İflas Kanunu’nun 160. maddesinin ikinci fıkrası da değiştirilmiştir. Hükümet tasarı gerekçesinde bu madde ile ilgili olmak üzere aynen şöyle denmektedir. “Yapılan

³Bu maddenin 3.fıkrası alınmamıştır.

değişiklik ile iflas kararının kesinleşmesini sağlamak için tebliğ masraflarının taraflardan (aslında alacaklıdan) peşinen alınması esası getirilmiştir." (TBMM S. Sayısı 113). Nitekim bu nedenle de, 164. maddenin birinci fıkrası da değiştirilmiş ve "... (Ticaret Mahkemesi'nce verilen nihaî) Kararlar 160. maddenin son fıkrasına göre alınacak masraftan karşılanmak suretiyle mahkemece resen taraflara tebliğ olunur." denmiştir.

Evvence mahkemece verilen iflas kararlarının kesinleştirilmesi alacaklıya ve iflas idaresine bırakılmış olduğu ve iflas da karar kesinleşmeden açıldığı için, bir yandan açılan iflasa ilişkin işlemler yürütülmekte; diğer yandan ise bu kesinleşme ortada bırakılarak (özellikle iflas idareleri tarafından) tasfiye prosedürünün devamı dondurulabilmekte idi (m. 164/II'ye bkz.).

*"Yeni getirilen hüküm, işte bu sakıncayı önlemeye yönelik bulunmaktadır."*⁴

İİK 164/I. maddesinin 1. tümcesi bu veriler ışığında irdelendiğinde, bu tümcede geçen "*Ticaret Mahkemesi'nce verilen nihaî kararlar*" ın iflasın açılması veya iflas isteminin reddine ilişkin son kararlar olduğu ve on günlük temyiz süresinin de yalnızca bu kararlar için konulduğu açıkça anlaşılacaktır. Oysa, yüksek Yargıtay'ımız 19.Hukuk Dairesi'nin 18.12.2003 gün ve E:2003/6316, K:2003/12871 sayılı yayımlanmamış kararında: "*Kayıt-kabul davası hakkında ... Ticaret Mahkemesi'nden verilen 30.04.2003 gün ve ... sayılı hükmün davacılar vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu. Karar davacı vekiline 13.05.2000 tarihinde tebliğ edilmiş olup, 26.05.2000 tarihli temyiz istemi süresinde olmadığından (İİK 164. ve 366/2) reddi gerekmiştir.*"⁵ diyerek, yalnızca iflasın açılması veya iflas isteminin reddine ilişkin olarak konulan İİK 164. maddesinin on günlük temyiz süresi hükmünü, HUMK 432. maddesinin yürürlük alanını sınırlandırıcı biçimde, alacağı iflas idaresince kısmen veya tamamen esastan reddedilen alacaklının İİK 235. maddesine göre ticaret mahkemesinde açtığı uygulamadaki adıyla kayıt-kabul davası için de örnekseme yoluyla uygulamıştır. Hukuk biliminin kuralları ve içtihatlar düzeni (Fr.hiérarchie) dikkate alınmadan yapılan yorum ve örnekseme ile verilen bu yüksek mahkeme kararının hukuk güvenliği ilkesine de aykırı olacağı açıktır.

Adaleti gerçekleştirmenin olmazsa olmaz (sine qua non) koşulu, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasıdır.⁶ Hukuka güvenmenin temeli de budur.

⁴Paragraf başlığından itibaren ÜSTÜNDAĞ, Saim - İflas Hukuku, s.32, 33

⁵Kararda 2000 yılı maddi bir hata olarak yazılmış olup doğrusu 2003 yılı olmalıydı; çünkü, 30.04.2003 tarihinde verilen bir mahkeme kararının 2000 yılında tebligatı yapılamayacağı ve temyizi istenemeyeceği ortadadır.

⁶1136 sayılı Avukatlık Kanunu 2.maddesi ile krş.

KAYNAKÇA

- ARAL, Vecdi - Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İst. 1985
- ARAL, Vecdi - Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İst. 1992
- BAŞÖZ, Lütfü - ÇAKMAKÇI, Ramazan - Gerekçeli İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, Legal 2003
- GÜZ, Nüket - HUBER, Emel - SENEMOĞLU, Osman - ÖZTOKAT, Erdim - (Prof. Dr. Berke VARDAR yönetiminde) - Açıklamalı Dilbilim Terimleri Sözlüğü, ABC Kitabevi 1998
- ŞENER, Esat - Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin, Ank. 2000
- Türkçe Sözlük - Türk Dil Kurumu
- ÜSTÜNDAĞ, Saim - İflas Hukuku, İst, 1991
- ÜSTÜNDAĞ, Saim - ALANGOYA, Yavuz - İcra ve İflas Kanunu, Beta, İst. 1990
- Yargı Dünyası - Ethemler Yayıncılık, Sayı 92, Yıl 2003

DANIŞTAY KARARI

SEKİZİNCİ DAİRE

Esas No: 2004/751

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: Türkiye
Barolar Birliği
Karanfil Sk. 5/62 - Kızılay/ ANKARA

Vekili : Av. Tülay Yılmaz (Aynı yerde)

Davalılar : 1. Maliye Bakanlığı
2. Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler
ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği
Gençlik Cad. No: 107 - Anıttepe/ ANKARA

Vekili : Av. Gülseren Ömerbaş (Aynı yerde)

Davanın Özeti : Maliye Bakanlığı'nca 31.12.2003 gün ve 25333 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 2004 Yılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesinin 4. bölümünde yer alan "*Uyuşmazlık İşleri ve Uzlaşma*" başlığı altındaki düzenlemenin iptali ve yürütmenin durdurulması istemidir.

Maliye Bakanlığının Savunmasının Özeti : Meslek mensuplarının yasal olarak sorumluluk ve yükümlülüklerinin bulunduğu, düzenlemeden Avukatlık yapacakları anlamının çıkmayacağı, istemin reddinin gerektiği savunulmaktadır.

TÜRMOB'un Savunmasının Özeti : Meslek mensuplarının hizmetlerine karşılık alacakları ücret miktarını belirleyen bölüm ile davacı birliğin menfaat ilişkisinin bulunmadığı, 3568 sayılı Yasa ve 213 sayılı Vergi Usul Yasası hükümleri uyarınca, meslek mensuplarının müşterek, müteselsil sorumluluklarının olduğu, bu güne kadar mensuplardan hiç birisinin

Avukatlık yetkisi kullanma teŐebbüsünde bulunmadığı, istemin reddi gerektiğı savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özdal ÖZEREN'in Düşüncesi : İstemin reddinin gerekeceğı düşünölmektedir.

Danıştay Savcısı Cem ERBÜK'ün Düşüncesi : Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27 nci maddesinde öngörölen koşulların gerçekteşmediğı anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceğı düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereğı görüşöldü:

Dava, Maliye Bakanlığı'nca 31.12.2003 gün ve 25333 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan 2004 yılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesinin 4. bölümünde yer alan "*Uyuşmazlık İşleri ve Uzlaşma*" başlığı altındaki düzenlemenin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın, Avukatın Hak ve Ödevleri bölüm başlığı altında Yalnız Avukatların Yapabileceğı işler madde başlıklı 35. maddesinde, "*kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçekteş ve tüzel kişilere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir*" hükmü yer almaktadır.

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasası'nın Amaç başlıklı 1. maddesinde, bu Yasa'nın amacının işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçekteş durumu ilgililerin ve resmi mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunmak ve yüksek mesleki standartları gerçekteşirmek olduğı, aynı yasanın mesleğin konusu başlıklı 2. maddesinde de,

A. Muhasebecilik ve Mali Müşavirlik Mesleğinin Konusu:

Gerçekteş ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin;

a. Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutmak, bilanço, kar-zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek benzeri işleri yapmak.

b. Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları aile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak.

c. Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak. Mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak.

Yukarıda sayılan işleri; bir işyerine bağlı olmaksızın yapanlara serbest muhasebeci mali müşavir denir.

B. Yeminli Mali Müşavirlik Mesleğinin Konusu:

(A)fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı işleri yapmanın yanında kanunun 12.maddesine göre çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde tasdik işlerini yapmaktır.

“Yeminli mali müşavirler muhasebe ile ilgili defter tutamazlar, muhasebe bürosu açamazlar ve muhasebe bürolarına ortak olamazlar.” hükmü, ücret başlıklı 46. maddesinde ise, *“ücretin, meslek mensuplarının hizmetlerine karşılık olan meblağı ifade edeceği, ücretin asgari miktarının tarife ile belirleneceği”* hükmü yer almaktadır.

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasası'nın 46.maddesi ile Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavir Ücretlerinin Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği'nce hazırlanan ve Maliye Bakanlığı'nca uygun bulunarak *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe konulan *“2004 Yılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesi”* nin, 2004 Yılı Yeminli Mali Müşavirlik Tasdik İşlemleri Asgari Ücretleri başlıklı bölümün, iptali istenilen Uyuşmazlık İşleri ve Uzlaşma başlıklı 4.kısımında, tarh edilen vergi, fon ve cezaların toplamı tutarı üzerinden %2'sinden ve 500.000.000.TL den az olmamak üzere, (iş bu meblağ dava dilekçesinin yetkili mercilere verilmesinden önce tahsil edilir.) kesin ve nihai yargı kararına göre tarh edilen vergi, fon ve ceza tutarı üzerinden sağlanacak indirim; A-İlk 10 milyar liraya kadar %3, B-sonra gelen 10 milyar lira için %2, C- sonra gelen 10 milyar lira için %1, D- 30 milyar liradan sonrası için %05 oranında ücret alınacağı belirlenmiş bulunmaktadır.

3568 sayılı yasanın ilgili maddelerinde öngörülen hükümlerden de anlaşılacağı üzere Yeminli Mali Müşavirlik mesleğinin amacı; işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini

sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmi mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunmak ve yüksek mesleki standartları gerçekleştirmek olarak öngörölmüş iken dava konusu yapılan tarife ile, dava dilekçesinin yetkili mercilere verilmesinden önce, tarh edilen vergi, fon ve cezaların toplamı tutarı üzerinden alınacak ücret miktarları hakkında düzenleme yapıldığı görölmektedir.

Bu durumda, Avukatlık Yasası'nın 35.maddesi uyarınca, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda, düzenlenecek bütün evraklar ve dilekçelerinin düzenlenmesinin yalnızca baroda yazılı avukatlara ait olması, 3568 sayılı yasa kapsamında görev yapan Yeminli Mali Müşavirlerin böyle bir yetkisinin bulunmaması nedeniyle, dava dilekçesi düzenleme karşılığı alınacak ücreti belirleyen söz konusu tarifenin ilgilii hükmünde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca açıkça hukuka aykırı olan ve uygulanması halinde telafisi imkansız zararlara neden olabilecek dava konusu tarifenin 4. bölümünün "*Uyuşmazlık İşleri ve Uzlaşma*" başlığı altındaki kısmının yürütölmesinin durdurulmasına 23.6.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Azlık Oyu : Ücret tarifesinin, dava konusu kısımdaki hükümler, dava dilekçesinin meslek mensuplarınca düzenlenmesi durumunda ücret alınmasını düzenlemiş olup, ücretin zamanını göstermek amacıyla tarifede yer almış bulunmaktadır.

Tarifenin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerekeceği oyu ile aksi yönde verilen çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Güngör DEMİRKAN

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 23.01.2004
E. 2003/324
K. 2004/4

* **Görevli memura hakaret**
(Av. K. m. 136, 158)

Şikayetli avukatın adliyyede görevli memura hakaret ettiği gerekçesi ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek "*kınama*" cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlinin disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eylemi nedeniyle "*hakaret*" suçundan dolayı açılan kamu davasında, TCK'nın 266/1 maddesi gereğince hapis cezasına hükmedildiği ve 647 sayılı Yasa uyarınca para cezasına çevrilip ertelendiği Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.11.1998 tarih ve 1997/275 esas, 1998/210 karar sayılı kesinleşmiş kararından anlaşılmıştır. Şikayetlinin kesinleşen kamu davası ile sabit olan eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nun, kovuşturma konusu eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi doğru bulunmuştur.

Ancak, şikayetli avukatın eylemine karşılık, görevli memurun da "*görevini kötüye kullandığı*" ve keyfi davranışı sebebiyle olaya sebebiyet verdiği Ankara 24. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.06.2000 tarih ve 1999/324 esas, 2000/642 karar sayılı kararı ile sabittir.

Disiplin cezaları 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın "*cezaların uygulanma şekli*" ni belirleyen 136. maddesi ile "*ceza vermenin amacı*" nı açıklayan 158. maddesi esas alınarak belirleneceğinden, eylem ile ceza arasında adil bir dengenin kurulması gerekir. Şikayetli avukatın daha önce disiplin cezası almamış olması, olaya görevli memurun görevini suiistimal ederek, keyfi davranışları ile sebebiyet verdiği nazara alınarak, tayin edilen "*kınama*" cezasının "*uyarma*" cezasına çevrilmesi uygun görülmüştür.

Sonuç olarak, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının "uyarma" cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın "uyarma cezası" ile cezalandırılmasına, oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.01.2004
E. 2003/351
K. 2004/14

* Büro kurma zorunluluğu
* Başka baro yargı çevresinde
avukatlık bürosu
(Av. K. m. 14, 43,66,67)

Şikayetli avukatın Niğde Barosu'na kaydedildiği tarihten itibaren Avukatlık Yasası'nın 43. maddesi gereğince üç ay içinde baro bölgesinde büro kurmak zorunda olmasına rağmen büro açmadığı gibi Kayseri' de bir büro açtığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetlinin Niğde Barosu'na kaydı yapıldıktan sonra kaydedildiği baro bölgesinde –üç ay içinde- büro kurmadığı ve Kayseri' de bir büro açtığı dosyadaki kanıtlar ve kendi kabulü ile sabit bulunmaktadır. Bu durum Avukatlık Yasası'nın 43, 66 ve 67. maddeleri hükümlerine açıkça aykırı olduğundan "disiplin suçu" oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması ile disiplin cezası tayini gerekmiştir.

(Niğde Barosu Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin kararında Avukatlık Yasası'nın 14. maddesine aykırılıktan söz edilmediğinden ve Baro Disiplin Kurulları ancak Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturması açılmasını öngören kararı çerçevesinde kovuşturmayı yürütmek ve gereken kararı vermekle görevli bulduklarından, Yasa'nın 14. maddesine aykırı eylem için herhangi bir değerlendirmenin yapılmasına gerek görülmemiştir).

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Niğde Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektirir bir halin mevcut olmaması nedeniyle şikayetli avukatın "kınama" cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.01.2004

E. 2003/357

K. 2004/20

* Reklam Yasağı

(Av. K. m. 55, 55/2;

Av. Meslek Kuralları m. 7)

Şikayetli avukat hakkında Berlin’de dağıtılan bir iş rehberindeki ilanı nedeniyle ve reklam yasağına aykırı davrandığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukatın Avukatlık Yasası’nın 55. maddesine aykırı davrandığı kabul edilerek, kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Dosya içindeki iş rehberinin 44. sahifesinde aynen “*Türk Hukuku Avukatı T. Ö., Türk Hukuku ve Türkiye ile ilgili sorunlar için boşanma, evlenme, tanınma ve tenfiz, miras, alacak, tazminat, icra takibi, gayrimenkul işlemleri*” ibaresine yer verilmiş, bu ilanın alt kısmında ise adres, telefon ve fax numaraları bildirilmiştir. Bu iş rehberinin Berlin şehrinde yayınlandığı ve dağıtıldığı anlaşılmaktadır.

Avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır.

Avukatlar adres değişikliğinde, büro açılışında veya telefon rehberinde ayırt edici herhangi bir ifade, sembol, işaret kullanmadan yalnız adı, soyadı, büro adresi, telefon ve fax numaralarını yayınlatabilirler.

Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınılmalıdır.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası’nın 55/2 maddesi ile TBB Meslek Kuralları’nın 7. maddesine ve reklam yasağı yönetmeliğine aykırıdır.

Bu durum karşısında şikayetli avukatın eylemi disiplin suçu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun “*kınama*” cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.01.2004
E. 2003/359
K. 2004/22

* Reklam Yasağı
* Para cezasının hesaplanması
Av. K. m. 55;
Av. Meslek Kuralları m. 7, 8;
(TCK ek m. 1,2, değişik 4421 sayılı
K. ile 213 sayılı VUK m. 298)

Şikayetli avukat hakkında “Avukatlık Yasası’ndaki reklam yasağının ihlali” nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu’nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetlinin resminin Very Important Person (çok önemli kişi) isimli dergide kapak yapıldığı, derginin içerisinde bulunan kapak konusu bölümünde de, şikayetliye ait C. Hukuk Bürosu’nun açık adresi yazılarak 35 kişilik kadro ile 2 kat ve 500m²’lik büroda hizmet verdiği, uzmanlık alanlarının ticaret hukuku, sermaye piyasası hukuku, banka hukuku, uluslararası tahkim, firma formasyonu gibi hukuk alanları olduğu, İstanbul’un hemen her adliyesinde bulunan çalışanıyla da son derece süratli hizmet verdiği, C. Hukuk Bürosu’nun sağlam ve emin adımlarla yoluna devam ettiği belirtilmiş, C. Hukuk Bürosu kadrosundaki elemanların isim ve resimleri de dergide yer almıştır.

Şikayetli avukatın VIP dergisi yetkililerinin bürosuna kendisini dergiye abone yapmak için geldiklerinde bürosundan etkilenerek röportaj yaptıkları, dergide öz hayat hikayesine yer verildiği, bu çerçevede C. Hukuk Bürosu’ndan bahsedilmesinin doğal olduğu, amacının reklam olmadığına dair savunması samimi bulunmadığı gibi, şikayetli avukatın bilgi ve isteği dışında bu bilgilerin röportaj yapan dergi editörlerince kendiliğinden düzenlenmesi de mümkün görülmemiştir.

Avukatlar yaşamları, kazançları, mesleki faaliyetleri hakkında “reklam niteliğinde” yayınlarda bulunamazlar, yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarında ve internet’te röportaj, sohbet, konuşma tartışma ve benzeri programlara katıldıklarında; reklam sayılabilecek her türlü davranıştan, avukatlık mesleğini zedeleyici her türlü açıklamadan kaçınmak zorundadırlar. (Reklam Yasağı Yönetmeliği madde 8 bend b-c)

Bu nedenle şikayetlinin Avukatlık Yasası’nın 55 ve TBB Meslek Kuralları’nın 7-8 maddesine aykırı eylemi “disiplin suçu” oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemekle birlikte, Türk Ceza Yasası’nın ek 1, 2. maddeleri ve bu maddeleri değiştiren 4421 sayılı Yasa’nın göndermesi ile 213 sayılı Vergi Usul Yasası’nın 298. maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen değere göre hesaplanması zorunluluğu karşısında, maaş katsayısı esas alınarak hesaplanan para cezası fazla bulunmuş; kararın bu yönden düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun (iki milyar TL) para cezası verilmesine ilişkin kararının (222.000.000) TL para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın (222.000.000) TL para cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.01.2004
E. 2003/360
K. 2004/23

*** Mükerrer tahsilat**

Şikayetli avukat hakkında, şikayetliden aynı aya ait apartman aidatını mükerrer olarak talep ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukat hakkında "*disiplin cezası tayinine yer olmadığına*" karar verilmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın şikayetçinin oturduğu apartmana olan aidat borçlarından dolayı, şikayetçi aleyhine Kadıköy İcra Müdürlüğü'nün 1999/7016 ve 2000/1483 sayılı dosyaları ile iki ayrı icra takibi yaptığı, bu takiplerde çeşitli aylara ait apartman aidat borçlarının talep edildiği, 1999 yılı Ağustos ayı aidat borcunun her iki icra takibi içerisinde yer aldığı görülmüştür.

Söz konusu icra takiplerinin apartman yönetimince verilen listelere bağlı olarak yapılması, her iki icra takibinin bir çok aya ait aidat borçlarını kapsaması ve iki icra takibi arasında uzun zaman bulunması nedeni ile şikayetli avukatın bilinçli olarak mükerrer tahsilat kastı ile hareket ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki, şikayetçinin itirazı üzerine takibe devam edilmediği ve bir zararında doğmadığı anlaşılmıştır.

Bu durum karşısında, eylemin disiplin suçu oluşturmadığı yönündeki Baro Disiplin Kurulu Kararı'nda hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.01.2004

E. 2003/368

K. 2004/26

* Meslek etiği

* Avukatlık görevini kötüye
kullanmak(Av. K. m. 34; Av. Meslek
Kuralları m. 3,4)

Şikayetli avukatın şikayetçi ile herhangi bir vekalet ilişkisi kurmadan Diyarbakır 1 no'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki davasını halledeceği vaadinde bulunduğu, şikayetçinin kardeşinden 2.000.000.000 TL para aldığı, tahliyeyi sağlaması durumunda 2.000.000.000 TL daha alacağına dair sözleştikleri, şikayetçinin tahliye edilmemesi üzerine paranın geri istenildiği, alınan paranın bir bölümünün iade edildiği, kalanın iade edilmediği, böylelikle görevi kötüye kullandığı, meslek ahlak ve ilkelerini ağır biçimde ihlal ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına neden olan eylem nedeniyle ve "avukatlık görevini kötüye kullanmak" suçundan dolayı Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/105 esas sayılı dosyasıyla açılan kamu davasında "delil yetersizliği" nedeniyle şikayetlinin beraatına karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Beraat kararının gerekçesine göre, eylem ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olduğundan, Baro Disiplin Kurulu mevcut kanıtlardan yararlanarak kovuşturmayı sonuçlandırmak ve gereken kararı vermekle görevlidir.

Avukatın iş sahibi ile ilişkilerini, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na uygun biçimde ve mesleğine zarar vermeyecek biçimde düzenlemesi zorunludur.

Kovuşturma konusu olayda, şikayetlinin dosyayı inceledikten sonra meslek etiğine aykırı vaatlerde bulunduğu, bu vaatlerin gerçekleşmemesi üzerine aldığı paranın bir kısmını iade etmek zorunda kaldığı anlaşılmıştır.

Bu durum karşısında Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB Meslek Kuralları'nın 3. ve 4. maddelerine aykırı bulunan eylem "disiplin suçu" olduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.01.2004
E. 2004/13
K. 2004/30

* İtiraz
* TBB Disiplin Kurulu
kararlarının kesinliği
(Av. K. m. 157/7)

Şikayetli avukat, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılması ile "kınama cezası ile cezalandırılmasına" ilişkin TBB Disiplin Kurulu'nun 19.04.2003 tarihli ve 2003/1 esas, 2003/109 karar sayılı kararına itiraz etmektedir.

Oysa Kurulumuzun sözü edilen kararı, Avukatlık Yasası'nın 157/7. maddesinin açık hükmüne göre "kesin" olduğundan itiraz mümkün değildir.

Ayrıca Avukatlık Yasası'nda TBB Disiplin Kurulu kararlarına karşı "karar düzeltme" istemine imkan veren herhangi bir hüküm de yoktur.

TBB Disiplin Kurulu kararlarına karşı ancak yasal sürelerle riayet etmek koşulu ile idarî yargı yolu açıktır.

Bir avukatın, kendi mesleği ile doğrudan ilgili Avukatlık Yasası hükümlerini iyi bilmesi, özümsemesi ve yasal olmayan bu tür girişimlerden kaçınmaya özen göstermesi zorunludur.

Sonuç olarak, yukarıda açıklanan nedenlerle itiraz dilekçesinin reddine, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 21.02.2004
E. 2003/369
K. 2004/36

* Meslektaşına hakaret
* Meslektaşına tehdit
* Şikayetten vazgeçme
* Mesleki onur ve mesleğe
olan güven
(Av. K. m. 34;
Av. Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında şikayetçi meslektaşına karşı sarf ettiği hakaret ve tehdit içeren sözler nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayı edilmiştir.

Kovuşturma konusu eylem nedeniyle açılan ceza davası şikayetçinin şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle düşürülmüştür. Ancak, şikayetten vazgeçme disiplin kovuşturmasını engelleyen bir neden oluşturmamaktadır.

Şikayet dilekçesinin içeriği ve ifade tarzı, avukatlardan gösterilen tanıklar, şikayetlinin savunması, açılan davadan feragat gerekçesi ile disiplin

lin kurulunun verdiği uyarma cezasının kaldırılması ile ilgili şikayetlinin karara itirazı birlikte değerlendirildiğinde;

Her iki tarafın eylemlerinin Avukatlık Yasası 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerini ihlal eder nitelikte görülmüştür. Mesleki onurun zedelenmesine avukatlık mesleğine olan güven duygusunun bu kadar basit nedenlerle hırpalanmasına neden olmaya hiç kimsenin hakkı yoktur.

Bu nedenle avukatlar, şikayetçi olurken de şikayetli olduğunda da bu kurallara özen göstermek zorundadırlar.

Eylem disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.02.2004
E. 2003/377
K. 2004/43

* **İlamsız takibe itiraz**
* **Vekilin mal beyanında bulunmaması**
(İİK m. 62/3)

Şikayetli avukat hakkında, ilamsız takibe itiraz edilmesine rağmen, mal beyanında bulunmaktan dolayı şikayetçi aleyhine ceza davası açılarak mahkumiyetine neden olduğu iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetçi avukatın, İstanbul 4. İcra Dairesi Müdürlüğü'ne sunduğu 31.05.2001 tarihli itiraz dilekçesinin üçüncü paragrafında "konuşma bedelleri hariç, diğer tüm kalanlara açıkça itiraz ediyorum" sözlerine yer verilmiştir.

Bu durumda, yapılan itirazın "kısmi" bir itiraz olduğu tartışmasızdır.

İİK mad.62/3'e göre, borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun o kısmın cihet ve miktarını açıkça göstermesi lazımdır. Aksi takdirde itiraz edilmemiş sayılır.

Kovuşturma konusu olayda borcun bir kısmına itiraz eden şikayetçi avukat, itiraz ettiği kısmın miktarını açıkça göstermediğinden, itiraz etmemiş sayılması gerekir. Bir an için kısmi itirazın usulüne uygun yapıldığı varsayılsa bile, itiraz edilmeyen kısımdan dolayı da İİK hükümlerine göre mal beyanında bulunulması zorunludur. Şikayetçi, bu yükümlülüğü yerine getirmemiştir.

Kaldı ki, İcra Ceza Mahkemesi yargılamadan önce icra takip dosyasını getirtmekte, usulüne uygun itiraz olup, olmadığını veya mal beyanının bulunup, bulunmadığını incelemekte ve bu incelemeden sonra kararını vermektedir. Mahkeme karar vermiş bulunduğuna göre inceleme yaptıktan sonra vermiş bulunduğu kabul edilmesi gerekir.

Kararın infazı ise, avukatla ilgisi olmayan bir aşama olup, tamamen Cumhuriyet Başsavcılığı ile mahkeme kaleminin görevleri arasındadır. Kararın kesinleşmeden infaza verilmesinden avukat sorumlu tutulamaz.

Bu durumda şikayetli avukatın eyleminde Yasa'ya ve TBB Meslek Kuralları'na aykırılık söz konusu olamayacağından, Baro Disiplin Kurulu'nca, yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddi ile, şikayetli avukat vekilinin itirazının kabulüne ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin de bulunmaması nedeniyle şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 22.02.2004
E. 2003/382
K. 2004/48

*** Aynı işte menfaati zıt taraflara
hukukî yardım**
(Av. K. m. 38/b;
Av. Meslek Kuralları m. 36)

Şikayetli hakkında Av.Yasası 38/b, Av. Meslek Kuralları'nın 36. maddelerine aykırılık nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonucu disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli tahliye taahhüdü ile taahhüdün yasal koşulları konusunda görüşme yapmış olabileceğini, çalışmakta olduğu ilçenin küçük olması nedeniyle sohbet anlamında bilgi verilmiş olabileceğini, bu nedenle yazılı görüşme tutanağı, iş sözleşmesi, masraf ve/veya ücret kabulü tarzındaki yazılı delille kanıtlanmayan bu tip iddialarda objektif kriterlerin aranması gerektiğini savunmuş, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Şikayetlinin 06.02.2003 tarihli savunma dilekçesinden; tarafların 15.Kasım 1998 tarihli kira sözleşmesinin tanziminden 1,5 ay sonra kira sözleşmesine ek "ibraya dair anlaşma" başlıklı tahliye taahhüdünü de içerir sözleşmenin bizzat kendisi tarafından yazılmak suretiyle taraflarca imzalandığı, Marmaris 2. Noterliği'nin 30 Kasım 1998 tarihli tahliye taahhüdü konusunda şikayetçi ile görüşme yapıldığı ve bu görüşmede taahhüdü ihlal nedeniyle tahliye davalarında yıl içerisinde ileri bir tarihte takip açılmayacak ise, önceden ihtarname keşidesine gerek olmadığını bildirildiği görülmektedir.

Şikayetli avukat sözleşme tanzimi ve tahliye taahhüdü hususunda şikayetçiye hukuki yardımda bulunmuş, yargılama safhasında karşı tarafın vekilliğini üstlenmiştir. Bu nedenle eylemi Avukatlık Yasası 38/b. ve Avukatlık Meslek Kuralları'nın 36. maddesinin açık hükmüne aykırı davranmıştır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik bulunmadığından, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında "kınama cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 21.02.2004
E. 2004/7
K. 2004/60

* Baro levhasına yazılma
isteminin reddi
* Baroya bilgi verme yükümlülüğü
* Disiplin Kurulu üyelerini red
(Av. Meslek Kuralları m. 27/3)

Şikayetli hakkında TBB Avukatlık Meslek Kuralları'nın 27/3 maddesi uyarınca açılan disiplin kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulu'nca ceza tayinine yer almadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukatın müvekkilinin Karaman Barosu Yönetim Kurulu'nun Baro Levhasına yazılma isteminin reddine ilişkin karar aleyhine Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 2002/1113 esas numarasında kayıtlı dava açtığı ve bu davada Av. Meslek Kuralları'nın 27/3 maddesi uyarınca Baroya bilgi vermediği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Avukatlık Meslek Kuralları'nın 27/3 maddesinde "bu kural, bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili olarak baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin üçüncü şahısların aleyhine veya üçüncü şahısların barolar ve Türkiye Barolar Birliği aleyhine açacağı davalar içinde geçerlidir" denilmekte olup, üçüncü şahısların vekili sıfatı ile barolar ve Barolar Birliği aleyhine açılacak davalarda da usulüne uygun olarak bildirim yapılması zorunluluğu dile getirilmektedir.

