

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

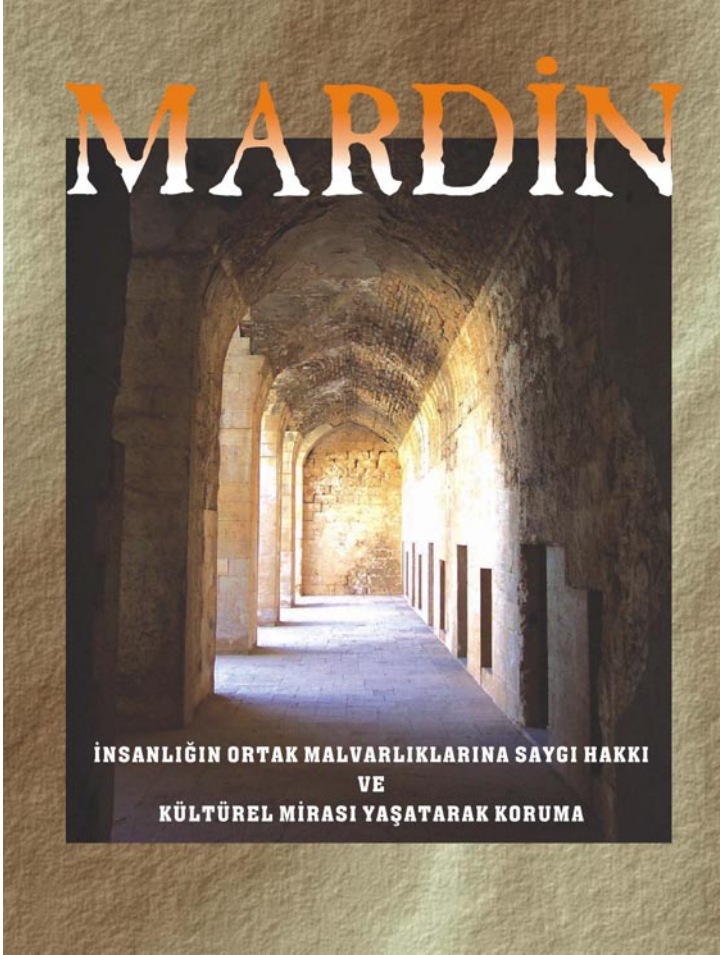
6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI



ÇIKTI !..

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 17

SAYI: 55

KASIM - ARALIK 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: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Basım Tarihi

31.10.2004

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, 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 Özok

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)

Prof. Dr. Erzan Erzurumoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Haluk Günuşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)

Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)

Sabih Kanadoğlu (Em. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)

Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (DEÜ Hukuk Fak.)

Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

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

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Av. Özdemir ÖZOK	27	Barolarımızdaki Tatlı Heyecan: Seçimler
Doç. Dr. Ali Rıza ÇINAR	31	Hukuka Aykırı Kanıtlar
Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU	65	Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanun'la Getirilen Yenilikler
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI	85	Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı
Doç. Dr. Metin FEYZİOĞLU	102	AİHS (6/3-a) Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku
Hasan DURSUN	126	Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
Av. Güney DİNÇ	165	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı
İbrahim ŞAHBAZ	201	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlükleri ve Güvenliği
Şahnaz GEREK / Ali Rıza AYDIN	226	Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim
Av. Talih UYAR	239	İcra Hukukunda Süreler
Av. Aslıhan ÖZDEMİR	261	2004 Yılı İlerleme Raporunda Demokrasinin Üstünlüğü, İnsan Hakları ve Yargı
Av. Kublay ATASAYAR	277	4054 Sayılı Yasa'nın 55. Maddesinde Yapılan Değişiklikle İlgili Danıştay'ın "İstisari Kararı" ve Sonuçları Üzerine Düşünceler
DOSYA	293	TÜKETİCİ HAKLARI
Kamil KADIOĞLU	295	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 4822 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler
Naci ÖZDAMAR	317	4822 Sayılı Yasa İle Değişik 4077 Sayılı Yasa'da Tanımlanan Konut Nedir?
Av. Arzu KÜÇÜKYALÇIN	332	Brüksel I. Tüzüğü'nde Tüketici Aktilerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları
Av. Şerafettin GÖKALP	360	Bir Sivil Toplum Kuruluşu Olarak Tüketici Örgütleri
Av. Uğur YETİMOĞLU	364	Devreli Tatil Sistemleri ve Tüketici Hukuku
Av. Necati YENTÜRK	383	Yeni Tüketici Yasası ve AB'de Piyasa Gözetim ve Denetimi
	391	Yargıtay Kararları
	422	Danıştay Kararı
	425	TBB Disiplin Kurulu Kararları
Av. Cengiz İLHAN	453	Sekseninci Yılında Cumhuriyet
	461	Kitaplar - Dergiler
	465	Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler
	476	Ekler

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Dr. Şule ÖZSOY

ABD Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar

Dr. Beşir Fatih DOĞAN

Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı

Dr. Ali KARAGÜLMEZ

Yeni Türk Lirası'yla İlgili Kanununun Ceza ve Ceza Yargılama Hukuku Açısından İncelenmesi

Av. Hasan ORAL

Avrupa Birliği'ndeki Vergi Uyum Çalışmaları ve Türkiye

Dr. Mustafa ÖZBEK

İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I-II)

Prof. Dr. M. Emin ARTUK - Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yangına, İnflaka, Batmaya, Deniz Kazasına veya Genel Bir Tehlikeye
Taksirle Sebebiyet Verme Suçu

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın Hukuksal Boyutu

Av. Dr. Teoman OĞUZHAN

Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında Adliyenin Bir Organı Olarak Avukat

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

Bülent ÇİÇEKLİ

Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında
Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Mehmet ALTINDAĞ

Serbest Meslek Erbabına Yapılan Ödemelerde Katma Değer Vergisi Tevkifatı

Evren ALTAY

Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları

Kemal AKINBİNGÖL

506 ve 4857 Sayılı Yasa'larda İşyerini Bildirme Yükümlülüğü

editör'den...

Dokuz yaşında Asu Ataseven'in ölümü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ni hazırlayan, düzenleyen ve basan ekibin bir "takım" olduğunu büyük acı duyarak öğrenmesine vesile oldu. Geçen 54. sayı, her ölüm gibi üzüntü, ancak yaşı sebebiyle ayrı bir hüznün veren küçücük kızımızın ölümünün ve yoğun bakımda geçirdiği endişeli günlerin ağır baskısı altında hazırlandı. Bizler adli tatili fırsat bilip birkaç gün tatil yaparken Düş Atelyesi de kısa bir ara vermişti. Babası Halit Ataseven ile dedesini ziyarete giden Asu, babasının anlatımı ile "anlatılması ve anlaşılması zor" bir trafik kazası sonucu yaşama veda etti. Dergimizi bu acı olayın gölgesinde ve tam bir karışıklık içerisinde, gününde piyasaya verebilmemiz bir "takım" ruhu ile çalışmamızın sonucu oldu. Görülmemiş bir fedakarlık, nezaket, hoşgörü ve yardımlaşma ile görev tamamlandı.

Küçük Asu'ya Tanrı'dan rahmet, ailesine sabırlar diliyoruz. Bize bir "takım" olduğumuzu öğrettiği için ona şükran duyuyoruz. Onu hiç unutamayacağımızı biliyoruz.

Dergimiz geçen sayısı ile, yeni şeklinde çıkışının birinci yılını kutladı. Dergi'nin yazı sıkıntısı çekmeden giderek artan hacmi hukuk çevrelerinde sağlanan güven ve saygınlığın sonucudur. Her sayımızda yeni bir imza ve güncel konularda sıcaklığına hazırlanmış bilimsel bir makale yayımlayabilmiş olmaktan mutluyuz.



Türk Ceza Kanunu'nun, TBMM Genel Kurulunda, maceralı kabulünden sonra, önümüzdeki dönemde Türk hukukçuları yoğun bir çalışma içerisine gireceklerdir. TBB yeni Türk Ceza Kanunu hakkında halkın, hukukçuların bilgilendirilmesi için *Cumhuriyet Gazetesi* ile işbirliği yaptı. Üst mahkemeler konusunda TBB yayınları arasında çıkan *İSTİNAF MAHKEMELERİ* adlı kitap halen alanında tek kitap olma özelliği taşımaktadır.

Yeni TCK ile ilgili olarak bu sayıda Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları "İfade Hürriyetinin Sınırı" konusunda yazıyor. Geçen sayıda Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk "Kız ve Kadın Kaçırma Suçu" ile ilgili olarak yazmıştı. Gelecek sayılarımızda ise yine sayın Artuk ile Dr. Ali Karagülmez'in Türk Ceza Kanunu'nun ilgi çekici hükümleri ile ilgili önemli yazılarının başlıklarını "Gelecek Sayılarımızda Yayımlanacak Yazılardan Bazıları" başlığı altında bulacaksınız.

Barolarımız Ekim ayı içinde seçimlerini yaptı, yeni başkan ve kurullar göreve başladı. Seçilen başkan ve üyelere başarılar dilerim.

Saygılarımla...

Teoman ERGÜL

AKP ile CHP uzlaş ve zina rafa kalktı

Yine çete soruşturması yine Yalçinkaya'nın adı

Yeniçeri Çete Soruşturması'ndan (Yeniçeri Çete) soruşturmanın başlatıldığı gün, adımları soruşturmanın başlatıldığı gün, adımları soruşturmanın başlatıldığı gün...

Toplumsal tepki üzerine CHP de TCK'ya Meclis'te muhalefet sinyali verince hü

Erdoğan'ın onayıyla zina önerge

AB rest çekti Hepsini aynı masada

SON DAKIKA

SANIK TANIK SAVCI



"TÜRKİYE'NİN ARZU ETTİĞİ TABLO" Adıktık bakımı Çiçek, basın toplantısında Baykal ve GÖP'ye destek verdi. "Bu, Türkiye'nin arzusu..."

Gürpınar'ın davası, iki Yargıtay üyesini, aynı masada gösteren... niği ile aynı masada gösteren...

AB'nin tepkisine partiler de eklenecek CHP ile anlaşılıp, zinayla ilgili düzenlemelerden vazgeç...

Gürpınar'ın davası iki Yargıtay üyesini, aynı masada gösteren... niği ile aynı masada gösteren...

Zinanın çaresi yasaklar değil K Parti zina hariç zorunlu olarak zina yasakları... K Parti zina hariç zorunlu olarak zina yasakları...

Yine yargı bağlantısı Bakanlık Yalçinkaya dosyasını bitiremedi... Bakanlık Yalçinkaya dosyasını bitiremedi...

Yargıda artıncıme sinmiyor Türkiye-AB ilişkilerini geren K Tazminatı... Türkiye-AB ilişkilerini geren K Tazminatı...

TBB Başkanı Özok: İcimize sinmedi Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özdemir... Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özdemir...

Barolar TCK'ya karşı Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özdemir... Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özdemir...

Özgürlükler kısıtlanyıo Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özdemir... Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özdemir...

BARO SEÇİMLERİ YAPILDI

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 82. maddesinde bütün barolarımızda Ekim ayında seçimlerin yapılması öngörüldüğünden seçimler yapıldı. Başkanlar ve oluşan kurullar görevlerine başladılar. Seçimlerin meslektaşlarımızın sorunlarının çözümünde ve ülkemizin hukuk savaşımında atılım vesilesi olacağına inanmaktayız.

Başkanlarımıza ve kurullara seçilen üyelere başarılar dileriz.

Kongrelerde seçimlerin sonuçlarından sonra en önemli gelişme Tekirdağ Barosu'nda yaşandı. Tekirdağ Barosu

Başkanı Güneş Gürseler ve Yönetim Kurulu üyeleri, Divan Başkanlığı'na verdikleri bir önerge ile stajyer sayısının sınırlandırılmasını önerdiler ve önerge kabul edilerek Tekirdağ Barosu'nda aynı anda yirmi hukuk mezununun staj yapabileceğine karar verildi. Önümüzdeki günlerde tartışmalara neden olabilecek bu karar hakkında Güneş Gürseler'in yazısının yayımlanmaktadır.

HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NA SEÇİM

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na Danıştay üyesi Sinan Tunca seçildi. Tunca'ya görevinde başarılar dileriz.

TEKİRDAĞ BAROSU GENEL KURULU'NUN STAJYER SAYISININ SINIRLANMASINA İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ *

Tekirdağ Barosu Genel Kurulu 9 Ekim 2004 tarihli olağan toplantısında, stajyer sayısının yirmi olarak sınırlandırılmasına, bu sayıyı aşan başvuruların başvuru sırasına göre boşalma oldukça değerlendirilmesine karar verilmiştir.

Genel Kurul'a Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu üyelerinin imzaları ile sunulan önerge;

"Tekirdağ Barosu Genel Kurul Başkanlık Divanına

Avukatlık Yasası ve Avukatlık Staj Yönetmeliği stajyerlerin eğitimi konusunda barolara önemli görevler yüklemiştir. Bir yıllık staj süresi içinde stajyerler baroların hazırlayacağı ve uygulayacağı, en az 120 saatlik eğitim süresini kapsayan bir eğitim programına göre eğitim alma durumundadırlar.

Son iki yılda toplam elli iki stajyer baromuzla başvurmuş ve bunlara baromuz olanakları içinde eğitim verilmeye çalışılmıştır.

Baromuzun kısıtlı olanakları istenilen düzeyde eğitim verilmesini engellemektedir.

Bu durum Avukatlık Staj Yönetmeliği hazırlanırken özellikle üye sayısı az barolar açısından göz önüne alınmış ve Yönetmeliğin 22. maddesinde; "Düzenli, sistematik ve programlı olarak yeterli ve gerekli staj eğitimi yaptırma olanağı bulunmayan barolarda staj yapan stajyerler için bu eğitim; Türkiye

* Av. Güneş Gürseler, Tekirdağ Barosu önceki başkanı.

Barolar Birliği'nin Ankara'da oluşturacağı staj eğitim birimlerinde verilir.” hükmü getirilmiştir. “Ancak bu düzenlemeye karşın TBB eğitim çalışmalarına henüz başlamamıştır. Türkiye Adalet Akademisi Yasası'nın olanak tanıdığı üç aylık akademi stajı uygulamasına da geçilememiştir.

Bu nedenle, Avukatlık Yasası'nın 81/7 ve Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 22/2. maddelerinin Baro Genel Kurulu'na verdiği yetki gereğince;

Tekirdağ Barosu avukat stajyeri sayısının yirmi olarak sınırlanmasına bu sayıyı aşan başvuruların boşalma olduğu başvuru sırasına göre değerlendirilmesine, Tekirdağ Barosu Staj Yönetmeliği'nde bu hususun düzenlenmesi için Tekirdağ Barosu Yönetim Kurulu'na yetki verilmesine karar verilmesini saygılarımızla öneririz.”

şeklinde dir.

Önergede gerekçe olarak stajyer sayısının hızla artışı karşısında yeterli staj eğitimi yaptırma olanağı bulunmaması gösterilmiş ve Avukatlık Yasası ve Staj Yönetmeliği hükümlerine dayanılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 81. maddesinin 7. bendi baro genel kuruluna “Mesleğe ait istekleri görüşüp karara bağlamak,” görevini vermiş, Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 22. maddesinin 2. bendi de staj eğitim birimlerinin oluşumunu düzenlerken; “Bu birimlerin kuruluşu, işleyişi, yetki ve sorumlulukları ile benzeri konular her baronun kendi genel kurulunca bu yönetmelikteki ilkelere göre kabul edeceği i yönetmeliklerle belirlenir.” hükmü ile stajın ve staj eğitiminin düzenlenmesinin genel kurul tarafından kabul edilecek i yönetmeliklerle belirleneceğini düzenlemiştir.

Avukatlık Yasası'nın 95. maddesinin 1, 2 ve 9. bentlerinde yer alan,

“1. Avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, meslekin adalet amaçlarına uygun olarak, bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamak”,

“2. Stajyer ve avukatların baroya kabul ve levhaya yazılma ve nakil işleri hakkında karar vermek”,

“9. Staj işlerini düzenlemek ve denetlemek”, hükümleri ve 20. maddedeki stajyerin kabulü kararı verme yetkisi ile Baro Yönetim Kurulu'nun genel kurul kararı ile hazırlanan i yönetmelik kapsamında stajı ve staj eğitimini yöneteceğini düzenlemektedir. 1. fıkrası sadece yönetim kuruluna değil, “Baro”ya; “kendi örgütsel oluşumu içinde, stajyerin, zgr, bağımsız, meslek ilkelerine bağlı, uygulamada karşılaştığı sorunları hukuk devleti ilkelerine ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olarak zmlayebilecek, adil ve etkin bir yargılamaya ulaşmak amacıyla yargının kurucu bir ögesi olarak görev yapan avukatlar yetiştirmek için staj eğitimi çalışmaları” yapma görevi yüklemiştir. Bu görevin her baro tarafından kolaylıkla yerine getirilemeyeceğini dikkate alan yönetmelik aynı maddenin 3. fıkrası ile; “Düzenli, sistematik ve programlı olarak yeterli ve gerekli staj eğitimi yaptırma olanağı bulunmayan barolarda staj yapan stajyerler için bu eğitim; Türkiye Barolar Birliği'nin Ankara'da oluşturacağı staj eğitim birimlerinde verilir.” düzenlemesini yapmıştır.

Yasa ve yönetmelikteki bu hükümler, staj eğitiminin en üst düzeyde verilmesini hedeflemekle birlikte her barodan kendi örgütsel oluşumu içinde bu görevi yerine getirmesini istemekte ve her baronun da bu görevi yeterince yerine getiremeyeceğini dikkate alarak Türkiye Barolar Birliği tarafından yürütülecek bir merkezi staj eğitimini de öngörmektedir.

İşte, Tekirdağ Barosu Yönetim Kurulu'nu stajyer sayısının sınırlanmasını önerme zorunda bırakan da artan sayı karşısında istenilen eğitimi verememenin yarattığı sıkıntıdır. Çözüm olarak, başvuruya göre sıralama yaparak stajyer sayısını sürekli yirmide tutma yolu seçilmiştir. Bu şekilde hiçbir başvuru geri çevrilmeyecek, bir süre beklemesi sağlanacaktır. Bu süre de önceki gruptaki ilk stajyerin stajının bitmesine kalan süre kadardır.

Staj eğitimin önemi ile barolara yüklediği sorumluluklar ve bu konudaki eksiklikler Ankara Barosu Başkanı Sayın Av. Semih Güner'in "Avukatlık Hukuku" isimli eserinin ikinci baskısının 143 ve 144. sayfalarında belirtilmiştir:

"Mesleğin geleceği olan stajyerlerin bir yıllık eğitim sürelerini en yararlı ve dolu dolu tamamlamaları için Avukatlık Yasası değiştirilmiş ve başta barolar olmak üzere meslek örgütlerine önemli görevler verilmiştir. Yasa'ya ve Staj Yönetmeliği'ne göre bir yıllık süre içinde stajyerler baroların hazırlayacağı ve uygulayacağı, en az 120 saatlik eğitim süresini kapsayan bir eğitim programına göre eğitim alma durumundadırlar.

4667 sayılı Yasa avukatlık mesleğinde devrim karakterli değişiklikler getirmiştir. Bunlardan biri de hiç kuşkusuz ki, avukatlık stajındadır. Staj eğitimini, mahkemelerde ve avukat yanında yapılan staj ile bir bütün içinde ancak, bir yıla yayılan ve bir disiplin altında uygulanacak programla yapılı hale getirmek çok önemli bir kazanımdır. Bu kazanımın sorumluluğu da vardır ve son derece büyüktür. Bir yılı tam anlamıyla değerlendirmek ve verilebilecek olanın tümünü verebilmek. Meslek örgütlerimizin bu konuda henüz hazır olmadığını görüyoruz."

Tekirdağ Barosu Genel Kurulu'nun bu kararı, "Baroların bağımsızlığı", "avukatlığın onuru ve düzeni" kavramları açısından da değerlendirilmesi gereken bir karardır. Ayrıca bir "başlangıç karar" olarak da dikkate alınmalıdır.

Barolar bağımsız ise kendi stajyer sayısını ve hatta giderek avukat sayısını belirleyebilmelidir. Çeşitli meslek örgütlerine girişte getirilen sınırlamalar düşünülürse baroların kendi bölgeleri için gerekenin çok üstüne çıkan stajyer ve avukat sayısı karşısında çaresiz oldukları kabul edilemez. Hukuk fakültesi sayısındaki anlamsız artış, mesleki rekabeti en acımasız ve kural tanımaz boyutlara getirmiştir. Sonuçta, 2004 yılında Ankara Barosu'nun yaptığı ankete katılan yetmiş sekiz avukatın %39'u, Tekirdağ Barosu'nun ankete katılan atmış bir avukatın da % 47'si ayda ortalama 1.000.000.000 TL'den az kazandığını bildirecek durumdadır.

Başka ülkelerde uygulamada olan avukat sayısını sınırlama, başvuruları bitirilen hukuk fakültesine göre değerlendirme gibi Baro yetkilerinin ülkemizde tartışılmasının zamanı gelmiştir.

“Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri” isimli eserinde bu konuyu değerlendiren sayın Dr. Meral Sungurtekin, 1995 baskısının 36, 37 ve 38. sayfalarında aşağıdaki görüşlerini belirtmiştir.

“Gereksinme duyulan avukat sayısının araştırılıp tespit olunması ve mesleğe kabulde dikkate alınması, iyi işleyen yargı mekanizmasının gerektirdiği bir husus olmakla birlikte, mesleğe serbestçe giriş ve avukat bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaştırılması oldukça güçtür. Ancak bu kabul edilecek olursa, takdire dayalı karar ve her türlü keyfiliğin önünün alınması, subjektif etkilerle adaylar arasında seçim yapılması tehlikesinin bertaraf olunması gerekir.

Gereksinme duyulan avukat sayısı saptanarak, mesleğe kabulde bunun esas alınması ilkesi, Almanya’da tartışılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi “çok önemli” bir toplumsal faydayı gerçekleştirmek ve ciddi bir takım tehlikeleri önlemek gerekliliği ortaya çıktığından bu yola gidilmişse, Anayasa’ya aykırılığın söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Bu anlamda meslek seçme özgürlüğüne ilişkin Anayasa hükümlerine aykırılıktan da söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Böylesi bir gerekliliğin bulunup bulunmadığını tespit ise, kanun koyucunun sorumluluk alanındadır.

Avukatlık Kanunu hükümleri, anayasa hukuku bakımından son derece önemli olan iki temel ilkenin hassas alanı içinde bulunur. Bunlar, serbest avukatlık ilkesi ile işlevini iyi yerine getiren yargı faaliyetini temin ilkeleridir. Bu ilkeler arasındaki hassas alanda yer alan Avukatlık Kanunu hükümleri bakımından, kanun koyucu, anayasal sınırlamalar içerisinde iki menfaat arasında uygun bir denkleştirme yaparak, düzenlemeler getirmek durumundadır.”

“Artan avukat sayısı ve meslekteki yozlaşma, yargılama faaliyetinin kalite ve hızlılığını olumsuz yönde etkilemekteyse, yargının işlevini iyi şekilde yerine getirmesi şeklindeki toplumsal yarar, mesleğe alınacakların yapılacak bir sınav ile seçilmesi yolunda düzenleme yapılmasını haklı gösterir.”

“Bu arada avukatlık hizmetlerindeki kalitenin yükseltilmesinin, nitelikli hukuk eğitimi verilmesi ve mezuniyet sonrası yapılan avukatlık stajının mesleğe gerçekten hazırlayıcı mahiyet olması ile de yakından ilgili olduğu unutulmamalıdır. Bu bakımlardan alınacak önlemler, mesleğe kabul istemlerinin reddi sebeplerinin tekrar gözden geçirilmesi ve disiplin soruşturması ile ilgili hükümler vasıtasıyla meslekte nitelik güvence altına alınabilecektir. Bu suretle istenilen sonuç alınmadığı, yani meslekteki kalite düşüşünü durdurmak mümkün olmadığı takdirde, son çare olarak gereksinme duyulan avukat sayısı tespit olunarak, bu çerçevede mesleğe kabulün yani sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyim.”

Tekirdağ Barosu Genel Kurulu’nun, “Tekirdağ Barosu avukat stajyeri sayısının yirmi olarak sınırlandırılmasına bu sayıyı aşan başvuruların boşalma oldukça başvuru sırasına göre değerlendirilmesine” ilişkin kararının ülkemizde savunma mesleğinin gelişiminde yönlendirici olacağına inanıyorum.

YENİ ADLİ YIL GERİLİMLİ BAŞLADI

Yaz aylarında Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın çevresinde gelişen olaylar dolayısıyla 2004-2005 Adli Yılı gerilimli başladı.

Geçen sayımızda gerek Yargıtay Başkanı ve gerekse Neşter-1 operasyonuna adları karışan Yargıtay üyeleri hakkında haber-yorumlarla geniş bilgi verilmişti. Yargı yılının açılış tarihi yaklaşırken gerilim, Yargıtay Başkanı'nın açılış konuşmasını boykot noktasına ulaşmıştı. Yargıtay C. Başsavcısı ve Anayasa Mahkemesi'nden Yargıtay Başkanı tarafından yapılacak konuşmanın olumsuz karşılanabileceğine dair sesler yükselmesi üzerine Eraslan Özkaya rapor alarak açılış konuşmasını Yargıtay I. Başkan vekili Mater Kaban'ın yapmasına imkan sağladı.

TBB Başkanı Özdemir Özok, Yargıtay salonunda yapılan açılış toplantısında Yargıtay Başkanlarından Recai Seçkin'in Yüksek Hakimler Kurulu'nun ilk üyelerine hitaben söylediği sözleri okudu:

“Anayasa'mız Yüksek Hakimler Kurulu müessesesini hukuk hayatımıza armağan etmiştir. Bu mutlu olaydan dolayı ne kadar sevinsek ne kadar övünsek yeridir. Yüksek Hakimler Kurulu yabancı ülkelerde bile henüz kısa bir tarihe malik bir müessesedir. Gerek oralarda, gerek bizde bu müesseseye karşı olan bir çok kimselerin bulunduğu söylenebilir. Yüksek Hakimler Kurulu'na düşen ilk görev, çalışmalarını gayet sağlam ilkeler ve doğru gelenekler üzerine kurmak, işlemleri üzerinde eşitliğe aykırılık ve adaletsizlik gölgelerinin düşürülmesine meydan vermemektir. Gerçekten hakim teminat zırhına bürünmüştür, fakat o her şeyden önce davranışları ve tutumu ile böyle bir zırha layık olduğunu her an ispat etmek

zorundadır. Hakime bu borcunu yerine getirmek Yüksek Hakimler Kurulu'nun ödevlerindedir. Yüksek Hakimler Kurulu'nun görevini gereği gibi titizlikle yapmadığı, mesleği zayıf duruma düşürdüğü düşüncesinin sosyal ortamda yerleşmesi ve genişlemesi, zamanla bu kuruluşa karşı olanların cesaretlerini artırır ve bir anayasa değişikliği ile, kurulun, şimdiki bağımsız durumu sona erer ki, bu hal; hakim teminatının sona ermesinden başka bir anlama gelmez. Bana öyle geliyor ki, Yüksek Hakimler Kurulu'nun üyeleri böyle bir tehlikenin gerçekleşmesine asla meydan bırakmayacaklar, kuruluşa karşı olanların cesaretlerini kıracaklardır.”

TBB SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA FONU YÖNETMELİĞİ HAZIRLANDI

TBB Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği, TBB Yönetim Kurulu'nda 18 Eylül 2004 tarih ve 3992/2 sayı ile kabul edilerek, Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir.

Yönetmeliğin tam metni Ekler bölümünde yayımlanmaktadır.¹

TBB İLE ÇEVRE BAROLAR KASTAMONU'DA BULUŞTU

Türkiye Barolar Birliği Başkan ve Yöneticileri ile Bartın, Bolu, Düzce, Çankırı, Karabük, Sinop, Zonguldak Baro başkanları, Kastamonu Barosu'nun yaptığı çağrı üzerine 24 Eylül 2004'te bir araya geldiler. Toplantıya katılanlar hukuk alanındaki güncel gelişmeleri ve mesleki sorunları değerlendirdiler. Ayrıca, Kastamonu'yu gezerek tarihi ve turistik yerlerini tanıma imkanını buldular.

¹ Yönetmeliğin tam metni için bkz., Ekler bölümü.

MELİH AŞIK Faks: 505 43 20 m.asik@milliyet.com.tr

Alın vizenizi!..

Önümüzdeki hafta başında Kanada'nın Montreal kentinde toplanacak olan "**İdam Cezasına Karşı 2. Dünya Kongresi**"'ne davet edilen kuruluşlardan biri de Türkiye Barolar Birliği idi. Birlik Başkanı **Özdemir Özok**, davete Prof. **Yüksel Ersoy** ile birlikte katılacağını bildirdikten sonra vize almak için Kanada Büyükelçiliği'ne başvurdu. Kendisine verilen formlarda akla gelen ne varsa hepsi isteniyordu:

"Davetiye yazısı, banka çizdani fotokopisi, maaş bordrosu, iş yerinde hizmet süresi, SSK kayıt bilgilerini içeren çalışma belgesi, son bir yıl içindeki banka dökmüleri vs. vs."

Özok, hepsini sabırla doldurdu... Talepler uzadıkça uzuyordu... Derken sıra annesinin, babasının, eşinin, çocuklarının, kardeşlerinin doğum yeri, doğum tarihi, ikametgâh adresleri, eğitim durumları vs. gibi bilgilerin istenmesine gelince öfkelenildi... Kendisiyle birlikte seyahat etmeyecek kişilerle ilgili bilgilere ne gerek vardı? O kasımları boş bırakarak formları Büyükelçiliğe gönderdi. Ancak formları eksik doldurduğu gerekçesiyle başvurusu reddedildi. **Özdemir Özok** bunun üzerine oturdu, Kanada Büyükelçisi **Michael Leir**'e bir mektup yazdı. Olayı özetledikten sonra noktayı şöyle koydu:

"... Bir hukuk adamı olarak... Kuralların hangi nedenlerle ve niçin uygulanması gerektiğinin bilincindeyim.."

Özetle bizi aptal yerine koymaya hakkınız yok dedi Kanada Büyükelçisi'ne... ve başvurusunu geri çekti...

Acaba anlarlar mı? Kim bilir?



Milliyet 2 Ekim 2004.

KANADA'DAN TBB BAŞKANI'NA VİZE FORMALİTELERİ

Dergimizin geçen sayısında "**TBB ölüm cezası ilgili platforma katılacak**" başlıklı haberimizde,² 6-9 Ekim 2004 tarihleri arasında Kanada-Montreal'de ECPM (Together Against the Death Penalty) ve PRI (Penal Reform In-

ternational) tarafından düzenlenecek olan 2. Dünya İdam Cezasıyla Mücadele Kongresi'nde Türkiye'yi Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok ile Prof. Dr. Yüksel Ersoy'un temsil edeceklerini bildirmiştik. Ancak, vize almak için Kanada Büyükelçiliği'ne başvuran TBB Başkanı Özdemir Özok ve Prof. Dr. Yüksel Ersoy'un karşısına çıkartılan formaliteler nedeniyle, vize başvurularını geri çektiklerinden, Kongre'ye katılamıyacak.

TBB Başkanı Özdemir Özok ve Prof. Dr. Yüksel Ersoy resmi davet yazısı ile birlikte, 21 Eylül'de Kanada Büyükelçiliği'ne başvurular. Vize başvurusu için kendisine verilen formları doldururken, kendisiyle birlikte seyahat etmeyecek aile bireyleri hakkındaki bölümleri boş bıraktığından, Kanada Büyükelçiliği, Özok'un vize başvurusunu "**evrakta eksiklik**" gerekçesiyle geri çevirdi, formdaki eksikliklerin tamamlanarak gönderilmesini bildirdi.

TBB Başkanı Özdemir Özok, bu gelişmeler üzerine Kanada Büyükelçiliği'ne yazdığı mektupta, "**Hem bir hukuk adamı olarak ve hem de hukukun vazgeçilmez ögesi savunmayı temsil eden bir mesleğin ülke çapında en üst kuruluşunun başkanı olarak kuralların hangi nedenlerle ve niçin uygulanması gerektiğinin bilincindeyim. Bu nedendir ki, güvenlik adına talep edilen bilgilerin bulduğumuz konum ve görev nedeniyle; -bizimle seyahat etmeyecek olan-aile bireyleri hakkında araştırma yapılmasını gerektirecek boyutlara ulaşmasını üzüntüyle karşıladığımızı belirterek vize başvuru talebimi geri çekiyorum.**" açıklamasını yaparak vize başvurusunu geri çekti. Vize ayıbı yüzünden Türkiye Kongre'de temsil edilemeyecek.

² TBB Dergisi, Sayı 54, s. 25.

TÜRK CEZA KANUNU KABUL EDİLDİ

Hükümetin AB yolunda çok önem verdiği Türk Ceza Kanunu Tasarısı, 26 Eylül 2004 tarihinde, TBMM Genel Kurulu'nun ikinci olağanüstü toplantısında kabul edildi. Muhalefet, sivil toplum örgütleri ve AB yetkililerinin ikazı üzerine "zina" konusundaki ısrardan vazgeçilerek askıya alınan son iki maddede kabul edilerek yasalastı. Cumhurbaşkanı'nın yasayı imzalamasından sonra *Resmi Gazete*'de yayımlandı.

Yasa'nın 344. maddesinde değişik yürürlük tarihleri kabul edilmiş bulunmaktadır. Buna göre "*imar kirliliğine neden olma*" başlıklı 184. madde 14.10.2004 yayımı tarihinde, "*çevrenin kasten kirlenmesi*" başlıklı 181. maddenin birinci fıkrası ile "*çevrenin taksirle kirlenmesi*" başlıklı 182. maddesinin 1. fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, diğer hükümleri ise 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Ancak yürürlükteki TCK'nın 2. maddesinde, yasaların uygulanması için yürürlük tarihinin değil "*neşir*" tarihinin esas alınması, yeni TCK'nın *Resmi Gazete*'de yayımlanacağı gün uygulanabilmesine olanak sağlıyor. Bunun üzerine bazı Yargıtay üyeleri, "*Yeni TCK'nın uygulanması kaçınılmaz. Bunu ancak Yargıtay'ın 'lafzi yorum değil, amaçsal yorum önemlidir. TCK altı ay sonra uygulanacaktır. Yasa koyucu bunu amaçlamıştır' şeklindeki bir kararı engelleyebilir. Ancak bu da AİHM'de binlerce mahkumiyet sonucunu doğurabilir*" değerlendirmesinde bulunmuşlardır.

İleriki günlerde bu sorunun yargıda ve bilim çevrelerinde tartışılacağını umut ediyoruz.

Yasa'nın tam metni TBB ile *Cumhuriyet Gazetes*'nin işbirliği ile gazete eki ile olarak dağıtıldı. Dergimiz de bu sayıda TCK'nın son metnini ek olarak okuyucularına vermektedir.

ÜSTÜ ARANAN AVUKATA TAZMİNAT

Avukat Kemal Vuraldoğan'ın, 1 Mayıs 2003 tarihinde, Adliye'den çıkıp bürosuna giderken, kimliğini gösterip mesleğini söylediği halde polislerce üzerinin aranması nedeniyle, geçen yıl İçişleri Bakanlığı aleyhine açtığı 2.5 milyarlık manevi tazminat davası 11 Haziran'da sonuçlandı. Ankara 3. İdare Mahkemesi, bir avukatın üzerini arayan polisin hizmet kusuru işlediği gerekçesiyle İçişleri Bakanlığı'na 2.5 milyar lira tazminata mahkum etti; kararda avukatın meslek onurunun zedelendiğini vurgulandı. Bakanlık, söz konusu tazminatı yasal faiziyle birlikte ödeyecek.³

YARGI MENSUPLARI BİLGİSAYARDA ZORLANIYOR

Ankara'da düzenlenen 21. Ulusal Bilişim Kurultayı çerçevesinde "*Adalette Dönüşüm*" konulu panel düzenlendi. UYAP Projesi'nin tartışıldığı panelde Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Cengiz Tuğral, yeterli eğitimin verilememiş olması nedeniyle, bir çok mahkemede bilgisayarların sadece daktilo fonksiyonu gördüğünü söyledi. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanı Ali Kaya da hakim ve savcılarının teknolojiyi kullanma konusunda muhafazakar davrandıklarını belirterek, bütün yargı mensuplarına bilgisayar eğitimi verildiğini açıkladı

³ Kararın tam metni için bkz., s. 501.

HABER - YORUM

Yargıda Neler Oluyor

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu istatistiklerine göre, son beş yıl içerisinde, sekiz yüz yirmi iki hakim ve savcı hakkında disiplin soruşturması başlatılmış, rüşvet, rüşvete aracılık, görevi kötüye kullanmak nedeniyle yetmiş dört hakim ve savcı yer değiştirme cezası almış. Son bir yıl içerisinde, sayılan suçları işledikleri gerekçesiyle sekiz hakim ve savcının meslekten ihraç edilmiş, on beş kişi de yer değiştirme cezasıyla cezalandırılmış.

Yargıtay Üyelerine Disiplin Cezası

Neşter-2 davası çerçevesinde, görülmekte olan davaları nüfuz kullanarak etkilemekle suçlanan eski Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanvekili, Yargıtay üyesi Ergül Güryel, Yargıtay Yüksek Disiplin Kurulu tarafından "görevden çekilmeye davet" edildi. Kurul, Yargıtay 6. Ceza Dairesi üyesi Hüseyin Demirör'ün de aynı suçtan dolayı "uyarılmasına" karar verdi. Güryel ve Demirör, Kurul'un kararına, kararın kendilerine tebliğinden itibaren on beş gün içinde itiraz edebilecekler.

Peker'in Avukatları Tutuklandı

Sedat Peker ve avukatları Çağatay Özdemir, Şirin Berk ve Hakkı Kurtuluş, kırk kadar adamı ile birlikte gözaltına alındılar. Basında, Peker grubunun bazı hakim ve savcılarla ilişki kurduğu öne sürülürken polis villada bulunduğu kan izlerinin kime ait olduğunu araştırdığı haberleri yer alıyordu. (Milliyet/6 Ekim 2004)

Avukatlar ifade vermek üzere C. Savcılığı'na sevk edildikten sonra çıkarıldıkları mahkemede serbest bırakıldılar. Bir süre sonra Peker ve arkadaşları da serbest bırakıldı. Peker'in de hayretle karşıladığı bu kararın arkasından hepsi hakkında gıyabi tutuklama kararı çıkarıldı.

"Çakıcı ile Peker'in Yolu E. Yalçinkaya'da Kesişti"

Alaattin Çakıcı olayına Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın karıştırılmasına neden olduğu iddia edilen Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı Ercan Yalçinkaya'nın bu olaydan sonra Sedat Peker'den yardım istediği iddiası ortaya atıldı (Milliyet/14.10.2004).

Hürriyet'in haberine göre, Yalçinkaya, Çakıcı olayından sonra Sedat Peker'in bir adamına telefonda Yargıtay için "Böyle mevziler terk edilmez" demiştir (14.10.2004).

kara C. Başsavcısı Hüseyin Boyrazoğlu'nu Kuşadası'nda tanıştırdığı da anlaşıldı. Boyrazoğlu, "Evet kahvaltılı masasında beraber olduk.Onu Ercan Yalçinkaya getirmişti." dedi. (Vatan) Bu iddialar üzerine Ercan Yalçinkaya "Yargıtay'ın isminin daha fazla örselenmemesi için" tayinini istedi ve Ankara Kazan ilçesi C. Savcılığı'na tayin edildi.

Hakime 5 Yıldızlı Otelde Ağır İddiası

Sedat Peker'in, "Balkan kardeşler cinayetinden yargılanan Fikret Aydın'ı beraat ettiren hakimi Nusret İnce'yi Antalya'ya yirmi gün boyunca beş yıldızlı otelde ağırladığı" da basında yayımlanan ilgi çekici haberlerden oldu. (Milliyet/14.10.2004) Gazete'nin haberine göre Fikret Aydın, Sedat Peker'in yakın adamlarından olarak biliniyor.

Haberde Nusret İnce'nin Varis Bayram Küçük ile sık sık görüştüğü ve karar duruşmasından önce emekliliğini istediği de yazılmaktadır.

Uğur Dündar'ın Programına Durdurma Kararı

Uğur Dündar'ın, CNN Türk'te yayımlanması planlanan Büyükçekmece'deki "arazi yağmacılığı" ile ilgili programının yayını Büyükçekmece Asliye I. Hukuk Mahkemesi tarafından durduruldu. Uğur Dündar, karar hakkında "Programın duyurusu on beş günden beri yapılmaktadır ve yayının içeriğine ilişkin en küçük bir merae mevcut değildir. Hakim Adil Gürbüz'ün kaseti seyretmeden, içeriğindeki haberin niteliğini bilmeden, sadece bir belediye başkanının başvurusuna dayanarak durdurma kararı alması sansürdür" dedi.

Aynı gün Hürriyet Gazetesi, Gürpınar'daki arazi yağmasını araştıran Uğur Dündar, iki Yargıtay üyesini, arazileri yağma eden çete sanığı ile aynı masada gösteren bir fotoğrafa ulaştığını yazıyordu. Fotoğrafta, kimliği tespit edilemeyen bir savcı, imar yolsuzluğu, ihaleye fesat karıştırmak ve arsa usulsüzlüğünden yargılanan Recep Cahit Doğan, Yargıtay üyesi Ergül Güryel ile Yargıtay üyesi Seyfettin Çilesiz bir masada eğlendikleri görülüyordu. Resim Kolaj'da yer almaktadır (13 Ekim 2004).

Haluk Kırıcı İçin Difüzyon

Bu arada cezaevinden mahkeme kararı ile yanlılıkla tahliye edilen Kırıcı için de Emniyet Genel Müdürlüğü bütün dünyada aranması için İnterpole başvurduğu haberleri basında yer alıyordu.

“Hakim Karar Verdi Savcı Arsayı Aldı”

Marmaris'in eski bayan kadastro hakimi ihtilafli bir araziyle ilgili olarak on dört gün içinde birbirinin zıddı iki karar verdiği iddiasıyla şikayet ediliyordu. İddiada arazi ihtilafıyla ilgili olarak birkaç davaya bakan bayan hakim her kararının ardından arazilerin eşine ait şirkete gittiği de yer alıyordu (*Star*/27 Eylül 2004).

Adalet Bakanı'nın Tepkileri

1. Yargıya Yönelik Eleştirilere Cevap Verdi

Adalet Bakanı Cemil Çiçek, hakim ve savcıların adaleti sağlamak görevlerini yerine getirirken bürokrasi engeli ile karşılaşmalarından yakındı. Bu konuda ciddi düzenlemeler yapılmasını, kamuoyunun da bu konuya ağırlık vermesini istedi. Türkiye'de istisnalar kuraldan daha fazla olmuş. O zaman hakim, savcı ne yapacak? Onlar sorunu çözmek istiyor; ancak önlerine koca koca duvarlar çıkıyor. Mahkemeye evrak zaman aşımının dolmasına kısa süre kala gönderiliyor. Sonra da birileri çıkıp böbürlene böbürlene, 'Tüm bilgi ve belgeleri mahkemeye verdik' diyor. Peki kardeşim; niye zamanında vermedin. Bundan sonra kimse soruşturmayı savsaklayıp çöp torbasını getirip adliyenin önüne bırakmasın. Artık o çöp torbasını kendilerine iade edeceğiz; yetti gayri" diyerek rest çeken Çiçek, yargının bedel ödeme devrine son vereceklerini belirtti. Vatandaşın, 'Adam adamını buldu, mahkemede de işini halletti', düşüncesinin de haksızlık olduğunu dile getiren Çiçek, "Herkes her şeyi kokutup kapımızın önüne bırakıyor. Bundan sonra yok. Soruşturma açılacak. O nedenle de ayrıcalıkların da ortadan kalkmasını istiyorum" dedi (*Hürriyet*/4 Eylül 2004).

2. Çiçek: “Yargının Eli Kolu Bağlı”

"Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Peker'in gözaltı sürecinde yaşanan tartışmaları değerlendirirken 'Savcıların hakimlerin kanun hakimiyetini sağlamaya çalıştığı alan sade vatandaşla ilgili. Geriye kalanların karşısında eli kolu bağlı'dedi (*Milliyet*/12 Ekim2004). Bakan aynı konuşmasında "imtiyazlar" ve "meslek dayanışması"ndan yakındı (*Sabah*/12 Ekim 2004).

Bakan'a Tepki: “Üç Ayda Bitmeyen Soruşturma”

"MİT-Yargı eksenli tartışmaların odağında yer alan Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı Ercan Yalçinkaya'nın adı bu kez Sedat Peker'e yönelik operasyona karıştı. Yalçinkaya'nın Adalet Bakanlığı kadrosunda olması sebebiyle soruşturması Teftiş Kurulu tarafından yürütülüyor. MİT-Yargı eksenli tartışmaların üzerinden yaklaşık üç ay geçmesine karşın Ercan Yalçinkaya

soruşturmasında bugüne değin somut bir sonuç çıkmadı. Çiçek'in eli kolu bağlı dediği yargının en üst noktası Yargıtay Birinci Başkanı Eraslan Özkaya ile ilgili ön soruşturması tamamlamasına karşın Adalet Bakanlığı'nda henüz sonuç alınmaması dikkat çekti"(Cumhuriyet/13.10.2004).

Sonuç: 13.10.2004 tarihli *Hürriyet*'te yer alan "Yükselmeyen Atılır" başlıklı haberde Adalet Bakanlığı'nca, Hakim ve Savcılar Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik öngören taslakta devrim niteliğinde hükümler bulunduğu" haberi, bu karmaşa içinde yargı bağımsızlığı ve yansızlığı konusunda bir yargının başına bir "çorap örüldüğü" şüphesi uyanıyor. Yargı'nın önceki başkanlarından Recai Seçkin'in tavsiyeleri * ve İmran Öktem'in öngördüğü hedefleri göz önünde bulundurmamasının, dikkat etmemesinin sonuçları 1980'de bağımsızlığın zedelenmesine neden olmuştu. Günümüzde son bulmaması en büyük dileğimizdir.

Onun için aynı beyiti yargı için yineliyorum:

"Uyan ey şir-i jıyan bu hab-ı gafletten!"

(Uyan ey kükremiş aslan, gaflet uykusundan)

T. E.

ULUSAL ADLİ TIP GÜNLERİ

11. Ulusal Adli Tıp Günleri 29 Eylül-3 Ekim 2004 tarihleri arasında Aksu-Antalya'daki ATGV tesislerinde düzenlendi. Türkiye Barolar Birliği'ni, Yönetim Kurulu üyesi Av. Hüseyin Erkenci temsil etti.

Moderatörlüğünü İÜ Adli Tıp Enstitüsü öğretim üyesi Prof. Dr. M. Fatih Yavuz'un yaptığı, "AB'ye Uyum Sürecinde Adli Tıp Uygulamaları" adlı ilk panelde, adli tıp alanında Avrupa Birliği'nin tavsiye kararları, üye ülkeler arasında adli tıp yapılanması (Avrupa Konseyi Proje Ofisi-uzman hakim Jean-Jacques Heintz); adli tıp alanında AB'nin eğilimi, inceleme sonuçlarının karşılaştırılabilirliği, uluslararası kuruluşlarla işbirliğinin önemi (Finlandiya Suç Araştırmaları Enstitüsü Başkanı Kimmo Himberg); AB'ye uyum sürecinde adli tıp uygulamaları (İÜ Adli Tıp Enstitüsü-Prof. Dr. M. Fatih Yavuz); adli

tıp derslerinin önemi, temel hak ve özgürlüklerin vazgeçilmezliği konusunda Adli Tıp Kurumu'nun önemi (Yargıtay 11. CD-Sedat Bakıcı); yeni TCK'da kusur oranlarının belirlenemezliği, cinsel suçlarla ve bireyin dokunulmazlığı ile ilgili yeni düzenlemeler (İÜHF-Doç. Dr. Adem Sözüer); özel adli tıp merkezleri, yurtdışında uygulanan prosedürler, adli tıp uzmanı tanımı (Marmara ÜTF Adli Tıp ABD Bşk. Prof. Dr. M. Akif İnanıcı); tıp ve hukukun insan faktörü üzerinde birbirine bağlılığı (Av. Barış Canbolat) konuları sunuldu.

İkinci gün "Delil Toplama Zinciri ve Ulusal DNA Bankası" adlı panele geçildi, moderatör İÜ Adli Tıp Enstitüsü öğretim üyesi ve ATK 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu üyesi Salih Cengiz'di. Panelde kişisel bilgiler üzerindeki haklar, suç işlemeyen önce DNA numunelerinin saklanıp saklanamayacağı (Bahçeşehir ÜHF-Prof. Dr. Feridun Yenisey); DNA veri bankasının önemi ve bu konuda

* Rahmetli Recai Seçkin'in sözleri için "Yeni Adli Yıl Gerilimli Başladı" başlıklı habere bkz.

yasal düzenlemenin yetersizliği (Yargıtay 8. CD-H.Yaver Aktan); suçtan caydırıcılığı açısından veri bankalarının kurulmasının önemi, özerk olmaları gerekliliği, makul şüphe ölçüsünün yasal düzenlemelerde esas alınması gerekliliği (TBB Yön. Kur.-Av. Hüseyin Erkenci); DNA veri bankasının gerekliliği ve örneklerin değil sadece sayısal verilerin saklanması gerekliliği (ATK 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu Bşk. Doç. Dr. Faruk Aşıcıoğlu) konuları tartışıldı.

“Cesa Ehliyeti Kavramı ve Yüksek Güvenlikli Sağlık Müesseseleri” adlı son panelde, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fak. Adli Psikiyatri BD öğretim üyesi ve ATK 4. Adli Tıp İhtisas Kurulu Bşk. Doç. Dr. Gökhan Oral’ın moderatörlüğünde, adli akıl hastalarının hastanelerde yer sıkıntısı, toplumun bu kişilere kendi ceza yöntemlerini uygulaması (Yargıtay 1. CD-Osman Şirin); yüksek güvenlikli sağlık kuruluşlarının çalışma ilkeleri, çeşitli ülkelerdeki örnekleri, Türkiye’de yapılanmaları ile ilgili öneriler, adli tıp ve psikiyatri uzmanları için adli psikiyatrinin bir yan dal uzmanlığı olarak düzenlenmesi gerekliliği (AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk. Prof. Dr. İ.Hamit Hancı); kısmi ve tam akıl hastası ayırımının eski ve yeni TCK’da karşılaştırılması, infaz ve ceza sistemi sorunları (İÜHF-Doç. DR. Fatih Mahmutoğlu) hakkında konuşmalar yapıldı.

III. MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKÇULARI TOPLANTISI

1-2 Ekim 2004 tarihlerinde, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin katkılarıyla III. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları toplantısı yapıldı. Toplantıda sunulan tebliğler Türk ve Alman Hukuku’nda Bilirkişilik (Doç. Dr. Seyithan Deliduman), Fransız Hukukunda Bilirkişilik (Doç. Dr. Haluk Konuralp); Bilirkişinin

Sorumluluğu (Prof. Dr. Süha Tanrıver) ve İflasın Ertelenmesi (Doç. Dr. Muhammet Özkes) konularındadır.

21. ULUSAL BİLİŞİM KURULTAYI

“21. Ulusal Bilişim Kurultayı” 4-6 Ekim tarihlerinde Bilişim Derneği tarafından düzenlendi. Türkiye Barolar Başkanı Özdemir Özok, sunumunda, “Gelişmiş ülkelerde, başta ekonomi, devlet yönetimi, sağlık ve eğitim alanları olmak üzere kamu hizmetlerinin sunulmasında ve yürütülmesinde internet ve bilişim teknolojilerinin kullanılmasıyla, daha etkili, verimli, süratli ve kaliteli hizmet sunulduğu gözlemlenmektedir. Bilişim teknolojilerinin büyüme için stratejik önemini kavramış olan devletler; ulusal politikalar, örgütlenme ve eylem planları ile ülkelerini bu teknolojiler ile donatıp iş dünyasına ve vatandaşlarına rekabet yeteneği kazandırmanın mekanizmalarını kurmaktadır. Bu amaçla, ülkemizde bilgi toplumunun oluşturulması ve Avrupa Birliği standartlarına ulaşılması hedefiyle, ulusal bir strateji etrafında birlikteliği sağlayacak “e-Dönüşüm Türkiye Projesi” önemli araçlardan biri olarak belirlenmiştir. E- Dönüşüm Projesiyle vatandaş odaklı, daha katılımcı, şeffaf ve etkin devlet yapısının oluşturulması için; kamu hizmetlerinin sunumunda f. bilgi ve iletişim teknolojilerinin etkin şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal, idari, teknik altyapının oluşturulması hedeflenmektedir.

Ülkemizde bilişim teknolojilerinin ve internet’in devrimsel boyutu son yıllarda daha iyi kavranarak e-dönüşüm çalışmalarına ivme kazandırıldı. Bunun yargıdaki ayağını UYAP Projesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Adalet Bakanlığı teknolojinin hukuk alanında kullanımı için UYAP Projesi’ni yaşama

geçirme çalışmalarını hızla sürdürmektedir. Proje'nin temel amacı, zaman kaybetmeden adaletin yerine getirilerek vatandaşın mağdur olmasını engellemektir. Başka bir anlatımla UYAP, Adalet Bakanlığı ve bağlı kuruluşları bünyesinde yürütülen faaliyetlerin ve yargı sistemi ile ilgili işlevlerin bilgisayar yardımıyla tam entegre bir şekilde otomasyona geçirilmesidir. TBB olarak bu büyük ve kapsamlı projenin yaşama geçmesi konusunda her türlü desteği vermekteyiz.

TBB olarak biz de e-Türkiye, e-Devlet Projeleri'ne kendi alanımızda katkı sunmak için çok önemli çalışmalar başlattık ve TBB bünyesinde oluşturduğumuz, bilişim komisyonu ve ona bağlı uzmanlardan oluşan bilişim grubumuz av. tr, e-avukat, e-baro gibi önemli projelere imza atmıştır." açıklamalarına yer verdikten sonra "E-dönüşüm çalışmaları kapsamında yürütülen faaliyetler ve düzenlenecek kamusal veritabanlarındaki bilgilerin ne şekilde tutulacağı Mernis veya benzeri sistemlerde bulunan kişisel verilerin kötüye kullanılmasının engellenmesi için "Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı" biran önce tartışmaya açılmalı ve yasallaştırılmalıdır.

Bilişim Teknolojileri'ndeki hızlı gelişme, beraberinde birçok yasal düzenleme ihtiyacı getirmektedir. Bu ihtiyaçlardan önemli bir kısmını da ceza hukukuna ilişkin olanları oluşturmaktadır. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda cürümler başlıklı ikinci kitabın 11. ve son babında "Bilişim Alanında Suçlar" adı altında konuyla ilgili düzenleme yapılmıştı, yeni kabul edilen Türk Ceza Kanunu da hırsızlık ve nitelikli dolandırıcılık suçlarının bilişim sistemleri aracılığıyla yapılması halinde uygulanacak cezalar kanunda açıkça hükme bağlanmıştır.

Bilişim Suçları'na ilişkin yeni yasada getirilen düzenlemelere yönelik olarak şu hususları eklemek istiyorum ; Bir kanun ne kadar iyi kaleme alınırsa alınsın, ne kadar kapsayıcı olursa olsun, o kanunu uygulayacak, olayla ilgili delilleri toplayacak ve soruşturmayı yürütecek kişilerin kanunun kapsadığı hususlarda belli bir bilgi birikimine sahip olmaları gerekmektedir. Bu sebeple öncelikle ihtisas mahkemelerinin kurulması gereklidir. Bu ihtisas mahkemelerinin hakimleri sadece bilişim suçları ile ilgilenmeli ve çok özel bilgi gerektiren konularda her türlü destek sağlanarak uzmanlaşmalarına yardımcı olunmalıdır.

En az bunun kadar önemli bir sorun da bir bilişim suçunun işlenmesinden mahkeme önüne getirilmesine kadar geçen süreçte görev üslenen savcılarının ve ona bağlı kolluk gücünün de konu hakkında uzmanlaşmış olmasıdır. Çünkü bilişim suçlarının niteliği gereği bu suçlara ilişkin delil elde etmek, bunları saklamak, değerlendirmek ve mahkeme önüne sunmak uzmanlık gerektiren bir iştir. '

Her geçen gün ortaya çıkan yeni eylemler kanunları zorlamaktadır. Suç oluşturacak eylemleri ayrıntılı olarak ve tek tek düzenlemeye kalkmak, hem kanun yapma tekniği bakımından uygun olmayacak hem de kanunların oluşturduğu ve kısmen bugün de yaşanan mevzuatın içinden çıkılamaz, uygulanamaz hükümlerle dolmasına yol açacaktır. Bu sebeple mümkün olduğunca sade bir anlatıma sahip ve daha genel kapsamlı hükümler getirilmelidir. Her zaman vurguladığımız gibi bu özel konunun düzenlenmesinde hukukçularla teknik adamlar iş birliği yapmalıdır." şeklinde tespit ve önerilerde bulundu.

AVUKATLARA SALDIRILAR YOĞUNLAŞIYOR

Avukat Davayı Kaybetti, Vuruldu

Tarihi araştırma yazıları ve romanları bulunan ve halen gazetecilik de yapan Avukat Kadir Mısırlıoğlu, bacağından vuruldu. İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne karşı açılan davayı kaybedince, 2 Eylül'de Mısırlıoğlu'nun avukatlık bürosuna giderek, avukatlık ücretinin geri ödenmesini isteyen müvekkili Doğan Göçer, olumsuz yanıt alınca, belindeki silahı çıkararak Mısırlıoğlu'nun bacağına bir el ateş ederek kaçtı. Mısırlıoğlu tedavi altına alındı.

Avukata Evinde Saldırı

Avukat Kamil Akbay, kimliği henüz belirlenemeyen kişiler tarafından, evinde, silahlı saldırıya uğradı. Bacağından yaralanan Akbay, hastaneye kaldırılarak tedavi altına alındı, hayati tehlikesinin bulunmadığı açıklandı. Vatandaşların verdiği eşgal doğrultusunda polis iki kişiyi gözaltına aldı.

Tuncay Alemdaroğlu'nu Yaralayan Otoparkçının Yargılanmasına Başlandı

TBB önceki sayman üyesi, Ankara Barosu önceki başkanlarından ve Yenimahalle önceki Belediye Başkanı Tuncay Alemdaroğlu'nu yaralayan Ömer Faruk Çakır'ın yargılanmasına Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nde başlandı. Hakkında yirmi yıla kadar hapis cezası istenen tutuklu sanık Çakır, duruşmada, Alemdaroğlu'nu, Gimat Oto Pazarı'nın işletme ruhsatını haksız yere iptal ettiği için vurduğunu beyan etti. Duruşmada tutuklu sanık Ömer Faruk Çakır ve avukatı Ayşegül Banker, Tuncay Alemdaroğlu ile TBB Başkanı Özdemir Özok ve Ankara Barosu Başkanı Semih Güner'in de bulunduğu altı avukatı katıldı.

Avukata Tecavüz Edenlere Otuz Altı Yıl Hapis

Kadıköy'de kaçırdıkları Avukat A. Ç. A'nın şikayeti üzerine, gasp amaçlı adam kaldırmak, evli kadını kaçırmak ve alıkoymak, birden fazla kişiyle zorla ırza geçmek iddialarıyla, Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanan tutuklu sanıklar Cengiz Çetin, Mikail Aslan ve Hüseyin Özdemir hakkındaki dava 20 Eylül 2004'te karara bağlandı. Duruşmaya tutuklu sanıklar ile müdahil avukat İstanbul Barosu Başkanı Kazım Kolcuoğlu katıldı. Suçlarını itiraf eden sanıklar pişman olduklarını söylediler. Üç sanığa otuz altı'şar yıl hapis cezası verildi. Hiçbir indirim maddesi uygulanmadı.

**“TÜRKİYE’DEKİ YABANCI
SERMAYE YATIRIMLARININ
ÖNÜNDEKİ İDARİ ENGELLER”
KONULU SEMPOZYUM YAPILDI**

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Yabancı Sermaye Derneği işbirliği ile 8 Ekim 2004’te gerçekleştirilen sempozyumda, açılış konuşmalarını Başbakan Yardımcısı Abdüllatif Şener, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, 56. Hükümet Adalet Bakanı Prof. Dr. Selçuk Öztekin, YASED Yönetim Kurulu Başkanı Şaban Erdikler yaptı.

TBB Başkanı Özdemir Özok’un başkanlığını yaptığı I. oturumda Prof. Dr. İlhan Özay (İÜHF), Prof. Dr. Ziya Akıncı (Galatasaray ÜHF), Av. Fatoş Kılıç konuşmacılardı. II. oturumda Başbakanlık Sermaye Kurulu eski Başkanı Doç. Dr. Ali İhsan Karacan’ın başkanlığında, Ahter Kutadgu (Nestle Yönetim Kurulu üyesi), Cahit Paksoy (Avea Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu üyesi), Av. Metin Reyna (Sabancı Holding Baş Hukuk Müşaviri) konuşmalarını sundular.

III. oturumda başkan Şaban Erdikler (YASED Yönetim Kurulu Başkanı), konuşmacılar ise Doç. Dr. Adem Şahin (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarı), Adnan Zengin (TC Kamu İhale Kurumu 2. Başkanı ve kurul üyesi), Cengiz Delibaş (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı çalışma Genel Müdürü), Abdüllatif Tuna (Devlet Planlama Teşkilatı Sanayi Dairesi Başkanı) idi.

Son olarak IV. Oturum Prof. Dr. Selçuk Öztekin başkanlığında gerçekleştirildi. Sjoerd Gosses (Hollanda Krallığı Büyükelçisi), Bülent Gedikli (milletvekili), Akif Hamzaçebi (milletvekili), Cavit Dağdaş (Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermayeden Sorumlu Hazine Müsteşar Yardımcısı) ve YASED Yönetim Kurulu Başkanı Şaban Erdikler son oturumun konuşmacılarıydı.

ÇOCUK HAKLARI

Malatya Barosu Kadın ve Çocuk Hakları Sekreteri Av. Arzuhan Kaplan, çocuk haklarını korumaya yönelik önlemlerin yetersiz olduğunu kaydetti. Her ilde ve nüfusu yüz bini geçen her ilçede çocuk mahkemesi olması gerektiğini, ancak halen sadece beş ilde çocuk mahkemesi bulunduğunu belirten Kaplan, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin, çocuklara yaşama, gelişme, korunma hakları yanında görüşünü ifade etme ve katılım hakkı tanıdığını kaydetti. Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne göre, çocuğun bir birey olduğunu ve 18 yaşından küçük herkesin çocuk olduğunu belirten Kaplan, “Çocuk hakkında alınacak kararlarda çocuğun söz hakkı vardır. Çocukların yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının sağlanmasında, aileye devlete ve tüm topluma görev yüklenmektedir.” dedi.

Çocukların yargılanma aşamasında yaşadığı sorunlara da değinen Kaplan, yargılama aşamasında hukuka aykırı olarak çocuklara kelepçe takıldığına vurgu yaparak, çocuk mahkemelerinin halen genel mahkemelerle aynı binada iç içe olduğunu hatırlattı. 15-18 yaş grubu çocukların 18 yaşından küçük oldukları halde yetişkinler gibi yargılandıklarını ifade eden Kaplan şöyle konuştu: “Çocuklar için ayrı ceza infaz kurumları yasal zorunluluğa rağmen kurulmamıştır. Çocuk Polisi Yönetmeliği’ne rağmen bu konudaki polis yapılanmasını tamamlayamamış ve yönetmelik hükümleri tam olarak hayata geçirilememiştir.”

**YARGITAY BAŞKANI
GÖREVE BAŞLADI**

Yargı yılının açılmasından önce sağlık nedeniyle görevinden ayrılan

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya Başkanlar Kurulu'nun hakkında verdiği olumlu karardan sonra görevine başladı.

Eraslan Özkaya, aralık ayında yaşı nedeniyle emekliye ayrılacaktır.

FARUK EREM'İ ANMA TÖRENİ

Türkiye Barolar Birliği önceki başkanlarından Avukat Faruk Erem, ölümünün 6. yılı nedeniyle, 15 Ekim 2004 günü Karşıyaka Mezarlığı'nda mezarı başında törenle anıldı.

KANİ EKŞİOĞLU VEFAT ETTİ

Dergimiz Danışma Kurulu üyelerinden ve İstanbul Barosu Yayın Kurulu Başkanı Avukat Kani Ekşioğlu, geçirdiği ani bir rahatsızlık sonucu aramızdan ayrıldı.

Hukuk yayımcılığının önde gelen isimlerinden olan Ekşioğlu, 1942 yılında Fındıklı ilçesinde doğmuştu. 1973 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdi.

İstanbul Barosu'nda başkan yardımcılığı görevi yaptı.

1978 yılında *YASA-Hukuk Dergisi*'ni çıkarmaya başladı. *YASA-Hukuk Dergisi* 2004 yılında Türkçe-Almanca tabloid boy yayın hayatına devam etti.

Pek çok makalesi yanında "*Yerel Yönetimler Seçim Hukuku*", "*Taşınmaz Zilyedliğine Tecavüzün İdari Yönden Önlenmesi*" ve "*Silah Hukuku*" adlı eserleri yayımladı.

2002 yılından bu yana İstanbul Barosu Yayın Kurulu Başkanı olarak *İstanbul Barosu Dergisi*'ni yeni ve zengin bir kimliğe kavuşturmuştu.

Ekşioğlu'nun kaybından dolayı ailesine, yakınlarına ve hukuk camiasına baş sağlığı dileriz.

Haberler: O.G.

BAROLARIMIZDAKİ TATLI HEYECAN: SEÇİMLER

Av. Özdemir ÖZOK *

Avukatlık Yasası'nın 82. maddesinde, baroların yetkili organı, baro genel kurullarıyla ilgili olarak şu düzenleme getirilmiştir. *"Genel kurul iki yılda bir Ekim ayının ilk haftası içinde baro başkanlarının daveti üzerine gündemindeki maddeleri görüşmek üzere toplanır"*. Bu hüküm doğrultusunda barolarımızda Ekim ayı içinde tatlı bir heyecan ve demokratik bir yarış başlamıştır. Bilindiği gibi genel kurullarda, Baro Başkanı, Yönetim Kurulu, Disiplin Kurulu, Denetleme Kurulu yanında TBB delegeleri seçilmektedir. Yazıyı yazmaya başladığım 13.10.2004 günü itibariyle, Adana, Adıyaman, Antalya, Artvin, Aydın, Balıkesir, Bartın, Bursa, Çanakkale, Çankırı, Çorum, Denizli, Edirne, Elazığ, Erzurum, Erzincan, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, Malatya, Manisa, Mersin, Muğla, Nevşehir, Niğde, Karaman, Kayseri, Konya, Kastamonu, Kırklareli, Kırşehir, Kars, Kocaeli, Kütahya, Kahramanmaraş, Sakarya, Uşak, Samsun, Sinop, Siirt, Rize, Iğdır, Isparta, İzmir, Tekirdağ, Tokat, Trabzon, Yalova, Yozgat, Osmaniye barolarımızda seçimler yapılmış ve iki yıl için yeni baro yöneticileri göreve getirilmiştir. Bize ulaşan genel kurul çağrı yazılarına göre ay sonuna kadar tüm barolarımız seçimlerini tamamlamış olacaktırlar.

Şu ana kadar yapılan seçimlerde, birkaç baro dışında hemen, hemen tüm barolarımızda ikinin üzerinde başkan aday ve ekipleri yarışmıştır. Bu durum, barolarımızda yönetime daha çok meslektaşımızın ilgi duyduğunu gösteren ve barolarımızdaki demokratik yarışın yaygın hale geldiğini sergileyen, çok anlamlı bir gelişmedir. Barolarımızda mesle-

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

ğimize ve meslektaşlarımıza yakışan olgunlukla geçen bu demokratik yarışların, meslek ve yurt sorunlarının çözümünde en büyük dinamizm olacağı inancındayım. Yenilenmiş veya yeniden seçilmiş olan başkan ve kurul üyeleri genel kurullarından aldıkları güç ve yetkiyle işlere hızla sarılmak durumundadırlar. Çünkü, mesleğimiz, meslektaşlarımız ve yargıyla ilgili bunca sorun orta yerde dururken, göreve talip olarak seçilen başkan ve yöneticileri çok karmaşık ve sıkıntılı görevler beklemektedir.

Hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadan, sırf politik tercihlerle, sayıları hızla artırılan hukuk fakültelerinden mezun olan genç meslektaşlarımızın, staj başta olmak üzere, staj sonrası mesleki yaşamlarını insanca sürdürme talepleri yanında, yıllardır büyük zorluklar ve bin bir sıkıntı ve çileyle meslek yaşamlarını yürütmek durumunda olan özverili meslektaşlarımızın, gelecekle ilgili ciddi endişeleri vardır. Avukatlık Yasası'nda 2001 ve 2004 yıllarında yapılan değişikliklerle önemli kazanımlar elde edilmiş olmasına karşın, yaşanan somut olaylar nedeniyle bunların yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle önümüzdeki dönemde, meslek ve meslektaşların sorunlarını ayrıntılı bir biçimde ele alarak, çözüme yönelik çalışmalara hız vermek gerekmektedir.

Meslek ve meslektaşlarımızın yaşamsal sorunları yanında, yurt sorunları da giderek içinden çıkılmaz, sorunlar sarmalı haline dönüşmektedir.

AB-Türkiye, ABD-Türkiye ilişkilerindeki çok kritik süreç yanında, yurt olarak üzerinde güvenle yaşadığımız vatan topraklarının bulunduğu coğrafya üzerindeki insan toplulukları tarihin en sıkıntılı ve endişeli günlerini yaşamaktadırlar. Irakta müdahale öncesi umut veren sözler yerini, umutsuzluk ve karamsarlığa bırakmıştır. Tarih bir süre sonra, sanat, kültür ve uygarlıkların beşiği olan Mezopotamya'nın demokrasi, özgürlük ve insan hakları çığlıkları arasında çağcıl barbarlar tarafından nasıl harap edildiğini yazacaktır.

AB-Türkiye ilişkileri bağlamında son ilerleme raporu, tezahüratlar, alkışlar, kutlamalar arasında yeterince incelenememiştir. TBB olarak ülkemiz için son derece önemli olan ve asla duygusallıkla değerlendirmeye tahammülü olmayan bu konuda ayrıntılı bir inceleme yaptırarak meslektaşlarımızın bilgisine sunacağız. Çünkü, bu rapor ilerde ülkemizin başını ağrıtabilecek çok ciddi hükümler taşımaktadır. Her konuda olduğu gibi bu konuda da, bizim rehberimiz "akıl ve bilim" olacaktır.

Bilim ve bilginin ışığında ülkemiz, insanımız ve geleceğimiz için en sağlıklı çözümlerin kabulü gereklidir. Ama üzümlere ifade etmek isterim ki uygulamada bu böyle olmamakta, politik ve kişisel dürtüler ön plana çıkmaktadır. Bütün bunların yanında, bunca önemli uluslararası sorunlarla karşı karşıya olan ülkemiz deneyimsiz bir iktidar tarafından yönlendirilmekte ve yönetilmektedir. Her birinin hükümet sorunu, siyasal iktidar sorunu olmaktan çok, başlı başına bir devlet sorunu olan ve ülkemizin geleceğini önemli ölçüde etkileyen konularda çok duyarlı ve titiz davranılması gerektiği halde bu titizlik, bu duyarlılık gösterilememektedir. Pek yakında, AB üyeliği adına, yıllar içinde benimsediğimiz ve özümlediğimiz bağımsızlık, egemenlik, üniter devlet, ulusal birlik, ulusal bilinç, yurttaşlık gibi kavramların içlerinin nasıl boşaltıldığını daha net bir biçimde algılayacağız.

Tarihsel süreç içinde, Cumhuriyet dönemindeki tüm iktidarların ulusal bir politika olarak algıladığı, Kıbrıs başta olmak üzere kimi dış ilişkilerimizde çok önemli mevzi kayıpları yanında, son uygulamalarla çağdaş dünyanın bize karşı bakışında da önemli değişiklikler olmuştur. Ortadoğunun ilk ve tek laik, demokratik sosyal hukuk devleti olma iddiasında olan ve İslam dini ile moderniteyi birleştiren Avrupalı Türkiye artık dışardan bu özellikleriyle değil, dinsel motifleri daha net algılanan bir ön Asya ülkesi olarak görülme istenmektedir. Bu bakış bu günkü iktidar ve yandaşlarını hiç rahatsız etmediği gibi mutlu da etmektedir. Halbuki unutulmamalıdır ki Türkiye Cumhuriyeti'nin temel harcı, tam bağımsızlık, laiklik, kayıtsız şartsız egemenlik, demokrasi, özgürlük ve insan hakları yanı sıra çağdaş değerlerle karılmış ve bu temel değerler üzerine yükselmiştir.

Bu değerler üzerine kurulan Türkiye Cumhuriyeti'ni özellikle ABD ve AB, İslam demokrasisinin uygulayıcısı olarak görmekte ve bizi öbür İslam ülkelerine model olarak kullanmayı planlamakta ve bu düşünce üzerine BOD projesini oturtmak istemektedirler. Seçilen bu modelin kuruluş felsefesi ve yukarıda saydığım kuruluş ilkelerini korunduğu sürece istenen ve beklenen bu değişikliğin yapılmasının da mümkün olamayacağı anlaşıldığından, bu model üzerinde kimi yapısal değişikliklerin gerçekleştirilmesi ve devlet düzeninin dinsel motiflerle süslenerek bu coğrafyada yaşayan İslam ülkelerine örnek olması istenmektedir. Böylece Türkiye'yi, İslam ve Arap dünyası için *"bakın, İslam günlük yaşamı yönlendirse de demokrasi olabiliyor"* diyebilecekleri model bir ülke

haline getirmek istemektedir. Bu dış bakışa koşut iç uygulamalar yanında, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ideolojisi olan Atatürkçü düşünceye saldırısı, yine Başbakanlık müsteşarının laik düzen için söyledikleri tesadüfen dillendirilmiyor.

80 yıllık süreçte nereden nereye geldik? Bu ülkeye karşı sorumluluk duyan her yurttaşın bu soruyu kendi kendine sorarak gereğini yapması ve şu sorulara yanıt bulması gerekir. Tüm dünyanın ırkçı-ulusalcı akımlarla başının dertte olduğu 1920'li yıllarda, evrensel değerlere (bağımsızlık, egemenlik, özgürlük, demokrasi, laiklik) dayalı, temelinde bilim ve sanatın egemen olduğu, ailede, yurttta ve dünyada barışın hedeflendiği, bir toplumsal düzen nasıl kurulmuş ve geçen bu süre içinde bu denli nasıl yozlaştırılabilmiştir?

Ülkemizin böylesi önemli iç ve dış sorunları yanında, mesleğimiz ile meslektaşlarımızın karşı karşıya olduğu kimi sıkıntılarının çözümü için el ve gönül birliğiyle çalışmak; yeni projeler üretmek durumunda ve zorundayız.

İşte yeni dönem bu nedenlerle daha fazla çalışmayı, daha fazla üretmeyi, daha fazla özveriyi gerektirmektedir.

Bu duygu ve düşüncelerle yeni seçilen başkan ve üyeleri sevgi ve saygılarımla selamlıyor, başarılı ve sağlıklı bir görev dönemi geçirmelerini içtenlikle diliyorum.

HUKUKA AYKIRI KANITLAR

Doç. Dr. Ali Rıza ÇINAR*

GİRİŞ

“*Hukuka Aykırı Kanıtlar / Deliller*” konusu, birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. Biz, konuyu ceza yargılaması hukuku açısından incelemeye çalıştık. Bununla birlikte, yeri geldiğinde, Anayasa yargısı ve medeni yargılama hukuku ile ilgili olarak da konuyu değerlendirmeye çalıştık. İlk defa, “*hukuka aykırı kanıtlar*”, 1992 yılında 3842 sayılı Yasa’yla, Ceza Yargılama Yasası’nda (CYY’de) yapılan değişiklikle açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu yasa değişikliği konuyla ilgili bilim çevreleri tarafından, özellikle, CYY’nin 135/a ve 254/2. maddelerindeki düzenlemeler, “*büyük bir reform*” olarak kabul edilmiştir.¹ Anayasa’nın 38. maddesine 2001 yılında eklenen bir fıkrayla hiçbir duraksamaya neden olmayacak bir biçimde, açıkça; “*Kanun’a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” ilkesi Anayasa metnine girmiştir.²

Ceza yargılaması hukuku açısından, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar / Deliller*” konulu incelememizi, dört ana bölüm içinde yaptık.

Birinci bölümde, konunun iyi anlaşılması bakımından genel bilgilere yer verdik. Ceza yargılaması hukukunun amacını kısaca açıkladıktan sonra “*hukuku aykırılık*” ve “*delil*” kavramları üzerinde durarak, inceledik.

* Yargıtay Üyesi.

¹ Bkz., İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 3-10-17-24 Şubat 1995 tarihinde İstanbul’da düzenlenen, “*Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu’nda*” sunulan bildirimler ve yapılan konuşmalarla ilgili *Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul 1995*, kitabına (İstanbul Barosu Yayınları).

² 3.10.2001 günlü ve 4709 sayılı Yasa’nın 15. maddesi uyarınca, Anayasa’nın 38. maddesine ek fıkra olarak 6. fıkra eklenmiştir (Bkz., 4709 sayılı Yasa, 17.10.2001 gün ve 24556 mükerrer sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.).

İncelememizin ikinci bölümünde, Ceza Yargılama Yasası'nda, 3842 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle öngörülen hukuka aykırı kanıtları açıkladık. Burada, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, yasak sorgu yöntemleri konularını inceledik.

Üçüncü bölümde, hukuka aykırı kanıtların (delillerin) değerlendirilmesi incelenmiştir. Burada, ceza yargılamasında "*vicdani delil sistemi*" de açıklanmıştır. Hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıtlarla/delillerle ilgili değerlendirme yasakları ve bu tür "*kanıtların hükme dayanak*" yapılmaması konuları incelenirken de, Yargıtay'ın bu konudaki görüşlerine yer verilmiştir. Özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı kanıtlar da bu bölümde incelenmiştir. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta hukuka aykırı kanıtların durumu açıklanmıştır.

Dördüncü bölümde ise, konuyla ilgili mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Burada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin, Yargıtay'ın, Danıştay'ın ve Askeri Yargıtay'ın yakın tarihte verdiği önemli kararları incelenmiştir.

Son olarak da çalışmamız hakkındaki düşüncelerimiz, sonuç bölümünde özet olarak yer almıştır.

I. GENEL BİLGİLER, KAVRAM VE TANIMLAR

1. Ceza Yargılamasının Amacı

Ceza yargılamasında, suçun işlenip işlenmediği ve failin kim olduğu araştırılmaktadır.³ Bu araştırmada, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılır. Nitekim, Yargıtay'da, ceza yargılama hukukunun amacının, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun maddi gerçeğin bulunması olduğunu bir kararında açıkça belirtmiştir.⁴

Öyle ise, ceza yargılamasının amacı: "*Önceden işlenmiş olan bir eylemle ilgili olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.*" diyebiliriz.⁵

Ceza yargılamasında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması önemlidir. Çünkü failerin cezasız kalmaları toplum düzeni ve kamu otoritesi için daha da önemlidir. Ancak, suçu işlemeyenlerin cezalandırılmaları ise, suç

³ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 38.

⁴ CGK, 7.19.1991, 4/227 - 255 (Yaşar, Osman, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Ankara 1998, C.II, s. 1559-1561).

⁵ Selçuk, Sami., *Karşıoylarım*, Ankara 2001, s. 158 (CGK, 19.2.1994 günlü, 1994/6-322 esas, 1994/343 sayılı karara yazdığı karşıoy yazısı).

işleyenlerin cezasız kalmaları kadar, hatta ondan daha fazla, hukuki barışı ve düzeni bozma açısından sakıncalıdır.

Bu nedenle, maddi gerçeği araştırma, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Ceza yargılamasında yapılan araştırma ve soruşturma mutlak ve sınırsız değildir. Maddi gerçeğe, hukuk kurulları içinde kalınarak ulaşılmaya çalışılmalıdır. Sanığın ve diğer sujuelerin, kişisel ve toplumsal değerleri korunmalıdır.

Bu nedenlerle, Ceza Yargılaması Yasası'nın çeşitli maddelerinde, kanıtı elde etme (m. 135/a) ve hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtların değerlendirilmesi konusunda (m. 254/2) çeşitli sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir.

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan "*adil yargılama*" hakkı ile ilgili ilkelere de, hukuka aykırı yollara başvurulmaması için, ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılmasında, uyulması zorunlu bazı sınırlamalar öngörülmektedir. Anayasa'nın bu hakkı düzenleyen 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile, "*adil yargılanma*" hakkı madde metnine eklenerek AİHS ile daha uyumlu hale getirilmiştir.⁶ Yine 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine eklenen bir fıkrayla, "*Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" ilkesi Anayasa metnine girmiştir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesiyle "*insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma*" ilkesi kabul edilmiştir. Ceza yargılamasında maddi gerçek araştırılırken, Anayasa'daki bu ilke ışığında öngörülmüş hukuk kurullarına da uygun davranılacaktır.

Avrupa hukukundaki "*adil yargılanma ilkesi*" kavramına, Birleşmiş Milletler tarafından 10.12.1948 tarihinde yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi de, ceza hukuku ve ceza yargılamasına ilişkin ilkelere yer vermiştir. İşkence veya insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza yasağı (m. 6), keyfi tutuklama ve hapsedme yasağı (m. 9) ve suçsuzluk (masumluk) karinesi (m. 11) beyannameye yer alan haklardır. Yine, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 39/46 sayılı kararıyla, 10 Aralık 1984 de kabul edilerek 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren "*İşkenceye ve Başka Zalimce İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme*", insan onuruna saldırılar oluşturan bilgi ya da itirafları elde etmeye yönelik işkence ve başkaca davranışları yasaklamaktadır.⁷

⁶ Yüzbaşıoğlu, Necmi, "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme", *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Ankara 2003, s. 38 (Yargıtay ve Türkiye Barolar Birliği Tarafından 13-14 Aralık 2002 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Anayasa ve Uyum Yasaları" adlı açık oturumda sunulan tebliğler).

⁷ Türkiye, İşkenceye Karşı Sözleşme'yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalayarak, 3441 sayılı ve 21 Nisan 1988 tarihli Yasa'yla onaylanmasını uygun bulmuştur (RG 29 Nisan 1988

Bu kurallardan dolayı da, ceza yargılamasında, maddi gerçeğin araştırılmasına bir çok sınırlamalar getirilmiş bulunmaktadır.

Görülüyor ki, çağdaş ceza yargılamasının amacı, her şeye karşın maddi gerçeğin araştırılması değildir.⁸ Ceza yargılamasında, suçlunun cezalandırılması amaçlanırken, suçsuzun korunması, yargılamanın yasalara ve yargılama kurallarına uygun yürütülmesi de önemlidir. Böylece, maddi gerçeğin araştırılmasına bazı sınırlamalar getirilerek, kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.⁹

2. Kanıt (Delil) Kavramı

Ceza yargılaması, suçun işlenmesinden sonra yapılmaktadır. Bu nedenle, ceza yargıcının işinin, tarihçinin işine benzediği ileri sürülmektedir.¹⁰ Gerçekten, her ikisi de geçmişte kalmış olayları araştırmaktadır.

Ceza yargılamasında, gerçeği araştıran yargıç, bazı araçlara başvurmak zorundadır. Bu araçlar, "ispat araçları" ya da "kanıt (delil)" diye adlandırılmaktadır. Böylece, maddi gerçeğin araştırılmasında, daha doğrusu suçun işlenip işlenmediğini araştırmada, yararlanılan her türlü araçlar, kanıttır (delildir).¹¹ Ceza yargılamasında, biçimsel kanıt (delil) yöntemi kabul edilmiştir.¹² Bu nedenle, her şey delil sayılmaktadır, yeter ki hukuka uygun elde edilsin.

Geçmişte kalmış olay hakkında, kanıt; onun objektif (maddi), sübjektif (manevi) öğeleri, ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri, nedensellik bağı üzerinde yargıcı aydınlatmaktadır. Bu nedenle, kanıt, suç ile ilgili olmalıdır. Kanıtın, suç ile ilgili olması doğrudan ya da dolayısıyla olabilir. Suç ile ilgili olmayan kanıtlar ceza yargılamasında gözetilmez.

günlü ve 19799 sayılı). Bakanlar Kurulu'nun 88/13023 sayılı ve 16 Haziran 1988 tarihli kararıyla onaylanan sözleşme 10 Ağustos 1988 tarihinden itibaren yürürlüğe girerek bağlayıcılık kazanmıştır (RG 10 Ağustos 1988 günlü ve 19895 sayılı). İşkenceye Karşı söz konusu bu sözleşmeyle ilgili geniş bilgi için bkz., Gülmez, Mesut., *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması* (Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 275-303).

⁸ Yurtcan, Erdener, *CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri*, İstanbul 1993, s. 37.

⁹ Öztürk, Bahri., *Delil Yasakları*, Ankara 1995, s. 7.

¹⁰ Tosun, *Türk Suç Muhakemesi'nin...*, Genel Kısım, C. I, s. 706.

¹¹ Tosun, *Genel Kısım, C. I, s. 707*; Öztürk, *Delil Yasakları...*, s. 4.

¹² Centel, Nur-Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemeleri Hukuku*, İstanbul 2003, s. 5.

3. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık, geniş anlamda, eylemin (fiilin) hukukça korunan hak ve yararlar saldırı, yani eylemin (fiilin) hukuk düzenine uygun bulunmamasıdır.¹³ Ceza hukuku anlamında “*hukuka aykırılık*”, suçun oluşması için bulunması gereken kurucu öğelerden biridir. Bu bağlamda, hukuka aykırılık; eylemin yalnızca ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeniyle çelişmesi, tüm hukuk düzenine aykırı bulunması anlamındadır.¹⁴ Bir eylemin suç oluşturabilmesi için, hukuk düzeniyle çelişki içinde olması gereklidir.¹⁵

Hukuka aykırılık, tüm hukuk düzenine aykırılık olarak kabul edildiğinden, “*hukuka aykırılık*” kavramını açıklarken ceza hukukundan yararlanılabilir. Ancak, ceza yargılaması hukukunda, hukuka aykırılık sınırını belirlemek, hangi durumlarda kanıtların hukuka aykırı sayılacağı açısından önemlidir. Ceza hukukunda, hukuka aykırılığın sınırını saptamanın ise, bir eylemi suç olmaktan çıkaran hukuka uygunluk nedenlerini göstermesi bakımından önemi bulunmaktadır.¹⁶

Ceza yargılaması hukukunda, “*hukuka aykırılık*” kavramı, temyiz nedeni olarak yer almaktadır. Ceza Yargılama Yasası’nın 307. ve kaynak Alman Ceza Yargılama Yasası’nın 337. maddelerine göre, temyiz davası, ancak, hükmün Yasa’ya aykırılığına dayandırılabilir. Söz konusu yasa maddelerinin ikinci fıkralarında ise, Yasa’ya aykırılık açıklanmıştır. Buna göre, Yasa’ya aykırılık, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması demektir. Yasa’ya aykırılığı, salt Yasa’ya aykırılık olarak anlamamak, geniş olarak anlayıp, tüm hukuk kurallarına aykırılık olarak kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, Anayasa’ya, uluslararası sözleşmelere, tüzük ve yönetmeliklere aykırılıklar da hukuka aykırı olduğu için temyiz nedeni sayılır.¹⁷

Hukuka aykırılık; yargılama yasaları, maddi hukuk ve yargılama hukukuna aykırılık biçiminde olabilir. Nitekim, Yargıtay da, hukuka aykırılığın, Yargılama Yasası kuralları yanında, maddi ceza yasalarına aykırılık hallerini de kapsadığını bir kararında açıkça belirtmiştir.¹⁸

Öğretide de, Yasa’daki “*hukuki kaide*” teriminin “*hukuk normuna aykırılık*” olarak kabul edildiği ve hukuk deyince de yazılı olan ve olmayan hukuk anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, CYY’nin 307.

¹³ Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s. 77.

¹⁴ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 221.

¹⁵ Dönmezer, Sulhi, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 2003, s. 144.

¹⁶ Şen, Ersan, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul 1998, s. 11 vd.

¹⁷ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C.II, Muhakeme’nin Yürütüşü, İstanbul 1976, s. 212.

¹⁸ CGK, 10.12.1990, 305/328 (Yaşar, *Ceza Muhakemeleri...*, C. II, s. 1562-1563).

maddesindeki “*hukuki kaideden*” amacın, yasa normu olmayıp, “*hukuk normlarına*” aykırılık ya da kısaca “*hukuka aykırılık*” olduğu açıklanmıştır.¹⁹

Temyiz nedeni olarak “*hukuka aykırılık*”, konumuz dışındadır. Bizim konumuzu ilgilendiren hukuka aykırı kanıtlardaki “*hukuka aykırılık*” kavramı, bu kavramın kapsam ve sınırlarını belirlemektedir. “*Hukuka aykırı kanıtlar*” konusu, ceza yargılaması hukukunda, “*ispat hukuku*” içinde yer almaktadır. Bundan dolayı, “*hukuka aykırılık*” kavramının tanımı, kapsamı, içeriği ve özellikleri bakımından, temyiz nedeni olarak “*hukuka aykırılık*” ile hukuka aykırı kanıtlarda geçen “*hukuka aykırılık*” kavramı arasında bir ayırım bulunmamaktadır.²⁰ Her ikisi de ceza yargılaması içinde yer alan kavramlardır.

Ceza Yargılama Yasası’nın çeşitli maddelerinde, kanıtın kendisi ve elde edilmesiyle ilgili birçok sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir. Ceza Yargılama Yasası’nda, 3842 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklik de bu bağlamda olmuştur. Bu değişikliklerle, kanıt elde etme (m. 135/a) ve hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtlarla ilgili değerlendirme (m. 254/2) yasakları getirilmiştir. Bu nedenle, bir kanıtın hukuka aykırı kanıt olup olmadığı ve ceza yargılamasında kullanılarak hükme dayanak yapılıp yapılmadığı, temyiz aşamasındaki hukukilik denetimi kapsamında değerlendirilecektir. Daha doğrusu, ceza yargılamasında kullanılan hukuka aykırı kanıtlar, temyiz aşamasında kararın bozulmasını gerektiren bir hukuka aykırılık olarak gözetilecektir. Ancak, hukuka aykırı işlemle, hüküm arasında nedensellik bağı, CYY’nin 320/1. maddesi uyarınca aranarak, Yasa’ya aykırılığın, kuralan hükmü etkilemesi gözetilecektir.

¹⁹ Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku*, İkinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2003, No: 61-3 (528), s. 1139; Tosun, C. II, s. 212; Erem, Faruk, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*, Ankara 1996, s. 681; Cihan, Erol-Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemeleri Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1997, no: 534; Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2001, s. 813; Keskin, Serap, *Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul 1997, s. 36 vd; Cenel-Zafer, s. 595, 596; ŞEN, s. 12; Yurtcan, Erdener, *CMUK Şerhi*, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 743 vd; yazar, CYY’nin 307/2. maddesinde belirtilen “*hukuki bir kaidenin...*” kavramının “*hukuka aykırılık*” kapsamı içinde değerlendirmek gerektiğini belirtmekle birlikte, temyiz nedeni olarak “*Hukukun Zedelenmesi*” kavramını kullanmaktadır.

²⁰ Şen, s. 13 vd.

II. CEZA YARGILAMA YASASI'NDA 3842 SAYILI YASA İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE ÖNGÖRÜLEN HUKUKA AYKIRI KANITLAR

1. Aydınlatma Yükümlülüğü'nün Yerine Getirilmemesi (Hakların Bildirilmemesi)

Sanığa, yargıç tarafından sorguya çekilmeden önce, Cumhuriyet Savcısı ya da kolluk amir ve memurları tarafından ifadesi alınmadan önce, CYY'nin 135. maddesi uyarınca haklarının bildirilmesi gerekir. Aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak ve Yasa'da yazılı hakların tümü bildirilmeden, yapılan sorgu ya da ifade alınma ile elde edilen anlatım kanıtı, "herkes kendisini suçlayıcı kanıt vermeye zorlanamaz" kuralının ihlali niteliğinde olduğundan, hukuka aykırıdır.²¹

Ceza Yargılama Yasası'nın 135. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen sanığı aydınlatma yükümlülüğü, yani, sanığa haklarının bildirilmesi zorunluluğunun yerine getirilmemesi, sanığın savunma hakkının, geniş anlamda "adil yargılama" hakkının ihlali sayılır. Çünkü, sanığın aydınlanma hakkı vardır, bu haktan yararlandırılmamıştır.

Nitekim, Yargıtay da sanığın sorgusunun CYY'nin 135. maddesine uygun biçimde yapılması gerektiğini, savunma hakkı ile ilgili olan bu hüküm uygulanmamışsa, dosyanın esasına girilerek inceleme yapılamayacağını açıkça belirtmiştir.²²

Sorgu, yalnız sanık yararına konulmuş bir yargılama kuralı değildir. Maddi gerçeği bulmak için kamusal niteliği ağır basan bir usul kuralıdır. Bu nedenle CYY'nin 135. maddesine uygun biçimde sorgunun yapılması, kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu nitelikte olduğu için uyulması zorunludur. Söz konusu madde ile sanığa tanınan haklar yalnız susma hakkı olmayıp maddede belirtilen tüm haklardır.²³ Hazırlık soruşturması sırasında hakları hatırlatılan sanığa, duruşmada müdafî hazır olsa dahi hatırlatılmalıdır.²⁴

²¹ Kunter-Yenisey, İkinci Kitap, no 61.3 (528), s. 1143; CYY'nin 135. maddesinde belirtilen haklarla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Şahin, Cumhuriyet, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 233 vd; Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir 1996, s. 100-145; Çınar, Ali Rıza, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 3842 sayılı Yasa'yla Değiştirilen 135. maddesinin Ceza Yargılama Sistemimize Getirdiği Yenilikler", *Yargıtay Dergisi*, 1997/7, s. 261-279.

²² CGK, 21.10.1997, 4-116/203 (Kaban, Mater-Aşaner, Halim-Güven, Özcan-Yalvaç, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, s. 765-767): Aynı nitelikte, 10 CD, 14.6.2001, 13498/18708; 6. CD, 8.10.2001, 12273/11797; Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz., Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (yasak) Deliller, Ankara 1997, s. 49-86; Erol, Haydar, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s. 341-352.

2. Yasak Sorgu Yöntemleri

Hukuka aykırı kanıtlarla ilgili 3842 sayılı Yasa'yla getirilen ikinci bir düzenleme ise, CYY'nin 135/a maddesi olup, ifade alma ve sorgu sırasında kanıt elde etme yasaklarıdır. Kaynak Alman Ceza Yargılaması'nın 136/a maddesinde benzer niteliktedir. CYY'nin 135/a maddesi hükmüne göre, ifade verenin ve sanığın anlatımı (beyanı) özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ya da ruhi müdahaleler yapılamaz; Yasa'ya aykırı bir menfaat vaat edilemez.²⁵ Burada belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi kanıt (delil) olarak değerlendirilemez.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iradeyi bozan nedenler yalnız maddede sayılanlar değildir. Çünkü, maddede iradeyi bozabilecek çeşitli yöntemler sayıldıktan sonra "*gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler*" terimine yer verilmiştir. Bu nedenle, maddede sayılanlara benzerlik gösteren ve iradeyi bozan diğer bedeni ve ruhi müdahalelerle alınan anlatımlar (ifadeler) kanıt (delil) olarak değerlendirilmeyecektir.²⁶ Böylece ikrarı sağlamak için "*işkence*" kesin olarak yasaklanmıştır.²⁷

CYY'nin 135/a maddesiyle, ifade alma ve sorguda, sanığın anlatımının (beyanının) özgür iradesine dayanacağı öngörülmektedir. Bu hükme göre, özgür iradeye dayanmayan anlatım hiçbir surette ceza yargılamasında, kanıt olarak kullanılamayacaktır. Söz konusu maddede, önce kural konmuş, daha sonra bu kurala aykırılık durumunda yaptırım açıkça gösterilmiştir.

CYY'nin 135/a maddesinin 3. fıkrasında "*... rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Yasa koyucunun, hiçbir biçimde yasak yöntemlerle alınan ifadelerin kanıt olarak kullanılmaması için bu hükmü koyduğu öğretiler ileri sürülmektedir.²⁸ Ayrıca öğretiler, CYY'nin 254/2. maddesine gerek olmadan, aynı yasanın 135/a maddesine göre yasak yöntemlerle elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kulla-

²³ CGK, 17.12.1996, 6-263/282 (Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s. 767-768).

²⁴ CGK, 24.10.1995, 165/302 (Yaşar, Osman, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Ankara 1998, s. 569-581).

²⁵ Yasa'da sayılan yasak yöntemlerle ilgili ayrıntı bilgi için bkz., Erem, Faruk, "*İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği*" (*İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, yıl 1992, s. 25-46); Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı...*, s. 89-119.

²⁶ Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler*, (*İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, Yıl 1992, s. 13-24).

²⁷ Erem, *İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri...*, s. 39.

²⁸ Şen, s. 66; söz konusu fıkranın eleştirisi için bkz., Şahin., *Sanığın Kolluk...*, s. 233-234.

nılamayacağı ve kullanılması durumunda mutlak temyiz nedeni olduğu belirtilmiştir.²⁹

Yargıtay da, yasadık sorgu yöntemleriyle toplanan kanıtlara dayanarak hükümlülük kararı verilmeyeceğini öngörmektedir.³⁰ Sanığın, yüklenen suçı işlediğine dair, baskı ve zor altında alındığını ileri sürdüğü ikrarı dışında, hakkında her türlü kuşkudan arınmış, yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmaması durumunda, hükümlülüğüne karar verilemeyeceği ise, birçok Yargıtay kararında açıkça belirtilmiştir.³¹

III. HUKUKA AYKIRI KANITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Ceza Yargılamasında Vicdani Delil Sistemi

Vicdani delil sistemi terimi ile ifade edilmek istenen, hem kanıt/delil serbestliği, hem de kanıtların değerlendirilmesi serbestliğidir.³² Bu bağlamda, ceza yargılamasında her şey delil olabilmektedir. Ceza yargıcısı belli bir durumun sabit olduğu hakkındaki hükmünü, kanıtları (delilleri) değerlendirerek, tam bir inanışla, bir vicdani kanıya vararak verebilmektedir. Bugün, çağdaş ülkelerde, ceza yargılamasında “*vicdani delil sistemi*” benimsenmiştir. Yani, yasal kanıt/delil sistemi, belli durumların yasalarda gösterilen kanıtlarla ve yargıcısı bağlayacak biçimde ispat edilmesi sistemi, terkedilmiştir.

Ceza yargılamasında, maddi gerçek araştırılır. Bu nedenle, her şey kanıt olabilir. Ceza yargılamasında her şeyin kanıt olması, hem kanıtın konusu, hem de “*ispat aracı*” olarak kullanılan şeylerle ilgilidir. Bu nedenle her şeyin, her şey ile ispatı olanağı, ceza yargılamasında kuraldır. Ancak, yasanın ya da ahlakın yasadık etmediğı alan ve araçlar sözkonusu olmamalıdır.³³

Olay yargıcısı, yargılamanın akışı içerisinde, bir kanıya ulaşmasını sağlayan olguları, CYY'nin 254. maddesine göre, duruşmadan edinmek zorundadır. Duruşmadan edinilen vicdani kanıya göre de, karar vermek zorunluluğı bulunmaktadır. Bundan dolayı, yargıcısının görevi duruşmada, olayın aydınlatılması için sunulan her türlü kanıtı gözetmek, duruşmada tartışılmamış olanını ise hükme temel almamaktır.³⁴ Bu nedenle kanıt

²⁹ Öztürk, *Delil Yasakları...*, s. 21; Keskin., s. 182.

³⁰ CGK, 4.10.1993, 6-192-217 (Yaşar, *Ceza Muhakemesi...*, C. I, s. 627-628.

³¹ CGK, 18.10.1993, 6-236/255 (Erol, s. 554); 6. CD, 25.9.2001, 11363/11275; 6. CD, 13.9.2001, 12587/10568 (Erol, s. 352-353).