Şikayetlinin savunmasında belirttiği 14.06.2002 tarihli dilekçesinde "ileride açacağımız idari davalara delil olarak kullanmak üzere" ibaresi ile bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirdiği sonucuna varılarak ceza tayinine yer olmadığına karar verilmiş ise de bu bildirim hangi davayı takip edeceğini açık ve net bir şekilde yapılması gerektiği zorunluluğu karşısında Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış ve ceza tayini gerekmiştir.

Şikayetli avukatın Disiplin Kurulu üyelerini reddettiği gerekçesiyle yaptığı itiraz da, dosyaya red sebeplerini kanıtlayan herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığından yerinde görülmemiş ve reddedilmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Karaman Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığı"na ilişkin kararının "kaldırılmasına" ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması nedeniyle şikayetli avukatın "kınama cezası" ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.03.2004
E. 2003/288
K. 2004/67

* Davayı gerektiği şekilde
takip etmeme
* Özen yükümlülüğü
* Cezanın tekerrüre esas alınması
(Av. K. m. 34,136)

Şikayetli avukatın üstlendiği davayı gerektiği şekilde takip etmediği ve müracaata kalmasına neden olduğu iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 2000/77 esas sayılı dosya ile şikayetçi adına açtığı tazminat davasını gereği gibi takip etmeyip davanın düşmesine neden olduğu anlaşılmıştır.

Şikayetli, kendisine masraf verilmediğinden davayı takipte zorluk çektiğini, mahkemeye gerekçeli mazeret dilekçesi gönderdiğini, mahkemenin mazeretini kabul etmeyip davayı müracaata bıraktığını, bir ihmalinin söz konusu olmadığını savunmakta ise de, bu savunmaya katılmak mümkün olmamıştır. Zira şikayetli avukat müracaata kalan davasını makul sayılacak kısa bir sürede yenilemeli ve davanın açılmamış sayılmasına neden olmamalıdır. Müvekkilince masraf verilmemesi sebebi ile davayı takip etmekte zorluk çektiği takdirde de iş sahibini yazı ile uyarmalı ve masraf ödenmemesinin sonuçlarını açıkça bildirmelidir.

Bu durumda Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde öngörülen "özen" yükümlülüğü yerine getirilmediğinden Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin niteliği yönünden yapılan değerlendirme isabetli bulunmakla birlikte, şikayetlinin sicilinde mevcut para cezalarının kesinleşme tarihleri, kovuşturma konusu olayda müracaata kalan davanın yenilenmesi için HUMK'de öngörülen üç aylık sürenin bitiminden sonra (başka bir deyişle bu dosyadaki eylem tarihinden sonra) olduğundan Avukatlık Yasası'nın 136. maddesinde belirtilen koşulların mevcut olmadığı ve önceki cezaların tekerrüre esas

teşkil edemeyeceği anlaşıldığından, işten çıkarma cezasının para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun "üç ay süreyle işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararının "200.000.000-TL" para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın 200.000.000- TL para cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.03.2004
E. 2003/420
K. 2004/88

*** Görevi ihmal**
*** Temyiz etmeme**
*** Yazılı olur**
*** Haktan vazgeçme**
(Av. K. m. 34)

Şikayetçi 07.11.2000 tarihli dilekçe ile; şikayetlinin, Denizli 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1997/797 E., 2000/614 K. sayılı kat mülkiyeti tesisi davasında vekili olduğunu, 12.07.2000 tarihinde karar verilip 18.07.2000 tarihinde kararın şikayetli vekiline tebliğ olunduğu halde süresinde temyiz etmeyerek maddi ve manevi zarara uğradığını iddia ederek şikayetçi olmuştur. Şikayetçi ayrıca C. Savcılığı'na da suç duyurusunda bulunmuştur.

Şikayetli 13.03.2001 tarihli savunmasında; iddianın doğru olduğunu, büro elemanının da dahil olduğu bir hata sonucu kararın temyiz olunamadığını bildirmiştir. Ayrıca; aleyhe verilen kararın daha önce tarafından temyiz edilip bozulduğunu, mahkemece bozma gereklerine uygun olarak karar verdiğini bu nedenle hem temyiz etmenin ciddi bir yararının olmadığını, hem de şikayetçinin bir zararının söz konusu olmadığını savunmuştur.

Baro Yönetim Kurulu 26.03.2001 gün ve 7 sayılı kararla, şikayetli hakkında kovuşturma açılmasına karar vermiştir.

Adalet Bakanlığı soruşturma izni vermiş, Nazilli C. Savcılığı iddianame düzenlemiş, Ağır Ceza Mahkemesi son soruşturma açılmasına karar vererek, Denizli 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2000/149 E.sayılı kamu davası açılmıştır.

Görevi kötüye kullanmaktan açılan kamu davasının yargılaması sonunda 01.06.2001 gün ve 2001/192 karar sayılı kararla "görevi ihmal" den şikayetliye ceza verilmiş, ceza paraya çevrilerek ertelenmiştir.

Şikayetli hakkında "görevini kötüye kullanmaktan" kamu davası açılmış ve yargılama sonunda iddia edildiği gibi, görevin kasten kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı, ancak görevin ihmal olduğu tespit edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasında da ikame edilen delillerin değerlendirilmesinde aynı sonuca varılmıştır.

Ancak, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde öngörüldüğü şekilde, avukat, yüklendiği görevi bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde ve özen içinde yerine getirmek zorundadır.

Bir haktan vazgeçmeyi gerektiren işlemlerde vekil edenin yazılı muvafakatının alınması zorunludur. Avukat kararın temyizinde yarar görmediği kanısında ise, mütalaasını iş sahibine yazılı olarak bildirmek ve nedenlerini açıklamakla yükümlüdür. Kovuşturma konusu olayda bu ilkeye uygun davranmayan şikayetli kusurlu görülmüştür.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Denizli Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.03.2004
E. 2004/2
K. 2004/91

* Meslektaşına karşı vekil sıfatıyla
dava takibi
* Baroya bilgi verme yükümlülüğü
(Av. K. m. 23,25;
Av. Meslek Kuralları m. 27)

Şikayetli avukat hakkında "Konya Barosu Yönetim Kurulu Başkanı ve üyeleri aleyhine Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunduğu halde, bunlarla ilgili olarak bağlı bulunduğu Baroya bilgi vermediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, eylemi sabit görülerek Konya Barosu Disiplin Kurulu'nca uyarma cezası verilmiştir.

Konya Barosu Yönetim Kurulu şikayetli avukatın vekili durumunda olan stajyer avukat hakkında, iki ay süreyle stajın uzatılması hakkında karar vermiş, bu karar Konya İdare Mahkemesi'nin 2001/431 esas, 2001/93 karar sayılı kararı ile usul eksiklik nedeni ile iptal edilmiş; Konya Barosu Yönetim Kurulu bu eksikliği giderdikten sonra Avukatlık Yasası'nın 23 ve 25. maddeleri ile Meslek Kuralları'nın ilgili hükümleri gereğince stajın uzatılmasına ilişkin yeni bir karar vermiştir.

Staj uzatımını içeren bu karar sebebiyle, şikayetli avukat, müvekkilinin vekili sıfatıyla, Konya Barosu Başkan ve üyeleri hakkında Konya Cumhuriyet Savcılığı'na 2002/2239 hazırlık numarası ile suç duyurusunda bulunmuştur.

Şikayetli avukatın Yönetim Kurulu'nu teşkil eden Avukat meslektaşları hakkında kamu davası açılması isteğiyle suç duyurusuna bulunduğu halde bağlı olduğu Baro'ya bilgi vermediği anlaşılmıştır.

Henüz davanın takibine başlanılmadan önce, bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir.

Şikayetli avukatın TBB Meslek Kuralları'nın 27. maddesindeki bu kurala uymadığı açıktır.

Şikayetli avukatın "*tüzel kişilik şikayet olunmuştur*" şeklinde yorumu olaya uygun düşmediği gibi TBB Meslek Kuralları'nın açık anlamına ve amacına aykırı yorumlarla bildirim yapılması gerektiği şeklindeki savunmalara itibar olunamaz.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukukî isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, şikayetli avukat hakkındaki Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "*uyarma cezası*" verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

- I -

Çevirenler: Av. Nilgün TORTOP¹
Av. Serkan CENGİZ²

Leyla Şahin/Türkiye Davası
(Başvuru no: 44774/98)
Karar Tarihi: 29 Haziran 2004

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm) Daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı:

Başkan: Nicolas Bratza,
Yargıçlar: M. Pellonpaa, A. Pastor Rıdruejo, E. Palm, R. Türmen, M. Fıschbach, J. Casadevall,
Bölüm Yazı İşleri Müdürü: M. O'Boyle,

2 Temmuz ve 19 Kasım 2002; 9 Aralık 2003 ve 8 Temmuz 2004 tarihlerinde gereği özel olarak görüşüldü,

Yukarıda belirtilen tarihte aşağıdaki karar verildi:

USUL

1. Dava, Türk yurttaşı olan Bayan Leyla Şahin ("*Başvurucu*") tarafından 21 Temmuz 1998 tarihinde ve İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin eski 25. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("*Komisyon*") önünde Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yapılan bir başvurudan (no. 44774/98) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, yüksek eğitim kurumlarında, İslami başörtüsü³ takılmasının yasaklanması nedeniyle, Sözleşme'nin 8., 9., 10. ve 14. maddeleriyle, 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinde hüküm altına alınan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

¹ İzmir Barosu üyesi.

² İzmir Barosu üyesi.

³ Bu deyim, metin içinde bundan sonra sadece "*türban*" olarak anılacaktır (ç.n).

3. Sözleşmeye bağlı 11 no'lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle (11 no'lu Protokolün 5/2. maddesi), başvuru, 1 Kasım 1998 tarihinde Mahkemeye gönderilmiştir.

4. Başvuru, mahkemenin 1. Bölümü'ne tevzii edilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü, m. 52/1). Bu Bölüm içinde davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme, m. 27/1) İçtüzüğün 26/1 maddesi uyarınca oluşturulmuştur.

5. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde bölümlerin yapılanmasını değiştirmiştir (İçtüzük, m. 52/1). Dava, yeni oluşturulan Dördüncü Bölüm'e havale edilmiştir.

6. Daire, 2 Temmuz 2002 tarihinde başvuruyu kabul edilebilir olarak ilan etmiştir.

7. Başvurucu ve Hükümet, davanın esasına ilişkin yazılı görüşlerini sunmuşlardır (İçtüzüğün 59/1 maddesi).

8. 19 Kasım 2002 tarihinde, Strasbourg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük, m. 59/3).

Mahkeme önündeki temsil şu şekilde oluşturulmuştur:

Hükümet adına: Ajan, : Ş. Alpaslan, S. Güran, Av. B. YILDIZ

Danışmanlar: D. Kilislioglu, B. Özaydın, M. Gülşen.

Başvurucu için:

Avukatlar: S. GROSZ, H. TUNA, A. SELAMET, M. EMERY.

Danışmanlar: M. ERBAY, M. ÖZKAYA,

Başvurucu: L. ŞAHİN.

Mahkeme, Bay Grosz, Bay Alpaslan ve Bay Güran'ın sunumlarını dinlemiştir.

9. Hem başvurucu (21 Kasım 2002, 9 Mayıs, 4 Temmuz ve 25 Eylül 2003 tarihlerinde), hem de Hükümet (5 ve 18 Mart, 7 ve 13 Kasım 2003 tarihlerinde) yazılı görüşlerini ve ek kanıtlarını sunmuşlardır (İçtüzük, m. 59/4 ve m. 60). Hükümet, 11 Kasım 2003 tarihinde destekleyici hiçbir açıklama olmaksızın, 7 ve 13 Kasım 2003 tarihlerinde sunmuş olduğu görüşlerini ve eklerini dava dosyasından geri çekmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

10. 1973 doğumlu olan başvurucu, tıp eğitimini Viyana Üniversitesi, Tıp Fakültesi'nde sürdürmek için İstanbul'dan ayrıldığı 1999 yılından bu yana Viyana'da yaşamaktadır. Müslümanlığın yaşama geçirildiği geleneksel bir

aile yapısından gelen Başvurucu, türban kullanmanın dini inancının gereği olduğu düşüncesindedir.

A. 23 Şubat 1998 Tarihli Yönerge

11. Başvurucu, Bursa Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde geçirdiği 5 yıldan sonra, 26 Ağustos 1997 tarihinde, İstanbul Üniversitesi, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'ne kayıt olmuştur. Başvurucu, Bursa Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde 4 yıl boyunca başörtüsü kullandığını ve bu durumun 1998 yılının Şubat ayına kadar aynı şekilde sürdüğünü belirtmektedir.

12. 23 Şubat 1998 tarihinde, İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı, öğrencilerin üniversite kampüsüne girişini düzenleyen bir yönerge yayınlamıştır. Yönergenin ilgili bölümüne göre;

"Anayasa, yasa ve genelgelere dayanarak ve Danıştay ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üniversite yönetim kurulunca benimsenen içtihatlarına göre; 'başlarını örten' (İslami başörtüsü giysisi/türban) ve sakallı öğrenciler (yurtdışındaki öğrencileri de kapsar) konferanslara, kurslara ya da derslere kesinlikle kabul edilmeyeceklerdir. Sonuç olarak, başörtüsü takan ya da sakallı hiçbir öğrencinin adı ve numarası kayıtlı öğrenciler listesine eklenmeyecektir. Bununla birlikte, listede adı ve numarası bulunmayan öğrenciler eğer, derslere katılmak ve konferans salonlarına girmek konusunda ısrar ederlerse, durumları konusunda mutlaka uyarılacaklar; ayrılmayı reddetmeleri halinde, adları ve numaraları not edilecek ve derslere katılmaya hakları olmadığı konusunda bilgilendirileceklerdir. Eğer, ders salonundan ayrılmayı reddederlerse; öğretmen, neler olduğunu, ders vermesinin neden olanaklı olmadığını açıklayan bir rapor hazırlayacak ve durumu acil bir sorun olarak üniversite yetkililerinin dikkatine sunacak, böylelikle disiplin önlemleri alınabilecektir."

13. Yukarıda anılan yönergeye uygun olarak, türban takmasından dolayı, başvurucunun 12 Mart 1998 tarihindeki yazılı onkoloji sınavına girmesine gözetmenler tarafından izin verilmemiştir. Başvurucunun, 20 Mart 1998 tarihinde, ortopedik travmatoloji bölümüne kayıt için izin istemi, başörtüsü takması nedeniyle, bölüm sekreterliğince reddedilmiştir. Aynı nedenden dolayı, 16 Nisan 1998 tarihinde nöroloji dersine girmesi ve 10 Haziran 1998 tarihinde kamu sağlığından yazılı sınava girmesine izin verilmemiştir.

B. 23 Şubat 1998 Tarihli Yönergenin İptali İçin Dava Başvurusu

14. Başvurucu, 23 Şubat 1998 tarihli yönergenin iptali için 29 Temmuz 1998 tarihinde dava açmıştır. Yazılı savunmalarında, Yönerge'nin ve yürütülmesinin, Sözleşme'nin 8, 9 ve 14. maddeleri ve 1 no'lu Protokol'ün 2.

maddesiyle garanti altına alınan haklarını ihlal ettiğini; yönergenin yasal temeli olmadığını ve bu çerçevede eğitim yetkisini düzenleyici güce sahip olmadığını ileri sürmüştür.

15. İstanbul İdare Mahkemesi, Yüksek Öğrenim Yasası'nın (2547 sayılı Yasa, bkz. Aşağıda 50. paragraf) 13(b) bölümüne dayanarak, üniversitenin yürütme organı olarak üniversite rektör yardımcısının düzeni korumak amacıyla öğrencilerin kılık kıyafetini düzenleme yetkisine sahip olduğu görüşüyle, 19 Mart 1999 tarihli kararıyla davayı reddetmiştir. Söz konusu düzenleyici yetki, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile ilgili yasalara uygun olarak kullanılmalıdır. Bu mahkemelerin yerleşik içtihatlarına göndermede bulunan İdare Mahkemesi, ne yayınlanan düzenlemenin, ne de kişisel önlemlerin⁴ yasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

16. 19 Nisan 2001 tarihinde Danıştay, başvurunun temyiz istemini, bu hukuki gerekçeyle reddetmiştir.

C. Başvurucuya Uygulanan Disiplin Önlemleri

17. Kılık kıyafet kurallarına uymamasının bir sonucu olarak, başvuru hakkında Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 6(a) maddesi (bkz. Aşağıda 48. p.) uyarınca, Mayıs 1998'te disiplin işlemleri başlatılmıştır.

18. Başvurucu, konferans ve/veya derslere başörtüsüyle devam etme niyetini hareketleriyle göstermiş olduğundan, 26 Mayıs 1998 tarihinde fakülte dekanı, başvurunun davranışının ve kılık kıyafete ilişkin kurallara uymamasının bir öğrenciye yakışmadığını açıklamıştır. Dekan, bu nedenden dolayı başvurunun uyarılmasına karar vermiştir.

19. 15 Şubat 1999 tarihinde Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Dekanlığı dışında, kılık kıyafet kurallarını protesto etmek için izinsiz bir toplantı yapılmıştır.

20. Fakülte Dekanlığı, 26 Şubat 1999 tarihinde, toplantıya katılan ve başvurunun da içinde bulunduğu bazı öğrenciler aleyhinde disiplin işlemleri başlatmıştır. Başvurucunun duruşmadaki sunumlarından sonra, 13 Nisan 1999 tarihinde, Dekan, Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 9(j) maddesine göre (bkz. aşağıda 48. p.) başvuru için üniversiteden uzaklaştırmıştır.

21. Başvurucu, uzaklaştırma kararının iptali için 10 Haziran 1999 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır.

⁴ Başvurucu hakkında, üniversite yönetimine uygulanan disiplin önlemleri kast edilmektedir (ç.n).

22. İstanbul Üniversitesi, 20 Ağustos 1999 tarihinde davaya ilişkin yanıtlarını sunmuştur. Üniversite, diğerlerinin arasında (inter alia), başvurunun izinsiz bir toplantıya katılması nedeniyle, hakkında uygulanan bir sömestr uzaklaştırma cezasının yasal olduğunu ileri sürmüştür.

23. İstanbul İdare Mahkemesi, konuya ilişkin yerleşik içtihatlarla ve dava dosyasının içeriğine göre söz konusu disiplin önleminin yasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle, başvurunun disiplin cezasının iptaline ilişkin başvurusunu 30 Kasım 1999 tarihinde reddetmiştir.

24. 28 Haziran 2000 tarihinde, 4584 sayılı Yasa'nın (öğrencilerin disiplin suçlarının ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan cezalarının ve yetersizliklerinin affı için çıkarılan yasa) yürürlüğe girmesiyle başvuru, tüm disiplin cezalarından ve cezaların sonuçlarından affedilme hakkı kazanmıştır.

28 Eylül 2000 tarihinde Danıştay, yukarıda sözü edilen yasa nedeniyle, başvurunun 30 Kasım 1999 tarihli karara ilişkin temyizinin esaslarını incelemenin yasal açıdan gerekli olmadığına karar vermiştir.

25. Bu arada, 16 Eylül 1999 tarihinde, başvuru, üniversite eğitimini sürdürmüş olduğu Viyana Üniversitesi'ne kaydını yaptırmıştır.

II. UYGUN İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Anayasa

26. Anayasa'nın ilgili hükümleri şöyledir:

2. Madde:

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumu huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliği'ne bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

4. Madde:

"Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyet'in nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

10. Maddenin 1. fıkrası:

"Herkes, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir."

24. Maddenin 1. ve 4. fıkrası:

"Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî ayin ve törenler serbesttir. Kimse ibadete,

dinî ayin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”

...

“Kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzeninin kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

B. Tarihçe ve Arka Plan

1. Laiklik İlkesi ve Dinî Giyim

27. Türkiye Cumhuriyeti, Devletin laik olması gerekliliği üzerine kurulmuştur. 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilanından sonra, kamusal ve dinî alan bir dizi devrimci reformlarla birbirinden ayrılmıştır: 3 Mart 1923 tarihinde hilafet kaldırılmış; 10 Nisan 1928 tarihinde Devletin dininin İslam olduğuna ilişkin anayasal hükmün yürürlükten kaldırıldığı açıklanmış ve son olarak, 5 Şubat 1937 tarihinde laiklik ilkesinin Anayasal konumuyla uyumlu anayasal değişiklik yapılmıştır (bkz.1924 tarihli Anayasa'nın 2. maddesi ve 26. paragrafta aktarılan 1961 ve 1982 tarihli Anayasa'ların 2. maddesi).

28. Kadınların, bireysel hakların kullanımında eşitlik kazanmasıyla birlikte, kadın haklarının sosyal durumla uyumlu hale gelmesi cumhuriyetçi sistemin ana unsuru olmuştur. Bu süreç, özellikle, boşanma ve miras gibi medeni hakların kullanımında cinsiyet eşitliğini sağlayan Medeni Yasa'nın 17 Şubat 1926 tarihinde kabulüyle başlamıştır. Arkasından, 5 Aralık 1934 tarihli Anayasal bir değişiklikle (1924 tarihli Anayasa'nın, 10. maddesi) kadınlar, erkeklerle eşit siyasi haklar elde etmişlerdir.

29. Osmanlı İmparatorluğu zamanında, hem merkezi hükümet, hem de dini gruplar, insanları dinî inanışlarına uygun şekilde giymeye zorlamıştır. Kıyafet sorunu, Cumhuriyet reformlarının uygulanmasıyla, ondokuzuncu yüzyılın toplumsal evriminden etkilenmiş; öncelikle tüm yurttaşların eşitliğinin garanti altına alındığı özgün bir dinî alan yaratmayı amaçlamıştır. Bu çerçevedeki ilk yasa, kullanılan kıyafetin modernizeyle ilgili bir mesele olarak gören, 28 Kasım 1925 tarihli Şapka Yasası'dır (671 sayılı Yasa). Benzer şekilde, 3 Aralık 1934 tarihli Kıyafet (Yönetmelik) Yasası'yla (2596 sayılı Yasa) inanç ya da din ile ilgisine bakmaksızın, dinî ayinlerde ya da ibadet yerleri dışında dinî kıyafet giymeye zorlama yasaktır.

30. 3 Mart 1924 tarihli Tevhid-i Tedrisat Yasası (430 sayılı Yasa) hükümlerine uygun olarak dinî okullar kapatılmış ve tüm okullar Millî Eğitim Bakanlığının kontrolüne bırakılmıştır. Bu Yasa, Türkiye Cumhu-

riyeti Anayasası'nın 174. maddesiyle sağlanan anayasal konuma uygun yasalardan biridir.

31. Türkiye'de, okul ve üniversitede türban kullanmak, 1980'li yıllarda başlamış bir fenomendir. Sorun üzerinde uzun tartışmalar yapılmış olup, söz konusu mesele Türk toplumunda hâlâ canlı bir tartışma konusu olmayı sürdürmektedir. Başörtüsü taraftarları, başörtüsü kullanmayı, dinî kimlikle bağlantılı bir ifade şekli ve/veya bir görev olarak görmekte; karşı olanlar ise, başörtüsünü, Cumhuriyetçi sistemde kadınların kazanılmış haklarının temelini çürüten; iç huzursuzluğa neden olan bir tehdit ve dinî hükümlere dayalı bir rejim bir kurmaya yönelik siyasal İslam'ın bir sembolü olarak görmekte. 28 Haziran 1996 tarihinde merkez sağdaki Doğru Yol Partisi ve İslamcı Refah Partisi'ni de içine alan koalisyon hükümetinin iktidara gelmesi, kuvvetli politik seslerin tartışmasına kaynak oluşturmuştur. O dönemin Başbakan'ın da içinde bulunduğu Refah Partisi liderlerinin demokratik değerlere bağlılıkları hususunda ortaya koydukları çelişkili tutumlar ile söz konusu kadronun her bir dinî topluluğun sahip olduğu dinin kuralları uyarınca faaliyet göstereceği çoğulcu bir yasal sistemi savunmaları, Türk toplumunda, iç barış ve Cumhuriyet değerleri için samimi bir tehdit olarak algılanmıştır (bkz. Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye [GC], no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, AIHM 2003-II).

32. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili iki kararında dikkate aldığı meselelerden birinin siyasal amaçlarla dini simge kullanımı olduğu belirtilmelidir (9 Ocak 1998 tarihli Refah Partisi davası ve 22 Haziran 2001 tarihli Fazilet Partisi davalarına ilişkin kararlar). Anayasa Mahkemesi, söz konusu partilerin liderlerinin (inter alia) kamu sektöründe ve/veya okullarda türban giyilmesine ilişkin ifadelerinin şeriat temelinde bir rejim oluşturma niyetini ortaya koyduğu şeklinde değerlendirmiştir.

2. Yükseköğretim Kurumlarında Kılık Kıyafete İlişkin Yasal Hükümler ve Anayasa Mahkemesi'nin İçtihatları

33. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel ile Devlet kurumlarındaki öğrenci ve personeli n modern, ciddi ve sade giyinmesini zorunlu kılan, yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet üzerine yasal düzenlemenin ilk kısmı olan bir dizi yönetmelik, 22 Temmuz 1981 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından yayınlanmıştır. Yönetmelikler, ayrıca, öğretim kurumlarındaki öğrencilerin ve kadın personelin örtünemeyeceğini de düzenlemiştir.

34. Yükseköğretim Kurumu, 20 Aralık 1982 tarihinde, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü giyilmesiyle ilgili bir genelge yayınlamıştır. Konferans salonlarında türban yasaklanmıştır. Danıştay, 13 Aralık 1984 tarihli kararıyla yönetmeliği yasaya uygun bulmuştur:

“Başörtüsü takmak, önemsiz ve masum bir uygulama olmanın dışında, Cumhuriyetin temel ilkelerine ve kadınların özgürlüklerine aykırı bir simge olma yolunda ilerleyen bir süreçtir.”

35. 10 Aralık 1988 tarihinde, Yükseköğretim Yasası'nın ek 16. maddesi⁵ yürürlüğe girmiştir (2547 sayılı Yasa). Anılı bölüme göre;

“Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

36. Anayasa Mahkemesi, 5 Temmuz 1989 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanan 7 Mart 1989 tarihli kararında, yukarıda anılı kuralın, Anayasa'nın 2. (laiklik), 10. (yasa önünde eşitlik) ve 24. maddesine (din özgürlüğü) aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu kuralın ayrıca, cinsiyet eşitliğinin yanı sıra (inter alia) devrimci değerler ve cumhuriyet ile bağdaşmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi yargıçları kararlarında şu açıklamalara yer vermişlerdir: İlk olarak, diğer dinlerle karşılaştırılan İslam'ın özellikleri ve ülkenin tarihsel deneyimi nedeniyle anayasal bir kazanım olan laiklik; yasa önünde eşitlik ve din özgürlüğünün bir garantörü olarak rol oynamış ve demokrasi için esaslı bir koşul olmuştur. Laiklik ayrıca, Devletin, bir din ya da inancı tercih ettiğini göstermesini engellemiştir. Son olarak, laik bir devlet, yasama işlevini yerine getirirken, dini bir inanca dayanamaz.

Laiklik ilkesinin ihlal edilemezliğine vurgu yapan Anayasa Mahkemesi, herhangi bir dine özgü kıyafeti giymenin bir hak olarak görülemeyeceğini; ibadet, din ve vicdan özgürlüğünün öncelikle, bir dine uymak ya da uymamak bağlamında karar verme özgürlüğünü garanti altına aldığına dikkat çekmiştir. Mahkeme, vicdan özgürlüğünün kapsamının dışına çıkması halinde, kamu düzeni nedeniyle, laiklik ilkesini savunmak için birinin dini inancını ifade etme özgürlüğünün kısıtlanabileceğini açıklamıştır.

Herkes, bir kadın ya da erkek, toplumun gelenekleri, dini ve sosyal değerleri açısından dilediği gibi giyinme konusunda özgür bırakılmıştır; ayrıca buna saygı duyulmuştur. Ancak, bir dinin dayanak gösterildiği özel bir kılık kıyafet yasası bireylere zorla kabul ettirilmişse, söz konusu dini inanç, çağdaş toplumla bağdaşmayan değerler grubu olarak sunulur ve algılanır. Buna ek olarak, nüfusun çoğunluğunun Müslüman olduğu Türkiye'de, türban giymenin zorunlu bir dini ödev gibi sunulması dini

⁵ 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 44. maddesinin değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Maddenin Eklenmesine Dair Kanun'un ek 16. maddesi (kabul no: 3511; kabul tarihi: 10 Aralık 1988). İngilizce metinde 'transitional section 16' olarak geçen madde, anılı yasa metninde "Ek 16.madde" olarak kaleme alınmıştır (ç.n).

gereklere yerine getiren Müslümanlar, getirmeyen Müslümanlar ve inananlar arasında kılık kıyafet yüzünden ayrımcılıkla sonuçlanabilirdi. Ayrıca başörtüsü takmayı reddedenler hiç kuşkusuz din karşıtı veya dinsiz olarak değerlendirilebilirdi.

Anayasa Mahkemesi, öğrencilerin dinî inanç simgelerinin amaçladığı sapmalara yönelmeksizin ortaklaşa ve destekleyici bir atmosferde, hoşgörü ve sükûnet içinde eğitimlerini sürdürmek ve çalışmak zorunda olduklarını dile getirmiştir. Mahkeme, türban'ın İslam dininin bir emri olup olmadığına bakmaksızın, yükseköğretim kurumlarında bu tür bir dini sembole yasal tanım bahsetmenin, Devlet eğitiminin tarafsızlığı ilkesiyle uyumlu olmadığı gibi, farklı dinî inanç ve itikat sahibi öğrenciler arasında çatışmaların doğmasına neden olabileceğine karar vermiştir.

37. Yükseköğretim Yasası'nın (2547 sayılı Yasa) 25 Ekim 1990⁶ tarihinde yürürlüğe giren değişik 17. maddesine göre:

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."

38. Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 1991 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanan 9 Nisan 1991 tarihli kararında; 7 Mart 1989 tarihli kararında oluşturduğu ilkelerin ışığında, yukarıda sözü edilen kuralın, yükseköğretim kurumlarında dini inanç nedeniyle başörtüsü giyimine izin vermediğini ve bu nedenle Anayasa ile uyumlu olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, diğerlerinin yanı sıra (inter alia) şu konuları da belirtmiştir:

"Yükseköğretim kurumlarında, dini inanç nedeniyle, saçın ve boynun eşarp ya da çarşaf ile örtülmesi, eşitlik ve laiklik ilkesine aykırıdır. Bu koşullar altında, yükseköğretim kurumlarında, tartışmalı kural ile getirilmiş olan kılık kıyafet özgürlüğü, 'bir dini kıyafet biçimi ya da birinin saçını ve boynunu başörtüsü ya da çarşaf ile örtmesiyle ilgili değildir'... 'Özgürlüğü doğuran kural (ek madde 17) yürürlükteki yasalara aykırı olmama koşuluna bağlıdır'. Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, birinin saçını ve boynunu başörtüsü ya da çarşaf ile örtmesinin ilkin ve öncelikle Anayasaya aykırı olduğunu ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, yukarıda söz edilen maddeyle ortaya koyulan, kıyafet seçiminin yürürlükte olan yasaları ihlal edemeyeceği şartı, boynun ve saçların örtülmesi işlemini kıyafet özgürlüğünün kapsamı dışında tutmaktadır."

⁶ Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nün Kurulması ile 14.1.1970 tarihli ve 1211 sayılı ve 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında 422 sayılı kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun (3670 sayılı Yasayla eklenen 17. maddeden söz edilmektedir, ç.n)

3. Yönetmeliğin İstanbul Üniversitesinde Uygulanması

39. 15. yüzyılda kurulmuş olan İstanbul Üniversitesi Türkiye'deki Devlet yükseköğretim kurumlarının ana merkezlerinden biridir. Laik bir Üniversite olup, bünyesinde 17 fakülte (bunlardan ikisi tıp fakültesidir: Cerrahpaşa ve Çapa) ve 12 yüksekokul bulunmaktadır. Üniversitenin yaklaşık 50.000 öğrencisi bulunmaktadır.

40. 1994 yılında, İstanbul Üniversitesi Sağlık Meslek Yüksekokulu'ndaki ebelik kursuna kayıtlı kız öğrenciler tarafından başlatılan imza kampanyasının ardından, Rektör Yardımcısı, türban sorununun arka planını ve yasal temele uygun yönetmeliği açıkladığı bir karar yayınlamıştır. Rektör Yardımcısı özellikle şunları ifade etmiştir:

“Ebelik kursuna kayıtlı kız öğrencileri, özel dersler süresince, başörtüsü giymekten men eden yasak, onların din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etme niyetinde değildir; fakat söz konusu yasak yürürlükte olan yasalara ve yönetmeliğe uygundur. Ebeler ve hemşireler işlerini yaparken bir üniforma giyerler. Bu üniforma, Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan yönetmelikte tanımlanmış ve açıklanmıştır (...) Mesleğe girmek isteyen öğrenciler bunu bilmelidir. Bir ebelik öğrencisi, uzun kollu elbise giyerken, bir bebeği kuvöze koymaya ya da çıkarmaya çalıştığını ya da doğum ünitesinde ya da ameliyathanede bir doktora asistanlık yaptığını tasavvur etmelidir.”

41. Rektör Yardımcısı, üniversite dahilinde türban giyimine izin verilmesi için yapılan imza kampanyasının, Fakülte, Cerrahpaşa Hastanesi Sağlık Meslek Yüksekokulu ve Üniversite'de huzursuzluğa neden olduğu ve yasal kuralın temelini çürütme riski noktasına kadar ulaştığı düşüncesine varmıştır. Rektör Yardımcısı, özellikle hasta haklarını anımsatarak, öğrencileri kılık kıyafet kurallarına uymaya davet etmiştir.

42. Üniversite yönetimi, 1 Haziran 1994 tarihinde, öğrencilerin ve üniversite personelinin kılık kıyafetine ilişkin bir kararı kabul etmiştir. Buna göre:

“Üniversitelerdeki kılık kıyafeti düzenleyen kurallar, yasalar ve yönetmelikler tarafından belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararla üniversitelerde dini kıyafet giyilmesi engellenmiştir.

Bu karar, Üniversitemizin tüm öğrencileri, tüm kademelerdeki akademik personel ve diğer personel açısından geçerlidir. Özellikle, hemşireler, ebeler, doktorlar ve veterinerler, uygulamalı bilim (hemşirelik, laboratuvar çalışması, cerrahi ve mikrobiyoloji) ve sağlık dersleri süresince, yasa ve bilimsel düşünce tarafından emredildiği üzere, kılık kıyafet yönetmeliğine uymak zorundadırlar. Kılık kıyafet yönetmeliğine uymayan bir kişinin, derslere girmesine izin verilmeyecektir.”

43. 23 Şubat 1998 tarihinde, türbanlı ya da sakallı öğrencilerin girişine

dair talimatları içeren bir yönerge dağıtılmıştır. Yönerge, İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı tarafından imzalanmıştır (bkz. Yönerge metni, yukarıda 12. paragraf).

44. 19 Kasım 2002 tarihli duruşmadan sonra, başvuru, Yükseköğretim Kurumu tarafından, üniversite yetkililerine gönderilmiş ve Yahudi öğrencilerin, Yahudi tatili süresince mazeretli sayılmaları ricasının kabulünü içeren 1 Nisan 2002 tarihli bir mektubu sunmuştur.

45. Hükümetin 18 Mart 2003 tarihinde Mahkemeye sunduğu İstanbul Üniversitesi'nin 9 Temmuz 1998 tarihli bir kararında (11 no'lu) şöyle denilmiştir:

"1. İstanbul Üniversitesi öğrencileri, Anayasa Mahkemesi kararlarına ve diğer yüksek yargı makamlarınca ortaya konan kurallara ve yasal ilkelere uymalıdır.

2. İstanbul Üniversitesi öğrencileri, Üniversite'nin hiçbir kurum ya da kuruluşunda ya da herhangi bir bölümünde, politik ya da ideolojik inanç ya da herhangi bir din, inanış, ırkı sembolize eden ya da açıkça ortaya koyan giysileri giyemezler.

3. İstanbul Üniversitesi öğrencileri, kayıtlı oldukları bölümler ve enstitülerde, işle bağlantılı nedenlerden dolayı giymeleri gereken özel kıyafet kurallarına uymalıdır.

4. İstanbul Üniversitesi öğrencileri, kendi enstitü ya da bölümlerine 'baş ve boyun örtülmemiş' önden çekilmiş fotoğraflarını verirler (fotoğraf alınması zorunludur). Fotoğraflar, altı aydan daha önce çekilmiş olmamalı ve öğrenci kolaylıkla tanınabilir olmalıdır.

5. Yukarıda söz edilen noktalara aykırı bir tutum sergileyen ya da sözleri, yazıları ya da eylemleriyle böylesi bir davranışı destekleyen kişi, öğrenci disiplin yönetmeliğinin kurallarına uygun bir eyleme maruz kalır."

4. Öğrenci Disiplin Yönetmeliği

46. 13 Ocak 1985 tarihli *Resmî Gazete'* de yayınlanan Öğrenci Disiplin Yönetmeliği beş disiplin cezası şeklini tanımlamaktadır: uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar geçici uzaklaştırma, bir ya da iki yarıyıl için geçici uzaklaştırma ve çıkarma.

47. Ancak, üniversite dahilinde türban giyilmesi bir disiplin suçu oluşturmamaktadır. Ancak, kılık kıyafet Yönetmeliğine uymadaki kusur, Yönetmeliğin başka bir kuralının uygulanmasını gerektirebilir.

48. Yönetmeliğin 6(a) maddesine göre, "öğrenciliğe yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunan" öğrenci, uyarı cezasına maruz kalacaktır. Diğerlerinin

yanı sıra (inter alia), öğrenciliğin gerektirdiği itibar ve güveni sarsacak şekilde davranan ya da dersleri, seminerleri, konferansları, laboratuvar çalışmaları ya da atelye çalışmalarını engelleyecek biçimde davranan öğrencilere, kınama cezası verilebilecektir (7. maddenin (a) ve (e) bentleri). Diğerlerinin öğrenme ve öğretme özgürlüğünü doğrudan ya da dolaylı olarak kısıtlayan ya da yükseköğretim kurumlarının gerektirdiği huzur, sükûn ve çalışma ortamını bozan ya da bu kurumlar içinde politik aktivitelere katılan öğrenciler, bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezalarıyla karşı karşıya kalırlar (8. maddenin (a) ve (c) bentleri). 9. maddenin (j) bendi, üniversite binalarında izinsiz toplantılar düzenleyen ya da bu toplantılara katılan öğrencilere bir ya da iki yarıyıl uzaklaştırma cezası verileceğini düzenlemektedir.

49. Disiplin şikayetlerinin soruşturulmasına ilişkin süreç, Yönetmeliğin 13 ile 34. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 16. ve 33. maddeler, öğrencilerin savunma hakkına saygı gösterilmesi zorunluluğunu ve disiplin kurulunun, öğrencinin yönetmeliği çiğnemesine neden olan gerekçeleri dikkate almak zorunda olduğunu düzenlemektedir. Bütün disiplin önlemleri, idare mahkemelerinin incelemesine tâbidir.

5. Üniversite Rektör Yardımcısının Düzenleme Yapma Yetkisi

50. Anayasa'nın 130. maddesiyle kamu tüzelkişileri olmaları nedeniyle, Devletin kontrolüne tâbi, kısmi bir özerklik kazanan üniversiteler, yasal yetkilerle donatılmış rektör yardımcısı gibi yönetim organlarıncaya yönetilmektedirler. Yükseköğretim Yasasının (2547 sayılı Yasa) ilgili 13. bölümüne göre:

"...(b) Rektör yardımcılarının yetki, yeterlilik ve sorumlulukları:

1. Üniversite kurullarına başkanlık etmek, yükseköğretim üst kuruluşlarının kararlarını uygulamak, üniversite kurullarının önerilerini inceleyerek karara bağlamak ve üniversiteye bağlı kuruluşlar arasında düzenli çalışmayı sağlamak,

5. Üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yapmak.

Rektör yardımcısı, güvenlik önlemlerinin alınmasında ve bilimsel ve idari gözetim ve denetimin yapılmasında birincil derecede sorumludur..."

51. Gerek yasa yorumcuları ve hem de idare mahkemeleri, rektör yardımcısına yukarıda söz edilen hükümler ile verilen izleme ve denetleme yetkisinin, bireysel önlemlere başvurmakta dahil olmak üzere, yönetmelik yayınlama yetkisini de içerdiği düşüncesindedirler. Bu yetkinin kullanımı, hukuka uygun olması koşuluna bağlı olup, idare mahkemelerince inceleme konusu yapılabilir. Gerek yazılı mevzuat (Yasa ve Anayasa) gerekse de yargı içtihatları (Anayasa Mahkemesi'nin ve idare mahkemelerinin içtihat-

ları) geçerli hukuk kaynaklarını oluşturmaktadır. Benzer şekilde, usulüne uygun yayınlanan yönetmelikler, geçerli hukuksal başvuru kaynağı olup, alınan bireysel önlemlerin söz konusu yönetmeliklere uygun olması zorunludur.

C. Anayasa Mahkemesi Kararlarındaki Hükümün Bağlayıcılığı

52. Anayasa Mahkemesi, 4 Mart 2000 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanan, 27 Mayıs 1999 tarihli kararında (E.1999/58, K. 1999/19) diğerlerinin yanı sıra (inter alia) şunu ifade etmiştir:

"Yasama ve yürütme, kararların icrai sonuçları ve bir bütünlük içinde alınmış gerekçeleriyle bağlıdır. Kararlar ve gerekçeleri, yasama işlevini ölçütlendiren ve böylesi işlev için rehber oluşturan standartlar belirlemiştir."

D. Karşılaştırmalı Hukuk

53. Avrupa ülkelerindeki türban tartışması, yükseköğretim kurumlarına nazaran daha çok Devlet ilk ve ortaokullarıyla bağlantılıdır. Başörtüsünü düzenleyen herhangi bir kuralın olmadığı ve meselenin genel olarak yerel düzeyde çözüldüğü Belçika'nın Fransızca konuşulan bölgelerinde, devlet okullarının pek çoğu türbana izin vermeyi reddetmektedir. Belçika mahkemeleri, bu tip davalar önlerine geldiğinde, şikâyetçilerin ve ailelerinin aleyhine, devlet eğitiminin tarafsızlığı ve eşitliği ilkelerini her zaman din özgürlüğünün üzerinde tutarak karar vermiştir

54. Laikliğin, Cumhuriyetçi değerlerin köşe taşlarından biri olarak kabul edildiği Fransa'da, Devlet okullarındaki türban sorunu, çok canlı bir tartışmaya neden olmuştur. Laiklik Komisyonu'nun görüşünü içeren raporunu Cumhurbaşkanı'na sunmasından sonra, Ulusal Meclis 10 Şubat 2004 tarihinde, laiklik ilkesine uygun olarak, Devlet ilk ve ortaokullarında bir dini inanışın göstergesi olan kıyafet giyme ya da simge kullanma konulu tasarımı yasalaştırmıştır. Yasa'nın 1. maddesine göre:

"Öğrencilerin, Devlet ilk ve ortaokullarında, dini bir inancın açıkça göstergesi olan kıyafet giymesi ve simge kullanmaları yasaklanmıştır."

Okul kuralları, disiplin işlemlerinin başlatılmasından önce söz konusu öğrenciyle bir görüşme yapılacağını ifade eder."

55. Laiklik Komisyonu, üniversiteler açısından, öğrencilerin, dini, politik ve felsefi inançlarını ifade etme haklarına öncelik verilmesi gerektiği düşüncesindedir. Ancak, Komisyon, raporunda, bu önceliğin üniversitelerin işlevine dair yönetmeliğin ihlal edilmesine neden olmayacak şekilde kullanılmasını gerektirdiğini dile getirmiştir.

56. Diğer ülkelerde, uzun süren yasal tartışmalar sonrasındaki, Devlet yetkilileri, bazı durumlarda Müslüman ilk ve ortaokul öğrencileri ile yükseköğrencilerinin türban giymesine izin verdiler (Almanya, Hollanda ve Birleşik Krallık). Buna karşın yasal durum yasal durum aynı değildir. Tartışmanın birkaç yıldır öğretmenlerin türban giymesine izin verilip verilmeyeceğine hususuna odaklandığı Almanya'da, Anayasa Mahkemesi, bir öğretmen ile Baden-Württemberg Eyaleti arasındaki davaya ilişkin 24 Eylül 2003 tarihli kararında, açık bir yasağın bulunmayışının, öğretmenlerin başörtüsü giyme hakkına sahip oldukları anlamına gelmediğini belirtmiştir. Birleşik Krallıkta, pek çok eğitim kurumunda başörtüsü kabul edilmektedir ve nadiren çıkan tartışmalar, genellikle ilgili kurumların bünyesinde çözümlenmektedir.

57. Türban meselesi, bir çok ülkede (İsveç, Avusturya, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Polonya) henüz ayrıntılı bir yasal tartışmanın konusu olmamıştır.

HUKUK

I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI

58. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmesinde başarısız olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet'e göre, başvuru, idare mahkemelerinde, kılık kıyafet yönetmeliğinin yasallığını tartışmadığı için iç hukuk yollarının tüketildiğine ilişkin iddiası değerlendirmeye alınabilir değildir.

59. Başvuru, ilk baştaki görüşlerinde, Türk mahkemelerinin yerleşik içtihatları nedeniyle, etkili bir hukuk yoluna sahip olmadığını tartışmıştır.

60. Mahkeme, ilk olarak, dosyadaki mevcut bilgiler ışığında, 2 Temmuz 2002 tarihinde davayı kabuledilebilir ilan ettiğine ve iç hukuk yollarının tüketilmesi meselesini esasla birlikte ele almaya karar verdiğine dikkat çekmektedir.

61. Sonrasında, mahkemenin istemiyle başvuru, 29 Eylül 2003 tarihli görüşleriyle birlikte, 23 Şubat 1998 tarihli yönergenin iptali için ulusal mahkemelere yaptığı 29 Temmuz 1998 tarihli başvuruya ilgili belgeleri sunmuş ve iç hukuk yollarını tükettiğini ileri sürmüştür (bkz. yukarıda 14-16 paragraflar). Mahkeme, kabul edilebilirlik meselesinin incelenmesine değin, başvuru, yukarıda sözü edilen, kullandığı iç hukuk yolu hakkında ya da aleyhinde alınan değişik disiplin önlemleri konusunda Mahkemeye bilgi vermediğine dikkat çekmektedir (bkz. yukarıda 19-24. paragraflar).

62. Mahkeme, kendi içtihatları uyarınca, bir başvuru, kural olarak Sözleşme organlarına başvurmadan önce farklı iç hukuk yollarını kullanmak zorunda olduğunu; kabul edilebilirlik kararından önce iç hukuk

yollarının tüketilmesi koşuluyla, bu tip iç hukuk yolunun son aşamasının başvurunun sunulmasından sonraya sarkabileceğini, bu durumu değerlendirmenin Sözleşme organlarına bırakılmak zorunda olduğunu yinelemektedir (Ringeisen/Avusturya,16 Temmuz 1971 tarihli karar, Seri A no: 13, p.37-38, 89-93 ve Vgt Verein gegen Tierfabriken/İsviçre, no. 24699/94, 33, AİHM 2001-VI).

63. Süre dışında sunulmuş bilgiyi inceleyen Mahkeme, başvuruçunun, kabul edilebilirlik kararından önce 19 Nisan 2001 tarihinde (bkz. yukarıda 16. paragraf) iç hukuk yollarını tükettiğini saptayarak, Sözleşmenin 35/1 maddesinin gereklerinin yerine getirildiğini dikkate almıştır. Sonuç olarak, Mahkeme Hükümetin ilk itirazını reddetmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 9. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

64. Başvuruçucu, yükseköğretim kurumlarında türban giyilmesine ilişkin yasağın, din özgürlüğü ve özellikle dinini ifade etme hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür. Başvuruçunun dayandığı 9. maddeye göre:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel biçimde ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapma suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

65. Hükümet böylesi bir ihlalin olduğunu reddetmiştir. Hükümet'e göre, başvuruçunun din özgürlüğünü uygulama hakkına müdahale edilmemiştir, edilse bile, bu Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre haklı bir müdahaledir.

66. Mahkeme, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, 9. maddede kutsandığı gibi, 'demokratik toplumun' temellerinden birisi olarak, Sözleşmenin kapsamı içinde olduğunu yinelemektedir. Bu özgürlüğün içindeki dini boyut, inananların kendi kimliklerini oluşturulmaları ve hayat anlayışları için en önemli yaşamsal unsurlardan birisidir, fakat söz konusu boyut ayrıca, septikler, agnostikler, tanrıtanımazlar için de önemli bir değerdir. Kazanılması gerçekten yüzyılları alan, demokratik toplumdan kaynaklanan çoğulculuk, bu değere bağlıdır. Söz konusu özgürlük, diğerlerinin yanı sıra (inter alia) bir dini uygulamak ya da uygulamamak ve dini inanca sahip olmak ya da olmamak özgürlüğünü gerektirir. (bkz. diğer kararlar arasında, 25 Mayıs 1993 tarihli, Kokkinakis/Yunanistan, Seri

A no: 260-p.17, 3; Buscarini ve Diğerleri/San Marino, [GC], no. 24645/94, 34, AİHM 1999-1).

Dini özgürlük, öncelikle bir bireysel vicdan meselesi iken, ayrıca, diğerlerinin yanı sıra (inter alia), bir inancı paylaşanların oluşturduğu çevre içinde ve açıkça, yalnız ve gizlilik içinde ya da topluluk içinde bir kişinin dinini açıklama özgürlüğünü de kapsar. 9. madde, bir kişinin dinini ya da inancını açıklama biçimlerini şöyle listelemektedir: tapınma, öğretim, ibadet ve dini gereklerin yerine getirilmesi (bkz. mutatis mutandis, Cha'are Shalom Ve Tsedek/Fransa [GC], no. 27417/95, 73, AİHM 2000-VII).

9. madde, bir din ya da inançtan esinlenen ya da kaynaklanan her davranışı korumamakta, bir inanç tarafından emredilen yolun kamusal alan içinde hareket etme hakkını tüm davalarda garanti altına almamaktadır (bkz. diğer kararlar arasında, 1 Temmuz 1997 tarihli Kalaç/Türkiye kararı, Kararlar ve Hükümler Raporu, 1997-IV, p. 1209, 27; Arrowsmith/Birleşik Krallık, no.7050/75, 12 Ekim 1978 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar [KC] 19, p.5; ve C/Birleşik Krallık, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon kararı, KR 37, p.142).

67. Mahkeme, 9. madde altında başvurunun hakkına müdahale edilip edilmediğini ve eğer öyleyse, böylesi bir müdahalenin "*hukuk tarafından emredilmiş (yasallık)*" olup olmadığı, meşru bir amaç güdüp gütmeye ve Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrası anlamında "*demokratik bir toplumda zorunlu*" olup olmadığını dikkate almak zorundadır.

A. Müdahale Olup Olmadığı

68. Başvurucu, "*kabul edilmiş uygulama*" olarak gördüğü giyim şeklinin, dini bir kuralın yerine getirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu, İstanbul Üniversitesi'nden çıkarılması ile sonuçlanan kısıtlamanın, dini inancını ifade etme özgürlüğü hakkına açık bir müdahale olduğunu iddia etmiştir.

69. Söz konusu argümanı reddeden Hükümet, öğrencilerin kılık kıyafetine ilişkin üniversite yönetmeliklerinin hem iç hukuk kurallarına, hem uluslararası hukuk ilkelerine dayandığını belirtmektedir. Hükümet, Sözleşme'nin 9. maddesinin, genel olarak ve kamusal alanda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasının Sözleşme tarafından korunduğunu, ilgili yasal mevzuata aykırı davranma hakkı vermediğini belirtmektedir.

70. Mahkeme öncelikle, dava dosyasının içeriğine göre, başvurucuya karşı başlatılmış ve kılık kıyafet yönetmeliğine uymamasından dolayı çıkarılmayla sonuçlanmış bir disiplin işleminin olmadığına dikkat çekmektedir. Başvurucu da, 28 Haziran 2000 tarihli iptal kararından (bkz. yukarıda 24. paragraf) önceki, kendisi hakkında verilmiş olan disiplin cezaları hakkında herhangi bir yakınmada bulunmamıştır. Dolayısıyla görülmekte olan

başvuru, yalnızca İstanbul Üniversitesi'nce 23 Şubat 1998 tarihinde yayınlanan yönerge nedeniyle uygulanan genel bir önleme ilişkin işbu davayla ilgilidir.

71. Başvurucu, başörtüsü giyerken, dini bir emri yerine getirdiğini ve İslam inancının yüklediği görevlere sıkı bir şekilde uyma arzusunun açıkladığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, başvurunun başörtüsü giyme kararı bir inanç ya da dinden esinlenme ya da kaynaklanma şeklinde değerlendirilebilir; Mahkeme, bu tür kararların her bir vaka için dinsel bir yükümlülüğün yerine getirme amacıyla alınıp alınmadığı hususunda herhangi bir karar vermeksizin, başörtüsü giyme hakkına mekan ve giyim şekli açısından sınırlamalar getiren tartışma konusu düzenlemelerin başvurunun dini inançlarını ifade hakkı açısından bir müdahale oluşturduğu temelinde incelemesine devam eder.

B. "Yasallık/yasa Tarafından Emredilmiş Olma"

72. Başvurucu, üniversite binalarında başörtüsü giyme yasağının yasal bir dayanağı olmadığını, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının, üniversite yetkilileri tarafından yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, 9 Nisan 1991 tarihli kararında, kılık kıyafet özgürlüğü ilkesinin dayanağını oluşturan ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Başvurucunun iddiasına göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararında gösterdiği gerekçeler, Türk Anayasa Hukuku'ndaki yasal değerlere sahip değildir.

Ayrıca, Uludağ ve İstanbul Üniversiteleri'nin yetkililerinin aynı uygulamayı takip etmemeleri, söz konusu kuralın "öngörülebilir olmadığı" anlamına gelmemektedir.

73. Hükümet, bu iddialara itiraz etmiştir.

74. Mahkeme, kendi içtihatları uyarınca, sözcük anlamına göre, "yasallık" ilkesinin, tartışma konusu önlemin, yalnızca iç hukukta bir temele sahip olmasını gerektirmediğini; ayrıca, söz konusu yasanın niteliğine gönderme yaparak, Yasa'nın ilgili kişi tarafından ulaşılabilir ve yaratacağı sonuçların öngörülebilir olması gerektiğini yinelemektedir (bkz. diğer kararlar arasında, Rotaru/Romanya [GC], no. 28341/95, 52, AIHM 2000-V).

75. Halihazırdaki davada Mahkeme, İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı tarafından yayınlanan, öğrencilerin sakallı ya da örtülü olarak derslere, kurslara ve konferanslara girmesini yasaklayan 23 Şubat 1998 tarihli yönergenin, düzenleyici bir kural olduğuna dikkat çekmektedir. Şüphesiz, Rektör Yardımcısı, Üniversite'nin bir yönetim organı olarak yasallık koşullarının gereklerine uygun olarak kullanacağı birtakım yetkilere sahiptir (bkz. yukarıda 15., 50. ve 51. paragraflar). Buna rağmen başvurucuya göre,

yönerge, türban giyiminin yasaklanmasını emretmeyen Yükseköğretim Yasası'nın (2547 sayılı Yasa) ek 17. maddesiyle uyumlu değildir.

76. Bundan dolayı Mahkeme, Yükseköğretim Yasası'nın ek 17. maddesinin, yönerge için yasal bir temel oluşturup oluşturamayacağını dikkate almak zorundadır. Mahkeme, bu takdirin/değerlendirmenin öncelikle iç hukuku uygulayan ve yorumlayan ulusal makamlara, özellikle de mahkemelere ait olduğunu yinelemektedir (24 Nisan 1990 tarihli Kruslin/Fransa kararı, Seri A no: 176-A, p.21, 29). Bu açıdan Mahkeme, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına bağlı olarak idare mahkemelerinin, yönergenin yasal olmadığı iddiasının reddedildiğine dikkat çekmektedir (bkz. yukarıda 15. paragraf).

77. Ayrıca, Sözleşmenin 11 ile 8. maddelerinde yer alan “*hukuka uygun olma*” ve “*yasallık*” sözcükleri dikkate alındığında, Mahkeme, “*hukuk*” teriminin, yalnızca “*şekli*” bir anlamı olmadığını, daima “*bağımsız/müstakil*” anlamı olan bir terim olarak anlaşıldığını; terimin hem tüzüklerden daha alt derecedeki yasal düzenlemeleri içine alan “*yazılı hukuku*” (18 Temmuz 1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika kararı, Seri A no: 12, p.45, 93), hem de yazılı olmayan hukuku ve parlamento tarafından kendilerine bağımsız yasa koyma yetkileri verilmiş, profesyonel düzenleyici yapılar tarafından alınan düzenleyici önlemleri kapsadığını belirtmektedir (25 Mart 1985 tarihli, Bartold/Almanya kararı, Seri A no. 90, p.21, 46). “*Hukuk*” terimi, hem yasalardan kaynaklanan hukuku ve hem de yargıç tarafından oluşturulan “*hukuku*” kapsayan bir olgu olarak anlaşılmalıdır (bkz. diğer kararlar arasında, 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, Seri A no: 30, p.30, 47; yukarıda söz edilen Kruslin kararı, p.29 ve 24 Şubat 1994 tarihli Casado Coca/İspanya kararı, Seri A no: 285-A, p.18, 43). Türk hukukunda, yargıç tarafından oluşturulan hukuk yani içtihat hukuku, geçerli bir hukuk kaynağı olarak dikkate alınmaktadır (bkz. yukarıda 51. paragraf). Özetle, “*hukuk*”, yetkili mahkemelerin yorumlamış olduğu yürürlükteki yasa kuralıdır.

78. Bu nedenle, sorun, yalnızca, Yükseköğretim Yasası'nın (2547 sayılı Yasa) ek 17. maddesinin lafzı temelinde değil, ayrıca içtihatlar temelinde incelenmelidir. Bu bakış açısından hareketle, ilgili “*yasa*”nın öngörülebilirliği hususu, Anayasa Mahkemesi'nin, üniversitelerde, öğrencilere ‘dini inanç gerekçesiyle boyun ve saç başörtüsü ya da peçeyle örtülmesine’ izin vermenin Anayasa’ya aykırı olduğunu açıkça ortaya koymuş olması nedeniyle, herhangi bir sorun doğurmaz (bkz. yukarıda 38. paragraf).

Anayasa Mahkemesi'nin, hem bağlayıcı, hem erişebilir olan söz konusu kararı (bkz. yukarıda 52. paragraf), 31 Temmuz 1991 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlandığı gibi, Mahkemenin önceki içtihatları ve ek 17. maddeye ilişkin belge de eklenmiştir (bkz. yukarıda 36. paragraf). Ek olarak, Danıştay, Ana-

yasa Mahkemesi'nin bu kararından önceki, geçmiş kararlarında türbanın, Cumhuriyet'in temel ilkeleriyle uyumlu olmadığı görüşünü benimsemiştir (bkz. yukarıda 34. paragraf).