³² Kunter-Yenisey, *Birinci Kitap*, no 41.3 (323), s. 532.

³³ Erem, *Ceza Muhakemeleri...*, s. 552.

³⁴ Fezer, Gerhard, Grenzen der Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht, in *Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege*, herausgegeben von Udo Ebert, 1991, s. 94.

değerlendirmesi, olay yargıcına aittir. Kanıt değerlendirilmesi, çelişkiler, boşluklar ya da belirsizlikler gösteriyorsa; akıl, deneyim ve mantık kurallarına, bilimsel verilere aykırı ise, olay yargıcı kanıtları tümüyle tüketmeden değerlendirmiş, akla uygun diğer olasılıkları göz ardı etmişse; hukuka aykırılık söz konusudur.³⁵ Temyiz mahkemesince bu durum, bozma nedeni yapılabilir.

Nitekim Yargıtay da, sağlıklı bir vicdani kanı ve yargının oluşabilmesi için, duruşmanın temel ilkeleri doğrultusunda, kanıt kaynakları ile yüzyüzelik ve doğrudanlık kuralları uyarınca ilişki kurulmak; sözlülük ilkesi gereğince de tanıklar, duruşma yapan yargıçlarca bizzat dinlenmek; duruşmada edinilen izlenimlere göre kanıtlar değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğini açıkça belirtmiştir.³⁶

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne (BGH) göre, olay yargıcının esasa ilişkin her kararının temeli, yargıcın, kendisinin bir kanıya ulaştığı olay akışıdır. Alman Ceza Yargılama Yasası (StPO) 261'e göre, (CYY 254) mahkeme kanıt sunumunun sonucunu kendi özgür ve duruşmadan elde ettiği kanısına göre karara bağlar. Kanıt sunumunun değerlendirilmesi, yalnızca olay yargıcına aittir.³⁷

2. Hukuka Aykırı Kanıtların Değeri

Hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtın, ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda, öğretide, birlik bulunmamaktadır.³⁸

Ceza yargılaması hukukunda, daha önce de belirtmiştik, her şey kanıt olabilir. Ancak, hukuka uygun yollarla elde edilmiş olma koşuluyula. CYY'nin 254. maddesine, 3842 sayılı Yasa'yla 2. fıkra olarak eklenen hükümde, "*soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" düzenlemesine açıkça yer verilmiştir. Bundan başka, 3842 sayılı Yasa ile Ceza Yargılama Yasası'na eklenen 135/a maddesine göre, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadelerin rıza olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür. CYY'nin 254/2. maddesindeki soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri kanıtların hükme esas alınmayacağı ilkesi, kanıt

³⁵ Keskin, s. 76-80.

³⁶ 4. CD, 30.5.1996, 2746/5001; 4. CD, 22.5.1996, 3631/4731; (Erol, s. 552); CGK, 18.3.1991, 60/85 (Erol, s. 554).

³⁷ BGH 7.6.1979 JR 1980/168 (Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) Türkçe'ye çevrilmiş, bu kararı için bkz., Keskin, s. 95,96, dip not : 330).

³⁸ Öğretideki bu konudaki görüşler ve bunların irdelenmesi ile ilgili açıklamalar için bkz., Şen, s. 96-161.

toplamaya ilişkin tüm yargılama kurallarını ve hukuka aykırı kanıtları kapsamaktadır.

Görülüyor ki, CYY'nin 135/a ve 254/2. maddelerindeki düzenlemelerde, kendisi hukuka aykırı kanıtlar ile hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtların, yargılamada kullanılmayacağını ve hükme etki ettirilemeyeceğini açıklamaktadırlar. Bu hukuka aykırı kanıt, yargılamada kullanılır ve hükme etki ederse, olay/ilk derece mahkemesince verilen karar hukuka aykırılık nedeniyle bozulacaktır. Bir hukuka aykırı kanıt, yargılamada değerlendirilmeye alınmış ve kullanılmış ise, CYY'nin 254/2. göre hükme esas alınmış demektir. Bu nedenle, araştırılması gereken hukuka aykırı kanıt ile mahkeme kararı arasında da nedensellik bağının bulunup bulunmadığıdır (CYY 320/1).

Bizce, bunun anlamı hiçbir biçimde hukuka aykırı kanıtın hükme etki edemeyeceği, yok sayılacağıdır. Hukuka aykırı kanıtların dolaylı ya da bir başka deyişle uzak etkisi de kabul edilemez. Yani "zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur".³⁹ Çünkü; CYY'nin 254/2. maddesi, hukuka aykırı kanıtlar ve bu kanıtlar aracılığıyla elde edilen diğer kanıtlar ayrımı yapmadan, hepsini hukuka aykırı kanıtlar kapsamına alarak bunların yargılamada değerlendirilemeyeceğini öngörmüştür.⁴⁰

3. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Kanıtlar

Hukuka aykırı kanıtların, ancak soruşturma ve kovuşturma organları tarafından elde edilmesi durumunda ceza yargılamasında kanıt olarak kullanılmayacağı, ancak, özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kullanılabilmesi, öğretide, ileri sürülmektedir.⁴¹

Bizce, CYY'nin 254/2. madde tüm kanıtları içermektedir. Başka bir deyişle, CYY'nin 254/2. maddesi yalnızca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı yollardan elde ettikleri kanıtlar değil, tüm hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtları kapsamaktadır.

Hukuka aykırı bir kanıt elde edilmişse, bunun özel kişiler tarafından ya da kovuşturma ve soruşturma organlarınca elde edilmiş olup olmadığı önemli değildir. Önemli olan, kanıtın kendisinin hukuka aykırı bulunması ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olmasıdır. Bir kanıt, hukuka

³⁹ İçel, Kayıhan, *Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları* (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 121/127); Keskin, s. 183; Şen, s. 144-146.

⁴⁰ Aynı görüş için bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001, s. 370.

⁴¹ Öztürk, *Delil Yasakları...*, s.115 vd.

aykırı ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmişse hükme esas alınmamalıdır. CYY'nin 254/2. maddesi, soruşturma ve kovuşturma organlarından söz etmektedir. Bunların dahi hukuka aykırı yollardan elde ettikleri kanıtların hükme esas alınamayacağı belirtildiğine göre, bunların dışındaki organ ve kişilerin; yani özel kişilerin elde ettikleri kanıtların kesinlikle hükme esas alınmaması, kanıt olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanısındayız.⁴² Kanıt toplamakla görevli ve yükümlü olan soruşturma ve kovuşturma organlarınca başvurulması yasaklanmış olan bir yolun, böyle bir görevleri dahi bulunmayan özel kişilere tanınması açıklanması mümkün olmayan bir çelişki yaratacaktır. Kaldı ki, özel kişilerin hukuka aykırı yollardan topladıkları kanıtların hükme esas alınabileceğini kabul etmek, hakkın kötüye kullanılmasına da neden olabilecektir. Hakkın kötüye kullanılmasını ise hiçbir yasa korumaz.⁴³

Anayasa Mahkemesi de; parti kapatma davası ile ilgili olarak verdiği bir kararında, özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtın (delilin) hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Bu kararda, CYY'nin 254/2. maddesindeki kuralla, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtların hükümde göz önüne alınmaması amaçlandığı açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, söz konusu kanıtların üçüncü kişiler tarafından elde edilmesinin (sağlanmasının) hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı nedeniyle, hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulüne karar vermiştir.⁴⁴

4. Anayasa'nın 38. Maddesine 4709 sayılı Yasa'yla Eklenen Fıkra Göre, Hukuka Aykırı Kanıtların Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 38. maddesine, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile, ek fıkra olarak altıncı fıkra eklenmiştir. Söz konusu bu fıkrada, "*Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" denilmektedir. Böylece, Anayasa metnine giren bu hükümle, açıkça ve hiçbir duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde, hem kovuşturma ve soruşturma organları tarafından, hem de özel kişiler tarafından, hukuka aykırı olarak elde edilen

⁴² Aynı görüş için bkz., Odman, Tevfik, *Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995, s. 210-215; Şen, s. 174; Keskin, s. 184; Sartık, İhsan, Haberleşmenin Denetlenmesi Bağlamında Telefon Dinleme ve Ulusal ve Uluslararası Hukuktaki Uygulamaları, *Adalet Dergisi*, Temmuz 2002, sayı 12, s. 200; Değişik düşünce için bkz., Çanak, Erkan, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, *Adalet Dergisi*, Temmuz 2002, sayı 12, s. 68; Erdem, s. 371.

⁴³ Erman, Sahir, *Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995, s. 222, 223 ile 386, 387.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.2001 günlü, 1992/2 (Siyasi Parti Kapatma) esas ve 2001/2 sayılı kararı, (Bkz., karar için; 5 Ocak 2002 günlü ve 24631 (mükerrer) sayılı *Resmî Gazete*; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. II, sayı 37, s. 922-1552).

bulguların kanıt olarak kabul edilemeyeceği öngörülmektedir. Başka bir deyişle, hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş kanıtlar, kim tarafından elde edilmiş olursa olsun, Anayasa'nın 38. maddesine eklenen söz konusu bu altıncı fıkra uyarınca kullanılamayacaktır.

Biz, Anayasa'ya eklenen bu fıkradaki düzenlemeyle; *"soruşturma ve kovuşturma"* organları dışındaki kişi ya da organ tarafından, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen kanıtların kabul edilip edilmeyeceği konusunda, öğretilerdeki görüş ayrılıklarına son verildiği kanısındayız.

Ayrıca, Anayasa'ya eklenen bu fıkra uyarınca, hukuka (Yasa'ya) aykırı olarak elde edilen *"bulguların"*, *"kanıt/delil olarak kabul edilemeyeceği"* öngörülmüştür. 3842 sayılı Yasa'yla değişik CYY'nin 254/2. maddesinde ise, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtların yalnızca hükme esas alınmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, CYY'nin 238. maddesi uyarınca hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıt/delil mahkemeye sunulabilmekteydi. Anayasa'ya eklenen fıkra; hukuka aykırı biçimde elde edilen bulguları, kanıt/delil olarak kabul etmemektedir. Böylece, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen kanıtın/delilin kullanılması mutlak olarak yasaklanmaktadır. Çünkü, yeni düzenlemeye göre Anayasa'nın, hukuka aykırı biçimde elde edilen bulguları kanıt/delil olarak saymamaktadır. Anayasa'ya eklenen bu hüküm nedeniyle, CYY'nin 238. maddesi uyarınca, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen bulguların kanıt/delil olarak mahkemeye sunulamayacağı kanısındayız.

Cumhuriyet Savcısı, hazırlık soruşturması evresinde, ceza kovuşturmasını gerektirecek durumlarda yeterli kanıt/delil bulunması durumunda, kamu davasını açmakla yükümlüdür (CYY 148/2). Hazırlık soruşturması evresinde de, Cumhuriyet Savcısı'nın, hukuka aykırı biçimde elde edilen bulguları, kanıt/delil olarak, Anayasa'nın 38. maddesine eklenen söz konusu fıkra gereğince, kabul edemeyeceği görüşündeyiz. Bu nedenle, Cumhuriyet Savcısı'nın, hazırlık soruşturması sonunda, kamu davasını açarken, iddianamede de bunları kanıt olarak (CYY m. 163/2) gösteremeyeceği kanısındayız.

5. Karşılaştırmalı Hukukta, Hukuka Aykırı Kanıtların Durumu

Karşılaştırmalı hukukta, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş ya da hukuka aykırı olan, kanıtların değerlendirilmesi konusunda, iki yöntemden birisinin benimsendiği görülmektedir.

Birinci yöntemde, tüm hukuka aykırı kanıtların değerlendirilmesi yasaklanmaktadır. Çünkü, sanığın, suç işlemeden önce belirlenmiş yasa kuralları uyarınca yargılanma hakkı bulunmaktadır. Önceden saptanmış

kurallara uymama durumunda, hiçbir değerlendirme yapmadan, bu hukuka aykırı kanıtların kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Yani “mutlak değerlendirme yasağı” kabul edilmektedir. Anglo–Amerikan ceza adalet sisteminde, bu birinci yöntem benimsenmiştir. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların/delillerin, değerlendirilmeyeceğine dair mutlak kural geçerlidir. Bu nedenle, en küçük bir hukuka aykırılık halinde dahi, elde edilen kanıt hüküm kurulurken değerlendirilemez. Bu sistem, hukuka aykırılık nedeniyle, sanığın hangi haklarının ve ne derecede ihlal edildiği konusuyla ilgilenmemektedir.⁴⁵ Kanıtın değerlendirilmesi açısından, yalnızca bir hukuka aykırılık durumunun var olup olmadığına bakılmaktadır. Amerikan sisteminde, kolluk tarafından yapılan ve herhangi bir temel hak ve özgürlüğü zedelemeyen bir hukuka aykırılık durumunda dahi, elde edilen kanıt yargılamada kullanılamamaktadır. Anglo–Amerikan Hukuku’nda, “zehirli ağacın meyveleri” olarak anılan hukuka aykırı kanıtların uzak (dolaylı) etkisi de kabul edilmemektedir.⁴⁶

İkinci yöntem ise; Kara Avrupa’sı hukuk sisteminde benimsenen, bazı hukuka aykırı kanıtların değerlendirilmemesine, bazılarının ise değerlendirilmesine, her somut olayın özelliğine göre olanak tanımaktadır. Bu sistemde; sanığın haklarını koruma altına almayan kurallara aykırı yöntemlerle ya da onun haklarını önemli ölçüde zedelemeyen elde edilen kanıtların, kullanılma olanağı bulunmaktadır. Burada, hangi kurala aykırı davranılarak hukuka aykırı kanıtın elde edildiği önemlidir.

Alman Yüksek Mahkemesi, hangi hukuka aykırılıklar durumunda, kanıtın değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, “haklar alanı teorisi (Rechtskreis theorie)” denilen bir ölçüt benimsemiştir. Bu teoriye göre, öncelikle hukuka aykırı yollardan kanıt elde edilirken, bu hukuka aykırılık nedeniyle sanığın ne ölçüde haklarının ihlal edildiğine bakılmaktadır.

Bu konuda ortaya konulan diğer teori ise, ihlal edilen kuralın koruduğu yararı (menfaati) gözetmektedir. Buna göre, sanığın, yalnızca temel haklarının ihlali sonucu elde edilen kanıtlar, değerlendirilemeyecektir.⁴⁷

Diğer bir teori ise, hakların dengelenmesi (değerlerin tartılması) teorisidir.⁴⁸ Buna göre, bireysel yarar, ceza kovuşturması yapmakla ulaşılmak istenen yarara göre daha ağır basıyorsa, bu durumda hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıt değerlendirilemeyecektir.⁴⁹ Alman Federal Yüksek

⁴⁵ Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 540, 541.

⁴⁶ Öztürk, *Delil Yasakları...* s. 9, 10, 32 vd.

⁴⁷ Volk, Klaus, *Strafprozessrecht*, München 2001, prg. 28, no. 9-10.

⁴⁸ Centel, Zafer, s. 541 (Yazarlar “hakların değerlendirilmesi” teorisi diye adlandırmışlardır); bkz., Erdem, s. 366’da “değerlerin tartımı” teorisi kavramını kullanmıştır.

⁴⁹ Roxin, Claus, *Strafverfahrenrecht*, 23 Aufl, München 1993, prg. 24, no. 23.

Mahkemesi'nin yerleşik görüşü bu son teori doğrultusundadır.⁵⁰ Alman Yüksek Mahkemesi, yoğun eleştiriler üzerine, sanığın polis tarafından ifadesi alınırken haklarının ona anlatılmamasının önemli bir temel hak ihlali olduğuna ve sanığın ifadesinin kullanılmayacağına karar vermiştir.⁵¹

Alman Yüksek Mahkemesi, sanıkla müdafii arasında yasayla özel olarak korunan ilişkinin dokunulmazlığına uyulmaksızın, bunlar arasında geçen bir telefon konuşmasının, gizlice dinlenmesi sonucu elde edilen kanıtın değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁵² Öğretide, ceza yargılama hukukuna ilişkin kuralların ağır biçimde ihlal edilmiş olması durumunda; örneğin telefon dinlemeye kolluk tarafından karar verilmesi gibi, elde edilen kanıtın değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Buna karşılık, önemsiz hukuka aykırılıklarda, örneğin; tedbirin üç gün içinde yargıç onayına sunulmaması ya da sunulmuş olup da reddedilmesi nedeniyle hükümsüz kalması durumunda, bu süre içinde hukuka uygun olarak elde edilmiş olan kanıtların (bilgilerin) değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.⁵³

İtalyan Ceza Yargılama Yasası'na göre ise, hukuka aykırı ya da yasal olmayan yollardan elde edilen kanıtlar/deliller hiçbir biçimde kullanılmaz ve bunlardan yararlanılmaz (m. 191). Ayrıca, bu durumun soruşturmanın her evresinde re'sen gözetilmesi gerektiğine dair yasada hükümde bulunmaktadır.⁵⁴

Avrupa Birliğine üye ülkelerde "hukuka aykırı kanıtların" ceza yargılamasındaki durumunu da incelemeye çalıştık. Özellikle, Avrupa Birliği'nin 1 Mayıs 2004 tarihinden önceki on beş üye ülkesindeki durumu araştırdık.⁵⁵

Bu ülkelerden, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İsveç ve İngiltere (Birleşik Krallık) olmak üzere yedi ülkede; ilke olarak, ceza yargılamasında, özel yaşama saygı hakkı çiğnenerek elde edilen kanıtlar, her somut olayın özelliğine göre, kabul edilip edilmeyeceği değerlendiril-

⁵⁰ Volk., prg. 28, no. 11.

⁵¹ Bgh. Beschluss v. 27.2.1992 - 5 StR 190/191; JZ 18/1992, 918 (Bu karar, İçel, Kayıhan., Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık, s. 126'dan alınmıştır.).

⁵² Bghst 33, s. 347, 352.

⁵³ Kleinkecht, Meyer Grosser, Prg. 110 b no.11 (Bu karar, Erdem, s. 367, 368'den aynen aktarılmıştır).

⁵⁴ İtalyan Ceza Yargılama Yasası'ndaki, hukuka aykırı kanıtlarla ilgili düzenleme konusundaki açıklamalar için bkz., Alacakaptan, Uğur, *Delil Yasakları Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir Barosu, s. 524 (519-524)

⁵⁵ Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union, 30 November 2003, s.9-25 (http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr/cdf/index.en.htm)

mektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtları/delilleri ilk baştan kabul edilemez olarak görmeyen bu ülkelerde, kanıt değerlendirmede, bir takım ölçütler gözetilmektedir. Bunlar, kanıt elde edilirken yapılan ihlalin ağırlığı, kanıtın güvenilirliği, kanıtın/delilin o olay için önem derecesidir. Ancak, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtı/delile tek başına dayanılarak hükümlülük (mahkumiyet) kararı verilememektedir. Almanya da, bu grupta olmasına karşın, özel yaşamın gizliliğinin çok ağır biçimde ihlali durumunda, bu biçimde elde edilen kanıtları/delilleri mahkemeler kabul edilemez olarak görmektedirler.

Avrupa Birliğinin diğer sekiz ülkesi; Belçika, İspanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz’de ise, hukuka aykırı olan ya da hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtlar/deliller, sanığın lehine olması durumu dışında, kabul edilemez nitelikte görülmektedir. Daha doğrusu, bu sekiz ülkede, “*hukuka aykırı kanıtlar*” kesinlikle kabul edilmemektedir.

IV. MAHKEME KARARLARI

Bu bölümde, hukuka aykırı kanıtlar konusunda, özellikle yakın tarihte verilen ve önemli olarak gördüğümüz mahkeme kararlarını açıklayacağız. Böylece, mahkeme kararlarından, uygulamada hukuka aykırı kanıtlarla ilgili yasaların nasıl yorumlandığı daha iyi anlaşılacaktır.

Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Anayasa Mahkemesi’nin, Yargıtay’ın, Danıştay’ın ve Askeri Yargıtay’ın hukuka aykırı kanıtlarla ilgili verdiği önemli kararların, konuyla ilgili bölümlerini kısaca aktarmaya çalışacağız.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) kanıtların sunulması, kabulü ya da değerlendirilmesi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ulusal mahkemeye sunulan kanıtları değerlendirmemektedir. Kanıtın kabul edilip edilmemesi, iç hukuk kurallarına göre, toplanan kanıtların değerlendirilmesi, ilke olarak ulusal mahkemelere aittir.⁵⁶

Mahkemeye sunulan kanıtların ulusal Yasa’ya göre değerlendirilmesinin, ilke olarak ulusal mahkemeye ait olduğu, AİHM’nin bu konuda yetkisi

⁵⁶ Bkz., Van Mechelen ve diğerleri Hollanda kararı, 23.4.1997, 50.

⁵⁷ 6.12.1988 tarihli Barbero, Messegue ve Jabardo-İspanya kararının özet olarak Türkçe çevirisi için bkz., Hakimlerin Yarattığı Hukuk, B II. Avrupa İnsan Hakları Mahke-

olmadığı Barbera, Messegue ve Jabardo-İspanya⁵⁷ kararında açıklamıştır. AİHM bu kararında, ceza davalarında kanıt sunulurken, yargılamanın, adil yargılama kurallarına uygun bir biçimde, sözleşmenin 6/2. ve 6/3. maddelerine uygun yapıp yapılmadığını denetleme yetkisinin bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle, daha doğrusu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesine aykırı bir biçimde elde edilen kanıtların (delillerin), AİHS'nin 6. maddesinde yazılı adil yarılanma güvenceleri yerine getirilmesi durumunda kullanılacağını kabul etmektedir.⁵⁸

AİHM, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen bir kanıtın hüküm verirken kullanılmasının, tek başına sözleşmenin 6. maddesine aykırılık oluşturmayacağını, ancak somut olaya göre aykırılık oluşturabileceğini kabul etmektedir. Schenk⁵⁹ davasında, savunma makamına, hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş ses kayıtları hakkında, karşı görüş bildirme olanağının yeteri kadar sağlanmış olması ve sanığın hükümlülüğüne karar verilmesini haklı gösterecek diğer kanıtların da bulunması nedeniyle sözleşmenin 6 (I) maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHS'nin 8. maddesinde, özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı korunmaktadır.

Bir kişinin haberleşmesine; saygı gösterilmesi hakkı da sözleşmenin 8. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Haberleşme hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurmadır.

Haberleşme, posta yoluyla gönderilenleri içermektedir. Ancak, bu kavrama AİHM telefonla iletişim⁶⁰ ve teleksi⁶¹ de katmıştır. Mahkeme, konut kavramını, bu yerlerin aranması bağlamında bazı işyerlerini kapsayacak biçimde nasıl genişletmişse,⁶² haberleşme kavramını da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak ve e-posta gibi haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapmalıdır.

mesinin Kararları B II. 1- Yenisey, Feridun-Altunç, Sinan-Öztezel, Aslıhan, *AİHM Karar Özetleri*, Nisan 2004, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 87; Aynı nitelikteki AİHM'nin diğer kararları için bkz., Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, A. Feyyaz., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 4. Bası, Ankara 2003, s. 153.

⁵⁸ Khan-İngiltere Kararı, 12.5.2000 (Bkz., Yenisey-Altunç-Öztezel, *AİHM Karar Özetleri*, s. 100).

⁵⁹ Schenk-İsviçre Kararı, 12.7.1988 (Bkz., Yenisey-Altunç-Öztezel, *AİHM Karar Özetleri*, s. 109).

⁶⁰ Klass-Almanya kararı, 6.9.1978, Prg. 41.

⁶¹ Melone-İngiltere, 2.8.1984, A 82, Prg. 64.

⁶² Mutatis Mutandis Niemitz-Almanya, 16.12.1992, A 251-b, 30-31.

Halford-İngiltere⁶³ davasında, mahkeme (AİHM), iş telefonu ya da özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve büro telefonunun kullanımının, sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı koruma kapsamında bulunduğuna, karar vermiştir.

Komisyon ve mahkeme özellikle, ceza ve tutukevlerinde bulunan kişilerin, dışarıdaki yakınları ya da avukatları arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın, çok büyük olduğunu, açıkça kararlarında belirtmiştir.⁶⁴

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren haklara saygı gösterilmesinde, devletin pozitif yükümlüğü de bulunmaktadır.

Mahkemeye göre; sözleşmenin 8. maddesi yalnızca devleti müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz. Bu negatif yükümlülüğünün yanında, özel yaşama ve aile yaşamına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğası gereği, devletin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, kişilerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel yaşama saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içermektedir.⁶⁵

Mahkemeye göre, pozitif yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için devlet, toplumun çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengeyi kurulum kurulmadığına bakmalıdır.

Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında korunan haklara yapılan herhangi bir müdahalenin, sözleşmeyle tutarlı olabilmesi için, sözleşmenin aynı maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ölçütlere uygun olmalıdır.

Öncelikle müdahalenin yasalara uygun olması önemlidir. Müdahalenin yasalara uygun olması için, her şeyden önce yasal dayanağının bulunması gerekir. Mahkeme, Malone-İngiltere⁶⁶ davasında, telefon görüşmelerine müdahale yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu dava sonunda, mahkeme, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı ya da yöntemi konusunda açıklık olmadığını belirtmiştir. Çünkü idari bir uygulama olduğu için, herhangi bir zamanda değiştirilebilirdi. Bundan dolayı da sözleşmenin 8. maddesinin ihlali anlamına geliyordu.

⁶³ Halford-İngiltere (Birleşik Krallık) davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar (Bu kararın özet çevirisi için bkz., Kilkelly, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi, İnsan Hakları El Kitapları*, No. 1, Kasım 2001, s. 19).

⁶⁴ Labita-İtalya, 6.4.2000; Niedbal-Polanya, 4.7.2000; Messina-İtalya, 28.9.2000 (Konuyla ilgili kararlar ve açıklamalar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü., s. 342).

⁶⁵ Kilkelly, s. 20.

⁶⁶ Malone-İngiltere (Birleşik Krallık) davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

Telefon dinleme ile ilgili olarak Fransa'ya karşı açılan Kruslin ve Huvig davalarında, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız Yasası'nın, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki tahmin edilebilirlik koşuluna uyup uymadığı, mahkeme tarafından değerlendirilmiştir.⁶⁷

Mahkeme kararına göre;

"Telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel yaşama ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir. Bu nedenle, müdahale özellikle kesin olan Yasa'ya dayanmalıdır. Kullanılabilecek teknolojiler çok çeşitli olduğu için, bu konuda açık ve ayrıntılı kuralların olması gerekir. Bu konudaki Fransız yasaları, kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin, kullanma biçimini ve kapsamını makul bir açıklık düzeyinde belirtmemektedir. Bu durum, söz konusu dönemde daha da geçerliydi; böylece Bay Kruslin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında yurttaşların hak ettiği asgari koruma düzeyine sahip olmamıştır."

Mahkeme, Rotaru-Romanya davasıyla ilgili kararında, yürütmenin, yetkilisini gizli kullandığı durumlarda, keyfi uygulama olma riskinin özellikle yüksek olacağını açıkça belirtmiştir.

Mahkeme ayrıca kararında şu açıklamayı yapmıştır:

*"Gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulama yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilecektir."*⁶⁸

Bu kararlardan çıkan sonuca göre, posta gönderilerinin denetimi ya da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin resmi makamlarca dinlenilmesi, denetimi veya kaydedilmesi konusunda, keyfi uygulamalara olanak vermeyecek bir biçimde yasal düzenleme yoksa, yasal amaçlara yönelik de olsa her türlü müdahale, mahkemece, sözleşmenin 8. maddesine aykırı kabul edilmektedir.

2. Anayasa Mahkemesi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, Anayasa Mahkemesi'ne bir siyasi parti hakkında temelli kapatma davası açılmıştır. Daha sonra, bu siyasi

⁶⁷ Kruslin-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar; Huvig-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar (bu kararların özet çevirisi için bkz., Kilkelly, s. 26).

⁶⁸ Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar, paragraf 55 (Kararın özet Türkçe çevirisi, Kilkelly, s. 26, 27'den aynen alınmıştır).

parti kapatma davası ile ilgili olarak, parti genel başkanı ile parti yetkilisi arasında araç telefonu ile yapılan konuşmanın kaydedildiği kasetin, isminin açıklanmasını istemeyen bir kişi tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na verilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, bu kaset Anayasa Mahkemesi'ne, kanıt olarak değerlendirilmek üzere sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kasetin kanıt olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini tali dava olarak ele alıp incelemiştir.

Yüksek mahkeme önce, yargı yerlerince uyuşmazlık konusu eylem ya da hukuki olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasında, bir kanıt lama aracı olan kanıtın (delilin) hükme esas alınabilmesi için, yasalarla kullanılmasına izin verilmesinin gerekli olduğunu özellikle vurgulamıştır.

Daha sonra, CYY'nin 254. maddesinin ikinci fıkrasında, "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri kanıtlar hükme esas alınamaz" kuralına yer verildiğini belirtmiştir. Bu kurala, hukuka aykırı biçimde sağlanan kanıtların hükümde göz önüne alınmaması amaçlandığından, söz konusu kanıtların, üçüncü kişiler tarafından sağlanmasının hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağını Anayasa Mahkemesi, kararında açıklamıştır. Ayrıca, kanıtın elde edilme biçimi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarını ihlal ediyorsa, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğini belirtmiştir.

Yüksek mahkeme;

"Anayasa'nın 22. maddesine göre, herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanun'un açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Kanunla yetkili kılınan merci emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirlenir" ilkelerine değinmiştir. Daha sonra da bu ilkeler bağlamında, "iddianameye eklenen deliller arasında yer alan ve üçüncü kişiler tarafından getirildiği belirtilen parti genel başkanı ile partinin diğer yetkilisi arasındaki araç telefonundan yapılan konuşma kaydının, Anayasa'nın 22. maddesinde belirtildiği biçimde, usulüne uygun bir yargıç kararına ya da kanunla yetkili kılınan merci emrine dayanmadığı, bu nedenle de haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiği açık olduğundan, hukuka uygun olarak elde edilmediği sonucuna varılan söz konusu konuşmaya ait kasetin, CYY'nin 254. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hükme esas alınmamasına" oyçokluğuyla karar vermiştir.⁶⁹

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.2001 gün, 1999/2 (siyasi parti kapatma) esas ve 2001/2 sayılı kararı (Bkz., *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. II, sy. 37, (S. 922-1552) s. 1465. Ayrıca bkz., 5 Ocak 2002 günlü ve 24631 (mükerrer) sayılı *Resmi Gazete*).

3. Yargıtay

Yukarıdaki açıklamalarımızda, 3842 sayılı Yasa'yla Ceza Yargılama Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra, Yargıtay tarafından konuyla ilgili olarak verilen bazı kararları, yeri geldikçe sunmaya çalıştık. Burada ise yine, 3842 sayılı Yasa'yla, Ceza Yargılama Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Ceza Daireleri'nin vermiş olduğu, daha önce değinilmeyen ve önemli bulduğumuz bazı kararları hakkında açıklamada bulunacağız.

a. Ceza Genel Kurulu Kararları

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, CYY'nin 135. maddesinde öngörülen aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak hakları bildirilmeden yapılan sorguyu, Yasa'ya aykırı ve savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, aydınlatma yükümlülüğünün hatırlatılmamasını bir bozma nedeni kabul ederek hükümleri bozmaktadır.⁷⁰ Hatta Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın, beraat ettiği hallerde de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hükmü bozmaktadır.⁷¹ Çünkü, CYY'nin 135. maddesinde yazılı hakların, savunma hakkı ile ilgili, kamu düzeninden ve emredici bir usul kuralı olarak kabul edildiği, söz konusu Ceza Genel Kurulu'nun kararının gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.⁷²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 8.4.2003 tarihli kararında; *"...eylemlerin sanığın talimatları sonucu gerçekleştiği yönünden herhangi bir kanıt elde edilememiş, gönderilen eylem evraklarında da sanığın ismine rastlanılmamıştır. Telefonla yapılan konuşmaların dinlenmesi sonucu tespit edildiği bildirilen kasetlerin çözümlerindeki talimatları veren kişinin sanık olduğu da kesin biçimde saptanamamıştır. Diğer yönden ses benzetilmesi veya montaj yapılmak suretiyle düzenlenmeleri olasılığı karşısında diğer delillerle doğrulanmadıkça bunların kanıt olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Kaldı ki somut olayda telefon konuşmalarının dinlenilmesi için usulüne uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararı da dosyada bulunmamaktadır. CYUY'nin 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan kanıtlar hükme esas alınamaz."* görüşüne yer verilmiştir.⁷³ Böylece, hukuka uygun yollarla elde edilmemiş; başka bir deyişle, hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş kanıtların CYY'nin 254. maddesi uyarınca hükme esas alınamayacağı, Ceza Genel Kurulu kararında açıkça belirtilmiştir.

⁷⁰ CGK, 21.10.1997, 4/116-203; CGK, 17.12.1996, 1996/6-263 1996/282 (YKD., 1997/3, s. 434-436); CGK, 24.10.1995, 1995/7-165, 1995/302 (YKD., 1996/1, s. 103-115).

⁷¹ CGK, 19.12.1994, 1994/6-322, 1994/343 (YKD., 1995/7, s. 1119-1125).

⁷² Bu kararın yerinde olmadığına ilişkin düşünce için bkz., Şen., s. 199-202.

⁷³ CGK, 8.4.2003, 2003/9-30, 2003/98.

Ceza Genel Kurulu, başka bir kararında, “...Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz; kolluk görevlileri, insan haklarına saygılı kalarak, hukuka uygun bir şekilde delil elde etme görevlerini yerine getirmelidir...” demektedir. Ayrıca, söz konusu kararda; sanıkların, hukuka aykırı bir biçimde ikrarlarını sağlamak ve kanıt elde etmek için, katılanlara karşı yaptıkları eylemlerin, işkence suçunu oluşturduğunu ve işkence suçunda, insanlığa karşı işlenen bir “insanlık suçu” olduğunu, açıkça belirtmiştir.⁷⁴

Ceza Genel Kurulu’nun 28.9.1999 tarihli kararında; “... Bir kanıt, yasa koyucunun öngördüğü koşullara göre elde edilmemişse, hükümde, bu kanıtı dayanılamayacaktır...” demektedir.⁷⁵

b. Özel Ceza Daireleri Kararları

Yargıtay 1. Ceza Dairesi bir kararında; kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirten sanıkla, sohbet havasında yapılan konuşmanın, habersiz olarak videoya kaydedilmesi olayında, video kasetinin kanıt olarak hükme esas alınamayacağını açıkça belirtmiştir.⁷⁶ Kararda; sanığın, aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellendiği ve CYY’nin 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemlerden “aldatma” yoluyla elde edildiği için video kasetindekilerin kanıt olarak kabul edilip, değerlendirilerek hükümlülük kararı verilemeyeceği vurgulanmıştır. Bu nedenlerle, Yüksek 1. Ceza Dairesi’nce, “...Sanık C. nin ikrarını içeren video kasetinin tamamı hukuken geçersiz kabul edilerek, bunun dışındaki delillerin (kanıtların) değerlendirilmesi suretiyle, oluşacak kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının tayin edilmesi gerekirken, gerekçede yazılı olduğu şekilde yasak yöntemlerle elde edildiğinde şüphe bulunmayan delile (kanıt) dayanılarak hüküm kurulması suretiyle, CMUK’nun 3842 sayılı Kanun ile değişik 135/a ve 254/2. maddelerine muhalefet edilmesi nedeniyle...” (aykırı davranıldığından) hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nce verilen başka bir kararda da; yakalanarak özgürlüğü fiilen kısıtlanan kişinin gözaltı süresi bu kişi ya da kişilerin yakalanması ile başladığından, yakalanıp serbest bırakılmayan sanıkların CYY’nin 128. maddesinde öngörülen yasal süre içerisinde yargıç önüne çıkarılmaması nedeniyle, kollukça alınan ifadelerindeki suçu işlediğine ilişkin anlatım kanıtının, hükme dayanak yapılamayacağı açıklanmıştır.⁷⁷

⁷⁴ CGK, 15.10.2002, 2002/8-191, 2002/362.

⁷⁵ CGK, 28.9.1999, 213/219 (Genel, Erdoğan, “Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, 2 Temmuz 2004 tarihinde Bahçeşehir Üniversitesi tarafından düzenlenen “Hukuk Devleti ve Devletin Yetkileri” adlı sempozyumda sunulan tebliğ, s. 11.

⁷⁶ 1. CD, 16.2.2004, 2003/3819, 2004/299.

Yüksek 1. Ceza Dairesi'nin bu kararında; "CYUY'nin 128. maddesinde öngörülen ve yakalanıp gözetime alınan şahsın yol hariç yirmi ört saat içinde sulh hakimi önüne çıkarılmasını, üç veya daha fazla kişinin katılımı ile toplu olarak işlenen suçlarda ise kanıtların toplanmasındaki güçlük, fail sayısının çokluğu veya benzer nedenlerle bu sürenin Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile dört güne kadar uzatılabileceğini" belirten hüküm ile 135/a maddesi son fıkrasında öngörülen; "yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez" ve 254. maddesi 2. fıkrasındaki "soruşturma organlarının hukuka aykırı olarak elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" tarzındaki buyurucu hükümler karşısında; yakalanıp gözetime alınışı 2.11.2000 günü gerçekleştirilen sanıklar (R. L. ve N.)'ın savcılığın yazılı emri olmadan 6.11.2000 tarihinde kollukça alınmış ikrarları ile yakalanıp gözetime alınışı 2.11.2000 tarihinde yapılmış olan sanık (S.)'ın yine savcılığın yazılı emri ve onayı olmadan 5.11.2000 tarihinde kollukça saptanan itirafının hükme dayanak alınması... açıkça Yasa'ya aykırı bulunmuştur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 9.6.2004 günlü kararında; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, yani, CYY'nin 135. maddesinde yazılı olan hakların, sorgu sırasında sanığa açıklanmamış olmasının, Yasa'ya aykırılık oluşturacağını ve bozma nedeni sayılacağını belirtmiştir.⁷⁸

Yargıtay 2. Ceza Dairesi bu kararında; "... dava konusu suçtan dolayı CMUK'nun 236. maddesinin yollamada bulunduğu aynı Yasa'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 135. maddesi dairesinde sorguya çekilmesi gereken sanıklara bu madde ile tanınıp savunmaya ilişkin bulunan hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden hüküm tesisi..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak, bu aykırılığı bozma nedeni kabul etmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi de; sanığa, iddianame okunmadan ve yasal hakları öğretilmeden (bildirilmeden) alınan savunmanın, hükme dayanak yapılamayacağını açıkça belirtmiştir.⁷⁹ Bu nedenle, Yüksek 4. Ceza Dairesi; "...Sanığın savunmasının alındığı 23.8.2001 günlü oturumda iddianame okunmayarak CYY'nin 236. ve yasal hakları hatırlatılmayarak 135. maddesine aykırı davranılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması ve bu suretle hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan anılan savunma hükme dayanak yapıp CYY'nin 254/2.maddesinin göz ardı edilmesi, ..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 4.10.1994 tarihli kararına göre, "...Ceza Yargılama Yasası'nın 3842 sayılı Yasa'yla değişik 135. maddesinde öngörülen

⁷⁷ 1. CD,6.11.2002, 2002/2940, 2002/3985.

⁷⁸ 2. CD, 9.6.2004, 2003/4094, 2004/11538.

⁷⁹ 4. CD, 21.1.2004, 2003/891, 2004/433; aynı nitelikte, 4. CD, 13.5.1998, 4011/5101; 4. CD, 7.5.1998, 2560/4845.

aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak ve özellikle; susma, savunma ve bir savunmadan yararlanma hakları bildirilmeden yapılan sorgu ve bu sorguyla elde edilen anlatım kanıtı da, kuşkusuz hukuka aykırı bir kanıttır ve değerlendirme yasağı kapsamındadır.

(.....)

Bu tür kanıtlar hükme dayanak yapılamazlar.

(.....)

Ancak, olağanüstü ve sıra dışı bir yasa yolu olan yazılı emir yolu, yeniden duruşma yapılamayacağından, Yargıtay'ın ilk mahkemenin yerine geçerek karar verebileceği durumlarla sınırlıdır.

Dosya incelendiğinde; hükümlünün 3842 sayılı Yasa değişikliğinden sonra sorgusu yapıldığı anlaşılmakta ve savunma/anlatım özgürlüğünü kullanıp kullanmama ve aydınlanma konularında, Ceza Yargılama Yasası'nın 135. maddesinde öngörülen hakların kendisine bildirildiğine ilişkin bir deyişe duruşma tutanağında rastlanmamıştır. Bu durumuyla sorgu Yasa'ya aykırıdır.

Ancak, hükümlü, aşamalardaki savunmalarında, okunan son soruşturma kararındaki suçlamaları reddetmekle yetinmiş, kanıt oluşturacak ikrar ya da benzeri bir anlatımda bulunmamıştır.

Öte yandan yerel mahkemenin, bir ikrar ve kabulü içermeyen savunmaya dayanması esasen olanaksızdır. Nitekim mahkeme hükmü, öbür kanıtlara dayanılarak kurulmuştur.

(...) Söz konusu hukuka aykırı işlemin, kurulan hüküm açısından nedensel (illi) değer ve gücü bulunmamaktadır..."⁸⁰ Daire, söz konusu kararında, açıklanan nedenlerle yazılı emre dayalı tebliğ namedeki bozma isteğinin reddine karar vermiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 30.10.1995 tarihli kararında ise, "...CYY'nin değişik 135. maddesinde öngörülen yöntem çerçevesinde sorgusu yapılmayan ve bu yüzden de 254/son madde ve fıkrası uyarınca hukuka aykırı bulunan sanığın ikrarına dayanılarak hüküm (mahkumiyet) kurulması..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak hükmün bozulmasına karar vermiştir.⁸¹

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce verilen bir kararda, mahkeme kararı olmaksızın sanığın telefonunun dinlenmesiyle elde edilen kanıtın, Yasa'ya (Usul Yasası'na) aykırı şekilde elde edildiğinden, hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir.

⁸⁰ 4. CD, 4.10.1994, 1994/7351, 1994/7693 (YKD., 1995/9, s. 1476-1478).

⁸¹ 4. CD, 30.10.1995, 1995/6017, 1995/6940 (YKD., 1996/2, s. 295, 296).

Yüksek 8. Ceza Dairesi, "...Zabitaca yapılan araştırma sırasında sanıkta 9 mm. çaplı bir adet tabanca ile değişik türde mermilerin elde edildiği, somut olgunun bundan ibaret bulunduğu sanığın hukuki sorumluluğunun bu sınırlar içerisinde saptanması gerekeceği, silah ticareti yaptığı konusunda başkaca maddi bulgu elde edilemeyip polisin duyum üzerine bu kişinin haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi sürecinde öğrenilen harici bilgilerin kanıt olarak gösterildiği, CMUK'nun 254. maddesine 3842 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada" soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı "ilkesi ön görülüp maddenin gerekçesinde de soruşturma organlarının kasti hareketleri sonucu hukuka aykırı şekilde sağladıkları delillerin yasal değişikliğin esprisine uygun olarak hükme dayanak alınamayacağı belirtildiği halde, bu yolla elde edilen bilgilere dayanılarak suça yazılı biçimde vasf verilmesi, ..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak, hükmün bu nedenle bozulmasına karar vermiştir.⁸²

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 26.10.1995 tarihli kararına göre, "...Her ne kadar sanıklar (...) ile örgüt lideri (...) arasında geçtiği ileri sürülen telefon konuşmasına ilişkin olup (...) çözümü yaptırılan bant metni hükme dayanak alınmışsa da; bu bantı, elde edilişi itibarıyla Anayasa'nun haberleşme özgürlüğüne dair 22. maddesinin Haberleşme gizliliği esastır. Kanun'un açıkça gösterdiği hallerde usulüne uygun verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emri bulunmadıkça, haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz" şeklindeki; CMUK'nun ise 238/a ile 254. maddesinin "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" şeklindeki zorlayıcı hükümleri karşısında geçerli kanıt olarak kabul etmeye olanak yoktur...⁸³

c. Hukuk Genel Kurulu Kararları

Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş kanıtların değerlendirilmesi konusunda, medeni usul hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş kanıta dayanılarak hüküm verilip verilemeyeceği, Hukuk Genel Kurulu'nun değişik somut olaylarla ilişkin verdiği kararlarda, öğretideki görüşlere de yer verilerek, ayrıntılı biçimde tartışılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nun somut olayla ilgili verdiği bir kararında; "...Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma istemine ilişkindir.

⁸² 8. CD, 9.6.1999, 1999/9021, 1999/9538.

⁸³ 9. CD, 26.10.1995, 1995/4186, 1995/5414.

(.....)

Yerel mahkeme, davalı kadının izni alınmadan, kendisi tarafından tutulan "günlük" isimli defterin içeriğinin bu davada, koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalının "kişilik haklarını" ilgilendirdiği, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı; Tek başına tanık beyanlarının da davacı savını kanıtlamadığı, davacı kocanın davalı kadını döverek ağır kusur içinde olup davalıya yüklenilecek herhangi bir kusurun varlığı ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

Uyuşmazlık; davalı kadının güven sarsıcı davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığı, sözü edilen davranışların ispatı ile ilgili olarak davalı tarafından tutulan "GÜNLÜK" isimli defterin delil niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarındadır.

(.....)

Davalı tarafından tutulan "GÜNLÜK" defterinin delil olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusu gelince;

"Zehirli ağacın meyveleri" olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öncelikle konuyu öğretici bakımından incelemekte yarar vardır.

Berkin, usulsüz veya kanunsuz yahut hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir" görüşünü ileri sürmüştür. (Bkz., Prof. Dr. Berkin N., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi* İst. S. 734)

Üstündağ "hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi konusunda usul kanunumuzda bir hüküm bulunmadığını belirtmekte, kitabının bir başka yerinde" sesin gizlice banda alınması halinde buna daha sonra bir ispat vasıtası olarak dayanmanın mümkün olduğunu açıklamaktadır. Örnek olarak Alman Mahkemesi'nin kararına göre, insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti halinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Alman Mahkeme kararına esas teşkil eden olayda evli kadın, kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları da mahkemede inkar edeceğini de ilave etmiştir. Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma

davası için bu sahneleri teybe almıştır. (Bkz., Prof. Dr. Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku C. I-II*, İst. 2000 S. 627 ve 762).

Prof. Dr. Pekcanitez'e göre, kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin; bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil mahkemece kullanılabilir (Pekcanitez-Atalay-Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2001/s. 390 vd).

Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nda açık düzenleme yapılmıştır. Bu Yasa'nın (CMUK) 254/2. maddesinde "*kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükmüne esas alınamaz.*" denilmiştir. Burada sözü geçen hukuka aykırılıklardan birisi de özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanın hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin; kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil ceza mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder (Öztürk, B., *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ank.1995, S. 116 vd.).

(...)

Öncelikli olarak özel hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı

evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın için gizli mekan kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.

Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulundurulmuş not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.

Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir,⁸⁴ denmektedir.

4. Danıştay

Danıştay'ın ve idare mahkemelerinin de, hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtlara bağlı olarak yapılan idari işlemlerin, iptaline dair vermiş olduğu kararlar, bulunmaktadır.

İdare mahkemesince verilen bir kararda, özel yaşamın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilerek ve amirlik nüfuzu kullanılarak elde edilen bilgilere (kanıtlara) dayanılarak davacı başkomiserin devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kurulan işlemde; hukuka uyarlık (uygunluk) görülmediği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı maddi haklarının dava tarihinden itibaren işletilecek faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir.⁸⁵

Ayrıca, hem hukuk dışı yollardan telefonların dinlenmesini önleyecek tedbirleri almamayı ve hem de Yasa'ya aykırı olarak idare ajanlarının telefon dinlenmelerini, idarenin ağır hizmeti kusuru olarak kabul eden, idare mahkemesi ve Danıştay'ın kararları bulunmaktadır.

Danıştay 10. Dairesi'nce, "...devletin güvenliğine ve yüksek menfaatine ilişkin çok gizli belge olduğu belirtilerek mahkemeye bile ibraz edilemeyen bu raporun

⁸⁴ HGK, 25.9.2002, 2002/2-617, 2002/648; Hukuka aykırı kanıtların tartışıldığı diğer bir karar ise; HGK, 28.5.2003, 2003/1-374, 2003/370 sayılı karardır.

⁸⁵ Kırkkale İdare Mahkemesi'nin 13.11.2000 gün ve 2000/394, 2000/585 sayılı kararı.

basına sızdırılmasının idarenin ağır hizmet kusuru olduğu, diğer taraftan, bu raporun basında yer alması nedeniyle bakan olarak görev yapmakta olan davacının (...) kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğu, bu itibarla idarenin hizmet kusuru nedeniyle davacının manevi zarara uğradığının kabul edilerek idarece manevi tazminat ödenmesine..." ilişkin idare mahkemesince verilen karar, usul ve hukuka uygun bulunarak onanmıştır.⁸⁶

Danıştay 10. Dairesi başka bir kararında, davacının resmi telefonunun, davalı idarede çalışan görevlilerce yasal olmayan yollardan dinlenmesini önleyecek tedbirleri almayarak, Anayasal güvence altında bulunan haberleşme özgürlüğünün zedelenmesine neden olmak suretiyle idarenin ağır hizmet kusuru işlediğinden, davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

Danıştay 10. Dairesi bir kararında ise, Anayasa'yla güvence altına alınmış bulunan haberleşmenin gizliliği esasının göz ardı edilerek, yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasayla yetkili kılınan merciin emri olmaksızın, davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanlarınca dinlenilmesinde, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu, bu durumda davacının uğradığı manevi zararın ödenmesinin yerinde olduğunu açıklamıştır.⁸⁸

5. Askeri Yargıtay

Askeri Yargıtay; 3842 sayılı Yasa'yla CYY'de yapılan değişiklikten önce, hukuka aykırı kanıtlar konusuyla ilgili bir çok karar vermiştir.

Askeri Yargıtay İkinci Dairesi, 26.4.1973 tarihli kararında; *"hukuka aykırı biçimde, kişinin temel hak ve özgürlüklerine aykırı bir biçimde, onun özel yaşamı, haberleşme özgürlüğünün ihlal edilerek gizlice elde edilmiş ses ve görüntü bandının yargılamada delil olarak kullanılması da, vicdani delil sisteminin hukuka uygunluk sınırına takılmaya ve mahkemede delil olarak kabul edilmemeye mahkumdur..."* diyerek hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtın kullanılamayacağını açıkça belirtmiştir.⁸⁹

3842 sayılı Yasa'yla CYY'de değişiklik yapılmadan önce Askeri Yargıtay'ın yerleşik görüşünün, hukuk aykırı kanıtların yargılamada kullanılması gerektiği şeklinde olduğunu kararlarında açıkça görmekteyiz.

⁸⁶ Danıştay 10. Dairesi 13.10.1999, 1997/2216, 1999/4812.

⁸⁷ Danıştay 10. Dairesi, 6.12.2000, 2000/2926, 2000/6227.

⁸⁸ Danıştay 10. Dairesi 6.12.2000, 2000/3896, 2000/6228.

⁸⁹ Askeri Yargıtay İkinci Dairesi'nin, 26.4.1973 gün ve 1973/35 esas, 1973/100 sayılı kararının özeti için bkz., Sartık, s. 196.

Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin 25.11.1974 günlü kararında, ses bantlarının ancak hukuka uygun elde edilmesi durumunda yargılamada kullanılabilmesi açıkça vurgulanmıştır.⁹⁰ Bu karar hukuka aykırı kanıtların kullanılmayacağını, 3842 sayılı Yasa'yla, Ceza Yargılama Yasası'nda değişiklik yapılmadan önce açılması bakımından önemlidir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 2.10.1971 tarihli kararında; sanığa suçunu söyletmeye yönelik maddi ya da manevi zora dayalı eylemlerle, elde edilen anlatımın, yasak kanıt kapsamında olduğunu ve bu şekilde elde edilen ikrara dayanarak sanık hakkında hükümlülük kararı verilemeyeceğini, açıkça belirtmiştir.⁹¹

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 10.12.1992 günlü kararında ise, CYY'nin 135/a maddesinde yer alan yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen kanıtlara dayanarak hükümlülük kararı kurulamayacağını açıklamıştır.⁹² Daireler Kurulu, bu kararında, CYY'nin 135/a maddesi hükmünün zaman yönünden uygulama yönünü de tartışmıştır. Sanık yararına bir hüküm olması nedeniyle, geçmişteki eylemlere davanın halen görülmekte olması koşuluyla uygulanacağına karar vermiştir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 24.12.1992 günlü kararında, askeri savcı tarafından, sanığın, kefen giymek ya da az bir ceza ile kurtulmak gibi seçenekler arasında bırakılmak suretiyle, aldatılarak ayrıntılı bir biçimde ikrarının alınmasına ilişkin ifadenin, yasak yöntemle alındığından dolayı, CYY'nin 135/a maddesi uyarınca kanıt olarak kullanılmayacağını açıklamıştır.⁹³

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 20.01.1994 günlü kararı ise, yukarıda açıkladığımız konudaki kararların temelini oluşturması bakımından çok önemlidir.⁹⁴ Bu karara göre, 353 sayılı Yasa,⁹⁵ CYY karşısında özel nitelikte bir yasa olup, 353 sayılı Yasa'da özel düzenleme bulunan konularda

⁹⁰ Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin 25.11.1974 gün ve 1974/704-1008 sayılı kararı için bkz., Odman, M. Tefvik, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınıdır) C. III, sy. 4, Kasım 1995, s. (20-30), 26.

⁹¹ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun, 2.10.1971 gün ve 1971/65-70 sayılı kararının özeti için bkz., Odman, s. 26, Dipnot: 28.

⁹² Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 10.12.1992 gün ve 1992/119-140 sayılı kararı için bkz., Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu*, C. I, Ankara 1995, s. 793-800.

⁹³ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 24.12.1992 gün ve 1992/145-146 sayılı kararı için bkz., Kaymaz, s. 128.

⁹⁴ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun, 20.1.1994 gün ve 1994/9-7 sayılı kararın özeti için bkz., Genel, s. 13.

⁹⁵ Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu.

CYY'nin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. 353 sayılı Yasa'da genel bir yollama/gönderme (atıf) maddesi bulunmadığından, askeri mahkemelerde, CYY'nin uygulanabilmesi için ya açıkça yollama yapılmış olması ya da bir konuda 353 sayılı Yasa'da boşluk bulunması gerekmektedir. CYY'nin 135/a maddesinde düzenlenen "*yasak sorgu yöntemleri*" konusunda ise, 353 sayılı Yasa'da hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, CYY'nin 135/a maddesinde yer alan "*yasak sorgu yöntemleri*" konusunu düzenleyen bu hüküm, Askeri Ceza Yargılaması'nda da uygulanmalıdır. Görülüyor ki, açıkladığımız ilke niteliğindeki bu karar, CYY'nin 135/a maddesinin Askeri Ceza Yargılaması'nda da uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bundan dolayı önemli bir karardır.

Daireler Kurulu'nun söz konusu bu kararında ayrıca, CYY'nin 135. maddesinde yer alan, "*ifade ve sorgunun tarzı*" konusunu düzenleyen hükmün, karşılığının, 353 sayılı Yasa'nın 83. maddesinde yer aldığı kabul edilmiştir. Kararda, 353 sayılı Yasa'da CYY'nin 135. maddesine açıkça bir yollama da yapılmadığı belirtilmiştir. Bundan dolayı da, Askeri Ceza Yargılaması'nda sanığın ifadesinin alınması ve sorgusunun yapılması sırasında CYY'nin 135. maddesinin uygulanamayacağı kararda açıklanmıştır.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu; bir hırsızlık olayının araştırılması sırasında, cüzdanın kendisi tarafından çalınıp çalınmadığına ilişkin soruya, başlangıçta çalınmadığını söyleyen sanığın, teğmenin, "*Senin aldığını biliyorum, itirafet, aramızda kalacak.*" şeklindeki ısrarı üzerine, cüzdanı kendisinin çaldığını kabul etmesini ve soruşturma sırasındaki ifadelerinde suçlamayı reddederek teğmenin kendisine baskı yaptığını ileri sürmesini değerlendirerek, CYY'nin 135/a maddesine yollama yapmak suretiyle, sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiğini belirterek, bu iadeye dayanan mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.⁹⁶

Hukuka aykırı arama konusunda, Askeri Yargıtay 5. Dairesi 11.1.1995 günlü kararında, konutta yapılan aramanın başlangıçta yöntemine uygun olmasına karşın, daha sonra görevlilerin yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle, kapıyı zorla kırmaları sonucu, aramayı haksız işleme dayandırmaları dolayısıyla böylelikle hizmet dışına çıkmaları nedeniyle, bu aramanın ve hizmet halinin değerlendirmeye alınamayacağı ve üste hakaret suçunun hizmet sırasında olmadığı belirtilmiştir.⁹⁷

⁹⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 28.1.1999 gün ve 1999/35-17 sayılı kararın özeti için bkz., Genel, s. 16.

⁹⁷ Askeri Yargıtay 5. Dairesi'nin 11.1.1995 gün ve 1995/30-34 sayılı kararın özeti için bkz., Genel, s. 16: Odman, s. 27.

Askeri Yargıtay 5. Dairesi, 25.1.1995 günlü bir kararında ise, tanıkların usulüne uygun olarak ifadelerinin alınmamış olmasını, hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir.⁹⁸

Görüldüğü gibi, Daire, her iki kararında da, CYY'nin 254. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtların hükme esas alınmayacağına dair hükme yollama yapmadan, Ceza Yargılama Yasası'ndaki kurullara uyulmayarak, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

Yine, Askeri Yargıtay 5. Dairesi, telefon dinlemesi ve bant kaydına ilişkin olarak 14.2.2001 günlü başka bir kararında " ... Devlet gücünün, bireylerin özel yaşantılarını ihlal etmesini önlemek amacıyla, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetini anayasal teminat altına almıştır. Taraf olduğumuz İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesi, herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamayacağı hükümlerini içermektedir.

Yabancı Devletin ... Başkonsolosluğu'nda görev yapan ve Gizli haber alma servisinin elemanı olduğu saptanan'ye ait telefonların, istihbarat elemanları tarafından, ulusal güvenliğin korunması amacıyla dinlenilmesi sırasında, sanıkla konuşmalarına tesadüf edilmesi ve bu konuşmaların banda kaydedilmesi, sanığın anayasa ile teminat altına alınmış haklarından birine, devlet organı tarafından yapılmış ihlal olarak kabul edilemez.

Sanığın ses örnekleri, kendi rızası ile ve mahkeme huzurunda saptanmış, yapılan işitsel tanı ve spektografik inceleme sonunda, orijinal kasette yabancı ak-sanla konuşan şahsa bilgi veren kişiye ait seslerin, sanıktan alınan ses örnekleriyle %99 benzer olduğu ve kasetlerde yer alan kayıtlar üzerinde montaj bulunmadığı tespit edilmiştir.

Bu nedenle, istihbarat elemanlarının yapmış olduğu operasyonda kullandığı bu yöntemin hukuka aykırı olduğu söylenemez. Ancak, sanığın istihbarat elemanlarınınca yapılan sorgusu sırasında hukuka aykırı yöntemler kullanıldığına ilişkin bulgular nedeniyle, burada saptanan ifadesinin hükme esas alınmaması uygun görülmüştür." demektedir.⁹⁹

⁹⁸ Askeri Yargıtay 5. Dairesi'nin 25.1.1995 gün ve 1995/77-76 sayılı kararı için bkz., Odman, s. 27; Genel, s. 17.

⁹⁹ Askeri Yargıtay 5. Dairesi'nin, 14.2.2001 gün ve 2001/5-109 sayılı kararının özeti için bkz., Genel, s. 19.

CYY'nin 254. maddesinin 353 sayılı Yasa'daki karşılığı 163. maddedir. 353 sayılı Yasa'nın, kanıtların sunulması ve değerlendirilmesi ile ilgili 163. maddesine, 22.1.2004 gün ve 5078 sayılı Yasa'yla, "*Kanun'a aykırı elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği*" hükmü eklenmiştir.¹⁰⁰ Böylece, 4709 sayılı Yasa'yla, 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine eklenen fıkraya paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Kanımızca, 353 sayılı Yasa'nın 163. maddesine eklenen bu fıkra, objektif bir anlam taşıyan "*kabul edilemez*" deyimine yer verildiği için, hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıtların herhangi bir biçimde kullanılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Yani, hukuka aykırı bulgular kanıt/delil niteliğini taşımadıkları için soruşturma ve kovuşturma evresinde hiçbir zaman kullanılamayacaklardır.

SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız gibi, ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Başka bir deyişle, daha önce işlenmiş olan eylemle ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ceza yargılamasının temel amacını oluşturmaktadır. Bu amaç, yani, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma sınırsız değildir. Çünkü, kişisel temel hak ve özgürlükler ile toplumsal değerlerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılan etkinlikler (araştırma ve soruşturma vs.) sırasında da, korunması zorunludur. Bu nedenlerle, Ceza Yargılama Yasası'nın çeşitli maddeleriyle, kanıtın (delilin) kendisi ve elde edilmesi konusunda birçok sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir. Ceza Yargılama Yasası'nda 842 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik de bu yönde olmuştur. Bununla, kanıtı elde etme bakımından bazı yasaklar getirilmiştir. Bu yasa ile, hukuka aykırı kanıtlar için değerlendirme yasağı yanında, bu tür kanıtların "*hükme dayanak*" yapılamayacağı, yapıldığı takdirde, hükmün bozulacağı da öngörülmüştür.

"*Hukuka aykırılık*" kavramı tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır. Hukuk devletinde, yasalar uyulması için yasa koyucu tarafından yapılır. Bu nedenle, hukuka aykırılığın derecesi olmaz. Yani ağaç zehirliyse, meyvesi de zehirlidir. Hukuka aykırı kanıtların dolaylı ya da başka bir deyişle uzak etkisi kabul edilemez. Önemli olan kanıt elde edilmesi, sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuk kuralına aykırı davranılmasıdır. Çünkü, CYY'nin 254/2.

¹⁰⁰ 22.01.2004 günlü ve 5078 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9. maddesiyle 353 sayılı Yasa'nın 163. maddesine fıkra eklenmiştir (Bkz., 5078 sayılı Yasa 29.1.2004 gün ve 25361 sayılı RG yayınlanmıştır).

maddesi hukuka aykırı bir şekilde elde edilen kanıtın hükme esas alınmayacağı mutlak bir biçimde öngörülmektedir. Kaldı ki, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 38. maddesine eklenen fıkroda; "*Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" denilmektedir. Böylece, Anayasa metnine giren bu hükümle, açıkça ve hiçbir duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen bulguların dahi, kanıt olarak kabul edilemeyeceği öngörülmektedir.

Hukuka aykırı bir kanıt elde edilmişse, bunun özel kişilerin ya da kovuşturma ve soruşturma organlarınca elde edilmiş olup olmadığı da önemli değildir. Önemli olan, kanıtın kendisinin hukuka aykırı olması ya da hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş bulunmasıdır. Bir kanıt, hukuka aykırı ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmişse, CYY'nin 254/2. maddesi uyarınca değerlendirme yasağı kapsamındadır. Çünkü, kanıt toplamakla görevli ve yükümlü olan soruşturma ve kovuşturma organlarınca başvurulması yasaklanmış bir yolun (hukuka aykırı kanıt elde etme), böyle bir görevi olmayan özel kişilere tanınması açıklanması mümkün olmayan çelişki yaratırdı. Bu konuyu açık bir biçimde düzenleyen, hiçbir duraksamaya neden olmayacak bir hüküm, Anayasa'nın 38. maddesine, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile ek fıkra (altıncı fıkra) olarak eklenmiştir. Buna göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, kim tarafından elde edilmiş olursa olsun kanıt olarak kullanılamayacaktır.

Böylece, hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtların kullanılması kesin bir biçimde yasaklanmıştır. Bundan dolayı, hükme esas alınıp alınmayacağı değil, soruşturma evresinde dahi, kullanılamayacaktır. Çünkü, Anayasa'ya göre, hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgular, kanıt olarak kabul edilmemektedir.

FİKRİ HAKLAR ALANINDA 5101 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN YENİLİKLER

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU*

5101 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” 3.3.2004 tarihinde kabul edilmiş, 12.3.2004 tarihli *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Fikri hakların daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla başta 5846 sayılı Kanun olmak üzere birçok kanunda değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler aşağıdaki başlıklar altında ele alınabilir.

I. KORSANLIKLA MÜCADELE

A. Korsan Satış Yapılan Yerlerde Satış Yasağı

Yasa’nın 1. maddesi ile 1580 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesinin 11. fıkrasına yeni bir paragraf eklenmiş; bu hükümlerle, “Eser, icra ve yapımların tespit edildiği kitap, kaset, cd, vcd ve dvd gibi taşıyıcı materyallerin, bu fıkroda sözü edilen Belediye sınırları içinde cadde; sokak, köprü ve pazar gibi yerlerde” satışları yasaklanmıştır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 52. maddesi de korsan satışla mücadele amacıyla ister eser orijinal olsun ister korsan olsun işportada satışı halinde “işgaliye harcı alınması” yasaklanmış, bu yolla korsan satışların işgaliye harcı ödenmek suretiyle meşru hale getirilmesi önlenmiştir.

B. Eserlerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapanların Sertifikalandırılmaları

5846 sayılı Yasa’nın 44. maddesinin 1. ve son fıkraları değiştirilmek suretiyle “fikir ve sanat eserlerinin tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten, bu materyallerin dolum, çoğaltım ve satışını yapan, her hangi bir şekilde yayan ve umuma arz edenlerin Bakanlık tarafından sertifikalandırılmaları” öngörülmüştür.

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

Bu faaliyette bulunanların ücret karşılığında bakanlıkça verilecek sertifika ile çalışabilecekleri kabul edilmiştir. Bu tür faaliyette bulunanların bakanlıkça gerekli görülecek işaret ve seri numaraları ile uluslar arası standartlara uygun kodları, taşıyıcı materyaller üzerine bulundurmakla müştereken yükümlü oldukları öngörülmüştür.

Yasa bu hususların düzenlenmesine ilişkin bir yönetmelik çıkartılmasını kabul etmiştir.

C. Korsanlıkla Mücadele İçin Belediyelerin Mali Açıdan Güçlendirilmesi

Yasa'nın 2. maddesi ile 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişiklikle eğlence vergisi, her ayın on beşinci günü akşamına kadar, mahallin mal müdürlüğüne veya muhasebe müdürlüğüne emaneten yatırılması; ödemenin yapıldığına ilişkin banka dekontunun teslimi üzerine, belediye tarafından biletlere özel damga konulması; ödemeyi yapmayanlar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Kesilen eğlence vergisinin %75'inin Kültür ve Turizm Bakanlığı'na kalan %25'inin ise belediye hesabına yatırılması hükme bağlanmıştır.

II. RADYO VE TELEVİZYON KURULUŞLARINA KARŞI ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLARIN KORUNMASI

A. Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla Eser Sahipliğinden Doğan Hakların İhlalinin Önlenmesi

1. 3984 sayılı RTÜK'ün 3. maddesinin "v" bendi değiştirilmek suretiyle eser ve bağlantılı hak sahipleri kavramları konusunda 5846 sayılı Yasa ile uyum sağlanmıştır. Değiştirilen "v" bendine göre "*Eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri: Eser, icra, fonogram ve yapımlar üzerindeki manevi ve mali hakları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile düzenlenen gerçek veya tüzel kişileri*" ifade eder.

2. Aynı Yasa'nın yayın ilkeleriyle ilgili 4. maddesinin 2. fıkrasının "o" bendi de değiştirilmek suretiyle radyo ve televizyon yayınları yapan kuruluşların, yayınlarında eser ve bağlantılı hak sahiplerine tanınan hakların ihlal edilmemesi hükme bağlanmıştır. Yasa'da sadece eser sahiplerinin hakları için tanınmış olan bu hüküm, bağlantılı hak sahiplerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Yeni "o" bendi hükmüne göre "*Yayınlarda, eser ve bağlantılı hak sahiplerine 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile tanınan hakların ihlal edilmemesi*" kabul edilmiştir.

3. 3984 sayılı RTÜK'ün 37. maddesi eserlere ilişkin telif bedellerinin Radyo Televizyon Üst Kurumu tarafından belirlenmesini hükme bağlamış iken, yapılan değişiklikle kurumun bu konuda hak sahipleri ya da meslek birlikleri ile sözleşme yapması öngörülmüştür. Yeni 37. madde şu şekildedir: “*Radyo Televizyon kuruluşları, yayın ve/veya iletimlerinde eser, icra, fonogram ve yapımları kullanabilmek için, eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri veya bu kişilerin üyesi oldukları meslek birlikleri ile izin almak üzere sözleşme yaparlar ve bu sözleşme ile belirlenen mali hak bedellerini öderler. Bu sözleşme ve ödemeler, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde yapılır. Bu madde hükümlerini ihlal eden yayın kuruluşları hakkında ayrıca bu Kanun'un 33. madde hükümleri uygulanır.*”

B. Radyo Televizyon Kuruluşlarının Eserleri Yayımlarken İzin Alma Zorunlulukları

5846 sayılı Yasa'nın 43. maddesi değiştirilmek suretiyle radyo ve televizyon kuruluşlarının eserleri yayımlamadan önce hak sahiplerinden izin alma zorunluluğu getirmiştir. Bu anlamda olmak üzere opera, bale, tiyatro ve benzeri sahne eserleri için önceden hak sahiplerinden izin alınması, bunlar dışında kalan, icra, fonogram ve yapımlar için ilgili alan meslek birlikleri ile 52. maddeye uygun sözleşme yaparak izin almak, söz konusu yayın ve iletimlere ilişkin ödemeleri bu birliklere yapmak ve kullandıkları bu eserlerle ilgili listeleri birliklere bildirmek mecburiyeti öngörülmüştür.

Yasa'da Türkiye Radyo Televizyon Kurumu için bir imtiyaz getirilmiştir. Buna göre bu yayın kuruluşu yayınlarında yer verdiği eser, icra, fonogram ve yapımları için üç ayda bir meslek birliklerince belirlenen yıllık tarifenin 1/4'ünü yatırmakla yetinebilecekleri kabul edilmiştir.

C. Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Getirilen Yükümlülükler Bakımından

Yasa'nın 23. maddesi 5846 sayılı Yasa'nın 80. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinin (c) alt bendi ile aynı maddenin son fıkrasını değiştirmiştir.

80. maddenin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinin (c) alt bendi ile ilgili şu değişiklikler yapılmıştır:

Öncelikle maddede radyo ve televizyon kuruluşlarının bu Yasa'da getirilmiş olan yükümlülüklerini yerine getirmeleri öngörülmüştür. Aslında bir yasada yer alan yükümlülüğün yerine getirileceği tartışılmaz.

Bu maddede yeniden bunun tekrar edilmesi anlamlı değildir. Maddenin ikinci cümlesinde radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınları üzerindeki haklar bentler halinde sayılmıştır.

1. Yayınların tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama yetkisi tanınmıştır. Buna göre bir radyo ya da televizyon kuruluşunun yaptığı bir yayını bir diğerinin tespit edebilmesi, aynı anda ya da sonradan veyahut tekrar olarak kullanması izne tabi tutulmuştur.

2. Özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının her hangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama izne tabi tutulmuştur. Buna göre bir radyo veya televizyon kuruluşunun bir yayını alıp çoğaltma ya da dağıtma ancak izinle mümkündür.

Yasa bu hakkın “özel kullanımlar” ile ilgili istisnası olduğunu öngörmüştür. Buraya eser sahipliğinden doğan şahsen kullanmaya yönelik bir istisna söz konusu olabilir.

3. Yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama;

Burada radyo ve televizyon kuruluşlarının yayınlarının umuma açık yerlerde iletiminin de izne tabi olduğu, böyle bir iznin bulunmaması halinde eser sahipliğinden hakların ihlal edilmiş olacağı kabul edilmiştir. Örneğin; Bir televizyon dizisinin banda alınmak suretiyle kahvehanede gösterime sunulması buraya girer.

4. Tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme;

Burada da radyo ve televizyon kuruluşlarının tespit edilmiş olan yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşmasını sağlamak suretiyle umuma izinsiz olarak iletilmesi yasaklanmıştır.

5. Haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklanma hususunda radyo ve televizyon kuruluşları münhasır hak sahibi sayılmıştır.

III. FİLM VE FONOGRAM YAPIMCILARININ HAKLARINI İSPAT KOLAYLIĞI AÇISINDAN KAYIT VE TESCİL OLANAĞI

5846 sayılı Yasa'nın 13. maddesine son fıkra eklenmiştir. Bu yeni fıkra ile film ve fonogram yapımcılarının hak sahipliğini ispat edebilmelerinde kolaylık getirilmiştir. Bu yeni hükme göre filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak yaratma amacı taşımaksızın, sahip oldukları haklarının ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi amacıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırabilirler. Yine aynı amaçla eser sahiplerinin talebi üzerine, bu Kanun kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescilinin yapılabilmesi, mali hakları ilişkin yararlanma yetkilerinin de kayıt altına alınması olanağı getirilmiştir.

Yasa getirilen bu olanağın kötüye kullanılmasını önlemek için de "mevcut olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği, veya kendisine ait olmayan mali ve manevi haklara ilişkin yanlış beyanda bulunanlar için bu yasada öngörülen hukuksal ve cezai yaptırımların uygulanmasını öngörmüştür".

Hak sahiplerinin ispat kolaylığı amacıyla yaptıracakları kayıt ve tescil işlemlerinde gerekli ücretlerin bakanlık tarafından belirlenmesi esas alınmıştır. Bu konuda bakanlık tarafından bir yönetmelik çıkartılması öngörülmüştür.

IV. ESERLERİN UMUMA AÇIK YERLERDE KULLANILMASININ HAK SAHİPLERİ İLE SÖZLEŞME YAPILMASI KOŞULUNA BAĞLANMASI

5846 sayılı Yasa'nın 41. maddesi 4630 sayılı Yasa ile 21.2.2001 tarihinde yapılan değişiklik sonucu, fikir ve sanat eserlerinin işaret, ses veya görüntü taşıyıcılarının girişi ücretli veya ücretsiz ve ticari amaç güden umuma açık yerlerde kullanılmasını bandrollenmesi koşuluna bağlamıştı.

5101 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle bandrolleme uygulamasına son verilmiştir. Bunun yerine eser, icra, fonogram yapım ve yayınların kullanım ve iletimi yasanın 52. maddesine uygun sözleşme yapılarak, hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alınması koşulu getirilmiştir.

Yeni düzenlemede eserlerin bölgenin özelliği, mahallin nitelik ve niceliği, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve ürün veya hizmete katkısı olup olmadığı ve benzeri unsurların dikkate alınması suretiyle sınıflandırılması

veya sınıflandırma dışı bırakılması kabul edilmiştir. Faaliyet gösterdikleri sektörlerde, eser sahipleri ve/veya bağlantılı hak sahipleri meslek birliklerinin, yapılan sınıflandırmaya bağlı olarak eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımından ve/veya iletiminden kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri tespit etmeleri öngörülmüştür. Meslek birlikleri ile umuma açık mahaller arasındaki sözleşmelerin, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılacak görüşmeler sonucu belirlenecek bedeller üzerinden yapılması esas alınmıştır. Tarifelere ilişkin sözleşmelerin takvim yılı esasına göre yapılması hükme bağlanmış olup, bu tarifelerin takvim yılı başından itibaren geçerli olması kabul edilmiştir.

Aynı maddede bu hükümlerin uygulanmasını temin etmek amacıyla:

Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımları ile üyelerine ilişkin bilgileri Bakanlığa bildirmeleri, bunların üç ayda bir güncelleştirilmesi ve Bakanlık tarafından oluşturulan ortak bir veri tabanı üzerinden ilgili taraflara açılması;

Eser sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya bağlantılı hak sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya aynı sektörlerde faaliyet gösteren meslek birliklerinin bir araya gelerek ortak tarifeler belirleyebilmeleri, bunu protokole bağlamaları; bu durumda bu tarifelerin meslek birlikleri açısından bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir.

Meslek birliklerinin, tarifeler veya ortak tarifeleri her takvim yılının dokuzuncu ayında kullanıcıları temsil eden ve kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile bakanlığa bildirmeleri ve bunu kamuoyuna duyurmaları, umuma açık mahallerin müzakere ve sözleşme yapılmasına ilişkin olarak verecekleri bağlayıcı nitelikteki yetki belgeleri ile üye oldukları meslek kuruluşları aracılığıyla da tarifeleri veya ortak tarifeleri müzakere edebilecekleri, sözleşme yapabilecekleri hükme bağlanmıştır. Tarifelerin götürü usulde tespit edilmesi halinde, umuma açık mahallerin sadece meslek kuruluşları aracılığıyla müzakere etmeleri ve sözleşme yapmaları kabul edilmiştir.

Aynı maddenin 7. fıkrasında onunda ayda umuma açık mahaller veya meslek kuruluşları ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması halinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlık tarafından oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Uzlaştırma komisyonunun, taraflardan birinin talebi ve Bakanlığın uygun görmesi halinde, tarifeleri müzakere etmek üzere, Bakanlık tarafından talep tarihinden itibaren on beş gün içinde oluşturulması; bu komisyonun

bakanlıktan bir, Rekabet Kurumu'ndan iki, ilgili meslek birlikleri ve kullanıcıları temsil eden meslek kuruluşlarının birer temsilcisinden oluşması; Bakanlık temsilcinin komisyonun başkanı olduğu; aynı usulle komisyon üye sayısı kadar yedek üye seçimi; sekreteryaya hizmetlerinin Bakanlığın ilgili birimi tarafından yürütülmesi öngörülmüştür.

Oluşturulan komisyonun bu tarihten itibaren on beş gün içinde, rapor hazırlayıp Bakanlığa ve taraflara bildirmesi; umuma açık mahaller ve meslek birliklerinin, raporun açıklandığı tarihten itibaren on beş gün içinde, meslek birliklerinin açıklamış oldukları tarifeleri veya müzakereleri sonucunda uzlaştıkları tarifeleri sözleşmeye bağlamaları; kabul edilmiştir.

Meslek birliklerince belirlenen tarife ve ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması halinde, tarafların yargı yoluna başvurabilecekleri; bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahallerin, yargılama süresince ilgili meslek birliğinin aksini bildirmediği sürece, dava konusu tarifenin ¼'ünü üç ayda bir meslek birlikleri adına banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilecekleri veya iletebilecekleri; bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallere bu fıkrafta öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri meslek birliklerinin iznine bağlanmıştır. Yargılama süresince ödenen bu miktarın, kararla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilmesi kabul edilmiştir.

Yasa bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak bir yönetmelik çıkarılmasını da öngörmüştür.

V. MESLEK BİRLİKLERİ İÇİN GETİRİLEN YENİLİKLER

A. Meslek Birliklerinin Yükümlülükleri ve Tarife Tespitleri

5846 sayılı FSEK'ya eklenen yeni 42/a maddesi ile meslek birliklerinin yükümlülükleri ve tarife tespitine ilişkin esaslar hükme bağlanmıştır.

Bu maddede meslek birliklerine temsil ettikleri, eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin tüm bilgileri Bakanlığa bildirmek ve ilgili kişilere açık bu bildirim her üç ayda bir güncellemek yükümlülüğü; üyesi olan hak sahiplerinin faaliyetlerinden kaynaklanan haklarının idaresini hakkaniyete uygun koşullarda sağlamak; üyelerinin haklarının idaresine ilişkin faaliyetlerinden elde ettikleri gelirleri, dağıtım planlarına uygun olarak hak sahiplerine dağıtmak; yazılı talepte bulunan ilgili kişilere temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile ilgili bilgileri vermek; sözleşme yapılırken idare ettikleri haklara ilişkin olarak hakkaniyete uygun davranmak,

kendi maddi ve/veya manevi menfaatleri bakımından gerekli gördükleri indirim veya ödeme kolaylıklarını sağlamak; sözleşme yapılabilmesi için idaresini sağladıkları haklara ilişkin ücret tarifelerini süresinde belirlemek ve belirlenen tarifeleri ve bu tarifelerdeki her türlü değişikliği süresinde duyurmak; hesaplarını yeminli mali müşavirlere onaylatmak yükümlülüğü getirmiştir.

Aynı maddede meslek birliklerinin tarifeleri tespit ederken, uluslar arası uygulamaların ülkenin ekonomik ve toplumsal koşullarına uyarlanabilirliğinin göz önünde tutulması; makul sevide belirlenmesi ile teknolojik alandaki değişimlerin yanı sıra eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların yaratıldığı ve kullanıldığı sektörlerin yapısını tahrip edici, üretimi ve kullanımını engelleyici ve genel kabul görmüş uygulamalara zarar verici bir etki yaratılmaması, rekabeti bozucu şartların oluşturulmaması, yapılan sınıflandırma, ilgili sektörlerdeki ürün fiyatları ve bu sektörlerin gayri safi milli hasıladaki payı, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletim sıklığı, birim fiyat veya götürü usule ödeme, ödeme planı ve benzeri hususların esas alınması kabul edilmiştir.

Aynı alanda ve/veya sektörde faaliyet gösteren birliklerin tarife tespitinde, sözleşme yapılmasında ve bu Kanun'un uygulanması ile ilgili diğer iş ve işlemlerde birlikte hareket edebilmeleri kabul edilmiş; ortak tarife yapılmış olması halinde, aynı alanda faaliyet gösteren meslek birliklerinin, tarifelere esas olmak üzere her takvim yılının başında, alandaki temsil kabiliyetleri ile temsil ettikleri, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin kullanım oranlarını tespit ederek bakanlığa bildirmek zorunluluğu getirilmiştir. Bu oranlarda anlaşma sağlanamaması veya bu oranların Bakanlığa bildirilmemesi halinde, bakanlıkça oluşturulacak bir komisyonun bunu tespit etmesi; bu yapıncaya kadar da sözleşme yapmış kullanıcıların, ödemeleri gereken meblağı, Bakanlığın talebi üzerine mahkemece belirlenmiş olan tevdi mahalline yatırmaları; toplanan bu meblağın komisyon çalışma giderleri mahsup edildikten sonra, ilgili meslek birlikleri arasında, komisyonca tespit edilen orana ya da her hangi bir aşamada, birliklerin aralarında anlaşmaları halinde, mutabakata vardıkları kullanım oranına göre paylaşılması; Komisyon'un Bakanlık, Rekabet Kurumu ve ilgili meslek birliklerini temsilen birer kişiden oluştuğu, Bakanlık temsilcisinin aynı zamanda Komisyon Başkanı olduğu; Komisyon kararlarına karşı ihtisas mahkemelerinde yargı yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

B. Meslek Birliklerinin Denetimleri

5846 sayılı Yasa'ya eklenen 42/b maddesi ile meslek birliklerinin denetimi hükme bağlanmıştır.

Bu maddede meslek birliklerinin idari ve mali açıdan bakanlığın denetimine tabi oldukları; Bakanlığın bu denetimi kendisinin yapabileceği gibi bağımsız denetim kuruluşlarına da yaptırabileceği öngörülmüştür.

Meslek birliklerinin denetim sırasında istenilen her türlü defter, belge ve bilgilerin ibraz edilmesi, kasa veya veznenin kontrol ettirilmesi, yönetim yerleri, şubeler ve eklentilerine girme gibi taleplerin yerine getirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Denetimlerde meslek birliklerini 42/a maddesindeki yükümlülüklerine yerine getirmediği tespit edildiğinde, yazılı olarak bir defa uyarılmaları; uyarının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde kusurun giderilmemesi halinde meslek birliğinin ikinci kez uyarılması; bunu takiben otuz gün içinde de kusurların giderilmemesi veya yapılan denetimlerde birlik kayıtlarında ve diğer iş ve işlemlerinde mevzuata aykırılık tespit edilmesi halinde, Bakanlığın en geç üç ay içinde olağanüstü genel kurul yapmak üzere üyeleri davet etmesi; bu yapıncaya kadar birliğin iş ve işlemlerinde suistimali görülenlerin tedbiren işten el çektilmeleri; yerlerine atama yapılması veya sırası gelen yedek üyenin göreve çağırılması kabul edilmiştir.

Madde bu madde hükümlerinin 42. madde çerçevesinde kurulacak federasyonlar için de uygulanacağını kabul etmiştir.

C. Süreli Olmayan Yayınlarla İlgili Yayınevlerinin ve Dağıtıcıların da Meslek Birliği Kurabilmeleri

5846 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*Eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*ile bu Kanun'un 52. maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle eser veya hak sahibinden mali hakları kullanma yetkilerini devralarak bu Kanun'un 10. maddesine göre ilim-edebiyat eserleri üzerindeki hakları kullanarak, süreli olmayan yayınlara çoğaltan ve yayanlar*" ibaresi eklenmiş, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*asil üye sayısının dört katı kadar*" ibaresinden sonra gelen "*gerçek kişiler*" ibaresi madde metninden çıkartılmıştır.

Bu değişiklikle süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanların, mali hakları tamamen veya bunların sadece kullanma (lisans) haklarını devir alanlar da meslek birlikleri kurabilmeleri olanaklı hale gelmiştir.

Maddeden "*gerçek kişiler*" ibaresi çıkartılmak suretiyle sadece gerçek kişilerin meslek birliği kurabilmeleri koşulu kaldırılmış, eser sahipleri ve icracı sanatçılar alanlarında tüzel kişilerin de meslek birliklerinin üyesi olabilmeleri ve meslek birliği kurabilmeleri olanaklı hale getirilmiştir.

VI. GÜZEL SANAT ESERLERİNİN SATIŞ BEDELLERİNDEN PAY VERİLMESİ

5846 sayılı Yasa'nın 45. maddesinde yer alan "Güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi" başlığı altındaki madde, bu Yasa'nın 16. maddesiyle değiştirilmiştir.

5846 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin I. fıkrasında yapılan değişiklikte, öncelikle maddede güzel sanat eserleriyle ilgili pay verilmesi hakkı, sadece orijinal (asıl) eserler için değil, bunların kopyaları için de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Madde ile eser sahibi tarafından imzalanan veya başka şekilde işaretlenen kopyaların da özgün eser olduğu benimsenmiştir.

Öte yandan pay verilmesi, eser sahibi ölmüşse "üçüncü dereceye kadar (bu derece hariç) kanuni mirasçılarında" ifadesi yerine eser sahibi ölmüşse "mirasçılardan ikinci dereceye kadar yasal mirasçılarında" ifadesi getirilmiştir.

VII. HAKLARIN İHLALİ NEDENİYLE SUÇ VE CEZALAR KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Manevi Hakların İhlaline İlişkin Suçlarda Ceza İndirimi

5846 sayılı Yasa'nın 71. maddesinde beş bent halinde sayılan suçlar için "dört yıldan altı yıla kadar hapis ve elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına" hükmedilmesi öngörülmüştü.

4630 sayılı Yasa ile getirilen ceza hükümlerinin çok fahiş olduğu, ceza adaletini ihlal ettiği yönünde haklı eleştiriler yapılmıştı. (Bkz., Kılıçoğlu, Ahmet, "Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, s. 366-396). 5101 sayılı Yasa ile 71. maddede yapılan bu kısmi değişiklik, bu eleştirilere kısmen yanıt niteliğini taşımıştır.

Yapılan değişiklikle 4-6 yıl arasındaki hapis cezası 2-4 yıla indirilmiştir.

B. Mali Hakların İhlaline İlişkin Suçlarda Ceza İndirimi

Mali haklara tecavüz yoluyla işlenen suçlar için 5846 sayılı Yasa'nın 72. maddesinde öngörülen cezalar da 4630 sayılı Yasa ile "dört yıldan altı yıla kadar hapis ve elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına" yükseltilmiştir.

Aynen manevi haklara tecavüzde olduğu gibi burada da cezaların bu şekilde ceza adaletini ihlal edecek düzeyde yükseltilmesi isabetli olmamış ve eleştirilere uğramıştır.

Bu nedenle 5101 sayılı Yasa bu eleştirilere kısmen yanıt oluşturmak üzere söz konusu cezalarda indirim yapmış, 72. maddede hapis ve para cezalarının birlikte hükmedilmesi öngörülmüşken, *"hapis veya para cezası veya zararın ağırlığına göre gerektiğinde her ikisine birlikte"* hükmedebilmesi olanağı getirilmiş, ayrıca suçlar arasında hükmedilecek cezalar bakımından ayırım da yapmıştır.

a. Taraflar arasında bir sözleşme mevcut iken, bu sözleşmeye aykırı olarak eser veya işlenmelerini satan veya dağıtan kişiler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya on milyar TL'den elli milyar TL'sine kadar ağır para cezası veya zararın ağırlığına göre her iki cezanın birlikte uygulanmasına karar verilebilecektir.

Yasa bu hükmü ile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde işlenen suççu daha hafif bir cezai yaptırıma tabi tutmuştur.

b. 5101 sayılı Yasa'nın 24. maddesi ile 5846 sayılı Yasa'nın 81. maddesine yedinci bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra ile eser üzerinde hak sahiplerinin rızası dışında eserleri *"yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde"* satışını yasaklamıştır. Yasa'nın 72. maddesinin 2. bendi bu Yasa'ya aykırı hareket edenler için cezai yaptırım öngörmüştür. Buna göre bu Yasa'ya aykırı hareket edenler hakkında *"üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezası veya zararın ağırlığına göre her ikisine birden"* hükmedilebilecektir.

c. 72. maddede yer alan diğer suçlar için mevcut olan cezalar indirilmiş ve hapis veya ağır para cezasından birine hükmedebilme ya da zararın ağırlığına göre her ikisine birlikte hükmedebilme konusunda yargıca takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yeni hükme göre bu suçlar için *"iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezası veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden"* hükmedilebilecektir.

C. Bağlantılı Haklarla İlgili Yeni Suçlar ve Cezalar

5101 sayılı Yasa'nın 23. maddesi bağlantılı hakların korsan yayınlar yoluyla ihlaline karşı yeni suçlar ve cezalar öngörmüştür.

5101 sayılı Yasa'nın 24. maddesi ile 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesi değiştirilmiş, bu maddeye eklenen 7. fıkra ile fikir ve sanat eserlerinin belirli yerlerde satışı yasaklanmıştır. Satışı yasaklanan yerler *"yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerler"* olarak sıralanmıştır.

Bağlantılı hak sahiplerine de bu yerlerde satışı yasaklama yetkisi getirilmiştir. Yeni 80. maddenin son fıkrası bu konuda şu hükmü getirmiştir: *"a) Bir icra, fonogram veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshalarının bu Kanun'un*

81. maddesinin yedinci fıkrasında sayılar yerlerde satışı ile ilgili ihlallerde üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, b) Bu madde ile belirlenen diğer hakların ihlalinde iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden” hükmolunur.

D. Diğer Suçlarda Değişiklikler

5846 sayılı Yasa'nın 73. maddesinde öngörülen, 71 ve 72. maddeler dışında kalan suçlar için öngörülmüş olan cezalar muhafaza edilmiş, fakat yargıca somut olayın niteliğine göre hapis veya para cezası ya da zararın ağırlığına göre her ikisine birlikte karar verebilme olanağı getirilmiş; maddede öngörülen ifadelerde de bazı değişiklikler yapılmıştır.

Bunlar dışında maddeye eklenen yeni bir bent ile yeni bir suç ve buna ilişkin ceza öngörülmüştür. Maddeye eklenen 2. bent hükmüne göre:

“Kasten bu Kanun hükümlerine uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış eser nüshalarının, yapımların ve fonogramların, çoğaltma ve yayma hakkı sahiplerinin ayırt edici unvan, marka ve künye bilgileriyle birlikte tıpkı basım ve yapım yoluyla, işaret, yazı, ses hareketli veya hareketsiz görüntü ya da veri tekrarına yarayan alet veya yöntemlerle çoğaltan veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları yayan, kişiler hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis veya yirmi milyar liradan iki yüz milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur.”

E. Suçların Şikayete Bağlı Olmaları Konusunda Yapılan Değişiklik

5846 sayılı Yasa'nın 1 ve 3. fıkraları değiştirilmiş, ayrıca maddeye dördüncü fıkra ile maddenin son fıkrasına yeni bir cümle eklenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle Yasa'nın 71, 72 ve 73. maddelerindeki suçlar için şikayetle birlikte belgelerin C. Savcılığı'na sunulması halinde kamu davası açılması öngörülmüştür. Şikayet süresi altı ay olarak belirlenmiş, bu süre içinde sadece şikayetin yapılması yeterli görülmemiş, belgelerin ve/veya nüshalarının sunulması da şart koşulmuştur.

Maddenin 3. fıkrasında yapılan değişiklikle “Cumhuriyet Başsavcılığı” ifadesi yerine “Cumhuriyet Savcısı”, “usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılması” ifadesi yerine “usulsüz çoğaltımın ve satışını ve usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını” ifadeleri kullanılmıştır. Bu son ifadedeki “satışını” sözcüğünü “satışın” şeklinde anlaşılması gerekir.

Maddeye eklenen üçüncü fıkradan sonra gelen dördüncü fıkra şu şekildedir:

“Nüsha ve süreli olmayan yayınların el konulduğu tarihten itibaren on beş gün içerisinde, eser veya hak sahipleri tarafından yetkili mahkemeye her hangi bir şikayet veya başvuruda bulunmaz ise Cumhuriyet Savcısı’nın talebi üzerine yetkili mahkeme, davaya esas olacak sayıda nüshanın muhafaza edilerek, diğerlerinin imhasına veya bunların hammadde olarak kullanılmayacak derecede vakıfları bozulmak suretiyle, hammadde olarak satışına karar verir. Belirtilen süre içinde eser veya hak sahipleri tarafından bir şikayet veya başvuru yapılması halinde bu Kanun’un 68. maddesi hükümleri uygulanır. El konulan nüsha ve süreli olmayan yayınların imhasına, bunların hammadde olarak yeniden kullanımlarına ve hammadde olarak satışına ilişkin usul ve esaslar bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

Öncelikle maddenin dil bakımından kaleme alınışının uygun ve anlaşılır olmadığını ifade etmek gerekir. Maddede *“Nüsha ve süreli olmayan yayınların...”* şeklinde başlayan ifade açık değildir.

Maddeye eklenen bu yeni fıkra esere el konulmasına rağmen, yetkili mahkemeye bir şikayet veya başvuru yapılmadığı takdirde C. Savcısı’nın ne yapacağı konusunu düzenlemiştir. Buna göre Savcı’nın talebi ile mahkeme davaya esas olacak sayıda nüshanın muhafaza edilmesine, diğerlerinin ise imhasına veya bunların hammadde olarak satışına karar verecektir. Yasa’da belirtilen süre içinde bir şikayet veya başvuru yapılması halinde ise Yasa’nın 68. madde hükmünün uygulanacağı kabul edilmiştir. Maddede bu konularla ilgili olarak bir yönetmelik çıkartılması kabul edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında yapılan değişiklikte Yasa’da öngörülen suçların tekrarı halinde verilen hapis cezasının ertelenemeyeceği ve para cezasına veya tedbire çevrilemeyeceği öngörülmüş; bu suçların unsurlarını taşıması halinde 442 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

VIII. MUSİKİ, GÜZEL SANAT ESERLERİ VE SÜRELİ OLMAYAN YAYINLARDA BANDROL YAPIŞTIRILMASI KONUSUNDA YENİLİKLER

5846 sayılı Yasa’nın bu konuya ilişkin 81. maddesinde bazı değişiklikler yapılmıştır.

1. Bandrol denetimi yapan il komisyonları kaldırılmıştır. Bandrol denetimi bakanlık ve mülki idare amirlerine bırakılmıştır. Ancak mülki idare amirlerinin re’sen veya bakanlığın talebi ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilecektir. Oluşturulan

bu komisyonlarda ihtiyaç halinde bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcilerinin de görev alması kabul edilmiştir.

2. Bandrol gelirlerinin ulusal bir bankada açılacak hesaba yatırılması hükmü kaldırılmıştır. Buna karşılık Yasa'nın 26. maddesi ile 5846 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 7. madde ile bu ücretlerin Bakanlığın Merkez Saymanlık Müdürlüğü hesabına yatırılması kabul edilmiştir.

3. Bandrol ücretlerinin hangi amaç için kullanılacağına ilişkin 81. maddenin 2. fıkrası hükmü kaldırılmıştır. Bu husus 26. madde ile 5846 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 7. maddenin 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır.

4. Nüsha veya yayınlara el konulduğu tarihten itibaren on beş gün içerisinde eser veya hak sahipleri tarafından yetkili mahkemeye şikayet veya başvuru olmazsa, C. Savcısı'nın talebi üzerine yetkili mahkemenin, davaya esas olacak sayıda nüshanın muhafaza edilerek, diğerlerinin imhasına veya bunların hammadde olarak yeniden kullanımlarına ilişkin imkanların olması halinde mevcut halleriyle veya bir daha kullanılmayacak derecede nitelikleri bozulmak suretiyle hammadde olarak satışına karar verecektir.

On beş günlük süre içinde şikayet veya başvuru halinde Yasa'nın 68. maddesi hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

5. Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaklanmıştır. Bu nüshalara da genel kolluk veya zabitanın gördüğü yerde el koyması ve topladığı nüsha ve yayınları mercilere göndermek zorunda bulunduğu kabul edilmiştir. Toplanan bu nüsha ve yayınların, satış veya diğer yollarla değerlendirilme şeklinin ilgili alan meslek birliklerinin de görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça belirlenmesi kabul edilmiştir.

6. Bandrol ile ilgili suçlar ve cezalar; Yasa 81. maddenin 9. fıkrasında bandrol sistemine aykırı hareket edenler hakkında suçlar ve cezalar öngörülmüştür.

Bandrol almaksızın satış yapanlar; bandrol almaksızın çoğaltma, yayma veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlal edecek şekilde bedelsiz yayınlar, bandrolleri usulüne uygun olarak yapıştırmayanlar; sahte bandrol alanlar hakkında ayrı ayrı suçlar ve bunların karşılığı olan ağır cezalar öngörülmüştür.

Yasa'ya eklenen Ek 10 maddenin. 1. bendi bandrollü nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışını yapanlar hakkında üç milyar lira idari para cezasına çarptırılmasını öngörmüştür.

Bu madde ile getirilen idare para cezasının mülki idare amirlerince verilmesi kabul edilmiştir. Bu cezanın on gün içinde ödenmemesi halinde iki katına çıkacağı, ödeme süresinin on gün daha uzayacağı, bu süre içinde de ödenmeyen cezaların üç katına çıkacağı, kabul edilmiştir.

IX. SALDIRIYA UĞRAYAN ESERLERİN İÇERİKTEN ÇIKARTILMASI

Yasa 25. maddesi ile 5846 sayılı Yasa'nın Ek 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarını değiştirmiştir.

3. fıkrada yapılan değişiklikle dijital sistem de dahil olmak üzere işaret, ses ve görüntü nakliye yarayan araçlarla, servis ve bilgi içerik sağlayıcıları tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi durumunda, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu işaret; ses veya görüntünün programdan çıkartılması öngörülmüştür. Hak sahiplerinin bilgi içerik sağlayıcısına başvurusunun üzerinden üç gün içinde bunun yapılmaması halinde, C. Savcısı'na başvurulması, savcılıkta bilgi içerik sağlayıcısından verilen hizmetin durdurulmasının istenmesi kabul edilmiştir.

Aynı fıkrada servis sağlayıcılarının, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü bakanlığa bildirmesi; servis sağlayıcıları ile bilgi içerik sağlayıcılarının bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlü olduğu, bu hususların bakanlıkça çıkartılacak bir yönetmelik ile belirleneceği kabul edilmiştir.

Maddenin 4. fıkrasında yapılan değişiklikle bu maddede öngörülen filleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanun'da tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında 72. maddenin 2 No'lu bendi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Böylece mevcut fıkrada 73. maddeye yollama yapılırken, 72. maddenin 2 nolu bendine yollama yapılmış, ayrıca maddeye "*bilgi içerik sağlayıcılar hakları ihlal etmeye devam etmesi halinde*" de aynı maddede öngörülen cezaların uygulanması hükme bağlanmıştır.

X. 5846 SAYILI YASA'YA EKLENEN YENİ HÜKÜMLER

Yasa'nın 26. maddesi ile 5846 sayılı Yasa'ya Ek 7. madde eklenmiştir.

Bu madde ile Yasa'da öngörülen ücretlerin hangi amaca kullanılacağı, nerede toplanacağı belirlenmiştir.

Yasa'ya eklenen 8. madde ile veri tabanlarına ilişkin yeni hükümler getirilmiştir.

Veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımıcısı, ayrıca veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının;

a. Herhangi bir araç ile her hangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması

b. Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi yasaklanmıştır.

Ancak bu yasağın bu Kanun'da öngörülen istisnaları dışında, kamu güvenliği; idari ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalarının olduğu kabul edilmiştir.

Maddede veri tabanı yapımıcısına sağlanan koruma süresinin aleniyet tarihinden itibaren on beş yıl olduğu kabul edilmiştir.

Bunlar dışında maddenin son fıkrasında bu maddede tanınmış hakları ihlal edenler hakkında 72. maddenin 3. fıkrası hükmünün uygulanacağı kabul edilmiştir.

XI. HAKLARIN ETKİN BİR ŞEKİLDE KORUNMASI AMACIYLA ORTAK VERİ TABANI OLUŞTURULMASI

Yasa'ya eklenen yeni Ek 9. madde ile "*fikri mülkiyet haklarının takibi ve korunmasını sağlamak amacıyla ve soruştur ve kavuşturmalarda kullanılmak üzere*" bu Kanun'da sözü edilen meslek birlikleri, umuma açık mahaller, radyo televizyon kuruluşları ile fikir ve sanat eserlerinin tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten ve/veya bu materyallerin dolun, çoğaltım ve satışın yapan veya her hangi bir şekilde yayın yerlerin dahil olduğu ortak bir veri tabanı oluşturulması kabul edilmiştir.

XII. ENGELLİLER LEHİNE BİR ADET İZİNSİZ ÇOĞALTIM HAKKI (ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKKA ENGELLİLER LEHİNE GETİRİLEN KISITLAMA)

Yasa'nın Ek 11. maddesi ile eser sahipliğinden doğan mali hakka engelliler lehine bir kısıtlama getirilmiştir. Bu madde hükmü şu şekildedir;

"Ders kitapları dahil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticari amaç güdülmeksizin

bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, cd, braille alfabesi ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanun'da öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullanılamaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur."

Bu madde hükmündeki kısıtlamanın gündeme gelebilmesi için şu koşulların bulunması gerekir:

1. Alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserinin bulunması: Yasa bu hükmüyle eser gruplarından sadece ilim ve edebiyat eserleri için böyle bir kısıtlamaya yer vermiştir. Bu kısıtlama özellikle ders kitaplarına olan ihtiyaç nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yasa özellikle ders kitaplarına vurgulamada bulunmuştur.

2. Engelliler için bu ilim ve edebiyat eserinin bir nüshasının bulunmaması. Engelliler için böyle bir nüsha mevcut ise bu kısıtlama gündeme gelemeyecektir.

3. Çoğaltmayı bizzat engellinin kendisi ya da, üçüncü bir kişi yapacaksa, sadece bir tek nüsha çoğaltma yapılması.

4. Engellilere bu hizmeti bir eğitim kurum, vakıf veya dernek gibi kuruluş vermekte ise, ihtiyaç kadar kaset, cd, braille alfabesi ve benzeri formatlarda çoğaltma yapılması ya da ödünç verilmesi

5. Çoğaltılmış nüshaların üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltılma amacının belirtilmesi

Yasa bu son koşulda çoğaltılmış nüsha eserin ve hak sahibinin kimliğinin belirtilmesi zorunluluğunu getirmiş, ayrıca çoğaltma amacının "engellilere" yönelik olduğunun ifade edilmesini şart koşmuştur.

Bu koşullar mevcut ise sözü edilen ilim ve edebiyat eserinde eser sahipliğinden doğan mali hakka getirilmiş olan bir kısıtla söz konusudur. Ancak Yasa bu durumda çoğaltılan bu nüshaların satılamayacağını, ticaret konusu yapılamayacağını, amacı dışında kullanılamayacağını ve kullanılamayacağını emredilmiştir.

XIII. 3257 SAYILI YASA'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. Denetleme Kurulu'nda yapılan değişiklik: Yasa'nın 7. maddesi ile 3257 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri şu şekilde değiştirilmiştir: "Denetleme Kurulu, Bakanlık Temsilcisi'nin

başkanlığında, Milli Eğitim Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'ndan birer üye, ilgili alan meslek birliklerince önerilecek kişiler arasından Bakanlık'ça seçilecek iki üye ile Bakanlık tarafından belirlenecek öğretim üyesi bir sosyolog, bir psikolog ve bir çocuk gelişim uzmanı olmak üzere toplam dokuz üyeden teşekkül eder. Kurul beş üyenin aynı yönde oyuyla karar alır."

Yasa'da yapılan bu değişiklikle Denetleme Kurulu'nda yer alan MGK Temsilcisi Kurul'dan çıkartılmıştır.

2. 3257 sayılı Yasa'nın 12. maddesi değiştirilmek suretiyle, bu Yasa kapsamındaki bandrol kullanım zorunluluğuna ilişkin hükme aykırılık halinde 5846 Kanun'un 81. maddesindeki cezaların uygulanması öngörülmüştür. Böylece 3257 sayılı Yasa'da bandrol kullanım zorunluluğuna aykırı hareket için sadece belediye ve mülki idare amirlerince verilen idari para cezalarının yerini 5846 sayılı Yasa'nın 81. maddesindeki hapis cezaları almıştır.

XIV. YASA'YA EKLENEN GEÇİCİ MADDELER İLE YENİ YASA'YA GEÇİŞ SÜRECİ DÜZENLENMİŞTİR

1. Geçici Madde 6: Bu madde ile yeni yasanın tarifelere ilişkin olarak getirdiği hükümlerin bu Yasa'nın yayımı tarafından itibaren yani 12.3.2004 tarihinden itibaren uygulanacağı kabul edilmiştir.

Yasa'nın yayımından önce meslek birlikleri ile umuma açık yerler arasında imzalanmış bulunan yayın sözleşmelerinin de bütün hükümleri ile bu sözleşmelerde belirtilen süre sonuna kadar geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde bu Yasa'nın 41 ve 43. maddelerinde öngörülen sınıflandırmanın yapılması; buna bağlı olarak meslek birlikleri tarafından tarifelerin en geç bir ay içerisinde ilk kez ilan edilmesinden veya duyurulmasından itibaren altı ay içinde izin almak ve sözleşme yapmak üzere meslek birliklerine başvuran mahaller ve/veya yayın kuruluşlarının üçer aylık dönemler için meslek birlikleri tarifesinin 1/4'ünü ödeyerek eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanmaya ve/veya iletimini yapmaya en fazla altı ay süreyle devam edebilecekleri kabul edilmiştir.

2. Geçici Madde 7: Bu madde ile İllerde oluşturulmuş bulunan denetim komisyonlarından 81. madde hükümleri çerçevesinde faaliyetlerini sürdürmesine gerek görülmeyenlerin her türlü araç, gereç ve malzemelerinin İl Kültür ve Turizm Müdürlükleri'ne devredileceği kabul edilmiştir.

3. Geçici Madde 8: Bu madde ile Yasa'nın öngördüğü yönetmeliklerin bu Yasa'nın yayımı tarihinden itibaren altı içinde hazırlanarak yürürlüğe konulması; Yasa'nın Ek 9. maddesinde öngörülen veri tabanının bu

Yasa'nın yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde oluşturulması hükme bağlanmıştır.

XV. YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN HÜKÜMLER

Yasa'nın 28. maddesi ile bu yasanın yayımı tarihinde :

a. 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*ile bandrollerini*" ve "*veya bandrolsüz*" ibareleri; 10. maddenin 1. fıkrasının a ve e bentleri, ikinci fıkrasında yer (a) ibaresi; 11. maddesinin c bendi ile de bendinde yer alan "*1. fıkrasında belirtildiği şekilde eserleri işletme belgesiz veya bandrolsüz veyahut bandrolleri ve işletme belgesi olmasına rağmen aslına uygun olmayan şekilde gösterenler ile*" ibaresi

b. 5846 sayılı Yasa'nın 1/B maddesinin (b) bendinde yer alan "*gerçek*" ibaresi; 2. maddesinin 2 ve 3. fıkraları; Ek 5. maddesinin 4, 5, 6 ve 7. fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

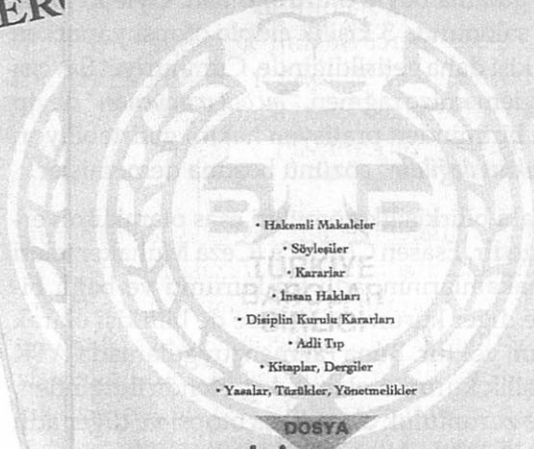
XVI. YASA'NIN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞİ

Yasa'nın 29. maddesi bu Kanun'un 15. maddesi ve 26. maddesiyle 5846 sayılı Kanun'a eklenen Ek 10. maddenin 2 numaralı bendinde yer alan "*44. madde gereğince alınması zorunlu sertifikaları almaksızın faaliyet gösteren*" ibaresinin Kanun'un yayımı tarihinden altı ay sonra diğer maddelerin ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir.

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

01.05.2013 YILI 1. SAYI

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

LİBERAL-DEMOKRATİK TOPLUM, HUKUK VE DEVLET DÜZENİNDE İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRI

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI *

Giriş

Konumuz ifade hürriyeti;¹

Bilge kişi Esop'un dün dil hakkında dedikleri bugün de geçerliliğini korumaktadır.

Gerçekten, o gün, Sokrat'ın dili yüzünden başı derde girmiş, ölüme mahkum edilmiştir. Ne yazık ki bugün de pek fazla değişen bir şey yoktur. Gerçekten, hala dünyanın birçok yerinde, dili yüzünden mahkum edilenlerin, korkutulanların, hatta öldürülenlerin sayısı az değildir.

Burada, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde ifade hürriyetini, kapsamını ve sınırlarını tartışmak istiyoruz.²

Ulaşmak istediğimiz sonuç, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetine hiç bir sınır getirmeden, ifade hürriyetinin, demokratik toplumsal hayatın zorunlu kıldığı koşullar ile sınırlı olarak düzenlenmesini sağlayan, takdire değil ama, sadece tespite yer veren bir "norm" elde etmeye çalışmaktır.

1. Düşünce, İnanç ve Kanaat Hürriyeti ve Buna Bağlı Olarak İfade Hürriyeti Ancak Laik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde Mümkündür

Düşünce, inanç ve kanaat ve ifade hürriyeti ancak laik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde mümkün olabilir.³

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Bu çalışmanın başarıya ulaşmasında katkılarını esirgemeyen Ankara Barosu'nun saygın Avukatı Sn. Av. Dr. Bülent Hayri Acar'a teşekkürlerimi sunmayı borç biliyorum.

² Hafızoğulları, Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Ekim 1994, Cilt II, Sayı 2, 10 vd.; *Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Özgürlüğü*, US-A Yayıncılık, Ankara 1997.

³ Laiklik, felsefi anlamda evren ve evrende insanın akli algılanması, siyasal anlamda

İnanç suçuna yer veren, dinin emirlerine aykırılık oluşturan düşünce inanç ve kanaati yasaklayan teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde,⁴ düşünce, inanç ve kanaat hürriyeti mümkün değildir. Gerçekten, bu tip toplumsal düzenler, farklar karşısında görünüşte ne kadar hoşgörülü olurlarsa olsunlar, özünde çokçuluk ve çoğulculuğa karşıdırlar. Bu yüzden ki, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerini, bırakalım bir yana ifade hürriyetini, düşünce, inanç ve kanaatin kendisi yasağın, dolayısıyla suçun konusunu oluşturmaktadır.

Teokratik hukuk düzenlerinde hürriyetten değil, ancak hoşgöründen söz edilebilir. Hoşgörü ihsandır, hak değildir. Hürriyet haktır.

2. Aydınlanma ve Liberal Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde Düşünce İnanç ve Kanaat Hürriyeti

Aydınlanmanın temeli, beşeri akıl, yani akılcılıktır. Toplumsal-siyasal her oluşum insan aklının eseridir. Toplumun esas sözleşmedir. Her toplumsal-siyasal oluşum fert içindir. Devlet fert için vardır. Kişinin devletin dokunamayacağı temel hakları bulunmaktadır. Devlet ekonomik hayata karışmaz, kendi kanunlarına göre cereyan eden ekonomik hayatı teminat altına alır.

devletin zorunlu unsuru olan egemenliğin veya devlet kudretinin kaynağının beşeri irade olması, hukuki anlamda hukukun maddi kaynağının beşeri irade, şekli kaynağının kanun veya örf-î hukuku hukuk olmasıdır. Laik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, dinin, din kurallarının, hukukta, doğrudan veya dolaylı olarak, bir kaynaklık değeri yoktur. Kaynağı ilahi irade olan din kuralları, kaynağı beşeri irade olan örf-î hukuka da dahil değildir. Laik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde din düzenleyen değil düzenlenendir. Bkz., Hafizoğulları, Laicism, Translated by m. İbrahim Yılmaz, *Atatürk Culture Centre Publications*, Ankara 2000. Bu eser Türkçe metninden ayrıca Almanca'ya ve Rusça'ya çevrilmiştir.

⁴ Teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenleri laik toplum, hukuk ve devlet düzeninin karşıtıdır. Esasen laik toplum, hukuk ve devlet düzenleri, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerini yıkarak gelmiştir. O yüzden, laiklik, insanlık tarihinde köklü bir değişimin, ileri bir aşamanın ifadesidir. Gerçekten, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, hükümet şekli ister mutlakiyet, ister meşrutiyet, isterse cumhuriyet olsun ve ister atanmış isterse seçilmiş meclislerle yönetilsin, teokrasi, felsefi anlamda evrenin ve evrende insanın vahiyssel algılanması, siyasi anlamda devletin temel unsuru olan egemenliğin kaynağının ilahi irade olması, hukukun maddi kaynağının ilahi irade ve şekli kaynağının din kuralları olmasıdır. Kuşkusuz, bu tür toplumsal düzenlerde, ilahi iradeye, yani din kurallarına aykırı hukuk kuralları konamaz. Kanun koyucu, ilahi iradeye uygun düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bundan ötürü, teokratik düzenlerde din, düzenlenen değildir, düzenleyendir. Bkz., Hafizoğulları, "Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni", *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996, sayı 1-4, Ankara 1998, s. 3 vd.

İnsanın temel hakkı olarak düşünce, inanç ve kanat hürriyeti aydınlanmanın, liberal toplum, hukuk ve devlet düzeni anlayışının armağanıdır. Tabii hukuk düşüncesi düşünce, inanç ve kanaat hürriyetini, düşünce inanç ve kanaatin açıklanması, ifadesi hürriyetini kişinin temel hakkı saymıştır.

Bu dönemde tartışılan konu, özellikle siyasal-toplumsal hayatın cereyanında düşünce, inanç, kanaat hürriyetinin ve ifade hürriyetinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı meselesi olmuştur.

Aydınlanmacı kimi düşünür, örneğin; Volter, Beccaria, Carrara, kişilerin özellikle toplumsal-siyasal hayatın cereyanına ilişkin davranışlarında, düşünce, inanç ve kanaatin hiçbir şekilde suç olamayacağını, ifade hürriyeti söz konusu olduğunda bunun sınırlandırılmayacağını kabul etmiştir. Hatta, Carrara, devlet aleyhine suçun mümkün olmadığı kanaatindeydi. Bunun için de Carrara, muhteşem eseri, *Programa'* da devlet aleyhinde suçlara yer vermemiştir.

Ancak uygulama farklı gelişmiştir.

Gerçekten, hala bugün liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet anlayışında baş yapıt olma niteliğini koruyan Zanardeli Kanunu, devlete karşı suçlar yanında, (örneğin; 145, 159, vs.,) Kamu'nun düzeni aleyhine işlenen suçlara da (311, 312, 313, vs.), yer vermiş bulunmaktadır.⁵ Ancak, Zanardelli Kanunu, hukuk düzenini kuran temel değer olarak beşeri aklı esas aldığından, nesnelleşmiş olmadıkça, yani üçüncü kişilerce algılanabilir bir nitelik kazanmış olmadıkça düşünce, inanç ve kanaatin mutlaklığını kabul etmiş, dolayısıyla ne kadar tehlikeli veya zararlı olursa olsun, düşünce, inanç ve kanaatin kendisine bir sınırlama getirmemiştir. Açıkçası, bu düşüncede, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin bir suçun konusu yapılamayacağı esası kabul edilmiştir.⁶

3. Düşünce, İnanç ve Kanaat Hürriyeti ve Dolayısıyla İfade Hürriyeti Ancak Liberal-Demokratik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde Mümkündür

Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeni, ne liberal toplum, hukuk ve devlet düzeninde olduğu gibi imtiyazcı, ne Marksist toplum hukuk ve devlet düzenlerinde olduğu gibi sınıfçı, ne de aynı şekilde Nazi/Faşist toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde olduğu gibi ırkçı toplum, hukuk ve devlet düzenidir.⁷

⁵ *Il Codice Penale per il Regno D'Italia*, Torino 1899, s. 58 (m. 58), s. 59 (m. 122, 123, 124, 126), s. 101 vd. (m. 246, 247, 248 vd.).

⁶ *Il Codice Penale*, s. 8 vd., 27 vd., 54, 100 vd.

⁷ Mantovani, *Diritto penale*, PG, Padova 1979, s. 15-23.

Bu tür toplumsal düzenlerin olmazsa olmazı çoğulculuktur.⁸ Gerçekten, liberal-demokratik devlet, toplumun çoğulculuk karakterinin ortadan kaldırılmasına veya zayıflatılmasına matuf faaliyetler karşısında tarafsız olamaz. Her beşeri toplumsal düzen gibi, liberal-demokratik toplumsal düzende, kendi öz varlığını korumak zorundadır. Bundan ötürü, belirleyici karakteri çoğulculuk olan bu beşeri toplumsal düzen, hürriyetler arasında, hürriyeti yok etme hürriyetinin olmadığı (AİHS m. 17) esasını kabul etmiştir.

Böyle olunca, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde, tezahürleri hürriyeti yok etme hürriyeti, açıkçası toplumun çoğulculuk karakterini gidermeye yönelik faaliyetler biçimine dönüşmedikçe, ne kadar zararlı veya tehlikeli olursa olsun, her çeşit düşünce, inanç ve kanaat ve bunların çeşitli yol, yöntem ve araçlarla ifade edilmesi serbesttir. Gerçekten, bu tip beşeri toplumsal düzenlerde, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlak, yani sınırsız olduğu, ama buna karşılık ifade hürriyetinin sınırlandırılabilir olduğu kabul edilmiştir.

Totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenleri, çoğulculuğu kabul etmeyen, genel olarak temelinde beşeri sezgiye dayanan toplumsal düzenlerdir. Bunları vurgulayan temel özellik, ırkçılık veya sınıfçılıktır.⁹ Bu özelliği taşıyan toplumsal düzenler, kendisinden farklı olanı yok etmek fikrine dayanmaktadırlar. Mantıklarının gereği olarak, farklılık, zararlılıktır. Bundan ötürüdür ki, bu düzenlerde, zararlı veya tehlikeli görülen düşünce, inanç ve kanaat, yani düşünce, inanç ve kanaatin kendisi yasağın, dolayısıyla suçun konusunu oluşturmaktadır.

4. Liberal-Demokratik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyeti ve Sınırı

Kişinin kendi içinde cereyan eden her çeşit devinim, hesaplaşma felsefi anlamda, davranış, fiil sayılabilir ve buna çeşitli sonuçlar da bağlanabilir.¹⁰

⁸ Çoğulculuk; düşünce, inanç ve kanaatte çokluk yanında, düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit tezahüründe çokluktur. Böyle olunca, çoğulculuğun az veya çok giderilmiş olduğu bir toplumsal düzenin, insanlık tarihinin bu kesitinde, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeni olduğu söylenemez. Ancak, bugünün değerleri ile dün yargılamaktan kaçınmak gerekir. Elbette, bu, demokrasi için de geçerlidir. Demokrasi düşüncesi, köklerini dünden alan, her gün evrime uğrayarak kendisini yeniden yaratan, önu açık, toplumsal bir yaşam biçimidir. Bugün, insanlığın bu büyük eserinin vazgeçilmesi mümkün olmayan temel karakteri çoğulculuktur. Öyleyse, çoğulculuk, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenini, teokratik, teosantrik ve diğer totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden ayırt etmede temel ölçüt olmaktadır.

⁹ Mantovani, *A.g.e.*, s. 16-21.

¹⁰ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, PG., Milano 2000, s. 218 vd.

Ancak, bu, hukuku ilgilendirmez. Hukuk, kişinin dışına çıkarak nesnelleşen, dolayısıyla başkalarınca bilinebilir, algılanabilir olan davranışları ile ilgilidir.¹¹ Bugün, çağdaş ceza hukukları “*fiilsiz suç olmaz*” temel ilkesine dayanmaktadır.¹² Öyleyse, ifade hürriyeti, bir düşünce, inanç ve kanaatin, sahibi kişinin dışında, nesnelleşmesi, yani başkalarınca bilinebilir, algılanabilir olmasıdır.

Düşünce, inanç ve kanaat, tek veya toplu, örgün ve yaygın, çok farklı biçimler altında ortaya çıkabilmekte ve çok farklı biçimlerde ifade edilebilmektedir. Bilim, sanat, basın, vs. hürriyeti, ifade hürriyetinin farklı tezahürleridir. Hatta, daha ileri giderek, bireysel veya toplumsal olarak gerçekleştirilen, toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal her türlü etkinlik, beşeri düşünce, inanç ve kanaatin şu veya bu biçimde dışa vurmasından başka bir şey değildir.¹³

Ancak, ifade hürriyetinden, genelde, kişinin evreni ve evrende kendini açıklaması, yani duygularını belirtmesi, düşünce, inanç ve kanaatini açıklaması, kısaca bunların “*dil*” ile ifadesi anlaşılmaktadır. Tabii, bu anlamda, beşeri duygu, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinde ifadesini bulduğu, nesnellik kazandığı iletişim sağlayan her çeşit araç dildir. Bu bağlamda, sadece konuşulan dil değil, müzikten yontuya, resimden dansa, şekilden tasarım vesaireye kadar beşeri duygu, düşünce, inanç ve kanaati anlatmada araç olan her beşeri etkinlik dildir.

Bu demektir ki, ifade hürriyeti, düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit tezahürü değildir,¹⁴ sadece dilde ifadesini bulan tezahürleridir. Bu anlamda, ifade hürriyeti, ifadesini, Anayasa’nın 2. maddesinin göndermede bulunduğu AİHS’nin 9 ve 10. maddelerinde bulmuştur.

AİHS, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlak olduğunu, buna karşılık ifade hürriyetinin sınırlandırılabilir olduğunu kabul etmiştir. AİHS’nin koyduğu sınırlandırma geneldir. Genelde özel olarak suç söz konusu olduğunda, AİHS, düşünce, inanç ve kanaatin kendisine dokun-

¹¹ Antolisei, A.g.e., s. 218 vd.

¹² Mantovani, A.g.e., s. 147 vd.

¹³ Bundan ötürüdür ki, ayrıca, arızî veya sürekli, yaygın veya örgün, toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal her çeşit bir araya gelme, toplanma ve örgütlenme, beşeri düşünce, inanç ve kanaatin bir tür ifadesinden baka bir şey değildir. Böyle olunca, temelinde düşünce, inanç ve kanaatin çokluğu ve çoğulculuğuna dayanan liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenlerinde bu tür tezahürlerin sınırının da teokratik ve totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden farklı olması gerekmektedir. Gerçekte, burada belirtileceği üzere, farklılık kişiye bırakılan hürriyet alanının niteliği ve genişliğinde ifadesini bulmaktadır.

¹⁴ AİHS, m. 11, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü. Gerçekten toplanma ve örgütlenme geniş anlamda ifade hürriyetinin bir tezahüründen başka bir şey değildir.

madan, ifade hürriyetini sınırlandırmada sınırının ne olduğu sorusuna bir açıklık getirmemektedir.

Gerçekten, bugün, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu bağlamında, toplumsal ihtiyaçlar gerektirdiğinde, ifade hürriyetinin sınırı ne olmalıdır tartışmaları da genel olarak bu nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır. Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet çizgisinde kalınacaksa, bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesinin yasaklanması, aynı zamanda o ifadede ifadesini bulan düşünce inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması sonucunu doğurmamalıdır. Açıkçası, sınırlandırma, ne bir düşünce, ne de bir inanç suçu yaratmalıdır.

5. Liberal-Demokratik Bir Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde, Bir Düşünce, İnanç ve Kanaatin İfadesi Hangi Koşulu Taşıdığına Suç Olmalıdır

Liberal-demokratik bir toplum hukuk ve devlet düzeninde, ne kadar zararlı veya tehlikeli olursa olsun madem düşüncenin, inancın ve kanaatin kendisi, fiilsiz suç olmaz ilkesi gereğince bir suçun konusu olamamaktadır, öyleyse ifade hürriyeti sonunda bizzat düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması sonucunu doğuracak bir biçimde düzenlenemez.

Bu durumda, ifade hürriyetini sınırlandırırken, yani genelde özel olarak bir fiil suç sayılırken, AİHS ile getirilen sınırlar yanında, kanunilik ilkesinin gereği olarak, ayrıca başka ek bir sınıra ihtiyaç bulunup bulunmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır.

Liberal-demokratik bir ceza hukuku düzeninde, ifade hürriyeti kayıtlanırken, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin teminat altına alınması zorunluluğu karşısında, ayrıca ek bir kritere ihtiyaç bulunmaktadır.

Sorunun çözümü, hukuk önermelerinin, yani beşeri davranış normlarının, amaç-araç bağıntısı esas olmak üzere yapılacak bir değerlendirilmesinde aranmalıdır.

Gerçekten, bir hukuk düzeninde, davranış normları, amaç meşru-araç meşru, amaç gayri meşru-araç gayri meşru, amaç meşru-araç gayri meşru, amaç gayri meşru-araç meşru biçiminde ifade edilebilirler.

Burada, ihtimalleri ne azaltmak, ne de çoğaltmak mümkündür.

Bu, kurulan bu bağıntının mutlak olması demektir.

Şimdi, elde ettiğimiz bu bağıntı esas olmak üzere, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, neyin yasak ve neyin serbest olduğunu bulmaya çalışalım.

Amaç meşru-araç meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar serbest, yani meşru davranışlardır. Buna karşılık, amaç gayri meşru-araç gayri meşru önermesini sağlayan beşeri davranışlar yasak, yani gayri meşru, genelde özel olarak suç olan davranışlardır.

Bu normatif temel yapı, gerek teokratik, totaliter, gerekse liberal-demokratik, tüm hukuk düzenlerinde ortaktır. Ortada bir tartışma yoktur.

Ancak ortaklık, amaç gayri meşru-araç meşru, amaç meşru-araç gayri meşru ifadelerini sağlayan davranışlar söz konusu olduğunda bozulmakta ve tartışma başlamaktadır. Gerçekten, teokratik, totaliter, toplum, hukuk, devlet düzenlerinde, hem amaç gayri meşru-araç meşru, hem de amaç meşru-araç gayri meşru önermelerini sağlayan beşeri davranışlar yasaktır, suç sayılmaktadırlar. Buna karşılık, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, sadece amaç meşru-araç gayri meşru önermelerini sağlayan beşeri davranışlar yasaktır, dolayısıyla sadece bu tür davranışlar suç sayılmaktadırlar.

Bu demektir ki, teokratik, totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden farklı olarak, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, bir düşünce, inanç ve kanaatin kendisi, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu bakımından ne kadar zararlı veya tehlikeli görülürse görülsün (amaç gayri meşru), o düşünce, inanç ve kanaatin ifadesi, yani araç gayri meşruluk içermediği sürece (araç meşru), onların tek veya toplu, yaygın veya örgün olarak açıklanması, yayılması, öğrenilmesi, öğretilmesi, vs. bir suç oluşturmadığından, kişiye bırakılmış olan serbest alan, hürriyeti alanı çok daha geniş bulunmaktadır.

İfade hürriyeti söz konusu olduğunda, işte belirtilen bu temel özellik, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzenini, teokratik ve totaliter toplum, hukuk ve devlet düzenlerinden ayırt eden ve üstün tutulmasını zorunlu kılan bir olmazsa olmazını oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, içinde şiddeti barındırdığından kendisi zararlı veya tehlikeli olan bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesinin, yani aracın gayri meşru olması demek, şiddeti içeren o düşünce inanç ve kanaatin, ayrıca ifadesinin de, şiddet içermesi, yani ifadede şiddetin bulunması demektir.¹⁵

¹⁵ Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, düşünce, inanç ve kanaatin AİHS'nin ifadesi ile açığa vurulması (m. 9/2), açıkçası ifade edilmesi (m. 10/1), idaresinin eylem ve işlemlerini değerlendirme, eleştirme, haber verme temel hakkının dışında kalan devletin bizzat erklerinin ve kuvvetlerinin ve egemenlik alametlerinin "tahkirini (veya tezyifi)" (Zanardelli Kanunu, m. 115, 123, 126), "tehdidi" (Zanardelli Kanunu, m. 154, 156), bir kişinin yüzüne karşı veya başkalarıyla ihtilat halinde onurunu kırarak bir biçimde değerlendirilmesinin "hakaret ve sövmeyi" (Zanardelli Kanunu, m. 122, 393, 395), bilim ve sanat ölçüleri dışında kalan "beşeri ar ve haya

O halde, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu normuna aykırı olarak, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenini yok etme, ortadan kaldırma amacını güden düşünce, inanç ve kanaat açıklamaları söz konusu olduğunda, ifadede şiddet unsuru, liberal-demokratik toplum, hukuk devlet düzeninde, yasakla serbesti, suçla suç olmayan davranışı ayırt etmeye yarayan sınır çizgisini oluşturmaktadır.

Bu demektir ki, söz konusu bu sınır çizgisi, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninin kimliğini, bir olmazsa olmazını ifade etmektedir, tabiri caizse onun kafa kağıdıdır.

6. Ancak, Öğretilde, İfade Hürriyetinin Sınırını Belirlemede, Yani Suç Olan Fiille Suç Olmayan Fiili Ayırt Etmek Konusunda Başka Düşünceler de İleri Sürülmüştür¹⁶

Kimi suç olan fiille suç olmayan fiili ayırt etmede düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin şiddeti içermesini esas almaktadır.¹⁷ Bu düşünce kabul edilemez. Çünkü kabul edilmesi halinde, ifade yanında düşünce, inanç ve kanaatin kendisi de yasaklanmış olur. Bu, totalitarizme de imkan sağlayabileceğinden, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde değerli görülmesi mümkün değildir.

duygularına aykırılığı" (Zanardelli Kanunu, m. 339), kamunun düzenine aykırı olarak "suç işlemeyi tahriki", "kanunlara itaatsizliği teşviki" ve "kamunun sükûnetini tehlikeye sokacak bir biçimde toplumun" muhtelif sınıfları arasında kinin (veya nefretin, vs.) tahrikini (Zanardelli Kanunu, m. 346, 347) içermesi durumunda, kuşkusuz araç gayri meşrudur. Bu durumda, diğer bazı değerlerin korunması zımında, ifade hürriyetinin kayıtlanması ve bu fiillerin suç sayılması toplumsal barışın korunması bakımından zorunlu olmaktadır.

Gerçekten, AİHS 9/2. maddesinde, bu şartların varlığı halinde ifade hürriyetinin kayıtlanabileceğini, dolayısıyla araç gayri meşru ifadesini sağlayan davranışların suç sayılabileceğini açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır.

Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde, idarenin eylem ve işlemlerini değerlendirmek, eleştirmek ve haber vermek, bu işlemler hakkında yargı yoluna gitmek kişinin temel hakkıdır. Bu hakkı eksik tanıyan veya tanımayan bir hukuk düzeni, ismi öyle bile olsa, erişkin liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeni değildir. Ayrıca, eleştirinin doğrusu-eğrisi, hafifi-ağırı, yapıcısı-yıkıcısı olmaz. Eleştiri öznel düşünce, kanaattir. En geniş anlamda idarenin "eylem ve işlemlerini" değerlendirme ile sınırlı kalmak kaydıyla (hukuka uygunluk nedeni) her hangi bir suça vücut vermez.

Hakaret söz konusu ise, özellikle "ispat hakkı" ve "savunma muafiyeti" ifade hürriyetini teminat altına alan dahiyane kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde, bilim ve sanat, yaşağın, dolayısıyla suçun konusu olamaz. Ancak, bu görüntü altında, beşeri ar ve haya duygularını zedeleyen, kısaca "insan değerini" alçaltan davranışlara izin verildiği görülmemiştir. Liberal-demokratik hukuk düzenleri de kurdukları kamu düzenini etkin kılmak

Kimi suç olan fiille suç olmayan fiili ayırt etmede ABD uygulama ve öğretisinden ortaya çıkan "açık ve mevcut tehlike" ölçütünü¹⁸ esas almaktadır.

Ancak, başka bir hukuk ikliminde oluşmuş olan söz konusu ölçütün, temelde esaslı farklılıklar gösteren Kara Avrupası ceza hukuku düzenlerinde ifade hürriyetini kayıttlayan bir suçun unsuru olarak ne kadar uyarlanabilir olduğu, ciddi düşünülmesi gereken bir konudur.¹⁹

Bu bir yana, asıl kötüsü, bu ilke kabul edildiğinde, yakın tehlike yarattığı gerekçesi ile, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin de yasaklanması mümkün olmaktadır. Oysa liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasağın konusu olmaması gerekmektedir. Gerçekten, bu tür bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, ne kadar genele aykırı düşerse düşsün, hiçbir düşünce, inanç ve kanaat tehlike doğurmaz. Kuşkusuz, olmayan bir tehlikenin, ne yakını, ne de uzağı olur.

Ayrıca, bu ilke, tehlikenin varlığının ve yakınlığının tahminini, yani yere, zamana ve şartlara göre takdirini hakime bırakmaktadır. Bu demektir ki, ortada bir tespit hükmü değil, tersine bir takdir hükmü bulunmaktadır. Hakimin de olsa, her takdir hükmü özneldir, nesnellikten yoksundur. Öznellik, özellikle demokrasi geleneğinin yetersiz olduğu ülkelerde, hukukta istikrarı, güveni bozar. Çoğu kez kanun önünde eşitsizlik yaratır.

ihtiyacı içerisindedir. Gerçekten, niteliği ne olursa olsun, ihlallere karşı kendisini savunmayan bir hukuk düzenine rastlanmış değildir. Bu bağlamda olmak üzere, kanunları, kanunun gösterdiği usul ve esaslar içinde kalarak değiştirmenin her zaman mümkün olduğu bir hukuk düzeninde suç işlemeyi ve kanunlara itaatsizliği teşvik doğal olarak suç sayılmıştır.

Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde kanun önünde eşitlik veya ayrımcılık yasağı bu düzenlerin olmazsa olmazlarından biridir. O nedenle, din, mezhep, ırk veya sınıf kavgasını tahrik (AİHS m. 9/2) suç sayılmıştır. Bu demektir ki, din, mezhep, ırk veya sınıf kavgası tahrik edilmediği sürece, her çeşit din, mezhep, ırk ve sınıf tartışmaları, toplumda var olan kurumlar olarak bunlardan birinin kendisini diğerinden üstün görmesi, tahkir ve tezyif niteliği taşımadığı sürece (araç gayri meşru) serbesttir, ifade hürriyeti içindedir.

¹⁶ Tüm tartışmalar için bkz., Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Kitabevi, Ankara 2000.

¹⁷ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Voluma quarto, UTET, Torino 1981, s. 361 vd., 375 vd., 403 vd.

¹⁸ Hakyemez, *A.g.e.*, s. 72 vd.

¹⁹ Bizce açık ve yakın tehlike ölçütü, sadece Kanun koyucunun, toplum için açık ve yakın bir tehlike doğurmadıkça, ne kadar zararlı veya tehlikeli olursa olsun, bir fiili suç saymamasını sağlayabilir. Gerçekten, bugün, örneğin; XIX. yy modası Anarşizm düşüncesinin propagandası toplum için artık bir tehlike doğurmamaktadır. Böyle olunca, Anarşizm propagandasını suç saymaya kalkışmak, Kanun koyucu bakımından herhalde hakkın kötüye kullanılması olur. Ancak, bir davranışı suç saymakta veya

Kimi, bir düşüncenin, inancın ve kanaatin ifade edilmesi ile oluşan suçların tanımında yer alması gereken bir unsur olarak ifadede şiddet unsuru ile suçun failinin ayrıca başkaları üzerinde zor kullanmasını karıştırmakta, dolayısıyla başkaları üzerinde zor kullanılmadığı sürece fiilin suç teşkil etmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu düşünce, iki ayrı fiili, dolayısıyla iki ayrı suç, suçların içtimai kurallarını göz ardı ederek, tek bir suç sayma hatasına düşmektedir. Bundan ötürü, söz konusu düşüncenin ciddiye alınabilir bir yanı bulunmamaktadır.

7. Anayasa, İfade Hürriyetine Sınır Getirirken, Yasağın Sınırı, Suçun Unsuru Olarak İfadede Şiddet Unsuruna Açık Bir Biçimde Yer Vermemiş, Sadece Düşüncede Şiddet Unsuruna Yer Vermiş, Böylece Düşünce, İnanç ve Kanaat Hürriyetinin Kısıtlanması Tehlikesine İmkân Hazırlamıştır.

Anayasa, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik 14 ve 24. maddesinde, hürriyeti yok etme hürriyetinin olmadığını kabul etmek, yani temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklamakla birlikte, sözel olarak bakıldığında, ifade hürriyetini kısıtlamada sınır olarak "*düşüncede şiddet*" unsuruna yer vermiş, yani kendisi şiddeti içeren kimi düşünce, inanç ve kanaatin şiddeti içermeyen ifadesinin suç sayılmasına kapı açmıştır. Gerçekten, Anayasa, bu maddelerinde, sözel olarak, aracın meşru olup olmamasına, yani ifadenin şiddet içerip içermemesine bakmamış; bir ifadenin, yasağın, suçun konusunu oluşturması için, amacın gayri meşru olmasını, yani düşüncenin kendisinin şiddet içermesini yeterli görmüştür.²⁰

Bu demektir ki, kanun koyucu, ifade hürriyetini sınırlandırmak, yani suç koymak ihtiyacını duyduğunda, suçu tanımlarken, suçun unsurları arasında, düşüncede şiddet unsuruna yer vermiş olması yeterli olmaktadır. Bu, hukuk düzenimizde, düşünce, inanç ve kanaatin ifadesinin suç sayılabilir olması yanında, ayrıca bizzat düşünce, inanç ve kanaatin de suç sayılabilir olması anlamına gelmektedir.

Ancak, burada, tek bir hükümden hareketle bir sonuca varmak yanlış olur. Eğer doğru bir sonuca ulaşılmak isteniyorsa, sadece "*şerh*" ile sınırlı

saymamakta bu kriter işe yarasa da, ifade hürriyetini sınırlandırma bağlamında suçun tanımında yer aldığına, düşünce, inanç ve kanaati koruyamamakta, dolayısıyla liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninin bir niteliği olan düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlaklığını sağlayamamaktadır. Kısacası, tabiri caizse, ceviz ağacı üzerine elma ağacı aşısının yapıp yapılamayacağı hususunun iyi düşünülmesi gerekmektedir.

²⁰ Gerçekten, Anayasa, 14. maddesinde "... bozmayı, ... ortadan kaldırmayı, ... yok edilmesini amaçlayan bir faaliyete bulunmaktan" söz ederek, yasağın sınırı olarak, bizzat düşünce, inanç ve kanaatte şiddeti aramış, ifadede şiddete yer vermemiştir.

kalmamak, her hükmü ait olduğu sistem içerisinde yorumlamak gerekmektedir. Bu durumda, Anayasa'nın 14 ve 24. maddeleri, münferiden değil, Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte yorumlanmak zorundadır. Gerçekten, söz konusu maddeler, Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte yorumlandığı (sistematik yorum) takdirde, hukuk düzenimizde, zorunlu olarak bir düşünce, inanç ve kanaat yasağının bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Aksinin düşünülmesi mümkün değildir, çünkü bünyesinde düşünce, inanç ve kanaat yasağına yer veren bir hukuk düzeninin, liberal-demokratik bir hukuk düzeni olması mümkün olmaz.

Tabii kafaların karışmasını önlemek için, Anayasa'nın 14 ve 24. maddelerinde öngörülen ifade hürriyetini sınırlandırmada, ifadede şiddet unsuruna açıkça yer verilmiş olması her halde isabetli bir davranış olur. Ancak, bugüne kadar, bu yola gidilmemiş olması, esasen önemli bir eksiklik de oluşturmamaktadır. Bundan böyle, kanun koyucular, uygulamacılar, ifade hürriyetini sınırlandırırken, özellikle bir fiili suç sayarken, suçun tanımında ifadede şiddet unsuruna yer vermeye özen göstermelidirler.

Geçmişte ceza mevzuatında yer alan bazı hükümler, Anayasa'ya açık aykırılık oluşturmasına rağmen, Anayasaya uygun bulunmuştur. Gerçekten, yakın zamana kadar, ceza mevzuatında kimi düşünce inanç ve kanaatin kendisini suç sayan düzenlemelere ve uygulamalara sıkça rastlanmıştır. Bugün yürürlükten kaldırılmış olan TCK'nın 141, 142²¹ ve 163.²² maddeleri, TMK'nın 8. maddesi, suçun tanımında ifadede şiddet unsuruna yer vermemiş, dolayısıyla bir düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamışlardır. Yürürlükte olmadan da öte, Anayasa'nın 2. maddesinin göndermesi ile ayrıca Anayasal bir metin niteliği kazanan AİHS²³ karşısında, söz konusu bu maddelerin, tabii bu halleriyle uzun süre yürürlükte kalmaları yanlış olmuştur.

²¹ TCK'nın yürürlükten kaldırılmış olan 141 ve 142. maddeleri Zanardeli Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu suçlar 1930 İtalyan Rocco Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak, başlangıçta kaynaktan doğru alınmış, yani suçun unsuru olarak "ifadede şiddet" unsuruyla birlikte alınmış, ama her nedense daha sonra, ifadede şiddet unsuru madde metninden çıkarılmıştır (Hafizoğulları, TCK'nın kaldırılan 142. maddesinin Türk/İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı ve Sınırları, *Ankara Barosu Dergisi*, 1989/6). Böylece, TCK'nın 141, 142. maddeleri ifade yanında düşüncenin kendisini de yasaklayan hükümler haline gelmişlerdir. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nce bazı fıkraları iptal edilmiş olmakla birlikte, İCK'nın 270 ve 272. maddeleri halen yürürlükte bulunmaktadır ve uygulanmaktadır. Hatta, İtalyan kanun koyucu, demokratik toplumu teröre ve terörizme karşı savunmada (m. 270 bis) bu yeni suç tipinden yararlanmayı ihmal etmemiştir. İtalya liberal-demokratik bir devlettir. Herhalde bunda kimsenin kuşkusuz yoktur. Öyleyse, bir şey İtalyan hukuk düzeninde mümkünse, aynı nitelikleri taşıyan diğer bir hukuk düzeninde o şeyin niçin mümkün olmadığı açıklanmalıdır. Biz, sanıyoruz ki, ifade hürriyeti tartışılırken, bütün eleştirilere rağmen (Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, PS, Volume I, Bologna, 1993, s. 31vd., 34, 36, 70),

Kaldırılmaları doğrudur.

Ancak burada yanlış olan, demokratik toplum düzeninin, sınıfçı, dinci ve ırkçı teröre karşı, AİHS'nin 17. ve Anayasa'nın 14 ve 24. son maddeleri hükmüne açıkça aykırı olarak, savunmasız bırakılmış olmasıdır. Gerçekten, iddiaların aksine, TCK'nın, 125, 146 ve 312. maddeleri, hatta bu haliyle Terörle Mücadele Kanunu, bugün demokratik toplumsal düzene karşı terörü çok yoğun seyrettiği ülkemizde,²⁴ toplumsal savunma ihtiyacını karşılamamaktadır.

Bunun kanıtı, birçok değişikliğe uğramış olmasına rağmen halen yürürlükte bulunan İtalyan Ceza Kanunu ve İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'dır. Gerçekten, İtalyan Ceza Kanunu, TCK'nın anılan maddelerinin muadili maddelere sahip olmasına rağmen (m. 241, 289, 415), bunu yeterli görmemiş, yıkıcı faaliyetlere karşı demokratik toplum, hukuk ve devlet düzenini korumak amacı ile, bu düzene düşman sınıfçı, dinci, ırkçı terörün ve terörizmin her çeşit tezahürünü, halen tartışılan konular olmakla birlikte,²⁵ düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlaklık karakterine bir zarar vermeden sınırlandırmak, dolayısıyla suç saymak (m. 270, 270 bis, 272; Cost. fin. XII.; Legge, 20 giugno 1952, n. 645) başarısını göstermiştir.

8. Yeni Türk Ceza Kanunu ve İfade Hürriyeti

Yeni Türk Ceza Kanunu, hem kimi suçları tanımlarken ifade hürriyetini kabul edilebilir ölçekte kayıtlamak yerine, bu görüntü altında düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamak yolunu seçmiş, hem de özellikle dinci, ırkçı ve sınıfçı terörün demokratik toplumsal düzeni yıkmaya amaç güden faaliyetlerinde ifade hürriyetinden yararlanmalarına kayıtsız kalmış, dolayısıyla daha işin başında, gereksiz yere, AİHS'nin 9, 10 ve 17. ve Anayasa'nın, 2, 5, 14, 23, ... 26 ve 27. maddeleri hükümleri ile çelişir olma tartışmasını yaratmıştır.

İtalyan deneyinin (bkz., Crespi-Zuccala-Stella, *Commentario breve al Codice Penale, I-II*, CEDAM, 1992, 631 vd., 272 vd., 894) göz önünde tutulmasında yarar bulunmaktadır.

²² TCK'nın 163. maddesi TCK'nın 141, 142. maddelerine benzer olarak bizim ürettiğimiz bir suç türüdür. Bu suçta da suçun tanımında ifadede şiddet unsuruna yer verilmiştir. Bu madde hükmü de düşünceyi kendisini yasaklamaktadır.

²³ AİHS 1954 yılından beri ülkemizde yürürlüktedir. Sadece 1982 Anayasası değil, 1961 Anayasası da AİHS'ye göndermede bulunmuştur. Ama, her nedense, Anayasa Mahkemesi, söz konusu bu maddeleri Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

²⁴ Hafizoğulları, *Terör ve Hukuk, Türkiyede Terörizm, Dünü, Bugünü, Gelişimi ve Alınması Gereken Tedbirler*, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2003, s. 41 vd.

²⁵ Pannain, *Manuale di diritto penale, II, Parte speciale*, Tomo primo, UTET, Torino 1957,

Kanun, 125. maddesinde hakaret ve sövme suçunu birlikte düzenlemiş, 127. maddesinde ispat hakkına, 128. maddesinde savunma hakkına yer vermiştir. Her iki hüküm liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde olmaması gereken bir biçimde ifade hürriyetini kayıtlamakta, hatta çoğu kez düşüncenin, inancın ve kanaatin kendisini yasağın konusu yapmaktadır. Öyle ki söz konusu hükümlerle getirilen düzenlemeler karşısında, en başta kişinin temel bir hakkı olan ve ayrıca kamusal bir hak niteliğini taşıyan basın hürriyeti, savunma hakkı, haklı bir neden yokken, kişinin salt bireysel nitelikte olan diğer bir temel hakkına feda edilmiştir. Her iki hüküm insanların düşüncelerini, inançlarını ve kanaatlerini korkusuzca açıklamalarına imkan vermemektedir. Kanun, suç olanla ile suç olmayanın çerçevesini çizme başarısın gösterememekte, sonunda düşüncenin, inancın ve kanaatin kendisini yasaklamak yoluna gitmektedir.

Kanun, 216. maddesinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçlarına yer vermiştir. Bu suçun esası, alenen, halk arasında kamunun esenliğini bozacak bir biçimde kini (veya düşmanlığı) tahrik etmektir. *"Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek"* ile, *"halk arasında kin (veya düşmanlığı) tahrik etmek"* ifadeleri birbirinden farklıdır, her halde bunlardan biri ötekinin anlamdaşı değildir. Öte yandan, kanun, suçun unsuru olarak başka bir hukuk ikliminde ortaya çıkmış olan *"açık ve mevcut tehlike"* kavramına yer vermiş, böylece ifadeyi sınırlandırmak yerine, bu görüntü altında sonunda düşünce, inanç ve kanaatin kendisini sınırlamış, dolayısıyla düşünce, inanç ve kanaatin kendisini suç saymıştır. Gerçekten, bu ölçü esas alındığında, birçok dinin, felsefi kanaatin veya ideolojinin açıklanması, yayılması, öğrenilmesi, öğretilmesinin *"kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike"* yaratıyor düşüncesiyle suç sayılması mümkün olabilecektir. Dün de bugün de, birçok din, felsefi kanaat ve ideoloji kendi karakterlerinden ötürü *"mutlaklık"* iddiasındadır. Günümüzde bazı çabalar olmakla birlikte,²⁶ mutlaklık iddiasında olan dinlerin *"kardeş"* olmaları tabiatlarına aykırıdır. Bunun içindir ki, insanlık, tarihte, büyük acılar karşılığı olarak, laik toplum, hukuk ve devlet düzenini yaratma başarısını göstermiştir. Böyle olunca, çatışan düşünce, inanç ve kanaatler alemini düzenlemede, en azından hukuk düzenimiz bakımından *"açık ve yakın tehlike"* kavramı maksada uygun bulunmamaktadır. Bu konuda en uygun düzenleme, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninin kanunu olan Zanardelli Kanunu'nun

s. 194 vd.; Fiandaca-Musco, A.g.e., s. 31 vd, 70.; Manzini, A.g.e., s. 403 vd.

²⁶ Gerçekten, Papa, geçen yıllarda ve özellikle 2000' li ve sonrası yıllarda, yönettiği Pazar ayinlerinde, sık sık dinler arası sevgi,bağışlama ve barışa işaret etmiştir. Gene, 2000 yılında semavi dinlere mensup din adamları, ülkemizde, Urfada, "Halil İbrahim Sofrası" adıyla yapılan toplantıda bir araya gelmişler ve dinler arası sevgi, bağışlama ve barışa gereksinme duyulduğunu ifade etmişlerdir (Basın, Nisan 2000).

gerçekleştirmiş olduğu düzenlemedir.²⁷ “Snobizm” kimseyi bir yarar sağlamaz. Amerikan kaşığı ile her zaman Türk çorbası içilemiyor. Her halde, herkesten önce kanun koyucunun bunu bilmesi gerekir.

Kanun’un 301. maddesi hükmü de liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde kabul edilebilir nitelikte değildir. Bir kere, bu suçta cezaî himayenin konusunu, Devletin erkleri ve kuvvetleri olmak zorundadır. Kanun “askeri ve emniyet muhafaza kuvvetleri” kavramı yerine “askeri veya emniyet teşkilatı” kavramını getirerek, cezaî himayenin konusunu erk olmaktan çıkarmış, teşkilata indirgemiş, dolayısıyla hiçbir neden yokken hürriyet alanını daraltmış, buna karşılık yasak alanını genişletmiştir. Ayrıca, gerekçede yer alan “ Türklük ” tanımı 1924 Anayasası, 1961 ve 1982 Anayasaları’nın 2. maddesi hükmü ile açık çelişki halindedir. Bu tanımın “Atatürk milliyetçiliği” ile hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Türklükten maksat tarih boyunca “Türkiye ahalisinin” yarattığı kültürdür. Başkasının değil ancak bunun aşağılanması suç sayılmalıdır.²⁸ Bu sınırın aşılması suç alanını genişletmektedir. Kanun’un gerekçesine itibar edilirse, hem suç alanı genişler, hem de gereksiz ırkı tartışmalar ortaya çıkar. Öte yandan, kanun, gereksiz yere, ne anlama geldiği belirsiz olan “eleştirme maksadına” yer vermiş, ancak her nedense “haber verme (veya alma) maksadına” yer verilmemiş, böylece, gerekçede “lafla” aksi iddia edilse bile, ifade hürriyeti alanını belirsiz bir biçimde daraltmıştır. Özellikle siyasi çekişmelerin çok yoğunluk kazandığı günümüzde “Aşağılama kastı” kavramı da belirlenebilir bir nitelik taşımamaktadır. Böyle olunca, ifade hürriyeti, eskiden olduğundan daha çok, bilirkişilerin insafına terkedilmiş olacaktır. Kanun’un, basın hayatının ve siyasi hayatın cereyanı kolaylaştırmamış, bunlar bakımından önceden öngörülemez büyük tehlikeler yaratmıştır. Gerçekten, basın sadece eleştirmez, asıl işlevi haber vermektir. Kurumsallıklarına dokunmadan eylem ve işlemlerinden ötürü siyasi iktidarları beğenmemek, kötülemek, yermek

²⁷ “... incitare all’ odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillita’ ...” Yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu, Codice Penale, m. 415. Istigazione a disobbedire alle Leggi-Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all’ odio fra le classi sociali e’ punuto... Bkz., ayrıca, La Corte Cost., Sentenza, 23 April 1974, no. 108 (Chiavario-Manziona-Padovani, Codici e leggi per l’udienza penale, Zanichelli, 2000.1., s. 76). Görüldüğü üzere, kanunun düzenlemesi, ne Zanardelli Kanunu’ndaki, ne de yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye benzemektedir. İtalya AB üyesi bir ülkedir. En azından bu kanunlara bakılmış olsaydı düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin yasaklanması yoluna gidilmezdi. Kanun’un bu düzenlemesi liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde kabul edilebilir bir düzenleme değildir.

²⁸ Buna benzer bir örnek bugün yürürlükte bulunan İtalyan Ceza Kanunu’nun 291. maddesi hükmünde yer almaktadır. Kanun “İtalyan Ulusu”nu aşağılamayı suç saymıştır (Fiandaca-Musco, A.g.e., s. 80).

ve gene devletin bizzat erklerine saldırmadan, kamu idaresinin eylem ve işlemlerini bu sınırlar içinde kalarak isteyeninin istediği biçimde değerlendirmesi demokratik toplumsal-siyasi hayatın bir olmazsa olmazıdır. Kamu idaresinin eylem ve işlemlerinde bir dokunulmazlığı yoktur.

“Ermeni iddialarını” haklı kılacak bir biçimde “insanlığa karşı diğer suçlara” yer vermiş olmasına rağmen (m. 77), kanun, her nedense, demokratik toplumun düşmanı olan, özellikle ülkemiz bakımından dün de bugün de “yakın ve mevcut tehlike” doğuran dinci, ırkçı, sınıfçı teröre ve terörizme karşı mücadelede, Anayasa’nın 5, 14, 23 ve AİHS’nin 17. maddeleri hükmünü göz ardı etmiş, ifade hürriyetinin yıkıcı amaçlarla kullanılmasına imkan vermiş, dolayısıyla demokratik toplum düzeni terör ve terörizme karşı savunmasız bırakmıştır.

Sözün kısası, Yeni Türk Ceza Kanunu, Anayasa’nın 2. maddesinin ve bu maddenin göndermede bulunduğu AİHS’nin kapsamını ve sınırlarını belirlediği liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzenini sağlayan temel nitelikleri taşımamaktadır. Kanun, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninin zorunlu ögesi çoğulculuğun gereklerine uygun olmayan bir biçimde ifade hürriyetini sınırlandırmış, tabii bunun sonucu olarak da düşünce, inan ve kanaatin kendisini suç saymıştır. Gerekçelerinde aksini ileri sürse bile, kanun, bu hali ile totaliter bir devletin ceza kanunu görünümündedir.

9. Sonuç

Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, ifade hürriyeti, sadece amaç meşru-araç gayri meşru ifadesini sağlayan davranışlarla sınırlıdır.

Böyle olunca, ne kadar tehlikeli veya zararlı görülürse görülsün (amaç gayri meşru), bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesi gayri meşru olmadığı sürece (araç gayri meşru), o ifade hiçbir kayıtlamanın veya suçun konusu yapılamaz.

Ancak ifade şiddeti içerdiğinde, yani ifadenin kendisi şiddetin ifadesi olduğunda, araç gayri meşrudur, dolayısıyla ifade suç olmaktadır.

Toplum bakımından zararlı veya tehlikeli görülerek yasaklanmak istenen bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesi suç sayıldığında, tabii kanunilik ilkesinin gereği olarak, suçun unsurları arasında ifadede şiddet unsuruna yer verilmelidir. Gerçekten, suçun tanımında sadece düşünce inanç ve kanaatin kendisindeki şiddeti ifade etmek, yeterli değildir. Bu

tür eksik bir tanımlama, sonunda, ifade hürriyetinin yanında, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin de, kayıtlanması sonucunu doğurur. Elbette, liberal-demokratik toplum hukuk ve devlet düzeninin karakterine aykırı düşün böyle bir uygulamanın kabulü mümkündür.

Liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet düzeninde, kanun koyucu, hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu bağlamında, demokratik toplum için zararlı veya tehlikeli gördüğü bir düşünce, inanç ve kanaatin ifadesini yasaklamak, yani suç saymak istiyorsa, AİHS'nin 9 ve 10. maddelerinde koyduğu kayıtlar yanında, suçun tanımında, kanunilik ilkesinin gereği olarak, ifadede şiddet unsuruna yer vermek zorundadır. Aksi halde, kanun koyucu, istemiş olmasa da, ifade hürriyetini sınırlandırayım derken, mutlak olan düşünce hürriyetini sınırlandırmış olur. Kuşkusuz, bu tür bir düzenleme, liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet fikriyle bağdaşmaz.

Böyle olunca, görevi AİHS hükümlerini uygulamak olan AİHM, üye devletin ifade hürriyetini kayıtlayan bir işlem, Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerine uygunluğunu denetlerken, bu maddelerde yer alan kayıtlar yanında, ayrıca suçun tanımında yer alması zorunlu olan ama ihmal edilmiş bulunan ifadede şiddet unsurunun yargılanmış olan fiilde bulunup bulunmadığını denetlemek zorundadır. Bu demektir ki, suçun unsuru olarak, ifadede şiddet unsuru, AİHM'nin göz önüne almak zorunda olduğu geçerli tek ilke olmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin niteliğinin liberal-demokratik bir devlet olduğunu kabul etmiştir. Anayasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinin karşısında, düşünce, inanç ve kanaat hürriyeti mutlaktır, hiçbir ad ve maksatla kayıtlanamaz.

İfade hürriyeti, Anayasa'nın 2. maddesinin yaptığı gönderme ile Anayasa'nın 2. maddesinde niteliği belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuksal içeriğini oluşturan AİHS'nin 9 ve 10. maddelerinin koyduğu esaslar içinde kalınarak kısıtlanabilir.

Hürriyeti yok etme hürriyetinin yokluğu ilkesini tehlikeye sokan veya bu ilkeye zarar veren davranışların suç sayılması gerekli görüldüğünde, kanun koyucu, ifade hürriyetini sınırlandırırken, suçun tanımında, ifadede şiddet unsuruna yer vermek zorundadır. Aksine bir davranış, düşünce, inanç ve kanaatin kendisini yasaklamak olur. Kuşkusuz, bu, kapsamı ve sınırları Anayasa'nın 2. maddesi ve bu maddenin göndermede bulunduğu AİHS ile içeriği belirlenmiş olan liberal-demokratik Türk toplum, hukuk ve devlet düzeninin yara alması sonucunu doğurur.

Böyle olunca, toplumunun Anayasa'nın 2. maddesi ile belirlenmiş bu-

lunan toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzenlerini yıkmaya matuf faaliyetler, düşünce, inanç ve kanaat bazında ne kadar zararlı veya tehlikeli olurlarsa olsunlar, açıklanmaları, ancak tanımında “ifade şiddet unsuruna” yer verilmesi halinde suç sayılabilirler.

Gerçekten, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin suç olmadığı bir hukuk düzeni isteniyorsa, başta Ceza Kanunu olmak üzere tüm ceza mevzuatı taranmalı, ifadede şiddet unsuruna yer vermeyen ifade hürriyeti kayıtlamaları, ya hürriyeti yok etme hürriyetine imkan tanıyan bir ortam yaratılmadan ortadan kaldırılmalıdır, ya da bu kayıtlamalar gözden geçirilerek, suçların tanımlarında ifadede şiddet unsuruna yer verilmelidir.

Düşünce, inanç ve kanaati yasaklayan TCK'nın 141, 142, 163. maddelerinin ve TMK'nın 8. maddesinin kaldırılması yerinde olmuştur.²⁹

Ancak, demokratik toplumun toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzenlerinin, ifade hürriyeti bağlamında, kökten dinci, ırkçı ve sınıfçı teröre karşı savunmasız bırakılması, hiç de isabetli olmamıştır. Anayasa'nın 14, 24. maddeleri ve AİHS'nin 17. maddesi emrine uyararak, liberal-demokratik bir toplum hukuk ve devlet düzeninde kabul edilebilir ölçüler içerisinde, Türk toplumu, teröre ve terörizme karşı savunmasız bırakılmamalıdır.

Amacı sadece demokratik düzeni ortadan kaldırmak olan terör mensuplarının, amaçlarına ulaşmak amacıyla, ifade hürriyetinden yararlanmaya hakları yoktur.

Terör ve terörizmi algılamada özensizlik gösteren uluslar, bedelini ağır ödemişlerdir.

Yeni Türk Ceza Kanunu, teröre ve terörizme kayıtsız kalmak yanında, bir yandan kabul edilemeyecek bir biçimde ifade hürriyetini sınırlandırırken, öte yandan düşünce, inanç ve kanaatin kendisini suç saymıştır. Kanun, maalesef, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninin gereklerini sağlayamamıştır.

²⁹ Hafizoğulları, TCK'nın 141, 142 ve 163. Maddeleri Üzerine Düşünceler, *GÜ Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, sayı. 1, 1990, s. 261 vd.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 6/3-a UYARINCA İSNADIN BİLDİRİLMESİ VE TÜRK HUKUKU

Doç. Dr. Metin FEYZİOĞLU*

Sunuş

İsnat, Ceza Kanunu tarafından suç olarak öngörölmüş bir fiilin bir kimse tarafından işlendiğinin iddia makamınca ileri sürölmesi, bu fiilin o kişiye bağlanmasıdır.¹ Kamu davasının açılması, Ceza Kanunu tarafından yasaklanmış bir fiilin sanık tarafından işlendiğinin, Cumhuriyet Savcısı tarafından ona isnat olunması demektir. Böylece, mahkemenin huzuruna, yargılanması gereken bir uyuşmazlık getirilmiş olur.

Son soruşturmada mahkeme, iddia ve savunma makamlarının görüşlerini dinlemek ve değerlendirmek, böylece, çelişme yöntemini uygulamak suretiyle uyuşmazlığı çözecektir. İddianın karşısında savunmaya yer verilmediği sürece, maddi ve hukuki sorunun ceza muhakemesinin amacına uygun bir şekilde çözüldüğü kabul edilemez. Çünkü kısaca belirtmek gerekirse, ceza muhakemesinin amacı, adli yolla maddi ve hukuki sorunu çözmektir.² Adli yol ise, adil yargılama³ kurallarına uyulmasını gerektirir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Kunter-Yenisey, Cilt I, s. 267.

² "Bugünün muhakeme hukukunda şu üç hedefe birlikte varılmağa çalışılmak gerektiği haklı olarak söylenebilir: hakikatin araştırılması, insanlık onuruna saygı gösterilmesi, masumları cezalandırma riskinin azaltılması" (Kunter-Yenisey, Cilt I, s. 25).

³ "Adil yargılanma" 4709 sayılı Kanun'la Anayasa m. 36'ya girinceye değin, AİHS'nin İngilizce metnindeki "fair trial" tamlamasını, "dürüst muhakeme" şeklinde tercüme ediyorduk. Böylece hem "adalete yalnız adli yolla ve hileye başvurulmaksızın ulaşılması gerekliliğini" hem de "yalnız yargılamayı yapan yargılama makamının değil, iddia makamının da dürüst olması gerektiğini" vurgulamış oluyorduk. Bu konuda bkz., Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, s. 69 dipnot 197. Bir yargılamanın, adil olmasına rağmen, dürüst olmayabileceği, bu nedenle "dürüst yargılanma" denilmesi gerektiği konusunda bkz., Dönmezer, s. 19. Bundan böyle, içeriğini "dürüst muhakeme" ola-

Hakkındaki isnadı bilmeyen bir sanığın kendini savunması mümkün değildir. Bu nedenle, isnadın bildirilmesi ilkesi, ceza muhakemesinin temel ilkelerindedir. Sanığa kendini savunma imkanı tanınmaz ise, iddianın karşısında savunmaya yer verilmemiş demektir. Savunma olmazsa, çelişme yöntemi uygulanamaz, adil yargılamadan söz edilemez.

İsnat, sanığın savunma yapabilmesini sağlamak amacıyla bildirildiğine göre, bildirimde, sanığın hangi fiili, nerede ve ne zaman işlemekle suçlandığının ve bu fiilin hukuki vasıflandırmasının açıklanması gereklidir.⁴

Aşağıda isnadın bildirilmesi konusu, önce AİHS m. 6/3-a çerçevesinde incelenecek, sonra bu konu, Türk hukukunda son soruşturma açısından ele alınacaktır. Türk hukuku açısından yapılacak incelemelerimizde, konuyla ilgili CMUK ve AYUK hükümleri açıklanmaya çalışılacaktır. İsnadın, dava açılmasından önce de bildirilmesi mümkün ve gereklidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere AİHS m. 6/3-a kamu davasının açılmasıyla birlikte kullanılabilen bir hakka yer verdiğinden, Türk hukukuna yönelik tespit ve açıklamalarımız, son soruşturma safhasıyla sınırlı tutulacaktır. Ayrıca şahsi davada isnadın bildirilmesine de, bu davanın istisnai bir dava türü olması nedeniyle, metin içerisinde yer verilmeyecektir.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 6/3-a

1. Genel Olarak

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre her sanık, “*Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı dille ve etraflıca haberdar edilmek*” hakkına sahiptir. Sözleşme'nin İngilizce orijinal metni incelendiğinde,⁵ (a) bendindeki hakkın, ceza davasının açılmasıyla birlikte kullanılabilir bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir.⁶

İsnadın bildirilmesinin amacı, sanığın savunma hakkını kullanmasını temin olup, 3. fıkranın (a) bendi, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin bütünü içerisinde değerlendirilmelidir. Esasen, 6. maddenin 3.

rak anlamak kaydıyla, Anayasa'daki terminolojiye sadık kalarak, “adil yargılanma” diyeceğiz.

⁴ Özgen, s. 119.

⁵ İngilizce metinde, 3. fıkrada “charged with a criminal offence”, (a) bendinde ise “accusation” ifadeleri kullanılmaktadır.

⁶ Schroeder, s. 12, 14, 27; Gölcüklü-Gözübüyük, s. 240. Sözleşme'nin Almanca resmi tercümesinin yarattığı tereddüt hakkında bkz., Schroeder, s. 27.

AİHM, bir isnadın resmi bir isnadın varlığını, dolayısıyla, kişinin sanık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini, taraf devletin hukukuna göre değil, Sözleşme'ye göre değerlendirmektedir. Bu konuda bkz., AİHM, Deweer/Belçika kararı, 27.02.1980, 41-44. paragraf.

paragrafında sayılan “garantiler”, aynı maddenin 1. paragrafında yer alan adil yargılanma hakkı içerisinde yer alırlar.⁷ Bu itibarla, sanığa isnadın bildirilmediği bir yargılama, adil olarak kabul edilemez.⁸

Bu çerçevede isnadın bildirilmesi sanığın, savunmasını hazırlamak için gereken zaman ve kolaylıklara sahip kılınmasını hükme bağlayan (b) bendi ile de doğrudan ilişkilidir.⁹

Bildirimde uyulması zorunlu bir şekil yoktur;¹⁰ yazılı veya sözlü yapılabilir. Bildirimin, iddianamenin tebliği suretiyle de yapılması mümkündür. Çünkü iddianame, ceza davalarında belirleyici öneme sahip bir belgedir ve bu belgenin tebliğiyle birlikte sanık, kendisine yöneltilen suçlamanın hukuksal ve maddi sebepleri hakkında bilgilendirilmiş olur.¹¹ Her ne kadar AİHS, bildirim şeklinin nasıl olacağı konusunda bir hüküm içermese de, maddi olayın, sözlü bildirim halinde anlaşılması güç, karmaşık parçalardan oluşması halinde, bildirim yazılı yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir kabul, bildirimdeki amaca da uygun olacaktır. Ayrıca sanığın bildirim yapıldığı lisanı anladığı ama ana dilinin başka olduğu hallerde, isnadın sanık tarafından daha iyi ve doğru anlaşılması açısından bildirim yazılı yapılması, somut olayda gerekebilir.¹²

Bildirim hangi şekilde yapılırsa yapılsın, şu esaslara mutlaka uyulmalıdır:

Bildirim, isnadın mahiyet ve sebebini içermelidir.

Bildirimde isnat, etraflıca açıklanmalıdır.

Bildirim, sanığın anladığı dilde yapılmalıdır.

Bildirim, en kısa bir zamanda yapılmalıdır.

⁷ AİHM, Kremzow/Avusturya kararı, 21.9.1993, 44. paragraf ve hüküm fıkraları 4-8; AİHM, Colozza/İtalya kararı, 12.02.1985, 26. paragraf; AİHM, Deweer/Belçika kararı, 27.02.1980, 56. paragraf; AİHM, Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 17.07.2001, 49. paragraf.

⁸ Gölcüklü - Gözübüyük, s. 239; Gomien-Harris-Zwaak, s. 188.

⁹ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 52 ve 54. paragraf; AİHM, Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 17.07.2001, 50. paragraf.

¹⁰ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 53. paragraf.

¹¹ AİHM, Kamasinski/Avusturya kararı, 19.12.1989, 79. paragraf; AİHM, Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 17.07.2001, 48. paragraf.

¹² AİHM, Kamasinski/Avusturya kararı, 19.12.1989, 79. paragraf.

2. İsnadın Mahiyet ve Sebebi

a. İsnadın Sebebi

İsnadın sebebi, sanığın işlediği iddia edilen fiildir. Burada fiil ile kast olunan, dış dünyada gerçekleştiği ileri sürülen ve insan davranışlarından oluşan maddi olaydır. Bu maddi olay, sanığın hayatından bir kesitle ilgilidir. Maddi olayın, çeşitli parçaların bir araya gelmesi sonucu, karmaşık bir bütün şeklinde karşımıza çıkması da mümkündür.¹³

İsnadın sebebi, aşağıda, isnadın etraflıca bildirilmesi başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden, burada bu kadar açıklama ile yetineceğiz. Ancak son olarak, AİHM m. 6/3-a'nın, isnadın dayanağını teşkil eden delillerin bildirilmesine dair bir hüküm içermediğini belirtmek istiyoruz.

b. İsnadın Mahiyeti

İsnadın mahiyeti, fiilin hukuki vasıflandırmasıdır. Bildirimde, isnat edilen fiilin hangi ceza normunu ihlal ettiği hususu yer almalıdır.¹⁴

Fiilin iç hukukta adli suç (ceza hukuku anlamında bir suç) olarak vasıflandırılmıyor olması, AİHM'ye göre, 6. maddenin cezai uyumsuzluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Devletlerin hangi fiili adli, hangi fiili idari suç olarak düzenlemeleri gerektiğini gösteren listeler olmasa bile, AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerin hayata geçirilebilmesini teminen, çeşitli ölçütler geliştirmiştir.¹⁵ Bu çerçevede mahkeme, değerlendirmesini yaparken, yalnızca, fiilin iç hukuk tarafından adli suç olarak düzenlenip düzenlenmediğiyle yetinmemekte, fiilin niteliği ile müeyyidenin nitelik (örneğin; tazmin edici mi cezalandırıcı mı olduğu¹⁶) ve ağırlığına da bakmaktadır.¹⁷

¹³ "Ceza davasının konusu, fertlerin hayatlarından alınan belli bir kesintinin ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku bakımından değerlendirilmesidir. Ancak bu değerlendirme yapılırken buna bir sınır çizilmesi de zorunludur. Bu sınırlama maddi vakıalar karşımı ile yapılabilir ve bu sınırlamanın da dava açılırken iddianamede yapılması gereklidir. Buna göre bence bir ceza davasının konusu iddianamede belirtilen maddi vakıalar karşımı ile sınırlandırılan insan davranışlarıdır. Bu sınırlar içinde hakim araştırma ve tavsif etme yetkisine sahiptir, bu sınırın dışına çıkmadığında, dava konusu da aşılmış olacaktır. Özet olarak belirtmek gerekirse diyebilirim ki, ceza davasının konusu, iddianamede yer alan maddi vakılardan doğan insan davranışlarıdır" (Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 67).

¹⁴ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 51. paragraf.

¹⁵ Gomien - Harris - Zwaak, s. 180; Ayrıca bkz., Fawcett, s. 23-24; Kidd, s. 856 vd.

¹⁶ AİHM, Bendenoun/Fransa kararı, 24.02.1994, 47. paragraf

¹⁷ Gomien - Harris - Zwaak, s. 180; AİHM, Engel ve diğerleri/Hollanda kararı, 8 Haziran 1976, 82 paragraf; AİHM, T/Austria kararı, 24 Ekim 2000, 61. paragraf.

Yargılama sırasında fiilin hukuki vasıflandırmasının değişmesi durumunda, sanık bu değişiklikten de haberdar edilmelidir. Ancak bu şekilde, çelişme yöntemi uygulanabilir; sanık, yeni vasıflandırmaya karşı diyeceklerini dile getirebilir.¹⁸

Fiilin mahkemece yapılan yeni vasıflandırmasının, Ceza Kanunu'nda başlangıçtaki vasıflandırmasıyla aynı başlık altında düzenlenmiş olması, vasıf değişikliğinin esasa etkili olmadığı, önceki vasıflandırmaya göre yapılan savunmaların, yeni vasıflandırma açısından da aynen geçerli olacağı, bu itibarla, yeni vasıflandırmanın bildirilmesinin gerekmediği anlamına gelmez. Önemli olan, yeni vasıflandırmadaki maddi ve manevi unsurların, eski vasıflandırmaya göre farklılık göstermesidir.¹⁹

Müdahilin, mahkemeye verdiği dilekçelerde fiili farklı şekilde vasıflandırmış olması, bu vasıflandırmanın, savcı veya mahkeme tarafından dikkate değer bulunduğu sanığa bildirilmediği sürece, sanığın, mahkemenin de fiili farklı şekilde vasıflandırabileceği konusunda bilgilendirildiği anlamına gelmez.²⁰

Vasıf değişikliği sanığa bildirilmiş olsaydı, sanığın, o ana kadar yaptığı savunmalardan farklı bir savunma yapıp yapmayacağı, AİHM'ce değerlendirilemez. Çünkü savunmanın hangi esaslara dayandırılacağına ilişkin tespiti, AİHM'nin görevine giren bir husus değildir.²¹

3. İsnadın Etraflıca Açıklanması

İsnadın bildirildiğinden söz edilebilmesi için, hem fiilin hem de nasıl vasıflandırıldığına ilişkin bildirilmesi elbette gereklidir. Bu bağlamda, fiil açıklandıktan sonra, fiilin hangi kanun maddesini ihlal ettiği, hangi suça vücut

Taraf devletin, bir fiili AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen hakları bertaraf etmek amacıyla "idari suç" olarak düzenlemesinin Sözleşme'nin ihlali olduğuna dair: AİHM, Öztürk/Almanya kararı, 21.02.1984, 49. paragraf.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal eden davranışların idari suç olarak düzenlenip, cezalandırılmasının mümkün olduğu, ancak iç hukukta disiplin kuralı olarak öngörülmüş bir kuralın, soruşturmayla ya da mahkemeye ilgili kişi gruplarının dışındaki çok geniş bir kesime, ayırım yapmaksızın herkese hitap etmesi halinde, kuralın müeyyidesinin disiplin müeyyidesi olarak nitelendirilemeyeceğine dair: AİHM, Weber/İsviçre kararı, 22 Mayıs 1990, 33. paragraf.

Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri bertaraf etmek amacıyla yerel mahkemenin böyle bir yetkiyle donatıldığı, âkit devletin kötü niyetli olduğu ve dolayısıyla sözü geçen maddenin, bu hallerde de uygulanması gerektiği kabul edilemez.

Mahkemenin, muhakeme sırasında meydana gelen uygunsuz ve kural dışı davranışları cezalandırma yetkisinin, onun gereken düzen içerisinde yargılama yapmak görev ve yetkisinin ayrılmaz bir parçası olduğuna, bu yetkinin, ceza hukuku anlamında bir suçun cezalandırılmasına ilişkin olmayıp, bir disiplin yetkisi olarak nitelendirilmesi

verdiği de, bildirimde yer almalıdır. Ancak isnadın etraflıca açıklanması, daha ziyade fiil ile ilgilidir.

Bildirimde, fiilin soyut bir şekilde açıklanması yeterli değildir. Fiil, uyumsuzluk konusu olay ayrıntılı bir şekilde açıklanmak suretiyle bildirilmelidir. Böylece sanık, hangi fiili, nerede, ne zaman işlemekle suçlandığı bilebilecek ve savunmasını buna göre yapma imkanına sahip olabilecektir.²²

Yukarıda da değinildiği üzere, isnadın bildirilmesi, AİHS tarafından özel bir şekle bağlanmamıştır. Bildirim sözlü veya yazılı olabilir. İsnadın, iddianamenin tebliği suretiyle de bildirilmesi mümkündür.

İsnadın dava açan belgede etraflıca açıklanması, adil yargılanma hakkının özünde yer alan davasız yargılama olmaz ve dava açan belgeyle bağlılık ilkeleri açısından önemlidir.

Şöyle ki, önüne dava yoluyla gelmeyen bir uyumsuzluğa bakması halinde, mahkeme, hem iddia eden hem de yargılayan makam konumunda olacağından, yargılamanın adil olduğu kabul edilemez. Davasız yargılama olmaz ilkesinin ihlali sonucunda iddia edenle yargılayan aynı makamda birleşeceğinden, mahkemenin tarafsızlığı da zarar görür. Hatta sanığın suçsuzluk karinesinden yararlanma temel hakkı²³ da ihlal edilmiş ve sanık, suçsuzluğunu ispatlamak zorunda bırakılmış olur.

Davasız yargılama olmaz ilkesinin bir anlam ifade edebilmesi için, mahkemenin dava açan belgeyle bağlı olması gereklidir. Aksi takdirde, dava açan belgede yer almayan fiiller de yargılama süreci içerisinde, yargılanan uyumsuzluğa dahil edilebilir.

Dava açan belgede isnadın etraflıca açıklanması, isnadın somutlaştırılmasını sağlar. Böylece, mahkemenin, yargılamada bağlı kalacağı maddi

gerektiğine, taraf devletin, Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri bertaraf etmek amacıyla yerel mahkemeye böyle bir yetki verdiğinin kabul edilemeyeceğine dair: Ravensborg judgment, 23 March 1994, series A, vol. 283-B, 34. paragraf.

¹⁸ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 48. paragraf.

¹⁹ AİHM, Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 17.07.2001, 53 ve 54. paragraf.

²⁰ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 55. paragraf. AİHM'nin bu paragraftaki gerekçesinin incelenmesinden, müdahilin farklı vasıflandırmasına, savcının veya mahkemenin katıldığıнын ya da en azından değerlendirmeye alacağıının sanığa açıklanması halinde, bildirimde bulunduğuunun kabul edilebileceği sonucu çıkarılabilir.

²¹ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 60. paragraf; AİHM, Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 55. paragraf.

²² "Savunmanın yapılmasını sağlayabilecek yeterlikteki bir ölçüde ayrıntı, amaca uygun olarak kabul edilmelidir" (Donay, s. 132-133).

²³ Suçsuzluk karinesinin anlamı ve kapsamı için bkz., Feyzioğlu, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 139-141.

olay ortaya konulmuş olur. İsnat, dava açan belgede somutlaştırılmazsa, uyuşmazlık konusu maddi olay, yargılama sırasında, yargılamayı yapan mahkeme tarafından şekillendirilir. Maddi olayın mahkeme tarafından yargılama sırasında somutlaştırılması durumunda, hem sanık hangi isnada karşı kendini savunacağını bilemez hem de mahkemenin yaptığı yargılama, adil yargılama olarak kabul edilemez.

4. İsnadın Sanığın Anladığı Dilde Bildirilmesi

İsnadın bildirilmesinin bir anlam ifade edebilmesi için, bildirim, sanığın anladığı dilde yapılmalıdır. Sanığın, isnadın yapıldığı dili anlayıp anlamadığı konusunda tereddüt edilmesini gerektiren sebepler varsa, Taraf Devlet, m. 6/3-a'yı ihlal etmemek üzere üzerine düşeni yerine getirmeli, isnadın, sanığın anladığı dilde yapılmasını temin etmelidir.²⁴

Dava dosyasının tamamının sanığın anladığı dile tercüme edilmesi gerekmez. Önemli olan, isnadın, sanığın anladığı bir dilde yapılmasıdır.²⁵

Birden çok dil bilen bir sanık söz konusu olduğunda isnadın hangi dilde bildirileceğine, sanık değil, bildirim yapan makam karar verecektir.

İsnat, sanığın anladığı dilde bildirilmezse, gıyapta yargılamanın yapılabildiği durumlarda, sanığın, yargılama sırasında hazır bulunma hakkı da tehlikeye sokulabilir. Çünkü anlamadığı bir dilde bir belgeyi tebellüğ eden kişi, o belgeyle kendisine bir suç isnat edildiğini anlamayacağı gibi, yargılama sırasında üzerine düşen görevleri de bilemeyecektir. Mahkeme, isnadın bildirilmiş olmasına rağmen, sanığın üzerine düşenleri yapmadığı, örneğin, bir avukat tayin etmediği veya çağırıldığı gün, yer ve saatte hazır bulunmadığı gerekçesiyle yargılamaya başlarsa, sanığın, 6/1. maddede açıkça ifade edilmeyen, fakat hükmün özünde yer alan "yargılama sırasında hazır bulunma hakkı" ihlal edilmiş olur.²⁶

²⁴ Brozicek/İtalya davasında, İtalyan hükümeti, Brozicek'in İtalyanca "anladığımı" ileri sürmüştür. Fakat AİHM, dava dosyasındaki bilgilerden yola çıkarak, Brozicek'in İtalyan olmadığına, İtalya'da yaşamadığına ve İtalyan makamlarını, isnadı bildiren belgeyi tebellüğ ettiğinde, kendisinin İtalyanca bilmediği ve belgeyi anlamakla zorluk çektiği konusunda uyarıp, belgenin ana diline veya Birleşmiş Milletler'in resmi dillerinden birine çevrilerek gönderilmesini talep ettiğine, buna karşın İtalyan makamlarının, Brozicek'in İtalyanca anladığını kanıtlayabilecek bilgiye sahip olmadıkları halde, işlemlere devam ettiklerine dayanmıştır. Böylece mahkeme, isnadın, sanığın anladığı dilde bildirilmediği sonucuna ulaşmıştır (AİHM, Brozicek/İtalya kararı, 19.12.1989, 41. paragraf).

²⁵ Tezcan - Erdem - Sancakdar, s. 267.

²⁶ AİHM, Brozicek/İtalya kararı, 19.12.1989, para. 43-46. Hazır bulunma hakkının m. 6/1 kapsamı içinde yer aldığına dair bkz., AİHM, Colozza/İtalya kararı, 12.02.1985, 27. paragraf.

5. İsnadın En Kısa Zamanda Bildirilmesi

İsnadın en kısa zamanda bildirilmesi, hemen bildirilmesi demek değildir. İsnadın bildirilmesindeki amaç, sanığın savunma yapmasını temin etmek olduğuna göre, bildirim, sanığın savunmasını hazırlamasına imkan verecek bir zamanda yapılmalıdır. Bu itibarla, isnadın bildirilmesi ile yargılamaya başlanması arasında sanığa, savunmasını hazırlamaya yetecek kadar süre verilmelidir.²⁷

Yargılama sırasında, mahkemece vasıf değişikliğine gidilirse, savunmaya yeteri kadar süre verilmelidir. Tanınan süre, sanığın bu değişikliği dikkate alarak savunmasını yeniden şekillendirmesini ve böylece etkili bir savunma yapmasını sağlamaya yetecek kadar olmalıdır. Öyleyse, mahkemenin vasıf değişikliği yaptığını kararla birlikte²⁸ veya son celsede, karar verilmeden hemen önce²⁹ öğrenen bir sanığın savunma hakkı, AİHS'ye aykırı olarak ihlal edilmiş demektir.

II. CEZA MUHALEMELERİ USULÜ KANUNU VE ASKERİ MAHKEMELER KURULUŞU VE YARGILAMA USULÜ KANUNU'NA GÖRE İSNADIN BİLDİRİLMESİ

1. İsnadın İddianamenin Tebliği Suretiyle Bildirilmesi

a. İddianamenin Unsurları

CMUK m. 147'ye göre son soruşturmaya başlanması için kamu davasının açılması gereklidir. Öyleyse, davasız yargılama yapılamaz.

CMUK m. 163/2'ye göre, isnat olunan suçun neden ibaret olduğunun, suçun kanuni unsurlarının ve uygulanması gereken kanun maddelerinin, diğer bazı hususlarla birlikte iddianameye yazılması zorunludur.³⁰

²⁷ AİHS m. 6/3-a'daki "kısa zaman" ile, çalışmamızın konusuna girmeyen m. 5/2'deki "kısa zaman" aynı değildir. AİHS m. 5/2, tutuklanan kişiye, tutuklama sebebinin ve hakkındaki isnatların kısa zamanda bildirileceğini düzenlerken amacı, aynı maddenin 4. fıkrasındaki itiraz hakkının kullanılmasını temindir. Bu nedenle, m. 5/2, bildirim ayrıntılı olmasını aramamaktadır. Önemli olan, tutuklanan kişinin bir an önce itiraz edebilmesi için, tutuklama sebebi ve isnadın, tutuklamadan kısa süre sonra bildirilmesidir (Gomien-Harris-Zwaak, s. 188; Gölcüklü - Gözübüyük, s. 221-222). Oysa AİHS m. 6/3-a'nın amacı, sanığın, hakkında açılan ceza davasında isnadı öğrenmesi ve böylece savunmasını hazırlayabilme imkanına sahip kılınmasıdır (Tezcan-Erdem-Sancakdar, s. 267). Dolayısıyla, bildirim ayrıntılı olmalıdır. Bildirimin zamanında yapılıp yapılmadığı ise, ceza davasında sanığa savunma hazırlamaya yetecek süre tanınıp tanınmadığına göre değerlendirilmelidir.

²⁸ AİHM, Pélissier ve Sassi/Fransa kararı, 25.03.1999, 62. paragraf.

²⁹ AİHM, Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 17.07.2001, 57. paragraf.

³⁰ "CMUK'un 163. maddesine aykırı olarak iddianamede tatbiki icap eden kanun maddelerinin gösterilmemesi, bozmayı gerektirmiştir" (Y. 8. CD, 15.1.1987, 5770/342, Yaşar, Cilt I, s. 793).

CMUK m. 163'ün "Cumhuriyet Savcısı'nın Sulh Ceza Mahkemesi'nin görevine giren işler için düzenleyeceği iddianamede, sanığın açık kimliğini, uygulanması gereken kanun maddesini ve esaslı delilleri göstermesi yeterlidir" hükmünü içeren 4. fıkrası, AYM'ce, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.³¹

CMUK m. 257/1'e göre; "Hükmün mevzu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir." Demek ki mahkeme, iddianamedeki fiil ile bağlıdır.³²

CMUK m. 257/2'ye göre; "Fiili takdirde mahkeme, iddia ve müdafaaarla bağlı değildir." Başka bir ifadeyle mahkeme, sanığa isnat olunan fiilin hukuki vasıflandırmasının, iddianamedekinden farklı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Madem ki davasız yargılama yapılamaz ve mahkeme, huzuruna getirilen fiil ile bağlıdır, iddianamede fiil, etraflıca açıklanmalıdır.³³ Ayrıca uyuşmazlıklar arasında bağlantı, müteselsil suç, kesin hüküm veya derdestlik gibi sorunların çözülebilmesi, için de fiilin ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi gereklidir.³⁴

İddianamede fiilin hukuki vasıflandırmasının yer alması ise madde ve görev itibarıyla yetkili mahkemenin tespiti açısından önemli olduğu kadar, sanığın savunması açısından da önemlidir. Çünkü sanık, en azından mahkemece bir vasıf değişikliği yapılanaya kadar, kendisine isnat olunan fiilin ihlal ettiği iddianamede ileri sürülen hukuk kurallarını yorumlayacak, fiil ile bu hukuk kurallarını karşılaştıracak, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığını değerlendirecek, buna göre savunmasını hazırlayacaktır.

"8.12.1994 tarihli ek iddianamedeki sanığa isnat olunan suçun açıkça neden ibaret olduğu, kanuni unsurları ve uygulanması gereken kanun ile maddelerinin gösterilmemesi suretiyle CMUK'un 163. maddesine aykırı olarak düzenlenen iddianame ile sanığın sorgusunun yapılması ve hüküm kurulması..." (Y. 3. CD, 14.3.1996, 1081/2185, Yaşar, Cilt I, s. 783).

"İddianame içeriği itibarıyla, hangi sanığın hangi müştekiye karşı müessir fiil ikanda bulunduğu belirtilmemiş bulunduğu cihetle, iddianame bu yönde tasrih ve tavzih ettirilmek suretiyle açılan dava istikametinde bir karar verilmesi gerekirken, bu husus aydınlığa kavuşturulmadan ve hangi sanığın hangi müştekiye müessir fiil ikanda bulunduğu da belirtilmeden hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir" (Y. 2. CD, 31.3.1987, 1660/1844, Yaşar, Cilt I, s. 782).

³¹ "Anayasa'nın Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Savunma hakkı, Anayasa'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri'ni belirleyen ikinci bölümünde yer alan, temel haklardandır. Adalet kavramı ve yargılama işlevi, birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılamaz sav, savunma, karar üçlüsünden oluşan yargıyla yaşama geçmektedir. Yargılama süresince, savunma hakkının sanık için yararı ve gereği tar-

b. İddianamenin Tebliği

CMUK m. 208 uyarınca, iddianame, davetiye ile birlikte sanığa, mahkeme tarafından tebliğ olunur. İddianamede isnat yer aldığına göre, iddianamenin tebliği ile birlikte, isnat, sanığa bildirilmiş olur.³⁵

CMUK'un 208. maddesinin "*Sulh Ceza Mahkemeleri'nde açılan davalara ait iddianameler sanığa tebliğ olunmaz*" hükmünü içeren 2. fıkrası, AYM, Anayasa m. 36'da ifadesini bulan savunma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir.³⁶ AYM, hükmü iptal ederken yaptığı, "*isnadın nedenini, olayı ve hukuki niteliğini bilmeyen sanığın kendisini yeterince savunamayacağı açıktır. Bu husus savunma hakkının temelini oluşturur*" değerlendirmesini, AİHS m. 6/3'e dayanmak suretiyle desteklemiştir.

CMUK m. 210, davetiye ve ekindeki iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta süre bulunması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu süreye uyulmaması halinde sanık, aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, duruşmaya ara verilmesini, iddianamenin okunmasından önce isteyebilir. Bu süre, özellikle maddi olayın karmaşık parçalardan oluştuğu bir ceza davasında, savunmanın hazırlanması açısından yeterli değilse, kanaatimizce mahkeme, CMUK m. 258/4 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle, CMUK m. 221/1'deki yetkisine dayanarak duruşmayı ertelemelidir.

CMUK m. 221/3'e göre ise, "*210. maddede belirlenen süreye uyulmamış ise duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa bildirilir.*"

Benzer düzenlemeler AYUK'da da yer almaktadır.

AYUK m. 118 uyarınca "*İddianame sanığa davetiye ile birlikte verilir.*" "*İddianamenin asker kişilere usulen tebliği sırasında kendilerinin savunma amacıyla bir istemleri varsa vaktinde bildirmeleri gereği de hatırlatılır.*"

tışma götürmez. Sanık suçlu olduğu henüz bilinmeyen fakat suçlu olduğu sanılan, yoğun kuşku altında bulunan kimsedir. Bu kuşkunun giderilebilmesi için savunma hakkının tam ve eksiksiz olarak kullanılması gerekir. Masumiyet karinesinden hareketle savunma, hak arama özgürlüğünün ve adil yargılamanın vazgeçilmez bir koşuludur. Her sanık, kendisine yöneltilen bir suçlamaya karşı isnadın nedeni ve hukuki niteliğini, hangi suçu işlediğini, suçu oluşturan hangi eylemden sorumlu tutulduğunu bilmek hakkına sahiptir. Bunları bilmeyen sanığın kendisini yeterince savunamayacağı açıktır.

Kaldı ki, "*İnsan Haklarına ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme*"nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 6. maddesinin üçüncü bendinde de, sanığın, kendine yönelik isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye bağlanmasının yanı sıra bunların etkin ve amacına uygun olarak kullanılmasını sağlayacak olanakların getirilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Anayasa'nın 13. maddesinde, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın*

AYUK m. 120'ye göre "İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmelidir". "Sanık uygun görürse bu süre azaltılabilir." "Bu süreye uyulmamış ise iddianamenin okunmasından önce sanık duruşmanın tehir veya talikini isteyebilir." "Savaş halinde bu fıkralar hükümleri uygulanmayabilir."

AYUK m. 130/3 ise "120. maddede yazılı süreye uyulmamış ise askeri mahkeme kıdemli askeri hakimi duruşmanın tehir veya talikini istemeye hakkı olduğunu sanığa bildirir" hükmünü içermektedir.

CMUK ve AYUK'nun ilgili hükümleri incelendiğinde, iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta süre bulunması gerektiği görülmektedir. Bu bir haftalık süre, koruyucu süredir.³⁷ Koruduğu hak, sanığın savunma hakkıdır. Tebliğden itibaren, kural olarak, bir hafta geçmeden duruşmanın yapılmasını yasaklamak suretiyle, sanığın savunma hakkını korumaktadır. Başka bir ifadeyle, iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir haftalık sürenin bulunması mecburiyeti, savunmanın hazırlanması için öngörülmüştür. Kanun koyucu, bir haftalık süreye uyulduğunda, sanığın, isnada karşı savunma hazırlamaya yeterli zamanının bulunduğunu kabul etmektedir.³⁸

Süre, tebliğ ile işlemeye başlayacağı için, tebliğ edilen iddianame olduğu tebliğ-tebellüğ tutanağı veya belgesinden anlaşılmalıdır.³⁹

Gerek CMUK, gerek AYUK'a göre, bir haftalık koruyucu süreye uyulmaması halinde sanığın, iddianamenin okunmasından önce duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı vardır. Demek ki, sanığın, iddianame okununcaya kadar böyle bir talebinin olmaması nedeniyle duruşmaya ara verilmemesi, maddeye aykırı olmayacaktır.⁴⁰ Sanık, hakkının bildirilmesine rağmen

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 Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmektedir. İtiraz konusu kuralla, sulh ceza mahkemesine gönderilen iddianamelerde, asliye ve ağır ceza mahkemelerine gönderilen iddianamelerden farklı olarak sanığa yüklenen eylemin ve bunun hukuksal niteliğinin belirtilmesi zorunluluğu aranmayarak bir sınır getirilmiş, savunma hakkının gerektiği şekilde, etkin ve amacına uygun olarak kullanılmasını zorlaştırılmıştır. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olup, Anayasa'nın 36. maddesinde böyle bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Niteliği ne olursa olsun kişiye yöneltilen bir suçlamaya karşı savunma hakkının sağlanması bakımından suçların hafif ya da ağır veya sulh, asliye ve ağır cezalı olması gibi bir ölçüye göre farklılık oluşturulması kabul edilemez. Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir (AYM, 20.3.2002, E. 2000/48, K. 2002/36, www.anayasa.gov.tr).

³² "İddianamede sahtecilik eyleminden söz edilmemiştir. Sadece, Vergi Usul Kanunu'na muhalefet suçunun işleniş biçimi açıklanırken sanığın dört adet sahte fatura düzenlediği belirtilmiştir. Bir olayın açıklanması sırasında, bir başka hadiseden bahsedilmesi

ara verme talebinde bulunmasa da, mahkemenin duruşmaya re'sen ara vermesine bir engel olmadığı düşüncesindeyiz.⁴¹ Eğer mahkeme, sanığın hakkını iyice anlamadığı veya bu hakkı kullanmamasının sonuçlarını tam olarak kavramadığı kanaatine ulaşırsa, duruşmanın ertelenmesine resen karar verebilmelidir.

Hiç kuşkusuz, sanığın duruşmaya ara verilmesini talep edebilmesi için, böyle bir hakkının olduğunu bilmesi gereklidir. CMUK ve AYUK uyarınca, bir haftalık asgari süreye uyulmaması halinde, duruşmaya ara verilmesini talep etme hakkının olduğu, sanığa, mahkeme başkanınca veya kıdemli askeri hakimce bildirilmelidir.

Sanığın söz konusu hakkı bildirilmemiş, fakat CMUK m. 135'deki hakları hatırlatılmışsa ve sanık da örneğin "*susma hakkımı kullanmayacağım, savunmamı yapacağım*" beyanında bulunmuşsa, bu beyanı, erteleme talep etme hakkını kullanmaktan zımnen feragat ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü CMUK 135'de, duruşmanın ertelenmesini talep edebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyleyse, sanığa CMUK m. 135'teki haklarının okunması, söz konusu hakkının da bildirildiği anlamına gelmez; bilinmeyen bir haktan feragat edilmesi de düşünülemez.⁴²

İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında bir haftalık sürenin bulunmadığı hallerde, sanığın, ister erteleme talep etme hakkının bildirilmesi üzerine isterse bu hakkı bildirilmeksizin, duruşmaya ara verilmesini

hadise hakkında da dava açıldığını göstermez. Dava konusu yapılacak eylemin açıklıkla ve bağımsız olarak belirtilmesi gerekir." (Y. Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, 22.2.1990, 1/1, Yaşar, Cilt II, s. 1159).

³³ İddianamelerdeki eksikliklerin yol açtığı hukuki sorunları önlemek amacıyla CMUK Tasarısı, 178 ve 179. maddelerinde, iddianamenin iadesi ve reddini düzenlemektedir.

³⁴ "Sanık hakkında, 13.1.1994 ve 30.3.1994 günlü iddianamelerle aynı müştekiye ait değişik tarihli çekleri yetkisi kaldırıldığı halde tahsil edip mal edinmek ve yine değişik vade tarihli bonoları ciro ederek tahsil edip mal edinmek ve yine değişik vade tarihli bonoları ciro ederek tahsil etmek eylemlerinde bulunduğu iddiasıyla kamu davaları açıldığı, incelemeye konu olayda ise 15.11.1993 tarihli iddianame ile genel ifade kullanılarak yetkisiz olarak bazı çek ve senetleri devir ettiğinin ileri sürüldüğü anlaşılmasına göre, müşteki ve sanığın aynı kişiler olmasına rağmen konunun ayniyet taşımadığı gözetilerek eylemlerinin sübutu halinde bir suç işleme kararının (icrası) cümlesinden olup olmadığı, ayrı suç teşkil edip etmediği hususlarının tespiti için davaların birleştirilerek delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekirken konunun aynı olduğundan bahisle ilk açılan kamu davasının CMUK'un 253/3. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi, Yasa'ya aykırı ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına..." (Y. 11. CD, 4.4.1996, 1996/358, 1996/353, YKD, Cilt 22, sa. 8, Ağustos 1996, s. 1341-1342.) Görüldüğü üzere, somut olayda, 15.11.1993 tarihli iddianamede fiil etraflıca açıklanmamış, somutlaştırılmamıştır. Bu hukuka aykırılık, peş peşe pek çok soruna neden olmuştur.

iddianamenin okunmasından önce talep etmesi halinde, duruşmaya ara verilmesi zorunludur. Bu halde, sanığın açıkça erteleme talep etmemesine rağmen, savunmasını hazırlamak için yeterli süreye sahip olmadığını dile getirmesi de, erteleme talebi şeklinde anlaşılmalı ve duruşma, savunmayı hazırlamak için yeterli süre verecek şekilde başka güne ertelenmelidir.

İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında asgari bir haftalık süre bulunması zorunluluğu, savunma için gerekli hazırlıkların yapılabilmesini temin için öngörüldüğü için, bu zorunluluğa aykırı davranılması CMUK m. 308, bent 8 (AYUK m. 207 bent (h) kapsamında değerlendirilmelidir. Sözü geçen maddeler tarafından hükmü mutlak olarak kanuna aykırı bir hüküm haline getireceği ifade edilen “savunma hakkının kısıtlanması”, “hüküm için önemli noktalarda kısıtlanmış olma” ve “mahkeme kararı ile kısıtlanmış olma” şartlarına bağlanmıştır.

Savunma hakkının kısıtlanmasının hükmü için önemli noktalarda olmasının aranmasının, mutlak temyiz sebepleri arasında yer alan bu hukuka aykırılığa, nispiyet verdiği söylenebilir. Ancak, ceza muhakemesinin çelişme yöntemine uyularak yürütmesi zorunluluğu ve bu yöntemin içerisinde savunmanın asli bir unsur olduğu gerçeği karşısında, savunma hakkının kısıtlanmasının, kural olarak, hükmü etkilediği kabul edildiğinde, bu nispiyetin büyük ölçüde sözde kalması gerektiği görülecektir.⁴³ Fakat savunma hakkının kısıtlanması, sorgu sonucu elde edilen ve bir delil aracı olan sanık beyanıyla veya sunulan başka bir delil aracının veya bilirkişi görüşünün savunma tarafından değerlendirilmesiyle ilgi ise ve söz konusu delil aracı, mahkeme tarafından mahkumiyet hükmüne esas alınmamışsa, savunma hakkının kısıtlanması, hükmü etkilememiş demektir. Buna rağmen hükmün bozulması, deyiş yerindeyse, “bozmak için bozmak” anlamına gelecektir.⁴⁴

³⁵ CMUK m. 351 uyarınca, şahsi dava dilekçesinin veya şahsi davacının tutanağa geçirilmiş beyanının, sanığa tebliğ edilir. Sanığın, tayin edilen mehil içinde iddiayı cevaplaması gereklidir. Kanaatimizce, sözü edilen mehlin tayininde CMUK m. 210 kıyasen uygulanmalı ve süre, bir haftadan az olmamalıdır. Yurtcan ise, hakim, sanığın ve olayın özelliklerini göz önünde tutarak, duruma uygun bir süre belirlemesi gerektiği görüşündedir (Yurtcan, *Şahsi Davası*, s. 104). Sanığın ve olayın özelliklerine göre belirlenen bu süre bir haftadan az değilse, hukuka uygun davranılmış olacağını düşünüyoruz.

³⁶ 14.7.1998, 1997/41 E., 1998/47 K., *Resmi Gazete* 24.03.1999, 23649.

³⁷ Kunter - Yenisey, Cilt I, s. 434.

³⁸ “353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 120., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 210. maddesinde düzenlenmiş olan süre, doktrinde “koruyucu süre” diye adlandırılan sürelerdendir. Kanun burada bir işlemin yapılabileceği sürenin aşağı haddini belirtmiş olup, işlemin daha önce yapılması hukuka aykırıdır. Kanun koyucu bu hükmü düzenlerken, müdafaa hakkının özüne ilişkin bir hüküm sevk etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde de ‘dü-

Savunma hakkının kısıtlanmasının mahkeme kararına dayanması şartının ise, katı bir şekilde uygulanması halinde sakıncalı sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz. Kısıtlama ister mahkeme kararına ister mahkeme başkanının bir uygulamasına dayansın, sonuçta, savunma hakkı, kanunun öngördüğü şekilde kullanılmadığına göre, mahkeme kararı yok diye CMUK m. 308 bent 8 (AYUK m. 207 bent (h)'nin uygulanamayacağı sonucuna varılması, kanunun amacına aykırı olacaktır.⁴⁵ Aynı şekilde, mahkemece karar verilmesi gereken bir talep veya konuda, hiç karar verilmeksizin hüküm kurulmasının da savunma hakkının kısıtlanması içerisinde değerlendirilmesi mümkündür.⁴⁶

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında bir haftalık sürenin bulunmadığı bir durumda, sanığın duruşmanın ertelenmesini talep etmesine rağmen, bu talebe uyulmayarak duruşmaya devam edilmişse, o oturumda yapılan muhakeme işlemlerinin hükme etkisine göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

Şimdi, duruşmanın ertelenmesini talep edebileceğinin sanığa bildirilmediği, sanığın da böyle bir talepte bulunmadığı ve mahkemece duruşmaya devam edildiği hallerde savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı konusunu, farklı seçenekler çerçevesinde incelemek istiyoruz.

Böyle bir durumda, duruşma tek oturumda sona ermiş ve mahkumiyet kararı verilmişse, savunma hakkının kısıtlandığına ve bu kısıtlamanın CMUK m. 308 bent 8 kapsamına giren mutlak bir bozma sebebi teşkil edeceğine kuşku yoktur.⁴⁷

rüst yargılama hakkının' temel gereklerinden biri olarak, (kendisine yöneltilen isnadı detaylı olarak ve anlayabileceği bir şekilde öğrenme hakkının yanı sıra) konumuz açısından önem taşıyan, "müdafaayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olmak hakkı da temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Gerek 353 sayılı Kanun'un 120. gerekse CMUK'un 210. maddelerinde, Sözleşme'de düzenlenen bu hak somut bir hale getirilmiştir. Bu süreye riayet edilmemesi, sanığın müdafa hakkını esaslı suretle kısıtlayacağı için hem 353 sayılı Kanun'un 207, CMUK'un 308. maddelerindeki mutlak bozma sebebi oluşur, hem de Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi ihlal edilmiş olur" (As. Y. DK, 15.02.2001, E. 2001/26, K. 2001/20).

³⁹ "Çözümlemesi gereken sorun, iddianamenin sanığa tebliğ edilip edilmediği, sanığın savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığına ilişkindir. Birlik Komutanlığı'nca düzenlenen tebellüğ belgesi incelendiğinde, bu belgede iddianamenin sanığa tebliğ edilmiş olduğuna dair açık ve net bir ibareye rastlanmamakta, sadece sanığa iddianamenin tebliğ edilmesi ve sanığın duruşmada hazır edilmesine dair Askeri Mahkeme'ce sanığın Birliği Komutanlığı'na yazılan yazının tebliğ edilmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Yazı ekinde iddianamenin bulunmasından, iddianamenin mutlaka sanığa tebliğ edilmiş olduğu anlamı çıkarılmaz. Mahkemenin yazısı sanığa tebliğ edilmiş olmakla beraber, iddianame tebliğ edilmemiş olabilir. İddianamenin sanığa tebliğ edildiği konusu belli değildir. Ortada bu konuda en azından şüphe bulunduğundan, bu hususun sanık lehine yorumlanması gerekir. Öte yandan, duruşmada mahkemece

Duruşma birden çok oturumda tamamlanmışsa, aynı sonuca varmanın mümkün olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır. Bir soru cümlesi yönelmek gerekirse: Sanığın daha sonraki oturumlarda yazılı ve sözlü savunma yapabilmesi için imkanı olmuşsa, başlangıçtaki hukuka aykırılığın giderildiği acaba söylenebilir mi?

Kanaatimizce, sorunun cevaplanabilmesi için, ilk oturumda hangi muhakeme işlemlerinin yapıldığına ve bu işlemlerin hükme etkisine bakmak gereklidir. Şöyle ki, sanığın savunmasını hazırlamak için kanunun öngördüğü süreye uyulmaksızın gerçekleştirilen ilk oturumda sanık sorguya çekilmişse “ki CMUK m. 236 (AYUK m. 146) uyarınca iddianame okunduktan sonra sanık sorguya çekilecektir” bu sorgu sonunda elde edilen beyana mahkumiyet hükmü verilirken dayanılması halinde, savunma hakkı kısıtlanmış demektir. Sorgunun yapıldığı oturumdan sonraki bir oturumda sanık tekrar sorguya çekilmiş olsa bile, ilk sorguda elde edilen beyan yok sayılmadığı ve ona da hüküm verilirken dayanıldığı sürece, savunma hakkı kısıtlanmıştır. Sanığın savunmasını hazırlamaya yeterli zamanı olmaksızın geldiği duruşmada sunduğu beyanın, savunmasını hazırlamaya yeterli zaman kendisine tanınsaydı farklı olabileceği objektif ihtimali her zaman vardır. Bu nedenle, sorgu sonucu elde edilen sanık beyanı değerlendirilirken, sanığın sonradan yaptığı savunmaların da dikkate alınmış olması, vardığımız sonucu değiştirmeyecektir.⁴⁸ Kabul etmek gerekir ki, sorgu sırasında savunmayı destekleyen bir beyan vermek veya en azından savunmaya zarar vermeyecek bir beyan vermek ile, savunmayı desteklemeyen, hatta ona zarar veren bir beyan verip, sonradan yapılan

iddianamenin sanığa 6.2.2002 tarihinde tebliğ edildiği ve yasal sürenin geçtiği kabul edilip duruşmaya devam edilirken, tebellüğ belgesindeki kuşku durumu nedeniyle, huzurda bulunan sanıktan, iddianamenin kendisine tebliğ edilip edilmediği, edilmiş ise hangi tarihte tebliğ edildiğinin sorulması gerekirken sorulmamıştır. Dolayısıyla bir haftalık yasal hazırlık süresi hatırlatılmadan, bu süreden vazgeçtiğine dair beyanı alınmadan duruşmaya devamla sorgusunun ve akabinde savunmasının tespit edilerek, aynı celse hükmü kurulmuş olması, 353 sayılı Kanun’un 120 ve 130/son maddelerine aykırı, bu durum aynı kanunun 207/a maddesinde belirtilen şekilde sanığın savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikte olduğundan direnme hükmünün bozulması gerekmiş”tir (As. Y. DK, 7.11.2002, E. 2002/86, K. 2002/86).

⁴⁰ Talebe bağlı bir butlan söz konusu olduğu için, süreye uymamanın nispi butlan olduğuna dair bkz., Kunter-Yenisey, Cilt I, s. 483.

⁴¹ Karşı görüş için bkz., Kunter-Yenisey, Cilt I, s. 483.

⁴² Aynı doğrultuda: As. Y. DK, 22.11.2001, E. 2001/104, K. 2001/107; As. Y. DK, 13.3.2003, E. 2003/25, K. 2003/23.

Buna karşın, Askeri Yargıtay, şu kararında farklı bir hükme ulaşmıştır: “Askeri Mahkeme, sanığın sorgu ve savunmasının tespitinin temini için Kırıkhan 2. Hudut Tabur Komutanlığı’na” Aşağıda açık kimlikleri yazılı sanıklar hakkında iddianame ektedir. İddianamenin sanıklara tebliğ edilerek tebellüğ belgesinin gönderilmesini, sanıkların en yakın Asliye Ceza Mahkemesi’ne sevkleri sağlanarak, duruşmadan

savunmalarla, önceki hata ya da eksiklikleri gidermeye çalışmak arasında önemli bir fark vardır.

Yaptığımız bu değerlendirmeyi, Anayasa m. 38'in "Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" ve CMUK m. 254'ün "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" hükümleri de desteklemektedir. Çünkü sorgu, sanık beyanı adı verilen delil aracının elde edilmesinin yöntemidir. İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında kanunun emrettiği süreye uyulmadığı için duruşmanın ertelenmesini talep hakkının sanığa bildirilmesinin gerekli olduğuna ve bu hakkı bildirilmeyen sanık, ertelenmesi gereken duruşmada sorguya çekildiğine göre, sorguya çekme sonucunda elde edilen sanık beyanı, hukuka aykırı şekilde elde edilmiştir.

Sonuç itibarıyla, mahkumiyet hükmü tesis edilirken böyle bir sanık beyanına dayanılması halinde, CMUK m. 208 (AYUK m. 118), CMUK m. 210 (AYUK m. 120), CMUK m. 221/3 (AYUK m. 130), Anayasa m. 38, CMUK m. 254/2 ihlal edilmiş ve bunlara bağlı olarak CMUK m. 308 bent 8 (AYUK m. 207 bent h) kapsamında değerlendirilmesi gereken hukuka aykırı bir hüküm verilmiş olur.⁴⁹

Ertelenmesi gerekirken ertelenmeyen duruşmada, sorgudan sonra, diğer delil araçlarının irat ve ikamesine geçilmişse (CMUK m. 237, AYUK

vareste tutulmayı istedikleri takdirde iddianame ve hazırlık ifadesi uyarınca sorgu ve savunmalarının tespit ettirilerek düzenlenecek ifade tutanaklarının mahkememize gönderilmesini" hususlarını muhtevi, 07.12.1999 tarihli talimat ekinde iddianame ve ifade tutanağı göndermiştir. İddianame 27.12.1999 tarihinde 10. Hudut Bölük Komutanı tarafından sanık P. Er Hamdi ...'e tebliğ edilmiştir. Sanık 27.12.1999 günü Kırıkhan Asliye Ceza Mahkemesi'ne sevk edilmiş(tir). Somut olayda, istinabe mahkemesi komundaki Kırıkhan Asliye Ceza Mahkemesi'nce, iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında geçmesi gereken asgari bir haftalık süreye riayet edilmediği görülmekte ise de; sanığın duruşmadan vareste tutulmayı kabul etmesi üzerine CMUK'un 135. maddesinde düzenlenmiş olan müdafii tayin etme veya baro tarafından tayin edilecek bir müdafii yardımından yararlanma hakkı ile isnat olunan suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun kendisine bildirildiği, buna karşılık sanığın savunmasını bizzat yapacağını söyleyip ayrıntılı bir şekilde savunmasını yaptığı, 27.12.1999 tarihinde yapılan bu işlemlerden sonra mahal mahkemesince sanığa da tebliğ olduğu üzere ilk duruşmanın 3.2.2000 tarihinde yapıldığı ve 6.4.2000 tarihinde de hüküm tesis olunduğu, bu süre zarfında sanığın, tekrar savunma yapma veya Askeri Mahkeme'ye yazılı savunma gönderme olanağı olmasına rağmen bu yola başvurmadığı ve aşamalarda savunmasının kısıtlandığına dair herhangi bir beyan ve iddiasının da olmadığı anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, sanığın savunma hakkının "Hüküm için önemli olan noktalarda mahkeme kararı ile kısıtlanmuş olduğundan bahsedilemeyeceği cihetle, istinabe mahkemesince yapılmış olan anılan usule aykırılığın bozma sebebi sayılmaması gerektiği sonucuna varıldığından aksi yöndeki Başsavcılık itirazının reddi gerekmiştir" (As. Y. DK, 17.05.2001, E. 2001/56, K. 2001/54). Sanığın

m. 147), savunma hakkının bir kere daha kısıtlanıp kısıtlanmadığı da burada incelenmelidir.

CMUK m. 250 (AYUK m. 159) uyarınca tanığın, bilirkişinin veya suç ortağının dinlenmesinden veya bir belgenin okunmasından sonra, sanığa, bunlara karşı diyecekleri sorulmalıdır. Savunmasını hazırlamak için kendisine kanunun öngördüğü süre tanınmamış olan sanık, bu delil araçlarına ve bilirkişinin görüşüne karşı sunabileceği görüşlerini o anda oluşturamamış olabilir.

Bu noktada, sanık sonradan savunma hakkını yeterince kullanmışsa veya en azından bu imkan kendisine sağlanmışsa, sözü geçen delil araçlarına hüküm verilirken dayanılmış, bilirkişi görüşünden yararlanılmış olsa bile, CMUK m. 308 bent 8 (AYUK m. 207 bent h) kapsamına girecek şekilde, savunma hakkının kısıtlanmadığı söylenebilir. Ancak böyle bir değerlendirilmenin, somut olayın şartlarına göre yapılması gereklidir.

Bu çerçevede sanık, daha sonra imkanı olduğu halde yazılı ve sözlü savunma vermemişse veya vermesine rağmen, bu savunmalarında, o oturumda sunulan ve kendi aleyhine olan delil araçlarını ve bilirkişi görüşünü çürütmeye yönelik bir değerlendirmede bulunmamışsa, duruşma ertelenseydi bile farklı bir savunma yapmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Dikkat

duruşmadan varestede tutulmayı talep etmiş olması halinde, iddianamenin tebliği ile mahkemesince yapılacak duruşma arasında bir haftalık asgari süre ihlal edilmeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak sanık, varestede tutulmayı talep etme hakkı kendisine bildirildiği için, bu hakkını kullanmış ve sorgusu, iddianamenin tebliğ edildiği gün, istinabe olunan mahkemece yapılmıştır. Bu mahkeme, sorgunun başka güne ertelenmesini isteyebileceğini sanığa bildirmemiştir. Sanığın varestede tutulmayı talep etmiş olması, istinabe mahkemesince yapılacak sorgunun gerçekleşeceği duruşmanın ertelenmesini edebileceğini bildiği ve bu hakkından vazgeçtiği anlamına gelmez. Karara, bu nedenle ve metinde açıkladığımız gerekçelerle, katılmıyoruz.

⁴³ “Bu durum için mutlak temyiz sebebinin koşulsuzluğu, gerçekte, önemlilik kavramına göre nispileştirilmiş olmaktadır. Ancak kanımızca, savunma hakkı her ne şekilde kısıtlanmış olursa olsun, adil yargılanma ilkesine değer veren bir hukuk devletin ceza muhakemesinde, bu kısıtlamanın hüküm bakımından önemsiz olduğunun ileri sürülebilmesi gerekir. Savunma hakkının kısıtlanması hüküm için her zaman önemlidir. Bu nedenle Yasa’ımızda ve kaynak yasada yer alan bu ibarenin, savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak temyiz nedeni olarak, hükmün başka hiç bir incelemeye gerek kalmaksızın mutlaka bozulacağı sonucunu doğurmasını değiştirmemesi gerekir düşüncesindeyiz. Fakat yine de, Yasa’da 308. maddenin 8. bendinde yer alan bu düzenlemenin, sadece ‘savunma hakkının kısıtlanması’ şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır” (Keskin, s. 155-156).

⁴⁴ Bu nedenle ve uygulamada da hükmün, metinde açıkladığımız şekilde yorumlanması kaydıyla, Keskin’in yukarıda aktardığımız CMUK m. 308 bent 8’le ilgili değişiklik önerisine katılmıyoruz. CMUK Tasarısı da, 320. maddesinin 8. bendinde “hüküm için

edilecek olursa, burada, mahkemenin kendini sanığın yerine koyarak “*bir haftalık süre verilseydi bile farklı bir savunma yapılamayacağı*” değerlendirmesine ulaşmasından söz etmiyoruz; değerlendirmemizi, sanığın sonradan yaptığı veya yapmadığı muhakeme işlemlerine göre yapıyoruz.

Sanık, daha sonra yaptığı savunmalarında, ertelenmesi gerekirken ertelenmeyen duruşmanın ilk oturumunda sunulan delil araçlarına ve bilirkişi görüşüne karşı, onları çürütmek amaçlı çeşitli görüşler ileri sürmüşse ve bunlar, mahkeme tarafından hüküm verilirken dikkate alınmışsa, bu görüşlerin içeriğine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Şöyle ki, sanığın ileri sürdüğü görüşler, örneğin, tanık veya tanıkların yeniden dinlenmesini gerektiriyorsa veya sanık, tanık veya tanıklara bazı soruların sorulması gerektiği düşüncesindeyse (CMUK m. 232 ve m. 233, AYUK m. 145), mahkemenin sanığın sonraki savunmalarını dikkate aldığı kabul edilebilmesi için, yeniden dinlemenin gerçekleştirilmiş olması gereklidir.

2. Yargılama Sırasında Vasıf Değişikliğinin Mahkemece Bildirilmesi

CMUK m. 258/1 uyarınca “*Sanık, suçun niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez*”. Böylece, isnadın bir parçasını oluşturan hukuki

önemli olan hususlarda” savunma hakkının kısıtlanmasının “*hukuka kesin aykırılık*” teşkil ettiğini düzenlemektedir.

⁴⁵ Keskin bu konuda şu görüşleri ileri sürmüştür: “Hüküm için önemli olan noktalarda savunma hakkının kısıtlanması şeklindeki muhakeme hukuku aykırılığı, yalnızca mahkeme başkanının değil, mahkemenin bir aykırılığı olmak zorundadır. Başkanın bir soruyu geri çevirmesi veya duruşmaya ara verilmesi ya da bir tanığın çağırılması istemini reddetmesi durumunda 8. bentteki mutlak temyiz sebebi kendini göstermez. Savunma, başkanın duruşmayı idaresine ilişkin bir tutumunu doğru bulmadığı takdirde, 308. maddenin 8. bendine dayalı bir temyiz sebebinin hazırlayabilmek için duruşmada, 231. maddenin 2. fıkrasına dayanarak mahkemeden bu konuda karar vermesini istemelidir. Ancak bir savunmanın yardımından yararlanmayan, hukuk bilgisi de bulunmayan bir sanığın varlığında, mahkemenin de kendisini bu hususta bilgilendirmemiş olması durumunda, bu koşulun mutlak surette geçerliliği de olmalıdır” (Keskin, s. 158-159). Görüldüğü üzere yazar da belli koşullarda mahkeme kararı olmasa bile m. 308 bent 8’in uygulanabileceğine kabul etmektedir. Yazar, kanaatimizce bu görüşünü, hükmün amacını dikkate alarak ileri sürdüğüne ve aynı amaç, müdafinin veya hukuk bilgisine sahip bir sanığın bulunduğu bir davada da geçerliliğini korumaya devam edeceğine göre, mahkeme başkanının uygulamalarının da 8. bendi ihlal edebileceği sonucuna varılmasında bir sakınca yoktur.

⁴⁶ “Sanığın (sanık vekilinin) mesleki mazereti konusunda bir karar vermeden, esas hakkında hüküm kurarak son soruşturmayı sonuçlandırmıştır. Sanık müdafininin mesleki mazeretinin kabul edilip edilmemesi ve kabul edilecekse duruşma gününün

vasıflandırmadaki değişiklik, sanığa bildirilecektir. Aksi takdirde, isnat bildirilmeksizin mahkumiyet hükmü verilmiş olacaktır. Bu hüküm uyarınca, yeni vasıflandırmaya göre cezanın daha ağırlaşması veya hafiflemesi önemli değildir. Önemli olan, sübutu halinde fiilin, unsurları değişik bir başka suçta vücut verecek olmasıdır.

Hükme göre, vasıflandırmadaki değişikliğin bildirilmesinden sonra, sanığın, yeni vasıflandırmaya göre savunmasını yapabilecek bir durumda olması gereklidir. Başka bir anlatımla, değişikliğin bildirilmesi ile mahkumiyet hükmü verilmesi arasında, sanık, bu değişikliğe göre savunmasını hazırlayabilecek imkana sahip kılınmalıdır.

Savunmasını hazırlayabilmesi için sanığa süre verilmesi gerektiği, sözü geçen hükümde açıkça yer almamaktadır. Ancak yeni vasıflandırma çerçevesinde sanığın risk altına girdiği ceza ağırlaşıyorsa, CMUK m. 258/3'ün açık hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, "Sanık iddianamede yazılı suçtan daha ağır bir madde hükmüne maruz bırakıldığını bildirerek, savunmasını hazırlayamadığı itirazında bulunacak olursa, mahkeme duruşmanın başka güne bırakılmasına karar verir." Demek ki, böyle bir durumda, sanık eğer duruşmanın başka güne ertelenmesini talep ederse, bu talebi, mahkemeyi bağlayacaktır.

Yeni vasıflandırmaya göre, fiilin sübutu halinde uygulanması gereken ceza önceki vasıflandırmaya kıyasla hafifliyorsa, sanığın talebi halinde duruşmanın erteleneceği, Kanun'da açıkça yer almamıştır. Fakat CMUK m. 258/1 ile "Bundan başka mahkeme, vaziyette hasil olan değişiklikler neticesinde

bildirilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur. CYUY'nin 308. maddesinin 8. bendine göre, savunma hakkının kısıtlanması mutlak bozma nedeni oluşturduğundan, sair yönleri incelenmeyen direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir" (Y. CGK, 26.12.1995, 1-375/405, Yaşar, Cilt II, s. 1573-1574). "Sanık yükletilen suçları işlemediğini savunmuş, Ahmet, Fatma, Kezban ve Hafize isimli kişilerin savunma hakkına etkisi bakımından tanık olarak dinlenmelerini talep etmiş olduğu halde, gösterilen tanıkların dinlenip dinlenmemeleri hususunda bir karar verilmeden duruşmaya son verilerek yazılı biçimde hüküm kurulması CMUK'un 308. maddesinin 8. fıkrasına aykırı görüldüğünden hükmün bozulmasına karar verilmiştir" (Y. 5. CD, 26.12.1986, 4847/837, Yaşar, Cilt: II, s. 1586).

⁴⁷ "Davetiyenin tebliğinden üç gün sonra yapılan duruşmada (sanığa duruşmanın talikini istemeye hakkı bulunduğu) bildirilmeden, aynı günde duruşmanın bitirilmesi suretiyle usulün 210 ve 221/son maddelerine muhalefet edilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (Y. 4. CD, 7.5.1964, 1770/1885, Çağlayan, Cilt: II, s. 241).

⁴⁸ Konu, esasen, delil araçlarının birlikte değerlendirilmesiyle doğrudan ilgilidir. Mahkemenin mahkumiyet hükmünü tesis ederken sorgu yoluyla elde edilen beyana da dayanması, o beyana önem atfettiği anlamına gelir. Aynı sonuca, sanığın beyanı olmaksızın da diğer delil araçlarıyla ulaşılabileceğinin, sonradan yapılan bir değerlendirmeyle söylenebilmesi artık mümkün değildir. Yapılması gereken, duruşmanın tekrarıdır.

iddia ve müdafaayı layıkıyla hazırlamak için muhakemeye ara vermeye lüzum görürse gerek talep üzerine ve gerek kendiliğinden muhakemeye ara verebilir" hükmünü içeren CMUK m. 258/4 birlikte ele alındığında, vasıf değişikliği durumunda, sanığın, savunmasını gereği gibi hazırlamak için süreye ihtiyacı olduğunu ifade etmesi karşısında, mahkeme, duruşmaya ara vermelidir. Bir diğer deyişle, bu durumda da mahkeme, sanığın erteleme talebiyle kendini bağlı saymalıdır. Böyle bir yorum, yukarıda açıkladığımız Anayasa m. 36'ya, AİHS m. 6/3-a'ya ve AİHM'nin içtihatlarına da uygun olacaktır.

Sanık, vasıf değişikliğinin kendisine bildirilmesine rağmen duruşmanın ertelenmesini talep etmezse, mahkeme, duruşmaya devam edebilir. Mahkeme, CMUK m. 258/4 uyarınca, talep olmasa, hatta sanık, duruşmaya devam edilmesini açıkça istese dahi, erteleme kararı verebilir.

CMUK m. 258/6 uyarınca *"İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde sanık, meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veya davetiye tebliğ edilemez ise bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz"*. Buna göre, kendisine davetiye tebliğ edilen sanık, duruşmaya gelmezse veya sanığa tebligat yapılamazsa, önceki vasıflandırmadaki cezadan daha az bir cezaya mahkum edilebilir. Ancak tebligatın yapılamaması durumunda bu hükmün uygulanabilmesi için, bunun sanığın kusurundan kaynaklanması gereklidir.⁵⁰ Nitekim Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca *"Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciiine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır"*. Adresini

⁴⁹ Askeri Yargıtay'ın, sorgu sonucu elde edilen sanık beyanının mahkumiyet hükmü verilirken kullanılıp kullanılmadığı ayırımına girmeksizin verdiği bir bozma kararında, "Duruşmanın bir başka güne bırakılmasını isteme hakkı olduğunun sanığa hatırlatılmaması, diğer bir temel hak olan 'haklarını öğrenme hakkını ihlal etmektedir. Mahkeme kendisine bu hakkını hiç bildirmemişse yukarıda belirtildiği gibi 'haklarını öğrenme hakkı' ihlal edilmiş olur ve müdafa hakkının özü kısıtlanmış olduğundan 353 sayılı Kanun'un 207. maddesinde düzenlenen mutlak temyiz ve bozma sebebi gerçekleşmiş olur. Bahse konu bu süreden vazgeçme mümkünse de, haklarını bilmeyen kişinin bundan feragat etmesi hüküm ifade etmez. Bu nedenle sanığın duruşmadan varestede tutulmasını istemesinden sonra savunmasını kendisinin yapacağını söylemesi, 'zımnı bir vazgeçme' veya 'feragat' olarak nitelendirilemez" denilmektedir (As. Y. DK, 11.01.2001, E. 2001/6, K. 2001/4); Aynı yönde: As. Y. DK., 22.11.2001, E. 2001/104, K. 2001/107.

Askeri Yargıtay'ın şu kararı da aynı yönde olmakla birlikte, kararda, duruşmanın ertelenmesini talep etmek hakkı olduğunun kendisine bildirilmemesini temyiz başvurusu sırasında sanığın özel olarak bir temyiz sebebi yapıp yapmamasının önemli olmadığı da ifade edilmiştir: "Bahse konu bu süreden vazgeçme mümkünse de, haklarını bilmeyen kişinin bundan feragat etmesi hüküm ifade etmez. Bu nedenle sanığın sorgusundan sonraki 25.4.2000, 31.5.2000 ve 15.6.2000 tarihlerindeki duruşmalara

değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılır. *“Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır.”*

CMUK m. 258 ile ilgili son olarak, maddenin 5. fıkrasında, bildirim varsa müdafie yapılacağı ve müdafinin de sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağına hükme bağlandığı ifade edilmelidir. Buna göre, suç vasfının değiştiği, sanığın müdafisine bildirilir ve bu değişiklik çerçevesinde sahip olunan ek savunma hakkı, müdafii tarafından kullanılabilir.

CMUK'dakine benzer düzenlemeler, AYUK m. 166'da da yer almıştır. Ancak AYUK m. 166/5'in birinci cümlesindeki düzenleme, CMUK m. 158'den farklı olup, kanaatimizce, savunma hakkını,⁵¹ dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Şöyle ki, sözü geçen hükme göre *“İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde; hazır bulunan sanıkla ilgili duruşma, ek savunma için talik edilmez...”*

Yukarıda, vasıf değişikliği halinde sanığın talebi üzerine, savunmasını hazırlayabilmesini teminen duruşmanın ertelenmesi gerekeceği ve bunun adil yargılanma hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştı. AYUK m. 166/5'in sözünü ettiğimiz hükmü, vasıf değişikliğinin sanığa bildirilmesine ve sanığa ek savunma hakkı tanınmasına engel olmamakla birlikte⁵², ek savunmanın hazırlanması için duruşmaya ara verilmesine engel teşkil etmektedir. Bu itibarla, Anayasa m. 36'ya ve AİHS m. 6/3-a'ya aykırıdır.

katılmış olması sanığın yasal süreden vazgeçtiği şeklinde yorumlanamaz. Bu durumda sanığın savunma hakkının kısıtlandığının kabulü gerekmekte olup, sanığın bu hususu özel bir temyiz nedeni yapıp yapmamasının da önemi bulunmamaktadır. Bu hususta prensibi koyup, her dava dosyasının özelliklerine göre çeşitli hal tarzları üretmekten vazgeçmek gerekmektedir” (As. Y. DK, 15.2.2001, E. 2001/26, K. 2001/20). Gerçekten, CMUK m. 320 (AYUK m. 222) uyarınca temyiz mahkemesi taleple bağlı olmadığına göre, duruşmanın ertelenmesini talep hakkının bulunduğu bildirilmemesinin sanık tarafından bir temyiz sebebi yapılmasının ya da yapılmamasının önemi yoktur. Başka bir ifadeyle, bunu temyiz sebebi olarak ileri sürmeyen bir sanığın, savunma hakkının ihlal edilmediğini kabul ettiği, duruşmanın ertelenmemesine rıza gösterdiği söylenemez. Temyiz sebebi olarak göstermeyen sanık, olsa olsa ya yapılan hukuka aykırı olduğunu hala bilmiyordur ya da bu hukuka aykırılığın, hükmün bozulmasına neden olabileceğini değerlendirememiştir.

Buna karşın, duruşmanın ertelenmesini talep hakkının bulunduğu bildirilmemesini bozma nedeni sayarken, bu durumun sanık tarafından özel bir temyiz sebebi yapılmış olmasını vurgulayan şu kararı, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, eleştiriye açık buluyoruz: *“Sanığa iddianame okunarak bildirildikten sonra duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu hususu mahkemece kendisine bildirilmediği*

3. Cezanın Arttırılmasını İcap Edecek Hallerin İlk Kez Duruşmada İleri Sürülmesi ve Bunların Bildirilmesi

CMUK m. 258/2 uyarınca “Ceza Kanunu’nda tayin edilmiş olup cezanın artırılmasını icap edecek mahiyette bulunan hallerin ilk defa duruşma sırasında serd edilmesi halinde”, CMUK m. 258/1 hükmü uygulanmalıdır. AYUK m. 166’da da benzer bir düzenleme vardır. Bu itibarla, CMUK m. 258/1 ile ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalar, bu hüküm açısından da geçerlidir.

4. Cumhuriyet Savcısı’nın Sanığın Yeni Bir Fiilden Dolayı Yargılanmasını Duruşmada İstemesi

CMUK m. 259/1 uyarınca “Sanığın, iddianamede yazılı suçtan başka bir suç işlemiş olduğu duruşma sırasında ortaya çıkarsa, Cumhuriyet Savcısı’nın talebi ve sanığın muvafakatiyle her ikisi birlikte hükmolunmak üzere bu suç, duruşması yapılmakta olan işle birleştirilebilir”. Benzer bir düzenleme, AYUK m. 167’de de vardır.

Görüldüğü üzere, hükmün amacı, yeni bir iddianame tanzim etmek ve bu iddianame açılan yeni davayı, görülmekte olan davayla birleştirmek şeklinde uzunca bir yoldan tasarruf etmek, yeni fiilin davasını, önceki ile kısa yoldan birleştirmektir. CMUK m. 259/1’e (AYUK m. 167) göre yapılacak birleştirmede, Cumhuriyet Savcısı isnadını sözlü de olsa bildireceği ve birleştirme için sanığın rızası aranacağı için, savunma hakkına ve adil yargılanma hakkına bir aykırılık yoktur. Ancak bu durumda da, sanık önce-

in için sanığın “haklarını öğrenme hakkının ihlal edildiği ve böylece savunma hakkının özünün kısıtlandığı, bu durumun da 353 sayılı Kanun’un 207/h maddesinde düzenlenen mutlak bozma sebebinin oluşturduğu belirlenmiştir. Sanığın savunma hakkının kısıtlandığı şeklindeki özel temyizi dikkate alındığında, sanığın savunma hakkının kısıtlandığı sonucuna varıldığından, Askeri Yargıtay Başsavcılığı’na yapılan itiraz yerinde görülerek daire kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.” Aynı doğrultuda: As. Y. DK, 13.3.2003, E. 2003/25, K. 2003/23.

⁵⁰ Kunter-Yenisey, cilt 2, s. 978 dipnot 11. “Tebliğat Kanunu’nun 10. maddesinin emredici hükmüne göre, bilinen en son adresinin bu olması nedeniyle ek savunma için tebligatın belirlenen adrese yapılması gerekirken, eski adresine yapılması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, Kanun’a aykırı ve sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan...” (Y. 9. CD, 26.3.1997, 284/2062, Yaşar, Cilt 2, s. 1222).

⁵¹ Keskin, s. 164.

⁵² “(Yeni vasıflandırma) daha az cezayı öngörse bile 353 sayılı Kanun’un 166. maddesinin 5. fıkrası uyarınca 7201 sayılı Tebligat Yasası hükümlerine göre değişen suç niteliği ile ilgili meşruatlı davetiye çıkartılması gerekirken bu hususa riayet edilmeden bahse konu edilen bu eyleminden dolayı hüküm kurularak 353 sayılı Kanun’un 207/3-h maddesine göre savunma hakkının kısıtlandığı...” (As. Y. 1.D., 15.1.2003, E. 2003/36, 2003/34). Aynı yönde: As. Y. 2. D., 24.4.2002, E. 2002/356, K. 2002/353.

kiyle birleştirilen bu yeni davada savunmasını hazırlamak için duruşmaya ara verilmesini talep ederse, bu talebi kabul olunmalıdır. Elbette, mahkeme birleştirme kararı verdikten sonra, mahkeme başkanı veya kıdemli askeri hakim, sanığın böyle bir talepte bulunabileceğini kendine bildirmelidir.

SONUÇ YERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

Yukarıda, “Sanığın isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı dille ve etraflıca haberdar edilmek hakkı”nın, adil yargılanma hakkı içerisinde yer aldığını ve bu hakkın kapsamını, etraflıca açıklamaya çalıştık. CMUK ve AYUK ile kendimizi sınırlamış olsak da, kanunlarımızın ilgili hükümlerinin, AİHS m. 6/3-a ile uyumlu olup olmadığını tartıştık. Konu hakkındaki çok sayıda Yargıtay ve Askeri Yargıtay kararına atıf verdik, bunların bazılarını tahlil ettik, eleştirdik veya adil yargılanma hakkını yücelttiği için, şükranla karşıladığımızı söyledik. Zaten metin içerisinde yaptığımız değerlendirmeleri, bir de burada tekrarlamak arzusunda değiliz. Bunun yerine, çalışmamızın son cümlelerini, oldukça yalın bir saptamaya ayırmak istiyoruz: İddia-savunma-yargılama üçlüsünden her birini, ceza muhakemesinin “*olmazsa olmaz*” olarak benimsemek, iddianın karşısındaki savunmayı, yargılama makamının maddi ve hukuki sorunları doğru çözebilmesi için vazgeçilmez görmek, bu çerçevede, “*savunma hakkının kutsallığı*” gibi kalıplarla yetinmemek ve savunma makamı olmaz ise, maddi ve hukuki gerçeğe ulaşamayacağını kabullenmek, adil yargılanma hakkının hayata geçirilebilmesinin ön şartıdır. Bu ön şartı yerine getirme görevi ise, kanun koyucuya ya da kanun metinlerine değil, savcılara, avukatlara ve hiç kuşku yok ki, öncelikle hakimlere düşmektedir.

KAYNAKÇA⁵³

ÇAĞLAYAN, Muhtar, *Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Cilt 2, Ankara 1966.

DONAY, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul 1982.

DÖNMEZER, Sulhi, “*Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısı'nın Temel İlkele-ri*”, CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza

⁵³ Bu makalede atıf yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Mahkeme'nin internetteki <http://www.echr.coe.int/> adresindeki web sayfalarından alınmıştır.

- Muhakemeleri Usulü Kanunu, Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 1999, s. 3-7. s. 18-28.
- FAWCETT, J. E. S., “*Criminal Procedure and the European Convention on Human Rights*”, Human Rights in Criminal Procedure, ed. J. A. Andrews, *The Hague* 1982, s. 17-30.
- FEYZİOĞLU, Metin, “*Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”, *AÜHFD*, Cilt 48, sayı 1-4, yıl 1999, s. 135-163. (*Suçsuzluk Karinesi*).
- FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002. (*Vicdani Kanaat*).
- GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Germany 1996.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1996.
- KESKİN, Serap, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul 1997.
- KIDD, C. J. F., “*Disciplinary Proceedings and the Right to a Fair Criminal Trial Under the European Convention on Human Rights*”, *International and Comparative Law Quarterly*, *The British Institute of International and Comparative Law*, vol. 36, part 4, October 1987, s. 856-872.
- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 1, İstanbul 2002.
- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 2, İstanbul 2003.
- ÖZGEN, Eralp, *Ceza Hukuku ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir 1988.
- SCHROEDER, Friedrich Christian, “*Ceza Muhakemesinde ‘Fair Trial’ İlkesi*”, çev. Feridun Yenisey, *Dürüst Yargılanma Hakkı*, İstanbul 1997.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002.
- YAŞAR, Osman, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Cilt 1, Ankara 1998.
- YAŞAR, Osman, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Cilt 2, Ankara 1998.
- YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, İstanbul 1987. (*Kesin Hüküm*).
- YURTCAN, Erdener, *Şahsi Dava ve Uygulaması*, Ankara 1989. (*Şahsi Dava*).

YARGI ORGANLARININ YOLSUZLUKLA MÜCADELESİ SIRASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Hasan DURSUN*

Yolsuzluğun çok çeşitli tanımları yapılmaktadır. Ancak günlük yaşamda kullanılan yolsuzluk tabirinin sınırlarını tam olarak belirlemek mümkün olamamaktadır. Çünkü çoğu durumlarda, kullanılan yolsuzluk kavramının içeriğinde birbirine geçişler görülmektedir. Doktrinde en kapsamlı ve bütüncül yolsuzluk tanımı, Van Duyne tarafından yapılmaktadır. Van Duyne, yolsuzluk kavramının asgari unsurlarından hareketle şöyle bir tanım yapmaktadır: Yolsuzluk; karar alma sürecinde karşılaşılan bir uygunsuzluk veya bozulma olup, karar vericinin (özel sektörde veya kamuda), karar verme sürecinde, karar için aranan ölçütlerden, kararı haklı göstermeyecek bir takım çıkar ya da çıkar beklentileri veya çıkar sözü karşılığında ayrılmaya rıza göstermesidir (Van Duyne, s. 22).

Kanımcı, Van Duyne'nin son derece isabetli bir şekilde yaptığı yolsuzluk tanımından uygulamada oldukça yaygın bir şekilde yanlış anlaşılan iki husus açıklığa kavuşmaktadır. Bunlardan birincisi, zimmet ve ihtilas suçlarının karar verme olgusuyla ilgisi bulunmadığından, yolsuzluk olarak değil hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. İkincisi ise, vermiş olduğu kararlardan ötürü kimseye hesap verme yükümlülüğü altında bulunmayan kral, diktatör gibi kimselerin yapmış olduğu yasa dışı işlerin yolsuzluk olarak değil, hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. Çünkü bu kimselerin vermiş olduğu kararların haklı olup olmadığı tartışılmamakta ve karar için aranan ölçüt veya ölçütsüzlüğü yine bu kimseler oluşturmaktadır (Karş. Van Duyne, s. 24).

Yolsuzluk konusunda yapılacak analizlerde gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta da organize suç gerçeğidir. Yolsuzluk ile organize suç arasında ayrılmaz bir bağıntı bulunduğu ve organize suç grupları,

* Planlama uzmanı. (Bu makalede ileri sürülen görüşler DPT'yi bağlamaz. Yazarın kişisel görüşleridir.)

yolsuzluğa başvurmadan faaliyetlerini yürütemeyeceğinden organize suçta bertaraf etmeye yönelik önlemler alınmadan, yolsuzlukla etkin mücadele edilebilmesi mümkün değildir. Bundan da öte, mafya tipi çoğu organize suç organizasyonlarının teşkil+at şemasında gizli bir şekilde “yolsuzluğa bulaştıran” ve “yolsuzluğa bulaşmış” kadroları bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran kadrosunda bulunan kimse organize suç aile üyelerinin güvenliğini sağlama ile tutuklanma, soruşturma ve cezalandırmadan bağışıklığını temin etmek üzere polis ve kamu görevlilerine rüşvet vermekte, onları satın almakta, yıldırılmakta, onlarla müzakerelerde bulunmakta ve onları kandırmaktadır. Mafya tipi suç organizasyonlarının organizasyon şemalarında gizli bir şekilde belirlenen “yolsuzluğa bulaştıran” görevi, “yolsuzluğa bulaşmış” görevi gibi enformel bir pozisyonudur ve bu görev, organize suç ailesindeki eleman, şef, patron yardımcısı, hatta patron tarafından bile yerine getirilebilmektedir (Cressey, s. 36-37).

Yolsuzluğa bulaştıran kadrosunun bulunduğu hallerde, en az bir kişi bu görevi yapmaktadır. Ayırksı durumlarda ise, en fazla iki organize suç grubu için bir tane yolsuzluğa bulaştıran görevini yapan kimse bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran, bağlı olduğu organize suç grubunun belli bir coğrafi bölgedeki yolsuzluk faaliyetlerini yürütmektedir. Bununla birlikte, yaygın olarak bir organize suç grubunda birden fazla yolsuzluğa bulaştıran kimse bulunabilmektedir. Örneğin; bu kimselerden bazıları polis veya il genel meclisi gibi devletin bazı kurumlarını yolsuzluğa bulaştırma işiyle uğraşmakta, diğer birisi, Tekel idaresi gibi başka kamu kurumu görevlilerinin etik değerlerini zayıflatarak onları kandırmaya uğraşmakta, başka birisi ise hakim, savcı ve diğer adalet personelinin yolsuzluğa bulaştırarak işlerini kolay yürütebilme peşinde koşabilmektedir. Kişinin hangi kamu kurumunda tanıdığı olmasına göre yolsuzluğa bulaştıran kimselerin rolleri değişebilmektedir. Bazı durumlarda ise bir “baş yolsuzluğa bulaştıran” kimse bulunmakta ve bu kimse diğer yolsuzluğa bulaştıran kimselerin faaliyetlerine eşgüdüm sağlamaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran görevine atanan kimselerin görevi kalıcı olmamakla birlikte oldukça uzun bir süreyi kapsadığı söylenebilir (Cressey, s. 37)

Organize suç grupları; yolsuzluğa bulaştıran kadrosunun sayısına eş olarak “yolsuzluğa bulaşmış” kadrolarına da sahip bulunmaktadır. Genel olarak bir organize suç grubu ailesi; aileye nasıl ki şef, muhasebeci, özel şoför seçip alırken belli bir takım yöntemleri uyguluyorsa “yolsuzluğa bulaşmış” görevine de adam alırken aynı yöntemi izlemektedir. Bununla birlikte “yolsuzluğa bulaşmış” görevine atanan kimse, atandığı organize suç grubunun üyesi konumunda bulunmamakta, sadece o ailenin iş bölümü açısından önem kazanmaktadır. Bazı durumlarda ise organize suç ailesi, kendine “yolsuzluğa bulaşmış” kadrosuyla kişi almamakta, yolsuzluğa

bulaştıran kimse veya kimselerin yardımıyla bazı kişi veya kişileri çeşitli kamu kurumlarına yerleştirmektedir. Bu tip kişilerin sahibi, kendisini işe yerleştiren organize suç ailesidir (Cressey, s. 37).

Genel olarak gittikçe artan oranda sınırı aşan faaliyet göstermeye başlayan suç organizasyonları konusunda, halkın da son yıllarda dikkati, yolsuzluk üzerinde toplanmaya başlamıştır. Suç organizasyonları yolsuzluğa bulaşmış, bozulmuş kamu görevlilerinin yardımıyla düzgün ve ihtiyatlı bir şekilde faaliyetlerini yürütmektedirler. Bu durum yalnızca demokrasiye artan oranda bir tehdit oluşturmakla kalmamakta, aynı zamanda uluslararası ticari faaliyetlere de artan oranda bir zarar oluşturmaktadır. Ancak, organize suçun demokrasiye ve uluslararası ticarete verdiği zarar, genellikle yazarlar tarafından eşanlı olarak incelenmemiştir. Bundan da öte, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Amerikan Devletleri Organizasyonu (OAS), Avrupa Birliği (EU), Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi kuruluşlar sadece kamu görevlileri ile yasal şirketler veya işadamları arasındaki yolsuzluk konusuna eğilmişlerdir. Daha da dikkat çekici olan husus ise, yapılan bu çalışmalarda yasal iş dünyasının resmi yolsuzluk konusundaki rolü ve sorumluluğu konusunda yeterli dikkat ve özenin harcanmaması olgusudur. Paranın yazı ve tura kısmı gibi birbirinden ayrıştırılması imkansız olan yolsuzluk ve organize suç, söz konusu kuruluşlar tarafından gerek önlem temelinde gerekse araştırma temelinde sanki birbirinden ayrı olgular gibi ayrı ayrı incelenmiştir (Passas, s. 42).

Bu incelemede önce, yargının yolsuzlukla etkin mücadelesi için gerekli olan koşullar konusunda genel bir bilgi verilecek, daha sonra ise Türkiye’de, yargı organlarının yolsuzlukla mücadelesi sırasında karşılaştığı sorunlara ve çözüm yollarına değinilecektir.

I. GENEL OLARAK

Bir ülkenin gönence kavuşabilmesi için; firma, yurttaş ve hükümet arasındaki uyumsuzlukları çözecek, kanun ve diğer mevzuattaki belirsizlikleri giderecek ve kurallara zorla uyulmasını sağlayacak olan kurumsal mekanizmalara gereksinim vardır. Toplumlar; uyumsuzlukları çözebilmek için resmi veya gayri resmi (enformel) bir çok mekanizma geliştirmişlerdir. Bununla birlikte söz konusu mekanizmalardan hiç biri resmi yargı kadar önemli değildir. Çünkü yalnızca yargı organı; kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere meşru zorlayıcı otoriteye sahiptir ve yine sadece yargı organı yasama ve yürütme faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığını belirleyebilir. Yargının yasama ve yürütmeyle ilgili ilişkileri yargıyı yegane önemli bir konuma sokmaktadır. Yargı; yasama ve yürütmenin kararlarının hukuka uygun olup olmadığını denetlediğinden ve kararlarıyla sağlıklı

bir iş hayatı ve siyasi ortam oluşturulmasına büyük katkı sağladığından sürdürülebilir kalkınmayı sağlama bakımından özgün bir güç konumunda bulunmaktadır (World Development Report, 1997, s. 100).

Sürdürülebilir kalkınmaya en çok zarar veren hususların başında yolsuzluk gelmektedir. Bir ülkede yolsuzluk katlanılabilir bir seviyeye getirilmeden sürdürülebilir kalkınmayı elde etmek ham bir hayalden öteye gidemez. Yolsuzlukları katlanılabilir bir seviyeye indirme bakımından, yargı önemli bir konumda bulunmaktadır. Ancak, yargının yolsuzluklara karşı etkin bir mücadele verebilmesi için yargının kendisi şu üç koşulu bünyesinde eşanlı olarak taşıması gerekir. Bunlar; yargının bağımsızlığı, yargı kararlarının uygulanmasını sağlayacak nitelikte yargının infaz gücünün bulunması ve yargının etkin bir organizasyona sahip olmasıdır (Karş. World Development Report, 1997, s. 100).

Yargının, diğer devlet organlarından bağımsız olması söz konusu üç koşuldan en önemlisi olanıdır. Yargının yasama ve yürütmeyle ilişkisinin boyutu ne olursa olsun, sanayileşmiş bütün ülkeler ve ekonomik olarak az gelişmiş bir çok ülke, anayasal hükümleri yorumlayıp uyguladığı ve yürütmenin hukuka aykırı işlemlerinde yargıya hesap verdiği için yargıya güven duymaktadır (World Development Report, 1997, s. 100).

Bununla birlikte bir çok ülkede yargı bağımsızlığına gölge düşüren çok sayıda uygulamalara rastlanılmakta ve hiç bir ülkenin yargısı, yargı kararlarını etkisiz kılmak için siyasilere tarafından girişilecek çabalara karşı bağımsızlığa sahip bulunmamaktadır. Yasama organı ve yürütme, kendi yargılarını dizginleyebilmek için çok değişik yollara başvurabilmektedirler. Bu konuda çok sayıda örnek gösterebilmek mümkündür;

a. İdari işlemlere karşı açılan bir davanın duruşmasından bir saat önce, Malta'daki üst bir mahkemenin yargıçları görevlerinden uzaklaştırılmıştır.

b. Geçmiş Pakistan hükümetleri sık sık yargıçları geçici olarak atamışlardır. Yargıçların görev teminatının olmaması, yargıçlar üzerinde siyasal baskı kurulabilmesi için uygun bir mekanizma oluşturmuştur.

c. Ukrayna Anayasası, yargının yürütmeden bağımsız olduğunu bildirmesine rağmen, yargıçlara konut tahsis edilmesi işini ağırlıklı olarak yerel yönetimlerin takdirine bırakmıştır. Yargıçlar, yerel yönetim görevlilerinin kararlarının iptali yoluna giderlerse, iptal kararı veren yargıçların ev talepleri bilinçli olarak geciktirilmektedir. (World Development Report, 1997, s. 100).

Yargının yolsuzluklarla mücadelesinde etkinliğini sağlayacak bir başka koşul, yargı kararlarının uygulanma yetisidir. Uygulamada bunun anlamı;

devletin diğere organlarının, mahkeme hizmetlerini görebilecek nitelikte personel istihdamı, çekişmeli mala el koyacak, yönetecek ve davada haklı çıkana teslim edecek, kısacası, mahkeme kararının icra edilmesini sağlayacak şekilde gerekli kaynağı, yargıya tahsis etmesini gerektirir. Bununla birlikte çoğu ülkelerde yargı kararlarının icra yetisi kısıtlanmaktadır. Örneğin; Polonya’da icra memurları mahkeme tarafından değil Adalet Bakanlığı tarafından işe alınmaktadır. Polonya’nın yargıçları yeterli ve makul oranda etkin bir konumda bulunmasına rağmen, artan dava sayısı oranında icra memurları işe alınamadığından dolayı yargı kararlarının infaz kabiliyetinde yavaşlık ve sık sık etkinsizlikle karşılaşmaktadır (World Development Report, 1997, s. 100).

Yargının yolsuzluklarla mücadelesinde etkinliğini sağlayacak son koşul, yargının organizasyon etkinliğinin sağlanmasıdır. Yargının kurumsal etkinliğe kavuşması, davaların hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulması açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Bir davanın sonuçlandırılması Brezilya ve Ekvator’da ortalama olarak bin beş yüz günü bulmasına rağmen, Fransa’da ortalama olarak sadece yüz günde sonuçlandırılmaktadır. Davaların uzun sürmesi uyuşmazlığın çözümündeki işlem maliyetini artırmakta ve gizli güç olarak, hak arayanların yargıya başvurmamasına neden olmaktadır. Bununla birlikte yargının kurumsal etkinliğinin olmamasından dolayı davaların uzun sürmesi; yargının bağımsızlığı ve yargı kararlarının uygulanma yetisi koşullarından daha az bir öneme sahiptir. Yargı hantal ve maliyetli bir şekilde işlese de, eğer yurttaşlar, yargı kararlarının adil olduğu yönünde inanca sahipse, o ülkenin yargı sisteminin güvenilirliği vardır (World Development Report, 1997, s. 100).

II. YARGI ORGANLARININ YOLSUZLUKLA MÜCADELE EDERKEN KARŞILAŞTIĞI SORUNLAR

Yargı organları, yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında diğere suç türlerine kıyasla çok fazla güçlüklerle hatta zaman zaman başa çıkılamaz durumlarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Yargı organlarının yolsuzlukla mücadele ederken karşılaştığı güçlükler oldukça çok boyutlu olmasına rağmen; söz konusu güçlükleri siyasal, yasal ve uygulama güçlükleri olarak üçe ayırabilmek mümkün gözükmektedir (Bertossa, s. 103).

2.1. Siyasal Güçlükler

Türkiye’de yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında yargı organlarının baş başa kaldığı en büyük siyasal güçlük; milletvekillerine tanınan cezai kovuşturma ve soruşturma bağıışıklığıdır. Sorun yaratan husus;

Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasının birinci tümcesidir. Bu tümceye göre; seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddia edilen bir milletvekili, meclis kararı olmadıkça tutulamamakta, sorguya çekilememekte, tutuklanamamakta ve yargılanamamaktadır.

Diğer yandan, başbakan veya bakanların görevleriyle ilgili cezai sorumluluğunun araştırılmasıyla ilgili meclis soruşturması da yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına büyük güçlük çıkarmaktadır. Konuyla ilgili Anayasa'nın 100. maddesine göre, başbakan veya bakanlar hakkında ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az onda birinin vereceği önerge ile soruşturma açılabilenekte, meclis gerekli gördüğü takdirde ilgiliyi yüce divana sevk etmekte, yüce divana sevk kararı ancak üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınmaktadır.

Yargı organlarının yolsuzlukla mücadele ederken karşılaştığı diğer bir güçlük; yolsuzluk soruşturmasına uğrayan siyasilerin veya siyasi partilerin özel bir güce sahip olmalarıdır. Özellikle iktidar partisinin veya iktidar partisine yakın kimselerin yolsuzluk soruşturması daha da güçleşmektedir. Çünkü iktidar partisi veya iktidar partisine yakın olan siyasiler, özellikle kamu kurumlarını kendi kontrolleri altında bulundurmakta, bu durumdan faydalanarak yolsuzluk delillerini kolaylıkla karartabilmektedirler (Bertossa, s. 103).

Yargı organlarının yolsuzlukla mücadelesi sırasında karşılaştığı diğer sorun; yukarıda kısaca anlatıldığı gibi özellikle yürütmeye karşı hakimlerin bağımsızlığı ve teminatının bulunmaması ile bazı hakimlerin dürüst, onurlu ve cesur olmamasıdır. Bu tip vasıflara sahip olmayan hakimler; *"verilen talimatların yerine getirilmesi"* veya *"mesleğinde yükselme olgusuna"* yolsuzluk soruşturma ve kovuşturulmasının doğru bir şekilde sonuca kavuşturulmasından daha fazla olarak önem verebilmektedirler (Bertossa, s. 103).

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaşılan diğer bir önemli güçlük; soruşturma ve kovuşturmayı yürüten hakim ve savcılarının haksız ithama maruz kalmalarıdır. Soruşturma ve kovuşturmayı yürüten hakim ve savcılar; belirli bir partinin kuklası, belirli bir partinin düşmanı, belirli bir siyasi kimsenin maşası, belirli bir siyasinin düşmanı veya belirli bir ideolojinin adamı (komünist, faşist vb.) olarak yaftalanabilmektedir. Yargıç ve savcılara yöneltilen bu suçlamalar tamamen hayal ürünü olsa bile, *"çamur at izi kalsın"* misali, yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarının selameti zarar görmektedir (Karş. Bertossa, s. 103).

Yolsuzluk fiil ve eylemlerine bulaşanların yaptıkları kirli işlere ülke çıkarı anlayışıyla yaklaşılması, yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına önemli ölçüde sekte vurmaktadır. Kirli işlere bulaşanlardan özellikle siyasiler; ülkeyi yabancı rekabete karşı koruduklarını, ülkeye istihdam

olanağı sağladıklarını iddia edebilmektedir. Yine yolsuzluk suçlarından dolayı sanık konumunda bulunan kimseler; üzerlerine atılı olan suçları yurttaşların ortak iyiliği veya ülkenin zenginleşmesi amacıyla işlediklerini savunabilmektedir. Daha açık bir deyişle kirli işlere bulaşanlar, “*ne yaptüksak, ülke için yaptık*” deme cüretini gösterebilmektedir (Karş. Bertossa, s. 103).

Kanımca, Türk siyasetinin finansmanının saydam usullere bağlanamaması da yolsuzlukla mücadele açısından önemli güçlükler doğurmaktadır. Siyasi partiler tek başlarına veya koalisyon ortağı olarak işbaşına geldiği hallerde partilerinin organizasyon ve seçim masraflarını karşılayan kişilere ihale veya başka bir takım çıkarlar sağlayabilmekte ve böylece derinleşen yolsuzluğa karşı mücadele daha da zorlaşmaktadır.

Son olarak, kamu kesiminde işe alınma ve görevde yükselme için nesnel ölçütlerin bulunmaması ve iktidar parti veya partilerinin, kendi siyasi düşüncelerine yakın kimseleri işe alması veya yükseltmesi yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarını güçleştirmektedir.

2.2. Normatif Güçlükler

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaşılan normatif güçlükleri anayasal ve yasal güçlükler olarak ikiye ayırmak mümkündür.

2.2.1. Anayasal Güçlükler

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaşılan önemli bir anayasal güçlük; Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrasıdır. Bu fıkraya göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması istisnalar dışında idari merciin iznine tabi tutulmuştur.

Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasındaki “*ceza sorumluluğunun şahsi olması*” ilkesi ile 7. fıkrasındaki “*genel müsadere cezası verilemez*” ilkesi organize suç ve yolsuzlukla etkin mücadele açısından zafiyet doğurmaktadır. Yine Anayasa'nın 38. maddesinin son fıkrasında ifade edilen vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemeyeceği kuralı yolsuzlukla etkin mücadelenin önünde bir engel oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapması (Anayasa m. 148) ve asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçların askeri yargı tarafından görülmesi (Anayasa m. 145) yolsuzlukla etkin mücadele verilmesini güçleştirmektedir.

2.2.2. Yasal Güçlükler

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaşılan en büyük yasal güçlük; devlet sırrı ve ticari sırrın somutlaştırılmamış olması, banka sırrı ve müşteri sırrı gibi kavramların ise mevcudiyetini sürdürmesidir. Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde; devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi menfaatleriyle ilgili bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliğinde olduğu zımnen tanımlanmakta, Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinde ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 35. maddesinde banka ve müşteri sırrından bahsedilmekte, Türk Ticaret Kanunu'nun 57 ve 64. maddelerinde ticari sır kavramına yer verilmektedir. Devlet sırrı, ticari sır, banka müşteri sırrı kavramları her ne kadar yasalarda düzenlense de somutlaştırılmadığı ya da kaldırılmadığı için bir çok yolsuzluk fiil ve eylemleri bu kavramların içerisine sokulabilmekte, bu yüzden yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarından gerekli sonuç elde edilememektedir.

Sanıkların sıfatına ve görevine tabi olarak işlenen görev suçlarının soruşturma ve kovuşturmalarının izne tabi tutulması yolsuzlukla mücadeleyi güçleştirmektedir. Bu konuda çok sayıda örnek vermek mümkündür. Örneğin; 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'la; memur ve diğer kamu görevlilerinin görev suçlarında soruşturma yapılması için izin koşulu aranmaktadır. Yine, 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 153. maddesinde; noterlerin, görevinden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesinin Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olduğu belirtilmiştir.

Yine işlenen bir takım suçların soruşturma ve kovuşturulmasının özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi tutulması, yargılama birliğini bozmakta, dolayısıyla yargının yolsuzlukla etkin bir mücadele vermesini güçleştirmektedir. Bu konuda da çok sayıda örnek bulabilmek mümkündür. Örneğin; 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 53. maddesiyle; YÖK başkan ve üyeleri, üniversite rektörleri, fakülte dekanları ve öğretim elemanlarının görev suçlarının soruşturulması, özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi tutulmaktadır. Yine, 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 154. maddesinde; suç işlediği öne sürülen noter için özel kovuşturma ve soruşturma usulü öngörülmektedir.

4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde çıkar amaçlı suç örgütünün son derece karmaşık bir şekilde tanımlanması ve ancak belli nitelikteki suçları işlemek üzere yapılan birleşmelerin çıkar amaçlı suç örgütü olarak kabul edilmesi, yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına büyük zorluklar çıkartmaktadır. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesine göre "*Doğrudan veya*

dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar; örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir” denilmektedir.

Kara para aklama konusunda temel mevzuat olan 4208 sayılı Kanun’un kara parayı ve kara para aklama suçunu son derece dar bir şekilde tanımlaması da yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına büyük güçlük çıkartmaktadır. 4208 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin alt bentlerinde kara para;

1. 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’undaki,
2. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun’undaki,
3. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’undaki,
4. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkında Kanun’undaki,
5. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinin (b) fıkrasındaki,
6. 4389 sayılı Bankalar Kanun’unun 22. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki,
7. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin (1) ila (7) numaralı alt bentlerindeki,
8. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tasfiyeye tabi tutulan bankalara dair iflas ve konkordatoya ilişkin olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 333. maddesindeki,
9. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümler ve aynı Kanun’un 179, 192, 264, 316, 317, 318, 319, 322, 325, 332, 333, 335, 335, 339, 341, 342, 345, 350, 403, 404, 406, 435, 436, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 504, ve 506. maddelerindeki,

Fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden

diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değer olarak tanımlanmıştır.

Kara para aklama suçu ise 4208 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde "Türk Ceza Kanunu'nun 296. maddesinde belirtilen haller haricinde, bu maddenin (a) bendinde sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen kara paranın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen kara paranın başkalarınca iktisap edilmesi, bulundurulması, elde edenlerce veya başkaları tarafından kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyet ya da malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tabi tutulması veya bu hareketin gizlenmesi, yukarıda belirtilen suçların hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacıyla kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer yoluyla aklanması veya kara paranın tespitini engellemeye yönelik fiiller" şeklinde tanımlanmıştır.

2.3. Uygulama Güçlükleri

Türk Ceza Kanunu; 64. maddesinde asli iştirak, 65. maddesinde ise ferî iştirak şeklini kabul etmiş ve iştirak hallerini tahdidi olarak düzenlemiştir. Ceza Hukuku'nda geçerli olan kıyas yasağı kuralı gereğince Kanun'da gösterilen iştirak şekilleri dışındaki diğer iştirak şekilleri cezasız kalmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen iştirak şekilleri çağcıl gelişmelere uygun olmadığı gibi, organize suçla etkin mücadele etmek için de yeterli değildir.

19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 14. 13.11.1996 tarih ve 4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nun 7. ve 30.7.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinde; ancak sanık mahkum olduğunda mal varlığının zoralımına karar verileceğinin belirtilmesi, bir başka deyişle yolsuz mal varlığının ceza davası yoluyla devlete intikal etmesinin öngörülmesi, yolsuzlukla etkili mücadeleyi güçleştirmektedir.

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında etkin bir ceza indirimi veya muafiyeti mekanizmasının öngörülmemesi de, yolsuzlukla mücadeleyi güçleştirmektedir.

Kıyı (off shore) bankacılığına veya kıyı merkezlerinde veya ülkede paravan şirket kurulmasına müsaade edilmesi, yolsuzlukla mücadeleyi olumsuz olarak derinden etkilemektedir (Karş. Bertossa, s. 104).

Avukat, noter gibi bir takım profesyonel meslek sahiplerinin mali işlerde bile sır tutma yükümlülüğü altında bulunması, yolsuzlukla mücadeleyi güçleştirmektedir. Profesyonel meslek mensuplarının bu tip ayrıcalıklara sahip olması, yargıcı, yolsuzlukla mücadele ederken güçsüz bir konumda bırakmaktadır (Karş. Bertossa, s. 104).

III. YARGI ORGANLARININ YOLSUZLUĞA KARŞI ETKİN BİR MÜCADELE VEREBİLMESİ AMACIYLA ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER

3.1. Siyasal Önlemler

a. Milletvekili Bağışıklığının Yeniden Düzenlenmesi

Yolsuzluğa ve organize suça karşı alınması gereken en önemli siyasal önlem; Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasının yenilenmesi, 2. fıkrasının ise daraltılmasıdır. Anayasa'nın yasama dokunulmazlığı başlıklı (Bu arada Anayasa'nın 83. maddesinin başlığının hatalı olduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü yasama dokunulmazlığı parlamenter bağışıklığının bir kolunu teşkil eder. Parlamenter bağışıklığının diğer kolunu yasama sorumsuzluğu oluşturur. Anılan 83. maddede yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığını beraberce düzenlediği için başlık hatalıdır. "Milletvekili Bağışıklığı" olarak başlığın düzeltilmesi gerekir.) 83. maddesinin 1. fıkrasında parlamenter bağışıklığının bir görünümü olan yasama sorumsuzluğu ilkesi düzenlenmektedir. Bu fıkraya göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın teklifi üzerine meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamaz". Bu fıkrada eleştirilmesi gereken husus, parlamenterin meclis içerisinde kullandıkları sözlerin meclis dışında tekrarlanmasının o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın önerisi üzerine meclis kararıyla yasaklanabilmesidir.

Yasama sorumsuzluğu ilkesi ile milletvekilinin, konuşma ve düşünce özgürlüğünün mutlak bir şekilde sağlanarak, görevini gereği gibi yapması amaçlanmıştır. Bu açıdan milletvekilinin mecliste ifade ettiği görüşlerini meclis dışında yaymaktan yasaklanabilmesi, sınırlarının belirsizliği ve keyfi kullanıma açık olması nedenleriyle yasama sorumsuzluğu ilkesini zedeler. Bu fıkraya dayanılarak bir milletvekilinin örneğin yolsuzluk konusunda verdiği önemli bir bilgiyi meclis dışında açıklaması yasaklanabilir. Böyle bir durumun ise kamu oyunun gerçekleri öğrenme hakkını zedeleyeceği ve yolsuzlukla mücadeleyi zorlaştıracacağı açıktır. Çünkü, bazı durumlarda yolsuzluğun ortaya çıkarılması, yolsuzluk yapanların mahkum olmasından daha iyi bir şekilde yolsuzlukla mücadeleye katkı sağlar. Bu

açılardan temsili demokrasinin en önemli kurallarından birisi olan yasama sorumsuzluğu ilkesi alabildiğince genişletilmeli, milletvekilinin mecliste ileri sürdüğü düşüncelerin dışarıda açıklanması, ancak bir takım nesnel kısıtlara tabi olarak (örneğin; üçüncü şahısların kişilik haklarını koruma gibi) sınırlandırılmalıdır.

83. maddesinin 2. fıkrasında, seçimlerden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin, meclisin kararı olmadıkça tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı belirtilmektedir. Bu hüküm, yolsuzluk ve bu arada organize suçla mücadeleyi zafiyete düşürmektedir. Bir organize suç grubunu, sokak çetesinden ayıran özelliklerden birisi, anılan grubun siyasilere bağlantıya geçerek kendi faaliyetlerine göz yumulmasını temin etmektir. Dolayısıyla nüfuz sahibi siyasilere bağlantı kurmaksızın, organize suç gruplarının, faaliyetlerini etkin bir şekilde yürütebilmeleri mümkün değildir. Bu çerçevede yolsuzluk ve organize suçla mücadelenin etkin olabilmesi için organize suçun siyasi uzantılarının kolay bir şekilde yargı önüne çıkartılabilmesi yaşamsal derecede önem taşımaktadır. Yasama dokunulmazlığı müessesesi nedeniyle organize suç gruplarına destek veren milletvekili kolaylıkla yargı önüne çıkartılmamakta, dolayısıyla bazı organize suç faaliyetlerinin failleri cezazsız kalabilmektedir. Daha somut bir deyişle, meclisin çoğu durumlarda siyasal dürtülerle dokunulmazlık dosyalarını rafa kaldırması nedeniyle, yolsuzluk ve organize suçla mücadele zafiyete uğramaktadır.

Son yıllarda İtalya'nın yolsuzluk ve organize suçla karşı verdiği mücadelede başarılı olmasının temel nedenini, yasama dokunulmazlığının sınırlandırılarak, organize suç gruplarının yasamadaki uzantılarını kolaylıkla yargı önüne çıkartılması oluşturur. Bu açılardan Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek; milletvekiline sadece "*tutulmama ve tutuklanmama*" dokunulmazlığı sağlanmalı, diğer durumlarda milletvekili ile yurttaş eşit koşullarda bulunmalıdır.

b. Meclis Soruşturması Usulünün Kaldırılması

Anayasa'nın 100. maddesi gereği; bakanların görevleriyle ilgili suçları, meclis soruşturması yoluyla araştırılmakta ve soruşturma sonucunda, ilgili bakanın Yüce Divan'a sevk edilmesine meclisçe karar verilebileceği belirtilmektedir. Sadece işbaşında bulunan bakanların görev suçları meclis soruşturması yoluyla belirlenmemekte, görevinden ayrılmış olan bakanların görev suçları bile, meclis soruşturması yoluyla saptanmaktadır.

Yargı organlarının yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verebilmesi için kanımca, Anayasa'nın 100. maddesinin kaldırılarak meclis soruşturması

usulünün terk edilmesi gerekir. Bir kere, meclisin yürütme üzerinde yargısal nitelikte denetim yolu diyebileceğimiz bu usul, uygulamada kimi durumlarda bakanların yolsuzluğunu ortaya çıkarmak amacıyla değil, bakanların yolsuzluklarını örtmek için kullanılmaktadır. Hatta bu yol öyle partizanca amaçlarla kullanılmaktadır ki, benim iktidarımın bakanının yolsuzluğunu örtersen ben de senin iktidarının bakanının yolsuzluğunu örterim şeklinde pazarlıklara bile neden olabilmektedir. İkincisi, bakan dahi olsa herkesin yargılanma hakkı bulunmaktadır. Meclis soruşturması sonucu Yüce Divan'a sevk edilmeyen bakan, vicdanen huzursuz olabilir ve Yüce Divan'da yargılanarak beraat etmek isteyebilir. Ayrıca, Yüce Divan'a gönderilmeyen bakan hakkında, toplum masumiyet duygusu duymayabilir. Bu açıdan hukukun üstünlüğü ve insancıl açıdan herkese yargılanma hakkının tanınması mutlak bir gerekliliktir. Son olarak, bakan hakkında meclis soruşturması ya bakan hakkında bir iddiaya ya da meclis araştırması sonucunda ortaya konan olgulara dayanılarak yapılır. Bakan hakkında ortaya atılan iddiaları veya olguları meclisin yerine ceza mahkemelerinin değerlendirmesi daha yerinde olacaktır. Çünkü ceza mahkemelerinde her şey her şeyle ispat edilebilir ve hiç bir şey kesin delil oluşturamaz. Daha somut bir deyişle, iddia veya olguları daha geniş bir şekilde değerlendirme olanağı bulunan ceza mahkemelerinin bakanı yargılaması daha yerinde olacaktır.

c. Siyasetin Finansmanının Saydam Hale Getirilmesi

Mark Hanna adlı Amerikalı bir politikacı, (ölm. 1904) siyasette iki şey çok önemlidir; birisi para, diğeri ise şu anda hatırlamıyorum! diyerek siyasette paranın önemini son derece veciz bir şekilde ifade etmiştir.

Yargının yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verebilmesi amacıyla siyasetin finansmanı mutlak bir şekilde saydamlaştırılmalıdır. Türkiye, siyasetin finansmanını saydamlaştıramadığından, siyasetin finansmanını sağlayanlar ile siyasetçilerin finansman sağlayıcılarına sunduğu çıkarlar arasındaki çıkar ilişkisi ortaya çıkartılamamakta, bir çok yolsuzluk olayları karanlıkta kalmaktadır.

Siyasetin saydam hale getirilmesi için alınması gerekli önlemleri en genel hatları ile şu şekilde ortaya konulabilir;

a. Bir adayın seçim kampanyasında harcayabileceği para miktarına üst bir tavan getirilmesi (örneğin; en yüksek devlet memuru aylığının azami üç katı vb.) ve getirilen tavanı aşmayacak ölçüde adaya bağış ve yardımda bulunacakların ilan edilmesi gerekir. Böylelikle seçimden önce adaya bağış ve yardım yapanlar ile seçimden sonra adayın, bağış ve yardımcılarına sağlayacağı çıkarlar arasında ilişki kolaylıkla ortaya çıkartılabilir.

b. Siyasal partilerin masrafları organizasyon ve seçim masrafları olarak ikiye ayrılmalı ve söz konusu masrafların mali kaynakları farklı hükümlere tabi tutulmalıdır. Siyasal partinin organizasyon masrafı, sadece o partinin parti üyeleri tarafından karşılanmalıdır. Bu çerçevede, Anayasa'nın siyasi partilerle ilgili hükümlerinde değişikliğe gidilerek siyasal partilerin özel menfaat gruplarından (şirketlerden, parti üyesi olmayan kişilerden) bağış almaları ve diğer çıkar ilişkisine girmelerinin yasaklanması gerekir. Diğer yandan, bir partiye hazine yardımı yapılırken o partinin en son milletvekili seçimlerinde hangi oranda oy aldığına göre yardım yapılmaktan kaçınılması, siyasal partilere seçimlerde yapılacak hazine yardımı, seçime katılmaya hak kazanan tüm siyasal partiler arasında eşit bir şekilde üleştirilmelidir.

c. Son olarak; siyasi partilerin malvarlıklarını ve gelir gider hesaplarını denetleme işi, ağır bir iş yükü altında bulunan Anayasa Mahkemesi'nden alınarak partilerin teşkilatlarının bulunduğu il ve ilçe mahkemelerine devredilmelidir.

d. Kamuda İşe Alma veya Görevde Yükselmenin Nesnel (Objektif) Ölçütlere Bağlanması

Kamu kesiminde işe alma veya görevde yükselme için yeterli nesnel ölçütler bulunmamakta ve özellikle iktidarda bulunan siyasiler; kamu kurumunda işe adam alırken veya kamu görevlilerini görevde yükseltirken kendi akrabalarını (nepotizm) veya dost veya arkadaşlarını (kronizm) veya kendi siyasal yandaşlarını (partizanlık) tercih edebilmektedirler. iktidar parti veya partilerinin, kendi siyasi düşüncelerine yakın kimseleri işe alması veya yükseltmesi yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarını güçleştirmektedir.

Anayasa'nın 70. maddesinin 2. fıkrasında; kamu hizmetine alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez denilmiş, 128. maddesinin son fıkrasında ise "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir" şeklinde bir hüküm yer verilmiş, buna karşın uygulamada, gerek kamu görevine atanmada gerekse kamu görevlisinin göreve yükseltilmesinde yaygın bir şekilde akraba, eş, dost ve parti yandaşlarını kayırma olgusuyla karşılaşmıştır.

Yargının yolsuzluklara karşı etkin mücadele verebilmesi amacıyla gerek kamu görevine alınmada gerekse kamu görevlisinin üst düzey görevlere atanmasında öznel değerlendirmeleri yok denilecek seviyeye getirecek nesnel kriterlere mutlak bir gereksinim bulunmaktadır. Gerek kamu görevine alınma gerekse üst düzey görevlere atanmada yeterli nesnel ölçütler olmadığı için kimi durumlarda siyasetçi ve bürokrat el birliği ile yolsuzluk

yapabilmekte, bazen ise siyasetçinin yaptığı yolsuzluk kanıtları, kayırmacılık yoluyla göreve gelmiş bürokratlar tarafından karartılabilmektedir. Bu durumun ise yolsuzlukla mücadeleyi ne kadar zorlaştırdığı ortadadır.

Kamu görevine atanma veya görevde yükseltmeyi tarafsız bir şekilde sağlayabilmek için kanımca şöyle bir yol izlenmelidir. Kamu görevine alınma işi sadece Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nin yapacağı sınav sonucu olmalı, işe alacak kuruma herhangi bir inisiyatif (örneğin; sözlü sınav) tanınmamalıdır. Sözlü sınavın mutlaka yapılması gereken mesleklerde ise (örneğin; TRT spikerliği) dışarıdan konunun uzmanlarından oluşan bir kurul oluşturulmalı, sınavı o kurul yapmalıdır. Görevde yükselmeye ise kamu görevlisine sadece bulunduğu makam veya mevkiden bir üst makam veya mevkie çıkma hakkı verilmeli, üst makam veya mevkie çıkma hakkı ise ya kurum tarafından yapılacak test usulü yazılı sınavdan başarılı not alanlara ya da Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi'nin açacağı yöneticilik kursunu başarı ile bitirenlere verilmelidir.

e. Yargıçların Tam Bir Şekilde Bağımsızlığı ve Tarafsızlığını Sağlayacak Düzenlemeler Yapılması

Türkiye'de yargıç bağımsızlığı tam olarak sağlanamadığından yolsuzluklara karşı etkin mücadele verilememektedir. Özellikle ucu siyasilere dokunan yolsuzları etkin bir şekilde ortaya çıkarmak ve soruşturabilmek kahramanlık gerektirmektedir. Çünkü Türkiye'de siyasilere, beğenmediği yargıçların özlük haklarını olumsuz etkileyebilecek bir takım mekanizmalara sahiptirler. Kanımca, yargıçların, yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarını etkin bir şekilde ortaya çıkaramadığı, dolayısıyla kahramanlık yapamadığı için suçlanması da yerinde değildir. Çünkü hiç kimseden görevini yaparken kahramanlık göstermesi beklenilemez. Bu çerçevede, yargının yolsuzlukları etkin bir şekilde soruşturma ve kovuşturabilmesi için yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlayacak önlemler alınmasına mutlak bir gereksinim bulunmaktadır.

Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı iki açıdan değerlendirilmek durumundadır. Bunlardan ilki öznel (subjektif) açıdan bağımsızlıktır. Öznel açıdan bağımsızlık; yargıcın kişisel anlamda önyargısız ve tarafsız olmasını gerektirir. Yargıçların önyargısız ve tarafsız olmasını temin için; yargıçlar, gerek adaylık gerekse meslek içinde eğitim ve öğretime tabi tutulmalı ve belirli bir bilinç düzeyine ulaştırılması gerekir. Diğeri ise nesnel (objektif) açıdan bağımsızlıktır. Nesnel açıdan bağımsızlık; yargıcın her türlü kuşkudan uzak olacak biçimde gerekli güvencelere kavuşması anlamına gelir. Yargıçların nesnel yönden tarafsızlığını sağlamak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, Hakimler Yüksek Kurulu'na dönüştürül-

mesi, Hakimler Kurulu'nda Adalet Bakanı ve Müsteşara yer verilmemesi, yargıçların rızası alınmadan savcılığa geçirilmesi yoluna gidilmemesi, yargıçların Adalet Bakanlığı Merkez Teşkilatı'nda geçici veya sürekli istihdamına yer verilememesi, daha somut bir deyişle, Adalet Bakanlığı, kürsü yargıcına ihtiyaç duymayacak tarzda profesyonel uzmanlardan oluşan bir yapıya kavuşması, yargıçların özlük işlerinin Hakimler Kurulu tarafından düzenlenmesi ve Hakimler Kurulu'nun yönetsel ve mali açılarından özerk bir yapıya kavuşturulması gerekir (Karş. TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, 1998, s. 28 vd.).

3.2. Normatif Önlemler

3.2.1. Anayasal Önlemler

Yolsuzluğa ve bu arada yolsuzluğun bir türü olan organize suça karşı yargının etkin mücadele verebilmesi amacıyla anayasal bir takım tedbirlerin alınması kaçınılmaz gözükmektedir. Aşağıda bu tedbirlere ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

a. Organize Olarak İşlenen Suçlarda Cezai Sorumluluğun Ortak Olması

Organize suça karşı 1994 yılında yayımlanan Napoli Siyasal Bildirgesi ve Küresel Eylem Planı'na uyum sağlamak açısından Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında ifade edilen "*ceza sorumluluğu şahsidir*" ilkesinden sonra gelmek üzere "*ancak suçun organize bir şekilde işlendiği durumlarda ceza sorumluluğu ortaktır*" ilkesinin ilave edilmesi yerinde olacaktır. Suçun organize bir şekilde işlendiği durumlarda ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ilkesi çerçevesinde, yalnızca suçu icra eden kimse veya kimselerin cezalandırılması adalet duygusuna uygun değildir. Çünkü kişi veya kişiler mensup olduğu suç organizasyonunun hedefini gerçekleştirmek için suç işlemekte, dolayısıyla o suçun arkasında anılan organizasyon bulunmaktadır. Yine ceza sorumluluğunun şahsi olması yüzünden suç organizasyonları tam anlamıyla çökertilememektedir. Bir başka deyimle anılan ilke yüzünden güvenlik görevlileri yalnızca suçu işleyenler üzerinde yoğunlaşmakta, suç organizasyonunun diğer mensuplarının bilinmesi halinde bile anılan kimselerin o suçtan cezai bir sorumluluklarının olmaması nedeniyle güvenlik görevlileri diğer mensuplar üzerinde odaklanamamaktadırlar. Bu açılarından bir organize suç grubu mensubunun işlediği bir suç için o grubun diğer mensupları sorumlu tutulacak olursa organize suç gruplarının çökertilmesi kolaylaşacak ve kişilerin organize suç gruplarına katılımı büyük ölçüde engellenecektir.

b. Genel Müsadere Cezası Verilemez İlkesine İstisna Tanınması

Yolsuzluğa ve organize suça karşı yargının etkin bir mücadele verebilmesi amacıyla alınması gereken başka bir anayasal tedbir; yine, Napoli Siyasal Bildirgesi ve Küresel Eylem Planı'na uyum sağlamak açısından anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında ifade edilen "genel müsadere cezası verilemez" ilkesinin başına "suç organizasyonlarının malvarlıkları hariç" ibaresinin ilave edilmesidir. Uluslararası toplum, organize suça karşı etkin mücadele etmek amacıyla ülkelere suç organizasyonlarının tüm malvarlıklarını ellerinden alacak düzenlemelerin yapılması tavsiyesinde bulunmaktadır. Bir organize suç grubunun malvarlığı anılan grubun faaliyetlerini yürütebilmek açısından her şey olduğundan, uluslararası toplum, suç organizasyonlarının malvarlıklarının ellerinden alınmasını, anılan organizasyonlarının çökertilmesini sağlamak açısından neredeyse olmazsa olmaz koşul (conditio sine qua non) olarak görmektedir.

c. Bir Tüzel Kişilik Mensubu Tarafından Tüzel Kişilik Adına ve/veya Yararına Olarak İşlenen Suçlarda İlk Amirin Cezai Sorumluluğa Tabi Tutulması ve Tüzel Kişiye Para Cezası Verilmesi

Yolsuzluğa ve diğer suçlara karşı etkin mücadele verilebilmesi amacıyla alınması gereken tedbirlerden birisi, Anayasa'nın 38. maddesine bir fıkra ilave edilerek, bir tüzel kişilik mensubu tarafından tüzel kişilik adına ve/veya hesabına işlenen suçlarda, suç failinin ilk derece amirinin cezai sorumluluğunun olduğunun belirtilmesidir. Anayasa'nın 38. maddesine ilave edilecek fıkra şu şekilde olmalıdır: "Suçun tüzel kişilik adına ve/veya hesabına işlenmesi halinde suç failinin ilk derece amirinin cezai sorumluluğu saklıdır". Bu hükümden sonra ilgili kanunlarda değişikliğe gidilerek suç failinin, yolsuzluğun işlenmesine katılmayan ilk derece amirine hapis cezası öngörülmelidir.

Tüzel kişilik adına ve/veya hesabına işlenen suçlarda suç failinin ilk derece amirinin cezai sorumluluğuna gidilmesi yolsuzlukla etkin mücadeleye katkı sağlayabileceği gibi yolsuzluk olaylarının daha kolay bir şekilde ortaya çıkmasına da katkı sağlayabilecektir. Yolsuzluğun işlenmesine katılmayan tüzel kişiliğin ilk derece amiri, kendisi için öngörülecek cezadan, tüzel kişilikte kendisine bağlı olarak çalışan elemanların yolsuzluk yapmamları için tamim, genelge gibi soyut iç düzenleyici işlemler yayımladığını ileri sürerek kurtulamamalıdır. İlk derece amiri, söz konusu cezadan ancak, kendisine bağlı tüzel kişilik elemanlarının yolsuzluk yapmamları için her türlü objektif dikkat ve özen vazifesini yerine getirdiğini veya her türlü dikkat ve

özen vazifesini yerine getirirse bile yine de o tüzel kişilik elemanının veya elemanlarının yolsuzluk yapacağını kanıtlayarak kurtulabilmelidir.

Ayrıca, Anayasa'nın 38. maddesine bir başka fıkra ilave edilerek, tüzel kişilikte çalışan her hangi bir kişi tarafından tüzel kişilik yararına işlenen suçlarda tüzel kişiye para cezası verileceği öngörülmelidir. Bu hükümden sonra ilgili kanunlarda değişikliğe gidilerek, sadece tüzel kişiliği temsil etme veya tüzel kişilik adına karar alma yetkisine sahip olanlar tarafından tüzel kişilik lehine işlenen yolsuzluk suçlarında değil, herhangi bir tüzel kişilik elemanı tarafından tüzel kişilik yararına işlenen yolsuzluk suçlarında da tüzel kişiye para cezası öngörülmesi gerekir. Çünkü, herhangi bir tüzel kişilik elemanı tarafından da tüzel kişilik lehine yolsuzluk suç veya suçlarının işlenebilmesi olanaklıdır.

d. Kamu Görevlilerinin Yargılanmasında İzin Şartının Kaldırılması

Yolsuzluğa ve organize suça karşı alınması gereken diğer bir anayasal tedbir, Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasının değiştirilmesidir. Bu fıkraya göre memurlara ve diğer kamu görevlilerine karşı ceza kovuşturması açılabilmesi için idarenin izin vermesi gerekmektedir. Bu hüküm yalnızca kamu görevlileri ile vatandaşlar arasında anayasanın 10. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesini ihlal etmekle kalmamakta, yolsuzluğa yardım ve yataklık eden kamu görevlilerinin yargılanmasında da büyük sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Organize bir suç grubunu, sokak çetesinden ayıran husus; organize suç grubunun, faaliyetlerine göz yumulmasını temin etmek için kamu görevlileri ya da siyasetçiler ile çıkar ilişkisi içerisine girmesidir. Bu açıdan bir organize suç grubu, faaliyetlerini daha kolay bir şekilde yürütebilmek için ya siyasetçilerle ya da kamu görevlileri ile mutlaka bir çıkar ilişkisine girer. Ancak Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasının; çetelerle yolsuz ilişkisi içerisine giren kamu görevlilerinin etkin bir şekilde yargılanmasını engellediği açıktır. Organize suç gruplarıyla çıkar ilişkisine girerek işgal edilen kamu görevlilerinin etkin bir şekilde yargılanabilmesi ve böylece suç organizasyonlarının faaliyetlerini etkisizleştirebilmek açısından anayasanın 129. maddesinin son fıkrasının *"memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, hiç bir idari merciin iznine tabi tutulamaz"* şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

e. Adli Yargının Önündeki Anayasal Engellerin Kaldırılması

Yolsuzluk ve organizeye karşı yargı tarafından etkin bir mücadele verilebilmesi amacıyla adli yargının önündeki anayasal engeller de kaldı-

rılmalıdır. Adli yargının önündeki anayasal engellerin başında, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla bazı kişileri yargılama yetkisine sahip olması (Anayasa m. 148) gelir. Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisine sahip olması; doğal yargıç ve yargılama birliği ilkesine aykırı düşmekte; bunun yanında, farklı yargılama düzenlerine sahip olan kişilerin yolsuzluğu birlikte gerçekleştirdikleri durumlarda, yolsuzluk faillerinin farklı yargılama düzenini oluşturan mahkemelerde yargılanması sonucunu doğuracağından ve böylece olayın bütünlüğünün bozulmasına yol açacağından yolsuzlukla mücadeleyi de etkisizleştirmektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapma yetkisi kaldırılarak, Yüce Divan sıfatıyla yargılanacak kimselerin adli yargılama düzenine tabi olmaları esas kabul edilmelidir.

Adli yargının önündeki diğer bir anayasal engeli, yolsuzluğa askeri ve sivil kimselerin beraberce bulaştığı durumlarda, sivil şahsın adli yargıda, askeri şahsın ise askeri yargıda yargılanması oluşturur. Örneğin; askeri bir ihalede askeri personele rüşvet veren sivil şahıs, adli yargıda, askeri şahıs ise askeri yargıda yargılanır. Mevcut hukuk sisteminin; değişik yargı düzenine tabi kimseler tarafından birlikte gerçekleştirilen bir suç, değişik yargı düzenlerine tabi tutması, bilime ve ceza yargılamasındaki çağcıl gelişmelere aykırıdır. Çünkü bir suçun değişik kişiler tarafından ortak bir şekilde işlendiği durum, ceza yargılamasında objektif bağlantı olarak kabul edilmekte; objektif bağlantı bulunan hallerde davaların farklı yargı düzenlerine tabi tutulması ise objektif bağlantının doğasına aykırı görülmektedir. Bir başka deyimle objektif bağlantı halinde davanın sanıklarının hiç bir şekilde birbirinden ayıramayacakları (indivizibilite) esas benimsenmektedir (Fazla bilgi için bkz., Erem, s. 111). Bu açılardan bir suçun farklı yargılama düzenine tabi değişik sanıklar tarafından işlendiği durumlarda, sanıkların işgal ettiği mevki veya makama bakılmayarak bütün sanıkların tek bir yargı düzenine (adli yargıya) tabi tutulması; birçok yolsuzluk ve organize suç olaylarının ortaya çıkartılması ve anılan davaların hızlı görülmesi bakımından yaşamsal derecede önem taşımaktadır. Bu çerçevede suçun adli ve askeri yargı düzenine tabi kişiler tarafından birlikte işlendiği durumlarda adli yargının yetkili olmasını öngören anayasal bir sistem getirilmelidir.

f. Vatandaşın Geri Verilmezliği Kuralının Değiştirilmesi

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına güçlük çıkaran son husus; vatandaşların işlenen bir suç nedeniyle yabancı ülkeye geri verilmezliği kuralıdır. Anayasa'nın, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'la Değişik 38. maddesinin son fıkrasında "*Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın*

gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ÷lkeye verilemez” denilmektedir.

Günümüzde yolsuzluk, kara para aklama faaliyetleri ve organize suçlar gittikçe uluslararası bir boyut kazanmış, uluslararası boyut kazanan bu faaliyetlere karşı etkin mücadele verebilmek için vatandaşların suç sebebiyle yabancı bir ÷lkeye verilemez kurallarından vazgeçilmesi gerekmektedir. Uluslararası eğilim; ulus devletler tarafından sayılacak belirli suçlar dışında (örneğin; sırf siyasi suç, askeri suç vb.) diğer tüm suçlarda vatandaşın suç sebebiyle suçun işlendiği ÷lkeye iade edilmesi yönündedir. Bu açıdan anayasanın 38. maddesinin son fıkrasının kaldırılarak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda, vatandaşın hangi suçlar nedeniyle yabancı ÷lkelere verilemeyeceği gösterilmeli, sayılmayan suçlarda ise vatandaşın suç sebebiyle yabancı ÷lkeye iade edileceği esası getirilmelidir. Böyle bir yola gidilirse, Türkiye, örneğin; yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında, milletlerarası adli yardım ve suçluların iadesi mekanizmalarından daha kolay bir şekilde yararlanacak; böylelikle, yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarını daha etkin bir şekilde yürütme olanağına kavuşacaktır.

3.2.2. Yasal Önlemler

Bu kısımda, yargının yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verebilmesi amacıyla alınması gerekli yasal önlemler üzerinde durulacaktır.

a. Sır Konusunda Düzenleme Yapılması

Yolsuzluğa karşı alınması gerekli yasal tedbirlerden en önemlisi; saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılmasıdır (Van Duyne, s. 54-57). Saydamlık prensibinin Türkiye’de karşılaştığı en büyük engel; devlet ve ticari sırların somutlaştırılmamış, banka ve müşteri sırlarının ise mevcudiyetini sürdürüyor olmasıdır. Türkiye’de yapılan kimi yolsuzluklar sır kavramının içerisine sokulmakta ve yaygın bir gizlilik kültürü bulunmaktadır. Gizlilik kültürü ile etkin bir mücadele verebilmek amacıyla devlet ve ticari sır kavramları somutlaştırılmalı ve mevzuatta gereksiz yere sır teşkil eden hususlar (müşteri ve banka sırrı vb.) ayıklanmalıdır. Aşağıda konu hakkında ayrıntılı bilgi verilmektedir.

Yargı organlarının yolsuzluğa karşı etkin mücadele verebilmesinin önündeki en büyük engellerden birisi, devlet sırrı kavramının son derece geniş bir şekilde tanımlanmış, bir başka deyişle, somutlaştırılmamış olmasıdır. Gerçekten de Türk Ceza Kanunu’nun 132. maddesinde devlet

sırrı; devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi menfaatleriyle ilgili bilgi ve belgeler şeklinde zımnen ancak oldukça geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi menfaati gibi kavramlar son derece belirsiz bir görünüm arz etmekte, içeriğini belirlemede büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır. Daha somut bir deyişle, söz konusu kavramların içeriği zaman ve mekana göre değişebildiği gibi, yorumlayanların anlayışına göre de farklı olabilmektedir. Kuşkusuz en çağcıl ülkelerde bile devlet sırrı kavramı bulunmaktadır. Ancak çağcıl ülkelerin hiçbirisi, kendi devlet sırrını Türkiye kadar geniş bir şekilde tanımlamamıştır. Bu açıdan, yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verilebilmesi için devlet sırrı kavramının yeniden belirlenmesi ve tanımının somutlaştırılmasına mutlak bir gereksinim bulunmaktadır.

Yargı organlarının yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaştıkları diğer bir sorun; ticari sır kavramının belirsiz olması, daha doğrusu tanımlanmamış olmasıdır. Örneğin; Türk Ticaret Kanunu'nun 57, 64, 358 ve 363. maddelerinde ticari sırlar konusunda çeşitli hükümlere rastlanılmakta; ancak, nelerin ticari sır olduğu somut bir şekilde gösterilememektedir. Ticari sırrın, sadece işletme veya şirketin fikri ve sınai haklarını koruyacak şekilde yeniden tanımlanması, yolsuzlukların ticari sır kavramının içerisine sokulmasını önleyecek ve yolsuzlukların kolaylıkla ortaya çıkartılmasına katkı sağlayacaktır.

Yargı organlarının yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaştıkları diğer bir önemli sorun; Türkiye'de banka ve müşteri sırrı kavramlarının oldukça geniş bir şekilde uygulanmasıdır. Örneğin; 18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 8. bendinde, bankaların mensupları ve diğer görevlilerinin, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırların, bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklanamayacağı, bu yükümlülüğün görevden ayrılmalarından sonra da devam edeceği, bu madde hükmüne aykırı davrandığı tespit edilen kişiler için bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasına hüküm olunacağı, banka ve müşterilerine ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezaların uygulanacağı ifade edilerek ticari sır ve müşteri sırrı kavramlarına olabildiğince geniş bir şekilde yer verilmiştir.

Bankalar Kanunu'nda yer alan bu hüküm, yolsuzluklara karşı etkin mücadele verebilmek amacıyla mali kurumların da saydam olmasını isteyen çağcıl akımlara aykırı düştüğü gibi, ceza hukukunun temel ilkelerine de aykırılık taşımaktadır. Her şeyden önce, sır kapsamına nelerin girdiği somut bir şekilde gösterilmemiştir. Sır kapsamına nelerin girdiği somut bir şekilde gösterilmeden, belirsiz bir şekilde, banka veya müşterilerine

ait sırlardan bahsedilmesi, ceza hukukunda geçerli olan kanuni tipiklik ilkesine aykırılık oluşturur. Söz konusu ilke gereği; suçun yasal unsurları, değişik yorumlara meydan vermeyecek ölçüde açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir.

Çağcıl ülkeler, yolsuzluğa karşı etkin mücadele verebilmek amacıyla mevzuatlarından banka ve müşteri sırrı kavramını atmaya başlamışlar ve banka ve müşteri ile ilgili korunması gereken bir takım hukuki yararları, Kişisel Verilerin Korunması Yasası'nda düzenlemeye başlamışlardır. Bu çerçevede kanımca, mevzuattan banka ve müşteri sırrı kavramları çıkarılmalı, banka ve müşterilerle ilgili korunması gereken hukuki menfaatler, çıkarılması gerekli olan kişisel verilerle ilgili yasaya konulmalıdır. Daha somut bir deyişle, sadece banka ve müşterinin mali ve iktisadi gücü ile itibarını kapsayan hususlar, hukuksal korumaya değer görülerek, çıkarılması faydalı olacak kişisel verilerin korunması ile ilgili yasaya konulması gerekir.

b. İzin Şartının Kaldırılması

Kanun koyucu, failin durumu ve vasfını dikkate alarak, fail hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını izne bağlayabilmektedir. Bu konuda çok sayıda örnek bulmak mümkündür. İzin koşulunu öngören, 4483 sayılı yasadan yukarıda bahsedildi. Başka bir takım yasalarda da yargılama yapılabilmesi için izin koşulu öngörülebilmektedir. Örneğin; Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejimi'nin düzenlenmesi hakkındaki 399 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin 11/d maddesinde; kamu iktisadi teşebbüsü genel müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin görevlerini icra sırasında işledikleri suçlardan dolayı yargılanmalarının ilgili bakanının iznine tabi olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere yolsuzluğa karşı en etkili yasal yöntem; saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde mevzuatta gerekli düzenlemeleri yapmaktır. Görev suçu bile olsa, bir kamu görevlisinin yargılanabilmesi için izin şartının öngörülmesi herkesin hukuka bağlı olması ilkesine aykırılık taşır ve yolsuzlukla mücadeleyi zafiyete uğratar.