79. İstanbul Üniversitesi'nce ilgili kuralın uygulanmasına gelince, türbana ilişkin yönetmeliğin, başvurucunun üniversiteye kaydolmadan önce varolduğu şüpheden uzaktır. Rektör Yardımcısı'nın 1994'te yayınlanan kararı ve Üniversite'nin 1 Haziran 1994 tarihli kararıyla (bkz. yukarıda 40-42. paragraflar) ortaya konulduğu gibi, öğrenciler, özellikle başvurucu gibi sağlıkla ilgili konularda çalışanların kılık kıyafet kurallarına uyması gerekmektedir. Yönetmelik, öğrencilerin, uygulamalı bilim ve sağlık dersleri süresince, türbanı da kapsayan dini kıyafet giymelerini açıkça yasaklanmıştır.

80. Bursa Uludağ ve İstanbul Üniversiteleri'ndeki uygulamanın aynı olmadığı dikkate alındığında, Mahkeme, kendi görevinin, tarafların sunumları ve dava dosyasının içeriği ışığında, İstanbul Üniversitesi tarafından alınan genel önlemleri ve bu önlemin yerine getirilmesini incelemek olduğu düşüncesindedir. Her iki üniversitenin kurumsal uygulaması (in abstracto) Mahkemeyi bir takdir yürütmekten alıkoymaktadır. İncelemesinin bu aşamasında, Mahkeme, sadece "yasadan kaynaklanma" teriminden ortaya çıkan gereklerin yerine getirilip getirilmediğini tespit edecektir. Süren tartışmalar, daha çok tartışma konusu "zorunluluk" meselesiyle ilgili olup, aşağıda ele alınacaktır (bkz. 111-113 paragraflar).

81. Bu koşullar altında Mahkeme, müdahalenin Türk Hukuku'nda bir temeli olduğunu bulgulamaktadır. Yasa, ayrıca, kesin ve ulaşılabilir olması nedeniyle öngörülebilirlik koşulunun gereğini yerine getirmektedir. Başvurucunun İstanbul Üniversitesi'ne girişinden itibaren üniversitede türbana ilişkin yönetmeliklerin varlığı ve 23 Şubat 1998 tarihinden sonra da, başvurucu türban giymeyi sürdürmesi nedeniyle, genel derslere girmesinin engelleneceği hususlarında Yasa açıklık taşımaktadır.

B. Meşru Amaç

82. Hükümet, müdahalenin belirli meşru amaçları güttüğünü ileri sürmüştür: üniversitelerde kamu düzenini sürdürmek, laiklik ilkesini savunmak ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini korumak.

83. Başvurucu, Türkiye'deki üniversitelerin tarafsızlığının sağlanması ve laiklik ilkesinin savunulmasının önemi açısından, müdahalenin, Sözleşmenin 9. maddesinin, ikinci paragrafıyla ortaya konulan meşru amaçlarla uyumlu olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.

84. Davanın koşulları ve ulusal mahkemelerin kararlarının tespitleri dikkate alındığında, Mahkeme, tartışma konusu önlemin öncelikle, kamu düzenini ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini koruma açısından meşru amaç güttüğünü bulgulamaktadır.

D. "Demokratik Toplumda Zorunluluk"

1. Tarafların iddiaları

a. Başvurucu

85. Başvurucu, amacı göz önüne alındığında, dini inancını açıklama özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin amacı, kapsamı ve doğası nedeniyle oldukça ciddi olduğunu ve müdahalenin adil olması için birtakım güçlü gerekçelerin varlığının gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, dini gerekleri yerine getiren bir Müslüman olduğunu ve türban giydiğini, çünkü, dini inancına göre, Müslüman kadınların baş ve boyunlarını örtmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, laiklik ilkesini kapsayacak şekilde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal ilkelerini protesto etmediğini ya da herhangi bir beyan ya da görüş açıklamadığını ileri sürmüştür. Kendisi tarafından seçilen yol, dini bir yükümlülükle uyumludur; ne gösteriştir, ne de protesto niyetindedir ve bir baskı, provokasyon ya da proselitizm⁷ biçimi oluşturmaz.

86. Başvurucu ayrıca, Eylül 1997 ve Şubat 1998 arasındaki süreye ve Bursa Üniversitesi'nde geçirdiği dört yıla göndermede bulunarak; Hükümetin, kamu düzeninin sürdürülmek zorunda olduğu yükseköğretim kurumlarında, kendi türbanının düzeni tehdit ettiğini ya da herhangi bir karışıklığa ve herhangi bir engellemeye neden olduğunu gösteremediğini dile getirmiştir. Başvurucu, ek olarak, türban giydiği takdirde, Türkiye'deki üniversitelerde ya da eğitim kurumlarında yüksek öğrenimini sürdüremeyeceğini söylemiştir.

87. Başvurucu, Türk toplumunda, laiklik ilkesine derinden bağlı geniş bir çoğunluğun teokrasiye karşı olduğunu, ama türbana karşı olmadığını onaylamıştır. Onun düşüncesine göre, türban yasağı, öğretim kurumlarının laik, tarafsız yapısını koruma niyeti taşımamaktadır. Türban, Cumhuriyet değerlerine ya da diğerlerinin haklarına meydan okumamıştır ve doğal olarak eğitimin tarafsızlığı ve laikliği ilkeleriyle uyumsuz olarak değerlendirilmemelidir. Bu iki ilkedan, öğretim kurumlarında tüm dini simgelere ilişkin bir yasağın gerekli olduğu anlamı çıkmamaktadır. Bu konuya dair, Avrupa ülkelerindeki uygulamalara ilişkin değişik örnekler bulunabilir.

⁷ Proselitizm: Başkalarını kendi dinine sokmaya çalışmak (ç.n.).

88. Başvurucuya göre, toplumsal düzeyde gerginlik riski arttığı zaman –çoğulcu toplumlarda kaçınılmaz olarak-, bu tip koşullar altında yetkililerin rolü, çoğulculuktan yana davranarak, gerginliğin nedenini ortadan kaldırmak değil, tartışan grupların birbirlerine hoşgörülü olmasını sağlamaktır. Başvurucu, bununla bağlantılı olarak Müslüman kadınlara karşı ayrımcı bir uygulamadan yakınmış ve Sözleşme tarafından garanti altına alınan, Sözleşme’ce korunan hakların kullanımında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin hakkının devletlerin farklı durumda olan kişilere makul ve nesnel bir neden olmaksızın farklı davranmaması halinde ihlal edilmiş olacağına dikkat çekmiştir (Thilimmenos/Yunanistan [GC] no. 34369/97, 44, AİHM 2000-IV).⁸ Başvurucuya göre, Müslüman öğrenciler, diğer öğrencilerden farklı bir pozisyondadırlar ve sonuç olarak onlara farklı davranılmıştır. Başvurucuya göre, dini sembollere ilişkin bu kısıtlama, yeknesak olarak uygulanmamıştır. Hükümet, Müslüman olmayan öğrencilerin de disiplin yargılamasına maruz bırakıldıklarını ortaya koyan herhangi bir kanıt sunmamıştır. Ayrıca, Yahudi öğrencilerin takke giymesi ya da Hıristiyan öğrencilerin haç⁹ takmaları yasaklanmamıştır. Başvurucunun düşüncesine göre, üniversite yetkililerini, Yahudi öğrencilerin, Yahudi dini tatilleri süresince mazeretli sayılmaları ricasını kabule davet eden, Yükseköğretim Kurumu’nun 1 Nisan 2002 tarihli mektubu (bkz. yukarıda 44. paragraf), üniversite yetkililerinin eğilimli oldukları davranışın ayrımcılık tavrı olduğuna dair somut bir kanıt sağlamıştır.

89. Başvurucu, daha önce belirttiklerinin ışığında, tartışma konusu önlemin, sosyal bir baskıyla karşılaşmanın sonucu olmadığını ve demokratik toplum için zorunlu olmadığını ileri sürmüştür.

b. Hükümet

90. Hükümet, kişinin dinini ifade etme özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığı ile görüşlerini sunmaya başlamıştır. Ulusal ve devletler üstü mahkemeler, bireysel davaların ele alınması sırasında, ibadetin doğasını, kamu hizmetlerinin tarafsızlığının korunması amacıyla alınan önlemleri ve ilgili Devletin laik yapısını daima dikkate almışlardır.

91. Hükümet, liberal, çoğulcu bir demokrasi için laiklik ilkesinin önkoşul olduğunu ve Türkiye’ye özgün bir takım faktörlerin söz konusu olduğunu, bunun da diğer demokrasilerle karşılaştırıldığında, laiklik ilkesine özel bir önem verildiği anlamına geldiğini ifade etmiştir. Hükümetin

⁸ Thilimmenos/Yunanistan kararı çevirisi için bakınız: Toplum & Hukuk Dergisi Sayı 5, 2003 , Çev. Av. Serkan Cengiz

⁹ Crucifix: Üzerinde İsa peygamberin resmi olan haç ya da heykel (ç.n).

sunumuna göre, Türkiye, batı yarımkürede anlaşıldığı şekliyle, liberal demokrasiyi benimsemiş tek Müslüman ülke olup, laiklik ilkesini sıkı bir şekilde uygulamaktadır. Hükümet, laik Devletin korunmasının, Türkiye’de Sözleşmenin uygulanması için esaslı bir önkoşul olduğunu da eklemiştir.

92. Başvurucunun, Kuran’ın türban giyilmesi ödevini yüklediği argümanına dönüldüğünde, Hükümet, ilk olarak, dini görev ve özgürlüğün kolaylıkla bağdaştırılamayan iki ayrı konsept olduğunu ileri sürmüştür. Özgürlük nosyonu, bireyin en geniş anlamda olanaklara ve seçimlere sahip olmasını öngörürken, konuyla ilgili önceki nosyon, kutsal ve değişmez bir hukuka itaati gerektirmektedir. Başörtüsüne gelince, ülke ve rejime göre, Müslüman kadınlar için değişik biçimler almaktadır. Kırsal bölgelerdeki kadınlar ya da modern kadınlar tarafından cenaze törenlerinde, saçın kısmen görünür olduğu bandana giyilmektedir. İktidara geldiğinde, Taliban’ın kendi İslam yorumuna uygun şekilde, emredilen bir yükümlülük olarak Afgan kadınlarınca burka (vücudun ve yüzün tamamını örten çarşaf) giyilmektedir. Ayrıca Arap ülkelerinde ve İran’da da, çador ya da abaya (baştan dize kadar tüm vücudu örten siyah çarşaf) giyilmektedir. Devlet eğitiminin tarafsızlığı ilkesiyle, aynı dini inanıştan ortaya çıkmış, tüm bu değişik giyim şekillerini bağdaştırmak zordur.

93. Hükümet ayrıca, özel ya da halka açık yerlerde türban giyme yasasının olmadığına dikkat çekmiştir. İlk ve ortaöğretim öğrencileri okul dışında türban giyiminde serbesttirler. Bununla birlikte, Devlet eğitiminin bir kamu hizmeti olarak görülmesi çerçevesinde, laiklik ilkesi, tarafsızlık ilkesinde biçimlenmiş bir bütünün parçası olarak uygulanır. Türkiye’nin içinde bulunduğu durum ve Türk mahkemelerinin gerekçeleri, türbanın, siyasal amaçlar için radikal dinî hareketler tarafından sürekli olarak kullanılan bir sembol haline geldiğini ve kadın hakları için bir tehdit oluşturduğunu göstermiştir.

94. Hükümet, sunumunda, kamu kurumlarında türban giymenin yargı tarafından kabul edilmesi isteğinin, bir dine ayrıcalık tanınmasıyla aynı anlama geleceğini; bunun Mahkeme tarafından Sözleşmeye aykırı olarak görülen çoklu yasal statüler gerektireceğini iddia etmiştir (yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri kararı, p.119). Bu bağlamda Hükümet, diğer konuların yanı sıra, ceza hukuku, işlenen suçlara dair işkence cezası verilmesi ve kadınların statüsü gibi Şeriatla ilgili hükümlerin, Sözleşme ve laiklik ilkesiyle tamamen uyumsuz olduğunu vurgulamıştır.

95. Başvurucu açısından ise Hükümet, başvurucunun, hekimlik alanında, tıbbi çalışmalarını sürdürmeyi seçtiğini; muhafazakâr dinî yaklaşımın, hijyen gerekleriyle şüphesiz uyumsuz olduğuna ve erkek hastalara ayrımcı davranmakla sonuçlanacağına dikkat çekmiştir.

96. 19 Kasım 2002 tarihli duruşmada, Hükümet, radikal dinî hareketlere dahil öğrencilerden gelen baskıdan diğer öğrencilerin yakınmalarını takiben, İstanbul Üniversitesi yetkililerinin önleyici tedbir olarak, çarşaf giyen ya da sakallı öğrencilerin üniversite binalarına girişini sınırladığını belirtmiştir. Yetkililer yönetmeliğin hazırlanışı sırasında, geçmişte İstanbul Üniversitesi'nin karşıt radikal gruplar arasındaki çatışmalara sahne olmasını ayrıca dikkate almıştır. Yetkililer, dinî simgelerin kullanılmasını düzenlerken, kurumların tarafsızlığını korumayı istemiştir.

2. Mahkeme'nin Görüşü

a. İlgili ilkeler

97. Tek ve aynı nüfus içinde, çeşitli dinlerin bir arada varolduğu demokratik toplumlarda, birinin dinini ya da inancını ifade etme özgürlüğü üzerine kısıtlamalar koymak, değişik grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı duyulmasına sağlamak için zorunlu olabilir (yukarıda anılan Kokkinakis kararı, p.18, 33).

98. Mahkeme, Karaduman/Türkiye (no: 16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, p.93) ve Dahlab/İsviçre (no: 42393/98, AİHM 2001-V) kararlarında, Sözleşme organlarının, demokratik bir toplumda, eğer türban giyilmesi takip edilen kamu düzeni, kamu güvenliği ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla uyumsuz ise, Devletin türban giyilmesini kısıtlamak için yetkili olduğuna karar verdiklerine dikkat çekmektedir. Yukarıda anılan Dahlab davasında başvuru, küçük çocuklardan sorumlu olan bir sınıf öğretmenidir; Mahkeme, diğer konuların yanı sıra Kuran'ın kadınlara yüklemiş olduğu yükümlülükle cinsiyet eşitliği ilkesi arasında bir uzlaşma sağlamanın güç olduğunu dikkate alarak, başvuru-cunun giydiği eşarabın "*güçlü dış sembol*" etkisi taşıdığını ve herhangi bir proselitist etkiye sahip olup olmadığını sorgulamıştır.

99. Aynı şekilde Mahkeme, Türkiye'de laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı duyulmasıyla uyumlu olduğunu ve laikliğin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde Devletin temel ilkelerinden biri olduğunu daha önce de belirtmiştir (yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri, p.93). Nüfusun çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka bir dine bağlı olan öğrenciler üzerinde baskı uygulanmasından dolayı, belirli radikal dinî hareketleri engellemek için üniversitelerin önlemler alması haklı görülebilir. Bu çerçevede, laik üniversiteler, farklı inançlara sahip öğrenciler arasında barışın tesisini sağlamak amacıyla, bu tür ifadelerin yeri ve usulü açısından kısıtlamalar getirerek, beyan edilen dinî sembollerin ve törenlerin gösteri-

mini düzenleyebilir ve böylelikle kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını koruyabilir (yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri, 95).

100. Mahkeme, aynı zamanda, Sözleşme mekanizmasının rolünün temel olarak ikincil olduğunu belirtmektedir. Mahkeme kendi içtihatlarında, prensip olarak ulusal yetkililerin, yerel koşulları ve gereksinimleri, uluslararası bir mahkemeye göre çok daha iyi şekilde değerlendirme konumuna sahip olduğunu belirtmiştir (bkz. diğerleri arasında, 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı, Seri A no: 24, 48). Dolayısıyla ilgili yasal çerçevede ve hem de yürütülen özel önlem açısından, müdahale için “zorunluluğun” ilk değerlendirmesi/takdiri ulusal yetkililere aittir. Bu şekilde, değerlendirmenin sınırı, ulusal yetkililere bırakılmakla birlikte, yetkililerin kararı, Sözleşme koşullarına uygunluk açısından, mahkemenin incelemesine tâbidir (bkz. mutadis mutandis, Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık [GC], no. 63022/97, 101, AİHM 2003-VIII).

101. Devletlere bırakılan takdir yetkisinin sınırları belirlenirken, Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakkın önemi, yasaklanan faaliyetlerin doğası ve yasaklamaların amacı dikkate alınmak zorundadır (bkz. mutadis mutandis, Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 101 ve 25 Eylül 1996 tarihli, Buckley/Birleşik Krallık kararı, Raporlar, 1996-IV, p.122, 76). Devlet ve dinler arasındaki ilişkilere dair sorunların riskli olduğu durumlarda, söz konusu meseleler açısından (Demokratik bir toplumda) makul ve geniş ölçüde düşünce ayrışmaları olabilir. Bu tür durumlarda ulusal karar mekanizmasının yerine getirdiği role özel bir önem verilmelidir (bkz, mutadis mutandis, yukarıda sözü edilen Cha’ara Shalom Ve Tsedek kararı, 84 ve 25 Kasım 1996 tarihli, Wingrove/Birleşik Krallık kararı, Raporlar, 1996-V, s. 1958, p. 58). Bu tür davalarda, farklı çıkarlar ve tehlikede olan diğerlerinin hakları ve özgürlükleri, yurttaşlar arasında huzursuzluğun önlenmesi, kamu düzeninin gerekleri ve çoğulculuk arasında sağlanmak durumunda olan adil dengenin hesaba katılması zorunludur (bkz, mutadis mutandis, yukarıda sözedilen Kokkinakis kararı, 31; 26 Eylül 1996 tarihli, Manoussakis ve Diğerleri/Yunanistan kararı, Raporlar 1996-IV, s. 1364, p.44 ve yukarıda sözü edilen Casado Coca kararı) .

102. Sözleşmeciler Devletler, eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesine ilişkin bir düzenleme yaptığında, kuralların konusu ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine farklılık gösterdiğinden, takdir hakkının sınırı özellikle Devletin kendi yapısına uygun olmaktadır (bkz, yukarıda 53-57 paragraflar) ve “kamu düzeni” ve “diğerlerinin haklarının korunması” gereğine ilişkin benzeş Avrupa konsepti yoktur (yukarıda sözü edilen Wingrove kararı, 58 ve Casado Coca kararı, 55). Bu bağlamda, eğitimin doğasının kural koyucu bir takım yetkileri kaçınılmaz kıldığını belirtmek gerekir (bkz, mutadis mutandis, 7 Aralık 1976 tarihli, Kjeldsen,

Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka kararı, Seri A no: 23, s. 26, p. 53; 12 Mart 1981 tarihli X/Birleşik Krallık, Komisyon kararı, no. 8160/78, DR, 22, s. 27; 40 anne/İsveç, no. 6853/74, 9 Mart 1977 tarihli Komisyon kararı, DR 9, s. 27). Bu elbette, Avrupa denetimini engellemez; özellikle bu tip düzenlemeler, Sözleşme tarafından kutsal bulunan diğerlerinin haklarıyla çatışmaya, çoğulculuk ilkesinin ihlaline ya da kişinin inancını ya da dinini ifade etme özgürlüğünü bütünüyle reddetmeye asla neden olamaz (bkz, mutadis mutandis, 23 Temmuz 1968 tarihli, Belçika'da eğitimde kullanılan dillere dair yasaların belirli veçheleriyle ilgili dava/Belçika kararı, Seri A, no.6, s. 32, p.5 ve Yanaşık/Türkiye, no. 14524/89, 6 Ocak 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s.14).

b. Daha Önce Belirtilen İlkelerin Mahkeme Önündeki Davaya Uygulanması

103. Üniversite dahilinde türban giyen Bayan Şahin gibi öğrencilerin haklarına yer ve usul açısından birtakım sınırlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli yönergenin neden olduğu müdahalenin "*zorunluluğunu*" takdir etmek için, Mahkeme, yönergeyi yasal ve sosyal koşullar bağlamında ele almak ve davanın kendi koşulları ışığında incelemek zorundadır. Haliha-zırdaki davaya uygulanabilir mevcut ilkeler dikkate alınarak, Mahkemenin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, güdülen amaçlarla orantılı ve müdahale için gösterilen gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır.

104. Müdahalenin dayandığı temel konusunda, özellikle, birbirini tamamlayan ve sağlamlaştıran iki ilkenin -laiklik ve eşitlik- dikkate alındığı öncelikli olarak göz önüne alınmalıdır (bkz.yukarıda, 34. ve 36. paragraflar).

105. Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, laiklik ilkesinin Türkiye'de, diğerlerinin yanı sıra, yurttaşların yasa önünde eşitliği ilkesinin, din özgürlüğünün ihlal edilemezliği ilkesinin -bireyin vicdanından kaynaklandığı ölçüde- ve demokratik değerlerin garantörü olduğunu ifade etmiştir (bkz, yukarıda 36. paragraf). Laiklik ayrıca, bireyi dış baskıdan da korumuştur. Mahkeme, söz konusu değerleri ve ilkeleri savunmak için kişinin dinini ifade etme özgürlüğüne kısıtlamalar getirilebileceğini eklemiştir.

106. Laikliğin bu nosyonu, Mahkemeye, Sözleşme'nin dayanağını oluşturan değerlerle uyumlu görünmektedir ve Mahkeme, Türkiye'deki demokratik sistemin korunması zorunluluğunun göz önüne alınmış olması nedeniyle, söz konusu ilkenin desteklendiğini kabul etmektedir.

107. Mahkeme, ayrıca, kadın haklarına ilişkin Türk Anayasal Sistemi'nde yer alan vurguya dikkat etmektedir (bkz. yukarıda 28. paragraf).

Cinsiyet eşitliği, -Avrupa Konseyine üye Devletlerce ulaşılmış bir hedef ve Sözleşmede altı çizilen anahtar ilkelerden biri olarak Avrupa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir- (bkz. diğer kararların yanı sıra, 28 Mayıs 1985 tarihli, Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık, Seri A, no.77, s. 38, p. 78; 24 Haziran 1993 tarihli, Schuler-Zgraggen/İsviçre kararı, Seri A, no. 263, s. 21-22; 22 Şubat 1994 tarihli, Burgharz/İsviçre kararı, Seri A no. 280-B, s. 29, p. 27; 21 Şubat 1997 tarihli, Van Raalte/Hollanda kararı, Raporlar, 1997-I, s. 186, p. 39; 27 Mart 1998 tarihli, Petroviç/Avusturya kararı, Raporlar, 1998-II, s. 587, p. 37). Anayasada altı çizilmiş değerler içinde kesin bir ilke olarak Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da dile getirilmiştir (bkz, yukarıda 36. paragraf).

108. Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi gibi mahkeme de, türban sorunu Türk toplumunun kendi koşulları içinde ele alınırken, dinin zorunlu bir gereği olarak savunulan veya algılanan bu tür bir sembolün giyilmesinin, bu sembolü giymeyi tercih etmeyenler açısından birtakım etkiler yaratabileceğine dikkat çekmektedir. Halihazırda belirtildiği üzere (bkz, yukarıda sözü edilen Karaduman ve paragraf 95’de belirtilen Refah Partisi ve Diğerleri kararları) tartışma konusu meseleler, nüfusun çoğunluğunun İslam inancını kabul etmesine rağmen, kadın haklarına ve laik yaşam anlayışına sıkı bir şekilde bağlı olduğunu belirten bir toplumda, “diğerlerinin haklarının korunması” ve “kamu düzeninin devamı” hususlarını içermektedir. Dolayısıyla bu alandaki özgürlüğe getirilen sınırlamalar, sözü edilen bu iki meşru amacı gerçekleştirme amacıyla, özellikle Türk mahkemelerinin söz konusu dini simgenin geçmiş yıllarda politik anlamda ele alındığını ifade etmiş olmaları nedeniyle (bkz, 32. ve 34. paragraflar), sosyal gereksinimlerin gereğinin yerine getirilmesi olarak değerlendirilebilir.

109. Mahkeme, toplumun tamamı açısından dini temelde kurulan bir toplum düşüncesini ve kendi dinî simgelerini uygulamaya çalışan aşırı politik hareketlerin Türkiye’deki varlığını göz ardı etmemektedir (bakınız 32. ve 33. paragraflar). Mahkeme, Sözleşme hükümlerine uygun olarak, her bir Sözleşen Devletin kendi tarihsel deneyimleri uyarınca bu tür politik hareketlere karşı birtakım önlemler alabileceğini geçmişte ifade etmiştir (yukarıda söz edilen Refah Partisi ve diğerleri kararı paragraf 124). Yukarıda söz edilen meşru amaçların yerine getirilmesini, dolayısıyla üniversitedeki çoğulculuğu korumayı amaçlayan önlemlerden birini oluşturan söz konusu yönetmeliğin, bu bağlamda ele alınması gerekmektedir.

110. Yukarıda belirtilen arka planı göz önüne alarak, Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere, üniversitelerde dinî simgelerin giyilmesine getirilen yasaklamanın temelini oluşturan düşünce bir laiklik ilkesidir. Çoğulculuk değerlerinin, diğerlerinin haklarına saygının ve özellikle yasa önünde kadın ve erkeğin eşit olduğunun öğretildiği ve hayata

geçirildiği bir konsepte, görülmekte olan davada dahil olmak üzere, kız öğrencilerin üniversitede buldukları sırada başlarını türbanla örtmelerine ve dini semboller kullanmalarına konuyla ilgili yetkilerce onay verilecek olması halinde, böylesine bir onayın laiklik değerlerine aykırı olarak değerlendirilmesi anlaşılabilir.

111. Başvurucu, üniversite yetkililerinin söz konusu önlemi uygulama şeklini eleştirmiştir (bkz, yukarıda 86-88. paragraflar). Buna karşın Mahkeme, Türk üniversitelerinde Müslüman öğrencilerin, devlet eğitiminin kurumsal gerekleri nedeniyle getirilen sınırlamaları aşmamak kaydıyla, Müslümanlığın gereği olan dinsel yükümlülükleri yerine getirmekte özgür olduklarının tartışmasız olduğuna dikkat çekmektedir. Buna ek olarak, 9 Temmuz 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi tarafından kabul edilen karar (bkz. yukarıda p. 45) bir dini veya inancı sembolize eden veya açığa vuran tüm giyinme şekillerini üniversite dahilinde yasaklayarak eşit bir temelde hareket etmiştir.

112. Yukarıda bahsedildiği üzere (bkz, p. 78) şu konu oldukça açıktır; Türk mahkemeleri türbanı Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirmiştir ve ayrıca türban giyimine ilişkin yönetmelik yıllardır yürürlüktedir (bkz, yukarıda 33, 34 ve 42. paragraflar). Dolayısıyla birtakım üniversitelerin söz konusu kuralları, bireylerin özellikleri ve kendi anlayışları bağlamında uygulamamış olmaları bu kuralların haksız olduğu sonucu doğurmaz. ya da üniversite yetkililerinin yasadan, üniversite yönetim kurallarından ve bireysel kursların zorunluluklarından kaynaklanan yetkilerini kullanmaktan feragat etmeleri de herhangi bir anlam ifade etmez. Bununla birlikte üniversitenin kıyafet hakkındaki politikası, yönetmeliği ve uyguladığı bireysel önlemler ne olursa olsun, tüm bunlar idare mahkemelerinde yargısal denetime tabidirler (bkz, yukarıda p. 51).

113. Ayrıca yönergenin yayınlanmış olduğu 23 Şubat 1998 tarihinde öğrencilerin türban giyip giymeyeceklerine ilişkin uzun tartışmalar meydana gelmiştir (bkz yukarıda 31, 33 ve 38. paragraflar). Söz konusu mesele 1994 tarihinde İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde ortaya çıktığı zaman, üniversite yetkilileri uygulanacak kurallar hakkında öğrencileri bilgilendirmişlerdir. Mahkeme, üniversite yetkililerinin türban takan üniversite öğrencilerini üniversiteye girmekten men etmek yerine, üniversite binalarında düzenin devamını sağlayarak, karar verme süreci boyunca söz konusu kişilerle diyalogo içeren kademeli bir çözümü tercih ettiklerini belirtmektedir.

114. Mahkeme, geçmişteki gelişmeler ışığında ve özellikle Sözleşen Devletlere bırakılan takdir yetkisi göz önüne alınarak, İstanbul Üniversitesi'nin başörtü giymeyi yasaklayan yönetmeliğinin ve uygulanan önlemlerin prensip olarak haklı ve amaçla orantılı olduğunu ve "demokratik bir

toplumda zorunlu” olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

115. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 9.maddesi ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞMENİN 8. ve 10. MADDELERİ ile 9. MADDESİNİN ve 1 NO’LU PROTOKOLÜN, 2. MADDESİNİN 14. MADDE ile BAĞLANTILI OLARAK İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

116. Başvurucu yüksek eğitim kurumlarında türban giymeye getirilen yasaklamanın Sözleşme’nin 1 no’lu Protokolü’nün 2. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Başvurucu ayrıca söz konusu yasağın, öğrencileri eğitim veya dinden birisini tercih etmeye zorladığını, inanan ve inanmayanlar arasında bir ayırım yaptığını ifade etmiştir. Başvurucuya göre bu durum 14. madde ile bağlantılı olarak, Sözleşme’nin 9. maddesi tarafından garanti altına alınan hakları açısından haksız bir müdahale oluşturmuştur.

Başvurucu son olarak Sözleşme’nin 8. ve 10.maddelerinin ihlal edildiği yakınmasında bulunmuştur.

117. Mahkeme başvurucu tarafından ileri sürülen diğer Sözleşme hükümlerine dair, söz konusu koşulların ihlal tespit edilmeyen 9. madde ile bağlantılı olarak incelenen koşullarla aynı olması, ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığını

Mahkeme Bu Nedenlerle, Oybirliği İle

1. Hükümetin ilk itirazının reddine;

2. Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine ;

3. Sözleşme’nin 8. ve 10. maddeleri ile 9.maddesinin ve 1 no’lu Protokol’ün 2. maddesinin, 14. madde ile bağlantılı olarak ayrı bir meselenin ortaya çıkmadığına,

karar verir.