Bazıları, 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesi gereği, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarında veya bu suçlara iştirak etme halinde izin şartının öngörülmediği, dolayısıyla başka suçlarda (örneğin; görev suçlarında) izin şartının öngörülmesinin yolsuzlukla etkin mücadele açısından bir zafiyet doğurmayacağını iddia

etmektedir. Kanımca bu görüş doğru değildir. Bir kere, yolsuzluk suçları sadece 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinde sayılan suçlardan ibaret değildir. Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu ile 240. maddesinde düzenlenen görevin genel nitelikte kötüye kullanılması suçunun işlenmesi halleri de kimi durumlarda yolsuzluk teşkil edebilir. Bu gibi durumlarda, yapılan yolsuzlukların kovuşturma ve soruşturması için izin alınması gerekecektir ki, bu durumun yolsuzluğa karşı etkin mücadele verilmesini engelleyeceği açıktır. Diğer yandan, kamu görevlilerinin, yolsuzluk teşkil edebilen Türk Ceza Kanunu'nun 230 ve 240. maddesinde gösterilen suçları işledikleri zaman yargılanabilmeleri için izin şartının öngörülmesi; izin verilmediği durumlarda yapılan yolsuzlukların karanlıkta kalmasına yol açabilecek bir durum oluşturabilir. Böyle bir durumun ise yolsuzlukla mücadeleye katkı sağlamayacağı açıktır. Bu açıdan, muhakeme yapılması için izin şartı öngören tüm mevzuatın atılması yerinde olacaktır.

c. Yargılama Birliği Prensibine Getirilen Ayrıkçı Durumların Kaldırılması

Çeşitli yasalarla, bir kısım kişilerin işledikleri suçların kovuşturulması ve soruşturulması özel bir takım usullere tabi tutulmuştur. Konu hakkında yukarıda, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi örnek olarak verilmişti. Başka bir takım yasalarda da işlenen suçların kovuşturma ve soruşturulması, özel bir takım usullere tabi tutulabilmektedir. Örneğin; 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmalarının özel usule tabi olduğu belirtilmiş ve müteakip maddelerde söz konusu usulün ayrıntılı düzenlemesi yapılmıştır.

Yargılama birliği prensibi, elinde kuvvet bulunduranların kendilerine ayrı mahkeme istemelerine ve böylece içeriği aynı olan uyuşmazlıkların bir kısmının adliye içi, bir kısmının adliye dışı yargılama makamlarında çözülmesine engeldir. Örneğin; bir fiilin suç olup olmadığı, faile ceza verilmesi gerekip gerekmediği gibi sorunların çözümünde hem adliye içi hem de adliye dışı yargılama makamları yetkili olursa yargılama birliğinden uzaklaşmış olunur (Kunter, s. 148).

Bir takım kimselerin işledikleri suçların kovuşturma ve soruşturulmasında özel bir takım usul öngörülmesi; Kunter'in isabetli bir şekilde belirttiği üzere yargılama birliğine aykırıdır ve kaldırılması gerekir. Ayrıca, kanımca, bir takım suçların soruşturulmasının özel soruşturma usulüne tabi tutulması, yolsuzlukla etkim mücadeleyi de zafiyete uğratar. Yolsuzluğa

karşı en etkili yasal yöntem olan herkesin hukuka bağlı olması prensibi, herkesin genel ceza usulü kurallarına tabi olmasını da gerektirir. Eğer bir takım kişilerin işledikleri suçların kovuşturma ve soruşturmaları; adliye dışı idari yargılama makamları tarafından soruşturulursa, sanığın idari makamlar tarafından kayırdığı iddiasını gündeme getirebilecek ve böylece herkesin hukuka bağlı olması ilkesine uyulmadığı görüntüsü verilmiş olacaktır. Bu çerçevede, yolsuzlukla mücadelede büyük bir zafiyet doğuran, yargılama birliği ilkesine aykırı bir nitelik taşıyan bütün özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin kaldırılması yerinde olacaktır.

d. Organize Suçun Tanımının Değiştirilmesi

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına önemli ölçüde engel çıkaran başka bir husus; 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde, çıkar amaçlı suç örgütünün, konunun uzmanlarının bile zor anlayacağı şekilde son derece karmaşık bir şekilde tanımlanması ve çıkar amaçlı suç örgütünün oluşturulması koşulunun gerçekleşmesi için belirli bir takım suçları işlemek üzere bir araya gelme şartının aranmasıdır.

Yargıçlar; çıkar amaçlı suç örgütünün tanımının, ceza hukukunda geçerli olan kanuni tipiklik ilkesine aykırı bir şekilde yapılması (örneğin; örgütün ne olduğunun açıkça tanımlanmaması) nedeniyle hangi oluşumların çıkar amaçlı suç örgütü oluşturacağını saptamakta büyük güçlüklerle karşılaşmaktadırlar. Diğer yandan, maddede, herhangi bir suçu işlemek üzere değil, belli suçları işlemek üzere yapılan birleşimler çıkar amaçlı suç örgütü olarak kabul edilmekte, bir başka deyişle suçlar arasında ayırım yapılmaktadır. Organize suç grubu elemanlarının mahkum edilebilmeleri için, yasada gösterilen fiilleri işlemek üzere bir araya geldiklerinin mahkemece kanıtlanması gerekecektir ki, söz konusu kanıtlama işinin ne kadar büyük bir külfet doğuracağı ortadadır.

Halbuki, Avrupa Komisyonu, organize suçu son derece basit bir şekilde tanımlamıştır. Avrupa Komisyonu tarafından yapılan organize suç tanımında, organize suçun ölçütleri, zorunlu ve seçimsel ölçütler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Organize suçun zorunlu ölçütleri şunlardır;

- a. Üç veya daha fazla kimsenin beraberce çalışması,
- b. Suç grubunun uzun veya belirsiz bir zaman dilimi için faaliyet göstermek üzere oluşturulması,
- c. Suç grubu elemanlarının ağır suçları işlediklerinden şüphe duyulması veya anılan elemanların suçlu bulunarak mahkum edilmeleri,

d. Suç grubunun amacının kâr ve/veya güç elde etmek olmasıdır.

Organize suçun seçimlik ölçütleri ise şu şekildedir;

a. Suç grubuna katılan kimselerin her birisinin kendisine özgü bir görevi veya rolünün bulunması,

b. Suç grubunun bazı çeşit iç disiplin ve kontrol araçlarına sahip olması,

c. Suç grubunun haraç toplamak için tehdit ve diğer etkili yöntemleri kullanması,

d. Suç grubunun yolsuzluk ve diğer yöntemlerle siyaset, görsel ve yazılı basın, kamu yönetimi, güvenlik görevlileri, yargı veya ekonomik üzerinde etkinlik sağlamaya çalışması,

e. Suç grubunun ticari veya benzeri bir yapılaşmasının olması,

f. Suç grubunun kara para aklama faaliyetiyle uğraşması,

g. Suç grubunun uluslararası düzeyde faaliyet göstermesidir (Adamoli ve diğerleri, s. 8-9).

Yargının yolsuzluklara karşı etkin bir mücadele vermesini sağlamak ve AB normlarına uyum açısından 4422 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki çıkar amaçlı suç örgütü tanımının bütünüyle değiştirilerek, Avrupa Komisyonu'nun aradığı zorunlu ölçütlere uygun bir organize suç tanımı yapılmasına mutlak bir gereklilik bulunmaktadır. Ayrıca, yapılacak tanımda, suçlar arasında ayırım yapılmasından vazgeçilerek, hangi suçu işlemek üzere olursa olsun kanunda gösterilecek yasal tipiklik ilkesine uygun birleşmelerin organize suç olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

e. Kara Para ve Kara Para Aklama Suçunun Tanımının Değiştirilmesi

Yolsuzluk ile kara para arasında sadece, yolsuzluktan elde edilen getirilerin aklanması şeklinde bir ilişkisi bulunmamakta, bunun yanında, kara para aklanmasının bir ülkenin mali, ekonomik ve sosyal hayatını bozması, yolsuz kılması suretiyle de bir ilişkisi bulunmaktadır.

Kara para ve kara para aklamayla ilgili temel mevzuat olan 4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda kara para ile kara para aklama suçunun dar tanımlanması ve kara para aklama suçunun oluşabilmesi için özel bir kast (güdü) aranması yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarına büyük güçlükler çıkartmaktadır.

4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'na göre, ancak Kanun'da sayılan öncül suçların işlenmesi suretiyle elde edilen kazanç

kara para, söz konusu kara parayı mali sisteme sokmak, kara para aklama suçu olarak kabul edilmiş, içeriği itibariyle kara para olarak kabul edilmesi gereken bir çok suçtan elde edilen getiri, vahim bir hata sonucu, kara para olarak kabul edilmemiştir. Örneğin; kara paranın en somut göstergesini teşkil eden profesyonel bir katilin adam öldürme karşılığında elde ettiği para, adam öldürme suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine yollama yapılmadığı için kara para olarak kabul edilmemiştir. Yine, yasadışı tefecilik suretiyle elde edilen kazanç da kara para olarak kabul edilmemiştir. Halbuki yasadışı tefecilik yoluyla, zor durumdaki insanların durumundan faydalanılmakta ve bu suçtan elde edilen getiri, tam anlamıyla kara para (kirli para) niteliğinde bulunmaktadır.

4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda kara para meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesini, kara para aklama suçu olarak kabul edilmiştir. Kanımca, "*Kara paranın meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi*" ibaresiyle kanun koyucu, kara para aklama suçunun işlenebilmesi için maddi unsur olarak özel bir kast (güdü) aramaktadır ki, bu durum bile bütünüyle çağcıl gelişmelere aykırıdır. Çünkü genel kasıtın bile mahkemelerce kanıtlanmasının oldukça zor olduğu açık bir gerçeklik iken, genel kast yanında bir de özel kasıtın kanıtlanmasının mahkemelere yüklenmesi, mahkemelerin işini daha da zorlaştıracak, daha somut bir deyişle, cezalandırılması gereken çok sayıda kara para aklama sanığı, delil yokuşu veya yetersizliği nedeniyle beraat edecektir.

Kara para aklamaya karşı yargısal yolla etkin bir mücadele verebilmek için; kara para, kanunların suç saydığı fiillerin işlenmesinden elde edilen getiri şeklinde tanımlanmalı, söz konusu getirinin hangi amaçla değerlendirilirse değerlendirilsin mali bir işleme sokulması, kara para aklama suçu olarak kabul edilmelidir.

3.3. Uygulamayı Kolaylaştırıcı Önlemler

Yargının yolsuzluklara karşı etkin mücadele verebilmesi amacıyla uygulamada karşılaşılan zorlukları yenmek amacıyla da bir takım önlemlerin alınması kaçınılmaz gözükmektedir. Aşağıda bu önlemlere ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

a. İştirak Halinin Yeniden Düzenlenmesi

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen iştirak şekilleri yolsuzlukla özellikle organize suçla mücadele etmek açısından yeterli olmadığı gibi, iştirak halini kolay kanıtlama açısından da yeterli değildir.

Organize suç konusunda Anayasa'ya ilave edilecek olan ceza sorumluluğunun ortak olduğu ilkesine hayatiyet kazandırabilmek için Türk Ceza Kanunu'nun iştiraki düzenleyen hükümlerinde değişikliğe gidilmelidir. Bir başka deyişle, Türk Ceza Kanunu'nun iştiraki düzenleyen hükümleri, organize olarak bir suçun işlendiği durumlarda, suç organizasyonlarının bütün mensuplarını cezalandırmak açısından son derece yetersiz bulunduğu için yeni tip iştirak halleri getirilmelidir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde üç çeşit iştirak hali benimsenmiş bulunmaktadır. Bunlar;

1. Tekerlek İştiraki: Bu iştirak şeklinde; bir benzetimle, tekerleğin göbeğinde bulunan kişi, göbekte jant arasında çubuk görevi gören iki veya daha fazla kimse ile suçun işlenmesi konusunda bir anlaşma yapmaktadır. Tekerlek iştirakinin tamam olabilmesi için jantın varlığı aranmakta, bir başka deyimle çubuğu oluşturan kişilerin en azından bir hedefi gerçekleştirmek için aralarında anlaşma yapması gerekmektedir.

2. Zincir İştiraki: Bu iştirak şeklinde; yine bir benzetimle, yılbaşı gecesi dikilen çamlardaki lambalar gibi, her bir iştirakçi diğer birinin başarılı bir şekilde görevini yapmasına bağımlı bulunmaktadır. Bu iştirak şeklinde "bağ" oluşturan her bir üye, suç planının başarılı olabilmesi için zincir içerisinde bulunan her bir kişinin başarılı olması gerektiğinin farkındadır.

3. Teşebbüs İştiraki: Tekerlek veya zincir iştirakine girmeyen iştirak halleri için uygulanan bu iştirak şekline göre yasaları ihlal edip yasadışı yollarla para kazanmak için bir teşekkül kurarak anlaşmak teşebbüs iştirakini oluşturur. Bu iştirak şeklinin tamam olabilmesi için teşekkülü oluşturan elemanların birbirlerini tanınması, hatta bir diğerinin işlediği suç hakkında bilgi sahibi olması koşulu aranmaz. Aranan tek şey, bir suç işlemekle dağılmayacak ölçüde uzunca bir süre için yasadışı faaliyet göstermek üzere bir teşekkülün oluşturulmak üzere üyelerin anlaşma sağlamasıdır. Amerika'daki kısaltılmış ismi RICO olan Yasa, suçun teşebbüs iştirakiyle işlendiği durumlarda, o teşekkülün bütün mensuplarının her birini, diğer elemanın veya elemanların işlediği suça katılmamış olsa bile teşebbüs iştiraki halinde buldukları için yirmi yıl hapis cezası ile cezalandırılacağını bildirmektedir (Abadinsky, s. 417).

Eski İtalyan Ceza Kanunu'na dayanan Türk Ceza Kanunu ise 64. maddesinde asli iştirak, 65. maddesinde ise ferî iştirak şeklini kabul etmiş ve iştirak hallerini tahdidi olarak düzenlemiştir. Ceza Hukuku'nda geçerli olan kıyas yasağı kuralı gereğince kanunda gösterilen iştirak şekilleri dışındaki diğer iştirak şekilleri cezasız kalmaktadır. Bu açılardan kanımca çağcıl gelişmelere uygun olarak iştirak halleri; tekerlek, zincir ve teşebbüs

iştiraki şeklinde düzenlenmelidir. Bilhassa teşebbüs (teşekkül) iştirakinin kabulü vasıtasıyla suç organizasyonlarının daha kolay bir şekilde çöktürülebileceği açıktır.

a. Zoralımların Hukuk Davası Yoluyla Çözülmesi ve Kanıt Külfetinin Ters Çevrilmesi

Yargı organlarının yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında karşılaştıkları bir başka güçlük, zoralımın, sanığın mahkum olması koşuluna bağlanması ve kanıt külfetidir. Gerçekten de, 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 14. maddesinde, 13.11.1996 tarih ve 4208 sayılı Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nun 7. ve 30.7.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinde; ancak, sanık mahkum olursa malvarlığının zoralımına karar verileceği belirtilmektedir. Ceza davalarında kanıt külfeti, doğal olarak mahkeme üzerinde bulunmaktadır.

Zoralımın ceza davası içerisinde karara bağlanmasının iki sakıncası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ceza davalarında kanıt külfetinin ters çevrilmesinin olanaklı olmamasıdır. Daha somut bir deyişle, ceza davası yoluyla sanık, malvarlığını meşru yollardan elde ettiğini kanıtlamaya zorlanamaz. Eğer sanık, malvarlığını meşru yollardan elde ettiğini kanıtlamaya zorlanırsa, bu durum, kişilere sağlanan hukuksal güvencelerin ters yüz edilmesi anlamına gelir ve Anayasa'ya aykırılık oluşturur. İkinci sakınca şudur; eğer sanık, malvarlığını, yolsuzluk suçlarından değil, başka bir suçtan elde ettiğini kanıtlarsa sanığın malvarlığının devlete geçmesi mümkün olmaz ki bu durum da çeşitli uygunsuzluklar doğurur.

Bu çerçevede yolsuzluktan elde edilen malvarlığının kolayca devlete geçmesini sağlamak için malvarlığının, mahkum olma şartı aranmadan hukuk davası yolu ile devlete geçmesi kuralı getirilmeli ve ayrıca kanıt külfeti ters çevrilmelidir. Hukuk davalarında kanıt külfetinin tersine çevrilmesi kişi özgürlüklerine pek zarar vermeyeceğinden Anayasa'ya aykırı olmaz. hukuk davasında, mahkeme, kuvvetli belirtilerle davalının malvarlığına el koyma kararı verince aksini kanıtlama külfeti davalıya düşmeli, davalı, malvarlığını meşru yollardan elde ettiğini kanıtlamalıdır. Davalı, malvarlığını meşru yollardan elde ettiğini kanıtlayamadığı durumda, malvarlığı kendiliğinden devlete geçmelidir.

c. Etkin Bir Ceza İndirimi veya Muafiyeti Mekanizmasının Öngörülmesi

Yargı organlarının yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında uygulamada karşılaştıkları bir başka güçlük, etkin bir ceza indirimi veya muafiyeti mekanizmasının öngörülmemiş olmasıdır. Gerçi, 30.7.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 14. maddesinde pişmanlıkla ilgili hükümlere rastlanılmaktadır. Ancak, bu maddede ceza indirimi veya muafiyeti, soruşturmanın değişik aşamalarına göre öngörülmekte ve organize suç grubunun yöneticilerinin hüküm kesinleştikten sonra başvurup bilgi vererek suçluların yakalanması hususunda yardımda bulunsa bile cezasının indirilmeyeceği bildirilmektedir.

Organize suç gruplarının sahip olduğu geleneklerden belki de en önemlisi, mensuplarının, suç organizasyonun faaliyetleri ve lider kadrosu hakkında resmi makamlara en küçük bir bilgi vermemesidir. Resmi makamlara en ufak bir bilgi veren grup elemanı; muhbir olarak adlandırılmakta ve anılan grup tarafından çoğu defa öldürülerek cezalandırılmaktadır. Bu çerçevede, riskin büyüklüğü dikkate alınarak, organize suç olaylarında itirafçıya ceza indirimi değil, ceza muafiyeti olanağı tanınmalıdır. Ayrıca, ceza muafiyeti hakkı tanınırken itirafçının kim olduğuna da bakılmamalıdır. Çünkü çoğu durumlarda suç organizasyonunu çökertecek nitelikte bilgi ancak o organize suç grubunun lider kadrosundan temin edilebilir.

Organize suç davalarında ceza muafiyeti hakkının sağlanabilmesi için ilgilinin verdiği bilginin doğru olması veya önemli bir bölümünün doğru olması ve yaşamsal derecede önem taşıması koşulları aranmalıdır. Daha somut bir deyişle, itirafçı kişi, suç organizasyonunun yapısı veya eylem ve fiilleri hakkında öyle bir bilgi vermelidir ki, verdiği bilginin başka yerlerden elde edilme olanağı bulunmamalı ve o organizasyonu çökertecek nitelikte olmalıdır (Dursun, H., *Organize Suça Genel Bir Bakış*, s. 103-104).

Organize suç davaları dışındaki diğer yolsuzluk davalarında ise, yolsuzluğun kolay bir şekilde ortaya çıkartılmasını sağlamak için ceza indirimi ve muafiyeti olanakları getirilmelidir. Cezai indirim hakkının sağlanabilmesi için ilgilinin verdiği bilginin doğru veya önemli bir bölümünün doğru olması şartı aranmalı ve bilgilerin doğru olup olmadığını test edecek mekanizmalara yer verilmesi gerekir. İtirafçıya ceza muafiyeti tanınabilmesi için ise itirafçının verdiği bilginin yaşamsal derecede önem taşıması, bir başka deyişle verdiği bilginin başka yerlerden elde edilme olanağı bulunmaması şartının aranması gerekir. Ancak, itirafçının verdiği bilgi önemsiz olsa veya başka yerlerden elde edilebilecek olsa bile, kendisinin karıştığı olayları anlatması yüzünden itirafçıya herhangi bir ceza verilmemelidir. Kısaca, itirafçılık ve bağışıklık denklemini iyi bir şekilde

dengede tutabilmek gerekir (Bu konularda geniş bilgi için bkz., Dursun, H., *Organize Suça Genel Bir Bakış*, s. 103 - 105, Ankara 2001).

d. Kıyı Bankacılığının (Off shore) Yasaklanması

Yolsuzluk soruşturmalarını, özellikle kara para aklama soruşturma ve kovuşturmalarını deyim yerindeyse çıkmaza sokan başka bir husus, kıyı bankacılığının serbest olmasıdır. 18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun, bankaların kuruluşları ve faaliyete geçme esasları başlıklı 7. maddesinin 5. bendinde; Türkiye'de münhasıran kıyı bankacılığı faaliyetinde bulunmak üzere banka kurulmasına veya yurtdışında kurulu bankalarca şube açılmasına ilişkin hususların, faaliyet esas ve alanlarının, hesap ve kayıt düzeni ile denetim usulleri ve faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulmasının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararıyla belirleneceği ifade edilmiş ve kıyı bankacılığı hakkında Bankalar Kanunu ile 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 40. maddesinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Kıyı bankacılığı hakkında uygulanmayacağı belirtilen 1211 sayılı Kanun'un 40. maddesinde ise, Merkez Bankası'nın, para-kredi konularında bankalar üzerindeki görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

Son yıllarda kara para aklayıcıları gittikçe artan oranda kıyı bankacılığı yoluyla kara para aklama faaliyetlerine girişmişlerdir. Bunun temel nedeni, kıyı bölgelerinden kara para aklayıcısının tabiiyet bağı ile bağlı olduğu ulus devletin, kıyı bölgesinden bilgi almasının oldukça zor olmasıdır. Vergi veya kara para cenneti olarak adlandırılabilir bölgeler ile çoğu ülkelerin bilgi değişim antlaşması bulunmamaktadır. Çünkü kıyı bölgelerinin çoğunluğu, ülkelerle, şirket veya kıyı bankacılığına ilişkin bilgilerin değişimini öngören bir anlaşma imzalamaya yanaşmamaktadır. Ülkelerin, kıyı bölgeleriyle yapmış olduğu antlaşmaların çoğunda, anlaşmanın tarafı olan ülke vatandaşlarının çifte vergilendirilmesini önlemeye yönelik hükümler bulunmaktadır (Abadinsky, s. 394).

Kıyı bankacılığı yoluyla yapılan kara para aklama faaliyetlerinden istinabe müzekkeresi yazılarak bilgi edinebilmek de oldukça güçtür. İstinabe talebiyle, bir başka deyişle adli yardım talebiyle bilgi edinebilmek, diplomatik ve yargısal yolların kullanılmasını gerektirdiği için oldukça zaman alan bir süreçtir. Buna rağmen devletler, birbirlerinden istinabe talebi yoluyla çeşitli soruşturmanın aydınlatılmasında yardım istemekte ve söz konusu mekanizmadan büyük yararlar sağlamaktadır. Uluslararası boyutlu suç olaylarında devletlerin birbirlerinden istinabe suretiyle yardım istemesi son derece doğal sayılmasına rağmen, kıyı merkezleri, yapılan

istinabe talebini, kendi bağımsızlıkları ve ticari hayatlarına bir müdahale olarak değerlendirmekte ve istinabe talebinde bulunulan konuda, daha sert bir takım tedbirler alma yoluna gidebilmektedir. Örneğin; 1976 yılında, Keymin (Cayman) Adaları, zaten sıkı bir şekilde koruduğu banka sırrının ihlaline uyguladığı ağır yaptırımlara, ek bir takım tedbirler alarak, banka ve ticari bilgileri açığa vuran kimselere karşı uygulanan yaptırımları daha da ağırlaştırmıştır (Abadinsky, s. 394).

Türk organize suç grupları özellikle 1990'lı yıllardan itibaren kıyı bankacılığı yoluyla yoğun bir şekilde kara para aklama faaliyetlerine girişmişler ve yapılan kara para aklama faaliyetlerinin neredeyse hiç birisi ortaya çıkartılamamıştır. Türk organize suç gruplarının yaptıkları kara para aklama faaliyetlerinde dikkat çeken başka bir husus; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki kıyı bankalarından ağırlıklı bir şekilde yararlanılması olgusudur.

Bu çerçevede Türkiye'de münhasıran kıyı bankacılığı faaliyetinde bulunmak üzere banka kurulması veya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti dahil yurt dışında kurulu kıyı bankalarınca Türkiye'de şube açılması veya Türk bankalarının Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti dahil yurt dışında kıyı bankacılığı yapması yasaklanmalıdır. Kanımca kıyı bankacılığının yasaklanması için iki ek gerekçe daha bulunmaktadır. Bunlar; kıyı (offshore) sözcüğünün ilk bakışta vergi kaçakçılığı, gizlilik ve kara para aklamayı çağrıştırması ve kıyı bankacılığının mali ve hukuki açılardan ulusal ve uluslararası alanda çok büyük bir boşluk doğurmasıdır.

b. Paravan Şirket Kurulmasının Önlenmesi

Son yıllarda, Türkiye'de yolsuz faaliyetler; özellikle kara para aklama faaliyetleri için yaygın olarak paravan şirket kurulması yoluna gidildiği gözlemlenmektedir. Buna karşın, Türk mevzuatında paravan şirket kurulmasını engelleyecek bir hükme rastlanılamamaktadır.

Kıyı (off shore) bölgelerinde de, yaygın bir şekilde, kara para aklamak için paravan şirket kurma yoluna gidilmektedir. Daha somut bir deyişle, kıyı bölgelerinde yapılan kara para aklama faaliyetlerinde paravan şirketler anahtar bir konumda bulunmaktadır. Kıyı bölgelerinde gerçekleştirilen kara para aklama faaliyetlerinin ortak karakteri şu şekildedir: Kıyı bölgesi vasıtasıyla çok değişik türde mali işlem yapılması, söz konusu mali işlemleri gerçekleştirmek amacıyla şirketlerin sözde (kukla) sahiplerinin veya kukla adamların kullanılması ve uluslararası nitelikte paravan şirketler ağının oluşturulmasıdır. Bu arada bazı paravan şirketlerin, kara para aklama faaliyeti gerçekleştirildikten sonra kapatıldığını belirtmek gerekir. Çoğunlukla,

bir kara para aklama faaliyetinde birden fazla kıyı bölgesi kullanılmaktadır. Ülkelerin kara para aklama soruşturmasını yürüten birimleri, genellikle, kirli paranın, kıyı bölgelerinin içerisinde veya dışarısında takip ettiği rotayı belirleyebilmekte ancak, kirli para ile paranın kaynağı olan suç arasındaki ilişkiyi belirleyememektedir. Bu yüzden, kıyı bölgeleri vasıtasıyla yapılan kara para aklama faaliyetlerinde, delil yokluğu yüzünden yeterince mahkumiyet kararı elde edilememektedir (*Report on Money Laundering Typologies, 1998-1999, FATF, s. 6*).

Kıyı bölgeleri, kendilerine yatırılan fonlar hakkında büyük bir gizlilik anlayışıyla hareket ettikleri için kara para aklayıcıları tarafından oldukça cazip olarak görülmektedir. Ayrıca, kıyı bölgeleri; yalnızca kara para aklama amacıyla kullanılmamakta, vergi kaçırma amacıyla da kullanılmaktadır. Kıyı bölgeleri, yabancı fonlar için ya hiç vergi almamakta ya da çok az vergi almaktadır. Nitekim bu bölgeler, vergi kaçakçılığını bir suç olarak kabul etmemekte ve bir ülke tarafından kendi vatandaşının vergi kaçırıp kaçırmadığı hakkındaki yardım taleplerine olumlu cevap vermekten genel olarak nefret etmektedir. Bundan da öte, bu bölgelerde, kara para aklanmasına, vergi kaçırılmasına yardım eden, bir başka deyişle, aynı kumpanyanın adamı bir çok avukat, mali müşavir ve bankacı bulunmakta ve söz konusu kimseler, gerektiği durumlarda karşı ülkeyi tatmin edebilmek için gerçek mal sahibini gizleyen şirket sözleşmelerini bir gece içerisinde tanzim edebilmektedir (Abadinsky, s. 393-394).

Türkiye’de paravan şirket kurulması kanımca iki açıdan kolaydır. Bunlardan birisini, şirket kurulması için aranan asgari sermaye miktarının düşük tutulmasıdır. Gerçi, 19.1.2002 tarihli *Resmî Gazete’de* yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı’yla anonim şirketler için öngörülen esas sermaye miktarı beş milyar Türk Lirası’ndan elli milyar Türk Lirası’na, limitet şirketler için beş yüz milyon Türk Lirası olarak öngörülen esas sermaye miktarı beş milyar Türk Lirası’na çıkartılmışsa da yine de söz konusu rakamlar yetersiz olup, paravan şirket kurulmasını önleyici nitelikte değildir. Paravan şirket kurulmasını kolaylaştıran ikinci husus ise, şirket kurucularının taahhüt ettikleri sermayenin miktarı hakkında yasalarda herhangi bir hüküm olmamasıdır. Örneğin; beş milyar Türk Lirası esas sermayesi olan bir limitet şirket, bir ortağın dört milyar dokuz yüz doksan dokuz milyon Türk Lirası, diğer bir ortağın bir milyon Türk Lirası taahhüt etmesi ile kurulabilecektir. Bu örnekte bir milyon Türk Lirası taahhüt eden kişinin, limitet şirket için Türk Ticaret Kanunu’nun 503. maddesinde aranan asgari iki kurucu olma şartını yerine getirmek için kullanılan saman adam (strawman) olduğu açıktır.

Kara para aklama ve diğer yolsuz faaliyetler için artan bir şekilde kullanılmaya başlanılan paravan şirketlerin kurulmasının yasaklanması

yerinde olacaktır. Bu amaçla, sermaye şirketlerinin esas sermaye miktarı, paravan şirket kurulmasını önlemeye yetecek şekilde yükseltilmeli ve şirket ortaklarının taahhüt ettikleri sermaye miktarı, saman adam kullanılmasını önleyecek bir şekilde gösterilmelidir. Ayrıca kıyı bölgelerinde kurulan paravan (tabela) şirketler, hukuka aykırı olarak kabul edilmeli ve bu tip şirketlerin Türkiye’de iş yapması veya Türkiye’deki şirket veya Türk vatandaşları ile ticari faaliyet! içerisine girmesi engellenmelidir.

f. Uluslararası Adli Yardımının Kolaylaştırılması

Günümüzde yolsuzluk faaliyetleri özellikle organize suç; gittikçe artan oranda uluslararası bir nitelik kazanmakta, buna karşın yolsuzluğa karşı etkili bir uluslararası yöntem olan uluslararası adli yardım mekanizmasının işletilmesinde; ülkeler, güçlüklerle karşılaşmaktadır. Renkli bir benzetimle, ulusal sınırlar sadece ulus devletleri bakımından bir anlam ifade etmekte, suçlular için herhangi bir anlam ifade etmemektedir.

Yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında yapılan adli yardım taleplerine sadece kıyı (off shore) bölgeleri kayıtsız kalmamakta, Avrupa ve diğer kıtalardaki çoğu ülkeler de kayıtsız kalmaktadır. Ayrıca, sadece Türkiye değil, başka ülkeler de yapmış oldukları adli yardım taleplerinde diğer ülkelerden yeterli destek alamamaktadırlar. Örneğin; İtalya’da yolsuzluğa karşı 1992 yılında girilen temiz eller operasyonu çerçevesinde 2000 yılına kadar otuzdan fazla ülkeye altı yüz on üç adli yardım talebinde bulunulmuştur. Bu taleplerden sadece iki yüz bir tanesine yanıt verilmiştir. Bu oran, toplam adli yardım taleplerinin %32.7’sine karşılık gelmektedir ki, oldukça düşük olduğu ortadadır. Toplam adli yardım taleplerinin yaklaşık %60’ına diğer ülkelerden herhangi bir yanıt alınamamış, taleplerin %2.94’ü ise (on sekiz adli yardım talebi) açıkça reddedilmiştir. Bazı adli yardım taleplerine aradan sekiz yıl geçmesine rağmen, diğer ülkelerin yanıt vermediği gözlenmiştir (Colombo, s. 108).

Gittikçe uluslararası boyut kazanan yolsuz faaliyetleri etkin bir şekilde soruşturabilmek ve kovuşturabilmek için uluslararası adli yardım mekanizmasından etkin bir şekilde yararlanmak gerekir. Türkiye’nin adli yardım mekanizmasından etkin bir şekilde yararlanabilmesi için alınması gereken önlemler şöyle sıralanabilir;

a. Türkiye, uluslararası adli yardımı kolaylaştırmak ve böylelikle yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında etkinlik sağlayabilmek için diğer devletlerle çok daha fazla, ikili adli yardımlaşma antlaşması yapma yoluna gitmesi gerekir. İkili antlaşma yapılan ülkeler, adli yardım taleplerine daha hızlı yanıt verirler. Türkiye’nin, diğer ülkelerle yapmış olduğu ikili adli

yardımlaşmaların sayısı azdır. Gerçekten de, “8 Kasım 2003 tarihi itibarıyla Türkiye ile yirmi dokuz ülke arasında cezai alanda, suçluların iadesi, istinabe, tebligat, hükümlülerin nakli, kararların karşılıklı olarak infazı hususlarında ikili yardım antlaşmaları bulunmaktadır...” (Adalet Bakanı Cemil Çiçek’in Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu’nda 2004 yılı Adalet Bakanlığı Bütçesi Sunuş Konuşması Metni, s. 40, 41).

Türkiye, yapmış olduğu ikili adli yardım antlaşmalarını etkin kılabilmek için hakim ve savcılara adli yardım ve tebligat hususunda önemli yetkiler tanımalıdır. Bir başka deyişle, ikili adli yardım anlaşmaları çerçevesinde; yargıç ve Cumhuriyet savcıları, yolsuzluk faillerinin, suç kanıtlarının ve yolsuzluk getirilerinin, doğrudan veya kolluk aracılığıyla yurt dışında araştırılmasıyla ilgili kararları alabilme ve uygulama yetkisine sahip olmalıdır.

Türkiye’nin ikili adli yardımlaşma çerçevesinde yapması gereken başka bir husus, antlaşmalarda hızlı bir şekilde işbirliğini garanti edici mekanizmaların kurulmasının sağlanması ve adli işbirliğinin belli bir süre içinde yerine getirileceği yönünde hükümler konulmasıdır. Eğer, adli yardım taleplerinin Türkiye ve karşı ülke tarafından belli bir zaman dilimi içerisinde ve zorunluluk ilkesi gereğince yerine getirileceği konusunda hükümler konulabilirse, uluslararası adli yardım daha kolay bir şekilde işleyebilecektir (Karş. Colombo, s. 108).

b. Türkiye, uluslararası adli yardımı kolaylaştırmak ve böylelikle yolsuzluk soruşturma ve kovuşturmalarında etkinlik sağlayabilmek için yolsuzlukla mücadele konusundaki uluslararası antlaşmaları hızlı bir şekilde yürürlüğe koymalıdır. Türkiye, uluslararası organizasyonlar tarafından hazırlanan çok taraflı yolsuzlukla mücadele antlaşmalarını imzalamada ve onları, iç hukukunun bir parçası haline getirmekte oldukça yavaş davranmaktadır. Nitekim, uluslararası adli yardım ve tebligat konusunda kolaylaştırıcı hükümler taşıyan Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ni, Türkiye, bugüne kadar imzalamamıştır. Yolsuzlukla mücadelede etkin bir uluslararası işbirliğini öngören ve 27.1.1999 tarihinde imzaya açılan Avrupa Konseyi’nin “Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku Sözleşmesi” 27.9.2001 tarihinde imzalanmış, 14.1.2004 tarih ve 5065 sayılı Kanun’la onaylanması uygun bulunmuştur. Söz konusu sözleşme, 5.2.2004 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı’yla onaylanmış ve onay kararı 2 Mart 2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Yine, Yolsuzlukla mücadelede etkin bir uluslararası işbirliğini öngören ve 4.11.1999 tarihinde imzaya açılan Avrupa Konseyi’nin “Yolsuzluğa Dair Özel Hukuk Sözleşmesi” 17.4.2003 tarih ve 4852 sayılı Kanun’la onaylanması uygun bulunmuştur. Bu sözleşme, 28.5.2003 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı’yla onaylanmış ve onay kararı 17 Haziran

2003 tarihli *Resmi Gazete'*de yayımlanmıştır. 1997 yılında imzaya açılan Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Hakkındaki OECD Sözleşmesi'nin gereğini yerine getirebilmek amacıyla 2.1.2003 tarih ve 4782 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi İçin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun çıkarılmış ve söz konusu Kanun 11 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmelerin imzaya açılma tarihi dikkate alınırca, Türkiye'nin sözleşmeleri iç hukukunun bir parçası haline getirmekte ne kadar geç kalmış olduğu ortaya çıkmış olur.

c. Türkiye, diğer ülkelerden kolay bir şekilde adli yardım yapabilmek ve tebligat işlemlerini kolay bir şekilde yürütebilmek için, diğer ülkelerin istediği adli yardım hizmetlerini, hızlı ve etkin bir şekilde yerine getiremez. Türkiye, diğer ülkelerin istediği uluslararası adli yardım taleplerini, süratli bir şekilde sağlayamamaktadır. Gerçekten de, Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu'nda, 2003 yılı Adalet Bakanlığı Bütçesi Sunuş Konuşma Metni'nde, bu konuda şu tespitlere yer vermektedir. *"Ülkemiz ile yabancı ülkeler arasında bulunan ikili veya çok taraflı anlaşmalar uyarınca ya da devletler arası karşılıklı adli yardımlaşma ilkesi çerçevesinde istinabe ve tebligat işlemleri yapılmaktadır. İstinabe yoluyla yurt dışında bulunan sanıkların sorgulanması, tanık ve müşteki ifadelerinin alınması, yapılmakta olan soruşturma ya da görülmekte olan davalara ilişkin olarak yurt dışından bilgi ve belge istenmesi, arama ve el konma işlemleri yapılması için yabancı adli makamlardan yardım istenmesi ve yurt dışında bulunan vatandaşların adreslerinin tespiti gibi hukuki ve cezai işlemlere ilişkin olarak, yurt dışından 2 Ocak 2002 - 31 Ocak 2003 tarihleri arasında toplam 17.467 istinabe, tebligat ve müteferrik dosyaları işlem görmüş, bunlardan 6.421'i sonuçlandırılmış, 11.046'sının işlemleri ise halen devam etmektedir. Cezai işlemlere ilişkin olarak aynı tarihler arasında toplam 7.348 istinabe ve tebligat dosyaları işlem görmüş, bunlardan 2.103'ü sonuçlandırılmış, 5.245'inin işlemleri devam etmektedir"* (s. 51). Bir yılı aşkın bir sürede işlemleri tamamlanamayan dosya sayısı dikkate alındığında, Türkiye'nin adli yardım hizmetlerini etkinlikten uzak bir şekilde yerine getirdiği ortaya çıkmaktadır. Uluslararası ilişkilerde en önemli ilkelere birisi karşılıklılık ilkesidir. Türkiye, adli yardım hizmetlerini ne kadar etkin bir şekilde verirse, diğer ülkeler de Türkiye'nin istediği adli yardımlara etkin bir şekilde verecek; en azından Türkiye, diğer ülkelerden adli yardım hizmetinin etkin bir şekilde verilmesini isteme hakkına sahip olacaktır.

c. Meslek Sırrının Daraltılması

Günümüzde oldukça karmaşık bir hale gelmeye başlayan yolsuz faaliyetlerde, özellikle kara para aklanılmasında; avukatlar, noterler, muhase-

beciler ve mali konularda danışmanlık yapan diğer meslek mensupları çok önemli roller oynamaya başlamışlardır. Devletler, kara para aklanmasına karşı önlem alma yoluna gittikçe, kara para aklayıcılarının işleri zorlaşmaya başlamış, söz konusu aklayıcılar, karşı tedbir olarak çok karmaşık kara para aklama planları geliştirmeye başlamışlardır. Doğal yapısı gereği, zaten karmaşık olan kara para aklama faaliyetlerinin, daha da karmaşık olması, kara para aklayıcılarının eğer kendi bünyelerinde bu iş için özel olarak uzman kişiler istihdam etmiyorlarsa, kara para aklama işinde avukat, noter, muhasebeci, mali müşavir ve diğer profesyonellerden yararlanmayı gerektirmiştir (*Report on Money Laundering Typologies*, 2000 - 2001, FATF, s. 12).

Kara para aklayıcılar; kara para akama faaliyetlerinde yalnızca profesyonel meslek mensuplarının uzmanlık bilgilerini kullanmakla kalmakta, onların mesleki statülerini ve mali kurum çalışanlarıyla girdikleri ilişkiden doğan yakınlığı da kullanarak, yetkililerin kara para konusundaki kuşklarını en alt düzeye indirmeye çalışmaktadırlar. Örneğin; kara para aklayıcısının yapacağı bir mali işlem, avukat tarafından veya avukatın mali kurum çalışanıyla kara para aklayıcısını tanıtırarak avukatın huzurunda yapılırsa, mali işlemi yapan görevlinin işlem hakkındaki kuşkusu en alt düzeye inecektir. Çünkü mali görevli, avukatın, yolsuz işlere bulaşmadığını ve mesleğinin etik kurallarına bağlı kaldığını varsaymak durumundadır (*Report on Money Laundering Typologies*, 2002-2001, FATF, s. 13).

Türk hukukunda yer alan meslek sırrı ile ilgili kurallar, profesyonel meslek mensuplarının yolsuz faaliyetlere katılımını kolaylaştırıcı nitelikte bulunmaktadır. Gerçekten de, Türk Hukuku'nda, meslek sırrı ile ilgili kurallar son derece geniş bir şekilde yer almakta ve çağcıl gelişmelere uygun düşmemektedir. Örneğin; 4.4.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 48. maddesinde; müdafilerin bu sıfatları nedeniyle sahip oldukları sırlar hakkında tanıklıktan çekinebileceği, ancak sır sahibi muvafakat ederse tanıklıktan çekinemeyeceği belirtilmiş, 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde; daha da ileri gidilerek, iş sahibi muvafakat etse bile avukatın tanıklıktan çekinebileceği ifade edilmiştir. Yine bu maddede; avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmalarının yasak olduğu belirtilmiştir. 18.1.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 54. maddesinde; noter ve noter katiplerinin, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunun emrettiği haller dışında açıklayamayacağı ifade edilmiştir. Son olarak, 1.6.1989 tarih ve 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 43. maddesinin 1. fıkrasında; meslek mensupları ve bunların yanlarında çalışanların, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemeyecekleri,

çeşitli kanunlarla muhbirlerle tanınan hak ve menfaatlerden yararlanamayacakları ifade edilmiştir.

Bir çok defalar dile getirildiği üzere, yolsuzlukla etkin yasal mücadele yöntemi; saydamlık ve hukuka bağlılık prensipleri çerçevesinde mevzuatta gerekli düzenlemelere gitmektir. Meslek sırrının bu kadar geniş tutulması, saydamlık ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Meslek sırrının sadece özel bilgi niteliği taşıyan hususlarla sınırlandırılması, acil bir zorunluluk olarak kendisini hissettirmektedir. Diğer yandan; meslek sırrının, avukata, mali müşavire, notere ve diğer meslek mensuplarına suça iştirak veya yataklık etmek yetkisi vermeyeceği ifade edilmeli ve sır sahibinin muvafakat vermesi halinde, sırrın açıklanmasından kaçınılamayacağı belirtilmelidir. Yine, meslek sırrını açıklayanlara, kanunlarda özel düzenleme yoksa Türk Ceza Kanunu'nun 198. maddesi gereği hapis ve para cezası öngörülmektedir. Saydamlık ilkesini etkin bir şekilde hakim kılabilmek açısından sırrın fail veya üçüncü şahıslar çıkarına kullanılması halleri dışında, sırrı açıklayanlara cezai yaptırım öngörülmemeli, özel hukuk yaptırımları ile yetinilmelidir. Son olarak, sırrı açıklayan meslek mensuplarının muhbirlerle tanınan hak ve menfaatlerden yararlanamaması da doğru değildir. Çeşitli sözleşmelerde; örneğin; Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde iyi niyete ve makul nedenlere dayalı olarak yolsuzluk suçlarını ihbar yapan herkesin korunması öngörülmektedir. Bu açıdan, ihbarı yapan kimsenin kim olduğuna bakılmayarak, iyi niyetle ve haklı gerekçelerle suçu ihbar eden herkes, muhbirlerle tanınan kolaylıklardan yararlanmalıdır.

SONUÇ

Bu incelemeden de anlaşılacağı üzere yolsuzlukla yargısal mücadele oldukça karmaşık ve grift bir yapıya sahip bulunmaktadır. Bir başka deyişle, yolsuzlukla etkin bir yargısal mücadele yapabilmek için sadece ceza hukuku önlemlerinin alınması yeterli olmamakta, bunun yanında mali, idari, siyasi bir takım önlemlerin alınması gerekli bulunmaktadır. Alınması gerekli hukuki, mali, idari ve siyasi önlemler arasında birbirine geçişler görülmesi, yolsuzlukla mücadeleyi oldukça güçleştirmektedir.

Yolsuzluğun kalıcı, uzun dönemli ve gerçek çözümü kültürel, sosyolojik ve siyasi önlemlerdir. Ancak Türk halkının kültürel ve sosyolojik yapısı yolsuzlukla etkin mücadele için uygun bir ortam oluşturmamaktadır. Hatta tam tersine kültürel ve sosyolojik yapı, yolsuzluğun Türkiye'de derin kültürel ve sosyolojik kökleri bulunduğunu göstermekte ve bu durum yolsuzluğu besleyici bir ortam oluşturmaktadır. Örneğin; *"bal tutan parmağını yalar"*, *"üzümünü ye, bağıcı sorma"*, *"devlet malı deniz, yemeyen domuz"* gibi atasöz-

leri yolsuzlukla mücadele için etkin bir ortam oluşturmak şöyle dursun, yolsuzluğa hoşgörü ile yaklaşılmasını teşvik etmektedir.

Türkiye'deki siyasal yapı da yolsuzlukla mücadele için uygun bir ortam oluşturmamaktadır. Özellikle siyasetin finansmanın saydam usullere tabi tutulmaması, siyasi partilerin seçim, kampanya ve organizasyon masraflarının ağır oluşu ve siyasal partilerin özel çıkar gruplarıyla parasal ilişki kurmalarının önüne geçilememesi, yolsuzluk ile siyaset arasında "*karşılıklı beslenme bağımlılığı*" denilebilecek bir durum yaratmıştır. Bir başka deyişle; yolsuzluk ve siyaset karşılıklı olarak birbirini beslemekte, birbirini semirtmektedir.

Türkiye'deki kültürel, sosyolojik ve siyasal yapı yolsuzlukla etkin mücadele etmek için elverişli bir ortam oluşturmadığından, geriye, yolsuzlukla mücadele için tek uygun araç olan yargısal mücadele kalmaktadır. Ancak yolsuzlukla yargısal mücadele; yolsuzluk sorununu, uzun vadeli, kalıcı ve köklü bir şekilde ortadan kaldıramaz, sadece, kısa vadeli olarak yolsuzluk sorununun bastırılmasına yardımcı olur.

Yolsuzlukla yargısal mücadele edilirken gözden uzak tutulması gereken bir gerçek; sadece ceza hukuku önlemleriyle yolsuzluğa karşı etkin mücadele verilemeyeceğidir. Yargının yolsuzluğa karşı etkin bir mücadele verebilmesini sağlamak için saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde bütün mevzuatın gözden geçirilmesi, mali, idari ve siyasi olarak, köklü ve çok boyutlu tedbirlerin alınması gerekir.

Yargısal yollarla yolsuzluğa karşı geçici çözüm getirileceği, kalıcı bir mücadele verilemeyeceği gerekçesiyle, yolsuzluğa karşı etkin bir yargısal mücadele yapılmasından kaçınılamaz. Çünkü yolsuzluk, Türkiye Cumhuriyeti'ni tarihinde görülmemiş ağır bir ekonomik ve mali krize sokmuş ve kriz 2001 yılının Şubat ayında patlamıştır. Yaklaşık bir milyon kişinin işini kaybetmesine yol açan kriz, hala etkisini sürdürmektedir. Bu açıdan en son çare olarak (last resort) başvurulması gerekli olan yolsuzlukla etkin yargısal mücadele yöntemine bir an önce başlanılmalıdır. Aksi takdirde, hala etkisini sürdüren kriz, gittikçe daha da derinleşecektir.

KAYNAKÇA

- ADOMOLI Sabrina, NICOLA DI Andrea, SAVONA U. Ernesto, ZOFFI Paola, Organized Crime Around the World. HEUNI, Helsinki, 1998.
- ABADINSKY, Howard, *Organized Crime, Third Edition*, Nelson - Hall Inc. Chicago, 1991.
- BERTOSSA, Bernard, The Fight Against Corruption: Difficulties Encountered by the Judiciary, *Responding Corruption* adlı kitabın içerisinde yayımlanmıştır. UNICRI, Publication No.63. Rome/Milan 2000.
- COLOMBO, Gherardo, Problems Encountered By the İtalian Judiciary in Fighting Corruption, *Responding Corruption* adlı kitabın içerisinde yayımlanmıştır, UNICRI, Publication No. 63. Rome/Milan 2000.
- CRESSEY, R. Donald, Criminal Organization, It's Elementary Forms, *Heinemann Educational Books (HEB)*, London, 1972.
- EREM, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, İkinci Baskı, AÜHF Yayınları No. 231, Ankara - 1968.
- DURSUN, Hasan, *Organize Suça Genel Bir Bakış*, DPT Yayınları, Ankara, 2001; *Askeri Yargıya Genel Bir Bakış*, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 66, Ocak 2001, Sa. 1.
- KUNTER, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. Dokuzuncu Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.
- PASSAS, Nicos. A Structural Analysis of Corruption: The Role of Criminogenic Asymmetries, *Transnational Organized Crime*, Volume, 4, Spring 1998, Number 1.
- Report on Money Laundering Typologies, 1998-1999*, FATF, Paris, 10 February 1999, [http:// www.oecd. Org/fatf/FAT Docs_en.htm](http://www.oecd.org/fatf/FAT_Docs_en.htm)
- Report on Money Laundering Typologies, 2000-2001*, FATF, Paris, 1 Febraury 2001. [http:// www1.oecd.org/fatf/pdf/TY2001_en.pdf](http://www1.oecd.org/fatf/pdf/TY2001_en.pdf)
- VAN DUYNE C. Petrus. Combatting Corruption: Acts and Attitudes, *Five Issues In Euirepan Criminal Justice* adlı kitabın içerisinde yayımlanmıştır. HEUNI, 1999.
- World Development Report 1997, The State In a Changing World. The International Bank For Reconstruction and Development/World Bank, Oxford University Press, 1997.
- Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD Yayınları, 1998.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE AVUKATLA SAVUNMA HAKKI

Av. Güney DİNÇ*

I. YARGILAMA ADALETİ VE SAVUNMA SEÇENEKLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvenceleri, uyuşmazlıkların türlerine göre farklılıklar göstermektedir. 1. bentte hukuk ve ceza davaları birlikte ele alınmıştır. "*Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar*" tanımı içinde değerlendirilen hukuk davalarında, davacı ya da davalı konumunda bulunmalarına bakılmaksızın uyuşmazlığın yanları, öngörülen yargılama güvencelerinden yararlandırılmaktadırlar.

Ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler ise, oldukça farklıdır. Sözleşme'nin öngördüğü koruma yöntemleri, "*bir suç isnadı altında bulunan kişilere*", yani sanıklara yöneliktir. Ceza soruşturma ve davalarında, davacılar ve davaya katılanlar, salt sanıklara özgü güvencelerin dışında bırakılmışlardır.

Sözleşme'nin tümüne egemen olan bu anlayış zaman zaman eleştirilmekte, insan hakları yöntem ve kurumlarının suç işleyenleri koruyarak toplumsal güvenliği sarstığı ileri sürülebilmektedir. Gerçekten Sözleşme, kamu gücüne karşı bireylerin korunmasını amaçlıyor. İnsanlık tarihinin geçirdiği evrelerin de ortaya koyduğu gibi kişi güvenliğinin sağlanması, demokratik toplumların başlıca varlık nedenidir. "*Sözleşme açısından demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi yükümlülüğünün son derece belirleyici bir yeri bulunmaktadır. Bu önemi nedeniyle, 6. maddenin 1. bendinin kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması, Sözleşme'nin amaç ve ilkelerine uygun düşmeyecektir.*" (Delcourt/Belçika, 1970) Ülkelerin yönetim erklerinin çok uluslu ekonomik kuruluşların denetimine girdiği küreselleşme sürecinde, kamu gücünün adalet ölçütlerine uygun kullanımı daha bir güçleşmektedir.

* İzmir Barosu üyesi, İzmir Barosu önceki başkanlarından.

Gecikmeli de olsa Türkiye'nin de aralarına katıldığı hukuk devleti ölçütlerinde ileri aşamalara yönelen ülkelerde, kişi güvenliği açısından önemli kazanımlar sağlanmaktadır. Ancak bütün bu gelişmeler, kişi varlığının yerterince korunduğu anlamına gelmiyor. Hukuksal yapıdaki yetersizlikler, hiç beklenilmeyen bir zamanda bireyleri, üstesinden gelemeyecekleri suçlamaların odağında bırakabiliyor. Savunma hakkı, toplumsal konumları, ekonomik düzeyleri ne olursa olsun, herkes için çok büyük önem taşıyor.

Sözleşme'nin 6. maddesinin "Her sanık ezcümle", sözcükleriyle başlayan 3. bendinin (c) başlıklı paragrafında, savunma hakkının uygulama yöntem ve koşulları belirleniyor.

Sözleşme'ye göre, kendisine bir suçlama yöneltilen kişi: "Kendi kendisini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafinin veya eğer bir müdafinin tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek hakkına sahiptir."

"Sanık" sözcüğü, yalnız ceza mahkemelerinde yargılananlarla sınırlı tutulmuyor. Kişinin bir suç isnadı altında bulunması, sorgulanmaya çağırılması, gözaltına alınması, tutuklanması, savunma olanaklarından yararlandırılmasını gerektiren nedenler olarak benimseniyor. Kısaca diyebiliriz ki Sözleşme, savunmanın suçlama ile birlikte başlatılmasını öngörüyor.

AIHS'nin 6. maddesi çok geniş bir uygulama alanı buldu. Maddede geçen her sözcük, her kavram, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çok sayıdaki ilksel kararlarına dayanak oluşturdu. Mahkeme, ulusal uygulamaları değerlendirirken, özel hukuk alanındaki düzenlemelerde, üye devletlere daha geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Suçlama altındaki kişilerin savunma olanakları konusunda ise, uluslar üstü koruma daha katı bir denetim sergilemektedir. Çalışmamızda, Sözleşme'nin 6/3 (c) bendine koşut olarak, mahkemenin savunma hakkının kullanımı ve uygulanış koşullarına ilişkin değerlendirmelerine yer verilecektir.

1. Kişinin Kendisini Doğrudan Savunması

Savunma hakkının öznesi, suçlanan kişidir. Sanığın, savunman yardımına gerek duymaksızın doğrudan doğruya kendisini savunabilmesi, onun en doğal hakkıdır.

Kişinin, savunma seçeneklerini değerlendirebilmesi için, öncelikle kendisine yönelik suçlamanın varlığını, hakkında bir ceza davası açıldığını bilmesi gerekir. Sanığın, yargılamanın içeriği ve duruşma günü konularında bilgilendirilmesi, davayı görecek olan mahkemenin sorumluluğu altındadır.

AIHM, savunma hakkının yerel mahkemelerce etkili bir biçimde kullandırılıp kullandırılmadığını denetlemektedir. Örneğin; İtalya'da tutuklu olarak yargılanan bir sanık, kanıt yetersizliği gerekçesiyle yerel mahkemece aklanıp salıverilmişti. Yargıtay bu kararı bozdu. Yeniden başlayan yargılamaya sanığın katılmadığı görüldü. Duruşmaya gelen avukatı, sanığın Hollanda'da işlediği başka bir suç nedeniyle tutuklandığı için, İtalya'daki davada bulunamadığını bildirdi. Avukatının katıldığı dava, özrünü belgeleyemeyen sanığın yokluğunda yirmi dört yıl hapis cezasına mahkumiyeti ile sonuçlandı. Avukat, sanığın Hollanda'da olduğuna ilişkin belgeyi, ancak davanın karara bağlanmasından kısa bir süre sonra mahkemeye verebildi.

AIHM, başvurucunun yokluğunda yargılanıp mahkum edildiği bu olayda, İtalyan Mahkemesi'nin tutumunun, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumdaki önemiyle açıkça çeliştiği ve orantısız olduğu görüşüne vardı. Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan hakları etkili bir biçimde kullandırmakla yükümlü bulunan devletin, mahkemeye gelmeme nedenini belgeyle kanıtlayamayan davacıyı yokluğunda yargılayıp mahkum etmesini, kendisinden beklenen özenle bağdaşır nitelikte bulunmadı, "*sanığın bizzat savunma olanağından yoksun bırakılması*" nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verdi. (F. C. B. / İtalya, 1991)

Bir başka olayda kendisi de avukat olan ve birlikte çalıştıkları meslektaşını öldürmekle suçlanan sanık, çeşitli aşamalardan geçen dava sonucunda jüri tarafından suçlu bulunmuş, Ağır Ceza Mahkemesi'nce, infazın akıl hastalarına ayrılan bir kurumda gerçekleşmesi koşuluyla yirmi yıl hapis cezasına mahkum edilmişti. Kararı temyiz eden sanığın Yüksek Mahkeme'deki duruşmaya katılma istemi kabul edilmedi. Mahkemece atanan avukatının izlediği yargılama sonucunda Yüksek Mahkeme, "*mali yolsuzlukları nedeniyle ortağını öldüren sanığı*" suçlu buldu ve cezasını arttırarak, genel cezaevlerinde uygulanmak üzere yaşam boyu hapse mahkum etti.

AIHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin, üst mahkemedeki yargılamanın her koşulda duruşmalı olarak yüz yüze yürütülmesini zorunlu kılmadığını, Yargıtay'daki duruşmada sanığın avukatı tarafından temsil edilmesi nedeniyle yargılamanın yokluğunda yürütülmesini kendisini bizzat savunma hakkı bakımından Sözleşme'ye aykırı bulmadı. Ancak başvurucunun, cezaya itirazı üzerine, hapis cezasının yirmi yıldan yaşam boyu hapse dönüştürülmesi, infazın bir tedavi kuruluşunda sürdürülmesi yerine genel cezaevinde uygulanması sanık açısından yaşamsal düzeyde büyük önem taşıdığından, sanığın suç sırasındaki ehliyetinin, suç işleme kastının değerlendirildiği bu aşamada Yüksek Mahkeme'nin bu olasılıkları da gözeterik, duruşmaya çıkarılması için talepte bulunmasa bile, başvurucunun, avuka-

tının yanında duruşmaya katılmasına olanak sağlanmamasını, kendisini bizzat savunma hakkı bakımından, adil yargılanma ilkelerine aykırı buldu (Kremzow/Avusturya, 1993).

Sanığın, özellikle tanıkların dinlendiği, nesnel kanıtların tartışıldığı duruşmalara katılımı önem taşımaktadır. İstinaf yoluyla yürütülen yargılamanın davanın baştan görülmesini, tarafların ve tanıkların yeniden dinlenilmesini gerektirdiği durumlarda, sanık da, etkili bir biçimde bu süreç içerisinde yer alabilmelidir. Yargılamanın türüne göre, Yüksek Mahkeme önünde de duygu ve tepkilerinin yargıçlarca incelenmesinin önem taşıdığı koşullarda, sanığa, kendini doğrudan savunma olanağı sağlanmaması, Sözleşme ihlali olarak değerlendirildi.

Sanık, duruşmaya katılmak için üzerine düşenleri yerine getirmeyerek bu hakkından vazgeçebilir. Ancak davayı gören mahkeme, sanığın gerçek arzusunu ve duruşmalarda bulunmama kararlılığını araştırıp kesin bir biçimde saptamalıdır. Vazgeçmenin kuşkuya yer vermeyecek kadar kesin ve açık olması, kamu yararına aykırı düşmemesi gerekir (Colozza/İtalya, 1986).

Yalnız hukuksal konuların ve sonuçlarının tartışıldığı üst mahkemelerdeki duruşmalara sanığın katılımı zorunluluk taşımamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, olayın özel koşulları nedeniyle, suç sırasındaki kişiliğine ve akli durumuna göre suç nedeninin araştırıldığı aşamalarda, sanığa, üst mahkemedeki yargılamada, avukatının yanında duruşmaya çıkma ve kendisini savunma olanağının verilmemesi, Sözleşme'yle bağdaşmaz bulunmaktadır.

2. Sanığın, Kendi Seçtiği Avukat Eliyle Savunmasını Yürütmesi

Ceza yargılaması, birbirini bütünleyen başlıca iki işlevden oluşmaktadır. Birinci aşama olan nesnel çözümde, suçlama konusu olayların ve kişilerin bu olaylar içerisindeki konumlarının aydınlatılması gerekmektedir. Suç, nesnel ve toplumsal bir olaydır. Sanığın suç olgusuna yaklaşımı ise öznelidir.

Yargılamanın ikinci aşaması, gerçekleştiği benimsenen olayların hukuksal sonuçlarının değerlendirilmesidir. Bu aşamada hukuk bilgi ve deneyimi öne çıkmaktadır.

Sanığın suçlama karşısındaki öznel konumuyla birlikte hukuk bilgisinin yetersizliği nedeniyle, demokratik toplumların güvenliği için son derece önem taşıyan savunma hakkının salt kişisel çabalarla yürütülemeyeceği

görölmüştür. Sanığın mahkeme önünde avukat yardımıyla savunulması, toplumsal bir zorunluluk olarak doğmuştur.

Olağan işleyiş, yargılanan kişinin ücretini ödeyerek kendisine bir avukat atamasıdır. Böyle durumlarda sanık, avukatını seçme hakkına sahip olacaktır.

Sanığın bir avukat edinmemesi ya da yetki tanıdığı avukatın görevini yapmaması durumunda, koşulları oluşmuşsa kamusal koruma gündeme gelebilmektedir.

Sanığın seçtiği avukat ile, mahkemece görevlendirilen avukatın çalışma koşulları arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Bu açıdan AİHM'nin avukat edinme hakkıyla ilgili kararları iç içe geçebilmektedir. Temel amaç, kişinin savunmasız bırakılmamasıdır. Ancak sanığın görevlendirdiği bir avukat varsa, kamu gücü bu seçime saygılı olmak durumundadır. Kendi avukatını seçen sanık, onun çalışmasını izlemek, gerektiğinde bu konulardaki uyuşmazlıkları çözecek ulusal organlara yakınmalarını bildirmek durumundadır

İtalya'da görölen bir ceza davasının sanığı, üst mahkemede ki duruşma öncesinde bir başka suçtan tutuklanarak cezaevine konulmuştu. Tutuklu sanığa ve avukatına mahkemece duruşma günü bildirilmedi.

Sanığın cezaevinde tutuklu bulunduğunu bilmeyen üst mahkeme, yargılamanın sanığın ve avukatının yokluğunda sürdürülmesinin hukuka aykırı olacağını düşündü. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla, üst mahkeme duruşma öncesinde hemen sanığa bir avukat atadı. Yeni avukatın katılımıyla gerçekleşen duruşmadan sonra üst mahkeme sanığın cezasını ağırlaştırıran bir karar verdi.

AİHM bu olayda, sanığın seçtiği avukatına duruşma gününün bildirilmemesini ve etkili bir savunma yapmayan yeni avukatla yargılamanın sonuçlandırılmasını "*avukatla savunma hakkının ihlali*" olarak niteledi (Goddi/İtalya, 1984). Bu kararla birlikte, mahkemece görevlendirilen avukatın başarı düzeyi, AİHM'nin denetim alanına çekilmiş oluyordu.

Fransa'da ortak yaşamlarından doğan çocuklarını Türkiye'ye götüren sanığın mahkeme kararına rağmen çocukları geri vermemesi üzerine eşinin istemiyle hakkında ceza davası açıldı. Yargılamadan ayırık tutulma istemi mahkemece de uygun görölen ve kendi seçtiği iki avukat eliyle savunulan sanığın, yargılama sonucunda bir yıl hapis cezasına çarptırılmasına ve tutuklanmasına karar verildi.

Sanık avukatları ve savcı, bu karara karşı üst mahkemeye başvurdu lar. Üst mahkemede ki duruşmaya sanık gelmedi. Avukatları, savunmayı

kendilerinin yürüteceklerini ve bu nedenle yargılamanın sanığın yokluğunda sürdürülmesini istediler. Üst mahkeme bu istemi yerinde bulmadı ve duruşmaya katılması için bir kez daha sanığa davetiye çıkardı. Sanığın belirlenen günde de duruşmaya gelmemekte direnmesi üzerine, avukatları eliyle temsil olanağını da tanımayarak itirazının reddine ve yerel mahkeme kararının onanmasına karar verdi.

Sanığın Yargıtay'a yaptığı başvuruda, "*...hakkında tutuklama kararı bulunan ve duruşmaya gelmeyen kişinin avukatı eliyle temsil edilemeyeceği,*" gerekçesiyle reddedildi.

Bu olayda Fransız Mahkemeleri'nin savunma hakkını bir tür baskı aracı gibi kullandıkları görülmektedir. Sanık iki seçenektan birini benimsemek zorunda bırakılmıştır. Ya avukatları eliyle de olsa, savunma yapabilmek için Fransa'ya gelecek ve böylece tutuklama kararı uygulamaya konulacak, ya da tutuklanmamak için duruşmaya katılmayacak, ancak bunun karşılığında savunma olanaklarından büsbütün yoksun bırakılacak.

AİHM, adil yargılanma hakkının önemli bir boyutu olan yargılamada temsil olanağının, sanığın kendisini daha sonra dinleyecek mahkeme tarafından nesnel ve hukuksal konular üzerinde yeniden karar verilebilmesi koşuluyla, ilk derece mahkemesinde yokluğunda yargılanmasının kural olarak Sözleşme'ye aykırı düşmediğini belirtti. Mahkeme, savunma hakkından feragati iki ölçütü ilişkilendirdi. Koşulsuz olması ve sanık haklarının güvence altında bulundurulması durumunda, savunmadan feragatin kabul olunabileceğini belirtti. Dava konusu olayda ise, başvuruçunun birinci ve ikinci düzeydeki yargılamalara katılmayacağını, ancak avukatla temsil edilmek istediğini açıkça bildirmesi karşısında, duruşmada bulunmamasının temel bir hak olan avukatla temsil olanağını ortadan kaldırmadığı benimsendi. Bir ceza davasına, sanığın katılımı gerçeğin aydınlanması açısından büyük önem taşımakla birlikte, duruşmaya gelmeyen sanığa avukatı eliyle hukuksal temsil olanağının verilmemesi, savunma hakkının demokratik toplumlardaki önemi ve hukukun üstünlüğü ilkesi karşısında orantısız bulunduğundan, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdi (Poitrimol/Fransa, 1993).

Hollanda'da benzer bir olayda, başka bir suçtan mahkum edildiği para cezasını ödeyemediği için tutuklanıp cezaevine gönderilme olasılığı bulunan sanık, işlediği ikinci bir suç nedeniyle açılan ceza davasının duruşmasına katılmadı. Mahkeme, yokluğunda yargılandığı sanığın atılı suçu işlediği görüşüyle cezalandırılmasına karar verdi.

Sanık, bu karara karşı avukatı aracılığıyla itiraz etti. Üst mahkemedeki duruşmalara katılan avukat, önceki para cezası nedeniyle tutuklanmaktan

korktuğu için gelemeyen sanığı kendisinin savunacağını bildirdi. Üst mahkeme, yürürlükteki yöntem kurallarına dayanarak duruşmaya gelmeyen sanığı avukatının temsil etmesine ve savunma yapmasına izin vermedi.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, üst mahkemenin duruşma tutanağında sanığın gelmeyeceğini bildiren avukatının savunma yapmak için herhangi bir talebinin bulunmadığının da yazılı olması nedeniyle itirazlarını reddetti.

AİHM “...geçerli bir özrü olmasa bile duruşmaya gelmeyen sanığın avukatı aracılığıyla savunma yapmaktan yoksun bırakılmayacağını...” belirtti. Duruşmaya gelen avukatın, sanık adına savunma yapmak istediğini mahkemeye bildirmediği yolundaki hükümetin görüşlerini tartışırken, şu değerlendirmelerde bulundu: “...suç isnadı altında bırakılan herkesin bir avukatın yardımından yararlanma hakkı vardır... Hollanda hukukunda olduğu gibi üst mahkemedeki yargılamaya katılmayan sanığın, yokluğunda verilen karara itiraz olanağının tanınmadığı durumlarda, bu ilke daha büyük önem taşımaktadır. Avukatla savunma hakkının kuramsal olmaktan çıkarılıp pratikte uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, söz konusu hakkın gereksiz biçimsel koşullarla sınırlandırılmaması gerekir. Yargılama adaletini gerçekleştirmek mahkemelerin görevidir. Sanığın katılmadığı duruşmaya onu savunmak amacıyla gelen avukatına savunma olanağının verilmemesi, avukatla savunma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlalidir.” (Lala/Hollanda, 1994)

Hollanda da suç işleme kastı olmaksızın eroin satmaktan yargılanıp mahkum edilen Moritanya’lı sanık, cezası kesinleşmeden sınır dışı edilince, üst mahkemedeki duruşmalara katılamadı. Sanık adına gelen avukatın, müvekkilinin gelememe nedenini açıklayıp savunma yapmak istediğini bildirmesine karşın, kendisine bu olanak tanınmadı. Mahkeme izin vermediği için sanık avukatı tanıklara soru sormadı, savunma yapamadı. Karar sanık aleyhine bozuldu. İkinci kez yinelenen yargılamada, avukata vekaletnamesi olmadığı için söz hakkı tanınmadı. Sonuçta cezası arttırılan sanık, ülkeye kasten uyuşturucu sokmaktan mahkum edildi.

AİHM bu olayda da Lala/Hollanda davasındaki gerekçelerle avukatla savunma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdi. (Pelladoah/Hollanda, 1994)

Yargıca hakaret ettiği suçlaması ile ceza mahkemesinde yedi yıl dört ay yargılandıktan sonra suçsuz olduğu anlaşılıp aklanmış sanığın başvurusu nedeniyle AİHM, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. Bu kararda ayrıca davanın Yargıtay’da görülmesi sırasında avukatla temsil edilme hakkının tanınmış olmasına karşın başvurucuya bu hakkın kullanılmaması avukatla savunma hakkının ihlali olarak değerlendirildi. (Alimana/İtalya, 1991)

3. Sanığa Devlet Eliyle Avukat Atanması

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3 (c) bendinde düzenlenen bir diğer olasılık ise, akçalı olanakları avukat edinmeye elvermeyen sanığın, "*...adaletin selameti gerektiriyor ise, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani (ücretsiz) yardımından...*" yararlandırılmasıdır.

Sözcüklerin açılımına göre, sanığın bu haktan yararlandırılması için, birbirini bütünleyen üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

- Sanığın, kendi atadığı bir avukatı olmayacaktır.
- Avukat edinmek için ödemesi gereken akçalı olanaklardan yoksun bulunacaktır.
- Yargılama adaletinin gerçekleşmesi için, sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlandırılması gerekecektir.

Zaman içerisinde gelişen uygulamalarda, AİHM'nin özellikle üçüncü koşulu öne çıkardığını görmekteyiz. Kişinin ücretini ödeyerek avukat edindiği durumlarda bile, olayın koşullarına göre yeni avukat atanması istemi haklı görülebilmektedir. Sanığın akçalı olanaklarının yetersizliği, mutlak yoksulluk olarak algılanmamaktadır. Yargılandığı dava için geçerli olan avukatlık ücretinin ödenmesi kendisinin ve ailesinin yaşam koşullarında önemli gerilemelere neden olarsa, bu durum ekonomik yetersizlik olarak değerlendirilebilmektedir.

Sanığın akçalı olanakları konusunda çok ayrıntılı incelemeye girmeyen mahkeme, avukat eliyle yürütülen savunmanın önemi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Maddede geçen "*adaletin selameti*" sözcükleri, doğru ve dürüst yargılama anlamına gelmektedir. Yargılamanın ulusal ve uluslar üstü ölçütlere uygun yürütülmesi, sonuçta dengeli bir karar verilmesi, sanığın avukat eliyle savunma olanağından yoksun bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımı ile sağlanabilir. Konuya bu açıdan yaklaşan mahkeme, avukatla savunma hakkından açık ve kesin olarak feragat etmeyen sanığa, doğru yargılamanın gereği olarak, ücreti kamu tarafından ödenen bir avukatın atanmasını zorunlu görmektedir. Bütün bu koşulları bir araya getirdiğimiz zaman, Sözleşme'nin 6-3 (c) maddesindeki düzenlemeyi, "*sanığı avukatsız bırakmama yükümlülüğü*" olarak ta adlandırmak olanaklıdır.

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde, karakol mahkemeleri, yerel mahkemeler, birinci derece mahkemeler, üst mahkemeler (İstinaf), Yargıtay gibi yargı birimlerinin aşamalandırılmaları farklılıklar gösterebilmektedir.

Disiplin kurulları, şartla tahliye komisyonları gibi, yargısal içerikli kararlar veren kurum ve kuruluşlar bulunmaktadır. Sözleşme'nin "mahkeme" tanımına giren bütün bu birimlerde, davanın kanıtlarının sunulduğu, tanıkların dinlendiği veya elde edilen nesnel bulguların hukuksal sonuçlarının tartışıldığı yüz yüze yargılamanın her aşamasında, avukatla savunulma hakkının kullanılabilmesi gerekmektedir. Devletlerin bu yükümlülüğü, adil yargılanma hakkının zorunlu bir koşuludur (Champbell ve Fell/İngiltere, 1984).

Devlet adına avukat görevlendirme yükümlülüğü, Türkiye'de de olduğu gibi, genellikle barolar eliyle yürütülmektedir. Mahkeme önünde sanığın avukatla savunma hakkının gerçekleştirilmesi ise, Sözleşme'ye göre davaya bakan mahkemenin sorumluluğu altındadır.

Ücretsiz hukuk yardımından yararlanan kişilerin, birlikte çalışacakları avukatları konusundaki seçimleri olanaklar ölçüsünde ilgili organlarca göz önünde bulundurulacaktır. Ancak bu hak mutlak değildir. Adil yargılamanın gereği olarak yeterli nedenlerin varlığı durumunda, kamusal organlarca sanığın isteğine aykırı düşen avukat atamaları da yapılabilecektir. Bu tür görevlendirmeler Sözleşme'ye aykırı bulunmamaktadır (Croissant/Almanya, 1992).

Bir tesisatçının yanında çalışırken uyuşturucu madde kullanmaktan yargılanan sanığın birinci derece mahkemesinde ve Yargıtay'daki yargılanması sırasında kendisine ücreti devletçe ödenecek bir avukatın atanması istemi her iki aşamada da reddedilmiştir. Yargılama sonucunda altı ay hapis cezasına mahkum edilen sanığın cezası ertelenmiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

AİHM'ye göre, "...ceza mahkemesinde yargılanan sanığın bazı koşullarda ücretsiz hukuk yardımı alması, adil yargılanma kavramının bir gereğidir. (c) bendindeki ücretsiz hukuk yardımından yararlanmanın birinci koşulu, sanığın avukata ödeme yapma olanağının bulunmaması, ikincisi, adaletin yararının avukatla savunmayı gerektirmesidir. Olayda, başvuruçunun avukata ödeme yapacak ekonomik koşullardan yoksun bulunduğu itiraz edilmemiştir.

Konunun, adaletin yararı açısından değerlendirilmesinde ise, öncelikle sanığa atılı suçun önemi ve alabileceği cezanın ağırlığı, ikinci olarak davanın hukuksal açıdan karmaşıklığı, üçüncü etken olarak da sanığın kişisel durumu ele alınmalıdır.

Olayda uyuşturucu kaçakçılığı suçlaması altında bulundurulmuş sanığa üç yıla kadar hapis cezası verilme olasılığının bulunması, ücretsiz hukuk yardımından yararlandırılmasını gerektirmektedir. Davadaki olaylar açısından özel zorluklar bulunmamakla birlikte, daha önce benzer suçlardan mahkum edilen sanığın deneme süresi içerisinde yeni bir suç işlemesi nedeniyle farklı yaptırım ve önlemlerle

karşılaşma olasılığının bulunması, avukat eliyle savunmanın önemini arttırmaktadır. Başvurucunun yabancı kökenli oluşu, yoksul bir çevreden gelmesi, ciddi bir mesleki eğitim almaması, çok kabarık bir suç dosyasının bulunması, 1975-1983 yılları arasında her gün uyuşturucu kullanması gibi kişisel özellikleri nedeniyle, yargılama aşamalarında kendisini savunabilecek durumda bulunmamaktadır. Bu koşullarda sanığın önce sorgu yargı, ardından ceza mahkemesi önünde avukatsız bırakılması nedeniyle oluşan sözleşme ihlali, bu aşamaları izleyen Yargıtay ve Federal Mahkeme önünde de giderilememiştir. Böylece ücretsiz avukat yardım sağlanmaması nedeniyle, sanığın savunma hakkı ihlal edilmiş olmaktadır." (Quaranta/İsviçre, 1991).

Kamu adına görevlendirilecek avukatın Goddi/İtalya kararındaki gibi mesleki deneyiminin öne çıktığı durumlar da olabilmektedir. "...Sanığın yargılandığı davaya uygun düşen savları sunabilecek düzeyde hukuk bilgisinin bulunmadığı gözetilerek, ancak deneyimli bir avukatın böyle bir davayı üstlenip gereken hazırlıkları yapması durumunda adil yargılanma koşulları gerçekleşmiş olacağından,..." sanığa Yargıtay aşamasında avukat atanmaması, sözleşme ihlali olarak değerlendirildi (Pham Hoang/Fransa 1992).

Sanığın ilk derece mahkemesinde avukat eliyle savunulması, yargılamanın sonraki aşamalarında avukatsız bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır.

Federal Almanya'da yaşadığı sırada ikinci kez narkotik suçu işlemekten yargılanan TC uyruklu Lütfi Pakelli'ye savunmasını yürütmek amacıyla yerel ceza mahkemesince bir avukat atanmıştı. İki yıl üç ay hapis cezasına mahkum edilen Pakelli, salıverildikten sonra Türkiye'ye dönmüştü. Kararı temyiz eden sanık avukatı, ücretsiz yardım olanağının Yargıtay aşamasında da sürdürülmesini istedi. Sırasıyla Federal Savcılık, Yargıtay 1. Ceza Dairesi Başkanı ve Alman Anayasa Mahkemesi "...tutuksuz sanığa Yargıtay'daki duruşması sırasında avukat görevlendirme zorunluluğu bulunmaması, sanığın duruşmaya katılmasına bir engel olmadığı gibi, isterse kendisini, ücretini ödeyeceği bir avukat eliyle temsil ettirebileceği, Türkiye'de yaşamakta oluşunun yasal koşulları değiştirmedeği..." gerekçeleriyle ücretsiz avukat istemini reddettiler. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, sanığın ve avukatının yokluğunda gerçekleşen duruşma sonucunda, Başsavcılık talepleri doğrultusunda Pakelli'nin mahkumiyet kararını onadı.

AIHM'ye göre, "...bu dava, Federal Mahkeme'nin duruşma açılmasına gereksinim duyduğu ender uyuşmazlıklardan birisidir. Temyiz edilen ceza davalarının ancak yüzde onunda duruşma açılmaktadır. Pakelli'nin temyiz nedenlerinin önemi, Federal Mahkeme'yi sözel yargılama yöntemini benimsemeye zorlamıştır. Nitekim Federal Savcılık sanığın temyiz dilekçesinde ileri sürülen savları daha başlangıçta hukuksal dayanaktan yoksun görmemiş, araştırmaya değer bulmuştur. Bu durum

dava konusu, olayda duruşmanın önem taşıdığına ortaya koymaktadır. Adaletli bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için, duruşma sırasında suçlama ile savunmanın eşit koşullarda ve birlikte temsil edilmeleri gerekmektedir.

Sanık, on dokuz noktada topladığı temyiz itirazlarının tümünü yöntemsel yanlışlıklara dayandırmıştır. Federal Mahkeme sanığın savunmalarını birer birer incelemiş ve yerinde görmediği eleştirileri gerekçelerini de açıklayarak reddetmiştir. Ancak bu duruşmada sanık avukatı da yer alıp tartışma açılabilse idi, dilekçesinde ileri sürdüğü savları geliştirip ayrıntılara inerek başvurusunun gerekçelerini sözlü olarak açıklama olanağına kavuşabilecekti. Örneğin; raportör yargıcın değerlendirmeleri hakkındaki yorum ve yanıtlarını sunabilecekti..."

AIHM, sanığın temyiz gerekçelerinin özellikle yöntemsel konularda yoğunlaştığını gözeterek, hukuk tekniğinin ayrıntılarına inilmesini gerektiren böyle bir savunmanın ancak uzmanlar eliyle yürütülebileceğini belirttiikten sonra, "sanığın duruşmada hazır olmasının, avukatının yokluğu ile oluşan boşlukları kapatmaya yeterli gelmeyeceğini..." vurguladı.

Avukatla temsil olanağını silahların eşitliği ilkesi açısından da değerlendiren Mahkeme, "Federal Mahkeme'nin duruşma açmasına karşın sanığa savunma avukatı atanmamasını davanın sonucunu etkileyen önemli bir eksiklik..." olarak niteledi ve olayda, Sözleşmenin 6/3 (c) maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. (Pakelli/Almanya, 1983)

Kamusal organlar, üst mahkemeden olumlu sonuç alınamayacağı görüşü ile ücretsiz hukuk yardımını sonlandırabilirler mi? Bu konuda İngiltere'deki uygulamalardan kaynaklanan ve birbirini bütünleyen üç örnek bulunuyor.

İlk derece yargılamada ücretsiz avukat sağlanan sanık, yalancı tanıklık yaptığı gerekçesi ile beş yıl hapis cezasına çarptırıldı. Bu cezaya karşı üst mahkemeye yaptığı itirazında, "başarı olasılığı bulunmadığı..." görüşü ile adli yardımdan yararlandırılmadı. Üst mahkemedeki duruşmaya avukatsız katılan sanığın itirazları reddedildi.

AIHM, "...adil yargılanma koşullarının davanın bütünlüğü içerisinde ele alınması gerektiğini..." belirterek, "üst mahkemede veya Yargıtay da adli yardım isteminin reddi durumunda, İngiliz hukukunda ulusal mahkemelerin bu konuyu yeniden değerlendirmelerini sağlayacak yöntemlerin bulunmamasını Sözleşme ihlaline neden olan..." önemli bir eksiklik olarak niteledi. (Granger/İngiltere, 1990)

Birinci derece yargılamada mahkum olan sanıklara ücretsiz hukuk yardımının sürdürülebilmesi için, İskoç Adli Yardım Kurulu, üst mahkemeye yapılacak itirazların başarı olasılığı konusunda, sanık avukatlarından görüş

istemektedir. Kurul, itiraz sonucunda başarı sağlanacağına ilişkin yasal nedenlerin varlığına inandırılmamışsa, ücretsiz avukat verilmemektedir. 1994 yılında karara bağladığı iki ayrı olayda AİHM, bu işleyişi değerlendirdi: *“AİHM'nin görevi, sözleşmeciler devletlerin itiraz yöntemlerinde 6. maddenin öngördüğü koşullara uyumu sağlamak için ulusal organların alacakları önlemlerin neler olduğunu belirlemek değildir. Mahkeme, ulusal uygulamaların Sözleşme'nin 6. maddesine uygun olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Ağır bir cezaya mahkum edilen başvurucuya en yüksek itiraz organı önündeki savunmasında hukuk yardımı sağlanmayarak yalnız bırakılması, 6. maddeye uygun düşmemektedir. Yargılamanın niteliği ve yüksek mahkemenin üstün yetkileri karşısında avukat desteğinden yoksun bırakılan sanığın hukuksal konularındaki yetersizliği nedeniyle, olayda, adaletli bir yargılama gerçekleştirilememiştir.”* (Bonar/İngiltere, 1994) ve (Maxwell/İngiltere 1994).

Görülüyor ki, her üç kararda da AİHM, ön süzgeçten geçirilen ve olumsuz sonuçlanacağı görüşü ağırlık kazanan olaylarda da, üst mahkemeye yapılacak başvurularda hukuksal yardım verilmeyerek sanıkların yalnız bırakılmalarını Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.

Yargılama sürecinde sanığa sağlanan çevirmen ve avukat yardımları nedeniyle devletçe yapılan ödemelerin, daha sonra suçlu bulunup cezası kesinleşen hükümlüden diğer yargılama giderleri ile birlikte geri alınıp alınmayacağı konusu, AİHM'yi uzun yıllar uğraştırmıştır.

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3/e bendine göre: *“Her sanık... Duruşmada kullanılan dili anlamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak hakkına sahiptir.”*

Bu tür uyuşmazlıklar, özellikle çok sayıda yabancı işçi çalıştıran F. Almanya'da yoğunlaşmıştı. Tek bir dava için önemsiz gibi görünen çevirmen giderleri, hukuk yardımı sigortası sağlayan şirketler için büyük ödemelere neden olduğundan konu AİHM'ye kadar götürülmüştü.

Sigorta şirketlerinin görüşlerine koşut olarak Alman mahkemeleri de Sözleşme'nin 6/3 (e) bendinin, sanıkların çevirmen ücretini peşin ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı, sonradan suçlu bulunanların yargılama giderleri arasında yer alan çevirmen ücretlerini ödemeleri gerektiği yolunda kararlar veriyorlardı.

AİHM, (Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, 1980 ve Öztürk/Almanya, 1984) davaları sonucunda, yargılama sırasında veya mahkumiyet kararının kesinleşmesi nedeniyle, çevirmen giderlerinin hiçbir koşulda sanıklardan alınmayacağını kararlaştırdı. Aksi yöndeki uygulamaların, adil yargılanma güvenceleri ile birlikte, Sözleşme'nin 14. maddesindeki *“eşitlik”* ilkesine de aykırı düştüğünü vurguladı.

Ücretsiz hukuk yardımı konusunda ise, mahkeme, farklı bir yorum geliştirdi. Kızıl Tugaylar adlı terör örgütü üyelerinin savunmanlığını yürütürken, örgütsel suçlara da karıştığı ileri sürülen sanık, ücretleri devletçe ödenen üç avukat tarafından savunuldu. Yargılama sonucunda iki buçuk yıl hapis ve dört yıl avukatlıktan men cezalarına çarptırılan sanığın, mahkemece atanan avukatların ücretlerini de geri ödemesi kararlaştırıldı.

Bu konuda AİHM, 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki ücretsiz hukuk yardımının yalnız sanığın avukata ödeme yapabilecek yeterli olanaklarının bulunmadığı koşullarda uygulanabileceğini, Alman hukuku açısından yargılama sırasında böyle bir sorun çıkmadığına göre, sanığın mahkum edilmesinden sonra yargılama giderleri arasında hukuk yardımı vermek amacıyla görevlendirilen avukatların ücretleri ile de yükümlü kılınmasının Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığına karar verdi (Croissant/Almanya. 1992).

II. SAVUNMAN SORUMLULUĞU'NUN KAMUSAL DENETİMİ

Sanığın avukatsız bırakılmaması temel ilke olarak benimsenince, uygulamada bu işlevin ne oranda gerçekleştiği de önem kazanmaktadır. Sanığın avukat gereksinimini, soruşturma ve yargılama süreçlerinin bütünlüğü içerisinde değerlendirmek gerekiyor. *“Adil yargılanma ilkeleri başlangıçtaki yanlış uygulamalar nedeniyle ciddi biçimde göz ardı edilmişse, yargılama öncesi evreler de Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.”* (Imbrioscia/İsviçre, 1993)

Mahkemeler ulusal yasalarla ayrıca ilişkilendirilmemişlerse, bir sanığın avukat gereksinimini, ancak dava önlerine geldiği zaman öğrenebilirler. Yargılama öncesi aşamalarda sanığın işkence görmesi, haksız yakalanıp gözaltına alınması gibi, avukatsız bırakılması da davanın bütününe Sözleşme'ye aykırı duruma düşürebilmektedir. Bu nedenle devletler, sanığa ilk suçlamanın yöneltildiği aşamadan başlayarak avukat görevlendirme yöntemlerini oluşturmakla yükümlüdürler.

Savunmasız sanığa bir avukat atanması ile sorun çözülmüş olmamaktadır. Avukatın görevini etkili bir biçimde yürütüp yürütmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

İtalya'da, dolandırıcılık ve karşılıksız çek suçlarından yargılanan sanık, mahkemede kendi seçtiği avukatı eliyle temsil edilmişti. Mahkeme, sanığı suçlu buldu ve cezalandırılmasına karar verdi. Kararı temyiz eden sanık, kendisine ücretsiz hukuk yardımı sağlanmasını istedi. Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı tarafından görevlendirilen avukat sanıkla görüşmeye gitmediği

gibi, tatil dönüşü öğrendiği bu atamayı işlerinin çokluğu nedeniyle kabul edemeyeceğini bir mektupla bildirdi. Sanığın uyarısı üzerine avukat, Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı'na da dilekçe vererek, sağlık koşullarının elverişsizliği nedeniyle, sanığın savunmasını üstlenemeyeceğini duyurdu.

Sanık, Yargıtay'a yaptığı çeşitli başvurularda görevi kabul etmeyen avukat hakkında ceza ve disiplin soruşturmaları açılmasıyla birlikte kendisine başka bir savunman verilmesini istemesine karşın, olumlu bir sonuç alamadı.

Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı'na göre, görevlendirdiği avukat Yargıtay'daki duruşmaya girmek zorunda idi. Bu konuda yapabileceği başkaca bir işlem yoktu. Ulusal yasalara göre atanan avukat görevini yapmazsa, sanık, tazminat davası açabilir, hatta soruşturma talebinde de bulunabilirdi. Böylesine sonuçsuz yazışmaların ardından gelen duruşmaya, atanan avukat katılmadı. Yargıtay, bazı suçların zamanaşımı nedeniyle düşmesini kararlaştırdığı duruşmada, sanığın diğer bütün temyiz itirazlarını reddetti.

AIHM'ye "...göre, Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil, fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu durum, demokratik bir toplumda öncelikli olarak yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamındaki savunma hakları bakımından özellikle geçerlidir... Sözleşme'nin 6/3, (c) bendi 'atama' dan değil, 'yardım' dan söz etmektedir. Yalnızca avukat atanması yardımı etkili kılmaya yeterli değildir. Adli yardım amacıyla atanan avukat ölebilir veya ağır hastalanabilir, bu süre içerisinde görev yapması yasaklanabilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu organlarına bilgi verilmesi durumunda bu kurumlar ya avukatı değiştirmeli ya da görevini yerine getirmeye zorlamalıdır... Olayda başvuru hiç bir koşulda atanan avukatın yardımından yararlanamamıştır. Daha işin başında, avukat, başvuru için çalışmayacağını bildirmiştir... Mahkemeye göre başvuru Yargıtay önünde etkili bir hukuk yardımı alamamış, Yargıtay Daire Başkanı'nun avukat görevlendirme işlemi, ölü bir karar olarak kalmıştır."

AIHM, davalı hükümetin savunma gerekçeleri arasında yer alan sanığın temyiz nedenlerinin tutarsızlıklarla yüklü olduğu, Yargıtay'ın dosyayı özenle incelediği, atanan avukatın görevini eksiksiz olarak yerine getirseydi bile sonucun değişmeyeceği bu nedenlerle sanığın avukatsız kalmaktan doğan bir zararının olmadığı yolundaki savunmalarını değerlendirdikten sonra, olayda bir zararın varlığının kanıtlanması gerektiğini vurguladı. "Mahkemeye göre başvuru durumu düzeltmek için ısrarla uğraşmıştır. Yakınmalarını ve atanmış avukatın ilgisizliğini, kendisini savunmamadaki kararlılığını Yargıtay'a bildirmiştir. Kabul edilmelidir ki, hukuk yardımından atanmış avukatın her tür kusuru için devlet sorumlu görülemez. Ancak olayın özel koşulları içinde başvuru için bu hakkını etkili bir biçimde kullanması için gereken önlemleri almak yetkili İtalyan organlarına düşen bir görevdir." (Artico/İtalya, 1980)

Mahkeme, her olayı kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmektedir. Adil yargılanmanın bir bütünlük içerisinde gerçekleşmesi için, sanığın avukatların ve ilgili devletlerin üzerlerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmelerini beklemektedir.

AİHM, benzer olaylar üzerine verdiği diğer kararlarında da “...hukuksal yardım amacıyla bir avukatın atanmasının yeterli olmadığını...” belirtmekle birlikte, bu avukatın görevini savsaklaması durumunda, yetkili kamu birimlerinin uygun biçimde bilgilendirilip bilgilendirmediğini araştırmaktadır.

“Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı nedeniyle devletin müdahalesi, ancak atanmış avukatın müvekkilini etkili bir biçimde temsil etmediğinin görülmesi veya bu durumun yeterince yetkililerin bilgisine sunulması durumunda olanaklıdır.” (Kamasinski/Avusturya, 1989)

Sözleşme'nin 6/3 (c) bendinde yer alan avukat aracılığıyla savunma hakkının uygulamadaki ayrıntıları ve kullanım biçimleri Sözleşme'de belirtilmediğinden, bu konu ilgili devletlere bırakılmıştır. “...Başvurucu başlangıçta gerekli hukuksal yardımı almamış olsa bile, devletler, adli yardımdan atanan ya da sanıkların seçtiği avukatlarla aralarında çıkabilecek her türlü sorundan doğrudan sorumlu tutulamayacağı gibi, avukatlık mesleğinin bağımsızlığı gereği savunmanın tutumu öncelikle başvurucu ile avukatı arasındaki bir konu olmaktadır...” Sözleşmeciler devletin, atanan avukatın etkili bir savunma yapmadığının açıkça görülmemesi durumunda olaya müdahalesi beklenemeyeceğinden çok kısa süren ilk dönemde avukat B. G.'nin hareketsiz kalışından başvuru sahibinin şikayette bulunmaması nedeniyle olaya kamusal organların katılamaması doğal karşılanmalıdır. Avukat B. G.'nin istifa etmesi üzerine hemen yeni bir avukat atanması, yeni avukatın dosyayı inceleyip sanıkla görüşmesinden sonra önceki sorgulama nedeniyle savcıya itiraz etmemesi ve bu aşamada gerçekleştirilen üç sorgulamanın ilk ikisine yeni avukatın da katılmaması karşısında, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verildi. (Imbrioscia/İsviçre, 1993)

AİHM, yargılamanın akışından kaynaklanmayan ancak önceden görülebilen engellerin aşılabilmesi için tarafların üzerlerine düşen önlemleri almalarını istemektedir. Örneğin; duruşmanın yapılacağı günü çok önce öğrenen avukatın, kişisel özrünün çıkması durumunda, yargılamanın ertelenmesini istemek yerine davanın sürekliliğini etkilemeyecek yasal seçenekleri uygulamaya koyması beklenmektedir. Sanık ve avukatının kendi kusurlu davranışlarından ileri gelen olumsuzluklar nedeniyle, devletler sorumlu tutulmamaktadır.

İtalya'da yerel ceza mahkemesinde hapis cezasına mahkum edilen tutuksuz sanığın avukatı kararı temyiz etti. Dosyanın Yargıtay'a ulaştığı Yazı İşleri Müdürü'nün 26.3.1985 günlü yazısı ile avukata bildirildi.

Yargıtay'daki duruşmanın 6 Aralık'ta yapılacağı 2 Ekim günü avukata tebliğ edildi.

Sanık vekili Yargıtay'a 25 Kasım'da ulaşan 18 Kasım günlü dilekçe-sinde, bir operasyon geçirdiğini, kendisine 30 gün dinlenme verildiğini belirterek, 6 Aralık'ta yapılacak duruşmanın ertelenmesini istedi. Yargıtay bu istemi reddederek, sanığın ve avukatının yokluğunda gerçekleşen duruşmadan sonra, yerel mahkemenin iki buçuk aylık hapis cezasının onanmasını kararlaştırdı.

AİHM, Yargıtay'da yapılacak duruşmada avukatla temsil edilmenin önemini vurgulamakla birlikte, başvurunun avukatının 6 Aralık'taki duruşmaya katılamayacağı önceden belli olduğu ve iç hukuktaki duruşmanın ertelenmesi ile ilgili kuralları bildiği halde önlem almaması, kendi yerine duruşmaya başka bir avukatı gönderme olanağı varken bunu yapmaması, ayrıca başka bir avukat eliyle Yargıtay'a dilekçe sunma yolunu da kullanmaması karşısında, başvurunun kendi seçtiği avukatının kusurlu uygulamaları nedeniyle davalı devletin sorumlu tutulamayacağını kararlaştırdı (Tripoli/İtalya. 1994).

Çok sayıda şiddete dayalı cinsel suç işlediği savı ile jürili ilk derece mahkemesi önünde yargılanan tutuklu sanık, altı gün süren duruşmalar boyunca bir cam bölme içerisinde bulunduruldu. Sanığın savunmasını ceza davalarında deneyimli on yıllık bir avukat yürütüyordu.

Duruşmada henüz on beş yaşındaki suç mağduru bayanın dinlenmesi sırasında yargıç, söylediklerini daha iyi duymak için, kendisine ve jüriye yaklaşmasını istedi.

Sanık, atılı suçu işlediği yargısıyla mahkum olunca, tek yargıçlı üst mahkemeye itiraz etti. Gerekece olarak ilk derece mahkemede yargılandığı salonun akustiğinin bozuk olduğunu, cam bölme içerisinde söylenenleri duymadığını ileri sürdü.

Sanığın tanık gösterdiği koruma görevlisi de, sanığın kendisi aracılığı ile en az üç kez avukatını yanına çağırdığını ve konuşulanları duymadığını ona bildirdiğini söyledi. Sanık, üzerine söylenenleri duymadığını yazıp camın arkasından koruma görevlisine gösterdiği bir kağıdı da kanıt olarak dosyaya sundu.

Bu savlar, ulusal mahkemelerce kabul edilmedi. Sanığa verilen ceza kesinleşti.

AİHM adil yargılanmanın bir gereği olarak sanığın kendisiyle ilgili dava içerisinde söylenenleri işitip anlamasının, onun en doğal hakkı olduğunu belirtti. Ancak bu olayda başvuru ve onu temsil eden avukatı, dava

mahkemesi önünde altı gün süren duruşmalar boyunca duyma sorununu yargıca iletmediler. Sanığın koruma memuruna yönelttiği yakınmalar, anılan kişinin yargılama sürecinde görevinin olmaması nedeniyle bir anlam taşımıyordu. Sanık avukatı ise, yargılamayla ilgili bir taktik izlediği için bu konuda susmayı yeğlemiştir. Sanığın da, avukatının tutumuna katılmadığı konusunda herhangi bir belirti yoktu.

Mahkeme, avukatlığın bağımsızlığı açısından değerlendirdiği olayda, sanığın avukatına yönelik açık bir suçlaması yoksa, devletlerin bu konuya karışamayacaklarını vurguladı. Eğer sanık doğrudan veya avukatı aracılığı ile yerel mahkemeye duyma sorununu iletse idi, mahkemenin buna bir çözüm getirmesi gerekirdi. Avukatının da bu konuda susarak olaya bir taktik sorunu açısından yaklaşması nedeniyle, sanıkla avukatı arasındaki ilişkilerden devletlerin sorumlu tutulamayacağı görüşüyle adil yargılanma açısından Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verildi. (Stanford/İngiltere, 1994)

AİHM, karşılıksız hukuksal yardımın gereği olarak kamu adına atanan avukatların bu görevlerini ne oranda gerçekleştirdiklerinin davayı yürüten mahkemelerce izlenmesini öngörmektedir. Yerine göre bu avukatların savunmalarını "yetersiz", "deneyimsiz", "etkisiz" sözcükleriyle de nitilemektedir. Mahkemenin bu tutumunun nedeni, Sözleşme'nin adil yargılanmanın gerçekleşmesi için zorunlu saydığı koşulların üye ülkelerde eksiksiz yerine getirilmesidir. Korumanın tam olması için, adli yardım amacıyla görevlendirilen avukatların nitelikleri, mesleki deneyimleri, objektif ölçütlere göre olabildiğince doğru belirlenmelidir.