Fransızca ve İngilizce olarak hazırlanan bu metin (Fransızca hali orijinal olup), Mahkeme İçtüzüğü’nün 77-2 ve 3. maddelerine uygun olarak, 29 Haziran 2004 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

- II -**(Thlimmenos / Yunanistan Davası)****Başvuru No: 34369 / 97****Karar Tarihi: 6 Nisan 2000**Çeviren: Av. Serkan CENGİZ¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Büyük Daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı;

Başkan: L. Wildhaber

Yargıçlar: E. Palm, L. Ferrari Bravo, L. Caflisch, J. P. Costa, W. Fuhrmann, K. Jungwiert, M. Fischbach, B. Zupancic, N. Vajic, J. Hedigan, M. Tsatsa-nikolovska, W. Thomassen, T. Pantiru, E. Levits, K. Traja, G. Koumantos,

Kayıt Memuru: P. J. Mahoney.

1 Aralık 1999 ve 15 Mart 2000 tarihlerinde yapılan özel oturumlarda gereği görüşüldükten sonra 15 Mart 2000 tarihinde aşağıdaki gibi karar verilmiştir.

USUL

1. Dava Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 11 no'lu Protokolü'nün yürürlüğe girmesinden önce uygulanan hükümlere uygun olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) tarafından 22 Mart 1999 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (Mahkeme) gönderilmiştir (11 no'lu Protokol madde 5/4 ve Sözleşme'nin eski 47. ve 48. maddeleri).

2. Dava, Sözleşmenin önceki 25. maddesi uyarınca Yunan vatandaşı bay İakovos Thlimmenos ("*başvurucu*") tarafından, Yunanistan¹¹ aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na 18 Aralık 1996 tarihinde 34369/97 no ile yapılan başvurudan kaynaklanmıştır. Başvurucu, sözleşmeli muhasebeci görevine atanma işleminin, askeri üniforma giyme emrine itaatsizlik etmesinden kaynaklanan ceza mahkumiyeti gerekçesiyle (emre itaatsizlik

¹⁰ İzmir Barosu üyesi

¹¹ Kararın özgün İngilizce metninde, "*Helen Cumhuriyeti*" olarak anılmaktadır, ç.n

Başvurucunun dini inançlarından dolayıdır) reddedilmesinin Sözleşme'nin 9. ve 14. maddelerinin ihlaline yol açtığını, ayrıca Yüksek İdare Mahkemesi'nde (Danıştay) bu konuyla ilgili olarak açtığı davanın Sözleşme'nin 6/1. maddesine uygun olarak yürütülmediğini iddia etmiştir. Başvurucu davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında Yunan Hükümeti'nin görüşlerine cevaben 20 Ekim 1997 tarihinde sunduğu görüşlerinde, Sözleşme'nin 1 no'lu Protokolü'nün 1. maddesinin de ihlal edildiği yakınmasında bulunmuştur.

3. Komisyon 12 Ocak 1998 tarihinde başvuruyu kısmen kabul edilebilir olarak ilan etmiştir. Komisyon 4 Aralık 1998 tarihli raporunda (Sözleşme eski 31. madde); Sözleşmenin 9. maddesinin 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini (22'ye karşı 6 oyla), ayrıca Sözleşme'nin 9. maddesinin tek başına ihlal edilip edilmediği hususunda herhangi bir incelemeye gerek olmadığını (21'ye karşı 7 oy) ve Sözleşmenin 6/1 maddesinin ihlal edilmiş olduğunu (oybirliğiyle) dile getirmiştir.

4. 31 Mart 1999 tarihinde Büyük Daire paneli¹² davanın Büyük Daire tarafından karara bağlanması gerektiğine karar vermiştir (Mahkeme İç Tüzüğü 100/1). Yunanistan Hükümeti tarafından seçilen ve davanın Komisyondaki incelemesine de katılan yargıç bay C. ROZAKİS, Büyük Daire oturumundan çekilmiştir (Mahkeme iç Tüzüğü madde 28). Hükümet bay G.KOUMANTOS'ı bu dava özelinde oturumlara katılması amacıyla görevlendirmiştir (Sözleşme madde 27/2 ve Mahkeme İç Tüzüğü madde 29/1).

5. Duruşma, 1 Aralık 1999 tarihinde Strasbourg'ta bulunan İnsan Hakları Binası'nda halka açık olarak gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme Huzurunda :

a. Hükümet tarafı,

P. Georgakopoulos, Yasal Danışman,

Devlet Hukuk Kurulu Ajan Delegasyonu: K. Georgiadis, Yasal Asistan, Devlet Hukuk Kurulu Danışman

b. Başvurucu tarafı,

N. Alivizatos, Atina Barosu Üyesi,

Mahkeme bay Alivizatos ve bay Georgiadis'in sunumlarını dinlemiştir.

¹² Büyük Daire Paneli: Büyük daire içindeki 5 Kişiden oluşan yargıç heyetidir.

OLGULAR HAKKINDA

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

A. Başvurucunun Emre İtaatsizlik Nedeniyle Mahkumiyeti

6. Bir askeri yargıç ve dört subaydan oluşan Atina Daimi Askeri Mahkemesi (Diarkes Stratodikio) genel seferberlik sırasında askeri üniformayı giymeyi reddetmesinden kaynaklanan itaatsizlik gerekçesiyle Yehova Şahidi olan başvurucunun 9 Aralık 1983 tarihinde mahkumiyetine karar vermiştir. Askeri Mahkeme, Askeri Ceza Yasası'nın 70/d maddesi ve Ceza Yasasının 84/2-a maddesi hükümleri uyarınca hafifletici sebepleri de göz önüne alarak başvurucuyu 4 yıl hapis cezasına mahkum etmiş ve Şartlı Tahliye Yasası uyarınca başvurucu, 2 yıl 1 gün sonra serbest bırakılmıştır.

B. Başvurucunun Sözleşmeli Muhasebeci Görevine Atanmasının Reddedilmesi

7. Başvurucu (Yunanistan'da serbest meslek olan) sözleşmeli muhasebecilik görevine yapılacak 12 kişilik atama için Haziran 1988 tarihinde açılan genel sınava girmiş ve 60 aday arasında ikinci olmuştur. Buna rağmen, Yunanistan Sözleşmeli Muhasebeciler Kurumu İdare Heyeti (bundan sonra İdare Heyeti olarak anılacaktır) 8 Şubat 1989 tarihinde başvurucunun ağır cezadan mahkum edildiği gerekçesiyle muhasebeci olarak atanmasını reddetmiştir.

C. Yüksek İdare Mahkemesi Önündeki Yargılama

8. Başvurucu 8 Mayıs 1989 tarihinde Yunanistan Yüksek İdare Mahkemesi'ne (Danıştay) başvurmuş ve başvurusunda; diğer gerekçelerin yanında Anayasa ve Sözleşme tarafından güvence altına alınmış özgürlüğü ve kanun önünde eşitlik hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ayrıca kendisinin ağır bir suçtan değil, daha az ciddi bir suçtan dolayı mahkum olduğunu da ileri sürmüştür.

9. Davanın duruşması, 18 Nisan 1991 tarihinde Danıştay 3. Dairesi'nde yapılmıştır. Daire, dava konusu meselenin taşıdığı önem nedeniyle 25 Mayıs 1991 tarihinde dosyayı Dava Daireleri Genel Kurulu'na gönderme kararı vermiştir. Dairenin konuyla ilgili görüşü şöyledir: "...3329/1955 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesi kamu hizmetine atanma koşullarına sahip olmayan bir kimsenin sözleşmeli muhasebeci olarak atanamayacağı hükmüne gönderme yapmaktadır. Ayrıca Devlet Memurları Yasası'nın 22/1. maddesi uyarınca ağır cezadan mahkum olan bir kimse kamu hizmeti yapamaz. Bu hükmünde kastedilen mahkumiyet, Anayasa'nın 87/1. maddesi uyarınca kurulmuş olan mahkemeler

tarafından verilen mahkumiyetlerdir. Ancak, Daimi Askeri Mahkemelerdeki durum bu değildir. Çünkü, bu mahkeme üyelerinin çoğunluğu sivil yargıçların sahip olduğu ve Anayasanın 96/5 maddesinde belirtilen bağımsızlık güvencesinden yararlanmamaktadır. Sonuç olarak, Başvurucunun Atina Daimi Askeri Mahkemesi tarafından mahkum edilmesi değerlendirmeye alınamaz nitelikte bulunmuştur.”

10. 21 Ocak 1994 tarihinde, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu (DDGK) huzurunda bir duruşma yapılmıştır. Kurul, 11 Kasım 1994 tarihinde İdare Heyeti'nin, Yunanistan Devlet Memurları Yasası 22/1 maddesi uyarınca, Atina Daimi Askeri Mahkemesi tarafından Başvurucu hakkında verilen mahkumiyet kararının (sözleşmeli muhasebeci olarak atanmasının reddi kararı) yasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Anayasa'nın 96/5. maddesi Askeri Mahkemelerin yapılarını değiştirecek yeni yasanın yürürlüğe gireceği ana kadar, eskiden olduğu gibi faaliyet göstermeye devam edecekleri hükmünü içermektedir. Böyle bir yasa henüz yürürlüğe girmiş değildir. Danıştay ayrıca dosyanın 3. Daire'ye gönderilmesine ve dosya ile ilgili diğer hususların bu daire tarafından karara bağlanacağına da hükmetmiştir.

11. 11 Kasım 1994 tarihinde verilen karar oy çokluğu ile alınmıştır. Karara muhalif kalanlar şu hususa dikkat çekmişlerdir: Anayasa, sivil yargıçların bağımsızlığı için ihtiyaç duyulan garantilerin mevcut askeri mahkemeleri de kapsamasının gerekliliğine işaret eden kanun tasarısı (madde 96/5) hariç bırakılarak yürürlüğe girmiştir. Anayasanın yürürlük tarihinden bu yana geçen toplam 9 yıl boyunca ilgili madde yürürlüğe girmemiştir.

12. Danıştay 3. Dairesi'nde 26 Ekim 1995 tarihinde bir duruşma daha yapılmıştır. Daire, İdare Heyeti'nin başvurucuyu sözleşmeli muhasebeci olarak atamama kararının başvurucunun dinsel inançlarına değil, cezai yaptırım gerektiren bir suç işlediği gerekçesine dayalı olduğunu ileri sürerek, başvurucu bay Thlimmenos'in dosyanın tekrar incelenmesi istemini 28 Haziran 1996 tarihinde reddetmiştir.

II. KONUyla İLGİLİ İÇ HUKUK

A. Sözleşmeli Muhasebeci Görevine Atanma

13. Yunanistan'da 30 Nisan 1993 tarihine kadar yalnızca Yunanistan Muhasebeciler Kurumu üyeleri sözleşmeli muhasebecilik hizmeti vermektedirler.

14. Cumhurbaşkanlığı'nın 15/1999 no'lu Kararnamesi'nin 5. maddesiyle değiştirilen 3329/1955 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesi, kamu hizmeti yapma şartlarını taşımayan bir kimsenin sözleşmeli muhasebeci olarak atanamayacağı hükmünü içermektedir.

15. Devlet Memurları Yasası'nın 22/1. maddesi ağır cezaya mahkum edilen bir kimsenin kamu hizmetinde görevlendirilemeyeceği hükmünü içermektedir.

16. Sözleşmeli Muhasebeciler Kurumu'nun konuyla ilgili tekel yetkilerine 30 Nisan 1993 tarihinde son verilmiş ve bir çok sözleşmeli muhasebeci Sözleşmeli Murakıplar Limitet Şirketi'nin üyesi olmuştur.

B. Emre İtaatsizlik Suçu

17. 1995 yılına kadar yürürlükte olan Askeri Ceza Usul Yasası'nın 70. maddesi uyarınca:

“ Üstü tarafından bir görevi yapması için emir alan silahlı kuvvetler mensubu şayet başarısız olursa veya bu emri yerine getirmeyi reddederse cezalandırılır-

a. Şayet söz konusu eylem düşman önünde veya silahlı ayaklanma halinde işlenirse, ölümle;

b. Savaş zamanında veya silahlı ayaklanma veya bir devletin kuşatması veya genel seferberlik halinde, ölümle veya eğer indirim nedenleri varsa, ömür boyu hapis ile veya en az 5 yıl hapis cezası ile ve

c. Bunlar dışındaki tüm diğer hallerde 6 ay 2 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır.”

18. Başvurucunun tutuklandığı tarihlerde 506/1974 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi nedeniyle, Yunanistan genel seferberlik halinde kabul ediliyordu. Söz konusu Kararname halen yürürlüktedir.

19. Yunanistan Ceza Yasası'nın 84/2. maddesi suç öncesinde dürüst bir yaşam sürenlerin daha düşük bir cezaya mahkum edilebileceği hükmünü içermektedir.

20. 1995 yılına kadar yürürlükte kalan Askeri Ceza Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, en az 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılacak suçlar ağır ceza olarak değerlendiriliyordu. Beş yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar ise hafif suç olarak değerlendiriliyordu.

21. 1995 tarihinde yürürlüğe giren yeni Askeri Ceza Yasası uyarınca, savaş halinde veya düşman cephesinde meydana gelmeyen emre itaatsizlik hafif suç olarak değerlendirilmektedir.

C. Vicdani Ret Hakkı

22. 731/1977 sayılı Yasanın 2/4 no'lu bölümü uyarınca, silahsız askerlik hizmetini dini inançları nedeniyle yapmayı reddedenler, söz konusu silah-

sız askeri hizmet süresine eşdeğer bir süre kadar hapis cezasına mahkum edilirler, bu süre 5 seneden azdır.¹³

23. 27 Haziran 1997 tarihinde yürürlüğe giren 2510/1997 sayılı Yasa, vicdani retçilere askeri hizmet yerine sivil hizmet yapabilme hakkı vermektedir. Söz konusu yasanın 23/1. ve 4. maddeleri uyarınca, geçmişte emre itaatsizlik nedeniyle mahkum edilmiş kişilere vicdani retçi olarak tanınmaları için başvuru şansı sağlanmıştır. Bu türden tanınmanın etkilerinden birisi, söz konusu mahkumiyet kararının kişinin adli sicil kaydından çıkarılmasına olanak sağlanmasıdır.

25. 2510/1997 sayılı yasanın 23/1. ve 4. maddesi uyarınca (tanınma) başvurular 1 Ocak 1998 tarihinde başlayan 3 aylık hak düşürücü süre içinde yapılmak zorundadır. Bu başvurular Ulusal Savunma Bakanlığı'na vicdani retçilerin tanınması hususunda danışma hizmeti veren ilgili komisyon tarafından incelenmiştir. Komisyon 2510/1997 sayılı Yasanın 18. maddesine başvurmak zorunda kalmıştır. Yasa;

"Askerlik hizmetini sahip oldukları dinsel veya ideolojik inançları gerekçesine dayanarak vicdani sebeplerle yerine getirmeyen kişiler vicdani retçi olarak kabul edilebilirler...." demektedir.

İLGİLİ YASA

DAVANIN KAPSAMI

25. Başvurucu Komisyon'a yaptığı başvuruda, yetkililerin kendisini sözleşmeli muhasebeci görevine atamaması işlemi hakkında Sözleşme'nin 9. ve 14. maddelerinin; Atamanın reddi işlemine karşı açtığı davalar nedeniyle de Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiği yakınmasında bulunmuştur. Başvurucu Hükümetin başvurunun kabul edilebilirliği ve başvurunun esası hakkındaki görüşlerine cevaben sunduğu görüşlerinde, ilk kez 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesinin de ihlal edildiği yakınmasında bulunmuştur. Komisyon bu son yakınmayı Sözleşme tarafından öngörülen 6 aylık süre içinde yapılmadığı gerekçesiyle kabul edilemez olarak ilan etmiştir.

26. Başvurucu Mahkemeye sunduğu son görüşlerinde, Mahkemenin 1 no'lu Protokolün 1. maddesi uyarınca söz konusu (mülkiyet hakkı) yakınmasını incelemeye yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Ancak, bu yakınma ilk başvuru dilekçesinde ortaya konmamış, sadece yakınmanın temelini oluşturan gerekçeler belirtilmişti. Sözleşme organlarına bu yasal yakınmaları değerlendirme/nitelendirme yetkisi verilmiştir.

¹³ Özgün metinden anlaşıldığı kadarıyla, o dönemde Yunanistan'da kişilere silah taşımadan askerlik hizmeti yapma şansı tanınmaktadır, çn.

27. Mahkeme, dava üzerindeki yargılama/değerlendirme yetkisi kapsamının Komisyon tarafından söz konusu başvuruya ilişkin verilen kabul edilebilirlik kararı ile belirlendiğini anımsatmaktadır (Bkz: Sürek/Türkiye Kararı (no.1) [GC], no.26682/95 para. 40, AİHM 1999 IV). Ayrıca Mahkeme, Komisyon'la koşut olarak 1 no'lu Protokol'ün 1.maddesi uyarınca ileri sürülen yakınmayı kabul edilebilir olarak ilan edilen yakınmalardan ayrı görmektedir.

II. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZI

28. Hükümet başvurucunun 2510/1997 sayılı yasanın 23/1 ve 4. maddelerinin sağladığı prosedürü kullanarak yukarıda açıklanan sonuçlardan geçmişte kaçınma şansının olduğunu iddia etmiştir. Hükümet ayrıca, başvurucunun Anayasa'nın 47/1. maddesi uyarınca geçmişte aftan yararlanmak için başvurabilme olasılığının olduğunu da ileri sürmektedir. Buna karşın Hükümet, başvurucunun (2510/1997 tarihli yasa uyarınca vicdani retçi olarak tanınsa bile) mahkumiyet nedeniyle geçmişte maruz kaldığı önyargı/zarar için herhangi bir tazminat edinemeyeceğini kabul etmiştir.

29. Başvurucu 2510/1997 sayılı Yasa'nın 23/1 ve 4. maddelerinde öngörülen 3 aylık hak düşürücü süreden haberdar olmadığını ve dolayısıyla süreyi kaçırmış olduğunu; bütün bunların yanında ilgili yasa hükümlerinin anlaşılabilir olduğunu ve sadece birkaç vicdani retçinin geçmişteki mahkumiyetlerini adli sicil kayıtlarından silmede başarılı olduğunu ileri sürmüştür.

30. Mahkeme şunu belirtmiştir: Şayet başvurucu söz konusu hak düşürücü içinde ilgili yasa uyarınca başvursaydı; dini inançları nedeniyle silahlı kuvvetlerde görev yapmadığı iddiası, Ulusal Savunma Bakanlığı'na ilgili yasadan yararlanmak için başvuran kişilerin vicdani retçi olarak tanınması veya tanınmaması gerektiği konusunda öneride bulunacak olan Komisyon tarafında incelenecekti. Buna karşın söz konusu Komisyon veya Bakanlık belirli derecede takdir yetkisine sahip olmaları nedeniyle başvurucunun iddiasını onaylamak zorunda değildiler (Bkz., prgf. 24 ve 25). Taraflarca da kabul edildiği gibi, 2510/97 sayılı Yasa'nın 23/1 ve 4. madde hükümleri mahkumiyete ait kayıtların adli sicil kaydından sildirilmesine olanak sağlamasına rağmen, geçmişteki mahkumiyet nedeniyle başvurucunun o zamana kadar maruz kaldığı önyargı için herhangi bir giderim ödenmesini sağlamamaktadır. Başvurucu af konusunda da yine aynı gerekçeyle, yani söz konusu başvurusunun kabul edilmesinden emin olamadığı için ve her koşulda onaylansa bile herhangi bir giderim alamayacağı için başvuruda bulunmamıştır.

31. Her koşulda Mahkeme şuna dikkat çekmektedir: Hükümet anlaşıldığı kadarıyla Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde başvurucaunun mağdur statüsüne ilişkin ilk itirazda bulunmuştur. Bu itiraz Komisyon'un başvurucaunun kabul edilebilirliği hakkındaki incelemesi sırasında ileri sürülmemiştir. 2510/1997 sayılı Yasanın, Komisyon'un kabul edilebilirlik kararı öncesinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle söz konusu ilk itirazın, iç hukuktaki yargılamanın herhangi bir aşamasında ileri sürülmesini engelleyen bir durum yoktur. Mahkeme bu nedenle Hükümetin ilk itiraz olarak ileri sürdüğü bu hususu reddeder (Bakınız Nikolova/Bulgaria Kararı [GC] no.31195/96, Parag.44, AİHM 1999-II).

III. SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİNİN 9. MADDESİ İLE BAĞLANTILI OLARAK İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

32. Mahkeme, başvurucaunun emre itaatsizliğinden kaynaklanan ilk mahkumiyeti hakkında bir yakınmada bulunmadığını; Ağır bir suçtan mahkum olan kişilerin sözleşmeli muhasebeci görevine atanmasına engel olan yasanın söz konusu kişilerin dini inançları nedeniyle ve diğer nedenlerden dolayı mahkum olanlar şeklinde bir sınıflandırmaya gitmemiş olmasından dolayı yakınmada bulunduğunu belirtmektedir. Başvuruca Sözleşme'nin 14. maddesinin 9. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini belirtmektedir. İlgili maddeler aşağıda verilmiştir:

Madde 14 :

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

Madde 9 :

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din ve inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapma suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

A. Mahkeme Önündeki İddialar

33. Başvuruca sözleşmeli muhasebecilik görevine atanmayışının doğrudan dini inançlarıyla bağlantılı olduğunu ve dolayısıyla Sözleşme'nin 9.

maddesi kapsamına girdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, silahlı kuvvetlerde görev yapmayı reddetmesi nedeniyle söz konusu kadroya atanmamış olduğuna ve söz konusu ret kararı ile bağlantılı olarak (Yehova Şahidi) dini inançlarını açığa vurduğuna işaret etmektedir. Başvurucu ayrıca, dini inançları nedeniyle silahlı kuvvetlerde görev yapmayı reddetmiş birinin sözleşmeli muhasebecilik görevinin dışında bırakılmasının yararlı bir amaca hizmet etmeyeceğini iddia etmektedir. Başvurucunun görüşüne göre, ilgili yasa hükmünün ağır cezaya mahkum edilmiş herkesi dışarıda bırakmaması gerekirdi. Başvurucu, dışarıda bırakılmanın yasallığının mahkumiyete neden olan suçun ve (atanılması olası) görevin doğasına bağlı olduğunu, bunlara suçlunun suçu işlemedeki nedenleri ile suç ve suçlunun eyleminden bu yana geçen zamanın da dahil olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle yetkililer tarafından göreve atanmasına değgin ret işleminin gerekli olmadığını belirtmektedir. Başvurucunun mensup olduğu Yehova Şahitleri (Bu inanç, silahlı kuvvetler bünyesinde görev yapmayı engelleyen zorunlu kurallara sahiptir) suçluların oluşturduğu diğer gruplardan farklıdır. Hükümetin bu farklılığı göz önüne almayı Sözleşmenin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi tarafından hoş görülmeyen bir ayrımcılığa neden olmuştur.

34. Hükümet şunları ileri sürmüştür: Sözleşme'nin 14. maddesi uygulanamaz, çünkü davayı oluşturan olgular Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında değildir. Ağır cezadan mahkum olan kişilerin böyle bir göreve atanmalarına engel oluşturan kuralı uygulamak zorunda olan yetkililer başka bir seçim şansına sahip değildiler. "Mahkumiyet" terimi geneldir, sorun olarak ortaya konan Yasa yansızdır ve kamu yararına hizmet etmiştir. Ciddi bir suç nedeniyle mahkum edilmiş olan bir kişi devlet memuru olarak tayin edilemez, aynı ölçüyle sözleşmeli muhasebecilik görevine de atanamaz. Bu yasaklama mutlak olmak zorundadır ve davalar arasında bir ayırım yapılamaz. Devletler cezai yaptırım bağlanan suçların, ağır suçlar ve diğerleri şeklindeki sınıflandırmasında geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Başvurucu genel seferberlik sırasında silahsız olarak askerlik vazifesini yapmayı reddederek ciddi bir suç işlemiş, ülkenin savunmasıyla bağlantılı olan bağımsızlığı ve güvenliği için topluma ve Devlete karşı olan çok önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmıştır. Sonuç olarak uygulanan yaptırım orantısız değildir.

35. Hükümet ayrıca şunu vurgulamıştır: Mahkeme başvurusunun ilk mahkumiyetini inceleme yetkisine sahip değildir. Söz konusu mahkumiyet, her koşulda başvurusunun dini inançları ile ilgili değildir. Askerlik hizmeti yükümlülüğü, din ve vicdan gerekçeleri temelinde bir ayırım yapmaksızın tüm erkek Yunan vatandaşları için öngörülmüştür. Ayrıca başvuru emre itaatsizlik nedeniyle mahkum olmuştur. Ordu disiplini, askerlerin kendilerine verilen emirleri onaylayıp onaylamamalarına bağlı olarak gerçekleştirilemez.

36. Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında Hükümet şunu ileri sürmüştür: Sözleşme'nin 14.maddesi uygulansa bile, ağır bir suçtan mahkum olmuş olan başvuru ve diğer kişiler arasında bir ayırım yapılmamasını haklı kılan makul ve objektif bir neden mevcuttur. Ortodoks veya Katolik Yunan vatandaşlarının da, şayet söz konusu kişiler ağır bir suç işlerlerse, sözleşmeli muhasebecilik görevinin dışında bırakılacaklarının ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

37. Komisyon şu hususu dikkate almıştır: Sözleşmenin 14. maddesine başvurulmuştur, çünkü davayı oluşturan olguların Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında olması yeterlidir. Komisyona göre, görülmekte olan davada söz konusu Sözleşme maddesi tarafından korunan haklara (Devlet tarafından) müdahale edilmiştir. Komisyon ayrıca şu konuyu da dikkate almıştır: Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yararlanmada bir ayırmacıya uğramama hakkı sadece benzer durumda olan kişilerin Devletler tarafından objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın farklı muameleye tabi tutulması halinde ihlal edilmiş olmaz. Aynı zamanda Devletlerin durumları farklı kişileri farklı muameleye tabi tutmasında başarısız olması halinde de ihlal edilmiş olur. Davanın koşulları çerçevesinde, sözleşmeli muhasebecilik görevine girişi düzenleyen hükümleri hazırlayanların silahlı kuvvetlerde hizmet etmeyi dini inançları nedeniyle reddederek mahkum olmuş kişilerle, diğer ağır suçlar nedeniyle mahkum olmuş kişiler arasında ayırım yapmamasında objektif ve makul bir haklılık yoktur.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

38. Mahkeme başvuru şikayetinin, aşağıdaki nedenler dolayısıyla Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi çerçevesinde değerlendirileceğine dikkat çeker.

39. Mahkeme şu hususu anımsatmaktadır: Sözleşme'nin 14. maddesi bağımsız bir niteliğe sahip değildir. 14. madde sadece Sözleşme ve Sözleşme Protokolleri'nde yer alan temel hükümler tarafından korunan haklar ve özgürlüklerle bağlantılı olarak etki doğurur. Buna karşın Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilirliği, söz konusu Sözleşme hükümlerinden bir veya birden fazlasının ihlal edildiği varsayımını doğurmaz. Bu bağlamda 14. madde özerktir. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilir olması için davanın konusu oluşturan olguların Sözleşme ve Sözleşme Protokolleri'nde yer alan temel hükümlerden birisinin kapsamı içine girmesini gerektirmektedir (Bakınız Inze/ Avusturya 28 Kasım 1987 tarihli karar, Seri A no.126, p.17, prag.36).

40. Mahkeme şunu belirtmektedir: Başvuru askeri üniforma giymeyi reddetmesinden kaynaklanan emre itaatsizlik nedeniyle mahkum olmuş ve

sonuç olarak sözleşmeli muhasebecilik görevine atanmamıştır. Dolayısıyla başvuru geçmişteki mahkumiyeti nedeniyle aynı kadroya başvuran diğer kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmuştur. Mahkeme bu tür bir muamele farklılığının belirli bir mesleğe girişle ilgili olması nedeniyle genel olarak 14. maddenin kapsamına girmediğini, meslek özgürlüğü hakkının Sözleşme tarafından garanti edilmediğini belirtmektedir.

41. Buna karşın Başvurucu, mahkum olmuş kişiler ile diğer kişilerin bir mesleğe girişini düzenleyen kurallardaki ayırım nedeniyle yakınmada bulunmamaktadır. Başvurucunun yakınması daha çok konuyla ilgili Yasa'nın uygulanmasında dini inançları nedeniyle işlenen suçlardan mahkum olan kişiler ve diğer suçlardan mahkum olan kişiler arasında hususi bir ayırımın yapılmamış olmasıyla ilgilidir. Bu çerçevede Mahkeme, başvurucunun pasifizmi kutsayan dini bir grup olan Yehova Şahidi üyesi olduğunu ve dosya kapsamında başvuru tarafından ileri sürülen "*dini inancının askeri üniforma giymesine mani olduğu iddiasının*" (Başvurucu askeri üniforma giymeyi reddetmiştir ve bunun sahip olduğu dini inanış tarafından engellendiğini düşünmektedir) aksini onaylayan herhangi bir delil olmadığına dikkat çeker. Başvurucunun iddiaları temel olarak dini inancın hayata geçirilmesi özgürlüğü hususunda (Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından garanti edildiği üzere) kendi şahında ayrımcılık yapıldığı, yani mahkumiyetin bu özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanmasına rağmen, kendisinin ağır bir suçtan mahkum edilmiş olan diğer kişiler gibi değerlendirildiği anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Mahkeme başvuru tarafından yakınılan olguların (Başvurucunun mahkumiyeti ile sonuçlanan olgunun dini inançlarından kaynaklanmasına rağmen sözleşmeli muhasebeci görevine atanma işlemi sırasında ağır bir suçtan mahkum olmuş bir kişi gibi değerlendirilmesi) 9. maddenin kapsamı içine girdiğini kabul etmektedir.

42. Mahkeme, Komisyon tarafından ortaya konulduğu gibi, Başvurucunun mahkumiyeti ve sonraki muhasebecilik görevine atanmaması işleminin (9. madde kapsamındaki haklar açısından) bir müdahale olup olmadığı hususunda inceleme yapmayı gerekli görmemektedir. Mahkeme, görülmekte olan davada, özellikle (Madde 4/3-b'nin lafzına rağmen) zorunlu askerlik hizmetine karşı çıkan vicdani retçilere bu türden yaptırımların uygulanmasının, Sözleşme'nin 9. maddesinin 1. fıkrasınca garanti edilen düşünce, vicdan, din özgürlüğünü kendi içinde ihlal edip etmeyeceği hususunda herhangi bir açıklama yapmak zorunda değildir.

43. Mahkeme bu güne kadar şuna dikkat çekmiştir: Sözleşmenin 14. maddesi (Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılmaması) Devletlerin benzer durumda olan kişileri objektif ve makul bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutması halinde

ihlal edilir (Bakınız yukarıda adı geçen İnze kararı, sayfa18 parag.41). Buna karşın Mahkeme şu hususa da dikkat çeker: 14. maddede belirtilen söz konusu ayrımcılık yasağı maddenin tek yüzü değildir. Yanı sıra, Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yaralanmada ayrımcılık yapılmaması hakkı Devletlerin, durumları önemli ölçüde farklı olan kişileri makul ve objektif bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutmaması halinde de ihlal edilmiş olur.

44. Sözleşme'nin 14. maddesi başvuruçunun yakınmasıyla ilgili ve 9. maddeyle bağlantılı olarak bu davada uygulanabilir.

45. Açıklama yapılacak bir diğer sorun Sözleşme'nin 14. maddesine uygun davranılıp davranılmadığıdır. Mahkeme, içtihatları uyarınca başvuruçunun ağır bir suçtan mahkum olmuş kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmama işleminin yasal bir amacının olup olmadığı hususunda bir inceleme yapmak zorundadır. Şayet söz konusu işlemde yasal bir amaç güdülmüşse bu durumda Mahkeme uygulanan yöntemler ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin var olup olmadığı hususunda bir inceleme yapacaktır (Bakınız, yukarıda adı geçen İnze kararı).

46. Mahkeme şu hususu göz önünde tutmaktadır: Prensip olarak Devletler bazı suçluları sözleşmeli muhasebecilik görevine atamamakta meşru bir menfaate sahiptir. Mahkeme şu noktayı da göz önüne almaktadır: Diğer ciddi suçlardan kaynaklanan mahkumiyetlerden farklı olarak, dinsel veya felsefi nedenlerle askeri üniforma giymeyi reddetmekten kaynaklanan bir mahkumiyet, söz konusu suçlunun mesleki becerisini engelleyecek olası bir haysiyetsizlik ya da ahlaki bir alçaklığa sahip olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle başvuruçunun mesleğe uygun olmadığı gerekçesiyle dışarıda bırakılması isabetsizdir. Mahkeme Hükümetin şu iddiasını kayda alır: Ülkelerine hizmet etmeyi reddeden kişiler uygun olarak cezalandırılmak zorundadır. Ancak, Mahkeme başvuruçunun askeri üniforma giymeyi reddetmiş olması nedeniyle cezaevinde kaldığını da dikkat çekmektedir. Mahkeme bu koşullar altında başvuruçunun başka bir yaptırıma maruz bırakılmasını orantısız olarak değerlendirmektedir. Başvuruçunun sözleşmeli muhasebecilik mesleğinin dışında tutulması haklı/yerinde bir amaç taşımamaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, başvuruçunun ağır bir suçtan mahkum olmuş diğer kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmamasında objektif ve makul bir haklılığın varlığını bulgulamamaktadır.

47. Yetkililerin, mevcut Yasa uyarınca Başvuruçunun ilgili göreve atanmasını reddetmekten başka bir seçim şanslarının olmadığı bir gerçektir. Ancak, Hükümet temsilcisinin duruşmada ileri sürdüğü iddiaların aksine, bu durum ilgili Devleti Sözleşmeye göre sorumluluktan alıkoymaz. Mahkeme şu hususu asla dışlamamıştır: Ulusal yasaların Sözleşmeyi doğrudan ihlal ettiklerinin tespiti yapılabilir (Bakınız, Chassagnou ve Diğerleri/Fransa

Kararı [GC], no.25088/94, 28331/95 ve 28443/95, AİHM 1999-III). Görülmekte olan davada Mahkeme şu hususu göz önüne alır: Başvurucunun Sözleşmenin 9. maddesinde belirtilen haklardan yararlanması sırasında ayrımcılığa tabi tutulmaması hakkının ihlal edilmesine neden olan yasayı yürürlüğe koyan ilgili Devlettir. İlgili Devlet ağır bir suçtan mahkum olmuş kişileri sözleşmeli muhasebecilik görevinden yasaklayan konuyla ilgili yasa gereken istisnai durumları düzenlemeyerek sorumlu olmuştur.

48. Mahkeme davayı şöyle sonuçlandırır: Sözleşme'nin 14. maddesi, 9. madde ile bağlantılı olarak ihlal edilmiştir.

V. SÖZLEŞMENİN 9. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

49. Başvurucu şunu ileri sürmüştür. Gerek emre itaatsizlikten kaynaklanan mahkumiyeti, gerekse sözleşmeli muhasebecilik görevine atanmayışı, Sözleşme'nin 9. maddesine aykırı olarak din ve vicdan özgürlüğü hakkına bir müdahaledir. Komisyonun içtihatları, vicdanı ret hakkının günün koşulları ışığında yeniden incelenmesi gerektiği garantisini bahsetmez. Hemen hemen Yüksek Sözleşen Devletlerin tümü askerlik hizmetine alternatif olan birtakım sivil hizmetleri kabul etmişlerdir. Mahkeme daha önceden de belirtildiği gibi, başvurucunun ilk mahkumiyetin nedeniyle ortaya çıkan müdahaleyi inceleme yetkisine sahip olmamasına rağmen, başvurucu söz konusu atamanın reddi haricinde var olan bu müdahalenin de demokratik bir toplum için gerekli olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmektedir.

50. Hükümet şunu ileri sürmüştür: Yetkililerin başvurucuyu ilgili göreve atamaması işlemi Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir müdahale oluşturmamıştır. Her koşulda bu müdahale demokratik toplumda gereklidir. Başvurucunun silahlı kuvvetlerde görev yapmayı reddettiği zamanlarda Yunan hukuku sadece silahsız askerlik hizmeti olasılığını tanımıştır çünkü, bu tarihlerde böylesine bir sivil hizmet alternatifinin yaratılması hakkın kötüye kullanımında bir artışa neden olabilirdi. Sonuç olarak başvurucunun maruz kaldığı yaptırımlar orantısız değildir ve ağır suçlardan mahkum olmuş kişileri belirli görevlerin dışında bırakılmasında bir istisnaya gidilmemesi olması zorunlu olarak uygulanmıştır.

51. Komisyon bu konu üzerinde açıklama yapmayı gerekli görmemektedir.

52. Mahkeme şu hususu göz önüne almaktadır: Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılması nedeniyle ve ayrıca yukarıda paragraf 42'de belirtilen gerekçeler nedeniyle, Mahkemenin Sözleşme'nin 9. maddesinin tek başına ihlal edilip edilmediği hususunda inceleme yapması gerekli değildir.

V. SÖZLEŞME MADDE 6/1 HÜKMÜNÜN İHLALİ İDDİASI

53. Başvurucu ayrıca söz konusu göreve atanmaması işlemine karşı Danıştay nezdinde açtığı davaların sonuçlanma süreleri açısından Sözleşme'nin madde 6/1. fıkrası çerçevesinde ihlali anlamına geldiği yakınmasında bulunmaktadır. Konuyla ilgili hüküm kısmı aşağıdadır:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizaların..... makul bir süre içindeMahkeme tarafından görülmesini isteme hakkına sahiptir."

54. Başvurucu Sözleşme'nin 6/1.maddesine, Danıştay'da görülmekte olan davalarda başvurulabileceğini çünkü, söz konusu davaların devlet memurluğuna girişe ilişkin değil (her ne kadar sınırlayıcı bir şekilde düzenlenirse de) serbest bir mesleğe girişe ilişkin olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, ilgili yargılamaların makul bir süre içerisinde sonuçlandırılmadığını, davaların karmaşık yasal meseleler içermediğini de belirtmiştir. Başvurucu sorunun Danıştay Dava Daireleri Genel Kuruluna gönderilmesinin kendisi tarafından değil, Danıştay'ın ilgili Dairesi tarafından talep edildiğini, her koşulda 7 yıllık gecikme için haklı bir gerekçenin ortaya konulmadığını belirtmiştir.

55. Hükümet başvurusunun atama işleminin reddedilmesi meselesinde Sözleşme'nin 6/1.maddesinin uygulanabilir olmadığını çünkü söz konusu atanmanın reddi işleminin kamu hukukunun kapsamına giren bir idari işlem olduğunu ileri sürmüş ve her koşulda davanın ciddi Anayasal meseleler ihtiva ettiğini belirtmiştir. Hükümet ayrıca avukatların 1991, 1992, 1993 ve 1994 yıllarının bir çok ayında greve gittiklerini; yukarıda belirtilen tüm hususlar ve Danıştay'ın dava yükü ışığında 7 senelik bir sürenin makul olduğunu belirtmiştir.

56. Mahkeme şu hususa dikkati çekmiştir: Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanabilirdir çünkü, (sözleşmeli muhasebecilerin idari kararlar atanmasına rağmen) muhasebecilik mesleği bağımsız bir meslektir. Mahkeme ayrıca yargılamaların karmaşık yasal meseleler içerdiğini, ama gecikmeden dolayı başvurusunun sorumlu olmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca Mahkeme toplam süresi neredeyse üç yıl olan iki kerelik bir zaman dilimi içinde dosyaya dair hiçbir işlemin yapılmadığını, Hükümetin söz konusu gecikmeler için Danıştay'ın dava yükünün dışında hiçbir gerekçe göstermediğini belirtmiştir. Komisyonun görüşüne göre söz konusu yargılama süresi makul değildir.

57. Mahkeme şunu anımsatmaktadır: İdare hukuku tarafından düzenlenmiş olmasına rağmen sözleşmeli muhasebecilik mesleği Yunanistan'da serbest bir meslektir. Sonuç olarak başvurusunun sözleşmeli muhasebecilik görevine atanmaması işlemine karşı açtığı davalar Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının anlamı içerisinde başvurusunun medeni haklarının tespiti

anlamına gelmektedir (Bakınız, diğerleri arasında, König/Almanya davası 28 Haziran 1978 tarihli karar, Dizi A no.27 sayfa.32 parag.94).

58. Mahkeme Danıştay huzurunda yapılan yargılamanın 8 Mayıs 1989 tarihinde, yani başvurunun temyiz başvurusunu sunduğu zaman başladığını, 28 Haziran 1996 tarihinde Danıştay 3. Dairesi tarafından reddedilmesi ile sona erdiğine işaret etmektedir. Bu nedenle tüm yargılama işlemi 7 yıl 1 ay ve 20 gün sürmüştür.

59. Mahkeme şunu hatırlatmaktadır: Yargılama süresinin makullüğünün, davanın özel koşullarının ışığı altında ve şu ölçütler uyarınca değerlendirilmesi bir zorunluluktur: Davanın karmaşıklığı, tarafların işlem ve hareketleri, dava ile ilgilenen kişilerin işlem ve tavırları ve başvurunun içinde bulunduğu risk halidir (Bakınız Laino/İtalya [GC], no.33158/96, parag.18, AİHM 1999 -I). İşe girme tartışmaları (ki bu türden tartışmalar serbest mesleğe giriş tartışmalarıyla da karşılaştırılabilir) genellikle uygun bir kararı gerektirir (Bakınız Vocatura/İtalya 24 Mayıs 1991 tarihli karar, Dizi A, no.206, PP.32-33 Para. 17).

60. Mahkeme şuna dikkat çeker: Dava bir takım yasal karmaşıklıklar içeren bir davadır. Buna karşın başvuru herhangi bir gecikmeye sebep olmamıştır. Hemen hemen toplam üç yılı bulan iki zaman sürecinde dosya üzerinde herhangi bir işlem yapılmamıştır. Söz konusu süreçlerden ilki başvurunun davasını açtığı zaman olan 8 Mayıs 1989 tarihinde başlamış ve 18 Nisan 1991 tarihinde 3. Dairenin davayı dinlemesi ile sona ermiştir. İkinci süreç 11 Kasım 1994 tarihinde yani Dava Daireleri Genel Kurulu'nun ilgili davayı tekrardan 3. Daire'ye göndermesiyle başlamış, 26 Kasım 1995 tarihinde aynı Daire'nin nihai kararı ile sonuçlanmıştır. Hükümetin bu eylemsizlik süreleri için ileri sürdüğü tek açıklama Danıştay'ın dava yüküdür.

61. Mahkeme bu açıklamayı kabul edemez. Mahkemenin daha önceki kararları uyarınca, ulusal yargı sisteminin kişilerin ulusal mahkemelerden hak ve yükümlülükleri hakkında (makul bir zaman içinde) nihai bir karar alabilmelerini garanti altına alan bir anlayış içinde düzenlenmesi, Sözleşen Devletlerin yükümlülüğüdür (Bakınız yukarıda adı geçen Vocaturo Kararı). Yapılan tüm açıklamalar ışığında ve başvurunun mesleki geleceğine ilişkin yargılamaları göz önüne alarak Mahkeme şu hususa dikkat çeker: Yargılamaların uzunluğu "*makul süre*" kıstasının belirttiği gerekleri karşılamamıştır.

62. Mahkeme bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varır.

VI. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

63. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

"Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokolleri'nin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Maddi Zarar

64. Başvurucu atanma işleminin reddi ile Yunanistan Sözleşmeli Muhasebeciler Kurumu'nun tekel hakkının kaldırıldığı tarihe kadar geçen süre zarfında kaybettiği maaş miktarı olan yaklaşık 17.000.000 Drahmi'de dahil olmak üzere toplam 284.140.000 Drahmi maddi tazminat isteminde bulunmuştur. Bu iddiasına kanıt olarak Sözleşmeli Muhasebeciler Kurumu ve özel bir muhasebe şirketi tarafından yapılan incelemeyi dayanak göstermiştir.

65. Hükümet din özgürlüğünün yukarıda belirtilen zararlarla hiçbir ilgisi olmadığını belirtmiştir. Hükümet inceleme konusu yapılan tüm bu zaman dilimi içerisinde başvurucunun özel sektörde çalıştığına ve iddiaların hiçbir resmi belge ile desteklenmediğine işaret etmiştir.

66. Mahkeme, şayet yetkililer, başvurucuyu sözleşmeli muhasebecilik görevine atamayı reddetmemiş olsalardı en azından Sözleşmeli Muhasebeciler Kurumu'nun tekel hakkının feshine kadar ki süre içinde başvurucunun mesleki faaliyeti nedeniyle bir gelir elde edebileceğini (bu husus üzerine hiç tartışılmamıştır) kabul etmekle beraber, din özgürlüğü ile maddi zarar arasındaki ilişki hakkında genel Hükümet açıklamalarını da göz önüne almaktadır. Mahkeme söz konusu zaman dilimi boyunca başvurucunun işsiz olmadığına da dikkat çeker. Ayrıca başvurucu bu zaman dilimi içinde sözleşmeli muhasebeci olarak kazanabileceği gelirin bu süre içerisinde özel sektördeki çalışması sırasında kazanmış olduğu geliri aşabileceğini kanıtlayamamıştır. Mahkeme bu nedenlerle başvurucu lehine maddi zararlar için tazminat hükmetmez.

B. Manevi Zarar

67. Başvurucu 15.000.000 Drahmi manevi tazminat talep etmiştir.

68. Hükümet yukarıda bahsedilen rakam ile ihlal arasında hiçbir nedensellik ilişkisinin tespit edilememiş olduğunu ve her halükarda söz konusu miktarın aşırı olduğunu iddia etmiştir.

69. Mahkeme şu hususu göz önüne alır: Başvurucu Sözleşme'nin 6.mad-

desi 1. fıkrasında belirtilen süre içinde yargılamanın bitirilmemiş olması ve Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinde belirtilen dini inançlarını serbestçe icra etme özgürlüğünü kullanmasında ayrımcılığa maruz kalması nedeniyle mağdur olmuştur. Yargılamaların süresi, başvurusunun güvensizlik hissiyatının sürekliliğine ve arzu ettiği bir mesleği icra etme ehliyetine sahip olmasına rağmen, bu mesleği yapamaması nedeniyle endişeye sebebiyet vermiş olabilir. Bundan başka Sözleşme'nin 14. maddesinin 9. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edilmesi, ki bu husus bir kişinin gelecek planlarının biçimlendirilmesinde merkezdir, başvurusunun bir mesleğe girişi hakkındaki karar verme aşamasında meydana gelmiştir. Mahkeme, adil ve hakkaniyete uygun bir temelde değerlendirme yaparak, başvurucu lehine 6.000.000 Drahmi manevi tazminata hükmeder.

C. Ücretler ve Harcamalar

70. Başvurucu Sözleşme ve iç hukuk yargılamaları sırasında meydana gelen ücretler ve masraflar açısından 6.250.000.- Drahmi talep etmiştir. Söz konusu miktarın 250.000.- Drahmi'lik kısmı avukatlar tarafından idare karşısında temsil edilmesini; 1.700.000.- Drahmi'lik kısmı yine avukatlar tarafından Danıştay'da temsil edilmesini; 500.000.- Drahmi'lik kısmı avukatlar tarafından Komisyon'da temsil edilmesini; 2.000.000.- Drahmi'lik kısmı avukatlar tarafından Mahkeme huzurunda devam eden yargılamalarda temsil edilmesini; 1.300.000.- Drahmi'lik kısmı avukatlarının ve kendisinin duruşmalara katılmak amacıyla yaptığı seyahat ve diğer masrafları; 500.000.- Drahmi'lik kısmı ise meydana gelmiş diğer masrafları içermektedir.

71. Hükümet söz konusu masraf ve harcamaların gerçekten ve gerekli bir şekilde oluşması ve miktar olarak makul olması ölçüleri göz önüne alınarak tazmin edilmesini talep etmiştir.

72. Mahkeme başvurusunun öne sürdüğü ve Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca hükmedilecek tazminata dahil olacak ücretler ve masraflar hakkında teste başvurulması konusunda Hükümet ile aynı görüştedir (Bakınız diğerleri arasında, yukarıda bahsedilen Nikolava Kararı parag.79). Ayrıca Mahkeme başvurusunun isteminin aşırı olduğuna dikkat çeker. Mahkeme bu nedenle bu başlık altında başvurucu lehine 3.000.000 Drahmi'ye hükmeder.

D. Gecikme Faizi

73. Mahkeme'ye sunulan bilgi uyarınca görülmekte olan davanın karara bağlandığı tarih itibariyle Yunanistan'da uygulanan yasal faiz oranı yıllık %6'dır.

Bu Nedenlerle Mahkeme, Oybirliği İle

1. Hükümet'in ilk itirazının reddine;
 2. Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine;
 3. Sözleşme'nin 9. maddesinin tek başına ihlal edilip edilmediği hususunda ayrı bir incelemenin gerekli olmadığına ;
 4. Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edilmiş olduğuna;
 5. a. Sorumlu Devlet'in 3 ay içerisinde aşağıdaki miktarları başvurucuya ödeyeceğine:
 - i. 6.000.000 (altı milyon) Drahmi manevi zararlar için;
 - ii. 3.000.000 (üç milyon) Drahmi ücretler ve masraflar için ;
 - b. Yukarıda bahsedilen 3 aylık sürenin bitiminden ödeme tarihine kadar geçen sürede %6 oranındaki basit faiz işlemesine;
 6. Başvurucun adli tazmin için ileri sürdüğü kalan taleplerini reddedilmesine karar verdi.
- İngilizce ve Fransızca olarak, 6 Nisan 2000 tarihindeki Starsbourg'ta bulunan İnsan Hakları Binası'nda yapılan halka açık duruşmada karar verildi.

SUÇLAR VE CEZALAR HAKKINDA

Cesare Beccaria, İtalyanca as-
lından çeviren: Sami Selçuk, İmge
Kitapevi, Haziran 2004

BECCARIA'NIN İNSANLIĞA BİLDİRİSİ

Sami Selçuk, İmge Kitapevi,
Haziran 2004

Sami Selçuk'un hazırladığı
"Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi"
ile birlikte satışa çıkarılan "Suçlar
ve Cezalar Hakkında", çağdaş ceza
hukukunun amentüsü sayılıyor.
Türk hukukçusunun Muhittin Gök-
lü'nün, André Morellet'in Fransız-
ca çevirinden çevirisi ile tanıştığı
Cesare Beccaria (1738-1794), Cizvit
okulunda yetişmiş, 1764'te Suçlar
ve Cezalar Hakkında adlı kitabını
adını belirtmeden yayımlamıştır.
Kendisinden Engizisyon Mahke-
mesi'ne karşı dikkatli olmasını
isteyenlere karşı "zalimler okumaz-
lar ki" cevabını verebilen Beccaria,
Voltair'in "Beşeriyetin Mecellesi"
adını verdiği kitabını yazdığında
yirmi altı yaşındadır.

Sami Selçuk (Onursal Yar-
gıtay Başkanı sıfatını sadece bir
yerde kullandığı için iradesine
saygı duyarak bu unvanı ile bir-
likte Doç. Dr ya da Dr. unvanlarını
kullanmıyorum), bu ölmez eseri
tanıtırken, özellikle onun, geçmişin
ve döneminin saçmalıklarını ortaya
koymasının ve onların kaldırılma-
larını istemesinin altını çizmiş ve

eseri, "yeni bir sistemi öneren kamu
vicdanının çığlığı" olarak nitele-
miştir.

Bir iktisatçı (Maliyeci mi den-
meliydi?), edebiyatçı ve hukukçu
olan Beccaria, "tam anlamıyla bir
inceleme yapıtı yazmayı hiç düşün-
memiştir". Nedeni de açıktır: "Her
şeyi söylemem zorunlu olsaydı, hiçbir
şeyi söylemiş olmayacaktı."

Beccaria pek çok konuda oldu-
ğu gibi öncelikle, bütün dünyada
gündemden çıkmayan "işkençe" ile
ilgili görüşleri dolayısıyla canlılığını
ve güncelliğini korumakta, biz-
lere yüzyılların ötesinden düşünce
zenginliği ve emsalsiz argümanlar
sunmaktadır.

Fakülte sıralarında iki İtalyan
düşünürü dikkatimi çekmişti.
Bugün kütüphanemde bu iki dü-
şünürün Macchiavelli'nin Prens'i
ile Beccaria'nın kitapları yan yana
duruyor. Zaman zaman somut
hukuk konularındaki sorunlarım
konusunda kendisine başvuruyorum.
Şimdi elimin altında daha yet-
kin bir tercümenin bulunmasından
dolayı mutluyum.

TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ

Avukat Muharrem Kalyon,
Kartal Yayınevi, Ankara 2004

Uygulayıcılar için çok sayıda
Yargıtay kararı eşliğinde hazırlan-
mış bir başvuru kitabı. Başlığı kita-
bın içeriği hakkında yeterli bilgiyi
vermektedir. 700 sayfaya yaklaşan

hacmi ile hukukçulara yol gösterebilecek ya da sorunlarımıza çözüm üretebilecek nitelikte.

**SEÇİMİN TEMEL
KAVRAMLARI VE
MAHALİ İDARELER
SEÇİMİ İLE
SEÇİM SUÇLARI**

Nazif Kaçak-Alpaslan Azap Ağası, Kartal Yayınevi, Ankara 2004

Sorular ve cevaplarla temel kavramlarla başlayan kitap mahalli idareler seçimleri ile ilgili pek çok soruya cevap aramakta. Özellikle seçim dönemlerinde her politikacıya, hukukçuya ve hatta basın mensuplarına aradıkları sorulara cevap bulma ümidi verebilecek nitelikte bir kitap.

**İCRA HUKUKUNUN
ESASLARI**

Prof.Dr. Saim Üstündağ, İstanbul 2004

İstanbul Hukuk Fakültesi'nin emekli İcra ve İflas Hukuku öğretimi üyesi Saim Üstündağ 4949 sayılı Kanun hükümleri göz önünde tutulmak suretiyle baştan sona gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 8.baskısını yaptığı kitabı ile bu alandaki önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Jhering'in "şekil keyfiliğin can düşmanı ve hürriyetin ikiz kardeşidir" öndeyişi yazarın icra hukuku için seçebileceği en güzel başlangıçtır.

ÖZGÜRLÜKLER HUKUKU

Prof. Dr. İbrahim Ö.Kaboğlu, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2004

"Anayasa hukukunun başlıca işlevi otorite ve özgürlük dengesine ilişkin teknikleri geliştirmek"deniyor kitabın arka kapağında. Yazarın "özgürlükler hukuku" diye tanımladığı hukukun ana ereği ise "özgürlük ve eşitlik diyalektiğini kurmak" olarak belirtilmiş. Kitapta "Özgürlükler hukuku genel kuramı" ve "Özgürlükler ve Hakların Düzenlenmesi" şeklinde iki kısım olarak düzenlenmiş. Giriş bölümündeki özgürlükler hukukunun "özerk bir bilim dalı" olarak "kaosak bir disiplin" teorisi olgusunun, "anayasa hukuku" alanından farklılığın haklılığını tartıştıracak nitelikte tahrik edici. Her bölümün sonundaki "Derinleşmek için Kaynakça" kitabın diğer ilgi çekici özelliği.

**YARGITAY
(Türk Hukuk Sürecinde)**

Yargıtay yayını, Ankara 2004

Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı Hâkim Gürsel Mol'un hazırladığı "Türk Hukuk Sürecinde YARGITAY" başlıklı kitap Yargıtay'ın 135. Yıldönümü münasebetiyle hazırlanmış. Ondokuz Bölüm olarak düzenlenmiş kitabın ilk bölümü "İslamiyet Öncesi-İslamiyetin-Kabulü-Tanzimat Dönemi"ni konu edinmiş bulunmaktadır. Bu bölümün İlber Ortaylı'nın Kadı

makalesi ve kitabı incelenmeden nasıl yazıldığı anlaşılammaktadır. Diğer bölümler "*Divan-ı Ahkam-ı Adliye*", "*Mahkemeler Kuruluş Kanunu*", "*Sivas Muvakkat Temyiz Heyeti Dönemi*", "*Eskişehir'de Temyiz Mahkemesi Dönemi*", "*Ulaşılan Kaynaklardan Cumhuriyet Dönemi Anıları*", "*Cumhuriyet ve Sonrası Anayasalarında Yargı*", "*1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun*", "*Yargıtay Birinci Başkan-Başsavcı ve Dairelerinin Tarihi*", "*1730 sayılı Yargıtay Kanunu*", "*2797 sayılı Yargıtay Kanunu ve Bugünkü Yargıtay*", "*Yargıtay'ın İş Durumu*", "*Dış Geziler Sosyal Etkinlikler ve Konferanslar*", "*Yargıtay Yasaları*", "*Yargıtay'da Yapılan Konferanslar*", "*Yargıtay Resmi Ziyaretleri*", "*Yargıtay Başkan ve Üyelerinin Kronolojik Sıralaması ile Bugünkü Yargıtay Personeli*", "*Yargıtay ile İlgili Genel Konular*", "*Avrupa Birliği Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyetinin Yargı Sisteminin Değerlendirme Raporu*" başlıklarını taşıyor.

ADALET PSİKOLOJİSİ

Mustafa T. Yücel, Ankara 2004, Geliştirilmiş 5. bası

Önceki sayılarımızda "*Kriminoloji*" ve "*Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*" kitaplarını tanıttığımız Dr. Mustafa Tören Yücel'in bu sayımızda önereceğimiz eseri, genişletilmiş 5. baskısı yapılmış olan "*Adalet Psikolojisi*".

Yazarın bu eserinde de, konu başlıkları güncel olaylarla ilintili,

okuyucunun aklında suç ve suçluluk hakkında oluşan soruların cevabını vermeyi başarıyor.

Kitap, 15 kısımdan oluşmakta. 1. kısımda psikoloji ve psikiyatrinin hukuktaki yeri belirtilmiş. 2. kısımda suç kavramının, çağrıştırdığı bir diğer kavram olan "*şiddet*"le ilişkisi ve şiddet psikolojisi üzerinde durulmuş. Bu bağlamda güncelliğini hiç yitirmeyen ateşli silahlar ve aile içi şiddet konularına da özellikle değinilmiş. Yine güncel bir konu olan işkence, 3. kısımda ele alınmış. Yazarın uygulamadan edindiği deneyimler ışığındaki belirlemeler, daha önce tanıttığımız eserlerinde olduğu gibi, burada da farklılığını ortaya koymakta. "*Unutulmamalıdır ki, işkence, kolluk güçlerini tembelleştirmekte veya kabalaştırmakta; siyasi düşmanlar ile dışlanmış kişilere karşı kullanılması olasılığını arttırmakta; devleti çok güçlü ve ürkütücü yapmakta; toplumsal dayanışma duygusunu zayıflatarak kargaşayı tahrik etmektedir.*"

Suç psikolojisinin incelendiği 4. kısım ve "*Suçlunun Kimliği*" başlığını taşıyan 5. kısım, "*Akıl Hastası Suçlular ve Cezai Sorumluluk*" başlıklı 6. kısmı izliyor. Ülkemizde son yıllarda daha çok gündemde olan çocuk suçluluğu konusu ise 7. kısımda incelenmiş. Bu kısımda yer alan açıklayıcı şemalar, konuyla ilgili bilimsel verileri ve konunun incelenme tarzını ortaya koymakta.

8. kısım, cinsel suçluluğa ayrılmış. Cinsel suçların ve cinsel

suçluların özelliklerinin belirtildiği bu kısmı “Adam Öldürme” başlıklı 9. kısım izliyor. Suç işleyen kişinin psikolojisinin adam öldürme suçunda son derece önemli ve belirleyici olduğu gerçeğinden hareketle, bu suç için ayrı bir kısım ayrıldığını düşündüğümüz eserde, değişik adam öldürme psikolojileri açıklanmış.