Sanıkların kendi istemleri doğrultusunda seçtikleri avukatları hakkında ise, daha gevşek bir denetim izlemektedir. Çok kısa özetlerini sunmakla yetindiğimiz yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi, sanığın, ulusal organlar önünde, kendi seçtiği avukatına yönelik suçlama ve yakınmaları olmamışsa, ilgili devletleri sorumlu tutmama eğilimini açıkça ortaya koymaktadır. Bu tutum, Sözleşme'nin amaç ve yöntemlerine de uygun düşmektedir. Kişilerin kendi seçtikleri avukatları ile bir sorunları olursa, yakınmalarını öncelikle ulusal yapılanmaların öngördüğü süreçlerden geçirmelidirler.

Mahkemenin bu yaklaşımının bir başka nedeni de, avukatlık mesleğinin bağımsızlığını korumak, zorunlu olmadıkça devletlerin bu alana el atmasını önlemektir.

III. SAVUNMANIN YETKİ VE GÜVENCELERİNİN SÖZLEŞMEYE GÖRE KORUNMASI

AIHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerinin temel özneleri, hiç kuşku yok ki yargılanan kişilerdir. Örneğin; 1. bentte sözü edilen mahkemenin niteliğine, yargılamanın süresine, yüz güzelliğine ve açıklığına ilişkin düzenlemeler, 2. bentteki suçsuzluk karinesi, savunmanların temsil ettikleri kişiler adına istemlerini dayandıracakları hukuksal kaynaklardır. Ancak gerek 6. maddede gerekse Sözleşme'nin diğer maddelerinde belirtilen bazı hak ve yetkiler vardır ki, bunlar, temsil ettikleri kişilerle ilişkilendirilmeleri gerekmeksizin, avukatlık mesleğinin olmazsa olmaz koşulları arasında yer almışlardır. Örneğin; 6. maddenin 1. bendindeki "hakkaniyet" sözcüğünden üretilen "silahların eşitliği" kuramı, 3. bentteki, "suçlamanın niteliği ve nedenlerinden en kısa zamanda bilgilendirilmek", "savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak", "iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek", "savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek", bu yetkilerden başlıcalarıdır. Konunun bu yönünü özellikle vurgulamakla birlikte, AIHM'nin avukatlık uygulamalarını doğrudan kapsayan kararları üzerinde duracağız. Kararların önemli bir bölümü savunma hakkı ile bağlantı kurularak Sözleşme'nin 8. maddesini de yorumlamaktadır.

AIHS'nin 8. maddesinin birinci bendine göre : "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

Aynı maddenin 2. bendinde sayılan bazı durumlarda "...demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla..." bir takım kısıtlamalar konulabileceği belirtilmektedir.

Avukatla sanık arasındaki ilişki özel yaşam konularından kaynaklansa bile, savunma hakkının toplumsal önemi nedeniyle 8. maddenin kapsamından taşmaktadır. Avukatlık bürosu, hiç kuşkusuz özel bir alandır, ancak avukatın temsil ettiği kişilerin, olay tanıklarının da özel yaşamlarının özgürce sergilenebildiği, kamunun el atmaması gereken bir kamusal alandır.

Avukatla sanığın iletişimi, aralarındaki ilişkinin kurulup geliştirilmesi için son derece önemlidir. Tutuklu sanıkla avukatının baş başa görüşmeleri, savunmaları için gerekli bilgi ve belgeleri birbirlerine iletmeleri, yargılama sürecindeki konularının zorunlu bir gereğidir. Çalışmamızın aşağıdaki bölümlerinde, AIHM'nin bu konulardaki kararlarını özetlemeye çalışacağız.

1. Avukatla Sanığın Yazışmaları

İletişim özgürlüğü konusunda bilinen en eski yöntem kişilerin mektuplaşmalarıdır. Tutuklu sanıkla avukatının yazışmaları, konumuz açısından

özellikle önem taşımaktadır. Devletler, çeşitli gerekçeler öne sürerek bu yazışmaları denetim altında tutmak istemişlerdir. En önemli gerekçeleri de, soruşturma konusu suçla ilgili kanıtlara ulaşmak olmuştur. Ancak konu her zaman bu kadar açık bir görünüm vermemektedir. Savcıların soruşturmaları kendi beklentileri doğrultusunda yönlendirmek amacıyla, cezaevi yöneticilerinin tutuklu ve hükümlülere yönelik yasa dışı uygulamalarını gizlemek için yazışmalara el koydukları çok sık görülen olaylardır.

AİHM'nin bu konudaki ilk değerlendirmeleri, İngiltere cezaevinde yatmakta olan bir hükümlünün başvurusuyla ilgilidir. Başvurucu, cezaevinde çıkan olaylara karıştığı yolunda gerçek dışı ifade verip kendisine iftira eden gardiyan hakkında hukuk davası açmak, böylece yanlış ifadenin dosyasından çıkarılmasını sağlamak istemiştir. Başvurucu, bu amaçla bir avukatla görüşüp dava açmak üzere yürürlükteki Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde Bakanlık'tan izin talebinde bulunmuştur. Ancak Bakanlık, böyle bir dava açılmasına gerek olmadığı düşüncesi ile, hükümlünün avukatla görüşmesine izin vermemiştir.

AİHM'ye göre, *"İçişleri Bakanlığı'nın Golder'in dilekçesini reddetmesi, öncelikle bir avukatla iletişim kurmasını engellemiştir. Bu olay mahkemeye başvurma hakkı ile ilişkilendirilmeksizin, yalnızca haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Golder'e bir avukata danışması için izin verilseydi, yakındığı gardiyana karşı dava açma kararlılığını sürdürüp sürdürmeyeceği bilinemezdi... Ancak bütün bunlara karşın, başvurusunun açıkça ortaya koyduğu 'iftira nedeniyle dava açma' istemi gerçekleşmemiştir... İçişleri Bakanlığı avukatla ilişki kurulmasını yasaklamakla, açılması düşünülen dava için harekete geçilmesini engellemiş olmaktadır..."* Hukuksal engellemeler gibi, fiili engellemeler de hukuka aykırı düşebilir.

"...Başvurucu, gardiyana karşı dava açmakla, kendisine karşı yapılan ve hakkında olumsuz sonuçlar doğuran suçlamalardan kurtulmak istemektedir. Açılması tasarlanan dava, cezaevinde bulunduğu sırada meydana gelen ve cezaevi yaşamıyla bağlantılı bir olayla ilgilidir. Sonuçta bu dava İçişleri Bakanlığı'na bağlı ve görevi sırasında suçlamalarda bulunan bir cezaevi çalışanına karşı yöneltilecektir. Bu koşullarda Golder, haklı olarak dava açmak üzere bir avukata danışmak istemiştir. Tasarlanan davanın sonuçlarına ilişkin olasılıkları değerlendirmek İçişleri Bakanlığı'nun görevi değildir. İleri sürülebilecek savlar hakkında karar vermek, bağımsız ve yansız mahkemelerin görevidir. İçişleri Bakanlığı, Golder'in istediği izni vermemekle, Sözleşme'nin 6/(1) fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye gidebilme hakkına saygı göstermemiştir."

AİHM, başvuru konusu olayları bir kez de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirdi.

“Mahkeme, bir hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin ‘gerekliliğini’ cezaevinde bulunmanın olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Örneğin; ‘düzensizliğin veya suçun önlenmesi’ bir hükümlüye, özgür bir kişiden daha geniş müdahale önlemlerinin uygulanmasını haklı kılabilir... Hükümet, Golder’in yakındığı müdahalenin ‘gerekli’ olduğunu kanıtlamak için, düzensizliğin ve suçun önlenmesini ve bir ölçüde de kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisini dikkate almakla birlikte, ‘demokratik bir toplum’da bu müdahalenin nasıl olup ta, Golder’in kendisine iftirada bulunan gardiyana karşı dava açmak amacıyla bir avukatla iletişim kurmasının engellenmesini haklı kıldığını anlayamamıştır. Mahkeme, Golder’in cezaevi görevlisinin kendisine karşı yaptığı suçlamadan temize çıkmak istediğini bir kez daha vurgulamaktadır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak bir avukata yazmak isteyecektir. Açılması düşünülen dava sonuçlarını değerlendirme görevi, İçişleri Bakanlığı’nın işi değildir. Başvurucuya hakları konusunda yol göstermek, önerilerde bulunmak bir avukatın, önüne getirilen dava konusunda karar vermek ise bir mahkemenin görevidir.

Başvurucunun avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme’nin başka bir maddesinde, yani 6. maddede varolan bir hakkın kullanılması için hazırlık aşaması olacağından, İçişleri Bakanlığı kararının ‘demokratik bir toplumda’ gerekli olduğu kanıtlanamamıştır.

Böylece Mahkeme, olayda 8. maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır.” (Golder/İngiltere, 1979)

Kararda eleştiri konusu yapılan uygulamalar, olayın geçtiği yıllarda yürürlükte olan Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde yürütülen işlemlerdi. Golder’in dava açmayı düşündüğü infaz koruma görevlisinin tutumu bir yana bırakılırsa, AİHM İngiltere’deki katı ve insan hakları ile bağdaşmayan cezaevi kurallarını mahkum etmiş bulunuyordu. Nitekim İngiltere Hükümeti de bu dava nedeniyle gelişen hukuksal tartışmaları göz önünde bulundurularak, Golder Davası henüz sonuçlanmadan Cezaevleri Yönetmeliği’ni değiştirmiş, tutuklu ve hükümlülerin hukuk davası açmak üzere bir avukata danışmak istemeleri durumunda İçişleri Bakanı’ndan izin almaları koşulunu kaldırmıştı. Bu değişiklik, cezaevleri müdürleri eliyle bütün tutuklu ve hükümlülere bildirilmişti.

Cezaevleri kurallarında yapılan iyileştirmeler, İngiltere’nin benzer konulardaki davalar nedeniyle tekrar AİHM’de yargılanmasını önleyemedi. Çeşitli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü konumunda bulunurlarken değişik amaçlarla farklı yerlere gönderdikleri mektupları, alıcılarına ulaşmayan 7 başvurusunun AİHM’de görülen davaları 1983 yılında sonuçlandı. Davacıardan Silver’in koşulları konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir.

Başvurucu, cezaevindeki yetersizlikler ve bu arada sağlık sorunları ile dış tedavisindeki şikayetleri nedeniyle dava açmak üzere Bakanlık'tan izin istemiş, ancak kendisine olumlu yanıt verilmemiştir.

İngiltere cezaevlerindeki haberleşme ve yazışma koşullarının ayrıntılı olarak incelenip tartışıldığı AİHM kararında, diğer 6 başvuru hakkında Sözleşme'nin 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilirken, hukuksal yardım olarak cezaevi yönetimiyle ilgili hukuk davası açma girişiminin önlenmesi nedeniyle, Silver yönünden ayrıca Sözleşme'nin 6/1. maddesinin de ihlal edildiğine karar verildi. (Silver ve Diğerleri/İngiltere, 1983)

Tutukluların yazışmalarının 8. maddenin korunması altında bulunması, hiç kuşku yok ki, koşulları oluştuğunda aynı maddenin 2. bendindeki kısıtlayıcı önlemlerin de uygulanabileceği anlamını içeriyor. *"Hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale gereği, cezaevinde bulundurulma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilecektir."* (Golder/İngiltere, 1979)

Tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalar, Chambell ve Fell davasında kapsamlı bir incelemeden geçirildi. Başvurucunun avukatıyla ve AİHK'yla yaptığı yazışmaların cezaevi görevlilerince açılıp okunduğuna ilişkin yakınmaları, bu gibi durumlarda izlenmesi gereken yöntem ve ölçütlerin belirlenmesine katkıda bulundu. Mahkemeye göre, *"...bir tutuklu veya avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsenebilir bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır."* Bu durumda bile mektup, gönderildiği kişinin önünde açılmalı, içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmayınca, yöneticilerce okunmadan ilgisine verilmelidir.

Mahkeme, ancak çok özel durumlarda tutuklunun avukatıyla yaptığı yazışmanın okunabileceğini belirtmektedir. *"Mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlı başına bir suç oluşturması, gizliliğin kötüye kullanıldığına ilişkin çok somut gerekçelerin varolması durumunda,"* bu yola gidilebilecektir.

Davalı Hükümetin, tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel bir korunma sağlanmasının, bu işleyişin kötüye kullanılma olasılığını taşıdığı yolundaki savunması, Mahkemece, *"Avukat müvekkil ilişkisinin gerektirdiği gizliliğe saygı gösterme gereksiniminin, bu hakkın kötüye kullanılabilme olasılığından çok daha önemli olduğu..."* görüşüyle yerinde bulunmadı.

Savunma hakkına ilişkin birden fazla konunun tartışıldığı dava sonucunda, sanıkla avukatı arasındaki yazışmaların engellenmesi Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendi. (Chambell ve Fell/İngiltere, 1984)

Adli sabıka sicili bir hayli kabarık olan ve cezaevi kurallarına aykırı davranmayı alışkanlık edindiği için hakkında ek yaptırımlar uygulanan başka bir hükümlünün, infaz indirimlerinin bir bölümünün kaldırılması nedeniyle avukatına yazdığı mektuplardan birisi hiç gönderilmemiş, diğer ikisi ise, geç ulaşmıştı.

Hükümlünün bir milletvekiline ve öğretim üyesine yazdığı yakınma mektupları da cezaevi idaresince gönderilmemişti.

AIHM bu olayda da “başvurucunun gönderilmeyen mektupları bakımından haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine...” karar verdi (Mc Callum/İngiltere, 1990).

Tutuklu sanığa savunmasını üstlenecek avukatın mektubunun verilmesi yoluyla iletişim özgürlüğünün çiğnenmesine ilişkin en çarpıcı örnek, Mehmet Durmaz ile Avukat Schönerberger’in birlikte yaptıkları başvuru sonucunda verilen karar oldu.

İsviçre’nin Zürih kantonunda yaşayan md. Durmaz, bazı suçlara karışmış olabileceği kuşkusuyla 16 Şubat 1984’te tutuklanmış. Eşinin bulduğu Avukat Schönerberger, cezaevindeki sanığa bir mektup göndererek, kendisi de uygun görürse savunmasını üstlenebileceğini bildirmiş. Mektupta soruşturma ile ilgili bazı uyarılarda bulunmuş. “...Sorgunuz sırasında yanıt vermeme hakkınızın bulunduğunu anımsatmak görevimdir. Ağzınızdan çıkacak her söz, size karşı kanıt olarak kullanılabilir. Susmayı yeğlerseniz, savcılık, kanıt bulup suçluluğunuzu ispat etmek zorunda kalacaktır. Siz açıklama yapmamakta direnince, olabilir ki savcı, tartışma çıkarıp, tanıkları dinlemek, başka kanıt toplamak ya da yeni bir soruşturma başlatmak gibi nedenlerle tutukluluğunuzu uzatacağını söyleyerek baskı kurmayı deneyebilir. Böyle şeyler olursa aldirmayın. Haklarınızı bilip herhangi bir açıklama yapmamak yararınızaadır...” demiş. Avukat ayrıca, göreve başlayabilmek için, iki örneğini eklediği vekaletnameleri imzalayıp, birini savcılığa, ötekini kendisine göndermesini istemiş. İşlemler tamamlanınca, hemen cezaevine geleceğini bildirmiş.

Bölge savcısı, soruşturmanın yürütülmesi açısından sakıncalı bulduğu bu mektuba el koymuş. Sanığa, avukatın gönderdiği vekaletname örneklerini de vermemiş. Yasaklanan mektup sanki hiç gelmemiş gibi, Durmaz’a bir avukat edinmesini önermiş. Eşinin girişimlerini öğrenemeyen yurtaşımız, Zürih’te tanıdığı tek avukatın J. P. Garbade olduğunu, ancak içinde bulunduğu koşullarda ödeyecek parası olmadığını bildirmiş. Avukat Garbade, Mahkeme Başkanı’nun kararı ile, gideri devletçe karşılanmak üzere Durmaz’ın savunmanlığına atanmış.

Soruşturma ve sorgulamalar devam etmiş. Durmaz, güçlük çıkarmadan bütün soruları yanıtlamış. Hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek

kanıtlar bulunamayınca, 37 gün tutuklu kaldıktan sonra, 23 Mart 1984'te salıverilmiş. Boş yere özgürlüğünden yoksun bırakılan Durmaz'a, Bölge Mahkemesi'nce, 3.565 İsviçre Frangı giderim ödenmesi kararlaştırılmış.

Hukuksal tartışma, asıl bu aşamadan sonra başlıyor. Avukat Schönerberger, cezaevine gönderdiği mektubun tutuklu sanığa verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün engellendiği, bunun sonucunda Durmaz'ın davasını alamadığı için mesleğini uygulayamadığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruyor. Mehmet Durmaz da bir başka dilekçeyle, avukatın gönderdiği mektubun eline geçmemesi nedeniyle haber alma özgürlüğüne el atıldığını bildirerek, İsviçre'ye karşı bireysel başvuru hakkını kullanıyor.

Tartışmanın özü, "*Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*" diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanıyor. Gerek komisyonda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, İsviçre Hükümeti'nin temsilcileri, Avukat Schönerberger'in, sanığa susmasını, yanıt vermemekte direnmesini öneren mektubunun yürütülmekte olan soruşturmanın güvenliği açısından sakıncalı bulunduğunu savunuyorlar. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesinin 2.bendinde, "*...kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi...*" amacıyla, bazı koşullarda iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilceği belirtiliyor.

Komisyon'dan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yakınılan uygulama nedeniyle İsviçre organlarınca, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği yargısına vardı. Kararın gerekçesinde, avukatın, savunmasını üstleneceği kişiye susmasını, sorulara yanıt vermemesini önermesinin, onun mesleki görevi, doğal hakkı olduğu belirtildi. Sorgulanan sanığın yanıt vermemekte direnmesinin yasal bir hak olduğu, bu yöntemi seçen avukatın görevini üstlendiği kişiye haklarını bildirmesinin önlenemeyeceği vurgulandı. Böylece Durmaz'ın haber alma, iletişim kurma özgürlüğünün engellendiği görüşüne varıldı. İsviçre Hükümeti'nin, Durmaz ve avukatına 9.070 frank ödemesini öngören kararın en çarpıcı yanı, temel hak ve özgürlüklere yasalarla getirilecek kısıtlamaların, "*...demokratik bir toplumun zorunlu kıldığı...*" sınırları aşamayacağı ilkesini yinelemesiydi. (Schönerberger ve Durmaz/İsviçre, 1998)

Avukatla görüşme hakkının uzantısı olarak ta benimsenen avukata mektup gönderme olanağının değerlendirildiği davada AİHM, tutuklu sanığın avukatına yazdığı mektupların cezaevi yetkililerince denetlenmesini, özellikle bir mektubun avukata ulaşmasının geciktirilmesini, Sözleşmenin 8. ve 6/3 (c) maddelerinin ihlali olarak niteledi. (Domenichini/İtalya, 1996)

AİHM'nin, Polonya cezaevindeki bir tutuklunun ombudsmana yazdığı mektubun zamanında yerine ulaşmaması nedeniyle verdiği kararda,

konuyla ilgili Polonya ulusal hukuku değerlendirildi. Mahkeme'ye göre ; *"Soruşturması devam eden tutukluların yazışmalarının engellenmesi durumunda yasaların etkili bir başvuru yolunu belirlememiş olması, tutukluların mektuplarının soruşturmayı yürüten görevlilerce yürürlükteki hukuka göre hiç bir neden ve gerekçe olmaksızın her koşulda okunup sansürden geçirilmesi, tutukluların farklı kişi ve kurumlara, örneğin; Ombudsman'a gönderdiği mektuplar açısından farklı denetim ölçütlerinin konulmaması, uygulanan sansürün içeriğinin ve süresinin belirsizliği, kendiliğinden ve ayrımsız olarak yürütülen sansürün nedenleri, koşulları ve gerekçeleri konusunda, uygulayıcılara bir açıklama yükümlülüğü bile getirilmemiş olması,"* 8. maddenin 2. bendindeki sınırlama koşullarına uygun bulunmadı (Niedbala/Polonya, 2000).

Mahkemenin yukarıda değindiği ölçütler, tutukluların yazışmalarının otomatik bir sansür denetimine bağlanamayacağını bir kez daha gerekçeleriyle açıklıyor.

Kişisel iletişim konusundaki yaygın yöntemin mektup ve diğer benzeri gönderiler olmasına karşın, Mahkeme telefon ve teleks yoluyla iletişimi de 8. madde kapsamında değerlendirdi. İleride teknolojik gelişmelere ve ulaşılabilir teknik özelliklerine göre e-mail ve benzeri yöntemleri de 8. madde kapsamında koruyacak kuralların saptanması beklenmelidir (Halford/İngiltere, 1997).

2. Avukatla Sanığın Görüşmeleri

Avukatla sanığın yüz yüze ve baş başa konuşmaları savunma yöntemlerinin belirlenmesi, kanıtların değerlendirilmesi açısından son derece önemli bir aşamadır. Sanıkla avukatı arasında yazışmalarla sağlanamayacak bilgi alışverişi, karşılıklı konuşmayla gerçekleştirilmektedir. Sanıkla avukatının konuşmaları, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. paragrafındaki iki bent açısından belirleyici düzeyde önem taşımaktadır. Şöyle ki, yüz yüze görüşme olanağının korunması (c) bendindeki avukatla savunma hakkının ayrılmaz parçasıdır. Ayrıca, (b) bendine göre *"savunmasını hazırlamak için gerekli zamana sahip olmak."* Sanık ve avukatı açısından, cezaevi yöneticilerinin kendilerine göre koyacakları katı bir görüşme takvimi ile aşırı kısıtlayıcı kullanılamaz düzeye getirmemeleri gereken bir olanaktır. Avukatın davasını üstlendiği cezaevindeki tutuklu ile görüşebilmesi için yargıç ya da savcıdan izin istemek durumunda bulunması, Sözleşme'yle bağdaşmayacaktır.

Cezaevinde çıkan olaylar nedeniyle disiplin soruşturması kapsamında yargılanan hükümlünün avukatla görüşme yapmak istemesine karşın cezaevi yönetiminin avukatla sanığın konuşmalarına izin vermemesi, hukuksal

yardım ve temsilin gerçekleşmemesi nedeniyle, Sözleşme'nin 6/3 (b) ve (c) bentlerinin ihlali olarak nitelendi (Champell ve Fell /İngiltere, 1984).

Tutuklu sanıkla avukatına cezaevinde yüz yüze konuşma olanağının sağlanması da, aralarındaki iletişimin güvenliği için yeterli gelmiyor. Sanık ve avukatı, dava konusu olayları değerlendirip kanıtlarıyla birlikte tartışırken, bir başka kişinin, özellikle karşı cephede yer alan savcılık görevlisinin onları dinlememesi gerekiyor. AİHM bu konuyu ilk kez, Elvan Can'ın Avusturya'ya karşı yönelttiği başvuru nedeniyle gündemine aldı.

Elvan Can, Avusturya'nın Gmuden kentinde çalışmakta olduğu restoranda çıkan yangının sorumlusu olabileceği kuşkusuyla 19 Ağustos 1980'de tutuklanarak Weis Cezaevi'ne gönderildi.

Elvan Can'ın savunmanlığını, Avusturyalı avukat Rudof Zitta üstlenmişti. Olayın ayrıntılarını öğrenmek ve savunmada izlenecek yöntemleri saptamak amacıyla, Avukat Zitta 15 ve 30 Eylül 1980 tarihlerinde, iki kez Weis Cezaevi'ne geldi. Sanık ve avukatının görüşmeleri sırasında, aralarında bir de davetsiz konuk vardı. Avusturya Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nın 45. maddesine göre, sanık, *"kanıtların yok edilmesi kuşkusuyla tutuklanmışsa"* son soruşturma açılıncaya kadar, avukatıyla cezaevinde yapacağı görüşmeleri mahkemece görevlendirilen bir gözlemcinin izlemesi gerekiyordu. Yasa'nın amacı, sanığın bazı bilgileri avukatı aracılığıyla dışarı iletip, henüz savcılığın eline geçmeyen kanıtların gizlice yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemektir. Bu denetim, tutuklu sanığın yazışmalarını da kapsıyordu.

Elvan Can, 6 Ekim 1980'de, sorgu yargıcına gönderdiği dilekçe ile, aralarında üçüncü bir kişi olmaksızın avukatıyla baş başa konuşmalarına izin verilmesini istedi. Savunmasında önem taşıyan konuları avukatıyla tartışırken, suçlamayı yapan organın gözlemcisinin dinlemesini savunma güvenliği açısından sakıncalı buluyor, yalnız bırakılmalarını istiyordu. Elvan Can'a göre, Avusturya Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nın 45. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesine ve bu nedenle de Avusturya Anayasası'na aykırı düşüyordu.

Sorgu yargıcı, Elvan Can'ın avukatıyla yalnız konuşma istemini reddetti. Bu karara karşı, önce Weis Bölge Mahkemesi'ne ve ardından Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı itirazlar, alınan önlemlerin yürürlükteki yasaya uygun bulunması nedeniyle kabul edilmedi.

Elvan Can henüz Weis Bölge Mahkemesi'ndeki ceza davası sonuçlanmadan 14 Nisan 1981 günlü dilekçesi ile makul süreleri aşan tutukluluğu nedeniyle Sözleşme'nin 5/3. maddesinin, avukatı ile yaptığı görüşmelerinde üçüncü bir kişinin gözlemci olarak bulundurulmasının da Sözleşme'nin

6/3 (c) maddesine aykırı düştüğü gerekçeleri ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu.

14 Aralık 1983 günlü Komisyon Raporu'nda, Elvan Can'ın her iki konudaki yakınmaları da haklı bulundu.

Konu AİHM'nin gündeminde iken, davanın sonuçlanmasından önce, Avusturya Hükümeti, dostça çözüm süreci içerisinde, 11 Haziran 1985 günlü protokolle başvuruçunun istemlerini kabul etti. Bu protokolün 6. maddesinde, "...Avusturya F. Hükümeti hazırlanmakta olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nda, kanıtların yok edilme kuşkusunu varken tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesi sırasında gözlemci bulundurulmasını öngören kuralın, AİHK'nun bu dava ile ilgili 12 Temmuz 1984 günlü raporu doğrultusunda yeniden düzenlenmesi için yasama organına önerilerini sunma" sözü verdi.

Avusturya'nın Avrupa Konseyi'ndeki sürekli temsilcisi AİHM'ye başvurarak, taraflar arasındaki anlaşmanın uygulamaya dönük ilk adımı olarak Hükümet'in, "...AİHK'nun bu dava ile ilgili 12.7.1984 günlü sonuç raporunu tüm Avusturya mahkemelerine, mahkeme başkanlarına ve savcılara iletceğini..." bildirdi.

Avusturya'da da geçerli olan kuvvetler ayrılığı ilkesine göre hükümet, yasama ve yargı organı adına söz verip yükümlülük altına giremiyor. Ancak yukarıda değinilen iki girişimle sorunun çözüm yolunu açıyor. Hükümet, o sıralarda gündemde olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası değişikliği çalışmalarıyla ilgili olarak Parlamento'ya yeni bir öneri getirip AİHK kararını ulusal hukuka uyarlama girişimini üstleniyor. İnsan hakları ilkelerini genelleştirmek amacıyla ulusal mahkemelere gönderilen yazı ise, AİHK'nun ve bu görüşleri onaylayan AİHM kararının yargı organının bilgisine sunulması anlamını taşıyor.

AİHM de, Elvan Can ile Avusturya F. Hükümeti arasındaki uzlaşmanın Sözleşme'nin güvence altına aldığı ilkelere uygun düştüğü yargısıyla, 30 Eylül 1985'te davanın listeden silinmesine kararlaştırdı. (Can/Avusturya, 1985)

1980 yılında Latin Amerika ülkelerinden birine nükleer silah satışına yönelik protesto eylemleri nedeniyle tutuklanan sanığın cezaevinde avukatıyla görüşmelerine dinleyici olarak poliste katılmıştı. Sanığın mektuplarından üçüne polislerce grafolojik incelemeler için el konuldu.

Sanığın daha başka avukatları da olmuştu. Ancak ilk avukatının suç örgütü ile ilişkisi olduğu varsayımıyla, tüm konuşmalarını da polisler izlediler, hatta bazı notlar aldılar.

Avukatla, görüşmeleri izleyen görevliler arasında sık sık tartışma çıkmış, özellikle avukatın savcılığın bazı kararlarını, bir kısım mektupları ve bir

itiraz dilekçesini müvekkiline vermek istemesi tartışmaları yoğunlaştırmıştı. Avukatın müvekkiline verdiği itiraz dilekçesine görevliler el koydular.

Dava dosyası içerisindeki sanığın savunmasıyla ilgili belge örneklerinin avukatına verilmesi de uzunca süre geciktirildi.

AİHM'ye göre, "AİHS, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin hiç bir engellemeye maruz kalmadan avukatıyla serbestçe görüşebileceğine ilişkin bir kural içermemesine karşın, Avrupa Konseyi Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kuralları'nın 93. maddesi ile AİHK ve AİHM'deki yargılamalara katılan kişilerle ilgili Avrupa Sözleşmesi'nin 3/2. maddesi, avukatla serbestçe görüşmeyi öngörmektedir. Sanığın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmeden avukatıyla serbestçe görüşebilmesi, demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının temel koşulları arasında bulunmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesi avukatların savunma stratejisini oluşturmak için müvekkilleriyle işbirliği içerisinde olmalarını gerektirdiğinden, bu konuşmalara kısıtlama getirilmesinin hiç bir haklı nedeni bulunmamaktadır."

Davalı Hükümetin savunmalarını değerlendiren Mahkeme, ...sanıkla avukatın bir araya gelerek savunma stratejisi oluşturmalarında hiç bir olağanüstü durum bulunmadığından, bu arada mahkeme tarafından atanan avukatın meslek ahlakına ve hukuka aykırı davranışlarda bulunduğuna ilişkin bir sav da ileri sürülemediğinden, olayda, savunma hakkının ihlal edildiğine karar verdi (S/İsviçre, 1991).

AİHM bu kararı ile Sözleşme'de açıkça belirtilmemesine karşın, savunma hakkının demokratik toplumlardaki olmazsa olmaz öneminden yola çıkarak, tutuklu sanıkla avukatının konuşmalarına hiç bir engel konulamayacağını benimsemiş oluyordu.

AİHM'nin savunma hakkını çok geniş biçimde değerlendirdiği en son davalardan birisi de, Öcalan/Türkiye kararıdır. Tarafların karşılıklı sav ve savunmalarının ayrıntılarına girmeksizin, hukuk uygulayıcılarının göz önünde bulundurmaları gereken mahkemenin değerlendirmeleri üzerinde duracağız;

"Mahkeme, başvurucu aleyhindeki ceza yargılaması sırasında savunma haklarına saygı gösterilip gösterilmediği konusunda karar verebilmek için, öncelikle başvurucunun kullanabildiği hukuksal yardım olanaklarını ve başvurucunun ve avukatlarının dava dosyasına ulaşım hakkını incelemek gerekmektedir."

a. Hukuksal Yardım

Polis gözaltında bulunurken başvurucunun avukat yardım alamaması... Mevcut davada başvurucu, Türkiye'de polis gözaltında bulunduğu sırada 16 Şubat 1999'dan 23 Şubat 1999 tarihine kadar 7 gün boyunca;

güvenlik güçleri, bir Cumhuriyet Savcısı ve bir Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimi tarafından sorgulanmıştır. Bu süre boyunca hiçbir hukuksal yardım almamış, iddianamenin ve Cumhuriyet Savcısı'nın sunumlarının kritik unsurları haline gelen kendini suçlayıcı ifadeler vermiş ve bunlar mahkumiyetine yol açan temel faktörler olmuştur.

Başvurucunun bir avukata danışmada hakkından feragat edip etmediğine gelince, mahkeme, başvurucunun yakalandığı günün ertesinde, Türkiye'deki avukatı Bay Feridun Çelik'in (daha önceden geçerli bir vekaleti bulunmaktaydı.) başvurucuyla görüşmek için izin istediğine dikkat çeker. Bununla birlikte Bay Feridun Çelik'in seyahati güvenlik güçleri tarafından engellenmiştir... Buna ek olarak, 22 Şubat 1999'da başvurucunun ailesi tarafından tutulan 16 avukat Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden başvurucuyla görüşmek için izin istemiş, fakat talepleri yetkililer tarafından 23 Şubat 1999'da reddedilmiştir.

Bu koşullar altında mahkeme, bu kadar uzun bir süre ve savunma hakkının telafi edilemez bir şekilde zarara uğramasının çok mümkün olduğu bir koşulda, avukata ulaşma hakkını kabul etmemenin sanığın 6. madde kapsamında hak sahibi olduğu savunma haklarının zarara uğramasına yol açtığı görüşündedir.

Üçüncü yanın duymayacağı biçimde avukatla görüşme... Tarafların olayları anlatış biçimlerini incelemesiyle mahkeme, ilk ziyaretin ardından gerçekleşen avukat ziyaretlerinin, her ne kadar aynı odada bulunmasalar da, güvenlik güçlerinin duyum alanı içinde gerçekleştiğini kabul etmektedir.

Mahkeme yerleşmiş içtihatlarına dayanarak tekrarlamaktadır ki, bir sanığın avukatlarıyla başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşmesi demokratik bir toplumda adil yargılamanın temel gerekliliklerinden biridir ve Sözleşme'nin 6/3 (c) maddesinden kaynaklanmaktadır. Eğer bir avukat, müvekkili ile görüşme imkanı bulamazsa ve ondan, gizlice denetlenmeden güvenli talimatlar alamazsa yapacağı yardım anlamını büyük ölçüde yitirir. Halbuki Sözleşme pratikte işleyen ve etkili bir şekilde kullanılabilen hakları garanti altına alma amacını taşımaktadır. Sanık ve avukatının görüşmelerinin gizliliğini güvence altına alan savunma haklarının önemi Avrupa belgeleri dahil olmak üzere değişik uluslararası belge tarafından kabul edilmektedir. Bununla beraber yukarıda belirtildiği gibi eğer iyi bir neden varsa sanığın avukatına ulaşma hakkına kısıtlılıklar getirilebilir. Burada söz konusu olan, yargılamanın bütününe bakıldığında, kısıtlamaların sanığı adil yargılamadan mahrum bırakıp bırakmadığıdır.

Mevcut davada, mahkeme, hükümetten konuya ilişkin ikna edici bir açıklamanın gelmediği koşullarda başvurucu ve avukatlarının yetkililerin duymadığı bir ortamda görüşme yapamadıklarını kabul eder. Mahkeme,

hem hazırlık soruşturması hem de yargılama safhasında getirilen bu sınırlamanın kaçınılmaz sonucunun, başvuruçuyu avukatlarıyla açık bir şekilde konuşmaktan ve onlara savunmasını hazırlamada önemli olacak soruları sormaktan alıkoymak olduğunu kabul etmektedir. Savunma hakları bu nedenle önemli derecede etkilenmiştir.

Mahkeme bu bağlamda, başvuruçunun, avukatlarıyla görüştüğü anda daha önceden ifadeler vermiş olduğunu ve onlarla görüştüğünden sonra da Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki duruşmalarda yeni beyanlarda bulunduğunu gözlemlemiştir. Yanıt vermek zorunda olduğu ciddi suçlamalara yönelik savunmasının etkili olması gerekiyorsa bu ifadelerin birbirleriyle uyumlu olması önemli bir konudur. Buna göre mahkeme, başvuruçunun, avukatlarıyla üçüncü taraflar duymadan görüşme yapmasının gerekli olduğunu düşünmektedir.

Avukatlarla başvuruçunun arasındaki görüşmelerin denetlenmesinin başvuruçunun güvenliği açısından gerekli olduğu yönündeki hükümet itirazına karşı mahkeme, avukatların bizzat başvuruçunun tarafından atandığı ve onların, müvekkillerinin hayatını tehdit etmeleri için nedenleri bulunmadığı görüşünü savunur. Avukatların, bir dizi aramadan geçmeden müvekkilleri ile görüşmelerine izin verilmedi. Bir takım başka önlemlerle birlikte cezaevi görevlilerinin yapacağı gözle denetim başvuruçunun güvenliğini sağlamada yeterli olabilirdi.

Hükümetin ileri sürmüş olduğu başvuruçunun avukatlarıyla özel görüşmemesine ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne bizzat şikayette bulunmadığı savunmasını da mahkeme reddetmektedir. Mahkeme tekrar belirtir ki, Sözleşme tarafından korunan bir haktan yapılan feragat açık bir tavırla yapılmalıdır. Mahkeme, gerçekte, başvuruçunun avukatlarının, müvekkilleri ile yaptıkları görüşmelerde yaşadıkları zorluklara ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne şikayette bulduklarına işaret etmektedir.

Buna göre mahkeme, başvuruçunun avukatlarıyla güvenlik güçlerinin duyamayacakları biçimde görüşmesinin mümkün olmadığını kabul ederek madde 6/3 (c)'de korunan savunma hakkının ihlal edildiğini belirtir.

Savunma avukatlarının ziyaret sayıları ve süreleri. Mahkeme araları yaklaşık iki hafta olan ilk iki ziyaretin ardından başvuruçunun ile avukatları arasındaki ziyaretin birer saatten haftada ikiyle sınırlandırıldığına işaret etmektedir... Mahkeme, mevcut olayda başvuruçuya yöneltilen suçlamalar arasında, *"yasadışı silahlı bir örgüt tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemleri, bu örgütün lideri ve bu eylemlerin esas tahrikçisi olma"* bulunduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme bunun dışında bu denli karışık suçlamaların olağanüstü derecede hacme sahip bir dava dosyası oluşturduğuna işaret etmektedir.

Mahkeme, başvurucunun bu suçlamalara karşı savunmasını hazırlamak için davanın karışıklığına eş yeterlilikte bir hukuksal yardıma ihtiyaç duyduğunu gözönünde bulundurmaktadır. Mahkeme davanın özel koşullarının başvurucuya, böylesine geniş kapsamlı bir davada savunmasını hazırlayabilmesi için avukatlarıyla haftada iki kez birer saat görüş sınırlaması getirilmesini haklı çıkarmadığı görüşündedir.

Hükümetin savunmasında belirtmiş olduğu ziyaretlerin İmralı ve İskele arasındaki deniz araçlarının kalkış saatlerine ve sıklığına göre ayarlandığı savunması konusunda mahkeme, davadaki istisnai güvenlik koşullarından dolayı başvurucunun bir ada hapisanesinde tutulmasını anlayışla karşılıyor olmasına rağmen, ziyaretlerin haftada iki, birer saatlik sayı ve sürelerle kısıtlanması daha az haklı görülebilecek bir durum oluşturmaktadır. Mahkeme işaret etmektedir ki hükümet, avukatlara müvekkillerini neden daha fazla ziyaret etme imkanı tanınmadığı veya neden daha yeterli seyahat araçları tahsis edilmediği ve bununla beraber ziyaretlerin süresinin arttırılmadığı konularında bir açıklama getirmemiştir. Bilinmelidir ki bu tür önlemler, 6. maddede garanti altına alınan hakların etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına almak için sözleşmeciler devletlerin gerçekleştirmek zorunda oldukları gayretin bir parçası durumundadır.

Sonuç olarak mahkeme, başvurucunun avukatlarıyla görüşmelerine sayı ve süre sınırlaması getirilmesinin savunmanın hazırlanmasını zorlaştıran faktörlerden biri olduğunu ve Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen koşullara aykırılık teşkil ettiğini kabul eder.

A. Başvurucunun Dava Dosyasına Ulaşması

Mahkeme, cezaevi görevlilerinin başvurucunun avukatlarına ve başvurucuya dava dosyasından fotokopi verme izni sağlamasının her iki tarafça da kabul edildiğini en başından tespit etmiştir. İddianame başvurucuya resmi kanallardan ulaştırılmıştır. Ancak 2 Haziran 1999 tarihli duruşmada Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucuya iki görevlinin denetiminde dava dosyasını inceleme ve avukatlara belirli bazı dökümanların fotokopilerini iletme izni vermiştir.

Mahkeme, başvurucuya, iddianame dışında dava dosyasının 2 Haziran 1999 tarihine kadar verilmemesinin madde 6/3'le birlikte madde 6/1'de korunan savunma haklarını ihlal edip etmediğini incelemek zorundadır... Bunun dışında söz konusu silahlı örgütte (PKK) sahip olduğu konumdan dolayı başvurucu, iddia makamı tarafından sunulan külliyatlı boyuttaki delillerin savunma ile ilgisini değerlendirebilecek en müktedir kişilerden biri durumundadır. PKK içinde kimin hangi dereceye kadar eylemlerden

sorumluluğu olduğunu belirlemede avukatlarından daha iyi konumlanmış ve daha çok bilgiye sahiptir. Belirtmelidir ki, bizzat gerçekleştirmediği yüzlerce şiddet eyleminin moral sorumluluğu iddia makamı tarafından başvurucuya yüklenmiştir. Eğer iddia makamının delillerine doğrudan ve yeterli bir süre içinde ulaşabilmiş olsaydı avukatlarının kendi yardımı olmadan gerçekleştirdiklerinin dışında savunmasıyla ilgili argümanları ayırt edebilecekti.

Son olarak, başvurucunun avukatlarının, dökümanların sayısının çokluğu ve hacminin büyüklüğü ve ziyaretlerine getirilen sayı ve süre kısıtlaması nedeniyle başvurucuya delillerin önemi hakkında bir değerlendirme sunmalarının engellenmiş olabileceği de hesaba katılmalıdır.

Mahkeme, bundan dolayı, başvurucuya, iddianame dışında, dava dosyasındaki diğer evraklara ulaşmasında uygun bir fırsat tanınmamasının, madde 6/3 (b) ile birlikte madde 6/1'deki koşulların ihlali olarak, savunmanın hazırlanmasında karşılaşılan güçlükleri arttırdığını kabul etmektedir.

B. Başvurucunun Avukatlarının Dava Dosyasına Ulaşması

Mahkeme önündeki bir diğer konu da başvurucunun avukatlarına, müvekkillerinin savunmasını yeterli bir şekilde hazırlayabilmeleri için, dava dosyasına ulaşmada yeterli imkan tanınıp tanınmadığıdır. Başvurucu şu etmenlere dikkat çekmiştir. İddianame sunulduğunda avukatlara dava dosyasının olağanüstü hacmi, fotokopi çekmede karşılaşılan güçlükler ve özel güvenlik tedbirleri nedeniyle meydana gelen pratik zorluklar. Diğer yandan hükümet, başvurucunun avukatlarının savunmalarını hazırlamada ilgili gördükleri tüm dökümanların fotokopilerine ulaşabildikleri savunmasında bulunmuştur... Mahkeme iddianamenin başvurucuya ve avukatlarına 24 Nisan 1999 tarihinde verildiğini saptamıştır. Avukatlar mahkeme dosyasına 7 Mayıs 1999 günü ulaşabilmişlerdir, ancak kendilerine bir kopyası verilmemiştir. Avukatlar evrakların fotokopisini çekme işlemini 15 Mayıs 1999'da tamamlamıştır. Dava dosyasının tamamına bu tarihten sonra sahip olmuşlardır. İki hafta sonra 31 Mayıs 1999'da Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki duruşmalar başlamıştır. Başvurucunun avukatlarından 23 Haziran 1999'da gerçekleştirilen 8. celsede son savunmalarını iddia makamının mütalaasına karşı yapmaları istenmiştir... Mevcut davada başvurucunun avukatları 17.000 sayfalık dava dosyasını duruşmalar başlamadan yaklaşık iki hafta önce almıştır. Ziyaretlerindeki sayı ve süre kısıtlamalarının dosyadaki evrakları müvekkillerine 2 Haziran 1999'dan önce bildirmelerini ya da onu dosyanın incelenmesi ve analizi sürecine katabilmelerini imkansız kılması nedeniyle başvurucunun avukatları kendilerini savunma hazırla-

mayı özellikle güçleştiren bir konumda buldular. Yargılama işlemlerindeki sonraki gelişmeler bu güçlükleri aşmalarına izin vermedi; yargılama hızla devam etti; duruşmalar ara vermeksizin devam etti ve 8 Haziran 1999'da sona erdi ve başvuru sahiplerinin avukatlarına duruşmalarda konulanlar dahil olmak üzere dosyadaki deliller hakkında son sunumlarını yapabilmeleri için 23 Haziran 1999 tarihine kadar süre verildi.

Mahkeme, başvuru sahiplerinin avukatlarının dava dosyasına ulaşmalarına geç bir tarihe kadar izin verilmemesinin savunmanın karşılaştığı yukarıda belirtilen güçlükleri katladığını, bunun da, başvuru sahiplerinin, bir sanık olarak 6. madde kapsamında sahibi olduğu savunma haklarını kullanmasını güçleştirdiğini kabul etmektedir. (Öcalan/Türkiye, 2003)

Sanığın kimliği nedeniyle bu karar ülkemizde çok tartışılmış ve özellikle hukukçu olmayanların tepkileriyle karşılanmıştır. Oysa konumuzu doğrudan ilgilendiren bölümlerini aktardığımız kararın bütünü, AİHM'nin önceki yıllarda aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bir çok ülkeyle ilgili olarak verdiği kararların derlemesi niteliğindedir.

Avrupa hukukunun gelişimine katkı sağlamak için mahkeme, önceki içtihatlarını ileriye doğru geliştirmek zorundadır. Bu kararın bizce önemli yönlerinden birisi de, mahkemenin, dava dosyasına ve kanıtlara, sanığın ve avukatının ulaşım olanaklarını ayrı başlıklar altında değerlendirmesidir. Sözleşme'nin öngördüğü güvenceler, hiç kuşku yok ki, öncelikle "sanık" konumundaki kişiler için geçerlidir. Ancak herhangi bir sanığın savunmasını üstlenen avukatlar, bu görevi almakla birlikte, artık, temsil ettikleri kişilerden de bağımsız bir kurum durumuna gelmektedirler. Mahkemenin savunma hakkının bağımsızlığını gözeterek avukatların çalışma olanaklarını bu ölçüler içerisinde değerlendirmesi önemli bir gelişmedir.

IV. SAVUNMAN DOKUNULMAZLIĞI

AİHS'de, savunman dokunulmazlığı anlamına gelecek bir kural bulunmamaktadır. Ancak yukarıdaki çeşitli bölümlerde de değindiğimiz gibi, AİHM bir çok kararında avukatın hak ve yetkilerini temsil ettikleri kişilerden bağımsız bir biçimde değerlendirme eğiliminde olmuştur.

Aşağıda, avukatları çok yakından ilgilendirdiğini düşündüğümüz iki konudaki AİHM'nin değerlendirmeleri üzerinde duracağız:

1. Avukat Bürosunun Aranması

AİHS'nin 8. maddesinde savunulan özel yaşam güvenceleri arasında konut dokunulmazlığı da yer alıyor. Mahkeme'ye göre "yaşanılan bütün

yerler, 'hatta' gelecekte içinde yaşanmak üzere" hazırlanıp korunan taşınmazlar, konut dokunulmazlığı kapsamında değerlendiriliyor (Gillow/İngiltere, 1986).

Acaba işyerleri de konut dokunulmazlığı içerisinde düşünülebilir mi? 1985 yılında Almanya'da Bunte Liste adlı siyasi partinin Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu adına Klaus Wagner adıyla ve posta yoluyla Freising Mahkemesi başkanına gönderilen faks mektubunu izleyen olaylar, Niemietz adlı avukatın bürosunun aranmasına gerekçe gösterildi. Mektupta, çalıştırdığı işçilerin ücretlerinden Kilise Vergisi'ni kesmesine karşın kilise'ye yatırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin yargılandığı davadaki tutumu nedeniyle davaya bakan yargıç eleştiriliyordu. Mektupta, gönderenin adresi olarak yalnız bir posta kutusu numarası vardı.

Avukat Niemietz, Bunte Liste'nin il başkanlığını yaptığı halde Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu'nun üyesi değildi. Ancak onların kilisenin gücünü kırmaya yönelik çalışmalarını destekliyordu. Bazı eylemlerine de katılmıştı. 1985 yılı sonuna kadar, Bunte Liste partisi adına gönderilen mektuplar, Avukat Niemietz'in ve birlikte çalıştığı arkadaşının bürosuna getiriliyordu.

Münih Mahkemesi, yargıca hakaret suçlaması nedeniyle Klaus Wagner hakkında soruşturma açılması istemiyle savcılığa suç duyurusunda bulundu. Ancak savcılık bildirimleri, bulunamadığı için sanığa tebliğ olunamadı. Niemietz'in iş ortağı da bu konuda bilgi vermekten kaçındı.

Soruşturmadaki tıkanıklığı aşmak için Münih Mahkemesi, Wagner hakkındaki bilgilerin elde edilebilmesi ve suç ortaklarının saptanması amacıyla Niemietz'in avukatlık bürosunun aranmasına karar verdi.

13 Kasım 1986 sabahı avukatlık bürosuna gelen savcılık görevlileri ve polis, her iki avukatın da hazır bulunduğu sırada, saat 09:30'da başlayıp 10:30'da bitirdikleri arama sırasında, avukatın müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmeceyi ve altı özel klasörü incelediler. Ayrıca avukatın müvekkillerin adlarının yazılı olduğu rehberde baktılar.

Sonuçta arama konusuyla ilgili bir kanıt elde edemedikleri için herhangi bir belgeye el koymadan, tutanak düzenleyip bürodan ayrıldılar.

Avukat Niemietz, son aşamada Anayasa Mahkemesi'nden de geçen iç hukuk yollarına yönelttiği yakınmalarından bir sonuç alınamayınca, konu AİHM'nin çözümüne sunuldu.

Mahkeme, Alman Hükümeti'nin Sözleşme'nin 8. maddesinin konutlarla ilgili olması nedeniyle işyerlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine ilişkin savunmasını, "...olayda özel yaşama, konuta ve haberleşmeye yönelik bir müdahalenin varlığı..." nedeniyle yerinde bulmadı. Yerel mahkemenin

arama kararındaki “...mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara el konulması...” yolundaki çok geniş yetkilerin “...Alman hukukunun avukat bürolarının aranması sırasında bir gözlemci bulundurulması gibi yönetsel güvenceler içermemesi nedeniyle,” orantısız bulundu. Aranılan kişinin hukukçu kimliği gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği taşıdığı, bu durumun da Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi, başvuru konusunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak nitelendi. (Niemiets/Almanya, 1992)

Davaya konu olaylar, başvuru avukatının mesleki etkinlikleri ile doğrudan ilgili bulunmuyor. Ceza yargıcına hakaret ettiği gerekçesiyle aranan kişi, avukatın müvekkili de değil. Kimliği hakkında ayrıntılı bilgiler saptanamayan sanık ile avukat arasındaki ilişki, ancak aynı siyasal görüşleri paylaşmaktan ileri gelen bir dayanışma olabilir. Olayda avukata yönelik bir suçlama da yok.

AİHM, bir mahkeme kararına dayalı da olsa, avukatlık bürolarının gelişigüzel aranamayacağını vurguluyor. Güvenin, gizliliğin öne çıktığı adli birimler olarak nitelediği avukatlık bürolarının ayrıcalıklı konumunu, avukatlık mesleğinin özellikleriyle açıklıyor.

Niemiets kararı kimi araştırmacılar tarafından, mahkemenin işyerlerini de Sözleşme’nin 8. maddesindeki konut dokunulmazlığı kapsamına aldığı biçiminde yorumlandı. Yukarıdaki gerekçeler karşısında şimdilik böyle bir genellemeye katılma olanağı bulamıyoruz. Avukatlık büroları, özel yaşamların tortulandığı alanlar. Belki zaman içerisinde gizliliğin öne çıktığı benzer mesleklerin işyerleri de, Sözleşme’nin 6. maddesiyle bağlantı kurulmaksızın, 8. madde kapsamında değerlendirilebileceklerdir. Ancak Niemiets kararından yola çıkarak, mahkemenin bütün işyerlerini konut dokunulmazlığı içinde değerlendireceğini ileri sürmek, şimdilik doğru bir yönlendirme olmayacaktır.

2. Mahkemece Suçlanan Savunmanın Yargılanması

Avukat Kyprianu, Asliye Ceza Mahkemesi’nde yargılanan bir sanığın savunmanlığını üstlenmişti. Dinlenmekte olan bir tanığın çapraz sorgulanması sırasında tanığa bazı sorular yöneltilmesi, yargıçların olumsuz tutumu ile engellendi. Bu müdahale nedeniyle çok gerginleşen avukat, ayrılmayı düşündü. Ancak böyle bir davranışın savunmanlığını aldığı sanığın zararına olabileceği görüşüyle üzerinde durduğu konuları açıklayabilmek için

mahkemenin kendisine bir kez daha olanak tanınmasını istedi. Yargıçların, bu girişimi de geri çevirmeleri üzerine aralarında sert tartışmalar çıktı. Aynı yargıçlar, mahkemenin saygınlığına aykırı düşen davranışları nedeniyle suçlu buldukları Avukat Kyprianou'ya beş gün hapis cezası verdiler. Sanık savunmanı olarak girdiği mahkeme salonundan mahkum olarak ayrılan avukatın üst mahkemeye yönelttiği itirazları sonuç vermedi ve kararlaştırılan hapis cezası onanarak kesinleşti.

AİHM bu olayı, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1, 2 ve 3/a bentleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirdi.

Mahkemeye göre, ceza mahkemesi önünde görülmekte olan bir davada savunma görevini yerine getiren avukatın, yargıçları küçümseyerek hakaret oluşturan davranışlar içerisine girmesinin, Sözleşme'nin 6. maddesinde korunan adil yargılanma güvenceleri kapsamında bulunmadığı tartışılmayacak kadar açıktır. Duruşma sırasında çıkan olaylar nedeniyle kendilerinin taraf konumunda bulduklarını ve yansız kalamayacaklarını ve düşünmeyen yerel mahkeme, yargıçları objektif değerlendirmeler yaptıkları inancıyla sanığı cezalandırmışlardır. Mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi yargıçlarının aralarında geçen tartışmanın yarattığı gerginlik nedeniyle sanığa karşı yansızlıklarını koruyamadıklarını gözlemiştir. Mahkemenin uyarı, disiplin yaptırımı gibi yatıştırıcı yöntemlerle gerilimi giderme olanağı varken cezalandırdığı avukatı alelacele cezaevine göndermesi bu ölçüsüz tutumun kanıtıdır. Davanın yeniden görülmesini sağlamak yerine yalnız hukuksal değerlendirmelerle yetinen Üst mahkemenin tutumu da Sözleşme'ye aykırılığın sürdürülmesi yönünde olmuştur. Başvurucunun temyizi de hapis cezasını önleyemediğinden, olayda mahkemenin yansızlığı yönünden Sözleşme ihlal edilmiştir.

Aralarında geçen tartışma nedeniyle ceza mahkemesi, yargıçları, karşılarındaki avukatın kendilerine karşı suç işlediği yargısına varmışlardır. Bu önyargı nedeniyle, doğrudan mahkum ettikleri kişiye özgürlüğünü koruyabilmesi için savunma hakkı bile tanımamışlardır. Kararın kesinleşmesi beklenmeksizin hapis cezası uygulanmıştır. Yerel mahkemenin bu tutumu, AİHM'ce, sanığın "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmaz bulunmuştur.

Avukat Kyprianou, hakkında açılmış bir ceza davası yokken yargılanıp mahkum edilmiştir. Yerel ceza mahkemesi, ne ile suçlandığını bile kendisine bildirmeden kararını vermiştir. Böylece sanık, kendisini savunabilmek için yeterli zaman bulamamıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 6/3 (a) bendi de ihlal edilmiştir. (Kyprianou/Kıbrıs, 2004)

Bir çok ülkenin yasalarında, mahkemenin yargılama düzenini bozan, olay çıkaran kişilerin davaya bakan yargıçlarca cezalandırılıp tutuklanabi-

leceklerine ilişkin yaptırım ve yöntem kuralları bulunabilmektedir. Kyprianou olayında izlendiği gibi, zaman zaman avukatlar da bu tür dengesiz uygulamaların mağduru olabilmektedirler. AİHM'nin yukarıda özetlenen kararı, asıl davaya bakan mahkeme ile, duruşmanın düzenini bozan kişilerin yargılanacakları mahkemelerin birbirinden ayrılmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Böylece kişilerin yargılandıklarının bile ayırđına varamadan, ne ile suçlandıklarını bilmeden, savunma olanağı bulmadan ön yargılı mahkemelerce cezalandırılmalarının hukuka aykırılığı somut biçimde ortaya konulmuş oldu. Sorumlu Hükümet'in ödemek zorunda kaldığı yargılama giderleri ve 15.000 Euro manevi giderimin Avukat Kyprianou'nun yitirdiklerini karşılamaya yeterli gelmeyeceğini biliyoruz. Ancak kendi adını taşıyan böylesine yol gösterici bir kararın gerçekleşmesini sağlamak, gelecekte de anımsanacak önemli bir başarıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AİHM kararlarının Türkçe çevirileri için aşağıda belirtilen yayınlardan yararlanılmıştır. Bazı kararlar da Avrupa Konseyi'nce dönemsel olarak yayınlanan Bülten'den özetlenerek alınmıştır.

DİNÇ, Güney, *İnsan Haklarına Uzanmak*, Say Yayınları, İstanbul, 1986.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı, Ankara 2003.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 3, İstanbul Barosu, İstanbul, 2000.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 2, İstanbul Barosu, İstanbul, 1998.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 3, İstanbul Barosu, İstanbul, 1998.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi*, (1960-1994), İstanbul Barosu, İstanbul, 1999.

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Hukuk ve Toplum Dergisi, İstanbul 2003.

KILKELLY, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.

MOLE, Nuala - HARBY, Katharina, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE KİŞİ ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİĞİ

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ*

A. GİRİŞ

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına şöyle bir ekleme yapılmıştır: *"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"*.¹ Bu düzenlemeyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile eki olan protokollerin ve Sözleşme'nin yorumcusu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararının dikkate alınması hususu bir kez daha önem kazanmıştır.² O nedenle, iç hukuktaki düzenlemelerde yer alan kavramların iç hukuktaki anlamları önemli olmakla beraber, çelişki çıkması halinde Sözleşme'deki anlamı ve dolayısıyla Sözleşme'deki anlamını belirleyen AİHM kararındaki değerlendirmenin göz önünde bulundurulması gerekir. Zaten ülkemizde yukarıda belirttiğimiz 5170 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki yasayla Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile, temel hak ve özgürlüklerle ilgili Sözleşme hükümleri ile yasalar arasında ortaya çıkacak uyumsuzluk halinde Sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirtmesi nedeniyle, bu

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Fıkranın son cümlesi 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'nın 7 (i) maddesiyle eklenmiştir (Ek: 7.5.2004-5170/7 md).

² Anayasa'nın 90. maddesi şu biçimi almıştır: 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

tür Sözleşme hükümlerinin önemi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Bu durumda, sadece iç hukukumuzun değil, temel haklarla ilgili Sözleşme hükümleri ile, Sözleşme’de yer alan kavram ve kurumların Sözleşme organı tarafından yapılan yorumunun da dikkate alınması zorunluluğu doğmuştur. Zira, Anayasa’da gerçekleştirilen bu düzenlemeden önce konu çeşitli biçimlerde tartışılıyordu. Yeni düzenleme bir bakıma bu tartışma ve tereddütlere son vermeyi amaçlamıştır.³ Diğer tüm özgürlüklerin kullanılması bakımından çok önemli bir yere sahip olan Kişi Özgürlük ve Güvenliğinin AİHS’de yer alışı ve Sözleşme organlarının bu kavramlara verdikleri anlamların bilinmesindeki zorunluluk nedeniyle bu yazının kaleme alınmasında yarar görülmüştür.

B. KAVRAM

Kişi özgürlük ve güvenliği kavramları yakın bağlantıları nedeniyle birlikte kullanılmaktalar. Kişi özgürlük ve güvenliğinin günümüzde kavuşturduğu güvencelerine kolaylıkla ulaşılamamıştır; bunlar tüm diğer özgürlüklerde olduğu gibi, belli bir mücadele sonucu elde edilmiştir. Bunların güvenceye bağlanmasındaki zorlukları ifade etmek üzere tarihi “*trajik*” olarak nitelenmektedir.⁴ Bu özgürlük ve güvenliğin tarihi insanlık tarihi kadar eskidir; ancak halen iyileştirmelerle ilgili çabalara son verilememiş olduğundan, çeşitli ülkelerde ağır ihlaller olduğuna tanık olunmaktadır. Dahası, kişi özgürlük ve güvenliğinin tek başına korunması değil, “*tüm özgürlüklerin temeli*”⁵ ve “*bir temel insan hakkı*”⁶ oldukları için tüm ulusal ve uluslararası metinlerde yer almaktadırlar. Örneğin; 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi’nin 3. maddesi,⁷ 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 9. maddesi,⁸ Afrika Şartı’nın 6. maddesi,

Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk Kanunları’na 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 başvurulamaz. (Ek:7.5.2004-5170/7 md.) 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.

³ 5170 sayılı Yasa’nın Anayasa Komisyonu’nun 7. madde gerekçesi şöyledir: 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.

Amerikan Bildirisi'nin 1. maddesi, Amerikan Sözleşmesi'nin 7. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi konuyu düzenlemişler; Anayasa'nın 19. maddesinde konuyla ilgili düzenleme getirmiştir. Görüldüğü gibi kişi özgürlük ve güvenliğine ulusal ve uluslararası metinlerde birlikte yer verilmiştir.

Bu iki kavramın birlikte ve yan yana kullanılmasının özel bir anlamı vardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) göre, kişi özgürlük ve güvenliği deyimleri ayrı ayrı değil, "bir bütün olarak alınıp anlaşılmalıdır; 'güvenlik' kelimesi özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder."⁹ Komisyon'a göre, güvenlik hakkının mutlak olmasına karşın, özgürlük hakkı mutlak olmayıp, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) ila (f) bentleri gereğince sınırlanabilir.¹⁰ Kişi güvenliği, özgürlük kısıtlamasıyla tehlikeye gireceğinden, özgürlük kısıtlamasında keyfilik önleyici düzenlemeler öngörülmektedir. Çünkü yasal olmayan her özgürlük kısıtlamasının güvenliği tehdit edeceği karinesi mevcut olduğu gibi, özgürlük kısıtlamasının devamına ilişkin her kararın da yasaya uygun olması gerekir. Bu nedenle kişi güvenliğinin sağlanmış sayılabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesi kapsamında alınacak her kararın, ulusal mevzuatta önceden öngörülen koşullara hem şekil hem de esas (öz) bakımından uygun olması; yani kararların yasal olması gerekir.¹¹ Dolayısıyla "güvenlik" kavramı ile keyfilik arasında yakın bağlantıdan söz edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), bir davada, "keyfilik" kavramı ile "güvenlik hakkı"nın aralarındaki bağlantı nedeniyle, bunları birlikte ele almıştır. Olaya göre, esasen bir suçlunun geri verilmesi işlemi olması gerekirken, "yabancı birinin sınır dışı edilmesi" gerekçesi ve etiketi altında yapılmasının söz konusu olduğu bir davada Mahkeme, "burada çözümü gereken asıl mesele davaya konu teşkil eden 'tutuklama' olayının 'yasanın öngördüğü usule' riayet de dahil olmak üzere,

⁴ Colliard, A.C., *Libertés Publiques*, Dalloz 1959, s. 172.

⁵ Gözübüyük, A. Ş. - Gölçüklü, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 221.

⁶ *Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim Yayını, Çev. Fadıl Ahmet Tamer-Erol Kaplan, İstanbul 2000, s. 65.

⁷ 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi'nin 3. maddesine göre, "yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır."

⁸ 1966 tarihli Sözleşme'nin 9. maddesine göre, "herkesin kişi özgürlük ve güvenliğine hakkı vardır."

⁹ Kom. K., *Doğu Afrikalı Aşyahılar*, Yirmi Beş Başvuru / İngiltere, 10.10.1970, No: 4403/70 ve ötekiler; Benzer kararlar için bkz., Gözübüyük - Gölçüklü, s. 223.

¹⁰ Kom. R., Kamma/Hollanda, 14.7.1974, No: 4771/71; Gözübüyük - Gölçüklü, 2003, s. 223.

¹¹ (Kom. K., *Philip Burnett AGEE* / İngiltere, 17.12.1976, No: 7729/76; Kama/Hollanda; Dyer/Hollanda, 9.10.1984, No: 10475/83; Gözübüyük - Gölçüklü, 2003, s. 223.

'normlara uygun' bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda, esas itibarıyla, ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve ulusal mevzuatın koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de, bunun yanında fazla olarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5. madde ile güdülen amaca uygun olmasını da istemektedir. Bu amaç da bireyi keyfiliğe karşı korumaktır" demiştir.¹² Mahkeme kararlarında sadece özgürlük hakkını değil, aynı zamanda güvenlik hakkını da göz önünde bulundurmaktadır.¹³

Görüldüğü gibi, kişi özgürlük ve güvenliği, ikisi birlikte, kişinin yasayla belirli ve sınırlı haller dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması demektir.¹⁴ Bu iki hakkın diğer hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemleri nedeniyle, bunlara "hakların garantisi",¹⁵ "koruyucu haklar"¹⁶ denmektedir. Komisyon'a göre "özgürlük" ve "güvenlik" bir bütün teşkil etmekte olduğundan;¹⁷ Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan "özgürlük" kavramını "güvenlik gibi anlamak zorunludur".¹⁸ Anayasa Mahkemesi de, kişi güvenliğini kişi özgürlüğünün özel bir türü olarak nitelemiştir.¹⁹

Ancak yakın bağlantılarına rağmen iki kavram arasında farklılıklar olduğu da kuşkusuzdur. Bu nedenle iki kavramı ayrı alt başlıklar altında irdelemek gerekir. Önce kişi özgürlüğü, sonra kişi güvenliği kavramlarının çerçevelerini çizmeye çalışacağım.

1. Kişi Özgürlüğü

Özgürlükten mahrumiyet üzerine, aile hayatı ve özel hayat, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi bir çok hak ve özgürlükten yararlanabilme doğrudan olumsuz biçimde etkilenmektedir. Demokratik toplumlar özgürlüklere büyük önem veren rejimler olduklarından, diğer tüm özgürlüklerin kullanımındaki öneminden dolayı kişi özgürlüğü büyük öneme sahiptir.

¹² Mahkeme Kararı, Bozano/Fransa kararı; benzeri kararlar için bkz., Kurt/Türkiye, 25.5.1998; Çakıcı/Türkiye, 8.7.1999; Akdeniz/Türkiye, 31.5.2001; Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹³ Mahkeme'nin 18.12.1986 tarihli kararı, Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹⁴ Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990, s. 60.

¹⁵ Rousseau, *Mementos, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris 1956, s. 6.

¹⁶ Gözübüyük, A.Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 1989, s.156.

¹⁷ Requête, No:5573/72 ve 5670/72, D. R., 7-p. 5; Aktaran Alderson, J., *İnsan Hakları ve Polis*, Kuntbay, Ç. İhsan, TODAİE Yayını, Ankara 1984, s. 38.

¹⁸ Commission, Déc. Du 11 Octobre 1973, Ref. No:5302/71, Rec.no:44, s.29; Bkz., Ergec, R., *Protéction Internationale et Europeenne des Droits L'Homme, le Droit a' la liberté et a' la sûreté suppléant a' l'université libre de Bruxelles*, 2é édition, 1987, 1988/1, s. 15, No: 34.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, AMKD, Sayı: 22, s. 364.

Bir yazar, “özgürlük, keyfilğe ve adaletsizliğe direnme cesaretiyle başlar, hukukun kurumsallaşması yoluyla demokratik bir rejime dönüşür” demektedir.²⁰ Demek ki özgürlükten bahsedebilmek için, demokratik bir rejimin olması gerekir. Ancak demokratik bir rejimde kişi özgürlüğü ve diğer özgürlüklerden söz edilebilir.

Kişi özgürlüğü, özgürlüklerin tümünün hukuki güvencesi olarak kabul edilmekte ve bireye güvence vermektedir; bu güvencelerin başında iktidar sahiplerinin yetkilerini kötüye kullanmalarına engel olunması suretiyle kişiye gerçek koruma sağlanması gelir.²¹ Böylesine önemli bir özgürlüğün dar yorumu yoluyla uygulanmasının savunulduğu görülmekte ise de,²² kavramın kişi özgürlüklerinin tümünü kapsayacak biçimde geniş yorumlandığı da görülmektedir. Bu sonuncu yaklaşımda Fransız Anayasa Konseyi, kişi özgürlüğünü, “güvenlik”, “özel yaşam ve konut özgürlüğü” ile “bazı sınırlamalarla kişinin gidip gelme (hareket özgürlüğü) ve yabancıların ülkeye giriş ve çıkışlarını” da kapsayacak biçimde geniş tutmuştur. Fransa’da Anayasa Konseyi’nin bu yorum tarzının Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin içtihatlarını etkilediği görülmektedir.²³

Kişi özgürlüğü ile kişisel özgürlük ayırımı yapılmakla birlikte; bunlardan birincisi kişinin kamu iktidarları karşısında koruma görmesi iken, ikincisi kamu organları dışında kalan kişi ve guruplara karşı korunmayı da öngörmektedir.²⁴

Kişi özgürlüğü kavramının öğretide çeşitli tanımları yapılmaktadır. Gölcüklü’ye göre²⁵ kişi özgürlüğü, “kişinin fizik yahut beden özgürlüğü; diğer bir deyimle, kişinin fizik mekân içinde gidip gelme, yer değiştirme serbestisidir”; Jeze’ye²⁶ göre, “her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği istikamette icra etmek hakkıdır”. Kişi özgürlüğü, kişinin yasaya/Anayasa’ya aykırı olarak yakalanamama ve tutuklanamaması demektir.²⁷ Kişi özgürlüğü,

²⁰ Doğu, Ergil, “Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından”, *İnsan Hakları ve Güvenlik*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2001, s. 116.

²¹ Roche, Jean - Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s. 86.

²² Fransa’da CMUK’un 136. maddesinin uygulanması için Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1964-1965 yıllarında Kişi Özgürlüğünü sadece “ikametgah” ve “güvenliğin yeniden elde edilmesi” olarak yorumladıkları görülmektedir. Roche - Pouille, s. 86.

²³ Fransız Anayasa Konseyi’nin 12 Eylül 1977 tarihli kararı için bkz., Roche-Pouille, s. 86.

²⁴ Bkz., Roche-Pouille, s. 87’de Fransa Anayasa Konseyi’nin 25 Temmuz 1989 tarihli kararı.

²⁵ Gölcüklü, Feyyaz, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Hukusal Kolokyum*, Ankara 1992, s.38.

²⁶ Jeze, Gaston, *Ferdî Hürriyetler, AÜHFM*, Cilt: 3, Sayı: 1, 1946, s. 216.

²⁷ Favoreu, Luis - Gaia, Patrick - Ghevontian, Richard - Mestre, Jean Louis - Pfersmann, Otto - Roux, André - Scoffoni, Guy (Favoreu ve diğerleri olarak geçecek): *Droit Constitutionnel*, Dalloz 2000, s. 850.

bireyin temel hakkı olması nedeniyle, keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı kişinin korunmasını amaçlamaktadır. Kişinin serbest hareket etmesini engelleyen tüm keyfilikler karşısında korunmasının zorunluluğu, O'nun sadece gidip-gelme özgürlüğünün korunması şeklinde değil, aynı zamanda, "özel yaşamına saygı", "konut dokunulmazlığı", "haberleşme özgürlüğü" ve "evlenme özgürlüğünü" de içine almaktadır. Dolayısıyla kişi özgürlüğü, kişinin haklarının tümünün bir arada değerlendirildiği bir birliğe doğru yöneliş halindedir.²⁸ Kişi özgürlüğünün önemi nedeniyle, Fransız devriminden beri, modern demokratik devletlerde artık bu özgürlüğe rasgele ilişilememektedir; o tarihten itibaren kişi özgürlüğü parlamento tarafından ve yasama yoluyla tespit edilerek sınırları çizilmiş durumlar dışında kişinin kendi faaliyetini istediği gibi ve istediği yönde kontrol altında tutabilme serbestliği olarak algılanmaktadır.²⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı başlıklı 5. maddesine göre:

"1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a. Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b. Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması;

c. Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutuklu durumda bulundurulması;

d. Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması;

e. Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması;

f. Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması;

²⁸ Favoreu ve diğerleri, s. 850.

²⁹ Jeze, *agm.*, s. 218 vd.; benzeri değerlendirme için bkz., *La Grande Encyclopédie*, Paris, Cilt: 14, s.309, Sütun: 2.

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1 c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir....

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 4 numaralı protokolün "borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı" başlıklı 1. maddesine göre "hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."³⁰

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesinde de yer alan prensibin metinde yer alışı şöyledir: "Herkesin yaşama ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır."

2. Kişi Güvenliği

Kişi güvenliği, 1789 tarihli Fransız Bildirisi'nin 7, 8 ve 9. maddelerinde "tabii hak" olarak düzenlenmiştir. Düzenlemelerin amacı, bir hukuk devletinde bireyin hem diğer kişilere hem de devlete karşı fiziki ve moral bakımlarından korunmasını güvence altına almaktır. Güvenlik sayesinde birey, bedensel bütünlüğe, fiziksel özgürlüğe kavuşabilir. Bunun sağlanabilmesi için ceza ve Ceza Usul Yasaları'nda hukuk devleti ilkelerine uygun düzenlemelerin yer alması gerekir. Bu nedenle Fransız hukukunda, kişi özgürlüğünün ve dolayısıyla kişi güvenliğinin idari otoritelere karşı korunmasında, bekçiliğin adli yargıca verildiği ifade edilmektedir.³¹

³⁰ Aynı düzenleme Anayasa'nın 38. maddesinde (Ek: 3.10.2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca Sözleşme'den doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz şeklinde düzenlenmiştir.

³¹ Roche, Jean - Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s. 87; Mukayeseli hukukta yakalama ve gözaltına alma konusunda geniş bilgi için bkz., Şahin, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 54-100.

Bir görüşe göre kişi güvenliğinin prensipleri olarak; kişinin keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı korunması, vücut bütünlüğüne zarar veren davranış ve cezaların yasak olması üzerinde durulması gerekir.³²

Bir başka yaklaşıma göre kişi güvenliği, kişi özgürlüğüne benziyor. Bu yakın ve benzer oluş nedeniyle ikisi birlikte “*habeas corpus*” olarak niteleniyor.³³ Kişi güvenliğinin 1789 Bildirisi’nin bir kazanımı olduğu kuşkusuzdur. Çünkü, kişi güvenliği, eski rejimin keyfiliklerine karşı reaksiyon olarak yürütme organına karşı korunmaya alınmıştır. İngiliz hukuku kökenli “*habeas corpus*”un etkisiyle Fransız hukukuna devrim sonucu giren kişi güvenliği, ceza yasalarının geriye yürümezliği, savunma hakkının temel hak oluşu ve masumluk(suçsuzluk) karinesinin tanındığı, kişi özgürlüğünü koruyan temel değerleri içerir. Bu değerler 1958 tarihli Fransız Anayasası’nın girişinde yer almakla anayasallık bloğuna dahil edilmişlerdir.³⁴

Güvenlik kavramı kendine özgü bir anlama sahip olmayıp, özgürlükle bağlantılı olarak anlaşılmaktadır.³⁵ Kişi güvenliği, “*insanın zamanaşımına uğramayan tabii hakları*” arasında kabul edilmektedir.³⁶

Habeas Corpus prensibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde yer almaktadır; “*yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının Yasa’ya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*”

Kişi özgürlüğüne getirilen ve özgürlükten mahrumiyeti sağlayan hususların da keyfi olmaması, hukuk güvencesinde olması gerekir. Bir başka deyişle, gözaltına alma, yakalama, tutuklama, bir yere kapatma gibi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan tüm işlemlerin hukuka uygun da olması gerekir. İşte tüm bu işlemlerde keyfiliğin önlenmesi kişi güvenliğinin sağlanması ile mümkündür.

Demek ki kişi özgürlüğü sadece yasada sayılan nedenlerle sınırlanabilir. Özgürlükten mahrumiyetin keyfiliğini engelleyecek güvencelerin bulunması ve özgürlükten mahrumiyete karşı bireye haklar tanınması gerekir.

³² Roche, Jean-Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s.87.

³³ Habeas Corpus kuralı, özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu kısıtlamanın yasaya uygun olup olmadığını ve serbest bırakılmayı isteme hakkını ifade etmektedir. Gözübüyük - Gölçüklü, 2003, s. 241 vd.; Şahbaz, 1994, s. 23 vd.; Favoreu ve diğerleri, s. 850.

³⁴ Rémy Cabrillac - Marie Anne Frison - Roche Thierry Revet, *Libertés et Droits Fondamentaux*, 7. édition, Dalloz 2001, s. 323 vd.

³⁵ Reisoğlu, S., *Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 96.

³⁶ Jean - Marie Pontier, *Droits Fontamenteaux et Libertés Publiques*, Paris 2001, s. 86.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE KONUyla İLGİLİ İÇTİHATLAR

Konu AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Madde sadece yalalama ve tutuklamaya karşı koruma getirmekte olup, kişinin hareket özgürlüğünü güvenceye almaktadır.³⁷ Bu nedenle, ağır olmayan disiplin suçları ile ilgili uygulamanın madde kapsamında olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁸ Özgürlükten yoksun kılmanın yasaya dayanması gerekir. Çünkü Sözleşme'nin 5/1. maddesinde "*Yasa'da gösterilen durumlar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*" denmektedir. AİHM'ye göre iç hukuku yorumlamak öncelikli olarak ilgili devlet yargı organlarına aittir. Ancak, iç hukuka uygun hareket edilmemesi Sözleşme'nin ihlali sonucuna yol açacağından, AİHM'nin dolaylı olarak işlemin iç hukuka uygun olup olmadığını da denetlemesi gerekmektedir. Zira 5. maddenin amacı, bu maddede yer alan düzenlemeye karşı kötüye kullanma ve keyfiliğe engel olunmasını sağlamak olduğundan, AİHM, yapılan işlemin iç hukukla uyumluluğunu incelerken, o işlemin dayanağı olan iç mevzuatın da Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim AİHM bir kararında,³⁹ başvuru hakkında uygulanan ve kişinin özgürlüğünü kısıtlayan yasanın belirsizliği ve bununla bağlantılı güvensizlik nedeniyle, 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında (a-f bentleri arasında) belirtilen hallerde özgürlükten yoksun bırakma hukuka uygun, bunların dışındaki hallerde ise hukuka aykırı sayılır.

1. Özgürlükten Yoksun Kılmanın Hukuka Uygun Olduğu Durumlar

Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğü, buna aykırı davranılması halinde ilgiliye birtakım haklar vermektedir. Maddenin ilk üç fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olarak alınan kararlarla ilgili olarak AİHM içtihatlarında, tutmanın/tutukluluğun yasallı-

³⁷ Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, 208.

³⁸ AİHM kararında askeri disiplinle ilgili "hafif göz hapsi" ile "sıkı göz hapsini" 5. maddeye aykırı bulmazken, "ağır göz hapsi" (Sözleşme'de yer alan meşru kısıtlama nedenleri arasında yer almadığı gerekçesi) ile "oda hapsini" aykırı bulmuştur; Engel ve diğerleri, 8.6.1976.; bu kararda asker kişiye verilen 24 saatlik hapis süresinin 30 saatten fazla olarak uygulanması ihlal olarak kabul edilmiştir; Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatları I*, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003, s. 137 vd.

³⁹ Arrowsmith/İngiltere

ğı ve usule uygunluğu kavramları konusunda ulusal mahkemelere geniş takdir alanı bırakmakla beraber, yine de Sözleşme'ye uygunluğu üzerinde durmaktadır.⁴⁰ Örneğin; Sözleşme'nin 5/1. maddesinde yer alan özgürlükten yoksun bırakılma halleri sınırlı sayıda olduğundan, kişinin bu haller dışındaki bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün değildir. Özgürlükten yoksunluk hallerinin istisnai oluşu nedeniyle, getirilecek sınırlamaların geniş yorumlamaya elverişli olmayıp, dar yorumlanmaları gerekir.⁴¹

AİHM, mahkemece verilen derhal salıverme kararına karşın, salıvermeyle ilgili işlemler nedeniyle salıvermenin on bir saat gibi bir süre geciktirilmesini, 5/1. c ve diğer fıkralarla ilgili görmeyip,⁴² bu uygulamanın 5/1. maddenin ilk iki cümlesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴³

a. AİHS'nin 5/1.a maddesinde öngörülen, bireyin özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlendirilmesi ve bunun yerine getirilmesinde yer alan "*yetkili mahkeme*", hem kararı veren merciin yargısal nitelik taşıması, hem yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız ve tarafsız olması, hem de takip ettiği yargılama usulünün güvenceli olmasını ifade eder.⁴⁴ Aynı bentte geçen "*mahkum edilme*" kavramı, yasal yoldan saptanmış bir suçun varlığını ifade etmektedir. Bu suç ister cezai yaptırım gerektirsin, ister disiplin cezasını gerektirsin; bunun önemi yoktur. İhlal bakımından özellik arz eden husus, bireyin özgürlüğünün ağır ihlali sonucunu doğuran bir tespitin yapılmış olmasıdır.⁴⁵

AİHK'ya göre, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet hükmü yeterli olup, bunun istinaf veya temyize götürülmesi birinci fıkra hükmünün uygulanmasına engel değildir.⁴⁶ Ancak uygulanacak bendin belirlenmesi bakımından kararın kesinleşmesi gerektiği yönünde mahkeme kararları var. Zira, hakkında kuvvetli suçluluk emareleri bulunduğu bahisle fıkranın (c) bendi gereğince tutuklanan, ancak hüküm giydikten

⁴⁰ Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 224 vd.

⁴¹ Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976; Winterwerp/Hollanda (5/1'deki akıl hastası teriminin "bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamaz"); Doğru, 2003, s. 332; benzeri karar için bkz., Wassink/Hollanda, 27.9.1990.

⁴² Kemmache/Fransa, 3-24.11.1994; Bozano/Fransa, 18.12.1986; Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 226-227.

⁴³ Quinn/Fransa, 22.3.1995; Labita/İtalya, 6.4.2000; Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 227.

⁴⁴ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971; Neumeister/Avusturya, 27.6.1968; diğer kararlar için bkz., Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 227.

⁴⁵ Kararlar için bkz., Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s.227-228; Engel ve diğerleri, 8.6.1976.

⁴⁶ Komisyon kararı, H. Krzycki/Almanya, 9.3.1978, No: 7629/76.

sonra ikinci derece mahkemesi tarafından tutukluluğunun devamına karar verilen biri hakkında artık yakalamayla ilgili (c) bendi değil, mahkumiyetle ilgili (a) bendi uygulanacaktır.⁴⁷ Ancak ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda 5/3 değil, 50/1a hükmünün uygulanması gerekir.

Sözleşme'nin 5. maddesi yabancı mahkeme kararları için, koşulların varlığı halinde, ülkede infazına engel değildir;⁴⁸ ancak bunun için özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın dayanağı olan mahkeme kararının adil yargılanma hakkını ihlal etmemiş olması şarttır.⁴⁹

b. AİHS'nin 5/1b maddesi ile ilgili kararlara gelince, bu bentte, *"bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak bir karara uymama"* ve *"yasal bir yükümlüğün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile kişinin tutuklanması"* şeklindeki özgürlük kısıtlamaları yer almaktadır.

Birinci durumda kararı bir mahkemenin vermesi esastır. Mahkemenin ne olduğu ise, AİHM tarafından, *"bağımsız ve tarafsız ve aynı zamanda, adil bir yargılama usulü güvencesine sahip yargı makamı"* olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ Buradaki mahkeme kararı, davanın esası hakkındaki mahkumiyet hükmü dışında kalan ve maddenin fıkrasının diğer bentlerindeki kararlardan başka kararlardır. Bu kararlar arasında duruşmanın selameti için mahkemece alınan disiplin cezalarına ilişkin kararlar da yer almaktadır. Örneğin; bunlar, bir hukuk mahkemesi kararının infazını sağlayıcı ceza olabileceği gibi, nafaka borcunun ödenmemesi, ayrılan eşlerden birinin çocuk ile diğer tarafı görüştürmemesine engel olunmasını sağlayan kararlar veya mal beyanından imtina, kan testi yapılmasına engel olma gibi kararlar ile⁵¹ sanık veya tanıklara ilişkin özgürlüğü kısıtlayıcı kararlardır.⁵²

İkinci durumla ilgili kararlar ise, yasanın öngördüğü ve yerine getirilmesini emrettiği somut bir yükümlüğün yerine getirilmemesi hali için özgürlükten yoksunluk kararlarıdır. Ancak 4 nolu protokolle benimsenen, hiç kimsenin yalnızca Özel Hukuk Sözleşmesi'nden doğan bir yükümü yerine getirmemiş olması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı hususu gözetilerek, bu tür kararlar bent kapsamında değerlendirilemeyecektir.

⁴⁷ Mutatis Mutandis Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992; Wynne/İngiltere, 18.7.1994.

⁴⁸ Kom. K., X/Almanya, 14.12.1963, No: 1322/62, Ann. 6, s. 517.

⁴⁹ Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 228'de AİHM'nin 458 numaradaki içtihatları.

⁵⁰ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971; Engel ve diğerleri/Hollanda, 6.6.1976.

⁵¹ Kom. K., X/Avusturya, No: 8278/78.

⁵² Lawless/İrlanda, 1.7.1961; Guzardi/İtalya, 6.11.1980.

Yakalama ve tutuklama sonucu kişinin bulunduğu yerdeki hareketi de önem kazanmaktadır. Yani özgürlükten mahrumiyet üzerine kişinin yine de özgürlüğüne değer verilmesi gerekir.

c. Sözleşme'nin 5/1c hükmü, ceza yargılamasıyla ilgilidir. Bu nedenle, (c) bendinin kişinin bir suç işlediği iddiasıyla "geçici olarak yakalanması", "geçici olarak gözaltına alınması" ve "tutuklanması" hususları bakımından dikkate alınması gerekir. Burada, bir kimsenin belli bir suçu işlediği hususunda hakkında "makul şüphe" bulunması, veya bir suçu işlemesi kuşkusunu bulunan yahut suçu işledikten sonra kaçmasına engel olunması gereği inancını doğuran makul nedenlerin bulunması durumlarında kişinin adli mercii önüne çıkarılması için yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması söz konusudur.

Kişinin bu nedenlerle yakalanmasından sonra, özgürlüğünden yoksunluğunun sürdürülebilmesi için, kaçma tehlikesinin bulunması veya suç işleme riskinin varlığı yanında başka hususların da göz önünde bulundurulması gerekebilir. Örneğin; bunlardan başka, delillerin yok edilmesi veya karartılması tehlikesi de söz konusu olabilir.

Ancak yakalama veya tutma, her koşulda, kişinin yetkili bir adli mercinin önüne götürülmesini amaçlamak zorundadır. Zira, yakalama veya tutuklamadan sonra kişi hakkında ceza kovuşturmasına geçilip geçilmemesi, adli mercii önüne götürülmesinden ayrı bir sorundur. Buradan şu sonuca ulaşabiliriz, kişi hakkındaki yakalama veya tutuklamaya rağmen ceza kovuşturmasına geçilmemesi, bu önlemlerin Sözleşme'ye aykırı olduğu anlamına gelmez.⁵³

Buradaki adli mercinin, içi hukuk tarafından belirlenmiş, yargıç olmasa bile, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi yargıçlık güvencelerine sahip olması şarttır.⁵⁴

AİHM'nin denetimi, adli mercinin, Sözleşme'nin 5/1c maddesinde belirtilen koşullara uygun işlem yapılıp yapılmadığını, denetleyip denetlemediği hususu ile sınırlı olup, kendisini ulusal mahkemenin/mercii yerine koyup onun kararının yerine yeni bir karar vermek şeklinde değildir.

Sözleşme'de yakalama ve tutuklama nedenleri sayıldığından, bu nedenler dışındaki amaçlarla örneğin; sırf kendisinden bazı bilgiler alınması amacıyla kişinin tutulması Sözleşme'ye aykırıdır.⁵⁵

⁵³ Chiulla/İtalya, 22.2.1989; Brogan/İngiltere, 29.11.1988; Murray/İngiltere, 28.10.1994; Erdagöz/Türkiye, 22.10.1997; Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 230.

⁵⁴ Bkz., AİHS, m. 5/3.

⁵⁵ İrlanda - İngiltere, Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, 131.

Kişinin suç işlediği şüphesi ile kaçmasının önlenmesi dışında kalan, "suç işlenmesinin önlenmesi" amaçlı özgürlük kısıtlaması olup, bu hemen her olayı bahane ederek başvurulabilecek bir önlem olmayıp, somut koşullara göre, belli bir suçun gelecekte işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvuru bir tedbirden ibarettir.⁵⁶ AİHM'nin burada, özgürlükten yoksunluğun da makul süreyi aşmış olmadığı hususunu denetleyecektir. Bu tedbirin, yine suç işleyebilir şeklinde değerlendirilip, yeniden peş peşe uygulanması doğru değildir. Çünkü böyle bir anlayış bizi, bir suç işleyenin yeniden suç işleyebileceği ve bu nedenle özgürlüğünün kısıtlanması gerekire götürür ki, Sözleşme'nin bunu öngördüğünü söyleyemeyiz. Ancak her üç durum için de özgürlük kısıtlamasına gidilebilmesi için somut makul nedenlerin bulunması gerekir. Mahkeme bunu, ilgili kişinin atılı suçu işlediğinin mümkün olduğu konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olay ve bilgilerin olması şartına bağlamaktadır. Bu nedenle makul olmanın her somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Burada sadece gerçek ve samimi şüpheden değil, makul şüpheden, makul sebeplerden söz edilmektedir. Yani objektif ve subjektif olarak makullüğü aranmaktadır.⁵⁷ AİHM, Sözleşme'yi yorum ve denetim yetkisine sahip olması nedeniyle, makullüğü denetleyebilmekle beraber, bunu, ulusal takdir marjını da dikkate alıp, ulusal mahkemenin yerine geçmek suretiyle değil, ulusal merci tarafından yapılan durum değerlendirmesinin makul ve geçerli olup olmadığını saptama şeklinde yapmaktadır.⁵⁸

Mahkemeye göre, yakalama veya tutuklamadaki makul şüphenin kamu davası açılmasına yeterlilikte olması gerekmez.⁵⁹ Yani yakalama ve tutuklama ile ilgili olarak makul şüphenin varlığı için, kişinin o suçu işlemiş olabileceği konusunda, objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olması yeterlidir.⁶⁰ Zira kişinin yakalanması veya tutuklanması, yetkili makam önüne götürülmesini amaçlar. Yetkili makama sevk, özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin yanında (bkz., m. 5/3), duruma göre salıverilme veya makul sürede yargılanmayı da amaçlar.⁶¹ Burada 5/1c ile 5/3'ün birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, Sözleşme'nin 5/1c maddesindeki koşullara göre özgürlüğünden yoksun kılınan bir kimsenin, 5/3. madde gereğince özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacıyla yetkili bir adli mercii önüne çıkarılmasının yanında, makul sürede yargılanmasının bitirilmesi veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmasının sağlan-

⁵⁶ Güzzardi/İtalya, 6.11.1980.

⁵⁷ Bkz., Gözübüyük - Gölçüklü, 2003, s. 231'deki kararlar.

⁵⁸ Fox, Cambell et Hartley/İngiltere, 30.8.1990.

⁵⁹ Brogan ve diğerleri/İngiltere, 29.10.1988.

⁶⁰ Murray/İngiltere, 28.10.1994.

⁶¹ Lawless/İrlanda, 1.7.1961; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978; Schicsser/İsviçre, 4.12.1979.

ması söz konusudur. Bu nedenlerle, maddenin (c) bendindeki özgürlükten yoksunluk, bir ceza kovuşturması aşamasında ve bu kovuşturmanın gereği olarak özgürlükten yoksunluktur. Yani kişinin bir kovuşturma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınması (c) bendine girmekle beraber, kovuşturma bitirilip anılan kimse hükümlü statüsüne girer ve tutukluluğu hükümle birlikte devam ederse, durumu (a) bendine ve akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayan, tedavi amacıyla akıl hastanesinde bir kliniğe kapatılan kimsenin durumu ise (e) bendine girer.⁶²

d. Sözleşme'nin 5/1d bendinde, iki husus söz konusudur. Birincisi, bir küçüğün gözetim altında eğitimi, yani bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesi; ikincisi, kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.

Birinci durumda, küçüğün rüşt yaşı, gözetim altında eğitimi ve özgürlük kısıtlamasında önüne götürüleceği merciin belirlenmesinde ulusal yasa uygulanır. Ulusal yasada yer alacak önlemin, özgürlük kısıtlamasında güdülen amaca uygunluğu şarttır. Küçüğün iyileştirilmesi lehine olduğundan, bunun için başlangıçta kararın yargıç tarafından verilmesi gerekmez. Ancak alınan önlemlerle ilgili olarak 4. fıkra gereğince yargıç denetimi mümkündür.⁶³

İkincisinde ise, küçüğün herhangi bir konuda karar alınması için yetkili merciin önüne götürülmesi amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusudur. Bu hale örnek olarak, küçüklerin suç eğilimlerinden kurtarılması gösterilebilir.⁶⁴

e. Sözleşme'nin 5/1e bendinde de ikili ayırım yapmak mümkündür. Birinci grupta, bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin tedavi veya iyileştirme amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması yer almaktadır. Buradaki akıl hastalığı, düşünce bakımından topluma ters düşen kişiyi değil, tıbbi anlamda bir marazı olan kimseyi ifade etmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle özgürlük kısıtlanmasıyla ilgili olarak AİHM, gerek şekil ve gerekse esasa ilişkin olarak ulusal mevzuatın uyması gereken kuralları belirlemiştir. Buna göre, kişinin durumu, (1) objektif ve tıbbi bir ekspertizle saptanacak, (2) gerçek akıl hastalığının saptanması durumunda kapalı bir kuruma (psikiyatri kliniği gibi) konması⁶⁵ ve (3) hastalığın ağırlık ve niteliğinin böyle bir önleme başvurmayı gerekli kılması gerekir.

⁶² Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992.

⁶³ Bouamar/Belçika, 29.2.1988.

⁶⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, s.233.

⁶⁵ Verbanon/Bulgaristan, 15.10.2000.

Mahkeme kişinin bu önlem nedeniyle konacağı yerin nasıl olması gerektiği üzerinde de durmuştur. Mahkemeye göre, akıl hastalığı nedeniyle kişinin konacağı yerin, ancak hastane ve benzeri bir kurum olması gerekir. Bu kurumun yine de, fiziki koşulları itibariyle de uygun olması gerekir; aksi takdirde Sözleşme'nin 3. fıkrasındaki kurala aykırılık söz konusu olabilir.

İkinci grupta ise, bir serserinin usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması yer almaktadır. Aslında bu halde de kişinin iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Çünkü, suç işleme eğilimi taşıyan kimsenin bu meylinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Sözleşme'de serserinin tanımı yok ise de, AİHM bir içtihadında,⁶⁶ Belçika Ceza Yasası'nın 374. maddesindeki düzenlemeyi Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Ancak, kriminolojide serseri kavramı, Belçika Ceza Yasası'nda belirtildiği gibi, suç öncesi evreyi belirlemede olup, belli bir ikametgahı veya meskeni bulunmayan, bir meslek ve sanatı olmayan, geçim olanaklarına sahip olmayan kimseleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Fakat, suç öncesi tehlike halinin başka şekilde ortaya çıkış biçimlerinden hareketle geniş yorum veya kıyas yoluyla serseri kavramı içerisinde değerlendirilmesi yoluyla, örneğin bir mafya üyesinin toplum için tehlikeli oluşunu da bu kavram içerisinde değerlendirmemek gerekir.⁶⁷

Kuşkusuz sosyal devlet anlayışının benimsendiği bir dünyada serseri kavramının içeriğinin değiştirilmesi ile serseri olarak nitelenenlerin sayılarının azaltılması devletlerin görevleri arasındadır.

f. Sözleşme'nin 5/1f bendinde söz konusu olan husus, bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulmasına izin verilmesidir. Maddenin bu bendinde sözü edilen yakalama veya tutuklama önleminin usulüne uygun olduğunun kabulü için, yapılan işlemin hem şeklen hem de esas bakımından ulusal ve gerekiyorsa uluslararası mevzuata uygun olması gerekir.

AİHM'ye göre, bu bent hükmüne göre gerçekleştirilecek tutuklama, sadece bu bent hükmünde belirtilen amaçlara yönelik işlemlerin gerektirdiği zaman dilimi için meşru kabul edilebilir. Yani bir kimsenin, kendisini isteyen ülkeye iade edilmek üzere bir başka ülkede tutuklanması ve iadeye ilişkin işlemler için gerekli olan süreden uzun süre özgürlüğünden yoksun kılınması fıkra aykırılık oluşturur.⁶⁸

⁶⁶ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.11.1978.

⁶⁷ "Zorunlu ikamete tabi tutma önlemi"nin uygulanabilirliği hk. Guzzardi/İtalya, 6.11.1980; Liberti/İtalya, 23.2.1984.

⁶⁸ Quinn/Fransa, 22.3.1995.

AİHM, iade işlemi bahanesiyle, ama gerçekte kişinin sınır dışı edilmesinin etkililiği ve kolaylığından istifade edilerek, kişinin bu bent hükmü gereği tutuklanmasını (f) bendine aykırı bulmuştur.⁶⁹

Diğer taraftan, yabancıların ülkeye giriş ve orada oturma koşullarının belirlenmesi o ülkenin serbestçe takdir edebileceği bir husus olmakla beraber, bu yetkinin kullanım biçiminin AİHS'ye uygun olması şartı aranmaktadır.⁷⁰

Ayrıca, ülkeye girişin engellenmesi ve sınır dışı etme önlemleri ile ilgili güvenceler ve istisnalar için 4 nolu ek protokolün 3 ve 4. maddeleriyle 7 nolu ek protokolün 1. maddelerine göz atmak gerekir. 4 nolu ek protokole göre, hiç kimse "*vatandaşı olduğu devletin ülkesinden bireysel olarak veya topluca sınır dışı edilemez; vatandaşı olduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz*" (m. 3); "*yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır*" (m. 4).

7 numaralı ek protokolün 1. maddesine göre ise, bir devletin ülkesinde meşru olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararı dışında sınır dışı edilemez. Bu şekilde verilen bir sınır dışı etme kararına karşı da kişinin, sınır dışı etmenin yerinde olmadığına ilişkin sebeplerini ileri sürebilmek amacıyla durumunun yeniden incelenmesini isteyebilme hakkı vardır. Bunu sağlayabilmek için kişi, yetkili makamlar nezdinde kendisini temsil ettirme hakkına sahiptir. Bu sınır dışı etme işlemi kamu düzeni veya ulus güvenliğinin korunması nedenleri bakımından gerekli ise, bu durumda kişi sınır dışı edilme işlemine karşı başvuru hakkını kullanmadan önce sınır dışı edilebilecektir. Burada hak kullanımının sınır dışı etmenin fiilen yerine getirilmesinden sonraya bırakılabilmesi için, "*kamu düzeni*" ve "*ulusal güvenliğin korunması*" hususlarının çok ivedilik taşınması ve belgelenmesi gerekir. Aksi takdirde keyfilikten söz edilebilir ve bu durum kişi özgürlük ve güvenliğinin ihlali olur.⁷¹

2. Özgürlüğü Kısıtlanan Kişinin Hakları

a. 5/2. Madde İle İlgili Kararlar

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrası, hakkında aynı maddenin 1. fıkrası gereğince işlem yapılan kişinin, yapılan bu tutuklama işleminin yapılmasını gerektiren nedenler ile yapılan suçlamaların "*en kısa bir zamanda ve anlayacağı bir dil ile kendisine bildirileceğini*" emretmektedir. Fıkarda yer

⁶⁹ Bozano/Fransa, 18.12.1986; Benzeri değerlendirme için bkz. Komisyonun X/İngiltere (5.5.1982) kararı.