10. kısımda adaletsizlik duygusu ele alınmış. Bir kavramın tanımının yokluğundan hareketle daha kolay ve anlaşılır yapılacağı gerçeğinden hareketle, adalet kavramının adaletsizlik duygusuyla açıklanması yoluna gidilmiş. Bu konu incelenirken, aklın rolü de irdelenmiş, uygulama bakımından da hakimin yargılama yaptığı sıradaki önemine değinilmiş.

11. kısımda kolluğun rol ve işleviyle kamu düzen konuları ele alınmış, bu başlık altında adalet psikolojisi denince sanıktan daha sonra akla gelen mağdurun durumu incelenmiş. 12. kısımda ise tanık psikolojisine yer ayrılmış. Yine yazarın uygulamadan taşıdığı deneyimleriyle de beslediği, tanık beyanlarının değerlendirilmesiyle ilgili ayrıntılı açıklamalar okuyucuyu aydınlatır nitelikte. Bu kısımda örneğin ilk tanık ifadesinin sahneyi formatlaması, prestij olgusunun yarattığı telkin, sorgulama ve tanık dinleme sanatı, tanık ifadesinde uyarıcı işaretler, tanığın korunması gibi ilgi çekici konular yer almakta.

13. kısımda ceza adaleti mekanizması ele alınmış. Hakimlerin kişiliğinden halkın bakışına kadar, mekanizmanın çeşitli aşamalarındaki sorunların ele alındığı bu kısımda, ayrıntılı grafiklere de yer verilmiş.

“Ceza Psikolojisi” başlığını taşıyan 14. kısımda, ceza yaptırımları, af, ölüm cezası, cezaların önleyici etkisi, evlilik ve hükümlülük, cezaların halka duyurulması, cezaevlerinde gözlem ve sınıflandırma, cezaevlerindeki yetişkin hükümlülerin temel eğitimi, çalıştırılması, tehlikeli suçlu, cezaevlerinde kontrol ve güvenlik ve salıverilecek hükümlülerin risk değerlendirilmesi gibi uzmanlık konularına açıklama getirilmiş.

Sonsöz içinde, yazarın özet cümleleri dikkate değer: “Psikoloji ve hukuk arasında bir köprü olarak, adli sürece özgü tüm psikolojik hizmetleri sağlayan adalet psikolojisi, adil yargılanma sürecinin bir gereğidir. ...Adli değerlendirme, psikolog olmayan kişilerce de anlaşılır açıklamaları içeren mantıki bir bütünlük içinde savunulur nitelikte olmalı; psikolojik sorunlar açık ve sade bir dilde sunulmalı; olay saptaması hakimlere yardımcı olacak nitelikte olmalı; süreci muğlak hale getirmekten kaçınmalı; adli psikoloji/psikiyatrinin varlık ve etkinliğinin adil yargılanma hakkı gereği olduğu bilinmelidir.” (D. A. C.)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir. Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir

YASALAR

RG 22 Haziran 2004/25500

- 5191 Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 26 Haziran 2004/25504

- 5187 Basın Kanunu
5188 Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun
5193 Optisyenlik Hakkında Kanun
5194 Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 30 Haziran 2004/25508

- 5190 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun
5196 Doğu ve Orta Avrupa'da Balıkçılığın Geliştirilmesi Uluslararası Örgütünün Kurulması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 01 Temmuz 2004/25509

- 5195 Endüstri Bölgeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
5199 Hayvanları Koruma Kanunu

RG 02 Temmuz 2004/25510

- 5189 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 03 Temmuz 2004/25511

- 5192 Orman Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
5201 Harp Araç ve Gereçleri ile Silâh, Mühimmat ve Patlayıcı Madde Üreten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Kanun
5202 Savunma Sanayii Güvenliği Kanunu

RG 06 Temmuz 2004/25514

- 5198 Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
5200 Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu
5203 Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
5205 Yapı Denetimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
5206 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İsrail Devleti Hükümeti Arasında Bitki Koruma ve Karantina Alanında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5207 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uluslararası Terörizmle Mücadelede İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5208 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Finlandiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Suçun Önlenmesi ve Suçla Mücadelede İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5209 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile Moldova Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5210 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Oman Sultanlığı Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5212 Karadenizin Kirliliğe Karşı Korunması Sözleşmesinin Karadenizde Biyolojik Çeşitliliğin ve Peyzajın Korunması Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5213 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Cibuti Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kültür, Eğitim, Bilim, Basın-Yayın, Gençlik ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5214 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Merkezi ve Doğu Avrupa İçin Bölgesel Çevre Merkezi Yönetim Kurulu Arasında Türkiyede Bölgesel Çevre Merkezinin Kurulması ve Faaliyetleri Hakkında İkili Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 07 Temmuz 2004/25515

- 5211 Türkiye Cumhuriyeti ve Lübnan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 08 Temmuz 2004/25516

- 5204 Millî Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 21 Temmuz 2004/25529

- 5218 Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5219 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5220 Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5222 Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5223 Devlet Memurları Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun
- 5224 Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun
- 5225 Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu

RG 22 Temmuz 2004/25530

- 5221 Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesine Dair Kanun

RG 23 Temmuz 2004/25531

- 5216 Büyükşehir Belediyesi Kanunu
- 5217 Özel Gelir ve Özel Ödeneklerin Düzenlenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 27 Temmuz 2004/25535

- 5226 Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5233 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun

RG 31 Temmuz 2004/25539

- 5228 Bazı Kanunlarda ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5230 Pamukbank Türk Anonim Şirketi'nin Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi'ne Devri ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5231 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

TÜZÜKLER

RG 23 Temmuz 2004/25531

- 2004/7626 Emekli, Adi Malullük veya Vazife Malullüğü Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ve Tedavileri Hakkında Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Haziran 2004/25494

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sponsorluk Yönetmeliği
- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Kontrolörleri Yönetmeliği'nin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Kontrole Tabi Kimyasal Maddeler Hakkında Yönetmelik
- Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği
- Elektrik İç Tesisleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 17 Haziran 2004/25495

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği
- Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarını Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Haziran 2004/25496

- Kuluçkahane ve Damızlık İşletmelerinin Çalışma ve Sağlık Kontrol Yönetmeliği
- Türk Patent Enstitüsünde Yabancı Uzman İstihdamına İlişkin Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği

RG 19 Haziran 2004/25497

2004/7355 Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu (UNESCO) Türkiye Milli Komisyonu Yönetmeliği

RG 20 Haziran 2004/25498

- Galatasaray Üniversitesi Kültürel Dokümantasyon Merkezi Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 13, 22 ve 26. Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Haziran 2004/25499

- Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinin 5. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 23 Haziran 2004/25501

- Yağlı Güreş Müsabaka Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Güreş Federasyonu Karakucak Güreş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na Göre Kaçak Eşya Yakalanması Halinde Muhbir ve El Koyanlara İkramiye Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Tarım Ürünleri Ticaretine İlişkin Menşe İspat Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Baha Esat Tekand Kütahya Şeker Fabrikası A.Ş. Genel Müdürlüğü Mal ve Hizmet Alımı Yönetmeliği
- Motorlu Araçların ve Römorklarının Yan Koruması (Yan Koruyucular) ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (89/297/AT)

RG 24 Haziran 2004/25502

- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atamalarına İlişkin Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Haziran 2004/25503

- Ege Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi (HÜSAM) Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 25. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Haziran 2004/25504

- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 29 Haziran 2004/25507

- Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Üniteleri'nde ve Boru Hattı İşletmeleri'nde Petrol Ürünlerinde Uygulanacak Fire Yönetmeliği'nin 8. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yetiştiriciliği Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 30 Haziran 2004/25508

- Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Patent ve Marka Vekilleri Sınav ve Sicil Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İngilizce Öğretmenliği Programı Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 9. maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Temmuz 2004/25509

- 2004/7485 Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2004/7489 Sosyal Sigortalar Kurumunun Gelirleri ile Zorunlu Ödemeler İçin Bulundurulması Gereken Nakit ve Benzeri Varlıklarının Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Gümrük Müsteşarlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği
 - Amatör Denizci Yönetmeliği
 - Hazır Ambalajlı Sıvı Mamullerin Hacim Tespitine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (75/106/AT)
 - Ölçü Kapları Olarak Kullanılan Ölçü Şişelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (75/107/AT)
 - Hazır Ambalajlı Mamullerin Ağırlık ve Hacim Esasına Göre Net Miktar Tespitine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (76/211/AT)
 - Hazır Ambalajlı Belirli Ürünler İçin Müsaade Edilen Nominal Kapasite ve Dolum Miktarı Serilerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (80/232/AT)
 - Eti Krom A.Ş. Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Temmuz 2004/25510

- 2004/7461 Kamu Konutları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- 2004/7513 Organize Sanayi Bölgelerinde Yer Alan Parsellerin Gerçek veya Tüzel Kişilere Bedelsiz Tahsisine İlişkin Yönetmelik
- Tasfiye İşletme Bölge Müdürlükleri Ambar Yönetmeliği

- Sürücü Koltuğuna İlave Olarak Sekizden Fazla Koltuğu Bulunan ve Yolcu Taşımak Amacıyla Kullanılan Araçların Özel Hükümleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği (2001/85/AT)

RG 03 Temmuz 2004/25511

- Bireysel Emeklilik Araçları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fahri Av Müfettişlerinin Seçimi, Eğitimi, Görev ve Yetkileri ile Çalışma Esas ve Usullerine Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinin 6 ncı Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Kök Hücre ve Gen Tedavileri Araştırma ve Uygulama Merkezi (KÖGEM) Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 2 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Temmuz 2004/25513

- Çankaya Üniversitesi Sürekli Eğitim, Danışma, Araştırma ve Uygulama Merkezi (SEDAM) Yönetmeliği

RG 06 Temmuz 2004/25514

- Çankaya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 07 Temmuz 2004/25515

- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Yayın Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörlerinin Sürücüsü Tarafından Algılanan Gürültü Seviyesi ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (77/311/AT)
- Karayolu Dışında Kullanılan Hareketli Makinalara Takılan İçten Yanmalı Motorlardan Çıkan Gazlara ve Partikül Halindeki Kirleticilere Karşı Alınacak Tedbirler ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (97/68/AT)
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinin Tamir ve Ayarını Yapacak Kişilere Verilecek Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ağaçlandırma Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 08 Temmuz 2004/25516

- Kültür Bakanlığı Döner Sermaye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış ve Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 09 Temmuz 2004/25517

- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Hazırlık ve Son Dönem Eğitimlerinin Yaptırılmasına Dair Yönetmelik
- İdarî Yargı Hâkim Adaylarının İl Valiliklerinde Yapacakları Staj Hakkında Yönetmelik
- Onaylı Bakım Kuruluşları Yönetmeliği (SHY-145)
- Otomatik Olmayan Tartı Aletleri Yönetmeliğine Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik (90/384/AT)
- Otomatik Kontrol ve Sınıflandırma Terazilerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (78/1031/AT)

RG 10 Temmuz 2004/25518

- Milli Kütüphane Kullanıcı Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Temmuz 2004/25519

- Tarım veya Orman Traktörlerini Tahrik Etmek Üzere Tasarlanan Motorlardan Çıkan Gaz Emisyonları ve Partikül Kirleticilere Karşı Alınacak Tedbirler ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2000/25/AT)
- Zirai Karantina İnspektör Yönetmeliği
- Sosyal Sigortalar Kurumu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 85. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Arşiv Yönetmeliği

RG 12 Temmuz 2004/25520

- Çevre ve Orman Bakanlığı Özel İhtisas Komisyonları Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 13 Temmuz 2004/25521

- Atatürk Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Bayburt Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Ağrı Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

RG 14 Temmuz 2004/25522

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü
- Su Ürünleri Toptan ve Perakende Satış Yerleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigortalar Kurumu Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ile Yeminli Mali Müşavirlerce İşyeri Kayıtlarının İncelenmesinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (70/157/AT)
- İdarî Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yaşar Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinin 5 ve 7. Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Temmuz 2004/25523

2004/7543 Resmi Mühür Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- 6831 Sayılı Orman Kanununa Göre Orman Kadastrosunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3. Maddesinin (h) Bendinde Belirtilen Alımlara İlişkin Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İstihdam ve Meslek Uzmanları ile Yardımcılarının Mesleğe Alınması İçin Yapılacak Yarışma ve Yeterlik Sınavları ve Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği

RG 16 Temmuz 2004/25524

2004/7580 Mülki İdare Amirleri Atama, Değerlendirme ve Yerdeğiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Harp Okulları Yönetmeliğinin 61. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapı Malzemeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (89/106/EEC)
- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Temmuz 2004/25525

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Uzman Yardımcılığı Yarışma ve Uzmanlık Yeterlik Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Tarifeler Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 10. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 8 ve 16. Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Temmuz 2004/25526

- Motorlu Araçların Hız Sınırlayıcı Donanımları ve Bunların Takılması ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (92/24/AT)
- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Bakanlığı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personeli Görevde Yükselme ve Yer Değiştirme Suretiyle

Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Noterlik Daireleri Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Noterler Birliği Denetleme Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Temmuz 2004/25527

- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Kütüphaneler Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Sığ Jeofizik ve Arkeolojik Prospeksiyon Araştırma-Uygulama Merkezi (SAMER) Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Tekne Üretim Teknolojileri Araştırma ve Uygulama Merkezi (TEKNEMER) Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Fauna ve Flora Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Anlaşmazlık Çözümü Araştırma ve Uygulama Merkezi (AÇMER) Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Merkezi (DEHAMER) Yönetmeliği

RG 20 Temmuz 2004/25528

- Hacettepe Üniversitesi Türkiye Doping Kontrol Merkezi (TDKM) Yönetmeliği

RG 21 Temmuz 2004/25529

- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Geçici 7 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Türk El Sanatları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 22 Temmuz 2004/25530

- Mustafa Kemal Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin 4. Maddesinin Değiştilmesine Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi Yönetmeliğinin 5, 6, 7 ve 13. Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Temmuz 2004/25531

2004/7627 Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödülendirilmesine Dair Yönetmelik

- Selçuk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 2. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin 36. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Temmuz 2004/25532

- Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 2. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisans Üstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Temmuz 2004/25533

- Harran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ufuk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 26 Temmuz 2004/25534

- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 19, 20, 22 ve 28. Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Teknik Üniversitesi Çift Diplomaya Yönelik Uluslar Arası Ortak Lisans Programları Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması ve Üç Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 27 Temmuz 2004/25535

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Hizmetlerine Katılımın Sağlanması ve Katkıda Bulunanların Onurlandırılmasına İlişkin Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik
- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Eğitimleri Sonunda Yapılacak Yazılı Sınavın Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik

RG 28 Temmuz 2004/25536

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Üretim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Temmuz 2004/25537

- Bankaların Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Temmuz 2004/25538

- Milletvekillerine, Yasama Organı Eski Üyelerine, Dışarıdan Atandıkları Bakanlık Görevi Sona Erenlere Tedavi Yardımı Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Memurları, Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği
- Ambalaj ve Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği
- Millî Eğitim Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 31 Temmuz 2004/25539

- Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği

RG 01 Ağustos 2004/25540

- Asgari Ücret Yönetmeliği
- Askeri İşyerleriyle Yurt Güvenliği İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetim ve Teftişi Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ağustos 2004/25542

- Okan Üniversitesi Çift Anadal Programları Yönetmeliği

RG 04 Ağustos 2004/25543

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 18. Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bir Ek Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 9. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Burs Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinin 6 ncı Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 16, 21, 23 ve 25. Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okan Üniversitesi Yandal Programları Yönetmeliği
- Ufuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Ağustos 2004/25544

- Gençlik Spor Genel Müdürlüğü Sportif Müsabaka ve Gösteri Hasılatının Dağıtımına Dair Yönetmelik
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Öğrenci Disiplin, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Öğrenci Sicil, Sicil Amirleri ve Ödül Yönetmeliği
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Öğrenci Kıyafet Yönetmeliği
- Gülhane Askerî Tıp Akademisi Yönetmeliğinin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Ağustos 2004/25545

- Tuzla Liman Yönetmeliği
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teşkilatlandırma Genel Müdürlüğü Kooperatifler Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği
- Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşmenin Uygulanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Av Koruma Görevlileri Kıyafet Yönetmeliği
- Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 07 Ağustos 2004/25546

- Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 18 inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Ağustos 2004/25547

- Çevre ve Orman Bakanlığı Taşra Teşkilatının Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilkent Üniversitesi Avrupa Birliği Merkezi Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Spor Bilimleri ve Sporcu Sağlığı Araştırma ve Uygulama Merkezi (SBSAM) Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi Yerel Yönetimler Araştırma ve Eğitim Merkezi (MÜYYM) Yönetmeliği

RG 09 Ağustos 2004/25548

- Polis Koleji Öğrencileri Kıyafet ve İstihkak Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Yayın Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Kredili Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliği

RG 11 Ağustos 2004/25550

- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Ağustos 2004/25551

- Çiftçi İstisnası Uygulama Esasları Yönetmeliği

- Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi (TUAM) Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Dişhekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 13 Ağustos 2004/25552

- Bitki Çeşitlerinin Tescil Edilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimarlık, Peyzaj Mimarlığı, Mühendislik, Kentsel Tasarım Projeleri, Şehir ve Bölge Planlama ve Güzel Sanat Eserleri Yarışmaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ağustos 2004/25553

2004/7675 Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gümrük Müsteşarlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay Meslek Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarımsal Amaçlı Kooperatiflere Kullandırılacak Kredilere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sebze Fidelerinin Tedarik, Üretim ve Ticaretine Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek Kiler diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

**CEZA MUHALEMELERİ
USULÜ KANUNU'NDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASI VE
DEVLET GÜVENLİK
MAHKEMELERİNİN
KALDIRILMASINA
DAİR KANUN**

Kanun No. 5190

Kabul Tarihi : 16.6.2004

MADDE 1.— 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na 394. maddeden sonra gelmek üzere “*Bazı suçlara ilişkin muhakeme usulü*” başlıklı ÜÇÜNCÜ FASIL başlığı altında aşağıdaki maddeler eklenmiştir.

**Görev ve Yargı Çevresinin
Belirlenmesi**

MADDE 394/a.— Aşağıdaki suçlarla ilgili davalar, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür:

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125 ilâ 139, 146 ilâ 157, 168, 169, 171 ve 172. maddelerinde yazılı suçlar, 403. maddesinde yazılı toplu olarak veya teşekkül vücuda getirmek suretiyle işlenen suçlar.

2. Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hâl ilan edilen bölgelerde, olağanüstü hâlin ilânına neden olan olaylara ilişkin suçlar.

3. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yazılı suçlar.

4. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar.

Gelen iş durumu göz önünde bulundurularak birinci fıkrada belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilir. Bu hâlde, mahkemeler numaralandırılır. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adlî yargı adalet komisyonunca, bu

mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanun'la görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hali dahil askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.

Soruşturma Usulü

MADDE 394/b.— 394/a maddesi kapsamına giren suçlarda hazırlık soruşturması, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya takibat yapılır. Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 394/a maddesi kapsamındaki suçlarla ilgili davalara bakan ağır ceza mahkemelerinden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

394/a maddesi kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi halde yetkili adlî yargı hâkimlerinden isteyebilirler.

Soruşturmanın gerekli kıldığı hâllerde suç mahalli ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılabilir.

Suç, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenmiş ise, Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından, hazırlık soruşturmasının yapılmasını isteyebilir.

Suç askerî bir mahalde işlenmiş ise, Cumhuriyet savcısı ilgili askerî savcılıktan hazırlık soruşturmasının yapılmasını isteyebilir.

Üçüncü ve dördüncü fıkralara göre soruşturma yapmak üzere görevlendirilen Cumhuriyet savcıları ile askerî savcılıklar, bu soruşturmayı öncelikle ve ivedilikle yaparlar.

394/a maddesi kapsamına giren suçlarda, yakalananlar ve tutuklananlar için 128. maddenin birinci fıkrasındaki yirmi dört saatlik süre kırk sekiz saat olarak uygulanır.

Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan ve tutuklanan kişiler hakkında 128. maddenin ikinci fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler.

Kolluğun Görev ve Yetkileri İle Geçici Yararlanma

MADDE 394/c.— 394/a maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı, ağır ceza mahkemesi veya başkasının, Cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emirleriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur. Bu emir, çağrılanlar hakkında kolluğa,

ihzar müzekkeresinde olduğu gibi zor kullanma yetkisi verir. Bu Fasil hükümlerine aykırı hareket eden kolluk amir ve memurları hakkında doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır.

394/a maddesi kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında ek 4. madde hükümleri de uygulanır.

Bu fasılda belirtilen suçlar nedeniyle Cumhuriyet savcıları, soruşturmanın gerekli kılması halinde, geçici olarak, bu mahkemelerin yargı çevresi içindeki genel ve özel bütçeli idarelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, il özel idarelerine ve belediyelere ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler. Bu istemler, ilgili kurum ve makamlarca geciktirilmeksizin yerine getirilir.

Özürsüz olarak üçüncü fıkradaki istemleri yerine getirmeyen yukarıdaki kuruluşların sorumlu kişileri, üç aydan bir yıla kadar hapis ve birmilyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Türk Silahlı Kuvvetleri kıt'a, kargâh ve kurumlarından istemde bulunulması hâlinde, istem, yetkili amirlikçe değerlendirilerek yerine getirilebilir.

Kovuşturma Usulü

MADDE 394/d.— 394/a maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili davalara ait duruşmalarda aşağıdaki hükümler uygulanır:

1. Bu suçlar acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalara adlî tatilde de bakılır.

2. İki yüzden çok sanıklı davalarda, sanıklardan bir kısmının duruşmanın bazı oturumları ile ilgileri bulunmuyor

ise duruşmanın bu oturumlarının, yokluklarında yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Ancak, bu sanıkların yokluklarında yapılan oturumlarda kendilerini etkileyen bir hâl ortaya çıktığı takdirde buna ilişkin söz ve işlerin esaslı noktaları sonraki oturumlarda kendilerine bildirilir.

3. Mahkeme, güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verebilir.

4. Bu davalarda esas hakkındaki iddiasını bildirmek için Cumhuriyet savcısına, müdahil veya vekiline; iddialara karşı savunmasını yapmak için sanık veya müdafine makul bir süre verilir. Bu süre, savunma hakkının sınırlanması anlamına geleceği durumlarda re'sen uzatılabilir.

5. Mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlar ile mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafiiye, tutanak kâtibine yahut görevlilere karşı uygun olmayan söz ve davranışlar hakkında yayım yasağı koyabilir. Bu yasağa rağmen yayımda bulunanlara üç aydan altı aya kadar hapis cezasıyla birlikte beşmilyar liradan onbeşmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

6. Mahkeme başkanı, duruşmanın inzibatını bozan sanığı veya müdafii o günkü duruşmanın tamamına çıkmamak üzere, duruşma salonundan çıkarır. Bunların, sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın

yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafinin bundan sonraki oturumlarda da duruşmanın inzibatını bozmakta ısrar etmeleri hâlinde, bir daha aynı dava ile ilgili duruşmaların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafii hakkında uygulandığı takdirde, keyfiyet ilgili baroya bildirilir. Bu halde de sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Duruşmaların bir kısmına ya da tamamına katılmamasına karar verilen müdafii Avukatlık Kanunu'nun 41. maddesinin ikinci fıkrası gereğince tayin edilmiş ise durum, kendisini tayin eden merciye de bildirilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafii tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan iş ve işlemlerin esaslı noktaları kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafii dilerse yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan veya duruşmalara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler.

7. 262. madde, 394/a maddesi kapsamına giren suçlara bakan ağır ceza mahkemeleri hakkında uygulanmaz.

8. Kendisine veya onun namına tebligat yapılacak kimselere tebligat yapılmaması hallerinde, işin ivediliğine göre basın veya diğer kitle iletişim araçlarıyla tebligat yapılabilir.

MADDE 2.— 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20 nci maddesi hükümleri, bu Kanun'la 1412 sayılı

Kanun'a eklenen 394/a maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca görevlendirilecek ağır ceza mahkemeleri başkan ve üyeleri ile bu mahkemelerin görev alanına giren suçları soruşturmak ve kovuşturmakla görevli Cumhuriyet savcılar hakkında da uygulanır. Bunların koruma ve güvenlik talepleri ilgili makam ve mercilerce öncelikle ve ivedilikle yerine getirilir.

MADDE 3.— 16.6.1983 tarihli ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

GEÇİCİ MADDE 1.— Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte Devlet güvenlik mahkemeleri ve Devlet güvenlik mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılıkları'nın yetki ve görevleri sona erer.

Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte görevde bulunan Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanı, asıl ve yedek üyeleri bu Kanun'la 1412 sayılı Kanun'a eklenen 394/a maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca görevlendirilecek veya kurulacak ağır ceza mahkemelerine ilk atamalar yapıncaya ve atanmalar görevlerine başlayıncaya kadar sırasıyla; ağır ceza mahkemesi başkan ve üyeleri sıfatıyla; Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet savcıları da 1412 sayılı Kanunun 394/a maddesinde belirtilen suçları soruşturmak ve kovuşturmak üzere Cumhuriyet savcısı sıfatıyla görevlerine devam ederler ve başka bir göreve atanmalarına Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilebilir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca bu Kanun hükümlerine göre yapılacak görevlendirme ve

ekler

atamalar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde gerçekleştirilir.

1412 sayılı Kanun'un 394/a maddesinde belirtilen suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarını aynı maddede belirtilen ağır ceza mahkemelerinin başkan ve üyeleri disiplin sebepleri hariç meşru mazeretleri ve talepleri olmadıkça üç yıl süre ile başka bir yere veya göreve atanamazlar. Bu görev süresinin tespitinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi ve Cumhuriyet Başsavcılıkları'ndaki görevlerine son atanma tarihleri nazara alınır. Görev süresi dolanlar tekrar atanabilirler.

GEÇİCİ MADDE 2.— Bu Kanunun yayımı tarihinde görev ve yetkileri sona eren Devlet güvenlik mahkemelerinde ve Devlet güvenlik mahkemeleri Cumhuriyet Başsavcılıklarında mevcut dava ve soruşturma dosyaları ayrıca bir karar verilmesine gerek kalmaksızın durumlarına, mahiyetlerine ve kanun hükümlerine göre, buldukları aşamadan itibaren yargılama ve soruşturmaya devam edilmek üzere görevli ve yetkili ağır ceza mahkemelerine ve bu mahkemelerin buldukları illerin Cumhuriyet Başsavcılıklarına devredilir.

Bu Kanun kapsamına girmeyen suçlar nedeniyle;

a. Hazırlık soruşturma safhasında bulunan dosyalar hakkında ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları'nca,

b. Son soruşturma safhasında bulunan dosyalar hakkında ağır ceza mahkemelerince dosya üzerinden,

Kanun hükümlerine göre gerekli kararlar verilmek suretiyle, dosyalar görevli ve yetkili Cumhuriyet Baş-

savcılıklar'ına veya mahkemelere gönderilir.

GEÇİCİ MADDE 3.— Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, Devlet güvenlik mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılıkları nezdinde bulunan arşiv, kalem, emanet ve diğer birimler ile Devlet güvenlik mahkemelerinin arşiv, kalem ve diğer birimleri, ayrıca başka bir işleme gerek olmaksızın sırasıyla bu Kanunla 1412 sayılı Kanuna eklenen 394/a maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilecek veya kurulacak ağır ceza mahkemelerinin bulunduğu il Cumhuriyet Başsavcılıkları nezdinde ve bu ağır ceza mahkemelerinde ayrı bir birim olarak bu faaliyet ve görevlerine devam ederler.

GEÇİCİ MADDE 4.— 2845 sayılı Kanun'un 31. maddesi hükümlerine göre teşkil olunan Devlet güvenlik mahkemesi adalet komisyonlarının görev ve yetkileri bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sona erer.

Devlet güvenlik mahkemelerinde görevli hâkim ve savcılar dışında kalan personel, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra, bu Kanun'la 1412 sayılı Kanun'a eklenen 394/a maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca görevlendirilecek veya kurulacak ağır ceza mahkemeleri ve bu mahkemelerin bulunduğu il Cumhuriyet Başsavcılıkları nezdinde anılan mahkemelerin görev alanına giren suçları soruşturmak ve kovuşturmakla görevlendirilen Cumhuriyet Savcılığı birimlerinde başka bir işleme gerek kalmaksızın ve buldukları kadro ve özlük hakları da saklı kalmak şartıyla görevlerine devam ederler. Bu personel

hakkında, anılan ağır ceza mahkemesi başkanı veya ilgili Cumhuriyet savcısının yazılı muvafakati olmadıkça adli yargı adalet komisyonunca başka bir yere veya göreve atama veya görevlendirme işlemi yapılamaz.

GEÇİCİ MADDE 5.— Diğer kanunlarda geçen “Devlet Güvenlik Mahkemesi”, “Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Hâkimliği”, “Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı ve Cumhuriyet savcısı” ibareleri sırasıyla “1412 sayılı Kanun’un 394/a maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilecek veya kurulacak ağır ceza mahkemesi”, “ağır ceza mahkemesi üyesi”, “1412 sayılı Kanunun 394/a maddesinde belirtilen suçları soruşturmak ve kovuşturmakla görevlendirilen Cumhuriyet savcısı” olarak uygulanır.

2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’a yapılan atıflar bu Kanun’la 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na eklenen Üçüncü Fasıla; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 4 üncü maddesinde 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 9. maddesine yapılan atıflar bu Kanun’la 1412 sayılı Kanun’a eklenen 394/a maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerine yapılmış sayılır.

GEÇİCİ MADDE 6.— Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Devlet güvenlik mahkemelerince karara bağlanan ve bu Kanunla 1412 sayılı Kanuna eklenen 394/a maddesiyle ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren dava dosyalarından;

a. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca,

b. Yargıtay dairelerinde bulunanlar hakkında ilgili ceza dairesince,

Başkaca bir işlem yapılmasına ve karar verilmesine gerek olmaksızın buldukları aşamada dosyaların incelenmesine devam olunur.

İncelemesi sona eren dava dosyaları, bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte yetkili ve görevli ağır ceza mahkemelerine gönderilir.