⁷⁰ Amuur/Fransa, 25.6.1996; Grauslys/Litvanya, 10.10.2000.

⁷¹ Kolompar/Belçika, 24.9.1992.

alan düzenleme, bir yandan olası maddi hataların bertaraf edilmesinin, bir yandan da, maddenin 4. fıkrasındaki “*itiraz*” hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanmasını amaçlamaktadır.⁷²

Buradaki güvence, özellikle suç kovuşturması ve polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma sırasında önem arz etmektedir. Çünkü, bu güvence, kişiye tanınan ve güvenliğinin vazgeçilmez unsurunu oluşturan, birinci fıkrada öngörülen tüm haller için geçerlidir.⁷³ Zira kişinin tutulmasının hemen akabinde ve tutulma boyunca bu güvence büyük öneme sahiptir.⁷⁴

Komisyona göre, kişiye yapılacak bildirim içeriği, amaçla sınırlı olduğundan, bu bildirim içeriği 6/3a’daki savunmanın hazırlanması amaçlı bildirimden hem farklı, hem de daha dardır. Buradaki bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir;⁷⁵ önemli olan bildirim en kısa sürede gerçekleştirilmesidir. Bu bildirim savunma amaçlı olmayıp, suçlamanın ne olduğunun bildirilmesi amaçlı olması nedeniyle, ilk etapta soruşturma dosyasının ilgili kişi tarafından incelenmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak daha sonraki ve nihai amacın soruşturma dosyasının incelenmesi ve savunma olduğu kuşkusuzdur.

Bununla beraber, bildirim içeriği, her somut ve özel duruma göre, habeas corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır.⁷⁶

Çünkü, özgürlük kısıtlaması ve bunun dayanağı ile ilgili işlemin duyurulmasının ilk hedefi bu kısıtlamanın sona erdirilmesinin sağlanmasıdır.

Burada yer alan kısa süre deyimi, hemen demek olmamakla beraber, sürenin gereksiz şekilde uzun tutulması da değildir. Sürenin her somut olay için ayrı ayrı dikkate alınacağı kuşkusuzdur. Ancak, bunun mümkün olan en kısa süre olarak anlaşılması gerekir.

Tutuklamanın tutuklanan kişinin anlayacağı dille bildirilmesi gerekir. Birden fazla dil bilenler için, bildirim içerik ve konusunu anlayabileceği herhangi bir dille bildirim yeterlidir. İlgilinin anlamadığı dille bilgilendirilmesinin maddenin amacı ile ilgisi olamaz. Anladığı dilin hangi dil olduğunun belirlenmesi, kişinin ifade alma ve diğer işlemler sırasında anlaşılan durumuna göre belirlenmesi gerekir. Yaşadığı/vatandaşı olduğu ülke dilinden diploması olanların o dili bilmedikleri iddiasının hakkın kötüye kullanımı (Sözleşme, m. 17) olarak değerlendirilmesi gerekir.

⁷² X/İngiltere, 5.11.1981; Van der Leer/Hollanda, 21.2.1980; Lamy/Belçika, 30.3.1989.

⁷³ Campbell ve Hartley/İngiltere, 30.8.1990.

⁷⁴ Dikme/Türkiye, 11.7.2000.

⁷⁵ İrlanda/İngiltere, 18.1.1978.

⁷⁶ Lamy/Belçika, 30.3.1989; Murray/İngiltere, 28.10.1994.

b. 5/3. Madde İle İlgili Kararlar

Beşinci maddenin 1. c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir. Burada amaç, yasal dayanağı olmayan ve gereksiz olan tutuklamanın önlenmesidir.⁷⁷

Görüldüğü gibi Sözleşme, kişinin yakalanma ve tutuklanma ile ilgili tüm koşulların gerçekleşmesi nedeniyle tutuklanmış olmasına rağmen, kişiye birtakım haklar tanımıştır. Bunlar: (1) Tutuklama nedenlerinin ve isnadın sanığa en kısa sürede bildirilmesi, (2) sanığın hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasanın yetkili kıldığı bir memur huzuruna çıkarılması ve tutukluluğunun makul süreyi aşmamasının sağlanması, (3) sanığın tutuklama ve yakalamanın yasaya uygunluğunun denetimini sağlamak için yargı yoluna başvurma hakkı, (4) yakınlarına durumuyla ilgili bilgi verilmesi hakkı.

Fıkranın yazılışından anlaşıldığı üzere buradaki düzenleme, 1. fıkranın (c) bendi ile bütünlük oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu fıkranın, 1/c hükmü dışında kalan diğer hükümlerle birlikte uygulanması söz konusu değildir.⁷⁸

Fıkarda geçen yargıç deyiminin ne olduğu hususunu Sözleşme açıklamamakla beraber, mahkeme, yargıcı, yasanın kendisine verdiği görevin gerektirdiği güvencelere sahip olan görevli olarak açıklamaktadır. Adli görevin gerekli kıldığı ilk güvence, görevlinin öncelikle yürütme organı karşısında bağımsızlığının sağlanmasıdır. Bu nedenle savcının da güvenceli olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹

Ancak savcının yargıç sayılması mümkün olmadığı gibi, adli görev kavramı yargısal görev kavramından farklı ve daha geniş kapsamlıdır.⁸⁰

Adli görevlinin öngörülmesi ve başvurunun amacı göz önünde bulundurulduğunda, görevlinin güvenceli olmasının yanı sıra, ilgiliyi salıvermeye

⁷⁷ McGoff/İsveç, 26.10.1984; Shoogström/İsveç, 2.10.1984.

⁷⁸ Lawless/İrlanda, 1.7.1961; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978; Schiser/İsviçre, 4.12.1979; Dewilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1974; B./Avusturya, 28.3.1990; Quinn/Fransa, 22.3.1995.

⁷⁹ Niedbala/Polonya, 4.7.2000.

⁸⁰ Huber/İsviçre, 23.10.1990; Schiesser/İsviçre, 4.12.1979; Brincat/İtalya, 26.11.1992; Jordan/İngiltere, 14.3.2000; Sabeur Ben Ali/Malta, 15.6.2000.

⁸¹ Schiesser/İsviçre, 4.12.1979; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klape/Hollanda, 22.5.1984; Duinhof et Duijff/Hollanda, 22.5.1984; Pauwels/Belçika, 26.5.1988; Grauzinis/Litvanya, 10.10.2000; Wloch/Polonya, 19.10.2000.

de yetkili olması gerekir. Bu nedenle güvenceli olmak koşuluyla, yargıç dışında kalan adli görevliler de bu işte yeterli görülmekteler.⁸¹

Burada geçen “*hemen*” kavramını gereksiz gecikmeye sebebiyet vermeksizin şeklinde anlamak gerekir. AİHM, Brogan davasında dört gün altı saat ve dört gün on bir saatlik süreleri, bir başka kararında da yedi günü aşan süreyi somut durumun özelliklerine göre gerekmeyen uzunlukta bulmuştur.⁸² Her olayın özelliği farklı olmakla beraber, gözaltı bakımından, vicdani redci asker kişilerin 7, 11 ve 16 günlük,⁸³ 11 ve 12 günlük,⁸⁴ 3 ve 5 günlük⁸⁵ süreler ihlal olarak kabul edilmiştir.

Yine bir kararda vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle 2 yıl 4 aylık tutukluluk süresi ihlal olarak kabul edilmiştir.⁸⁶ Buradan çıkan sonuca göre, Sözleşme’nin bu fıkrası, tutuklama veya yakalama işleminin denetlenmesi bakımından, konuya verilen önem nedeniyle, bu özgürlük kısıtlamalarını, suç yargılamasında hemen hemen istisnai bir önlem olarak düzenlemiştir. Bu husus hem makul sürede yargılanma, hem de yargılama sırasında serbest bırakılmanın sağlanması için bir hak olarak kabul edilmiştir.

Buradaki “*makul süre*” ilk derece mahkemesindeki yargılama ile ilgili aşama bakımındandır; istinaf ve temyizde geçecek olan süre, “*makul süreye*” dahil değildir.⁸⁷ Ancak ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda 5/3 değil 5/1a hükmünün uygulanması gerekir. Asıl olan masumluk karinesi olduğundan, yargılama süresi boyunca tutukluluğun devamına karar vermeye gerek yoktur. Zira tutuklama yargılamanın rahat yürütülebilmesi için kabul edilmiş geçici önlemdir; bu önlemin cezaya dönüştürülmesi yerinde değildir. Bunu göz önünde tutan AİHM yerleşik içtihatlarında, ulusal mercilerin her somut olayda kişinin tutukluluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığı hususunda karar verirken, masumluk karinesini göz önünde tutmak suretiyle, kişi özgürlüğüne istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının var olup olmadığının tespitine gerekçe oluşturacak tüm hususları incelemek zorunda olduklarına işaret etmektedir. Dolayısıyla ulusal adli merciler, ilgililerin salıverilme istekleri ile ilgili olarak red kararı verirlerse, red gerekçelerinde kamu yararının ne olduğunu açıkça belirtmek zorundadırlar. AİHM, ulusal mercilerin, salıverilme isteğinde ileri sürülen ve yalanlanamayan olguları

⁸² Kararlar için bkz., Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, 238.

⁸³ Dejong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda (22.5.1984,8805/79).

⁸⁴ Duinhof ve Duijf/Hollanda (22.5.1984,9626/81).

⁸⁵ Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klape/Hollanda (22.5.1984,9362/81).

⁸⁶ Neumeister/Avusturya (27.6.1968) kararı.

⁸⁷ Wemhoff/Almanya, 27.6.1968; Van Droogenbroeck/Belçika, 24.6.1982; A./Avusturya, 28.3.1990; Labita/İtalya, 6.4.2000.

dikkate almak suretiyle 5. madde hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.⁸⁸

AİHK ve AİHM'nin "makul süre" ile ilgili olarak ortaya koydukları diğer bir ilke ise, tutuklama önlemi için gerekli olan sanığın suç işlediği konusunda kuvvetli emarelerin varlığı olmakla beraber, bunun başlangıçta aranmasına karşın, belli bir süre sonunda yeterli olmayacağı ve bunun tek başına tutukluluk için gerekçe oluşturmayacağı hususudur. Zira başlangıçta, sanığın kaçma veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı yahut kamu düzeninin korunması gibi hususlar tutuklamaya karar verilmesi için yeterli görülmeyle beraber, yargılama devam ederken bu koşulların bir aşamada son bulması gerekeceğinden, yargılamanın hızlandırılması suretiyle buna son verilmesinin sağlanıp sağlanmadığı hususu üzerinde durulmaktadır.⁸⁹ Yani ulusal adli mercilerin, sanığın tutuklanması ile ilgili olarak verdikleri kararlar yerinde olsalar da, yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeniyle sanıkların tutukluluklarının devamına ilişkin kararları bakımından AİHM ihlal kararı vermektedir.⁹⁰ Çünkü, tutukluluk süresi uzadıkça, 5. maddeyle getirilen güvence özgürlük aleyhine bozulmakta olduğundan, başlangıçtaki kısıtlama nedenleri artık varlıklarını yitireceklerdir. Kişi güvenliğinin önemi nedeniyle, özgürlük kısıtlamasının kısıtlama amacıyla sınırlı olması gerekir. Sözleşme'nin 5/1c bendindeki "makul şüphe" tutukluluğun devamı için zorunlu bir koşul olmakla beraber, bu şüphe yok olmuşsa, tutukluluğun da sona ermesi gerekecektir. Yani "makul şüphe" sona ermişse, tutuklulukla ilgili "makul süre" sorunu da kalmayacaktır.⁹¹

Tutukluluktaki "makul süre" ile, yargılamayla ilgili 6. maddedeki "yargılamada makul süre" farklıdır. Kimi nedenlerle yargılama uzun sürmüş olabilir ve bu husus 6. maddeye aykırılık oluşturmayabilir; buna karşılık tutukluluğun sürdürülmesindeki uzun süre hoşgörülle karşılanmamaktadır.⁹² Ancak, yargılama ve tutuklamada makul sürelerin değerlendirilmesinde, sanığın ve görevli makamların davranışı ile soruşturma konusunun karmaşıklığı gibi nedenlerin dikkate alındığına da rastlanmaktadır.⁹³

Buradaki tutuklulukta makul sürenin aşılması ile maddenin 5. fıkrasındaki madde hükümlerine aykırılık nedeniyle tazminat isteme hususları birbirinden farklıdır.⁹⁴

⁸⁸ Konuyla ilgili kararlar için bkz., Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, s. 238-239.

⁸⁹ Türkiye ile ilgili kararlar: Mansur, 8.6.1995; Yağcı ve Sargin, 8.6.1995.

⁹⁰ Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969.

⁹¹ B./Avusturya, 28.3.1990; W./İsviçre, 26.1.1993.

⁹² Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969; Matznetter/Avusturya, 10.11.1969.

⁹³ Wemphoff/Almanya 27.6.1968 B./Avusturya, 28.3.1990; Toth/Avusturya, 12.12.1991; Tomasi/Fransa, 27.8.1992; W./İsviçre, 26.1.1993; Punzeit/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000; Labita/İtalya, 6.4.2000.

⁹⁴ Tomasi/Fransa, 27.8.1992.

Beşinci maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesine göre, sanığın yargılama sırasında kaçmasının önlenmesi amacıyla, salıverme bir güvenceye de bağlanabilir. Özgürlük asıl olup, tutuklama istisnai bir önlem olduğundan, tutuklamanın alternatifinin olduğu hallerde alternatifinin seçilebilmesi için, salıvermede bir güvenceye başvurulabilmesi düşünülmüştür. Bu nedenle Mahkeme, güvenceye bağlı salıverme istemlerinin sistematik biçimde reddedilmesini 3. fıkranın ihlali olarak kabul etmektedir.⁹⁵

AİHM'ye bu tür özgürlük kısıtlamalarının uzamasında da ulusal mercilerin elinde olmayan nedenleri de dikkate almak suretiyle, bir marj tanımaktadır. Bu nedenle, işin karmaşıklığı veya somut olayın olağanüstülüğünü göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin; bir davada,⁹⁶ sanığın kişiliği ve dava konusunun özellikleri dikkate alınıp, dört yıl üç günlük tutukluluk süresini, komisyonun aksi görüşüne rağmen, "makul" kabul etmiştir.

Tutuklama, işlenen suçtan doğan zararın tamir ve tazmini amacıyla olmayıp, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasının sağlanması amacıyla taşıdığından, güvence miktarı saptanırken işlenen suçun ağırlığının değil, sanığın kişisel durumunun her yönüyle incelenmek suretiyle, kaçması halinde hazineye gelir kaydedilecek paranın o'nda bırakacağı etkinin göz önünde bulundurulması zorunludur.⁹⁷ Salıvermek amacıyla sanıktan istenen kefaletin, sanık üzerinde makul düzeyde güvenliği sağlamak için gerekenden daha ağır bir yük oluşturmaması gerekir. Bunu sağlamak için sanıktan istenebilecek teminat miktarının sanığın serveti üzerinde bırakacağı etki ve teminatla salıvermede sanığa kefil olacak kişi ile sanığın arasındaki kişisel ilişkinin yoğunluğunun dikkate alınarak verilmesi gerekir. Yani gerek kefaletin miktarı ve gerekse kefil olacak kişi ile sanığın bağlantısının yoğunluğunun sanığın kaçmasına ihtimal bırakmayacak düzeyde olması gerekmektedir. Beraber, kefalet miktarının yeterlilikten fazla da olmaması gerekir. Bu nedenle, sanığın kaçma ihtimalinin çok yüksek olduğu durumlarda, kefalet miktarının çok düşük olması da davanın seyrini olumsuz yönde etkileyeceğinden, bunun da kabul edilmemesi gerekir. Nitekim, AİHM'ye başvuru sahibinin işlediği suçun ağırlığı ve sanığın kaçma ihtimalinin yüksekliğini gözeterek, salıverme talebinin reddedilmesini 5/3. maddeye aykırı bulmamıştır.⁹⁸

⁹⁵ Caballero/İngiltere, 8.2.2000.

⁹⁶ W/İsviçre, aksi görüşte karar da var. Bkz., Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000.

⁹⁷ Neumeister/Avusturya, 27.6.1968.

⁹⁸ Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000.

c. Kişi Güvenliği İle İlgili Kararları (m. 5/4)

AIHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrası gereğince verilen kararlarda, bu fıkranın öngördüğü denetimin, maddenin 3. fıkrasında sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır. 3. fıkrada yer alan denetim, bu fıkrada yer alan "bu maddenin 1c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir" biçimindeki düzenleme sadece suç işleyenlerle ilgili güvenceyi içermektedir. Oysa, dördüncü fıkrada yer alan güvence ve denetim, hangi nedenle ve şekilde olursa olsun, bütün özgürlük kısıtlamaları için koruma öngörmektedir. Ancak üçüncü ve dördüncü fıkranın birlikte uygulanması, gerektiğinde birinin diğerinin yerine uygulanması da mümkündür.⁹⁹ Çünkü somut olaylarda bu iki fıkranın iççelikleri söz konusudur.

AIHM "habeas corpus" yolunun açık olup olmadığını, sadece 5. maddenin 4. fıkrası bakımından değil, 5. maddenin 1. fıkrası yönünden inceleme yaptığıında da dikkate almaktadır.¹⁰⁰

Özgürlük kısıtlaması sonrası değişen koşullara göre durumun yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Çünkü, tehlikeli durum var ve ortadan kalkmış, veya tedavi amaçlı özgürlük kısıtlamasına başvurulmuş olup iyileşme sağlanmış olabilir. Bu hallerde yine 4. fıkra gereğince, belli aralıklarla durumun yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkı vardır. Bu konularla ilgili kararlar, ceza sorumluluğu bulunmayan bir akıl hastasının önlem olarak psikiyatri kliniğine veya bir mükerrer yahut suç işlemeyi alışkanlık haline getiren suçlunun veya bir serserinin, örneğin; Belçika Sosyal Savunma Yasası'ndaki düzenlemeye göre, bir eğitim kurumuna alınması; veya, bir akıl hastasının iyileştirilmesi amacıyla hastaneye yerleştirilmesi; yahut, İngiliz hukukunda yer alan bakanlık emrinde ömür boyu hapis (süresiz hüküm) uygulamaları bu hususun örnekleridir.¹⁰¹

⁹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, s. 241; AIHM, De Jong, Baljet et Vanden Brink/Hollanda, 22.5.1984, A 78, 56-57.

¹⁰⁰ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1974 (bir kimsenin gözaltına alınması veya tutuklanmasında 4. fıkra anlamında bir mahkemenin karar vermesi halinde fıkrada öngörülen hukukilik denetiminin sağlanmış sayılacağına karar verilmiştir); Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979 (tutmaya karar veren makamın mahkeme niteliğine sahip olması zorunluluğu ve 4. fıkranın öngördüğü usul güvencelerini taşıması gerekmektedir); Doğru, 2003, s. 336; benzeri kararlar için bkz., Luberti/İtalya, 23.2.1984; Bouamar/Belçika, 29.2.1988.

¹⁰¹ Van Droogenbreck/Belçika, 24.6.1982; De Wilde Ooms et Versyp/Belçika; Winterwerp/Hollanda; Luberti/İtalya; E./Norveç, 29.8.1990; Bkz., Gözübüyük - Gölcüklü, 2003, 241-242.

d. Sözleşme'nin 5/5 Maddesi İle İlgili Kararlar

Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine aykırı olarak yapılan özgürlük kısıtlamalarının mağduru olan herkesin tazminat isteme hakkı vardır. Buradaki tazminat, bu işlemde kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazminidir.¹⁰² Sözleşme'ye taraf ülkelerin tazminatın nasıl belirleneceği hususunu iç hukuklarında düzenlemeleri gerekir. İç hukukta gerçekleştirilecek düzenlemenin güvenceli olması gerekir, aksi takdirde Sözleşme'ye aykırılık söz konusu olur.¹⁰³

İç hukukta konuyla ilgili olarak yapılan başvurudan olumsuz sonuç alan kimse, bu karara karşı AİHM'ne başvurmak suretiyle, iç hukuktaki uygulamanın Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasına aykırılığının tespiti ni isteyebilir. Sözleşme'nin 5/5. maddesinde öngörülen tazminat, Sözleşme'nin genel hüküm niteliğindeki 41. maddesinden tamamen bağımsız olup, 5. maddenin diğer fıkralarının ihlali ile ilgilidir. Ancak 5. maddedeki özel düzenlemeye rağmen, koşulların varlığı halinde, bu konuda 41. maddenin uygulanması da mümkündür.

D. SONUÇ

Görüldüğü gibi, AİHS'nin 5. maddesindeki düzenleme kişi özgürlük ve güvenliği bakımından önemli güvenceler getirmektedir. Sözleşme'de yer alan kavramların anlam ve içeriğinin belirlenmesi yetkisi AİHM'ye ait olduğundan, taraf ülkelerin iç hukuklarında Sözleşme'de yer alan kavramlara farklı anlamlar yüklense de, bunların Sözleşme'ye uygun olup olmadığı hususundaki asıl yetki AİHM'nindir. Dolayısıyla iç hukuklarda Sözleşme hükümlerinin yorumunda, AİHM'nin yorumları ve kavramlara yüklediği anlamların dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, AİHM kararlarının hukukçulara ışık tutacağı kuşkusuzdur. Ancak, bu kavramların anlamlarında AİHM kararlarının göz önünde bulundurulmasının yanısıra, taraf ülkelerin yerellik marjının da dikkate alınması ve iç hukukta uygulamacıların karar ve işlemlerinde yerellik marjını çok iyi işlemeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, bilhassa mahkemelerimizin kararlarında, AİHM kararlarının yerellik marjı ile ilgili kısımlarının gerekçelerinin mutlak surette işlenmesi gerekir. Aksi takdirde AİHM'nin ihlal kararlarıyla karşılaşılır ki, bunun ülkemize pahalıya mal olduğunu söylemeye gerek bile yoktur. Anayasa'nın 90. maddesine getirilen söz konusu ekten sonra, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılık ve üstünlüğü (m. 11) nedeniyle, Sözleşme hükümlerine ve

¹⁰² Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 102.

¹⁰³ Hood/İngiltere, 18.2.1999; Jordan/İngiltere, 14.3.2000.

dolayısıyla AİHM kararlarına uyulması yükümlülüğü, ülkemizin özgün koşulları dikkate alınmak suretiyle ve varsa özgün koşullarla ilgili düzenlemelerin Sözleşme'nin olur verdiği özel düzenlemelerle kıyaslanması zorunlu ve gereklidir. Esasen Anayasa'daki bu değişiklik uygulayıcılara Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğü getirmekle beraber, yasama organının yerellik koşullarını dikkate alan düzenlemelerinin gözden uzak tutulacağı anlamına gelmez. Yerellik koşullarını dikkate almadan yapılacak uygulamaların kimi durumlarda sıkıntılar yaratması mümkündür. Bu itibarla olağan koşulların dışındaki düzenlemeler yanında, olağan koşullara ait düzenleme ve mahkeme kararlarının göz önünde tutulması suretiyle, bu yerelliğin haklı kıldığı nedenlerin gerçekçi bir biçimde gerçekleştirilmesi zorunludur.¹⁰⁴

KAYNAKLAR

ALDERSON, J., *İnsan Hakları ve Polis*, Çev. KUNTBAY, İhsan, TODAİE Yayını, Ankara 1984.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Birleşmiş Milletler Bildirisi (1948).

COLLIARD, A. C., *Libertés Publiques*, Dalloz 1959.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi (DMTD), C. 8, Birleşim: 131, s. 215-240 arası görüşmeler.

DOĞRU, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003.

ERGEÇ, R., *Protéction Internationale et Europeenne des Droits L'Homme*, le Droit a' la liberté et a' la sûreté suppléant a' l'université libre de Bruxelles, 2é édition, 1987, 1988/1.

DOĞU, Ergil, "*Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından*", İnsan Hakları ve Güvenlik, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2001.

¹⁰⁴ Örneğin; Türkiye ile ilgili olarak verilen kararların birinde şartla tahliye bakımından suç cinsine bağlı olarak farklı uygulamanın yer alması (Gerger/Türkiye) ve yine terör suçları bakımından daha uzun gözaltı süresi öngörülmesi (Dertli ve diğerleri/Türkiye) Sözleşme'ye aykırı görülmemiştir. Bu kararlarda 14. maddede belirtilen ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği tespitleri önemlidir.

- FAVOREU, Luis - GAIA, Patrick - GHEVONTIAN, Richard - MESTRE, Jean Louis - PFERSMANN, Otto - ROUX, André - SCOFFONI, Guy (Favoreu ve diğerleri olarak geçiyor): *Droit Constitutionnel*, Dalloz 2000.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", *İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Hukuksal Kolokyum*, Ankara 1992.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. - GÖLCÜKLÜ, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 1989.
- PONTIER, Jean Marie, *Droits Fondamentaux et Libertés Publiques*, Paris 2001.
- JEZE, Gaston, "Ferdî Hürriyetler", *AÜHFEM*, Cilt: 3, Sayı:1, 1946.
- KUZU, Burhan, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.
- La Grande Encyclopédie*, Paris, Cilt: 14, s. 309, Sütun: 2.
- REİSOĞLU, S., *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001.
- CABRILLAC, Rémy - FRISON, Marie Anne - ROCHE, Thierry Revet, *Libertés et Droits Fondamentaux*, 7 édition, Dalloz 2001.
- ROCHE, Jean Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997.
- MEMENTOS, Rousseau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris 1956.
- ŞAHBAZ, İbrahim, *Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Adım Yayıncılık, Ankara 1994.
- ŞAHİN, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- TANÖR, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990.
- TEZCAN, Durmuş - ERDEM, M. Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- TEZCAN, Durmuş - ERDEM, M. Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004.
- Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim Yayını, Çevirenler: TAMER, Ahmet - KAPLAN, Erol, İstanbul 2000.

ANAYASA'NIN 90. MADDESİ DEĞİŞİKLİĞİ KARŞISINDA YASALARIN GELECEĞİ VE ANAYASAL DENETİM

Şahnaz GEREK*
Ali Rıza AYDIN**

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın on maddesinde, 7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasa ile yapılan dokuzuncu değişikliğin genel gerekçesi, *"Bir taraftan hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle ve bu tanınması için elzem olduğunu vurgulayan ve ülkemizce de imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne ek 13 nolu protokol gereğince ölüm cezasının kaldırılmış olması; diğer yandan dünyada, gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yaşamız olan Anayasa'da da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur"* şeklinde gösterilmiştir.¹

Bu değişiklikler içinde yer alan, Anayasa'nın, *"Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma"* başlıklı 90. maddenin son fıkrasına 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle eklenen, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri"* nin esas alınacağına ilişkin tümce ise, *"Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlık halinde hangisine öncelik verileceği konusunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir"* şeklinde gerekçelendirilmiştir.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü.

** Anayasa Mahkemesi Raportörü.

¹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 48, Yasama Yılı: 2, 83. Birleşim.

Ancak, Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan bu değişikliğin, *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 22.5.2004 gününden bu yana, söz konusu ek tümcenin uygulanması konusunda çözümden çok tartışma yaratıldığı görülmektedir. Tartışma, kuşkusuz çözüme yönelik olduğu sürece yararlıdır. Ancak, *"uyuşmazlık halinde"* *"tereddütlerin giderilmesi"* amacıyla getirilen ve doğrudan uygulanma olanağı bulunan bu Anayasa kuralı, düzenleniş şekli bakımından çözüme yönelik olmaktan uzaktır; ek tümce bu şekliyle, 5170 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliğinin genel gerekçesindeki amaca uygun davranma konusunda, farklı uygulamalara ve kargaşaya neden olacak niteliktedir.

Bu incelemede, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki ek tümcenin neden bu şekilde düzenlendiği, düzenlemeden sonra, yasalarla, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki hiyerarşik yapısı, uygulamada ve yargı yerlerinde çıkabilecek olası sorunların tartışılması gibi teorik ve hukuksal görüş ve tartışmalara yer verilmeyecektir.² Somut çözüm önerileri üretilmedikçe de bu tartışmaların devam edeceği, çözüm için atılan adımın başka çözümsüzlüklere yol açacağı anlaşılmaktadır.

İnceleme, ek tümcenin uygulanması sonucu, *"esas alınacak"* sözleşme hükümleri karşısında *"esas alınmayacak"*, başka bir anlatımla *"uygulanmayacak"* yasa hükümlerinin Türk Hukuk sistemindeki *"konumu ve geleceği"* ve Anayasa'nın 146-153. maddelerinde yer alan Anayasa Mahkemesi'nin inceleme usulü ve *"Anayasa Yargısı"* ile sınırlı olarak, tartışmaları ve kargaşayı çoğaltmaya değil, sonuçlandırma hedefine yöneliktir.

90. maddenin son fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve yasa hükmünde olan uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmamaktadır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin, bir yasanın ya da yasa hükmünün uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığını inceleme görevi de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 148. madde uyarınca, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli ve yetkili olan, 153. maddeye göre kararları kesin olup, iptal edilen yasa hükümleri iptal kararları *Resmi Gazete'* de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkan ve kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını,

² Bu konuda, Gülmez, Mesut, (2004), *"Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmeleri'nin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri"*; Karagülmez, Ali, (2004), *"5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış"*, Şahbaz, İbrahim, (2004), *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, Eylül-Ekim 2004, Sayfa 147-216; Kaboğlu, İbrahim, (2004), *"Hukukta Yeni Düzenleme"*, *Radikal*, 26.7.2004, İnternet Baskısı; Gönenç, Levent, (2004), *"1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar"*, <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr> makalelerine bakılabilir.

idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayan Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Yargısı bütün bu tartışmalar içinde sonuçları bakımından önemli ve son noktadır. Aslında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerden, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar Anayasa Yargısı'nda kullanılmakta; Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, "*değerlendirmede gözetilen*", "*yardımcı norm olarak değer ve etkisi göz önünde tutulan*" ve daha da önemlisi Anayasa'nın hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş, dayanağı ve gerekçesi olan, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelerden yararlanarak Anayasa Yargısı'na aydınlatıcı ve zenginleştirici bir yorum getirmektedir.³

90. maddenin son fıkrasında yer alan ek tümcenin, Anayasa Yargısı'ndaki yerini belirleyebilmek için anlam ve kapsamına bakmak gerekmektedir. Tümcede, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşma*" ile "*kanun*", iki belirleyici unsur olarak yer almaktadır. "*Kanun*" ile ilgili herhangi bir nitelendirme yapılmadığı halde, "*milletlerarası antlaşma*" ile ilgili nitelendirme yapılmıştır. Bu nitelendirme, "*Temel hak ve özgürlükler*" dir. 90. maddenin gerekçesinde nitelendirme, "*insan hakları*" olarak gösterilmiştir. Ek tümce, iki metin arasında bu nitelendirmeye bağlı bir karşılaştırma yaptığı için karşılaştırma yapılan "*kanun*" kurallarının da temel hak ve özgürlüklerle ilgili olacağı kuşkusuzdur. "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş*" uluslararası sözleşmelerin bütünü, "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*" olabileceği gibi, kimi hüküm ya da hükümleri de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olabilir. Hangi uluslararası sözleşmelerin ya da uluslararası sözleşmelerin hangi hükümlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu konusu ise madde metninin düzenlenişine bakıldığında, tamamen karşılaştırmayı yapacak tarafa bırakılmıştır.

Ek tümcede, tartışmalara neden olacak en önemli sözcük "*uyuşmazlıklarda*" sözcüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sözcük aynı zamanda, "*esas alınır*" sözcükleri ile birlikte, bir Anayasa hükmü olan ek tümcenin doğrudan uygulanmasının da anahtarıdır. Aynı zamanda, "*yetki veren*" ek tümcenin uygulanması için ayrıca bir uygulama yasası çıkarılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Temel Sorun

Temel sorun şudur: Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanun hükümlerinin karşılaştırılması hangi uyuşmazlık-

³ Gerek, Şahnaz ve Aydın, Ali Rıza, (2004), "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri", *Anme İdaresi Dergisi*, TODAİE, Sayı: 37/3 Eylül, 2004.

larda kimler tarafından yapılacak ve buna bağlı olarak her iki metindeki aynı konuyu içeren hükümleri kimler belirleyecek ve kimler, nasıl esas alacaktır?

Sorun, yasama, yürütme ve yargı organları ile birlikte tüm anayasal kurumları, gerçek ve tüzel kişileri ilgilendirmektedir. Çünkü, Anayasa, 90. maddeye eklenen tümcede uyuşmazlığın, nerede, nasıl ortaya çıkan bir uyuşmazlık olduğu konusunda belirleme yapmamıştır. Madde gerekçesinde, “uygulamada” sözcüğü ile bağlantı kurulmuş, uygulamada çıkacak bir uyuşmazlığın halinden söz edilmiştir. Anayasa ve yasalarla verilen görevlerin yerine getirilmesi ve bu görevlerle ilgili tüm faaliyetler, her bir müessese için “uygulama”dır. Uygulamalarda da, konusuna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların arasında çatışma çıkması mümkündür. Uygulamayı ve uyuşmazlık çözümünü, sadece yürütme organı ve onun içinde yer alan idare ya da yargı organları tarafından yapılan işlem, “esas alma”yı da sadece bu organlara verilen bir yetki olarak görmek mümkün değildir. Yasama organının yasama süreci, bu organın bir uygulamasıdır. Yasama süreci içinde yapılan tartışmalar, verilen önergeler, teklif ya da tasarımlardan çıkarılan ya da eklenen hükümler yasama organının uygulamasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar sonucu oluşmaktadır.

Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri ve bu arada “Anayasa Mahkemesi”ni⁴ de bağlayan temel hukuk kuralları olmasından kaynaklanmaktadır. “Anayasa hükümleri, ister ana çizgileri ile ilkeleri kısaca, ister bütün ayrıntılarıyla bazı konuları tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep aynı değerdedir.”⁵ Başka bir anlatımla, “Anayasa'nın kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup, hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.”⁶ 90. maddenin son fıkrasında yer alan ek tümce de bir Anayasa hükmüdür; bağlayıcıdır ve üstündür. 90. maddedeki ek tümcenin de bir Anayasa hükmü olarak Anayasa'da yer almış bulunan diğer kurullarla etki ve değer bakımından eşit olduğunda kuşku yoktur. “Anayasa'da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir.”⁷ Anayasa koyucunun bu Anayasa hükmü ile “uyuşmazlık” konusunda özel, açık, net bir nitelendirme yapmadığı göz

⁴ AYMK, 22.9.1977 günlü, E. 1977/90, K. 1977/92, RG, 11.11.1977/16110.

⁵ AYMK, 22.5.1963 günlü, E .1963/205, K. 1963/123, AYMKD, 2/14.

⁶ AYMK, 16.10.1990 günlü, E. 1990/32, K.1990/25, AYMKD, 26/429.

⁷ Bkz., dipnot 6.

önünde bulundurulduğunda, yürütme ve yargı sürecinde olduğu gibi, yasama sürecinde ve yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi'nin yargılama sürecinde de bir "uygulama" ve "uyuşmazlık" söz konusu olacaktır.

Yasa çıkarmak, yürürlükteki yasaları değiştirmek ya da yürürlükten kaldırmak yasama organının, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek de Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa ile kendilerine verilen görev ve yetkilerle ilgili uygulamalardır. Bu uygulamaların, yürütme ve yargı organlarının uygulamalarından temel farkı her iki organın da yürürlükteki yasaları yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olmalarıdır. "*Kanunlar, yürürlükleri belli bir süreye bağlı olmadıkça veya yasama organınca açık ya da örtülü biçimde icra edilmedikçe yürürlükte kalırlar. Bir kanun kaldırılmadıkça veya Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmedikçe hükmünü icra etmiş ve tükenmiş olsa bile yürürlükte dir.*"⁸

Bu durumda, 90. maddenin ek tümcesinde yer alan "esas alma" işlemini, yürütme ve yargı organları içinde kimler, nerede, ne zaman yapacak olursa olsun, bu esas alma işleminin sonucu, karşılaştırma yapılan yasa hükmü uluslararası sözleşmelerle aynı konuda farklı hükümler içerse bile, yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bunun sonucu, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmede yer alan hükümlerle çatışan bir yasa kuralının farklı uygulamalarda kimi zaman esas alınmaması kimi zaman da esas alınması şeklinde ortaya çıkacaktır. Bir başka anlatımla, bu tür bir yasa kuralı yürürlükte kalacak; ancak, uyuşmazlığın ortaya çıkıp çıkmasına göre uygulanmayacak ya da uygulanacaktır. Bir başka sonuç ise, yürütme ya da yargı organlarının kendi içlerinde de farklı uygulamaların ortaya çıkabileceğidir. Bu durumda, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik ilkesi" uygulamasında ihlal edilecek ve "hukukun üstünlüğü" zedelenecektir.

ÇÖZÜM

Anayasa hükmü, "esas alınır" ibaresi ile, bir yasa kuralının koşulların oluşması halinde esas alınmamasını başka bir deyişle uygulanmamasını buyurmaktadır. Uygulanmayacak bir yasa kuralının yürürlükte kalmasının hukuksal yararı bulunmamaktadır. Böyle bir yasa kuralı yürürlükte kaldığı sürece keyfi ve takdiri uygulamalara neden olabilecektir. Hukuk düzenini kuran ve ayakta tutan, hukukun üstün kuralları ile bağlı bir hukuk devletinde, olaya ve zamana bağlı bu tür keyfi ve takdiri uygulamaların yeri olamaz. Anayasa'nın bir amacı da "uygulamada sürekliliği"⁹ sağlamaktır. Bu

⁸ AYMK, 5.1.1988 günlü, E. 1987/14, K. 1988/1, AYMKD, 24/1.

⁹ AYMK, 11.9.1986, günlü, E. 1985/33, K. 1986/22, AYMKD, 22/187.

durumda, ortaya çıkan sorununun çözümünde görev yasama organına ve Anayasa Mahkemesi'ne düşmektedir.

Yasalar arasında uyum ve uygunluk sağlamakla da görevli olan yasama organı, bu konudaki görevini iki şekilde yerine getirebilir. Birincisi, yürürlükte olan yasa ya da yasa hükümlerinin, 90. maddede yer alan ek tümce kapsamında görülmesi halinde, yürürlükten kaldırılmasıdır. Ancak bu tür kuralların saptanması uzun ve güç bir süreçtir. İkincisi, yasama süreci içinde yasalaşmayı bekleyen tasarı ve tekliflerin ek tümcedeki ilke gözetilerek düzenlenmesidir. Bu, "hukuk devleti"nin de gereğidir. Konu, bu yönüyle yasama sürecinin öncesini de ilgilendirmektedir. Yasa tasarılarının hazırlık sürecinde yürütme organı ve idare Anayasa'nın bu hükmünü gözetmek durumundadır. Ek tümceye göre, uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman "esas alma" konusunda yetkili olan yürütme organının yasaların hazırlık sürecinde Anayasa hükmünü gözetmemesi hukuk devleti açısından çelişki oluşturacaktır. Yasa tasarı ve tekliflerinin hazırlık sürecinde önemli görevlerden biri de Danıştay'a düşmektedir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesine göre, "Başbakanlık veya Bakanlar Kurulu'nca gönderilen kanun tasarı ve tekliflerini" incelemek ve gereğine göre karara bağlamak veya düşüncesini bildirmek Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında sayılmıştır.

Yürürlükteki yasalar açısından bir başka denetim süreci ise Anayasa yargısıdır. Anayasa Mahkemesi, ister iptal davası yolu ile ister itiraz başvurusu yolu ile önüne gelsin bu tür yasaları Anayasa kurallarını gözeterek denetlemek ve Anayasa'ya aykırı gördüğünde iptal etmek görev ve yetkisine sahiptir.

Anayasa, ek tümcede "esas alınır" sözcükleri ile bağlayıcı bir kural getirmiştir. Bu kuralın kimleri bağlayacağı konusunda da düzenleme yapılmamıştır. Ancak, yasama sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yasama organı'nın, Anayasal denetimde de Anayasa Mahkemesi'nin bu Anayasa hükmünü göz önünde bulundurmaması ve bu hükme dayanarak bir işlem yapmaması düşünülemez.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmeler, Anayasa'nın dayanağı ve gerekçesi olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili kimi Anayasa hükümlerinin de, benzer hükümleri taşıma yoluyla, kaynağı olmuştur.

Anayasa'nın 2. maddesinde de, Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı" demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez "temel hak ve hürriyetlere" sahip olması da Anayasa'nın 12. maddesinde yerini almıştır. Anayasa'nın temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısmı temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler içermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri Anayasa'da sayılmıştır. Kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi'nin temel görevleri arasındadır. Bu konuda Anayasa'nın 148. maddesinde ve 90. maddesinde yer alan iki istisna bulunmaktadır. 148. maddeye göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmaz.

90. maddenin son fıkrasında da, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" kuralı getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasal denetimi engelleyen bu düzenlemeyi, "Anayasa'da yer alan genel hukuk ilkelerinin istisnasını oluşturan" "uluslararası uzlaşmalarla ilgili siyasi ağırlıklı kural" olarak tanımlamıştır.¹⁰ Ancak, "antlaşmadan bağımsız olarak onaylamayı uygun bulma yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir."¹¹ Ek tümceye dayanarak ortaya çıkabilecek Anayasa'ya aykırılık sorunu ise, uluslararası sözleşmeyle karşılaştırma yapılacak "yasa kuralı" ile ilgili olabileceğinden bu konuda da Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilecektir.

"Anayasa koyucunun, kimi yasaları Anayasa'ya uygunluk denetiminden ayrık tutmayı dilediğinde bunu açıkça belirleme yolunu seçtiği bir gerçektir."¹² Ek tümce kapsamındaki uluslar arası sözleşmelerle karşılaştırılacak yasalar Anayasa'nın 148. maddesinin kapsamına girmektedir. Bu yasalar, Anayasa'nın, Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında bıraktığı yasalardan değildir.

90. maddede de belirtildiği gibi, yasaların iç hukuk düzeninde üstün norm olan Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'nin, bir yasanın ya da yasa hükmünün uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığını inceleme görevi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen yasa ya da yasa kurallarının anayasal denetimini yaparken, usulüne göre kabul edilmiş ve kanun hükmünde olan uluslararası sözleşmeleri, özellikle de, Anayasa'nın dayanağı, kaynağı ve gerekçesi olan insan hakları ile ilgili sözleşmeleri, göz önünde bulundurmakta, onlardan destek almaktadır.¹³

Anayasa Mahkemesi'nin, bir iptal davası ya da itiraz başvurusu olmadıkça, bir yasa kuralını kendiliğinden ele alıp inceleme ve Anayasa'ya

¹⁰ AYMK, 16.10.1990 günlü, E. 1990/32, K. 1990/25, AYMKD, 26/437.

¹¹ Bu konuda 4163 sayılı Uygun Bulma Yasası'nın incelendiği AYMK, 27.2.1997 günlü, E. 1996/55, K. 1997/33, AYMKD. 37-1/79.

¹² AYMK, 6.4.1972 günlü, E. 1972/3, K. 1972/18, AYMKD, 10/273.

¹³ Bkz., Gerekmez ve Aydın (2004).

uygunluk denetimi yapma görev ve yetkisi yoktur. Mahkeme ancak, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla gelen yasa kurallarının Anayasa'ya aykırılık savlarını inceleyebilir. Bu incelemeyi yaparken ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir.

Bir yasa kuralının, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle aynı konuda farklı hükümler içermesi ve bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının son tümcesine aykırılığı savı, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelebilir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinin gereğini yerine getirmek ve dava ya da başvuru usulüne uygun yapılmış ise, esas incelemeye geçmek durumundadır. Nitekim, 16.7.2004 günlü, 5230 sayılı Pamukbank Türk Anonim Şirketi'nin Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi'ne Devri ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un kimi hükümleri hakkında açılan iptal davasında, bu hükümler ile 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümleri karşılaştırılarak, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki ek tümceye de aykırılık savında bulunulmuştur. E. 2004/87 sayılı iptal davasının ilk incelemesi yapılarak esasın incelemesine geçilmiştir.

Aslında Anayasa Mahkemesi, yasalarla yasaların çeliştiğine bakmakla görevli değildir. *"Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında, iptali istenen kuralın öteki yasalara karşı olan durumunun, onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil, Anayasa ilkelerine ve ilkelere dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gereklidir."*¹⁴ *"Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü olarak kanun hükümlerinin değil, Anayasa kurallarının ele alınması gerektiği ortadadır."*¹⁵ Ancak, bir Anayasa kuralı olan ek tümce, artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin *"kanun hükmündeki"* uluslararası sözleşmeler ile yasaların çelişir veya çelişmez nitelikte olduğuna bakılmasını gerektirmektedir.

90. maddedeki ek tümce uygulamada ortaya çıkabilecek uyumsuzlıklardan söz ederken *"uygulama"* ve *"uyuşmazlık"* konusunda herhangi bir sınırlama getirmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen konu, Anayasa Mahkemesi yönünden bir uygulamadır ve Anayasa'nın 148. maddesine göre de Anayasa'ya aykırılık sorununun çözümlenmesi gerekmektedir. Ek tümce ile getirilen hüküm karşısında, Anayasa Mahkemesi ilgili sözleşme ile yasa hükmü arasındaki aykırılığı *"tespit"* etmekle yetinemez. Öte yandan, tespit, *"esas alma"* anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi, hem 90. maddedeki *"esas alma"* işlemi sonuçlandırmak, hem de 148. maddeye göre Anayasa'ya aykırılık sorununu çözmek durumundadır. Bunun sonucu da ilgili yasa kuralının, Anayasa'ya aykırılık savının reddi ya da iptalidir.

¹⁴ AYM, 19.6.1968 günlü, E. 1966/19, K. 1968/25, AYMKD, 7/29.

¹⁵ AYM, 21.1.1971 günlü, E. 1969/37, K. 1971/8, AYMKD, 9/229.

*“Bir yasa hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hükmün, metin olarak Anayasa’nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi lazımdır.”*¹⁶ Ek tümcede, Anayasa’nın koyduğu esas, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle, yasa hükümlerinin çelişmesi halinde, uyuşmazlığın çözümünde uluslararası sözleşmelerin esas alınmasıdır. Bu kuralla, *“uyuşmazlık çıktığı an”* ilgili uluslararası sözleşmenin iç hukuka üstünlüğü benimsenmiştir. Üstünlüğün bir başka sonucu ise, iç hukuk kuralının yürürlükte olduğu halde esas alınmamasıdır. *“Anayasa’nın koyduğu esasa”* ilişkin aykırılığın incelenmesi sırasında, ilgili yasa kuralı ile ilgili uluslararası sözleşmenin çelişen bir yönü olup olmadığı araştırılması ve buna bağlı olarak Anayasa’ya aykırılık sorununun çözümlenmesi şeklinde yapılan denetim, ek tümce ile getirilen Anayasa hükmü karşısında, uygunluk denetimidir, yerin delik denetimi olarak da nitelendirilemez. Nerede, ne zaman ortaya çıkacak uyuşmazlıkta olursa olsun, uygulanmayacak bir yasa hükmünün *“uygulama alanından kaldırılması”* yoluyla *“hukuk düzenini Anayasa’ya aykırı kurallardan arıtma görevi”* bu denetim ile yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi, geniş bir yorum yetkisine de sahiptir ve *“herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması, hukuk bilimine benimsenmiş ilkelerdendir”*.¹⁷ Ek tümcede her ne kadar, *“aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle”*, bir karşılaştırmadan söz ediliyorsa da, *“aynı konuda farklı hükümler içermesi”*, tek ve yeterli ölçüt değildir. Uluslararası sözleşme ile yasa kurallarının karşılaştırılmasında, sözleşme içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Uluslararası sözleşmenin yorumlanmasına katkıda bulunan ve sözleşmeye uygunluğu denetleyen denetim organlarının kararlarından da yararlanılacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kararlarında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nden destek alırken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararlarından da yararlanmakta, hatta bu kararları önemine göre gerekçesinde de kullanmaktadır.¹⁸ Esasa ilişkin incelemede geniş bir yorum tekniğine sahip olan Anayasa Mahkemesi, konuya bu yönden de olumlu ve yerinde katkılarda bulunacak ve hukuk düzeninin sağlanmasına gerekçe sunacaktır.

Öte yandan, bir Anayasa hükmünün, *“çıkabilecek uyuşmazlıkla”* sınırlı olarak uygulanması ve bu uyuşmazlığın da nerede ve ne zaman çıkacağının bilinmemesi, ayrıca *“esas alma”* işleminin de sadece bu uyuşmazlığa bağlanması da hukuki istikrar bakımından sorunlar doğuracaktır. Bunu, bir Anayasa kuralının çözüm getirmek yerine çözümü çoğaltmak gibi bir

¹⁶ AYMK, 24.11.1987 günlü, E. 1987/24, K. 1987/32, AYMKD, 23/419.

¹⁷ AYMK, 20.9.1984 günlü, E. 1984/8, K. 1984/10, AYMKD, 20/298.

¹⁸ Bkz., Gerekmez ve Aydın (2004).

fonksiyon üstlendiği şeklinde de yorumlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi,¹⁹ itiraz başvurularında olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar verme yetkisi de bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, ek tümceye aykırılık nedeniyle usulüne uygun olarak açılan iptal davaları ve itiraz başvurularını, Anayasa'nın 90. maddesi veya bu maddeyle birlikte Anayasa'nın diğer kuralları yönünden inceleyerek iptal kararı vermesinin doğal bir sonucu, iptal edilen yasa kuralının aynı zamanda, karşılaştırma yapılan uluslararası sözleşmeye de aykırılığının tespiti şeklinde ortaya çıkacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin, yasaların uluslararası sözleşmelere aykırılığını inceleme görevi bulunmadığından bu aykırılık tespitinin "destek" olarak kabulü gerekir. Mahkeme, bu tespiti yaptıktan sonra, Anayasa normunu esas alarak iptal kararı vereceğinden, bu durumda anayasal sınırlar içinde kalmış olacaktır.

Aslında, İnsan Hakları Sözleşmeleri ile Anayasa ve Anayasa Yargısı arasındaki bağlantı, 1962 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denetime başladığı yıllarda kurulmuş ve önemini artırarak gelişmiştir. 11.10.1963 günlü kararda, "kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı" tutmasının gerektiği ve "kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa'nın" bulunduğu belirtilerek, İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), temel hukuk prensiplerinin yer aldığı kurallar bütünü olarak gösterilmiştir.²⁰ Söz konusu Beyanname ve Sözleşme'nin buyurucu ve bağlayıcı içeriğinin "üstün ve evrensel hukuk kuralı" niteliğini taşıdığı belirtilmiştir. 29.1.1980 günlü kararda da, "İnsanın içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasa'nın başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur" denilmiştir.²¹

¹⁹ 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir". Anayasa Mahkemesi bu konuyu da itiraz konusu kuralın niteliği ve olayın özelliğine göre sonuçlandırmış, sınırlı ve tarafları bağlayıcı yorum yerine, kuralın tüm ilgililer üzerindeki etkisine bakarak, salt olayla ilgili, sınırlı ve tarafları bağlayıcı olarak iptal yönüne gidilmesini yerinde görmemiştir. (AYMK, 18.10.1974 günlü, E. 1974/18, K. 1974/42, AYMKD, 12/373; 23.1.1979 günlü, E. 1978/14, K. 1979/6, AYMKD, 17/21).

²⁰ AYMK, 11.10.1963 günlü, E. 1963/124, K. 1963/243, AYMKD, 1/422.

²¹ AYMK, 29.1.1980 günlü, E. 1979/80, K.1980/11, AYMKD, 18/87.

Anayasa Mahkemesi, İHEB ve İHAS'ı Anayasa'ya uygunluk denetiminde doğrudan dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetirken ve aydınlatıcı, destekleyici ya da zenginleştirici norm olarak kullanırken, kimi kararlarında, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralın İHAS'e de uygun olup olmadığını belirtmiştir.

27.9.1967 günlü kararda, örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kuralın Anayasa'ya aykırılık savı reddedilirken, İHAS'ın konuyla ilgili kuralına yer vererek, "*Öte yandan bu sınırlama, 6366 sayılı Kanun'la onaylanmış olan İHAS'nin 11. maddesinin 2 sayılı bendine de uygundur*" ifadesine yer verilmiştir.

29.11.1990 günlü kararda, uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş kurallara ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa kuralına birlikte gönderme yapılarak, dava konusu hükmün her iki kurala da aykırı olduğu belirtilmiştir. Karara göre, "*Medeni Yasa'nın 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleğini yürütmesine izin vermesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş 'kadın, erkek eşitliği' ve 'karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları' kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır*".²²

28.2.1991 günlü kararda da, Medeni Kanun'un 292. maddesinin evli erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınmayacağına ilişkin bölümü Anayasa'nın, temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlıklı 12. maddesi yönünden incelenirken, insan ve çocuk hakları ile bu konulardaki bildiri ve sözleşmelere yer verildikten sonra, itiraz konusu kuralın, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasa'ya ve bu konudaki uluslararası güvencelere aykırı düştüğüne karar verilmiştir.²³

SONUÇ

a. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ek tümcede, uyuşmazlığın çıkacağı yerler ve uyuşmazlık sonucunda ilgili sözleşmeyi esas alacak olanlar yönünden bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu Anayasa hükmü, Anayasa'nın diğer hükümleri gibi, Anayasa'nın 11. maddesine göre, "*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri*", herhangi bir ayırım yapılmaksızın, bağlamaktadır. Belirli organ, kişi ya da uyuşmazlıklar yönünden sınırlama yapmak yorumu daraltır.

²² AYMK, 29.11.1990 günlü, E. 1990/30, K. 1990/31, AYMKD, 27-1/48.

²³ AYMK, 28.2.1991 günlü, E. 1990/15, K. 1991/5, AYMKD, 27-1/161.

b. Ek tümcenin uygulanması sonucu, “esas alınacak” sözleşme hükümleri karşısında “esas alınmayacak”, başka bir anlatımla “uygulanmayacak” yasa hükümlerinin Türk hukuk sistemindeki “konumu ve geleceği”, bu hükümler yürürlükte tutularak belirlenemez; uygulanmayacak yasa hükümlerinin yürürlükte kalmasının hukuksal yararı bulunmamaktadır.

c. Uygulanmama ile yürürlükte olmamanın sonuçları aynı değildir. “Esas alınmayacak” ve böylece “uygulanmayacak” hükümler, yürürlükte kaldığı sürece, farklı zamanlarda ve/veya farklı yerlerde farklı uygulamalar ortaya çıkabilecek bu da, “hukukun üstünlüğü”, “hukuk devleti”, “hukuk güvenliği”, “hukuki istikrar”, “adaletli hukuk düzeni” ve “eşitlik” gibi temel hukuk ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

d. “Uygulanmayacak” yasa kurallarının yürürlükten kaldırılması yasama organının, Anayasa’ya aykırılığının saptanarak iptal edilmesi de Anayasa Mahkemesi’nin görevidir. Anayasa’nın 11. maddesi karşısında, 90. maddenin son fıkrasındaki ek tümce bu iki organı da bağlamaktadır. “Uygulama” ve “uyuşmazlık” bu iki organın da görevleri sırasında ortaya çıkabilir.

e. Ek tümce karşısında, yasama organının görevi, yürürlükte bulunan yasaların, ek tümce doğrultusunda taranarak yürürlükten kaldırılması ve “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma” hükümlerine karşın, uygulanmayacağını bile bile, yasa çıkarılmamasıdır.

f. Ancak, yasama organı’nın bu gerekleri geciktirmesi ya da yerine getirmemesi durumunda, “son görev ve yetki”, yasaların Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekle görevli ve yetkili olan Anayasa Mahkemesi’ne aittir. Anayasa Mahkemesi tarafından, “içerik yönünden yapılan yargısal denetimde, yasanın aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa maddelerinin ve bu maddelerle ilişkisi bulunan Anayasa ilkelerinin de geniş bir yorumlama süzgecinden geçirilmesi zorunludur.”²⁴

Anayasa Mahkemesi, bu konuda kuşkusuz yasama organından da daha büyük bir sorumluluk karşındadır. Her ne kadar ek tümce, yasama organı’na da artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırı yasa çıkarmama konusunda bir sorumluluk veriyorsa da, yasama organı’nın böyle bir yasayı çıkarmasını engelleyici hükme de yer vermemiştir. Bunun denetimini yapacak tek organ Anayasa Mahkemesi’dir. Anayasa Mahkemesi, anayasal denetim yönünden istisna getirmeyen ek tümceyi gözetmek zorundadır; aksi halde Anayasa’ya aykırılık sorununu, anayasal denetim yönünden istisna getirilmeyen bir maddeye dayanarak inceleyip sonuçlandırmamakla karşı karşıya kalacaktır.

²⁴ AYMK, 17.7.1990 günlü, E. 1990/1, K. 1990/21, AYMKD, 26/301.

g. Anayasa Mahkemesi yapacağı inceleme sonucu, Anayasa'nın 90. maddesindeki ek tümceye göre, esas alınmayacak, başka bir deyişle uygulanmayacak bir yasa kuralını iptal ederken, hem kimi uyumsuzluklarda uygulanmayacak, ancak yürürlükte olduğu için kimi yerlerde uygulanmaya devam edecek yasa kuralının, farklı yerlerde uygulanmasının ortaya çıkaracağı eşitsizliği ve adaletsizliği gidermiş olacak, hem de yasama organına ek tümcedeki sözleşmelere aykırı yasa çıkarmama konusunda gerekçe sunacaktır.

h. Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ek tümceye aykırılığı ileri sürülen yasa hükmü yönünden öncelikle "tespit" ile başlayacaktır. Mahkeme, önüne gelen kuralın anlam ve kapsamına ve özelliğine göre inceleme yapacak, ilk incelemenin aşılması durumunda esas incelemeye geçecektir.

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma" ile Anayasal denetimi yapılan yasanın *"aynı konuda farklı hükümler"* içerdiğinin tespiti durumunda, iki sonuç ortaya çıkabilecektir. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kural, insan hakları, temel hak ve özgürlükler yönünden *"sözleşme"* hükmünden daha geniş ve lehe olabilir ki bu durumda, Anayasa'nın 90. maddesi hükmüne karşın, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ilkeleri ve evrensel insan hakları kuralları gerekçe gösterilerek, Anayasa'ya aykırılık savı reddedilebilir. İkinci sonuç ise uluslar arası sözleşme ile çelişerek, ona uygun olmayan yasa kuralının, artık uygulanmaz duruma geldiği ve Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki ek tümceye aykırılığı nedeniyle iptalidir.

i. Yasaların Anayasa'ya aykırılığını denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi, incelediği yasa kuralı ile uluslararası sözleşmenin aynı konuda farklı hükümler içerdiğini, bu nedenle de temel hak ve özgürlüğün sınırlandırıldığını tespit edecek, bu gerekçeyle de, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ek tümceye aykırılık kararı verebilecektir. Mahkeme, denetiminde kuşkusuz Anayasa'nın diğer kurallarından da yararlanacaktır. Böylece, anayasal sınırlar içinde kalmış, aynı zamanda da, *"Kanunların Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır"*²⁵ ilkesine de uygun hareket etmiş olacaktır. Böyle bir ilkeyi benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 90. maddesindeki ek tümce yönünden denetim yapması, Anayasa ile kendisine verilen bir görev olduğu kadar insan haklarını korumanın ve hukukun üstünlüğünün de gereğidir.

²⁵ AYMK, 22.12.1964 günlü, E. 1963/166, K. 1964/76, AYMKD, 2/288; 27.3.1986 günlü, E. 1985/31, K. 1986/11, AYMKD. 22/115.

İCRA HUKUKUNDA SÜRELER

Av. Talih UYAR*

İcra ve iflas hukukunda yer alan “sürelere ilişkin kurallar”, İİK m. 19’da HUMK m. 161 ve 162’ye paralel şekilde düzenlenmiştir.

I. Süreler, gün, ay ve yıl olarak hesaplanır.

aa. Gün olarak belirlenen sürelerde “ilk gün” hesaba katılmaz, (İİK m. 19/I)¹ örneğin; örnek 163 ödeme emri borçluya 2.2.2004 tarihinde tebliğ edilmişse, 5 günlük itiraz süresi 7.2.2004 günü tatil saatinde sona erer. Ancak, ayrıık olarak, yasada ilk günün hesaba katılacağı açıkça belirtilmişse, ilk gün hesaba dahil edilerek süre hesaplanır. Örneğin; “karısı veya kocası ve kan ve sıhriyet itibariyle usul veya fürundan birisi ölen bir borçlu aleyhine, ölüm günüyle beraber 3 gün talik olunur” (İİK m. 52). Keza, “terekenin borçlarından dolayı ölüm günü ile beraber 3 gün takip geri bırakılır” (İİK m. 53/II). Bu ayrıık durumların dışında, özellikle bütün şikayet ve itirazınız sürelerinin hesaplanmasında, sürenin başladığı ilk günün hesaba katılmaması gerekir.

bb. Ay ve yıl olarak belirlenen süreler, ayın ya da yılın kaçınıcı günü işlemeye başlamış ise, biteceği ay veya yılın aynı gününde (örneğin; 10.2.2004 tarihinde işlemeye başlayan “altı aylık süre” (İİK m. 67/I) 10.8.2004 günü tatil saatinde; 10.2.2004 günü işlemeye başlayan “iki yıllık süre” (İİK m. 100/I) 10.2.2006 günü tatil saatinde ve biteceği ayın sonunda böyle bir gün yoksa ayın son günü (örneğin; 31 Martta başlayan bir aylık süre (İİK m. 272/I)), 30 Nisanda biter.

II. Bu süreler, yasanın öngördüğü şekilde bazen tefhim (İİK m. 65/V, 97/VI, 264/I, II, III, 363 vs.) bazen tebliğ (İİK m. 62/I, 65/II, V vs.) bazen öğrenme (16/I, 96/III, 134/II, IV, 347 vs.) bazen bir olayın oluş tarihi “ölüm tarihi” (İİK m. 52, 53), “ihale tarihi” (İİK m. 134) bazen ilan (İİK m. 44/II,

¹ İzmir Barosu üyesi.

¹ Bkz., 12. HD. 25.10.2002 T. 13358/21837; 29.6.1999 T. 8379/8903; 8.7.1998 T. 7571/8350; 20.6.1986 T. 13068/7230

235/I, 392/I) bazen bir işlemin yapılması “*haciz işleminden itibaren*” (İİK m. 106) tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Öğleden sonra tatil olan günler Ramazan ve Kurban Bayramları'nın arife günleri; 28 Ekim günü, işgünüdür. Sürenin son günü böyle bir güne rastlarsa, süre o gün öğle saatinde sona erer.

Bir sürenin sonuncu günü “*resmi tatil günü*” ne rastlarsa, süre “*tatili izleyen günde*” ve o günün tatil saatinde (İİK m. 19/IV)² biter (İİK m. 19/III).³

Buna karşın, “*resmi tatil günleri*” süreye dahildir. Yani, sürenin içinde kalan resmi tatil günleri de hesaba dahil edilir ve bu nedenle süre uzatılmaz.⁴ Örneğin; borçluya 3.2.2004 pazartesi tarihinde icra emri tebliğ edilmiş ve 5.2.2004 - 8.2.2004 tarihleri Kurban Bayramı'na rastlarsa, 7 günlük süre 4.2.2004 salı günü işlemeye başlar, 10.2.2004 pazartesi günü tatil saatinde biter. Görüldüğü gibi bu durumda, borçluya itiraz için sadece 2 gün kalmaktadır. Başka bir deyişle, 7 günlük yasal itiraz süresi fiilen 2 güne inmiş olmaktadır: Doktrinde⁵ bu durumun adil olmadığı belirtilerek “*gün*” yerine “*iş günü*” kavramının yapılacak yasa değişikliğinde kabul edilmesi Ticaret Yasası, Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Yasaları örnek gösterilerek önerilmiştir.

III. Resmi tatil günleri nelerdir? 2429 sayılı “*Ulusal Bayram ve Genel Tattiller Hakkındaki Kanun*” a ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre:

a. Ulusal bayram (Cumhuriyet Bayramı): 28 Ekim günü saat 13:00'den itibaren başlar ve 29 Ekim günü devam eder.

b. Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı: 23 Nisan günü,

c. Resmi bayram günleri,

aa. Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı: 19 Mayıs günü,

bb. Zafer Bayramı: 30 Ağustos günü,

d. Dini bayram günleri,

aa. Ramazan Bayramı: Arife günü saat 13:00'den itibaren 3,5 gün,

bb. Kurban Bayramı: Arife günü saat 13:00'den itibaren 4,5 gün,

² Bkz., 12. HD. 1.11.1982 T. 8067/7881

³ Bkz., 12. HD. 8.11.2002 T. 20910/22881; 15.10.1999 T. 10914/12395; 15.2.1994 T. 16972065; 20.6.2002 T. 12213/13285; 21.4.2000 T. 5420/6443; 20.4.2000 T. 5605/6283; 19.4.2002 T. 7043/8237; 9.12.1999 T. 15359/16106; 28.9.1998 T. 8779/9653; 22.9.1997 T. 8594/9086; 20.12.1983 T. 10224/11434; 13.10.1981 T. 5774/7422

⁴ Bkz., 12. HD. 21.4.1977 T. 7435/7711

⁵ MOROĞLU, E. *İcra ve İflas Kanunu'nun Uygulanmasında Güncel Sorunlar Sempozyumu*, s. 114 Karşı görüş için bkz., POSTACIOĞLU, İ. a.g.e., Sempozyum, s. 120

e. Yılbaşı: 1 Ocak günü.

Yukarıda belirtilen bu günlerde tüm “resmi daire ve kuruluşlar” tatil edilir. Hafta tatili cumartesi⁶ ve pazar günüdür.

IV. Süreler ya İcra ve İflas Kanunu’nda açıkça belirlenmiştir ya da bu belirlemeyi, yasanın öngördüğü durumlarda icra ve iflas organı genellikle icra memuru yapar:

a. İcra ve İflas Kanunu’nda Belirlenmiş Olan Süreler: İcra ve İflas Kanunu’nda belirlenmiş olan süreler çok değişiktir.⁷ Kanun yapıcı bu süreleri; 1 gün, 3 gün, 5 gün, 7 gün, 1 hafta, 10 gün, 15 gün, 20 gün, 30 gün, 1 ay, 2 ay, 3 ay, 4 ay, 6 ay, 1 yıl, 2 yıl, 5 yıl, 10 yıl ve 20 yıl olarak öngörmüştür.

İcra ve İflas Kanunu’nda açıkça belirlenmiş olan bu süreleri öngördükleri maddelerle birlikte şöyle sıralamak mümkündür.⁸

<u>İİK m.</u>	<u>Süre</u>	<u>İİK m.</u>	<u>Süre</u>	<u>İİK m.</u>	<u>Süre</u>	<u>İİK m.</u>	<u>Süre</u>
7/I	1 yıl	97/IX	7 gün	II	7 gün	270/III	15 gün
I	10 yıl	99	7 gün	163/II	4 ay	271/I	10 gün
9	1 gün	101/I	1 yıl	164/I	10 gün	272/I	1 ay
16/I	7 gün	II	7 gün	168/I-2	10 gün	II	15 gün
18/III	10 gün	103	3 gün	3	5 gün	III	7 gün
III	30 gün	104/III	3 gün	4	5 gün	274/I	7 gün

⁶ 657 sayılı Devlet Memurları K. m. 99/II

⁷ 16.12.1994 tarihinde yapılan ve 1.1.1997 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu’ndaki son değişikliklerle, Kanton Usul Kanunları’nda oldukça farklı düzenlenmiş olan sürelerin hepsi 20 güne çıkarılmıştır. Örneğin; borçtan kurtulma davası (İsviçre İİK m. 83/II), istihkak davası (İsv. İİK m. 107/IV; 108/II), hacizde ve iflasta sıra cetveli davası (İsv. İİK m. 148/I; 250/I), iflasta istihkak davasında (İsv. İİK m. 242/II) süreler yeknesak bir biçimde yirmi gün olmuştur. Eğer dava gereksiz yere sürüncemede bırakılmıyorsa veya daha kısa süre için bir usul ekonomisi (daha az yargılama gideri) gerekçesi yoksa veya basitlik bakımından sürenin kısa olması gerekmiyorsa şimdiye kadar mutad 10 günlük süre korunmuştur... Davaya katılanlardan (borçlu, alacaklı veya üçüncü kişi) birisi yurtdışında ise, süre uzatılabilir (İsv. İİK m. 33/II). Bu, İsviçre İİK’nun hem mahkemeler hem idari makamlar için öngördüğü süreler için geçerlidir. Ancak bu itiraz, dava ve şikayet süreleri içindir (Taşpınar, S., *İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış* (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 2004, s. 611 vd.)).

⁸ Kuru, B., *İcra ve İflas Hukukunda Müddetler* (H. C., Oğuzoğlu’na Armağan, 1972, s. 621 vd.) Yener, G., (“İcra ve İflas Kanunu’ndaki Müddetlerin Değişikliği” a.g.e., Sempozyum, s. 90 vd.).

24/I	7 gün	106/I	1 yıl	5	5 gün	276/II	3 gün
25/I	7 gün	I	2 yıl	6	10 gün	III	7 gün
26/I	7 gün	111/I	hemen	6	3 gün	278/II	2 yıl
IV	5 gün	II	3 ay	169a/I	30 gün	280/I	5 yıl
IV	30 gün	III	1 yıl	III	6 ay	284	5 yıl
29/II	7 gün	III	2 yıl	170a	5 gün	285/V	6 ay
31/I	7 gün	III	10 yıl	171/II-2	5 gün	V	1 yıl
32	7 gün	112/I	1 ay	3	5 gün	286/II	5 gün
33/I	7 gün	116/I	5 gün	4	5 gün	III	10 gün
33a/II	7 gün	118/I	7 gün	172	5 gün	287/I	10 gün
39/I	10 yıl	123	2 ay	173/I	5 gün	II	3 ay
44/I	15 gün	124/II	10 gün	II	15 gün	VI	2 ay
II	1 yıl	125/II	1 yıl	III	7 gün	291/III	10 gün
III	2 ay	126/I	7 gün	178/II	15 gün	292/I	20 gün
V	2 ay	I	1 ay	III	hemen	II	10 gün
52	3 gün	126/II-3	10 gün	179b/IV	1 yıl	294/III	10 gün
53/I	3 gün	126/II-4	15 gün	194/I	10 gün	295/II	10 gün
56	1 gün	128/I	3 gün	206/V-C	1 yıl	296/I	10 gün
60/2	7 gün	128a/I	7 gün	208/III	3 ay	299	10 gün
3	7 gün	II	1 yıl	217	30 gün	301/I	10 gün
4	7 gün	III	10 gün	218/II	20 gün	302	10 gün
61/I	3 gün	130	10 gün	II	2 ay	303/III	2 ay
62/I	7 gün	133/I	hemen	219/I	10 gün	307/I	10 gün
II	3 gün	I	3 gün	219/II-2	1 ay	309ç/II	7 gün
65/II	3 gün	I	7 gün	5	10 gün	309g/II	6 ay
V	7 gün	I	10 gün	220	10 gün	309h/I	10 gün
66/II	hemen	134/II	7 gün	221/IV	7 gün	309i/II	5 yıl
67/1	1 yıl	II	20 gün	223/III	7 gün	318/I	6 ay
68/I	6 ay	III	10 gün	V-1	7 gün	320/I	10 gün

68a/I	6 ay	VI	1 yıl	225	7 gün	322	hemen
68b/I	15 gün	135/I	7 gün	228/II	7 gün	323/II	1 yıl
II	1 ay	II	15 gün	232	3 ay	II	2 yıl
69/II	7 gün	142/I	7 gün	235/I	15 gün	327/I	4 ay
72/VII	1 yıl	143/III	1 yıl	237/II	20 gün	329/II	6 ay
75/I	3 gün	VI	1 yıl	242/I	1 ay	332/I	2 yıl
77	7 gün	VI	20 yıl	249/I	10 gün	II	2 yıl
78/II	1 yıl	146/1	15 gün	256	6 ay	336	1 ay
79/I	3 gün	2	7 gün	261/I	10 gün	339/I	7 gün
84/I	2 ay	147/I-2	7 gün	262/II	3 gün	347	3 ay
89/II	7 gün	149/II	30 gün	264/I	7 gün	347	1 yıl
III	7 gün	149a/I	7 gün	II	7 gün	352/I	5 gün
III	15 gün	149b/I-1	30 gün	III	1 ay	353/I	7 gün
III	20 gün	2	7 gün	IV	1 ay	355/I	1 hafta
III	1 yıl	150	7 gün	265/I	7 gün	356/III	hemen
III	2 yıl	150e/I	1 yıl	II	7 gün	357	hemen
V	3 gün	I	2 yıl	267/II	7 gün	358/III	7 gün
94/III	1 ay	152/III	1 yıl	III	7 gün	362	10 yıl
96/II	3 gün	153/I	15 gün	269/II	7 gün	363/II	10 gün
III	7 gün	155	7 gün	III	6 ay	366/I	15 gün
97/VI	7 gün	156/IV	1 yıl	IV	3 gün	III	10 gün
97/VIII	1 yıl	157	1 ay	269a	6 ay		
VIII	2 yıl	158/I	15 gün	269c/III	10 gün		

İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olan bu süreleri bir başka açıdan aşağıdaki şekilde de sıralamak mümkündür:

Hemen;

İİK 66/II (imzaya itiraz halinde, alacaklının icra dairesinden, tatbika medar imzaların celbini isteme süresi).

İİK 111/I (borcun taksitle ödenme teklifinde; birinci taksitin yatırılma süresi).

İİK 133/I (taşınmaz ihale bedelinin yatırılma süresi).

İİK 168/I (kam. sen. mah. hac. yolu ile takiplerde; borçluya senet sureti ile birlikte ödeme emri gönderilme süresi).

İİK 178/III (borçlunun, aczini bildirerek iflasını isteme süresi).

İİK 264/II (ihtiyati haciz kararına dayalı haciz yoluyla takiplerde; itirazın alacaklıya tebliğ süresi).

İİK 267/II (ihtiyati haciz kararına dayalı iflas yoluyla takiplerde; itirazın alacaklıya tebliğ süresi).

İİK 322 (kesinleşmiş fevkalade mühlet kararının ilanı süresi).

İİK 353/III (borçlunun maaş ve ücretinde kesinti yapmakla görevli kişiler hakkındaki malumatın icra dairesine verilme süresi).

İİK 357 (ilgililerin, icra dairesince yapılan tebliğ ve emirleri yerine getirme süresi).

1 gün;

İİK 9 (para ve değerli eşyanın tevdi süresi).

İİK 56 (müddetin sonunun, talik gününe rastlaması halinde müddetin ne kadar uzayacağı).

3 gün;

İİK 52 (borçlunun ailesinden birinin ölmesi halinde takibin tatili süresi).

İİK 53/I (terekenin borçlarında ölüm nedeniyle takibin tatili süresi).

İİK 61/I (borçluya ödeme emri gönderme süresi).

İİK 62/II (alacaklıya, takibe itiraz edildiğinin bildirilme süresi).

İİK 65/II (gecikmiş itirazda bulunma süresi).

İİK 75/I (mal beyanında bulunma süresi “*genel haciz yolu ile takiplerde; itirazın iptaline veya itirazın kaldırılmasına veya kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde; ödeme emrine itirazın reddine karar verilmesi halinde*”).

İİK 79/I (hacze başlama süresi).

İİK 89/V (gecikmiş itirazda bulunma süresi).

İİK 96/II (istihkak iddiasına itiraz süresi).

İİK 103 (haciz tutanağını davet üzerine inceleme süresi).

İİK 104/III (hacze iştirak halinde davet süresi).

İİK 128/I (mükellefiyet listesine itiraz süresi).

İİK 133/I (kendisine taşınmaz ihale olunan kimsenin ihale bedelini yatırmaması üzerine, bu kişiden önce en yüksek teklifte bulunan kimseye taşınmazı teklif ettiği bedelle alıp almayacağını bildirmesi için tanınan süre).

İİK 168/I-VI (kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde ödeme emrine itirazın reddedilmesi halinde, mal beyanında bulunma süresi).

İİK 262/II (ihtiyati haciz tutanağının tebliğ süresi).

İİK 276/II (kiralanan taşınmazda tahliye sırasında üçüncü kişi ile karşılaşılması halinde tahliyeyi erteleme süresi).

5 gün;

İİK 26/IV (taşınmazların tahliye ve tesliminde, taşınmaz içinde bulunup da ilama dahil olmayan eşyanın borçlu tarafından, icra dairesinin teslim ettiği yerden veya alacaklıdan alınma süresi).

İİK 168/I-3 (kam. sen. mah. hac. yoluyla takiplerde; takip dayanağı senedin kambyo senedi niteliğinde olmaması halinde, şikayet süresi).

İİK 168/I-4 (kam. sen. mah. hac. yoluyla takiplerde; imzaya itiraz süresi).

İİK 168/I-5 (kam. sen. mah. hac. yoluyla takiplerde; borca itiraz süresi).

İİK 170 a (kam. sen. mah. hac. yoluyla takiplerde; takip dayanağı senedin kambyo senedi niteliğinde olmaması halinde şikayet süresi).

İİK 171/II-2 (kam. sen. mah. iflas yoluyla takiplerde ödeme süresi).

İİK 171/II-3 (kam. sen. mah. iflas yoluyla takiplerde; itiraz ve şikayet süresi).

İİK 171/II-4 (kam. sen. mah. iflas yoluyla takiplerde; borçlunun iflasının istenme süresi).

İİK 172 (kam. sen. mah. iflas yoluyla takiplerde; itiraz ve şikayet süresi).

İİK 173/I (kam. sen. mah. iflas yoluyla takiplerde; itiraz ve şikayetlerin icra dairesine bildirilme süresi).

İİK 286/II (konkordato müddetinin kendiliğinden kalkma süresi).

İİK 352/I (icra tetkik merciinin, duruşma yaptığı durumlarda, icra suçları hakkında karar verme süresi).

7 gün;

İİK 16/I (şikayet süresi).

İİK 24/I (ilamda hükmolunan menkulü teslim süresi).

İİK 25/I (ilamda hükmolunan çocuğu teslim süresi).

İİK 26/I (ilamda hükmolunan gayrı menkulü teslim süresi).

İİK 29/II (gemi veya gayrı menkulde bulunan üçüncü kişiye tanınan dava açma süresi).

İİK 31/I (kaldırılmasına veya yerine getirilmesine hükmolunan irtifak hakları ile gemi üzerindeki intifa haklarına ilişkin ilamların yerine getirilme süresi).

İİK 32 (para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamlarda; borcun ödenme ve teminatın verilme süresi).

İİK 33/I (ilamlı takiplerde icranın geri bırakılmasını isteme süresi).

İİK 33 a/II (ilamın zamanaşımına uğramadığı konusunda genel mahkemede dava açma süresi).

İİK 60/2 (genel haciz yoluyla takiplerde; borcun ödenme süresi).

İİK 60/3 (genel haciz yoluyla takiplerde; imza itirazında bulunma süresi).

İİK 60/4 (genel haciz yoluyla takiplerde; mal beyanında bulunma süresi).

İİK 62/I (genel haciz yoluyla takiplerde; ödeme emrine itiraz süresi).

İİK 65/V (gecikmiş itirazda; mazeretin kabulü kararından itibaren itirazın kaldırılmasını veya itirazın iptalini isteme süresi).

İİK 69/II (borçtan kurtulma davası açma süresi).

İİK 77 (sonradan kazanılan malları beyan süresi).

İİK 89/II (birinci haciz ihbarnamesine itiraz süresi).

İİK 89/III (birinci ve ikinci haciz ihbarnamesine itiraz süresi).

İİK 96/III (borçlu veya üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunma süresi).

İİK 97/VI (üçüncü kişinin tetkik merciinde istihkak davası açma süresi).

İİK 97/IX (üçüncü kişinin, hacedilen şey veya satılıp da bedeli henüz alacaklıya verilmemiş bedel hakkında istihkak davası açma süresi).

İİK 99 (üçüncü kişinin zilyetliği halinde, alacaklının üçüncü kişi hakkında istihkak davası açma süresi).

İİK 101/II (hacze iştirak taleplerine iştirak süresi).

İİK 118/I (satış bedelinin ödenme süresi) “*menkullerde*”.

İİK 126/I (düzeltme ilan süresi).

İİK 128a/I (kıymet takdirine şikayet süresi/şikayet tarihinden itibaren gerekli masraf ve ücretin yapılacak bilirkişi incelemesi için merci dosyasına yatırılma süresi).

İİK 133/I (ihale bedelinin yatırılmaması nedeniyle ihalenin feshinden sonra en yüksek teklifte bulunan kimsenin taşınmazı almayı kabul etmemesi halinde yeniden yapılacak ihalenin ilan süresi).

İİK 134/II (ihalenin feshini isteme süresi).

İİK 135/I (ihale edilen taşınmazın alıcı adına tapuya tescil süresi).

İİK 142/I (sıra cetveline itiraz davası açma süresi).

İİK 146/2 (menkul rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde; itiraz süresi).

İİK 147/I-2 (menkul rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde; mal beyanında bulunma süresi).

İİK 149a/I (ip. par. çev. yolu ile ilamlı takiplerde; icranın geri bırakılmasını isteme süresi).

İİK 149b/I-2 (ip. par. çev. yolu ile ilamsız takiplerde; ödeme emrine itiraz süresi).

İİK 150 (ip. par. çev. yolu ile ilamsız takiplerde; ödeme emrine itiraz süresi).

İİK 155 (iflas yoluyla takiplerde ödeme süresi).

İİK 158/II (depo kararının yerine getirilme süresi).

İİK 173/III (iflas davasında; borcun yatırılması “*depo edilmesi*” için borçluya tanınan süre).

İİK 221/IV (iflas bürosunun işlemlerine karşı şikayet süresi).

İİK 223/III (iflas idaresi toplantıları için çağrı süresi).

İİK 223/V-1 (iflas idaresinin, alacaklılar toplantısının kararlarına karşı, tetkik merciine şikayet süresi).

İİK 225 (iflasta alacaklılar toplantısının kararlarına karşı şikayet süresi).

İİK 228/II (iflas idaresinin üçüncü kişinin istihkak iddialarını reddetmesi halinde, istihkak davası açması için üçüncü kişiye verdiği süre)

İİK 264/I (ihtiyati haczi tamamlayan merasim süresi).

İİK 264/II (ihtiyati haciz kararının uygulanmasından sonra gönderilen ödeme emrine itiraz edilmesi halinde, itirazın kaldırılmasını isteme veya itirazın iptali davası açma süresi).

İİK 265/I (ihtiyati haciz kararına itiraz süresi).

İİK 265/II (üçüncü kişilerin, ihtiyati haciz kararına itiraz süresi).

İİK 267/II (ihtiyati haciz kararından sonra iflas yolu ile takibe başvurulması halinde itirazın kaldırılmasını isteme süresi).

İİK 267/III (ihtiyati haciz kararından sonra iflas yolu ile takibe başvurulması ve ödeme emrine itiraz edilmemesi halinde iflas davası açma süresi).

İİK 269/II (temerrüt nedenine dayalı ilamsız tahliye takiplerinde ödeme emrine itiraz süresi).

İİK 272/III (tahliye emrine itiraz süresi).

İİK 274/I (tahliye emrine itiraz süresi).

İİK 276/III (tahliye takiplerinde tetkik merciinin tahliye isteyene veya üçüncü kişiye mahkemeye müracaat için verdiği süre).

İİK 309ç/II (mal var. terki sur. konkordatoda; tasfiye memurlarının satış kararına karşı "alacaklılar kurulu"na itiraz ve bu kurumun kararlarını şikayet süresi).

İİK 339/I (mal beyanından sonra kazanılan malları ve kazanç ile gelirden meydana gelen artışları icra dairesine bildirme süresi).

İİK 358/III (yedieminlerin, icra dairesinin tazmin kararına karşı tetkik merciine şikayet süresi).

1 hafta;

İİK 355/I (borçlu memur ve müstahdemlerin maaş ve ücretlerinin hacz edildiği hususunun, ilgili icra dairesine bildirilme süresi).

10 gün;

İİK 18/III (tetkik merciinde duruşma yapılmayan işlerde karar verme süresi).

İİK 124/II (şartnamenin açık bulundurulma süresi) “*gayri menkul satışlarında*”.

İİK 126/II-3 (gayri menkul satışlarında; birinci arttırma ile ikinci arttırma günü arasında bulunması gereken süre).

İİK 128a/III (kıymet takdirine yönelik şikayetlerde, tetkik merciince yetkisizlik kararı verilme süresi).

İİK 130 (satış bedelini ödeme süresi) “*gayri menkul satışlarında*”.

İİK 133/I (taşınmaz ihale bedelinin yatırılma süresi).

İİK 134/III (ihalenin feshine ilişkin şikayetlerde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verme süresi).

İİK 164/I (iflas kararının temyiz süresi).

İİK 168/I-2 (kam. sen. mah. hac. yolu ile takiplerde; borcu ödeme süresi).

İİK 168I-6 (kam. sen. mah. hac. yolu ile takiplerde; mal beyanında bulunma süresi).

İİK 194/I (iflasta; hukuk davalarının durma süresi).

İİK 219/I (adi tasfiyenin ilan süresi).

İİK 219/II-5 (iflasın adi tasfiyesinden ilk alacaklılar toplantısının yapılacağı süre).

İİK 220 (reddedilen miraslarda alacaklıların kayıt süresi).

İİK 249/I (pay cetveli ile son hesabın iflas dairesine bırakılma süresi).

İİK 261/I (ihtiyati haciz kararının infazını isteme süresi).

İİK 269c/III (temerrüt nedenine dayalı tahliye takiplerinde tahliye kararının infazı için geçmesi gereken süre).

İİK 271/I (kiralananadan kaçırılan eşyayı geri isteme süresi).

İİK 286/III (konkordato talebinin reddi kararının temyiz süresi).

İİK 287/I (konkordato mühletine itiraz süresi).

İİK 291/III (ilgililerin, konkordato komiseri tarafından kıymeti takdir edilen rehinli malların kıymetinin yeniden takdirini isteme süresi).

İİK 292/II (konkordatoda, alacaklıların belgeleri inceleyebilme süresi).

İİK 294/III (konkordatoya katılma süresi).

İİK 295/II (konkordatoya muvafakat etmiş alacaklıların müşterek borçlu ile borçlunun kefillerine haber verme süresi).

İİK 296/I (konkordatoya ilişkin dosyanın komiserce mahkemeye sunulma süresi).

İİK 299 (konkordato hakkında verilen kararın temyiz süresi).

İİK 301/I (konkordatonun reddinden sonra iflasa karar verme süresi).

İİK 302 (konkordatoda alacakları itiraza uğramış alacaklılara tanınan dava açma süresi).

İİK 307/II (konkordatonun feshi talebi üzerine mahkemece verilecek kararı temyiz süresi).

İİK 309h (kon. tas. memurlarının hazırladığı pay cetvelinin, iflas dairesinde incelenmek için hazır bulundurma süresi).

İİK 320/I (fevkalade mühlet kararının temyiz süresi).

İİK 363/II (tetkik mercii kararlarının temyiz süresi).

İİK 366/III (tetkik merciiinin hukuk kararlarına karşı, karar düzeltme isteminde bulunma süresi).

15 gün;

İİK 44/I (ticareti terk edenlerin durumu ticaret siciline bildirim zorunluluğu süresi).

İİK 68b/I (borçluya hesap özetini noter aracılığıyla gönderme süresi).

İİK 89/III (üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine menfi tespit davası açma süresi).

İİK 126/II-4 (ipotek sahibi alacaklıların ve diğer ilgililerin, taşınmaz üzerindeki haklarını gayri menkul satış ilanı üzerine icra dairesine bildirme süresi).

İİK 135/II (ihale edilen taşınmazda bulunan kişilerin zorla çıkarılma süresi).

İİK 146/1 (menkul rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ödeme süresi).

İİK 153/I (ipotekli alacaklının gaip olması veya borcu almaktan kaçınması halinde, ipotek bedelini icra dairesinden alması ve ipoteği çözmesi için kendisine verilen süre).

İİK 158/I (genel iflas yolu ile takiplerde; iflas talebine diğer alacaklıların itiraz süresi).

İİK 173/II (kam. sen. mah. iflas yolu ile takiplerde; iflas talebine diğer alacaklıların müdahale ve itiraz süresi).

İİK 178/II (borçlunun doğrudan doğruya iflas talebine alacaklıların itiraz süresi).

İİK 235/I (iflas sıra cetveline itiraz davasının açılma süresi).

İİK 270/III (hapis hakkı için defter tutturmuş olan kiralayana, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması için verilecek süre).

İİK 272/II (kira süresi sona eren taşınmazları tahliye ve teslim süresi).

İİK 366/I (temyiz incelemesinin yapılma süresi).

20 gün;

İİK 89/III (üçüncü kişinin, üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine menfi tespit davası açtığına dair belgeyi icra dairesine teslim etme süresi).

İİK 134/II (ihalenin feshine ait ilk duruşmanın yapılma süresi).

İİK 218/II (iflasın basit tasfiyesinden alacakların asgari bildirilme süresi).

İİK 237/II (ikinci alacaklılar toplantısının yapılacağı tarihin önceden ilan süresi).

İİK 292/I (konkordatoda; alacaklıların, alacaklarını bildirmeye davet süresi).

1 ay;

İİK 68b/II (hesap özetine itiraz süresi).

İİK 94/III (borçlunun zilyet olduğu ve olağanüstü zamanaşımı ile iktisap ettiği gayri menkul hakkında tescil davası açmak üzere alacaklıya verilen süre).

İİK 112/I (taşınır malların, satış talebinden itibaren satılma süresi).

İİK 126/I (arttırma ilanı süresi) "*gayri menkul satışlarında*".

İİK 157 (geri alınan iflas talebinin yenilenme süresi).

İİK 242/I (ilgasın tasfiyesi sırasında satılacak gayri menkullerin ilan süresi).

İİK 272/I (tahliye emri göndererek takipte bulunma süresi).

İİK 336 (iflasın açıldığına dair ilandan sonra müflisin mallarını iflas idaresi emrine verme veya müflise olan borçları bildirme süresi).

30 gün;

İİK 18/III (tetkik merciindeki duruşmaların en fazla ertelenme süresi).

İİK 26/IV (taşınmazların tahliye ve tesliminde, taşınmaz içinde bulunup da, ilama dahil olmayan eşyanın borçlu tarafından, icra dairesinin teslim ettiği yerden ve alacaklıdan alınma süresi).

İİK 149/II (ip. par. çev. yolu ile ilamlı takiplerde; ödeme süresi).

İİK 149b/I-1 (ip. par. çev. yolu ile ilamsız takiplerde; ödeme süresi).

İİK 169a/I (kam. sen mah. hac. yolu ile takiplerde; borca itirazın incelenmesi için yapılacak duruşmaya çağırma süresi).

İİK 217 (tasfiyenin tatili ilanında yer alan süre).

2 ay;

İİK 44/III (ticareti terk eden tacirlerin haczi kabil malları üzerinde tasarrufta bulunmama süresi).

İİK 44/V (ticareti terk eden tacirlerin temlik hakkının sınırlanması konusunda sicile verilen şerh süresi).

İİK 84 (yetişmemiş mahsullerin haczedilebilme süresi).

İİK 123 (satışı talep edilen gayri menkullerin satışını yapma süresi).

İİK 218/II (iflasın basit tasfiyesinde alacakların -azami- bildirilme süresi).

İİK 287/VI (konkordato mühletinin uzatılma süresi).

İİK 303/III (konkordatonun tasdikinden sonra, görevli kişinin borçlunun durumu hakkında mahkemeye rapor verme süresi).

3 ay;

İİK 111/II (borcun azami taksiyle ödenme süresi).

İİK 208/III (iflas idaresince; iflas tasfiyesinin yapılma şekli hakkında karar verme süresi).

İİK 232 (iflas idaresi tarafından, sıra cetvelinin düzenlenme süresi).

İİK 287/II (konkordato mühlet süresi).

İİK 347 (tetkik merciince bakılan suçlarda şikayet süresi).

4 ay;

İİK 163/II (iflas defterinin hüküm süresi).

İİK 327/I (fevkalade mühletin uzatılma süresi).

6 ay;

İİK 68/I (itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteme süresi).

İİK 68a/I (itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteme süresi).

İİK 169a/III (kam. sen. mah. hac. yolu ile takiplerde; borca itirazın incelenmesi sırasında tetkik merciince "*icranın muvakkatten durdurulması*" karar verilmesi üzerine, alacaklının tekrar tetkik merciinde dava açma süresi).

İİK 256 (iflasın tasfiye süresi).

İİK 269/III (temerrüt nedeniyle tahliye takiplerinde itirazın kaldırılmasını isteme süresi).

İİK 269a (temerrüt nedeniyle tahliye takiplerinde, tahliye isteme süresi).

İİK 285/V (konkordatonun feshi halinde; konkordato bilançosunda yazılı mal ve kıymetleri gösterme süresi).

İİK 309g/II (mal var. terki sur. konkordatoda; konkordato tasfiye memurlarının, rehinli alacaklıya, rehini paraya çevirmesi için verdiği süre).

İİK 318/I (fevkalade mühlet süresi).

İİK 329/II (fevkalade mühletin bitmesinden itibaren, yeniden fevkalade mühlet verilemeyecek süre).

1 yıl;

İİK 7/I (devlet aleyhine tazminat davası açma süresi).

İİK 44/II (ticareti terk eden tacirler hakkında iflas yoluyla takipte bulunma süresi).

İİK 67/I (itirazın iptali davası açma süresi).

İİK 72/VII (istirdat davası açma süresi).

İİK 78/II (haciz isteme hakkının düşme süresi).

İİK 106/I (haczedilen menkul malların satışını isteme süresi).

İİK 125/II (alacaklıların müracaat hakkının mahfuz tutulduğunu bildirim süresi) "*ipotekli borçlarda*".

İİK 128a/II (kesinleşmiş kıymet takdirinin geçerlilik süresi).

İİK 134/VI (ailenin feshini -azami- isteme süresi).

İİK 143/III (aciz vesikasına dayalı takipte bulunma süresi).

İİK 143/VI (borçlunun mirasçılarının, “aciz belgesine bağlanmış borcun zamanaşımına uğradığını” ileri sürme süresi).

İİK 150e/I (menkul rehininin satışını isteme süresi).

İİK 152/III (rehin açığı belgesine dayalı, takipte bulunma süresi).

İİK 156/IV (iflas yoluyla adi takipte; iflas isteme hakkının bağlı olduğu hak düşürücü süre).

İİK 179b/IV (iflasın ertelenme süresi).

İİK 285/V (konkordato mühleti verilmemesi halinde, konkordato bilançosunda yazılı mal ve kıymetleri gösterme süresi) (konkordato mühletinin kaldırılması veya konkordatodanın tasdik edilmemesi halinde, konkordato bilançosunda yazılı mal ve kıymetleri gösterme süresi).

İİK 347 (tektik merciinde bakılan suçlarda azami şikayet süresi).

2 yıl;

İİK 106/1 (haczedilen gayrı menkullerin satışını isteme süresi).

İİK 150e/I (ipotekli gayrı menkullerin satışını isteme süresi).

5 yıl;

İİK 280/I (zarar verme kastından dolayı iptalde, borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunma süresi).

İİK 284 (tasarrufun iptali davasında hak düşürücü süre)İİK 309i/II (mal var. terki sur. konkordatoda; hak sahipleri tarafından tahsil edilme süresi).

10 yıl;

İİK 7/I (devlet aleyhine tazminat davasının açılabilceği azami süre).

İİK 39/I (ilama dayalı takiplerin zamanaşımı süresi).

İİK 111/III (borcun, azami taksitle ödenme süresi).

İİK 362 (icra dairesince saklanmakta olan para ve eşyaları talep hakkının bağlı olduğu zamanaşımı süresi).

20 yıl;

İİK 143/VI (aciz belgesine bağlanmış borçların zamanaşımına uğrama süresi).

İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan bu süreler yapılacak işlemin niteliği göz önünde tutularak; 3 gün, 7 gün, 10 gün, 1 ay, 6 ay, 1 yıl vb... şeklinde belirlenmiştir. Özellikle, ilgililer için konulmuş sürelerin çok değişik uzunlukta öngörülmüş olması, ilgililerin bu sürelerin hepsini bilebilmelerini ve dolayısıyla yapılacak işlemi süresinde yapabilmelerini zorlaştırmakta ve pek çok uyuşmazlık bu sürelerin geçirilmesinden (kaçırılmasından) doğmaktadır. Sürelerin daha az çeşitli sürelerin tek süre olarak kanunda yer alması, kanunun ilgililer tarafından daha kolay, daha çabuk, daha az uyuşmazlıklara neden olacak biçimde uygulanmasını sağlayacaktır. Bu nedenle biz, tüm icra ve iflas takiplerinde ödeme emrine itiraz, şikayet süreleri ile borcu ödeme ve mal beyanında bulunma sürelerinin yedi gün olarak düzenlenmesini (öngörülmesini) talep ediyoruz.⁹ Bu konudaki önerimiz benimsenirse *"kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde"*; borca ve imzaya itiraz süresi (İİK 168/4, 5) ile şikayet süresi (İİK 168/3) *"kambyo senetlerine mahsus iflas yoluyla takiplerde"* itiraz ve şikayet süreleri (İİK 171/3) ve *"kambyo senetlerine mahsus iflas yoluyla takiplerde"*; ödeme süresi (İİK 171/4) 5 günden 7 güne çıkarılmış olacaktır... Bu suretle, bu sürelerde hasıl olacak 2 günlük artışın takibi uzatacağı düşünülmemelidir. Burada önemli olan, İcra ve İflas Kanunu'nda tüm takiplerdeki itiraz/şikayet/ödemeler/mal beyanında bulunma sürelerinin 7 gün olduğu şeklinde bir bilincin ilgililerde yerleşmesini sağlamaktır. Böylece İcra ve İflas Kanunu, hiç olmazsa bu süreler yönünden daha sade, daha kolay uygulanabilir bir konuma getirilmiş olacaktır.¹⁰

Yasa'nın öngördüğü bu süreler, kural olarak kesindir. İlgililer bu süreleri sözleşme ile değiştiremezler. Ancak bu kurala ayrık durumun İİK m. 20'de düzenlenmiş olduğunu da burada belirtelim.

"Sürelerin kesinliği" daha çok *"ilgililer için konulmuş süreler"* de söz konusu olur. Buna karşın *"icra ve iflas organları için konulmuş süreler"* kesin değildir.¹¹

⁹ Hemen belirtelim ki daha önce 17.6.1977 tarihinde İstanbul Ticaret Odası'nca düzenlenen "İcra İflas Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu"nda İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Bütün 3 ilâ 10 günlük sürelerin 7 gün olarak birleştirilmesi bu konudaki "İcra ve İflas Kanunu'ndaki Müddetlerin Değişikliği" isimli bildiriye hazırlayan sayın Av. Güngör Yener tarafından önerilmişti... (Bkz., a.g.m., Sempozyum, s. 81 vd. özellikle 120 vd.).

¹⁰ Uyar, T. "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Özellikle İcra Hukuku Açısından Hakim, Taraf ve Avukatların Rolü" (*Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, 5-8 Nisan/2000, s. 167).

¹¹ Kuru, B., a.g.m., s: 633; Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, 1998, C: 1, s. 134, dipnot 8; Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *İcra ve İflas Hukuku* (Ders Kitabı), 2003, s. 98, dipnot 5.

Kanun'un öngördüğü süreler, ancak yine kanunda öngörülen belirli durumlarda (İİK m. 256) icra iflas organlarınca uzatılabilir.