GEÇİCİ MADDE 7.— 1412 sayılı Kanuna eklenen 394/a maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na görevlendirilecek veya kurulacak ağır ceza mahkemelerinin yargı çevreleri ve tüm yurttta göreve başlayacakları tarih, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde *Resmî Gazete*’de ilân edilir.

MADDE 4.— Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5.— Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

29/6/2004

**MEMURLAR VE DİĞER
KAMU GÖREVLİLERİNİN
YARGILANMASI HAKKINDA
KANUNDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI HAKKINDA
KANUN**

Kanun No. 5232

Kabul Tarihi : 17.7.2004

MADDE 1.— 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkın-

ekler

da Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

e. Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya Başbakan,

MADDE 2.— 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu Kanun'a göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.

Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet Başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.

MADDE 3.— 4483 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve

şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymazlar. Ancak ihbar veya şikâyet eden kişilerin konu ile ilgili olarak daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabilirler.

MADDE 4.— 4483 sayılı Kanun'un 12. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 12.— Hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılır. Ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan hazırlık soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili, kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcivekili tarafından yapılır.

Hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için Yargıtayın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur.

MADDE 5.— 4483 sayılı Kanun'un 13. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 13.— Davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi

Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için yetkili ve görevli mahkeme Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, kaymakamlar için ise il ağır ceza mahkemesidir.

MADDE 6.— 4483 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasındaki “*garaz, kin veya mücerret hakaret için*” ibareleri madde metninden çıkartılmış ve “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ihbar veya şikâyet edileni mağdur etmek amacıyla ve*” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 7.— 4483 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 2.— Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde ve il ağır ceza mahkemesinde açılmış davalar ile Danıştayca itirazın incelenen kararlar, bu Kanun'un yürürlüğe girmesini müteakip genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemelere devredilir.

MADDE 8.— Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 9.— Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

TERÖR VE TERÖRLE MÜCADELEDEN DOĞAN ZARARLARIN KARŞILANMASI HAKKINDA KANUN

Kanun No. 5233

Kabul Tarihi : 17.7.2004

Amaç

MADDE 1.— Bu Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2.— Bu Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsar.

Aşağıda belirtilen zararlar bu Kanunun kapsamı dışındadır:

a. Devletçe arazi veya konut tahsis suretiyle yahut başka bir şekilde karşılanan zararlar.

b. Bir mahkeme kararı gereğince veya 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğü'nün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'un 30. ve 31. maddeleri gereğince karşılanan zararlar.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâl edildiği gerekçeyle Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilen veya Sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılacak tazminatın ödenmesi sonucunda karşılanan zararlar.

d. Terör dışındaki ekonomik ve

ekler

sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle buldukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar.

e. Kişilerin kendi kasıtları sonucunda oluşan zararlar.

f. 3713 sayılı Kanun'un 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlar.

İkinci fıkranın (f) bendinde yazılı suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanuna göre işlem yapılmaz.

Tanımlar

MADDE 3.— Bu Kanunda geçen;

a. Komisyon: Zarar tespit komisyonunu,

b. Bakanlık: İçişleri Bakanlığını,

c. Bakan: İçişleri Bakanını,

İfade eder.

Zarar Tespit Komisyonları

MADDE 4.— Zarar tespit komisyonları illerde; bu Kanun kapsamında yapılacak başvurular üzerine on gün içinde kurulur.

Komisyon, bir başkan ve altı üyeden oluşur. Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köyişleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasın-

dan görevlendirilecek bir avukat komisyonun üyesidir. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftasında yeniden belirlenir. Eski üyeler yeniden görevlendirilebilirler. İş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon kurulabilir.

Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Komisyonun çalışma esas ve usulleri yönetmelikle belirlenir.

Komisyonun Görevleri

MADDE 5.— Komisyon'un görevleri şunlardır:

a. Zarar görenin veya mirasçılarının başvurusu hâlinde bu Kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit etmek.

b. Kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurum niteliğindeki meslek kuruluşlarınca uygulanmış projelerin, zararın giderilmesine katkıları; zarar görenin değerlendirebileceği enkaz ve diğer yararlar; sigorta şirketlerince veya ilgili mevzuata göre kamu kurum ve kuruluşları ile sosyal güvenlik kuruluşlarınca ödenen tazminatlar, tedavi ve cenaze giderleri ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan yapılan yardımların zarar miktarından mahsup edilmesi suretiyle belirlenen ve 9. veya 10. maddelere göre yapılan nakdî veya aynî ödeme miktarını içeren sulhname tasarılarını hazırlamak.

c. Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya 12. maddenin ikinci fıkrasına göre kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenleyerek birer örneğini ilgiliye tebliğ etmek ve Bakanlığa göndermek.

d. Başvuranın, bu Kanun kapsamına giren bir zararının bulunmadığının tespit edilmesi hâlinde, buna ilişkin karar tutanağı düzenleyerek birer örneğini ilgiliye tebliğ etmek ve Bakanlığa göndermek.

Başvurunun süresi, şekli, incelenmesi ve sonuçlandırılması

MADDE 6.— Zarar gören veya mirasçıların veya yetkili temsilcilerinin zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde ilgili valiliğe veya kaymakamlığa başvurmaları hâlinde gerekli işlemlere başlanır. Bu sürelerden sonra yapılacak başvurular kabul edilmez.

Komisyon, zarar görenlerce yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlamak zorundadır. Zorunlu hâllerde bu süre vali tarafından üç ay daha uzatılabilir.

Komisyon, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından başvuru konusu ile ilgili her türlü bilgi ve yardımı isteyebileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanları bilirkişi olarak da görevlendirebilir. Komisyon, gerekli gördüğü uzmanları çalıştırabilir veya bunlardan görüş alabilir.

Komisyonun başkan ve üyeleri; kendilerinin, eşlerinin ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve kayın hısımlarının zararları ile ilgili bulunan komisyon toplantılarına katılamaz.

Komisyonun sekreterlik hizmetleri il özel idarelerince yürütülür.

Komisyon tarafından bilirkişi olarak görevlendirilenlere her gün için (500) gösterge rakamının memur aylık

katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarda ödeme yapılır. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaz.

Komisyonun giderleri Bakanlık bütçesinden karşılanır.

Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, nihaî işlem sonucunun ilgiliye tebliğine kadar genel hükümlere göre dava açma sürelerini durdurur.

Karşılanacak Zararlar

MADDE 7.— Bu Kanun hükümlerine göre sulh yoluyla karşılanabilecek zararlar şunlardır:

a. Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar.

b. Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri.

c. Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar.

Zararın Tespiti

MADDE 8.— 7. maddede belirtilen zararlar, zarar görenin beyanı, adlî, idarî ve askerî mercilerdeki bilgi ve belgeler göz önünde tutularak olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle, hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun biçimde komisyon tarafından doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile belirlenir.

Taşınmaza ilişkin zarar tespitinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun

11. maddesinde belirtilen kıymet takdiri esasları kıyasen uygulanır.

Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde yapılacak ödemeler

MADDE 9.— Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın;

a. Yaralananlara altı katı tutarını geçmemek üzere yaralanma derecesine göre,

b. Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından üçüncü derece olarak tespit edilenlere dört katından yirmidört katı tutarına kadar,

c. Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından ikinci derece olarak tespit edilenlere yirmibeş katından kırksekiz katı tutarına kadar,

d. Çalışma gücü kaybı, yetkili sağlık kuruluşları tarafından birinci derece olarak tespit edilenlere kırkdokuz katından yetmişiki katı tutarına kadar,

e. Ölenlerin mirasçılarına elli katı tutarında,

Nakdî ödeme yapılır.

Nakdî ödemenin tespitine esas tutulacak miktar, ödeme yapılmasına ilişkin valinin veya Bakanın onayı tarihinde geçerli gösterge ve katsayı rakamları esas alınarak belirlenir.

Birinci fıkranın (e) bendine göre belirlenen nakdî ödemenin mirasçılara intikalinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun mirasa ilişkin hükümleri uygulanır.

Bakanlar Kurulu, nakdî ödemeye esas tutulan gösterge rakamını yüzde

otuz kadar artırmaya veya kanunî sınıra kadar indirmeye yetkilidir.

Bu Kanun kapsamındaki zararlardan dolayı, zarar gören kişilere gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılan ödemeler sebebiyle Devlete rücu edilemez.

Nakdî ödemenin şekli, tutarı, yaralanma ve sakatlık derecelerinin tespitine ilişkin esas ve usuller yönetmelikle belirlenir.

Zararların Karşılama Şekli

MADDE 10.— 7. maddenin (a) ve (c) bentlerinde yazılı zararlar, aynı veya nakdî olarak karşılanır. Ancak, bu zararların karşılanmasında imkânlar ölçüsünde aynı ifaya öncelik verilir. Aynı ifa, bireysel veya genel nitelikli projeler çerçevesinde yapılabilir.

Aynı ifa tarzı ile ilgili esas ve usuller yönetmelikle belirlenir.

Mahsup Edilecek Miktarlar

MADDE 11.— 5. maddenin (b) bendine göre belirlenen miktarlar, mahsup tarihindeki değerleri üzerinden 8. ve 9. maddelere göre hesaplanacak toplam gayrisafi ifa bedelinden düşülür.

Mahsup edilecek değerlerin hesaplanması ile ilgili esas ve usuller yönetmelikle belirlenir.

Zararın Karşılmasına İlişkin Sulhname

MADDE 12.— Komisyon, doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile yaptığı tespitten sonra 8. maddeye göre belirlenen zararı, 9. maddeye göre hesaplanan yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerindeki nakdî ödeme tutarını, 10. maddeye göre ifa tarzını ve 11.

maddeye göre mahsup edilecek miktarları dikkate alarak, uğranılan zararı sulh yoluyla karşılayacak safi miktarı belirler. Komisyon'ca, bu esaslara göre hazırlanan sulhname tasarısının örneği davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilir.

Davet yazısında hak sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere yirmi gün içinde gelmesi veya yetkili bir temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının saklı olduğu belirtilir.

Davet üzerine gelen hak sahibi veya yetkili temsilcisi sulhname tasarısını kabul ettiği takdirde, bu tasarı kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır.

Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya ikinci fıkraya göre kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek birer örneği ilgiliye ve Bakanlığa gönderilir.

Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır.

Zararın Karşılanması

MADDE 13.— Sulhnamede belirlenen zararlar, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine ifa tarzına göre Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten karşılanır.

Bakanlık, yirmi milyar Türk Lirasının üzerindeki aynı ifa veya nakdî ödemelerin Bakan onayı ile yapılmasını kararlaştırabilir. Bu miktar, her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit

ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır.

Devletin ödeme nedeniyle genel hükümlere göre sorumlular hakkında rücu hakkı saklıdır.

Denetim ve sorumluluk

MADDE 14.— Komisyonlar, Bakanlık tarafından denetlenir.

Bu Kanuna göre zarar tespit işlemlerinde görevlendirilen kişilere karşı bu görevleri nedeniyle veya görevleri sırasında işlenen suçlar hakkında Devlet memurlarına karşı işlenen suçlara; bu kişilerin bu görevleri sırasında işledikleri suçlar hakkında ise Devlet memurlarının işledikleri suçlara ilişkin hükümler uygulanır.

İstisna ve Muafıklar

MADDE 15.— Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak yapılacak başvurular, bildirimler, düzenlenecek belgeler, resmî mercilerce ve noterlerce yapılacak işlemler ile bu Kanun'da belirtilen amaçlar doğrultusunda kullanılmak üzere yapılacak bağış ve yardımlar, her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

Bu Kanun'da belirtilen amaçlar doğrultusunda kullanılmak üzere yapılacak bağış ve yardımların gelir ve kurumlar vergileri matrahından indirilebilecek miktarları ilgili mevzuata göre belirlenir.

Tebliğat

MADDE 16.— Bu Kanun gereğince yapılacak tebliğatlar hakkında 7201 sayılı Tebliğat Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, tebliğatın memur vasıtası ile yapılması esastır.

Yönetmelik

MADDE 17.— Komisyonun çalışma esas ve usulleri, komisyona başvurularda takip edilecek usuller, cana, vücut bütünlüğüne ve mala yönelik zararların tespiti, uğranılan zararları sulh yoluyla karşılayacak safi miktarların belirlenmesi, nakdî ödemenin şekli, tutarı ve çalışma gücü kaybı oranlarının tespitine ilişkin esas ve usuller ile diğer hususlar, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren iki ay içinde Bakanlıkça hazırlanacak ve Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir.

GEÇİCİ MADDE 1.— Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvuruları hâlinde, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1 inci, 3. ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Bu maddeye göre yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılır.

GEÇİCİ MADDE 2.— 19.7.1987 tarihinden bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar, görevleri başında iken terörden veya terörle mücadele sırasında zarar gören kamu görevlilerinden veya mirasçılarından, ilgili mevzuat uyarınca tazminat almış olup, ancak aldıkları tazminatın hesaplanma kriteri bu Kanundan farklı olanlardan, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl için-

de ilgili valilik veya kaymakamlıklara başvuranlara, yapılacak hesaplamada aldıkları tazminat ile bu Kanuna göre almaları gereken tazminat arasında fark bulunması halinde, eksik olan tutar yasal faiziyle birlikte ödenir. Ödenen tazminat tutarı fazla ise iade talep edilmez.

Bu maddeye göre yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde sonuçlandırılır.

Yürürlük

MADDE 18.— Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 19.— Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5219

Kabul Tarihi : 14.7.2004

MADDE 1.— 1.3. 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 432. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 432.— Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvî harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429. maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430. maddenin birinci fıkrasında yazılı halde altı aydan üç seneye, ikinci fıkrasında yazılı halde bir aydan altı aya kadar, 431. maddede

yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

MADDE 2.— A. 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun;

a. 8. maddesinin (I) numaralı bendinde yer alan ve ek 3. maddesine göre “*dörtüzmilyon*” olarak uygulanması öngörülen parasal sınır “*beşmilyar*” lira,

b. 288. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 290. maddesinde yer alan ve ek 3. maddesine göre “*kırkmilyon*” olarak uygulanması öngörülen parasal sınır “*dörtüzmilyon*” lira,

c. 427. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ve ek 3. maddesine göre “*kırkmilyon*” olarak uygulanması öngörülen parasal sınır “*birmilyar*” lira; beşinci fıkrasında yer alan ve ek 3. maddesine göre “*sekizyüz-milyon*” olarak uygulanması öngörülen duruşma sınırı “*onmilyar*” lira; “*altıyüz-milyon*” olarak uygulanması öngörülen karar düzeltme sınırı “*altmilyar*” lira,

d. 438. maddesinin birinci fıkrasında geçen ve ek 3. maddesine göre “*sekizyüz-milyon*” olarak uygulanması öngörülen parasal sınır “*onmilyar*” lira,

e. 440. maddesinin (III) numaralı fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan ve ek 3. maddesine göre “*altıyüz-milyon*” olarak uygulanması öngörülen parasal sınır “*altmilyar*” lira,

f. 566. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve ek 3. maddesine göre “*dört-yüz-milyon*” olarak uygulanması öngörülen parasal sınır “*beşmilyar*” lira,

Olarak değiştirilmiştir.

B. 1086 sayılı Kanun'un 175. mad-

desi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 175. - Her sene bilumum mahkemeler ağustosun birinden eylülün beşine kadar tatil olunur.

C. 1086 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 1.— Bu Kanunla artırılan parasal sınırlar nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez.

MADDE 3.— A. 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 209. maddesinin son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu muamele tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi kâtabi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır.

B. 1412 sayılı Kanun'un 305. maddesinin (1) numaralı bendinde yer alan “*ikimilyon*” ibareleri “*ikimilyar*”; (2) numaralı bendinde yer alan “*onmilyon*” ibaresi “*onmilyar*” olarak değiştirilmiştir.

C. 1412 sayılı Kanun'un 423. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ceza işlerini gören makam ve mahkemeler her sene ağustosun birinden eylülün beşine kadar tatil olunur.

D. 1412 sayılı Kanun'un 148. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 4.— 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesinin dördüncü fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

ekler

Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığı'na belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir.

MADDE 5.— 10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 10. maddesinin (A) ve (D) fıkraları ile 33. maddesinin (A) ve (C) fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 6.— 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 205. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan “iki milyon” ibareleri “ikimilyar”; (2) numaralı alt bendinde yer alan “on milyon” ibaresi “onmilyar” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 7.— 21.2.1967 tarihli ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 101. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Sayıştay Genel Kurulu, Temyiz Kurulu, Daireler Kurulu ve daireleri her yıl ağustosun birinden eylülün beşine kadar çalışmaya ara verir.

MADDE 8.— A. 18.1.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 2. maddesine aşağıdaki fıkra üçüncü fıkra olarak eklenmiştir.

Asliye mahkemesinin kaldırıldığı ilçelerdeki birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterliklerin faaliyetleri devam eder. Bu yerlerde birden çok noterlik de kurulabilir. Asliye mahkemesi bulunmayan ilçelerde faaliyetleri devam eden veya yeniden kurulan aynı yargı çevresi içerisinde olup aynı belediye hudutları içerisinde bulunmayan noterlikler hakkında 109. madde hükmü uygulanmaz.

B. 1512 sayılı Kanun'un 3. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir

Asliye mahkemesinin kaldırıldığı ilçelerdeki birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterlikler ise boşalmış olması halinde, Türkiye Noterler Birliği'nin teklifi üzerine Adalet Bakanlığı'na kapatılabilir.

MADDE 9.— 4.7.1972 tarihli ve 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Barişta Askerî Yüksek İdare Mahkemesi her sene ağustosun birinden eylülün beşine kadar çalışmaya ara verir.

MADDE 10.— 12.6.1979 tarihli ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Toplantı dönemi her yıl altı eylülde başlar, otuz bir temmuzda biter.

MADDE 11.— A. 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 61. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl ağustosun birinden eylülün beşine kadar çalışmaya ara verirler.

B. 2577 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 12.— 6.1.1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 86. maddesinin (1) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

1. Danıştay daireleri her sene ağus-

tosun birinden eylülün beşine kadar çalışmaya ara verirler.

MADDE 13.— A. 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 28. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Zamanaşımı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin birinci fıkrasının (5) ve (6) numaralı bentleri kapsamında olan suçlara ilişkin dava dosyaları temyiz üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca tebliğname düzenlenmeksizin ilgili daireye gönderilir. Daire kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın karar düzeltme ve itiraz kanun yollarına başvurma yetkisi vardır.

B. 2797 sayılı Kanun'un 56. maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Adli ara vermeden yararlanmayanların yıllık izinleri yol süresi dahil otuzaltı gündür.

MADDE 14.— 22.11.1990 tarihli ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Asliye mahkemelerinin bulunmadığı ilçelerde adli sicil bilgileri kaymakamlıklarla verilir.

MADDE 15.— Bu Kanun'un 2. maddesinin (B) fıkrası, 3. maddesinin (C) fıkrası, 7, 9, 10, 11, 12. maddeleri ile 13. maddesinin (B) fıkrası 1.1.2005 tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 16.— Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

ÖLÜM CEZASININ KALDIRILMASI İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN

Kanun No. 5218

Kabul Tarihi : 14.7.2004

MADDE 1.— A. 1.3. 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun;

1. 11. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

2. 12. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

3. 13. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ağır hapis cezası, ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya muvakkattir.

Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ve müebbet ağır hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder.

4. 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler için*" ibaresi, "*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler için*" olarak değiştirilmiştir.

5. 43. maddesinde yer alan "*İdam*" ibaresi, "*Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*" olarak değiştirilmiştir.

6. 47. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan "*İdam*" ibaresi, "*Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*" olarak değiştirilmiştir.

7. 50. maddesinde yer alan "*ölüm*" ibaresi, "*ağırlaştırılmış müebbet ağır*

ekler

hapis” olarak değiştirilmiştir.

8. 51. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “*ölüm*” ibareleri, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

9. 54. maddesinin ikinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “*Ölüm*” ibaresi, “*Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

10. 55. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “*İdam*” ibaresi, “*Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

11. 58. maddesinin son fıkrasında yer alan “*ölüm*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

12. 59. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*idam*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

13. 61. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*ölüm*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

14. 62. maddesinde yer alan “*ölüm*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

15. 64. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*ölüm*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

16. 65. maddesinin (III) numaralı fıkrasında yer alan “*ölüm*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

17. 66. maddesinde yer alan “*idam*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır*

hapis” olarak değiştirilmiştir.

18. 70. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 70.— Birden çok ağırlaştırılmış müebbet ağır hapse mahkûmiyet halinde, bir yıldan az ve altı yıldan fazla; ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına mahkûmiyet halinde, dokuz aydan az ve beş yıldan fazla; birden çok müebbet ağır hapse mahkûmiyet halinde ise altı aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, hükmedilecek miktarı geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek üzere, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya müebbet ağır hapis cezaları infaz olunur.

19. 73. maddesine aşağıdaki fıkra birinci fıkra olarak eklenmiştir.

Cezalardan biri ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ve diğeri şahsî hürriyeti bağlayıcı muvakkat bir ceza ise, ilave edilecek cezanın nev’i ve miktarına göre yirmi günden az ve altı seneden fazla olmamak üzere geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası tatbik olunur.

20. 82. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûmiyet durumunda iki kat olarak uygulanır.

21. 102. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “*Ölüm*” ibaresi, “*Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak, ikinci fıkrasında yer alan “*ölüm*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

22. 112. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “İdam” ibaresi, “Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

23. 118. maddesinde yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

24. 125. maddesinde yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

25. 126. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

26. 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

27. 129. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

28. 131. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

29. 133. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında yer alan “ölüm” ibareleri, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

30. 136. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

31. 137. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

32. 146. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “idam” ibareleri,

“ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

33. 147. maddesinde yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

34. 149. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

35. 156. maddesinde yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

36. 285. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

37. 286. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

38. 296. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

39. 301. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

40. 302. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

41. 303. maddesinde yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

42. 305. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

ekler

43. 407. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

44. 450. maddesinde yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

45. 451. maddesinde yer alan “idam” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

46. 463. maddesinde yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

B. 23. 5.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanunlar’ın ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinde yer alan “idam hükümlerinin infazı” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

C. 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun;

1. 110. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “cezalar ile ölüm cezasını” ibaresi “cezalari” olarak değiştirilmiştir.

2. 283. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ölüm veya” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

3. 305. maddesinde yer alan “cezalar ile ölüm cezalarına” ibaresi, “cezalara” olarak değiştirilmiştir.

4. 421. maddesinde yer alan “ölüm ve” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

D. 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 110. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi “ağırlaştırılmış müebbet ağır

hapis” olarak değiştirilmiştir.

E. 13. 7.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un;

1. 1. maddesinin (1) numaralı bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

2. 2. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasının infazı

Madde 2. - Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlü hakkında hücrede kalma süresi; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 70, 73 ve 82. maddelerinde bu suç için öngörülen şekilde, terör suçluları hakkında ise müebbet ağır hapis cezası için öngörülen süreler üç kat olarak uygulanır.

3. 19. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler 30” ibaresi, “Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 25” olarak, ikinci fıkrasında yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlerin 33” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlülerin 29” olarak, aynı fıkra da yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlerin 36” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlülerin 32” olarak değiştirilmiştir.

4. Ek 2. maddesinin sekizinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

5. Geçici 10. maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 11.— Ölüm cezaları 3. 8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun hükümlerine göre müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenlerin kesinleşmiş cezaları, bu Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte, kendiliğinden ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüşür. Bu hükümlülerin, ceza infaz kurumunda geçirecekleri süre ile infaz usulü, hükümü veren mahkeme tarafından ve dosya üzerinden saptanır.

GEÇİCİ MADDE 12.— Haklarında 3. 8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanunun 1. maddesi uygulanan hükümlülerin dosyalarından;

a. Henüz Yargıtaya gönderilmemiş veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nda bulunanlar ile daha önce Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne gönderilmiş olanlar hükmü veren mahkemece,

b. Yargıtayda bulunanlar ilgili ceza dairesince,

Acele işlerden sayılmak ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesi dikkate alınmak suretiyle karara bağlanır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nda veya Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde bulunan dosyalar, gelişlerindeki usule uygun olarak bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde hükmü veren mahkemeye geri gönderilir.

Askerî mahkemeler, Askerî Yargıtay Başsavcılığı ve Askerî Yargıtayda bulunan dosyalar hakkında da bu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

4771 sayılı Kanun’un 1. maddesi kapsamı dışında olan idam cezası

hükümlüleri hakkında da bu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

F. 8.9.1971 tarihli ve 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde yer alan “*idam*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

G. 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 12. maddesinin ikinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “*İdam*” ibaresi, “*Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis*” olarak değiştirilmiştir.

H. 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 14. maddesinin (2) numaralı bendinde yer alan “*ölüm*” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

I. 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler*” ibaresi, “*ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası alanlar*” olarak değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Ölüm cezaları 3. 8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun hükümlerine göre müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları hakkında, bu Kanun ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un şartla salıvermeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır

ekler

hapis cezası ölünceye kadar devam eder.

J. 17.2.2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “ölüm” ibaresi, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirilmiştir.

K. 3. 8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesi ile geçici 1. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

L. 30.5.1283 tarihli Demiryollarının Usulü Zabıtına Dair Nizamname'nin 1 ve 2. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2.— A. 21.6.1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendi yürürlükten kaldırılmış ve aynı fıkradaki “11” ibaresi “10” olarak değiştirilmiştir.

B. 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6.maddesinin (b) fıkrasının (3) numaralı bendi

yürürlükten kaldırılmıştır.

C. 5.4.1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 6.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri*” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

D. 13. 4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hak-kında Kanun'un 6.maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi yürürlükten kaldırılmış ve aynı fıkrada yer alan “9” ibaresi “8” olarak değiştirilmiştir.

E. 19.3. 1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'la değişik 65. maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve aynı Kanun'a 8.5.1984 tarihli ve 3003 sayılı Kanun'la eklenen ek 3. maddesinin 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'la değişik ikinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen “*avukatlardan genel kurula katılma hakkına sahip*” ifadesi madde metninden çıkartılmıştır.

MADDE 3.— Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 4.— Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Dergimizde yayımlanan yazılar hakkındaki düşüncelerinizi
yayin@barobirlik.org.tr
adresine yollayabilirsiniz.

13.01.2004 tarihinde Avukatlık Yasası'na eklenen 27/A maddesi gereği TBB tarafından hazırlanması gereken yönetmeliğe önerimdir.

Gerekeç: Avukatlık Yasası gereği vekaletnameye yapıştırılan vekalet pulu bedelinin yarısı Avukatlık Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Fonu'na aktarılacak miktar 8-10 trilyon civarında tahmin edilmektedir. Ülkemizdeki avukat sayısının ise 55 bin olduğu söylenmektedir. Bu durumda, avukatın yalnızca kendisinin sağlık garantisi olması, eşi ve çocuklarının olmaması düşünülemez. Kaldı ki, somut duruma bakıldığında meslektaşlarımızın kimisi emekli, kimisi SSK'dan sağlık güvencesi kazanmış, kimisi de eşleri dolayısıyla sağlık güvencesine kavuşmuştur.

Fonda birikecek para; örnek vermek gerekirse, ülkemizdeki kanser hastalığının tedavisinin çok pahalı olması sonucu kaç kişiye yeteceği ortadadır. Yani fonda biriken paranın meslektaşlarımızın tedavisi için yeterli miktarda olmadığı açıktır. Yine sağlık sistemi güvenilir ve takip edilebilir bir sistem olmalı ki, fonda biriken para haksız yere kötüye kullanılmasın. Tüm bu durumlar karşısında oluşturulacak yönetmelik için çözüm önerim aşağıdaki gibidir.

1. Avukatlık Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Fonu'ndan (ASDY), ulusal sosyal güvenlik kurumlarından emekli olmuş avukatlar yararlanamaz.

2. Ulusal sosyal güvenlik kurumlarından sağlık güvencesinden yararlanan avukatlar, bu fonun sağlık güvencesinden faydalanamaz.

3. Fonun sağlık güvencesinden yararlanacak meslektaşlarımız, fona dahil olmak için, fona 50 milyon TL bağış yapmalıdır. Ayrıca, her ay kendisi ve fona dahil edeceği kişi için 60 milyon TL ödeme yapacaktır. Ödemelerde 2 ay aksama olduğu takdirde fonun sağlık güvencesinden faydalanamaz.

4. Fonun sağlık hizmetini baroya kayıtlı avukatlara daha iyi sunabilmek için fonun yönetimini TBB delegeleri arasından, Barolar Birliği Genel Kurulu'nca 3 yıl için seçilirler.

5. Avukatlık Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Fonu Yönetim Kurulu, 5 avukattan oluşur.

6. Avukatlık Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Fonu Yönetim Kurulu her baro bölgesinde temsilcilikler oluşturur.

7. Sistemden yararlanan avukatların sağlık sorununda parayla muhatap olmamaları için ASDY Fonu Yönetim Kurulu, yurt içi ve yurt dışındaki özel hastanelerle ve Sağlık Bakanlığı'yla bir protokol imzalar. Yine barolar kanalıyla, ilaç için o bölgedeki bir veya birkaç eczane ile protokol, Fon Yönetim Kurulu'nu temsilen Baro Yönetim Kurulu'nca imzalanır.

8. Avukatların sağlık harcaması için ASDY fon yönetimi bünyesinde, sağlık harcamalarının denetimi için uzman bir ekip oluşturulur. Bu ekibin onayladığı harcamalar fon yönetimi tarafından ilgili sağlık kuruluşuna ödenir.

9- Barolar fondan yararlanan avukatlara özel bir sağlık kartı verir. Bu sağlık kartı ile sağlık sorunu için herhangi bir sağlık kuruluşuna başvuran avukat, barodan veya baro temsilciliğinden alacağı onaylı tip rapor örneği ile tedavisini yaptırır. Yapılan tedaviye ilişkin rapor düzenlemek zorundadır.

10- ASDY Fonu Yönetim Kurulu'nun anlaşma yaptığı sağlık kuruluşlarında tedavi olan avukat, tedavi ücretini gösterir makbuz örneğini veya belgeyi söz konusu rapora ekleyecektir.

Av. Süleyman YÜKSEL