İcra ve İflas Kanunu'nda sürelerin yukarıdaki listenin incelenmesinden de görüleceği gibi çok değişik olarak öngörülmüş olması 17.6.1977 tarihinde İstanbul'da yapılan "İcra ve İflas Kanunu'nun Uygulanmasında Güncel Sorunlar Sempozyumu"nda uzun görüşme ve tartışmalara neden olmuştur. Sempozyumda, yapılacak yeni kanunda da "özellikle 3-10 günlük sürelerin 7 gün olarak birleştirilmesi"¹² "15 güne kadar olan sürelerin 7 gün ya da tatiller de hesaba katılarak 8 gün olarak düzenlenmesi"¹³ görüşü ileri sürülürken, "farklı sürelerin bir konuluş nedeni, bir mantığı ve amacı bulunduğu, bu nedenle süreleri sırf hatırdaki kolay kalsın diye birleştirmenin mümkün olmayacağı"¹⁴ da savunulmuştur.

b. İcra ve iflas organlarınca belirlenen süreler: İcra ve İflas Kanunu bazı durumlarda sürenin icra ve iflas organınca genellikle, icra memurunca belirlenmesini öngörmüştür. Örneğin; İİK m. 18/III, 30/I, 36/I, 54, 54a, 112/I, 118/III, 130, 169a/I, 218 vd.

İcra ve iflas organınca belirlenen bu süreler de kural olarak kesindir. İcra ve iflas organı ancak kanunda açıkça öngörülen durumlarda örneğin; İİK m. 96/I, 287/IV, 327 vs. bu süreleri uzatabilir.

V. İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan süreleri "ilgililer için konulmuş süreler" ve "cebri icra organları için konulmuş süreler" şeklinde de iki gruba ayırmak mümkündür.¹⁵

a. İlgililer için konulmuş süreler; takibin tarafları (alacaklı ve borçlu örneğin; İİK m. 16, 62, 67/IV, 69, 72/VII, 78/I, II, 89/IV, 96/II, 96/III, 99, 106/I vs. ve bazen de üçüncü kişiler örneğin; İİK m. 89/II, 89/III, 96/III, 97/VI, 97/IX için öngörülmüştür.

Bu süreler "hak düşürücü" niteliktedir. Kanun'un öngördüğü işlem belirlenen süre içinde yapılmazsa, bir daha yapılamaz. Örneğin; borca itiraz edilmemişse, (İİK m. 62) takip kesinleşir, hacizli malın satışı istenmezse (İİK m. 106) haciz kalkar.

Kanun yapıcı sadece iki durumda öngördüğü sürenin "hak düşürücü süre" olmayıp "zamanaşımı süresi" olduğunu belirtmiştir. Bunlar, aa) İİK m. 5 ve 6 gereğince açılacak tazminat (sorumluluk) davasının bağlı olduğu

¹² Yener, G., a.g.s., s. 5 vd., 120 vd.

¹³ Suner, N., a.g.s., s. 116.

¹⁴ Postacıoğlu, İ., a.g.s., s. 118 vd.; Alangoya, Y., a.g.s., s.125 vd.

¹⁵ Kuru, B., a.g.m., s. 624 vd.; Kuru, B., a.g.e., s. 129 vd.; Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., a.g.e., s. 94 vd.

zamanaşımı süresine ilişkin İİK m. 7 bb. İlamlı ve ilamsız takiplerin zamanaşımına ilişkin İİK m. 39.

b. Cebri icra organları için konulmuş süreler; takibin tarafları değil, cebri icra organlarının yapacağı işlemler için örneğin; İİK m. 18/III, 61/I, 79/I, 96/II, 112/I, 123 vs. öngörülmüştür.

Bu süreler “*hak düşürücü*” nitelikte değildir. Cebri icra organının süresinden sonra yaptığı işlemler geçerli olur.¹⁶ Ancak, süresi içinde yapılmamış olan işlemde dolayı ilgililer zarar görmüşlerse İİK m. 5’deki koşullar çerçevesinde Adalet Bakanlığı’na karşı “*tazminat davası*” açabilirler...

VI. Buraya kadar belirtilen süreler kural olarak “*hak düşürücü süre*” olduğundan, Borçlar Kanunu’ndaki nedenlerle kesilmez ve tatil edilemez. Sürelere uyulup uyulmadığını icra dairesi ve tetkik mercii kendiliğinden araştırır. İcra müdürünün belirlediği sürelerle karşı tetkik merciiine şikayet edilebilir.

VII. Sürelerin, ilgililerin istek ve iradesi dışında kaçırılmış olması halinde HUMK m. 166-174’de olduğu gibi “*eski hale getirme yolu*”na başvurulabilir mi? Kanun, sadece itirazlar için eski hale getirme yoluna benzeyen “*gecikmiş itiraz*” (m. 65) yolunu kabul etmiş ve şikayet süresinin zorlayıcı nedenlerle geçirilmiş olması halinde, ilgilinin “*eski hale getirme yolu*”na başvurma hakkının bulunup bulunmadığını açıkça düzenlemiş değildir.

Doktrinde “*icra ve iflas hukukundaki sürelerin kaçırılması halinde de, medeni usul hukukunda olduğu gibi, aynı koşullarla eski hale getirme yoluna başvurulabilir*” görüşü¹⁷ yanında, “*İcra ve İflas Yasası kendi kendine yeten bir bütün teşkil eder. Bu kanunda, HUM’ye açıkça yollama yapılmadıkça, HUMK hükümleri, icra ve iflas hukuku alanında uygulanmaz. Bu nedenle, sürelerin zorlayıcı sebep altında geçirilmesi halinde, eski hale getirme yoluna gidilemez*” görüşü¹⁸ ileri sürülmüştür.

İsv. Fed. Mah.¹⁹, “*şikayet süresinin kesilmesi halinde kusurları varsa eski hale getirme yoluna başvurulabileceğini*” kabul etmişken,²⁰ Yargıtay bu konuya

¹⁶ Kuru, B., *a.g.e.*, s. 130; Kuru, B., *a.g.m.*, s. 626; Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *a.g.e.*, s. 95.

¹⁷ Kuru, B., *a.g.m.*, s. 636; Kuru, B., *a.g.e.*, s. 135; Kuru, B., *İcra ve İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler*, 1962, s. 39 vd.; Ansay, S. Ş., *Hukuk, İcra ve İflas Usulleri*, s. 38; Belgesay, M. R., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, s. 26; Gürdoğan, B., *İcra Hukuku*, s. 22; Bilge - Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, s. 309; Olgaç, S. - Köymen, H., *İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu*, s. 91.

¹⁸ Postacıoğlu, İ., *İcra Hukuku Esasları*, 1982, s. 65; Üstündağ, S., *İcra Hukukunun Esasları*, 2004, s. 74, dipnot 193; Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, s. 121.

¹⁹ BGE, 81 III s: 81; BGE, 86 III s. 31 vd.; BGE, 96 III, s. 93 vd. (Naklen; Kuru, B., *a.g.m.*, s. 636, dipnot 35; *a.g.e.* s. 135, dipnot 15).

“on gün olan temyiz süresinin geçirilmiş olması halinde, eski hale getirme yoluna başvurulamayacağı” bakımından deyinmiş²¹ ve “HUMK m. 167’deki koşullar çerçevesinde başvurulması halinde, eski hale getirme talebinin kabul edilebileceğini” ifade etmiştir.... Yine Yargıtay birkaç eski tarihli kararında “icra hukukunda ‘eski hale getirme’ kurumun bulunmadığını”²² açıkça belirtmiştir...

1965 yılında 538 sayılı Yasa ile İcra ve İflas Kanunu’nda değişiklik yapılırken, “hakların kaybolmasını önlemek” amacıyla, Hükümet Tasarısı’nda İİK m. 16’ya, HUMK’ daki e –ki hale getirme hükümleri şikayet süresi hakkında da kıyasen uygulanır. Şu kadar ki, maninin kalkmasından itibaren başvurma süresi üç gündür şeklinde bir fıkra eklenmesi önerilmişken²³ bu öneri, Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nca “eski hale getirme müessesesinin şikayet süresi hakkında uygulanmasının icra muamelelerini geciktireceği ve uygulamada karışıklıklara sebebiyet vereceği” gerekçesiyle²⁴ kabul edilmemiştir.

Kanımızca, eski hale getirmenin benimsenmesinden (kabulünden) sağlanacak yararlar, benimsenmemesinden uygulamada sağlanacak yararlardan daha fazladır. Bu nedenle, eski hale getirmenin icra ve iflas hukukunda da kabulü yerinde olacaktır.

VIII. Bu konuda son olarak, adli ara vermenin, İcra ve İflas Kanunu’ndaki süreleri etkilemeyeceğini belirtelim.

İcra ve İflas Daireleri’nin adli ara vermeden etkilenip etkilenmeyeceği konusunda kanunlarında açık bir hüküm yoksa da, “adli ara vermenin mahkemeler için olduğu” görüşünden hareket edilerek, icra iflas daireleri adli ara verme dışında tutulmaktadır.

Tetkik mercileri ise, “basit yargılama usulünü” uyguladıklarından (İİK m. 18), bu usule göre yürütülen işlerde de adli ara verme olmadığından (HUMK m. 176) bu mahkemeler de, adli ara vermede açık bulunmaktadır.

IX. İcra ve İflas Kanunu’nun tayin ettiği müddetler (süreler) “kesin” olup,²⁵ bunları değiştiren bütün sözleşmeler hükümsüzdür (İİK m. 20).²⁶

²⁰ 16.12.1994 tarihinde yapılan ve 1.1.1997 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan İsv. Fed. İcra ve İflas Kanunu’ndaki son değişiklikte “eski hale getirme” kabul edilmiştir (Taşpınar, S., a.g.m., s. 612).

²¹ Bkz.12. HD, 28.3.1996 T. 4052/4307; 14.6.1994 T. 7582/7865; 2.4.1991 T. 3365/4259; 29.3.1990 T. 10615/3520; 11.9.1989 T. 8291/10273 vb.

²² Bkz., 12. HD, 18.4.1983 T. 1877/2973; İİD, 16.9.1957 T. 8454/5557; 19.6.1945 T. 258/1653.

²³ Kuru, B., a.g.m., s. 637.

²⁴ Bkz., İİK Değişikliği Hakkında Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, Dönem 1, Toplantı 2, Millet Meclisi 5. sayısı, 461, s. 64.

²⁵ Bkz., 25.10.1992 T. 9771/10508; 12.11.1990 T. 11930/11348; 4. HD, 17.12.1987 T. 9022/9320.

²⁶ Bkz., 12. HD, 29.11.1983 T. 7922/9626

Süreler, kamu düzenine ilişkin olduğundan, ilgililerce (icra dairesince, tetkik merciince) doğrudan doğruya göz önünde tutulur.

Kural olarak, süreleri değiştiren sözleşmeler hükümsüz ise de, üçüncü kişilerin hakkına etkili olmamak üzere, herhangi bir sürenin geçmesinden yararlanma hakkı olan borçlu, bu hakkından vazgeçebilir. Örneğin; borçlunun mallarının haczinin talep edilebilmesi için, ödeme emrinin itirazsız geçmesi (İİK m. 78/I) gerekir. Fakat, borçlu izin (onay) verirse,²⁷ bu süre içinde de haciz yapılabilir. Ancak, bu vazgeçme üçüncü kişilerin hakkına tesir ediyorsa, onlara karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, bu vazgeçme sebebiyle konulan haciz de hükümsüz olur. Yukarıdaki örnekte; daha önce borçluya ödeme emri tebliğ ettirmiş ve süre itirazsız geçtiğinden dolayı, kendisine haciz isteme yetkisi gelmiş bir başka alacaklı varsa, bu alacaklı kendisinden sonra takibe geçen ikinci alacaklıya normal olarak haciz isteme yetkisi gelinceye kadar, borçlunun mallarını haczettirerek ikinci alacaklının önüne geçebilir. Bu nedenle, ikinci alacaklının, borçlunun onayı ile, itiraz süresi geçmeden koydurduğu haciz, birinci alacaklıya tesir etmez.^{28, 29}

Aynı şekilde, ödeme emrinin, "*borcu kabul ettiğini, ödeme emrine itirazı olmadığını*" bildiren borçluya icra dairesinde tebliğ edilmiş olması halinde, takip borçlunun ödeme emrini aldığı (ve borcu kabul ettiği) tarihte değil, ödeme emrinin tebliği tarihinin üzerinden borca itiraz süresi geçtikten sonra kesinleşir. Borçlunun malları üzerine değişik kişiler tarafından konulmuş olan ihtiyati hacizlerin kesin hacze dönüşme tarihleri de, aynı şekilde borçlunun "*borcu kabul tarihi*" ne göre değil, ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği tarihin üzerinden, borca itiraz süresi geçmesinden sonraki tarihe göre belirlenir...³⁰

Keza, borçlu kanuni müddetin geçmesine rağmen, hacizli malın paraya çevrilmesine muvafakat ederse, bu muvafakat, haczin düşmesinden sonra aynı mal üzerinden, üçüncü bir şahsın haciz koymamış olması halinde hüküm ifade eder. Aksi takdirde, yani üçüncü bir şahsın haczi araya girdiği takdirde, borçlunun muvafakati (onayı) ile yapılan paraya çevrime işlemi hükümsüz olacaktır.³¹ İİK m. 20, c 2'deki bu kural ancak süre "*borçlu yararına konulmuşsa*" İİK 88/I, 123, 166 gibi geçerli olur. Eğer süre "*kamu yararı ile konulmuşsa*" İİK 16, 96-99, 232, 235, 256 vb. veya sürenin düzenlenmesinde

²⁷ Bkz., 12. HD, 26.5.1988 T. 4723/6782.

²⁸ Kuru, B., *a.g.e.*, s. 134; Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *a.g.e.*, s. 98; Postacıoğlu, İ., *a.g.e.*, s. 101 vd.; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 76; Muşul, T., *İcra Hukuku*, s. 168.

²⁹ Bkz., 19. HD, 21.9.2000 T. 5233/5971; 6.7.2000 T. 4586/5458 vb.

³⁰ Bkz., 12. HD, 6.7.2000 T. 4586/5458; 17.5.2000 T. 1939/3447 vb.

³¹ Postacıoğlu, İ., *a.g.e.*, s. 102, 444; Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, s. 16.

“üçüncü kişilerin çıkarları da göz önünde tutulmuşsa” İİK 96, 110 vb. bu kural uygulama alanı bulmaz...³²

Ayrıca belirtelim ki; “sürelerin kesinliği”, ilgililer için konulmuş sürelerde söz konusu olur. Buna karşın cebri icra organları için konulmuş süreler kesin değildir...³³

X. Borçlunun, lehinde olan “süreden faydalanma hakkından feragati” süresinde, yapılan muameleye şikayet etmemek suretiyle zımni olabileceği gibi, dilekçe ile müracaat şeklinde veya icra dairesine sözlü olarak beyanda bulunmak gibi sarih de olabilir. İcra Dairesi'nin, bu muvafakati (onayı) üçüncü kişilerin haklarına tesir edip etmemesi bakımından değerlendirip, alacaklının bu onayına dayanarak istediği işlemi yapması veya yapmaması gerekir.

XI. Kanun sadece, “herhangi bir müddetin geçmesinden istifade hakkı olan borçlunun” bu hakkından vazgeçebileceğini belirtmişse de, aynı durumda olan alacaklı da, “lehine konulmuş olan müddetten istifade hakkından” vazgeçebilir. Örneğin; alacaklının “takipte bulunduğu borçluya karşı iki sene içinde haciz ya da satış istemeyeceğine” dair beyanı, borçluya karşı geçerlidir.³⁴

³² Üstündağ, S., a.g.e., s. 76.

³³ Kuru, B., a.g.e., s. 134, dipnot 8; Kuru, B., - Arslan, R. - Yılmaz, E., a.g.e., s. 98, dipnot 5.

³⁴ Berkin, N., a.g.e., s. 16; Olgaç, S., - Köymen, H., İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu, s. 95.

2004 YILI İLERLEME RAPORUNDA DEMOKRASİNİN ÜSTÜNLÜĞÜ, İNSAN HAKLARI VE YARGI

Av. Aslıhan ÖZEMİR*

Ülkemizin Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde, Haziran 1998 tarihli Cardiff Zirvesi sırasında, Avrupa Komisyonu, Türkiye hakkında, Türkiye-AT Ortaklık Anlaşması'nın 28. maddesi ve Aralık 1997 tarihli Lüksemburg Zirvesi sonuçlarına dayanan bir rapor sunacağını açıklamıştır. Komisyon, Türkiye'ye ilişkin ilk İlerleme Raporu'nu, diğer aday ülkelerin İlerleme Raporları ile birlikte, Ekim 1998 tarihinde sunmuştur.

Aralık 1999 tarihli Helsinki Zirvesi'nde, *"Türkiye, diğer aday ülkelere uygulanan kriterler temelinde, Birliğe katılma amacı taşıyan bir aday ülke olarak mütalaa edilmektedir. Mevcut Avrupa stratejisine göre, Türkiye de diğer aday ülkeler gibi, reformlarını hızlandıran ve destekleyen bir katılım öncesi stratejiden yararlanacaktır"* kararı alınmıştır.

Haziran 2004 tarihli Brüksel Zirvesi'nde, *"Eğer AB Konseyi Aralık 2004'te, Komisyon'un verdiği rapor ve tavsiye temelinde, Türkiye'nin Kopenhag Siyasi Kriterleri'ni yerine getirdiğine karar verirse, üyelik müzakerelerine gecikmeksizin başlayacaktır"* sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle, daha önceki yıllarda olduğu gibi bu yıl da, Türkiye'nin katılım amacıyla kaydettiği gelişmelere ilişkin bir İlerleme Raporu (Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession) hazırlanarak 6 Ekim 2004 tarihinde yayınlanmıştır.

Yayınlanan raporda daha önceki raporlarda kullanılan yapının ayısının izlendiği görülmektedir. Giriş ve üyelik kriterleri bölümlerinden sonra sonuç ve katılım ortaklığının genel değerlendirmesi bölümleri yer almaktadır. Üyelik Kriterleri bölümünde Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterler, Ekonomik Kriterler, Müktesebat Başlıklarına Göre Üyelikten Kaynaklanan Yükümlülükleri Üstlenebilme Yetenekleri'ne geniş yer verilmiştir.

* Ankara Barosu üyesi.

Tüm hukukçuları ilgilendireceğini düşündüğümüz güçlendirilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterlere ilişkin bölümde yer alan Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü ile İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması bölümlerine ilişkin temel değerlendirmeleri aşağıda bulabilirsiniz.

ÜYELİK KRİTERLERİ

1. Güçlendirilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterler

Haziran 1993’de Kopenhag zirvesinde kararlaştırılan ve aday ülkelerin üye olabilmeleri için gerçekleştirmeleri gereken siyasi kriterler, aday ülkelerin, “demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıkların korunmasını ve azınlıklara saygı gösterilmesini teminat altına alan kurumların istikrarını” sağlamalarını şart koşmaktadır.¹

Türkiye hakkındaki 1998 Yılı İlerleme Raporu’nda, komisyon şu sonuçlara varmıştır:

“Siyasi açıdan, mevcut değerlendirme, kamu idaresinin işleyişindeki bazı bozukluklara, insan hakları ihlallerinin sürekliliğine ve azınlıklara yönelik uygulamalardaki temel eksikliklere dikkat çekmektedir. Ordu üzerinde sivil denetimin eksikliği endişeye neden olmaktadır. Milli Güvenlik Kurulu aracılığıyla ordunun siyasi yaşamda oynadığı önemli rol, bu hususu yansıtmaktadır. Ülkede gözlenen medeni ve siyasi hak ihlallerinin bir çoğunun, şu veya bu şekilde bu konuyla bağlantılı olması nedeniyle, Güneydoğu’daki duruma, askeri olmayan, sivil bir çözüm bulunmaktadır. Komisyon, Türk hükümetinin ülkedeki insan hakları ihlalleriyle mücadele konusundaki kararlılığını takdir etmektedir; ancak, hükümetin bu tutumu, fiiliyatta şu ana kadar kayda değer bir etki yaratmamıştır. Türkiye’nin 1995 yılında başlattığı demokratik reform süreci devam etmelidir. Bu sorunların çözüme kavuşturulması yanında, Türkiye, sınır komşularıyla tüm ihtilaflarının, uluslararası hukuka uygun, barışçıl yollarla halli için yapıcı katkı sağlamalıdır.”

2003 yılı İlerleme Raporu’nda ise şu sonuçlara varılmıştır:

Geçtiğimiz yıl içerisinde Türk hükümeti siyasi ve hukuki alanda büyük değişiklikler getiren reform çalışmalarını hızlandırmış ve aynı zamanda

¹ Mayıs 1999’da Amsterdam Antlaşması’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, Kopenhag Zirvesi’nde tanımlanan siyasi kriterler, Avrupa Birliği Antlaşması’nın temel bir ilkesi haline gelmiştir. Avrupa Birliği Antlaşması’nın 6/1 maddesine göre: “Birlik, özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanır”. Bu çerçevede, Antlaşma’nın 49. maddesine göre: “Antlaşma’nın 6/1 maddesinde öngörülen ilkelere saygılı her Avrupa ülkesi, Birliğe üye olmak için başvuruda bulunabilir”. Bu ilkeler, Aralık 2000’de Nice Zirvesi’nde kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar şartında vurgulanmıştır.

Türk vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını daha etkili uygulamalarla Avrupa standartlarına yaklaştırmıştır. Hukukun değişik alanlarında önemli değişiklikler getiren dört önemli siyasi reform paketi kabul edilmiştir. Özellikle ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, kültürel haklar ve sivil hayat üzerindeki askeri kontrolün sınırlandırılması alanlarında önemli adımlar atılmıştır. Gözden geçirilmiş katılım ortaklığında belirtilen pek çok husus gerçekleştirilmiştir.

Kamu idaresinin işleyişinde hükümet tarafından gelişme kaydedilmiş. Şeffaf bir yönetim için kamu hizmetindeki hizmeti için reformlar yapılmış ve böylece rüşvete karşı ciddi bir mücadeleyle girişilmiştir.

Milli Güvenli Konseyi'nin görev, yetki ve işleyişinde bazı değişiklikler yapılarak sivil-askeri ilişkiler Avrupa standartlarına yakınlaştırılmıştır. Milli Güvenlik Kurulu Sekreteryası'nın görevleri değiştirilmiş ve yürütmeye ilişkin yetkileri kaldırılmıştır. YÖK ve RTÜK gibi bazı sivil kurullarda hala Milli Güvenlik Kurulu üyesi bulunmaktadır. Yasamanın askeri harcamalara ilişkin kontrolü hem bütçe kabulü hem de denetleme bakımından artırılmalıdır.

Yargı sisteminin etkinliği ve bağımsızlığı için ise daha çok gayret gerekmektedir. Adli yargı sisteminde aile mahkemelerinin kurulmasıyla getirilen yenilik olumludur. Askeri Mahkemelerin sivilin yargılanması üzerindeki yetkisi kaldırılmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne ilişkin pozitif gelişmeler gözlenmektedir. Tüm bu ilerlemelere rağmen mahkemelerin işleyişinin Avrupa standartlarına ulaştığı ve adil yargılanmanın tam olarak uygulandığı söylenemez.

Reformların uygulanmasında pürüzler bulunmaktadır. Bazı durumlarda parlamentonun reformları kısıtlayıcı bir takım şartlar getirmesi yapılan reformların uygulama alanlarını daraltmaktadır. Hükümet reformların uygulanmasındaki sıkıntıların giderilmesi uygulamayı yakından izlemek için bir Reform İzleme Grubu oluşturmuştur.

Türkiye 1 Ocak 2004 tarihinde Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Anlaşması'nı onaylayarak Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Grubu (GRECO) üyesi ülkeler arasına katılmıştır. Yapılan pek çok girişime karşın yolsuzluk varlığını devam ettirmekte ve kamusal hayatın pek çok alanını etkilemektedir.

Türkiye geçtiğimiz yıl içinde pek çok önemli uluslararası anlaşmayı onaylamıştır. Bunlar; Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Sosyal Kültürel ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6. protokoldür.

Türkiye ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde karar verilmiş ve uygulanmayı bekleyen pek çok karar bulunmaktadır. Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde özellikle hakkaniyete uygun tatminlerin ödenmesinde, beş yıl önce karara bağlanan Loizidou kararının hakkaniyete uygun tatmini sağlanmış olmakla birlikte, Türkiye maalesef çok mesafe kat etmemiştir.

İşkence ve kötü muameleye karşı yürütülen mücadele sonucu Türkiye Avrupa standartlarına ulaşmıştır ancak hala tek tük bazı işkence örnekleri görülmektedir. Cezaevi sistemine ilişkin reform devam etmekte ve tutuklulara tanınan haklar artırılmaktadır.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde verilen ihlal kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yolunu kullanıma açmış ve bu konuda Zana ve diğerlerinin Türkiye aleyhine açtıkları dava sonucu verilen ihlal kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmiştir.

İfade özgürlüğü ve toplanma dernek kurma özgürlükler alanında dikkat çekici ilerlemeler kaydedilmiş ve kanunlara getirilen değişiklikler sonucu eski kanunlarda suç olan pek çok fiil ifade özgürlüğü ve toplanma dernek kurma özgürlükleri ışığında suç olmaktan çıkarılmıştır. Bununla beraber asayiş bozmayan pek çok gösteride kullanılan kuvvet orantılılık ilkesine uymamaktadır.

Siyasi Partiler Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucu parti kapatma daha zorlaştırılmış ancak Anayasa mahkemesi tarafından HADEP kapatılmış ve DEHAP usuli zorluklarla karşılaşmıştır.

Din özgürlüğü konusunda getirilen kanuni yeniliklere Avrupa standartlarıyla karşılaştırıldığında hala pek çok kısıtlama ve koşul bulunmaktadır. Özellikle azınlıklara ait cemaatlerin eğitim ve mülkiyet hakkı konusunda daha çok değişiklik gerekmektedir.

Türkçe dışındaki dillerde radyo ve TV yayınlarına getirilen yasaklama kaldırılmıştır. Bu alandaki gelişme ufak da olsa olumlu bir gelişmedir.

Güneydoğu bölgesindeki olağanüstü yönetimin kaldırılması bölge halkı üzerindeki gerginliği azaltmış ve bölgedeki kültürel faaliyetlere büyük ölçüde hoşgörülü bir yaklaşım gelişmiştir. Köye dönüş projesi kapsamında çalışmalar yavaş da olsa devam etmektedir ancak dahili olarak yerlerinden edilmiş insanların problemlerine daha ciddi bir eğilim gerekmektedir. Bu konuda bölgenin sosyo-ekonomik gelişimi açısından atılması gereken pek çok adım vardır.

Türkiye, Kıbrıs sorununda kapsamlı bir çözüme ulaşılabilmesi için, Kıbrıs'taki iki toplum lideri arasındaki doğrudan görüşmelere destek verdiğini

belirtmeye devam etmiştir. Ancak Kıbrıs Kuzey kesimiyle yapılacak Gümrük Birliği'ne ilişkin bir anlaşma çabası ne yazık ki sonuç vermemiştir.

Türkiye ve Yunanistan arasındaki ilişkiler gelişmeye devam etmiştir. Güven artırıcı yeni önlemlerin alınmasına ilişkin çabalar sürmektedir. İki dışişleri bakanı arasında, Ege ile ilgili araştırıcı mahiyette görüşmelere devam edilmektedir. Bütün bu gelişmeler karşısında Türkiye geçtiğimiz on iki ay boyunca Kopenhag siyasi kriterlerini karşılamak için büyük çaba sarf ederek çok çeşitli alanlarda yasal değişiklikler yapmıştır. Bu raporda altı çizilen hususları dikkate alarak özellikle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusuyla temel hak ve özgürlüklerin uygulanması konularında Avrupa'daki uygulamayla uyumlu bir sistem getirmeli sivil askeri ilişkiler ve güneydoğudaki kültürel faaliyetler konusunda çalışmalarına devam etmelidir. Avrupa standartlarında temel hak ve özgürlüklerin Türk vatandaş tarafından kullanılmasını sağlamalıdır.

Bunlara ilave olarak Türkiye Kıbrıs probleminin çözüme ulaştırılabilmesi için belirleyici destek sağlamalıdır. İlerleme Raporu'nun bundan sonraki bölümünde ülkedeki yürütme ve yargı sisteminin genel işleyişi dahil, Kopenhag siyasi kriterleri perspektifinden bakarak, Türkiye'deki gelişmelerin bir değerlendirmesini sunmaktadır. Bu kapsamdaki gelişmeler, Türkiye'nin, pek çok açıdan, özellikle adalet ve içişleri alanında olmak üzere, müktesebatı uygulama kapasitesindeki gelişmeler ile yakından bağlantılıdır.

2. Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü

Yasama

1999 yılından bu yana bir parlamento seçimi yapılmıştır ve Kasım 2002 yılında yapılan milletvekili genel seçiminde AK Parti çoğunluk oylarını alarak iktidara gelmiştir. Parlamento'nun faaliyetleri özellikle siyasi ve ekonomik alanlarda yoğunlaşmış ve 1999 tarihinden bu yana Anayasa'da pek çok değişiklik yapılmıştır. Şu anda Parlamento'da üç yüz altmış sekizi AKP'den, yüz altmış sekizi CHP'den, dördü DYP'den ve dokuzu bağımsız milletvekili bulunmaktadır.

Avrupa Birliği'ne giriş için hükümet partisi ve ana muhalefet partisi arasında güçlü bir fikir birliği bulunmaktadır. Avrupa birliğine uyum konusundaki kanunla çoğunluk oyuyla kabul görmektedir. Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa değişikliği konusunda gerekli sayı olan üç yüz altmış yedi üstünde dört yüz elli yedi oyla değişiklikler kabul görmüştür. Aynı şekilde yeni Ceza Yasası konusundaki çalışmalarda da hükümet ve muhalefet işbirliği içindedir.

Önceki ilerleme raporundan bu yana parlamento Kopenhag siyasi kriterleri ve Avrupa topluluğu müktesebatıyla ilgili çok sayıda reform kanunu kabul etmiştir. Bunlara birkaç örnek vermek gerekirse 9 Ekim 2003 - Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 7 Ocak 2004 - Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'da Değişiklik Yapan Kanun, Temmuz 2004 - Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkındaki Kanun, Eylül 2004 - İstinaf Mahkemeleri Kanunu, Eylül 2004 - Yeni Türk Ceza Kanunu.

Yargı Sistemi

1999 yılından bu yana Türk Yargı Sistemi'nde önemli değişiklikler yapılmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırılmış ve buradaki işler ağır ceza mahkemelerine verilmiştir. Özel nitelikli mahkemeler kurularak adaletin etkinliğinin artırılması hedeflenmiştir. Yapılan yasal yenilikler hak arama özgürlüğünü geliştirir niteliktedir. Yapılan reformların uygulanmasındaki etkinliği sağlayacak hakimler ve savcıların uluslar arası ve insan hakları konularında eğitimini sağlayan bir Adalet Akademisi kurulmuştur.

Haziran 2004 tarihinde Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'nın talebi üzerine Avrupa Konseyi Venedik Komitesi Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin bir Anayasa değişikliği üzerine istişare görüşlerini sunmuştur. Mayıs 2004'te yapılan Anayasa değişiklikleri; Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni tamamen kaldırmış ve bu mahkemenin yetkisine giren suçlar bundan böyle bölge ağır ceza mahkemelerinde görülmeye başlamıştır. Ancak bölge ağır ceza mahkemelerinde görülen suçlara ilişkin gözaltı süreleri 24 saat değil 48 saattir. Bu mahkemelerde yargılanan kişilere de tutuklandıktan sonra derhal bir avukata başvurma hakkı tanınmaktadır.

Mayıs 2004 tarihinde getirilen değişikliklerinden diğer biri de Anayasa'nın 90. maddesine getirilen eklemedir. Böylece insan hakları ve temel özgürlükler konusundaki uluslararası anlaşmalara iç hukuk karşısında üstünlük getirilmektedir. Uluslararası anlaşma ve iç hukukun çatıştığı insan hakları konularında uluslararası anlaşma esas alınacaktır ve bunun sonucu olarak Türk mahkemeleri uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulayacaktır.

Eylül 2004 tarihinde kabul edilen yeni Türk Ceza Kanunu seksen yıllık eski sistemi yenileyerek Avrupa standartlarına yakınlaştırılmış bir sistemi benimsemektir. İnsan hakları ihlallerine katı yaptırımlar getiren yeni kanun uluslararası suçlar konusunda da düzenlemeler getirmiştir.

İstinaf mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin kanun Eylül 2004'te Türkiye

Büyük Millet Meclisi'nden geçmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın iş yükünün azalması ve böylece ilk derece mahkemelerinin kararları üzerindeki denetim görevine yoğunlaşması beklenmektedir.

Tebliğat Kanunu'nun Mart 2004'te tadil edilmiş ve yapılan değişiklik şüpheli ya da duruşmalarda tanık olarak dinlenecek kişilere yapılan yazılı tebliğatın kişinin verilen adreste bulunmaması halinde de geçerli sayılmasını sağlamıştır.

Yakalama gözaltına alma ve ifade alma yönetmeliği Ocak 2004'te değiştirilmiş ve yakalanan ya da tutuklanan kişiye doktorun aksini talep etmesi hali hariç polis veya jandarma olmadan tıbbi muayene zorunluluğu getirilmiştir.

Ocak 2004'te Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nda da değişiklik yapılmış ve nüfusu yüz bini geçen yerlerde çocuk mahkemeleri kurulmasına imkan sağlanmıştır şu anda on altı çocuk mahkemesi vardır.

Yine Aile Mahkemeleri Kanunu'na Ocak 2004'te getirilen değişiklik ile aile mahkemelerinin görev alanı sadece aile işleriyle sınırlandırılmış ve otuz yaşın altında yada evli olmayan hakimlerinde bu mahkemelerde görev yapabilmeleri olanağı sağlanmıştır. Şu anda yüz yirmi aile mahkemesi bulunmaktadır.

Mart 2004'te kabul edilen Adli Yardım Yönetmeliği ile adli yardım alanı genişletilerek mahkeme masrafları da adli yardım kapsamına alınmıştır.

Yargının işleyişine ilişkin olarak; genel yargılama sürelerinin uzunluğu ve tekrarlanan duruşma ertelemeleri hala devam etmektedir. Bununla beraber özellikle ceza, ağır ceza mahkemeleri, çocuk mahkemelerinin yargılamanın sürelerinde ortalama bir düşüş gözlenmektedir.

2003-2004 arasında tüm hakim ve savcılar İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukuna ilişkin eğitime tabi tutulmuştur. Bunun yanı sıra tüm Türkiye çapında Avrupa Birliği Hukuku, adalette işbirliği, fikri mülkiyet hakkı, ve örgütlü suç konularında eğitim seminerleri düzenlenmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından Türkiye'deki tüm mahkemelere AİHM içtihatlarını ve sözleşmede tanınan özgürlüklerden adil yargılanma ve işkencenin yasaklanması konularında el kitapları dağıtılmıştır. Şu ana kadar yapılan yedi reform paketini içeren bir çalışma metni de adalet personeline dağıtılmıştır.

Siyasi reformların uygulanmasında hakim ve savcıların rolü büyüktür. Mesela Yargıtay tarafından getirilen yasal değişiklik sonucu AİHM ka-

rarları sonucunda yargılamanın yenilenmesine başlanmıştır.² 1 Ocak 2004 tarihinden bu yana yüzde fazla kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları kullanılmıştır ve bu davaların çoğu beraat ile sonuçlanmıştır. Ceza Kanunu'nun 159, 169, 312. maddeleri ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine göre açılmış adli takibatlar beraat ile sonuçlanmıştır.

Adli takibata ilişkin yapılan tüm soruşturmalar Cumhuriyet Savcıları tarafından yürütülmektedir ancak uygulamada savcılarının herhangi bir suçtan dolayı şikayet edilen polis ve jandarma güçlerine karşı etkili bir soruşturma yürütmedikleri görülmektedir. Sonuç olarak pek çok davada dosya eksik olarak yargılamanın önüne gelmektedir.

Dernekler Kanunu'nun kabulüyle artık hakimlerde mesleki örgütlenmeye gidebileceklerdir, ancak bu konuda henüz bir çalışma yapılmamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yargı bağımsızlığı özellikle vurgulanarak değer verilmiştir. Ancak diğer pek çok Anayasa hükmü ile yargı bağımsızlığına verilen önemin etkisi azaltılmıştır. İdari işlemleri bakımından hakimler ve savcılar Adalet Bakanlığı'na bağlıdır, daha da önemlisi atamaları, terfileri özlük hakları ve disiplin işlemleri başkanlığını Adalet Bakanı'nun yaptığı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının da tabi üye olduğu, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmektedir. Türkiye'nin daha az çekici bölgelerine tayin olma riski hakimlerin tutum ve kararlarını etkilemektedir. Yüksek kurulun kendine ait bütçesi ve sekreteryası yoktur Adalet Bakanlığı bünyesinde faaliyet göstermektedir.

3. İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması

1999 yılından bu yana Türkiye'de iki Anayasa reformu ve sekiz uyum paketi kabul etmiştir. Yakın tarihli Anayasa değişikliği Mayıs 2004 tarihinde yapılmış olup insan haklarına ilişkin pek çok değişiklik getirilmiştir. Bu değişiklikler; ölüm cezasına ilişkin tüm ibarelerin Anayasa metninden çıkarılması, basın özgürlüğünün genişletilmesi, yargılamanın Avrupa standartlarıyla uyumlaştırılması, temel özgürlükler alanındaki uluslararası anlaşmaların iç hukuka karşı üstünlüğünün kabul edilmesidir. Eylül 2004'te kabul edilen yeni Ceza Kanunu'yla da insan haklarının korunması; kadın hakları, ayrımcılık ve işkenceye ilişkin maddelerle güçlendirilmiştir. Bütün bunlara ek olarak Haziran 2004 tarihinde yeni Basın Kanunu, Temmuz 2004'te yeni Dernekler Kanunu ve Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkındaki Kanun kabul edilmiştir.

² Yargıtay 14 Temmuz 2004 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin Zana ve arkadaşlarına ilişkin 30 Mart 2004 tarihli kararını bozmuştur.

Türkiye 1999'dan bu yana insan haklarıyla ilgili pek çok uluslar arası sözleşmeye taraf olmuştur. Bunlar Birleşmiş Milletler bünyesindeki Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmedir. Anılan sözleşmelerin onay işlemlerinin tamamlanmasının ardından Türkiye altı temel BM İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tümüne taraf hale gelmiştir. Diğer sözleşmeler, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Sözleşme ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek, İdam Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 Numaralı Protokol: Türk Hukuk sisteminde idam cezasının savaş ve yakın savaş tehdidi halleri dışında kaldırılmasını takiben, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek, İdam Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 Numaralı Protokol 26 Haziran 2003 tarihinde TBMM tarafından onaylanmıştır. Protokol'ün onay belgesi 12 Kasım 2003 tarihinde Avrupa Konseyi Sekreteryası'na tevdi edilerek onay işlemleri tamamlanmıştır.

Ölüm cezasının her hal ve karda kaldırılmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13 No'lu Protokol Ocak 2004 tarihinde imzalanmıştır. Bireylere tanınan dilekçe hakkını genişleten Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin seçimlik ek protokolü Şubat 2004 tarihinde imzalanmıştır. Nisan 2004'te Türkiye ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin ikinci seçimlik protokolü imzalamıştır. Ekim 2003 tarihinde ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin seçimlik ek protokolünü onaylamıştır.

Türkiye henüz Azınlıkların Korunmasına Dair Çerçeve Sözleşmeyi ve Yenilenmiş Avrupa Sosyal Şartını henüz imzalamamıştır. Ayrıca Anayasa'ya getirilen değişiklikler Türkiye'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi Ana Statüsü'ne katılmasına imkan verir şekildedir ancak bu konuda da herhangi bir girişimde bulunulmamıştır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Türkiye'nin 2001 yılından bu yana gerçekleştirmiş olduğu anayasal ve yasal reformların ve kaydedilen ilerlemelerin sonucunda 1996'dan beri devam etmekte olan izleme usulünü Haziran 2004'te kaldırmıştır. Bundan sonra Türkiye için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerinin takip edileceği izleme sonrası (post-monitoring) süreç başlamıştır.

Türkiye 1999 yılından beri özellikler geçtiğimiz yıl AİHM kararlarının uygulanmasında da büyük ilerleme kat etmiştir. Loizidou davasında mahkeme tarafından hükmedilen hakkaniyete uygun tatmin bedeli ödenmiş ve

Leyla Zana ve diğer DEP eski milletvekilleri hakkında verilen karar sonucu Türk mahkemeleri önünde yeniden yargılanma yolu açılmıştır.

Ekim 2003 tarihinden beri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne Türkiye ile ilgili yüz altmış bir dava gelmiş ve bu davaların yüz otuz sekizinde Mahkeme ihlal tespit etmiştir. Yirmi üç dava dostane çözümle sonuçlanmış ve iki davada da Türkiye'nin Sözleşme'yi ihlal etmediği tespit edilmiştir. Bu arada Mahkemeye Türkiye ile ilgili iki bin dokuz yüz kırk üç yeni başvuru yapılmıştır.

Mayıs 2004'te getirilen Anayasa değişikliklerinde 90. maddeye yapılan ekleme ile insan hakları alanındaki uluslar arası sözleşmelere iç hukuk karşısında üstünlük tanınarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk yargısında doğrudan uygulanması sağlanmıştır. Resmi kaynaklara göre Ocak 2004 tarihinden beri 100'den fazla mahkeme kararında AİHS'ye ve mahkeme içtihatlarına atıf yapılmış ve bu davaların büyük çoğunluğu beraat ile sonuçlanmıştır.

Loizidou davasıyla ilgili olarak 1998'de verilen karara ilişkin hakkaniyete uygun tazminat Aralık 2003'de ödenmiş olmakla birlikte kararın mülkiyet hakkı ve diğer hakların iadesine ilişkin ihlal tespit eden hükümlerinin gereği yerine getirilmemiştir. Institut de Prêtres Français davası 2000 yılında dostane çözümle sonuçlanmış ancak hala uygulanmamıştır. Hala Enstitüsü'nün kendi adına bir dernek kurma çabaları devam etmektedir böylece intifa hakkını da kullanabilecektir.

Kaydedilen tüm bu gelişmelerin yanı sıra Türkiye hala ifade özgürlüğüne ilişkin otuz dört adet AİHM kararını yerine getirmemiştir. Güvenli güçlerinin kötüye kullanılması ve parti kapatmaya ilişkin kararların yerine getirilmesinde de herhangi gelişme kaydedilmemiştir.

Kıbrıs ve Türkiye davasında Avrupa Konseyi Türkiye'nin kararın yerine getirilmesinde ilişkin üstüne düşen görevleri yapıp yapmadığını kontrol etmektedir. Örneğin; Rum kesimindeki kayıp kişiler ve kuzeyde yaşayan Rumlar'ın eğitim hakkına ilişkin ihlallerle ilgili takip yapmaktadır.

Yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlerle Türk mahkemelerinin önüne getirilen on dokuz davada dört dava için artık isnat edilen suçların bulunmaması nedeniyle cezalar silinmiştir kalan on beş davanın yedisi beraat ile sonuçlanmış diğerleriyle ilgili yargılamanın yenilenmesi prosedürü devam etmektedir. Eski DEP milletvekilleriyle ilgili karara ilişkin yargılamanın yenilenmesi prosedüründe 14 Temmuz 2004 tarihli kararında Yargıtay Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararını iptal etmiş ve bu arada Haziran 2004 tarihinde başvuranların cezalarının çektirilmesini askıya ala-

rak tutuksuz yargılanmalarına karar vermiştir. Konuya ilişkin yargılama Ekim 2004'te devam edecektir.

Yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümler hala Öcalan'ın davasına ilişkin yargılamanın yenilenmesine imkan vermemektedir. Bilindiği gibi 4 Şubat 2004 tarihinden önce kesinleşmiş bir AİHM kararı bulunmadığından ve Öcalan davası bu tarihten sonra AİHM önüne getirildiğinden yargılamanın yenilenmesi yolu Öcalan davasına kapalıdır. Ancak AİHM bu konuda ihlal tespit edilen durumlarda en iyi tamir etme yolunun başvuranın bağımsız bir yargı mercii tarafından tekrar yargılanması olduğunu yinelemiştir.

İnsan haklarının desteklenmesi ve güçlendirilmesine ilişkin Türkiye 1999 yılından bu yana pek çok kurum oluşturmuştur. Bunlar Başbakanlık bünyesinde İnsan Hakları Başkanlığı ve İnsan Hakları Danışma Kurulu, uygulama alanındaki aksamaların belirlenmesi ve hızla giderilmesi amacıyla, İnsan Haklarından sorumlu Başbakan Yardımcısı ve Dışişleri Bakan'ının başkanlık ettiği bir Reform İzleme Grubu ve İnsan Hakları İl ve İlçe Kurullarıdır. Ancak bu kurulların etkileri sınırlıdır.

Ocak 2004'te İnsan Hakları Başkanlığı insan hakları konusunda bilincin arttırılmasına yönelik çalışmalarını yoğunlaştırmıştır. Kişiler şimdi AİHM'ye başvurmak için hazırlanmış formları özel şikayet kutularına atarak doğrudan sözleşmenin ihlaline ilişkin şikayetlerini bildirebilmektedirler. İl ve ilçelerdeki İnsan Hakları Kurulları'nın sayısı Kasım 2003'den beri 859, 931'e yükselmiştir.

Bütün bu gelişmelere rağmen İnsan Hakları Başkanlığı'nı ulusal düzeyde etkisi tam ve yeterli değildir. İl ve ilçe kurullarının bağımsızlığı da vali ve idari yetkililerin doğrudan üye olması nedeniyle tartışma konusudur. Türkiye'deki hükümet dışı insan hakları oluşumları İnsan Hakları Derneği ve Mazlum-Der bu kurulların çalışmalarına katılmayı reddetmektedir.

Ayrımcılığa karşı mücadelede ilerleme sınırlıdır. Bununla beraber yeni Ceza Kanunu'nda çeşitli nedenlerle ayrımcılık yasaklanmış ve suç teşkil eder olmuştur. Ayrımcılık yasağına ilişkin AİHS Ek 12. Protokol hala onaylanmamıştır.

Medeni ve Siyasal Haklar

Türkiye ölüm cezasını her hal ve karda kaldırmıştır. Ölüm cezasının savaş veya yakın savaş tehdidi halindeki haller dışında kaldırılmasına ilişkin AİHS Ek 6. Protokol Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ölüm cezasını her hal ve karda ortadan kaldıran 13 No'lu Ek Protokol ise Ocak

2004'te imzalanmıştır. Mayıs 2004'te yapılan Anayasa değişikliği ile ölüm cezasına ilişkin tüm hükümler anayasa metninden çıkarılmıştır.

İşkencenin ve kötü muamelenin önlenmesine ilişkin getirilen yasal ve idari düzenlemeler hükümetin işkenceye sıfır tolerans göstereceğini açıkladığı 2002 yılından beri devam etmektedir. Yargılama öncesi koşulların düzeltilmesi ve gözaltı süreleri Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirilmiş, işkence ve kötü muamele suçlarına ilişkin verilen cezaların ertelenmesi ve paraya çevrilmesi engellenmiş, idari memurlar aleyhine takibata başlamak için izin alma prosedürü kaldırılmıştır. Avrupa Konseyi İşkenceyi ve Kötü Muameleyi Önleme Komitesinin ve Birleşmiş Milletler'in ilgili kuruluşları tarafından sunulan önerilerin kabulüne rağmen uygulanmayan pek çok öneri bulunmaktadır. Türkiye'nin işkence ve kötü muamelenin önlenmesi konusunda hala göstermesi gereken gayretler bulunmaktadır.

Yakalama gözaltına alma ve ifade alma yönetmeliğinde Ocak 2004 tarihinde yapılan değişikliklerle tutukluların hakları daha da güçlendirilmiştir. Tutukluların tıbbi muayenesi artık güvenlik güçleri olmadan yapılmakta ve tutuklu yada şüpheli kişilerin hakları gelişmiştir.

Nisan 2004'te yayınlanan bir genelge ile infaz memurlarının işkence sayılan (uykusuz bırakma, tehdit ve gözlerin bağlanması) metotlarından özellikle kaçınmaları gerektiği ve aksine eylemi tespit edilen memurlar hakkında takibat yapılacağı duyurulmuştur.

Karakollara, nezarethanelere tutuklu veya tutulu şahısların haklarını bildiren afişler asılmıştır. Memurların takibatı zorlaştıran dokunulmazlıklarına ve savcıların takipsizlik kararı verme eğilimlerine ilişkin gelişme kaydedilmektedir. Resmi rakamlarla mahkeme önüne gelen davalarda işkence suçuyla verilen cezaların arttığı gözlenmektedir.

İfade özgürlüğüne ilişkin artık şiddet içermeyen fikir açıklamaları suç olmaktan çıkarılmıştır. Terörle Mücadele Kanunu'nun ve Eski Ceza Kanunu'nda ve Basın Kanunu'nda yapılan değişikliklerle şiddet içermeyen ifadelerin cezalandırılmaması sağlanmıştır. Bununla beraber pek çok davada hala şiddet içermeyen ifadelerin takip edilip cezalandırıldığı gözlemlenmektedir. Ceza Kanunu'nun 159 ve 312. maddelerinde yapılan değişikliklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarıyla örtüşmediği görülmüştür. Devleti eleştirir nitelikteki ifadelerin suç teşkil edebilmesi için şiddeti, silahlı çalışmayı teşvik eder nitelikte olması aranmalıdır. Yeni Ceza Kanunu'nun etkilerinin değerlendirilmesi için uygulamanın yakından takip edilmesi gerekmektedir.

Basın özgürlüğüne ilişkin, dikkat çekici bir gelişme kaydedilmiştir. Anayasa'nın Basın Araçlarının Korunması başlıklı 30. maddesinde yapılan

değişiklikle “Kanun’a uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez ve işletilmekten alıkonulamaz.” hükmü getirilmiştir. Haziran 2004’te kabul edilen Yeni Basın Yasası da basın özgürlüğü açısından ileri bir adımdır. Yeni Kanun’la gazetecilerin haber kaynağını açıklamama hakları güçlendirilmiş, yanıt ve tekzip hakkı da kuvvetlendirilmiştir. Hapis cezaları çoğunlukla para cezasıyla değiştirilmiş, süreli yayınların dağıtımının durdurulması ve müsadere edilmesine ilişkin tedbirler azaltılmıştır. Kanun’un 19. maddesinde yer alan devam eden yargılamaya ilişkin yapılacak yayınlara ağır ceza verilmesi çok geniş olduğu için eleştirilmiştir.

Yeni kanunda yaptırımların sınırlandırılmasına rağmen para cezalarının çok ağır olması yerel medya üzerinde hala büyük bir yük oluşturmaktadır. Bu tür cezalar nedeniyle yayın kuruluşu kapanmak yada kendi kendine sansür uygulamak zorunda kalmaktadır. Kanun AİHS 10. maddedeki ifade özgürlüğü ile ilgili ayrıca devlet sırlarına atıf yapmaktadır.

Son raporlara göre gazeteciler aleyhine açılan davalar Basın Kanunu’na göre değil Ceza Kanun’un 159, 169, 312. maddeleri ve Terörle Mücadele Kanunu’nun 6-7. maddelerindeki hükümlere göre yürütülmektedir. Resmi kaynaklar yaptırımla sonuçlanan davaların sayısında büyük bir düşüş olduğunu vurgulasa da mevcut düzenlemelere göre basın mensuplarının ifade özgürlüğünü diledikleri gibi kullanmaktan caydırıldıkları görülmektedir. Yaptırımlardaki düşüslere rağmen hala basın mensupları, yazar ve yayıncıların AİHM standartlarına uymayan cezalar aldıkları görülmektedir.

Yayın alanında daha önce alınan tedbirlerin uygulandığı ve önemli bir gelişme kaydedildiği dikkat çekmektedir. Türk vatandaşlarının günlük hayatta kullandıkları Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde yayın devletin yayın kurumu olan TRT’de radyo ve televizyon yayınlarıyla Haziran 2004’te başlamıştır.³ Yayınlar; Boşnakça, Arapça, Çerkezce, Kürtçe (Kırmançi ve Zaza lehçelerinde) devam etmektedir. Bu yayınlar haber başlıkları, belgesel, müzik ve spor programlarından oluşmaktadır. Diğer azınlıklarında kendi dillerinde yayın yapılması konusunda ilgi gösterdikleri görülmektedir.

Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde yayın yapılmasına ilişkin Ocak 2004’te yeni bir yönetmelik yayınlanmıştır. Yönetmelikle getirilen yeniliklere rağmen hala kısıtlamaların olduğu özellikle yayın sürelerinin katı sınırlara tabi tutulduğu görülmektedir. (Televizyon için haftada 4 saati geçmeyecek, günde en fazla 45 dakika, radyo için haftada 5 saat ve günde 60 dakikayı geçmeyecek süre sınırları konulmuştur.)

³ Kürt asıllı Türk vatandaşlarının 15-20 milyon nüfusa sahip olduğu, Boşnakların bir milyon ve üç milyon Çerkez’in bulunduğu tahmin edilmektedir. Arap nüfusunun miktarına ilişkin bir tahmin yoktur.

Bazı özel televizyon ve radyolar yerel bazda Kürtçe yayın yapmak için RTÜK'e başvuruda bulunmuşlardır. Şu ana kadar izin almamış olmalarına karşın bu başvurular büyük bir memnuniyetle karşılanmıştır.

Dernek özgürlüğüne ilişkin 1999 yılından bu yana gerçekleştirilen yasal reformlar sonucu pek çok kısıtlama ortadan kaldırılmıştır. Yeni Dernekler Yasası Temmuz 2004'te Meclis'ten geçmiş ancak Cumhurbaşkanı'nın vetosu nedeniyle yürürlüğe girmemiştir. Irk, etnik köken, cinsiyet bölge yada diğer bir azınlık grubuna dayalı dernek kurmaya ilişkin yasaklar yeni kanunla kaldırılacaktır. Ayrıca yeni Kanun'da yabancı derneklerle işbirliği yada yabancı ülkede temsilcilik açmak için alınacak ön izinler de kaldırılmaktadır. Yeni Kanun'a göre güvenlik güçleri tarafından derneğe ait bina ve müstemilatın aranması için önceden mahkeme emri alınmış olması koşulu getirilmiştir.

Yeni Kanun'da derneklerin yurtdışındaki yabancı derneklerle yada kamu kurumlarıyla işbirliği yapmalarına ve parasal yardım almalarına imkan tanıyan hükümler Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle veto edilmiştir.

Derneklerin ana statüsü ve bu statüde belirtilen alanlarda faaliyet gösterme zorunluluğu derneklerin çalışmalarında pek çok güçlük yaratmaktaydı şimdi yeni kanunla ana statüde belirtilen alanların dışında faaliyet gösteren dernekler kapatılma cezasıyla değil para cezalarıyla karşı karşıya kalacaklardır.

Ekonomik ve Sosyal Haklar

Cinsiyetler arası eşitliği güçlendirici pek çok reform hareketi yapılmıştır. Mayıs 2004 değişikliği ile getirilen yeniliklerden bir de Anayasa'nın 10. maddesine bu konuda "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*" şeklinde açık hüküm eklenmesidir. Yeni Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerle de kadın haklarını koruyucu hükümler getirilmiş ve töre cinayetleri, tecavüz ve bekaret kontrolüne ilişkin cezai belirlemelerde bulunulmuştur. Töre cinayetlerine karşı alınan yasal tedbirlerin yanı sıra bu suçlara karşı yargılamanın da tavrı değişmiştir.

Kadın haklarının korunmasına dair çeşitli kanunlarda yapılan değişiklik ile cinsiyet ayrımına dayalı uygulamalara son verilmesi amaçlanmaktadır.

Kültürel hakların korunmasına dair 1999'dan bu yana önemli gelişmeler kaydedilmiş ve Anayasa'da Türkçe dışındaki dillerin kullanımına

ilişkin yasaklama kaldırılmıştır. Yasal değişiklikler sonucu Türkçe dışında radyo/tv yayıncılığı ve eğitim konuları gündeme gelmiştir. Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde eğitim ve yayın 2004 yılında başlamıştır. Özellikle yetkililerin Kürtçe'nin kullanılmasına ilişkin büyük bir hoşgörü gösterdikleri kaydedilmekle beraber kültürel hakların kullanımında hala mevcut bazı kısıtlamalar vardır.

Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerin Öğrenilmesi Hakkında Kanun'da da mevcut kurslarda öğrenime imkan sağlanmasını amaçlayan bir yönetmelik Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile Kürtçe eğitim yapılan özel kursların açılmasına ilk kez izi verilmiştir. 2004 yılının Nisan ayında Kürtçe eğitim veren altı özel okul kurulmuştur. (Bu okullar Van, Batman, Şanlıurfa'da Kırmançı lehçesinde eğitim vermektedirler.) Bu okullara devlet tarafından bir destek verilmediği gibi eğitime ilişkin bir müdahalede de bulunulmamaktadır yalnız ilköğretim zorunlu olduğu için bu okullara gidecek öğrencilerin on beş yaşından büyük ve ilk öğretimini tamamlamış olmaları gerekmektedir.

Kürt dilinin kullanımı ve kültürün ifadesinde çok büyük bir hoşgörü gözlemlenmektedir. Nevroz kutlamaları resmileştirilmiş ve kutlamalar sırasında çok ufak birkaç olay rapor edilmiştir. Aralık 2003'de Yargıtay Van Yerel Mahkemesi'nin Kürtçe poster asmak suçundan mahkumiyet verdiği bir kararı yapılan son yasal değişikliklerle çeliştiği gerekçesiyle bozmuştur.

Seçim sistemiyle ilgili herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Siyasi partilerin aşmak zorunda olduğu %10 barajı yüzünden azınlıklara ait pek çok parti meclise girememektedir. Siyasi partilerin Türkçe dışında başka bir dil kullanmalarına ilişkin kısıtlama da devam etmektedir. Hükümet dışı kuruluşlardan alınan bilgilere göre 2004 yılının Mart ayında yapılan yerel seçimler sırasında yürütülen kampanyalarda Kürtçe kullanan kişiler aleyhine soruşturmalar başlatıldığı ve pek çok Kürt politikacının hüküm giydiği öğrenilmiştir. Ancak bu kararlara ilişkin yapılan kanuni başvurular sonucu bu davalardan birinde verilen mahkumiyet kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur.

Kürt kökenli nüfusun çoğunluğunun yaşadığı Güneydoğu'daki son duruma bakıldığında, 1999 yılından beri devam eden güvenlik, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasındaki aşamalı ilerlemeye devam edildiği gözlenmektedir. Olağanüstü halin kaldırılmasından sonra⁴ dahili yerlerinden edilen kişilerin köylerine geri dönüşü hala devam etmektedir.

⁴ 30 Kasım 2002 sonu itibarıyla tamamen kaldırılmıştır.

Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanun Temmuz 2004 tarihinde kabul edilmiştir. Bu Kanun ile 1987'den beri devam eden ve Güneydoğu'da olağanüstü hal bölgesinde yaşayanların uğramış oldukları maddi zararların giderilmesi gerekliliğinin kabul edildiği görülmüştür.

2004 yılının Mart ayında Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal zamanında valilerin almış olduğu idari kararlara karşı idari yargı yolunu yeniden düzenlemiştir. 2003 tarihli Toplum Kazandırma Kanunu dahilinde getirilen af süresi Şubat 2004 tarihinde bitecektir. Kanun'un çok etkili sonuç doğurmadığı gözlemlenmektedir. Resmi kayıtlara göre geçen süre içinde dört bin yüz bir başvuru yapılmış olup bunların iki bin sekiz yüzü zaten cezaevinde olan kişiler tarafından yapılmıştır. Bin yüz bir kişi kendiliğinden kanundan faydalanmak için başvurmuş ve bunların büyük bölümü salıverilmiş yada azaltılmış cezalar almışlardır.

Dahili olarak yerlerinden edilmiş ve güvensiz koşullarda yaşayan kişilerin durumu hala büyük sorun teşkil etmektedir. Köye Dönüş ve Rehabilitasyon projesi için 2002 yılında Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği ile işbirliği girişimlerinde bulunulmuştur.

Yerlerinden edilen bu kişilerin AİHS'nin mülkiyet hakkını düzenleyen Ek Protokol 1/1. maddesinin ihlali ve Sözleşme'nin özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddesinin ayrıca etkili başvuru imkanını tanıyan 13. maddesinin ihlaline ilişkin Türkiye aleyhine yaptıkları yaklaşık bin beş yüz adet başvuru bulunmaktadır.

Resmi kayıtlara göre 2003 yılının Ocak ayından bu yana 124.218 kişi köyüne dönüş yapmıştır. (Bu rakam yerlerinden edilen kişilerin üçte birini kapsamaktadır.) Ancak hükümet dışı kuruluşlar bu rakamın gerçekleri yansıtmadığını ve yerlerinden edilen kişilerin toplamının üç milyona yakın olduğunu iddia etmişlerdir. Dahili olarak yerlerinden edilen kişilerin dönüşüne ilişkin karşılaşılan zorluklar Güneydoğu bölgesinin ekonomik şartlarından kaynaklanmaktadır. Altyapı eksiklikleri, hükümete bağlı köy koruculuğu sistemi ve sermayenin yokluğu ile iş imkanlarının kısıtlı köye dönüşlerdeki en büyük engellerden bir kaçıdır.

4054 SAYILI YASA'NIN 55. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE İLGİLİ DANIŞTAY'IN "İSTİŞARI KARARI" VE SONUÇLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Av. Kublay ATASAYAR*

I. GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında(ki) Kanun'un bazı maddeleri, 01.08.2003 tarih ve 4971 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin içinde, Kanun'un 55. maddesini değiştiren hüküm özel bir önem taşımakta, soruşturmalara taraf olan teşebbüsleri ve yöneticilerini doğrudan ilgilendirmektedir.

Bu değişikliğe göre, eski metinde, süresi içinde yargı yoluna başvurulmazsa kararın kesinleşeceğini yahut yargı yoluna başvurulmuş ise kararın kesinleşmiş sayılmayacağını öngören hükmün yerine, *"kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz"* hükmü gelmiştir. Ayrıca, önceki düzenlemede *"para cezaları kurulun kararı kesinleşmeden tahsil edilemez"* hükmü de, yukarıdaki değişikliğe paralel bir değişiklik görmüş, fıkra *"para cezaları, kurulun nihai kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir"* şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklik, uygulamada bazı ciddi tereddütlerin gündeme gelmesine neden olmuştur. 4971 sayılı Kanun'un yayımından önce karar verilmesine, hatta karar tefhim edilmesine rağmen, tebliğ edilememiş kararların yeni hüküm karşısındaki durumu ciddi sorun yaratmıştır.

Kanun değişikliği için bir uygulama yolunu benimsemeyi tercih etmeyen İdare, Başbakanlık aracılığı ile Danıştay'ın istişari görüşünü almayı uygun görmüş ve bu yazının konusu olan Danıştay 1. Dairesi'nin kararı ortaya çıkmıştır.

Danıştay 1. Dairesi'nin 23.01.2004 tarih ve E. 2003/176 K. 2004/8 sayılı kararı 2575 sayılı Kanun 42/f maddesi gereğince istişari niteliktedir.

* E. Rekabet Kurulu üyesi, kat@katdanic.com

Diğer bir anlatımla, bu karar yaptırım gücü olan “uygulanması gerekli” bir karar değil, en üst idari denetim organının görüşünün alınmasını ifade eden, soran idareyi de, görüş veren Danıştay’ı (ilgili dava dairelerini) da bağlayıcı niteliği olmayan bir karardır. İlgili idare, bu görüşe aykırı bir uygulamayı, gerekçelerini belirterek yapabileceği gibi, Danıştay dava dairelerinin de 1. Dairesi’nin istişari görüşüne uygun olmayan kararlar vermesi mümkündür. Ancak Türk idare sisteminde, uygulayıcı İdareler Danıştay’ın istişari görüşlerine uygun şekilde davranışı benimsemekte, bu alanda muhtemel sorumlulukları, bu görüşün arkasında kalarak bertaraf etmeye çalışmaktadırlar.

Danıştay’ın istişari kararının, Rekabet Kurulu’nun ihlal tespit ettiği ve ceza verdiği kararlar açısından değerlendirilmesini gerekli hatta zorunlu görüyoruz.

II. DANIŞTAY’IN İSTİŞARİ KARARI

Danıştay 1. Dairesi’nin söz konusu kararı, idarenin sorduğu çerçeve esas alınarak ve derinlemesine bir tartışma yapılmadan alınmış bir karar niteliğinde görülmektedir.

İdarenin sorduğu husus şudur: 4054 sayılı Kanun’un 4971 sayılı Kanun ile değişik 55. maddesinin uygulanması bakımından, kurul kararlarının verildiği tarihin mi yoksa kurul kararlarının ilgililere tebliğ tarihinin mi esas alınacağıdır.

Bu sorunun çözümünde ilgili daire yalnız kanunların geriye yürüme-yeceği ilkesini esas almak suretiyle, karar tarihinin değil, tebliğ edilmemiş kararlarda tebliğ tarihindeki kanun hükmünün uygulanacağı yolunda bir görüşü belirlemiş ve bunu ilgili idare olan Rekabet Kurulu’na bildirmiştir.

Bu görüşün ortaya çıkardığı sonuç, 4971 sayılı Kanun’un yürürlüğünden çok önce (iki yılı aşan süreler bile söz konusudur) kararın verilip, tefhimin yapıldığı ve fakat, yazılıp karşı tarafa tebliğinin 4971 sayılı Kanun yürürlüğe girmesinden sonra yapılabildiği kararlarda, söz konusu idari para cezasının, Danıştay 10. Dairesi’nin nihai kararını beklemeden ve bir ay içinde ödenmesi zorunluluğudur. Bu durumda idari para cezası, bir “*amme alacağı*” niteliğini kazanmakta ve 6183 sayılı Amme Alacakları’nın Tahsili Usulü Hakkında(ki) Kanun hükümlerine göre, bir ay içinde ödenmediği takdirde yüksek faiz oranlarıyla da karşı karşıya kalınmaktadır. Söz konusu idari para cezalarının görece çok yüksek olması da, hem ödenmesi imkanını zorlaştırmakta, ödenmediği takdirde gelecek faiz yükü ile birlikte düşünlüdüğünde de ödemeyi adeta imkansız kılmaktadır. Bu değişiklik, tahsili

kabil olan bir ceza hükmünü, tahsili kabil olmayan bir cezaya çevirebilecek kadar hak ve adalet anlayışına aykırı düşmektedir.

Görüşümüze göre, kanun değişikliğinde, Rekabet Kurulu kararlarının idari nitelikte olduğu gerçeği göz ardı edilmiş, adeta yargı kararı gibi düşünülmüş ve ilk mahkeme kararları nasıl, yürütmenin durdurulması kararı olmadıkça infaz edilebilir nitelikte ise bu kararlar için de aynı şekilde düşünümlere yeni düzenleme yapılmıştır. Rekabet Kurulu kararlarının özelliği yalnız idari açıdan düzenleyici kararlar olmayıp, aynı zamanda, büyük rakamlara ulaşan idari para cezalarını da içermesidir. Bu bakımdan idari para cezalarının uygulanması ile para cezaları dışındaki düzenleyici, önleyici veya yasaklayıcı hükümlerin uygulanmasının ayrı değerlendirilmesi yerinde olabilirdi. Yasa koyucu kararlardaki bu ayrımı göz önüne almamış ve yargı kararlarındaki esasları idari para cezalarına da aynen yansıtmıştır. Hiç şüphe yok ki, para cezalarının ödenmesi ile ilgili AB üyesi ülkelerin bir kısmında görüldüğü gibi, kısmi ödemeden, teminat mektubuna kadar çok değişik alternatifler yaratılabilirdi.

III. DEĞERLENDİRME

4971 sayılı Kanun ile ortaya çıkan, Rekabet Kurulu kararlarının öngördüğü idari para cezalarının, bu kanunun yürürlüğünden önce verilse bile, tebliğinin sonra yapılmış olması halinde yeni kanuna göre ödeneceği hakkındaki Danıştay 1. Daire kararını, değişik açılardan değerlendirmek mümkündür.

Temel hukuk kurallarının, bu olayda da geçerli olacağından hiç kuşku yoktur.

Olayımız açısından, uygulamada bu yasa değişikliği nedeniyle hangi alternatiflerle karşılaşılabileceğine değinmekte yarar vardır.

Birinci alternatif; 4971 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, 4054 sayılı Kanun'un 48 ve 49. maddelerine göre kararın verildiği ve 54. madde gereğince de, ilgili taraflara tebliğ edildiği durum.

Bu halde, Danıştay'a itiraz hakkı kullanılmış olsa da, olmasa da, yahut henüz itiraz süresi bitmemiş olsa bile, eski kanun hükmünün uygulanacağında kuşku yoktur. Esasen bu alternatif tartışma konusu değildir.

İkinci alternatif; yeni yasa yürürlüğe girmeden önce 48. madde gereğince kararın verildiği, 49. madde gereğince tefhimin yapıldığı ancak tebliğ 4971 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılabildiği durum.

Bu durum, Danıştay'ın istisari görüş bildirdiği alternatif olup, aşağıda kazanılmış hak açısından değerlendirilecektir.

Üçüncü alternatif; yeni yasa yürürlüğe girmeden önce 48. maddeye göre karar verilmiş fakat 49. maddeye göre tefhim ile 54. madde gereğince tebliğin 4971 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra yapılması durumu.

Bunun da ikinci alternatif çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir.

Dördüncü alternatif; hem 48. madde gereğince kararın hem de 49. madde gereğince tefhimin, 4971 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra yapılması durumunda, herhangi bir tereddüt yoktur. Bu durumda, yeni kanunun uygulanacağı tereddütsüzdür.

Hukuk ilkeleri açısından ele alınması gereken ikinci ve üçüncü alternatiflerdir. Buna göre, asıl olan karar, 4971 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce verilmiştir.

1. Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi Açısından

Danıştay kararında göz önünde bulundurulacak tek kural bu olmuştur. Bu açıdan bakıldığında ve derine inilmediğinde varılan sonuç doğru kabul edilebilir.

İstisari kararın dayandığı gerekçe şudur: *“Yasaların yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki durum ve işlemler hakkında uygulanması ve hüküm ifade etmesi gerektiği yolundaki hukukun genel prensibi, kamu hukuku alanında da geçerlidir. Buna göre, önceki yasa zamanında meydana gelen ancak sonuçlanmamış, ilgisine tebligatı tamamlanmadığından sübjektif hak doğurmamış olan durum ve işlemlere, sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin uygulanması, yeni yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren derhal etki ve sonuç yaratması niteliğinin bir gereğidir.”*

Rekabet Kurulu kararlarının, gerekçede sözü edildiği şekilde tebliğ edilmeden *“sonuçlanmamış”* sayılıp sayılmayacağına, ilgiliye tebligatın tamamlanmasının *“sonuçlanma”* için gerekli olup olmadığına ve ne zaman *“sübjektif hak”* doğacağına, 4054 sayılı Yasa açısından incelenmesi zorunludur.

Öte yandan, hukuk ilkeleri açısından Rekabet Kurulu kararlarının ne zaman oluştuğuna ve ne zaman itiraz yollarına başvurma hakkının doğduğuna ayrı ayrı değerlendirilmesi, olayımız açısından şarttır.

Rekabet Kurulu kararlarının nasıl ve ne zaman sonuçlanmış olacağını, 4054 sayılı Kanun'un 48 ve 49. maddeleri düzenlemektedir.

48. madde, “sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesi ile birlikte 15 gün içinde karar verilir” demektedir. Ayrıca sözlü savunmanın talep edilmediği ve yapılmadığı hal ile sözlü savunmaya ilgili tarafların gelmediği halde de ne kadar süre içinde “karar” verileceği bu maddede belirtilmiştir.

“Nihai Karar” başlıklı bu madde gereğince verilen kararın tarihi, ilgili taraflar için bir hakkın doğduğu tarihtir. Çünkü artık bu karar değiştirilemez, yenilenemez yahut karara yeni bir şey eklenemez. Diğer bir ifade ile 48. madde gereğince oluşan karara, Rekabet Kurulu’nun yapabileceği yeni hiçbir şey yoktur. Bu karar ile, ilgili taraflar için (hem kurum, hem soruşturma yapılan teşebbüsler) sübjektif bir hak doğmuştur. 48. maddeye göre karar verildiği tarihte, bu dosya “sonuçlandırılmıştır”. Sonuçlanması için başkaca hiçbir işlem ve eyleme ihtiyaç da yoktur, lüzum da yoktur. Sonuçlanma için Kanun’da, başkaca bir hüküm de yoktur. Ayrıca verilecek kararın “gerekçeleriyle birlikte” verileceği de kanun açık hükmüdür. Diğer bir ifade ile Yasa, “Gerekçeli Kararın” bu süre içinde verilmesini öngörmektedir.

Ayrıca 49. maddede karar alındıktan sonra, ilgililere “alenen tefhim olunur” hükmü de, kararın sonuçlandırıldığı hakkında ilgili taraflara (teşebbüslere) sözlü açıklama yapılmasını, yani haberdar edilmesini amir hüküm olarak düzenlemiştir. Bu hüküm bile, kararın “sonuçlanmasında” bir aşama değil, sonuçlandırılmış kararın ilgililere sözlü olarak duyurulmasıdır. Danıştay Kararı’ndaki anlatımla, bir kararın tefhim edilmesi, sonuçlanmadan mümkün değildir. Tefhim edilmiş bir kararın “sübjektif hak” doğuracağı da, kuşkusuz olmak gerekir.

Kararın ilgililere tebliği (yazılı bildiri) kararın oluşması (tamamlanması veya sonuçlandırılması) için bir şart olmayıp, yargı yoluna başvurmak isteyenler için sürelerin ne zaman başlayacağını gösteren bir hükümdür. 4054 sayılı Kanun’un 54. maddesi, “Sürelerin Başlama Tarihi” başlığı ile düzenlenmiştir ve bu hükme göre yazılı tebliğ, Danıştay’a başvurma süresinin başlangıcını gösterir. Kararın bu tebliğden sonra “sonuçlanmış” sayılacağını gösteren bir hüküm kanunun hiçbir yerinde yoktur. Teşebbüs veya teşebbüslerin tefhim edilmiş bir kararı, temyizden feragat etmeleri ve bunu bildirmeleri halinde, kararın kesinlik kazanacağı da olayın diğer bir yönüdür. Bu nedenle yazılı tebliğ, esasa ilişkin değil, itiraz hakkına ilişkin özellik taşımaktadır.

Kararın sonucu “sübjektif bir hakkın” ne zaman doğacağını, “tebliğ” gerekçesine bağlayan Danıştay kararındaki yorumu anlamak güçtür. Tebliğ, itirazın başlangıcını belirlediği için, sübjektif hakkın doğumu ile ilgili değildir. Hak, karar ile karar verildiği tarihte ortaya çıkmıştır, tefhim de edilmiş olabilir, ancak tebliğ edilmesi ile edilmemesi arasında hiçbir fark yoktur.

Tebliğ edilmemiş karar, yalnızca itiraz hakkı vermez, kanun yolları başlamaz, onun dışındaki sübjektif imkan ve hakları doğurması gereklidir.

Rekabet Kurulu kararlarının diğer bir özelliği de, *Resmi Gazete'* de yayımlanma zorunluluğudur (4054 sayılı Yasa'nın 53. maddesi). Bir kararın *Resmi Gazete'* de yayımlanması, onun yürürlüğe girmesi veya sonuçlanması için nasıl bir şart değilse, itiraz edilebilmesi için "tebliğ" edilmesi de, sonuçlandırılabilmesi için bir şart değildir. *Resmi Gazete* ile ilanda amaç, kararın tarafı olmayan fakat kararlarla ilgili bulunan yahut aynı pazarda çalışanların alınan karara bu ilandan itibaren ve süresi içinde itiraz edebilmelerine olanak tanımadır. Nasıl *Resmi Gazete* ilanını, bu tür bir kararın sonuçlanmış sayılması için arayamazsak, tebliğ edilme şartını da arayamamak gerekir.

2. Kazanılmış Hak İlkesi Açısından

Danıştay kararında, olaya kazanılmış hak ilkesi açısından bir yorum getirilmemiştir.

Bugün, idare hukukçularının yaygın şekilde benimsedikleri görüş, bir idari işlemin değiştirilmesi halinde bu idari işlemde doğmuş olan hak veya hakların hangi durumlarda hukuken korunacağı, yani "kazanılmış hak" olarak görüleceğinin, hassas şekilde incelenmesi gerektiğidir.

Gerçekten, devlet tarafından, kamusal bir işlem yerine getirildiğinde (kanun veya idari düzenleme yahut idari karar), fertler devlete güven duygusu içinde, ortaya konulan iradenin sürekli ve güvenilir olduğunu kabul ederek davranışlarını buna göre oluştururlar. Verilen kamusal hakların hukuk düzeninde korunacağından güven duymaları normaldir. Bunların ne zaman ve ne şekilde değişeceğinden endişe duymadan sosyal ve ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmelidirler. İşte bu güven kavramı, idare hukukunda da "kazanılmış hak" kavramını gündeme getirmektedir.¹ Sn. Dr. Ulusoy bunu "kazanılmış haklara saygı ilkesi de hukuk güvenliğinin sağlanması ve dolayısıyla hukuk devletinin inşa edilebilmesi için son derece önemli bir ilkedir" diyerek özetlemektedir.

Konunun önemini ve hassasiyetini belirten Doç. Dr. Ulusoy "doğrudan veya dolaylı olarak kamusal bir işlemde doğan bir hakkın teknik olarak kazanılmış hak olarak görülüp hukuken korunmaya devam edilebilmesi için her somut olayda öngörülebilirlik ve hukuki istikrar boyutları dikkate alınarak hukuk devleti ilkesi ve kamu düzeni ve kamu hizmetlerinin gerekleri arasında titiz bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir" demektedir.

¹ Doç. Dr. Ali Ulusoy, "Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gerekleri Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı", 2003 (Türkiye Barolar Birliği Kurultayı'nda sunulan tebliğ). (Ulusoy, buna "öngörülebilir olma" demektedir.)

Bir idari kararın hangi şartlar altında kazanılmış hak haline geleceği üzerinde de durulması gerekir.

İdare hukukçularının genel kabullerine göre, idari işlemde doğan bir hakkın “kazanılmış hak” olarak kabul edilip hukuken korunabilmesi için üç ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir.^{2,3}

Birincisi, hak bireysel bir idari işlemde doğmalıdır. Diğer bir ifade ile ancak düzenleyici işlemlere dayanılarak alınan bireysel idari kararlar hak doğurabilir. Olayımızda da, kanun değişikliği olmadan önce, 4054/48. madde gereğince teşebbüs veya teşebbüsleri ilgilendiren, niteliği itibarıyla bireysel olan ve yalnız onları kapsayan bir karar alınmıştır. İdari işlem, kararın alındığı tarihte bitmiştir ve artık bu işlem üzerinde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

İkincisi, hak doğurucu bireysel idari işlemin (kararın) tesis edildiği tarihte geçerli olan hukuk kurallarına uygun şekilde alınması gereğidir. Kararın tesis tarihi kararın verildiği tarihtir. Kararın kesinleşmesi için ne bir üst makam onayına ne de bir üst kurul onayına ihtiyaç vardır. Rekabet Kurulu kararları, 48. maddeye göre verildiği anda, onaya ihtiyaç duymadan “tamamlanmış” bir karardır. Kararın tebliği, itiraz hakkının kullanımı için gerekli olup, “tebliğ” kararın sağlık şartı değildir.

Üçüncüsü, söz konusu hak “kişi” açısından kişiselleşmiş, güncel hale gelmiş ve belirlilik kazanmış olmalıdır.⁴ Hukuken korunabilecek niteliği, kararın verildiği tarihte kavuşturduğunun, olayımız açısından kabulü gerekir. Çünkü, tebliğe rağmen, itiraz hakkını kullanmayacak teşebbüs için, uygulanacak karar, Kurulun karar verdiği tarihteki karardır. Karara itiraz edilmesi halinde de onanacak veya bozulacak karar (idari tasarruf) alındığı tarihteki karar olacaktır. Eklemek gerekir ki, kişiselleşmiş olma kuralının tersi, hakkın henüz doğmamış olmasını veya beklenen hak durumunda olmasını ifade eder ki, Rekabet Kurulu Kararlarının böyle bir yönü yoktur.⁵

3. Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından

Anayasa Mahkemesi de, çok sayıda kararında kazanılmış haklar konusunu ele almış, uygulama ve yorumda, yol gösterici olacak şekilde ilkeler koymuştur.

² Doç. Dr. A. Ulusoy, (aynı tebliğ)

³ Yard. Doç. Dr. Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 2003 Seçkin Yayıncılık. (Y. Oğurlu’da, kazanılmış hakkın unsurlarını farklı deyimler kullanılmasına rağmen, aynı çerçeve içinde açıklamaktadır, s. 89 v.d.)

⁴ Sayın Doç. Dr. Ulusoy buna “kesinleşmiş olma” deyimini kullanmakla beraber, amacının belirgin olma güncel ve kişisel hale gelme olduğunu da açıklamaktadır. Sn. Dr. Oğurlu’da bunu “hukuken korunmaya değer aşamaya gelmek” olarak ifade etmektedir.

⁵ Ulusoy (aynı tebliğ)

Olayımız açısından doğrudan ilgili olmasa bile, kazanılmış hak kavramının idare hukukunda nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğini çeşitli kararlarında değerlendirmiştir.⁶

AYM'nin 23.02.2001 tarihli ve E. 1992/42, K. 2001/41 sayılı kararında, *“kazanılmış haktan söz edilebilmesi için objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi gerekmektedir... Öğretide ve uygulamada, kamu hukuku alanında kazanılmış hakkın... Genel durumun kişisel duruma dönüşmesiyle ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir”* denilmiştir.

Olayımız açısından da, genel hukuki durum olan yasa hükmü, yasadaki prosedür tamamlanmak suretiyle karara bağlanmış ve bu karar ile kişi (teşebbüs veya teşebbüsler) özel bir duruma geçmiş, idari ceza almış veya almamıştır. Başka bir ifade ile, genel yasa hükmü uygulama görmüş, bu uygulamanın sonucunda da *“teşebbüslere özel”* bir sonuç (karar) ortaya çıkmıştır. Bu karar tefhim edilmiş olmakla da, teşebbüsler için özel hukuki durum yaratılmıştır.

AYM'nin diğer bir kararında (11.11.1963 gün, E. 1963/106, K. 1963/270 - RG 29.01.1964, s.11619) hukuk devleti ilkesine gönderme yapılarak; *“kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur, olması da düşünülemez”* denilmiştir.

AYM'nin 11.06.1996 gün ve E. 1996/1, K. 1996/18 sayılı kararda da *“hukukta kazanılmış hak, kamu kesiminde olsun, özel kesimde olsun güvenilirliğin kanıtı, uygunluğun ölçüsüdür. Olmadık bir nedenle çiğnenmesi anayasal düzeyde haklı bulunamaz”* denilmektedir.

AYM, bir başka kararında, kanuna karşı, sözleşme ile elde edilen hakları *“kazanılmış hak”* olarak tanımlamış ve bunu kaldıran yasa hükmünün önce yürütmesini durdurmuş, sonra da iptal etmiştir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 4. maddesi ile, idare veya özel şirketlerle yapılmış elektriği satın alma yükümlülüğünü içeren sözleşmelerin iptalini öngören düzenlemeyi iptal etmiştir (AYM Kararı 13.02.2002, E. 2001/293, K. 2002/5, RG 15.02.2002).

Kazanılmış hak, olayımızda sözleşmeye değil, kanun hükmüne dayanmaktadır. Eski kanuna göre, karar aşaması tamamlanmış, kararı verilmiş (tefhimi önemli olmamakla beraber hatta tefhim edilmiş) kararların, yalnız yazılı tebligatının yapılmamış olmasını, kazanılmış hak kavramı dışına çıkarmanın mümkün olamayacağını düşünmekteyiz.

⁶ Yard. Doç. Dr. Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 2003, s. 86-87.

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde olayımızın değerlendirilmesi halinde, önceki yasa döneminde verilmiş ve diğer tarafa tefhim edilmiş bulunan kararların uygulanmasının daha sonra yeni bir yasa yürürlüğe girse bile, eski yasa hükümlerine tabi olması gerekeceği ve bunun da kazanılmış hak kavramının olağan bir sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır.

4. Ceza Hukuku İlkeleri Açısından

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin gerek başlığı, gerek maddenin metni, kurul kararında belirtilen para cezasının hukuki anlamda bir "ceza" olduğunu açıkça belirtmektedir. Ceza, ister yargı kararında isten idari kararda yer alsın, niteliği itibariyle ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Ceza hukukunun ilkeleri açısından bakıldığında 4971 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, ceza miktarını artırmamakla birlikte, ödeme şartını ağırlaştıran bir değişikliktir. Eski kanun hükmüne göre, öngörülen para cezasının ödenebilmesi için Danıştay'ın ilgili dairesinin onama kararı şart iken, bu değişiklikte Danıştay aşaması beklenmeden Rekabet Kurulu kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gereği hükme bağlanmıştır. Bu değişiklik cezanın muhatabı olan kişi veya kişilerin ödeme şartını ağırlaştırmak anlamına gelmektedir.

Bu türlü yasal değişikliklerin yapılması halinde Ceza Hukuku, yasanın yayımından önce işlenmiş suçlara uygulanacak cezayı "hafif olan ceza"nın uygulanacağı ilkesine bağlamıştır.

Bu durumda, Danıştay 1. Dairesi'nin istisari görüşünün ortaya çıkardığı sonuç bu ilkenin tersi olacak ve ağır olan cezanın uygulanması gerekecektir.

5. Kurum'un Sorumluluğu Açısından

Rekabet Kurulu'nun 48. maddeye göre vereceği kararların 54. maddeye göre tebliğ edilmesine kadar geçmesi gereken süre (kararı yazma süresi) 4054 sayılı Kanun'da belirtilmemiştir.

Karar yazma süresi denilebilecek bu sürenin önemi tartıştığımız konu açısından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten "Kurum'un, "Kurul'un kararlarını yazma konusunda dikkat çekici örnekler görülmektedir. Özellikle 4971 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önce verilmiş çok sayıda karar, yasanın yürürlüğünden önce tefhim edilmesine rağmen, ilgili taraflara

tebliğ edilmemiştir. Yasa'dan sonra yapılacak tebliğlerde ise, Danıştay'ın istişari kararı yönünde düşünülürse, idari para cezasının ödenmesi bir ay içinde gerçekleştirilecek, ödenmediği takdirde 6183 sayılı Yasa hükümleri uygulanabilecektir.

Bu noktada, "Kurum"un karar yazma sorumluluğu önem kazanmaktadır. Bu gecikmenin sorumlusu ilgili taraflar olamayacağına göre, hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak talep edemez kuralının da bir sonucu olarak, "Kurum"un yasa değişti gerekçesi ile eski kararlara yeni hüküm uygulamasının mümkün ve doğru olamayacağı görülmektedir. Bu gecikmenin sorumlusu böyle bir hakkın talepçisi olmamalıdır. Bu durum, hukuka saygı, idarenin görev ve sorumluluğu açısından bireyleri güvensizliğe ve belirsizliğe itecek kadar önemlidir.

4054 sayılı Kanun'un 48. maddesi, "sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde karar verilir" demektedir. Buradaki iki süre de karar süresi olarak amir hükümdür. Ancak, karar yazımı için bir sürenin öngörülmemesi, bu imkanın yıllara sarkacak şekilde yerine getirilmesini de haklı kılamaz. İdare, bu konuda ciddi sorumluluk içinde ve belirlenecek makul bir süre içinde, bu görevini de yerine getirmek mecburiyetindedir. Özellikle bu tür yasa değişikliklerinde tarafları mağrudiye uğratabilecek davranışların tarafı "Kurum" olmamalıdır.

Konunun ekonomik yönü ve sonuçları bu incelemenin kapsamında olmadığı için, ekonomik değerlendirmelerden kaçınılmıştır.

IV. SONUÇ

4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinde yapılan değişiklik idari para cezasının uygulanmasını, eski hükme göre öne çekmiş ve Danıştay'ın onama kararı beklenmeden ödeme şartını getirmiştir.

Danıştay 1. Dairesi'nin bu konudaki kararı, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesi (f) fıkrası gereğince "işari mahiyette" dir. Bildirilen, bir karar değil, kanun hükmünde de belirtildiği gibi bir "düşünce bildirmek" tir. Dolayısıyla Danıştay 1. Dairesi'nin bu kararının önce idare tarafından, olayın özelliği, kazanılmış hakkın olup olmadığı ve en önemlisi bu sonucun ortaya çıkmasında kendi sorumluluğunun önemi ve ağırlığını göz önünde bulundurarak değerlendirilmelidir.

İdare'nin bu konudaki davranışlarının, hele Danıştay görüşü varken, farklı olması aslında beklenmemelidir. Ancak uyuşmazlık dosyasının incelenmesi gereken Danıştay'ın ilgili dairesinin bu unsurları göz önüne alarak,

farklı değerlendirme yapması beklenmelidir. Çünkü, Danıştay dava daireleri de, istişari nitelikteki bu kararlara uymak mecburiyetinde değildir ve personel hukuku uygulamalarında bu çeşit kararlara rastlanmaktadır.

Amaç, sorunun hakça ve adaletli bir sonuca bağlanması olduğuna göre, zaman içinde, çelişkili bu durumun ve yorumların, hukukun temel ilkeleri bütünüyle değerlendirilerek çözüme kavuşturulacağını umuyoruz.

TC DANIŞTAY BİRİNCİ DAİRE

Esas: 2003/176

Karar No: 2204/8

4054 sayılı Kanun'un 15.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4971 sayılı Kanun'la değiştirilen 55. maddesinin uygulanması yönünden Rekabet Kurulu kararının verildiği tarihin mi, ilgililere tebliğ edildiği tarihin mi esas alınacağı, 4054 sayılı Kanun'un 16, 17. maddelerine göre verilen ve 15.8.2003 tarihine kadar kesinleşmiş olan para cezalarının, yürürlükten kaldırılan 39 uncu maddenin (b) bendi uyarınca yüzde yirmibeşinin kurum hesabına aktarılıp aktarılamayacağı hususunda düşünülen duraksamanın giderilmesine yönelik istişari düşünce sistemine ilişkin, Başbakanlığın 5.12.2003 günlü, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 5355 sayılı yazına ekli Rekabet Kurulu'muzun 27.10.2003 günlü, 2992 sayılı yazısında aynen:

"Bilindiği gibi 01/08/2003 tarih ve 4971 sayılı" Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamesi Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 25. maddesi ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

Buna göre; 07/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Hakkında Kanun'un;

A. 15. maddesinin sonuna *"İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ve ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır"* fıkrası eklenmiştir.

B. 39. maddesinin (b) bendi ile maddenin son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

C. 53. maddesinin ikinci fıkrasındaki “kesinleştikten sonra” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

D. 55. maddesinin birinci fıkrasındaki “Bu süre içerisinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir” ibaresi, “Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz” şeklinde; ikinci fıkrasında yer alan “Para cezaları Kururlun kararı kesinleşmeden tahsil edilemez” ibaresi “Para cezaları, Kurulun nihai kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir” şeklinde değiştirilmiştir.

Anılan Kanun’un 29. maddesinde ise “Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer” denilmektedir.

Kanunların yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylara uygulanmaması genel kural ise de bazı durumlarda, yeni kanunun eski olaylara ve ilişkilere uygulanması konusunda kamu düzeni, genel hakkın korunması ve sair bir takım istisnalar söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda eski kanun zamanında meydana gelen olayların yeni kanun zamanında ortaya çıkan sonuçları yeni kanuna tabi olmaktadır.

Yukarıda anılan kanun değişikliği kapsamında, 4054 Kanununun 55. maddesinin yeni şekli ile uygulanması bakımından tespitlerde bulunulmuştur:

1. 4971 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 15 Ağustos 2003 tarihinden sonra karar verilen ve tebliğ edilen Kurul Kararı’nın yeni kanun hükümlerine tabi olması gerektiği tartışmasızdır.

2. 4971 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden önce verilmiş ve tebliğ edilmiş olan Kurul Kararları’nın büyük bir kısmına karşı ilgililerince yargı yoluna başvurulmuş olup mezkur davalarda o tarihlerde meri olan 55. madde hükmü uygulanmış olup söz konusu kurul kararları ile verilen cezaların eski kanun hükümlerine tabi olduğu düşünülmektedir.

3. Ancak 4971 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinde önce verilmiş olup tebligatı yürürlük tarihinden sonra yapılan Kurul Kararları’nın uygulanması bakımından yasada özel bir yürürlük maddesinin yer almaması nedeniyle bazı tereddütler oluşmuştur. Genel hukuk prensipleri doğrultusunda, Kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren etkilerini meydana getirmesi gerektiği düşünülmekte birlikte; 4971 sayılı Kanun’un uygulanması bakımından, Kurul Kararları’nın tarihin esas alınması durumunda eki kanunun uygulanacağı ileri sürülebileceği gibi, Kurul Kararları’nın ilgililere tebliğ tarihlerin esas alınması durumunda ise yeni Kanun’un uygulanması gerektiği de söylenebilecektir.

Ayrıca, 4054 Sayılı Yasa'nın "Kurumun Gelirleri" başlığı altında düzenlenmiş olan 39. maddesinin (b) bendindeki "Kurulca bu Kanununun 16 ve 17. maddelerine göre verilen cezaların yüzde yirmibeşi" hükmü ile maddenin son cümlesindeki "... (b) bendinde belirtilen gelirler cezaların kesinleşmesinden sonra cezanın Hazine Veznesine yatırılması esnasında Kurumun ilgili hesabına yatırılır" hükmü, 4971 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (b) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yukarıda arz edilen nedenlerle;

a. 4054 sayılı Kanun'un 4971 sayılı Kanun ile değişik 55. maddesinin uygulanması bakımından Kurul Kararları'nın verildiği tarih mi yoksa Kurul Kararları'nın ilgililere tebliğ tarihinin mi esas alınacağı hususunda oluşan tereddütün giderilmesi,

b. 4971 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (b) bendi ile 4054 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (b) bendinin yürürlükten kalkması nedeni ile yeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yargıda kesinleşecek olan cezaların sözkonusu olması durumunda; 4054 sayılı Yasa'nın 126 ve 17. maddelerine göre verilen cezaların yüzde yirmibeşi oranındaki Kurum hissesinin Kurum hesabına aktarılıp aktarılamayacağı hususunda oluşan tereddütün giderilmesi için:

İşbu yazımızın 2575 sayılı Kanun'un 42. maddesinin (f) bendi uyarınca Danıştay 1. Daire Başkanlığı'nın istişari görüşünün alınabilmesi için Danıştay Başkanlığı'na intikalini teminen Başkanlığa iletilmesi bilgi ve müsadelerinize arz ederim, denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı Karakelle, Başhukuk Müşaviri Vekili Nuran İnan, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdür Yardımcısı Ozan Güler, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Önder İnce ile Müşavir Hazine Avukatı Hatice Göktepe'nin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4054 sayılı Kanun'un 15.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4971 sayılı Kanun'la değiştirilen 55. maddesinin uygulanması yönünden Rekabet Kurulu Kararı'nın verildiği tarihin mi, ilgililere tebliğ edildiği tarihin mi esas alınacağı, 4054 sayılı Kanun'un 16, 17. maddelerine göre verilen ve 15.8.2003 tarihine kadar kesinleşmemiş olan para cezalarının, yürürlükten kaldırılan 39. maddenin (b) bendi uyarınca yüzde yirmibeşinin kurum hesabına aktarılıp aktarılamayacağı hususlarında düşünülen duraksamanın giderilmesine yönelik istişari düşünce istenilmektedir.

15.8.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4971 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapılmış, 39. maddesinin (b) bendi ve bu maddenin ikinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4971 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki 39. maddesinin (b) bendinde, Kurul'ca bu Kanun'un 16 ve 17. maddelerine göre verilen cezaların yüzde yirmi beşinin Kurum'un gelir kalemlerinden biri olduğu, son fıkrasının ikinci cümlesinde, (b) bendinde belirtilen gelirlerin, cezaların kesinleşmesinden sonra cezaların Hazine veznesine yatırılması esnasında Kurum'un ilgili hesabına yatırılacağı, 54. maddesinde, Rekabet Kurulu Kararları'nda sürelerin gerekçeli kararların taraflara tebliğ tarihinde itibaren başlayacağı, 55. maddesinde ise, Kurul'un nihai kararlarına, tedbir kararına, para cezaları ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabileceği, bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa kararın kesinleşeceği, para cezalarının Kurul'un kararı kesinleşmeden tahsil edilemeyeceği, Kurul'un para cezası veya sürekli para cezası veren kararın yerine getirilmesinin, 6183 sayılı Amme Alacaklılarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabi olduğu hükmüne bağlanmış iken, yapılan değişiklikle 55. maddenin birinci fıkrasında yer alan *"Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir."* İbaresini, *"Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz."* Şeklinde, 2. fıkrasında yer alan *"Para cezaları, Kurulun kararı kesinleşmeden tahsil edilemez."* ibaresi ise, *"Para cezaları, Kurulun nihai kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir."* şeklinde yeniden düzenlenmiştir. 4971 sayılı Kanun'un 29. maddesinde, bu Kanun'un değiştirilen hükümlülerin geçmişe yönelik olarak uygulanabileceğine ilişkin geçici bir hükme yer verilmemiştir.

Yapılan bu değişikliklerle, 4054 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu cezaların yüzde yirmi beşi Kurum geliri olmaktan çıkarılmış, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayaacağı hükmüyle para cezalarının Kurul'un nihai kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenmesi gerektiği öngörülmüş ve bu değişiklikler 15.8.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yasaların yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki durum ve işlemler hakkında uygulanması ve hüküm ifade etmesi gerektiği yolundaki hukukun genel prensibi, kamu hukuku alanında da geçerlidir. Buna göre, önceki yasa zamanında meydana gelen ancak sonuçlanmamış, ilgisine tebligatın

tamamlanmadığından subjektif hak doğurmamış olan durum ve işlemlere, sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin uygulanması, yeni yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren derhal etki ve sonuç yaratması niteliğinin bir gereğidir.

Açıklanan nedenlerle, 4054 sayılı Kanun'un değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümlerinin 15.8.2003 tarihinden önceki durum ve işlemlere uygulanabileceği yolunda 4971 sayılı Kanun'da geçici bir hükme yer verilmediğinden, 4971 sayılı Kanun'un hükümlerinin yürürlük tarihinden itibaren derhal uygulanması gerektiği, bu tarihten önce verilen ancak tebligatı bu tarihe kadar yapılamamış Kurul kararlarının yürürlüğe giren yeni yasa hükümlerine tabi olacağı, 15.8.2003 tarihinden önce 4054 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddelerine dayanılarak verilen ancak bu tarihte kesinleşmemiş olan para cezalarının yüzde yirmi beşinin, yürürlükten kaldırılan hüküm nedeniyle 15.8.2003 tarihinden itibaren Kurum hesabına aktarılamayacağı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 23.1.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye
Abdülkadir Genelioğlu	Yılmaz Çimen	A. Şahver Kobal	H. Hüseyin Karakullukcu
	Üye		
	Kenker Karaoğlu		

Bankalar, insanla çalışır.

VakıfBank 50 yıldır, müşterilerine ve personeline verdiği değerle çalışıyor.

VakıfBank
SİZİNLE ÇALIŞIR.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ,
güncel konularda dosyalar düzenlemeyi ve önceki dosyalar ile ilgili yazılar
yayımlamayı sürdürüyor.
Bu sayımızda DOSYA'nın konusu
"Tüketici Hakları" olarak seçildi.
Bütün Dosya'larımızda olduğu gibi gelecek sayılarımızda da
bu konuda yayına devam edeceğiz.

TÜKETİCİ HAKLARI

Özel kullanım amacıyla alınan mal ve hizmetler konusunda tüketici, ürünlerin ve satış yöntemlerinin çeşitliliği gibi nedenlerle, her zamankinden fazla aldatıcı ve yanıltıcı unsurlarla karşı karşıyadır. Tüketicinin sağlık ve emniyetinin korunabilmesi, tüketiciye sunulan risk unsurunun asgariye indirilmiş olması, tüketicinin sağlığı ve emniyeti için etiketleme, katkı maddeleri, hijyen denetimi konularında bilgilendirilmesi yanında adil satış yöntemleri kullanılması günümüz serbest piyasaya koşullarını sınırlayan kuralların sadece bir kağıdır.

Bunların yanında AB kriterleri diyebileceğimiz pek çok koşul tüketicinin bilgilendirilmesi için düşünülmekte, uygulamaya konulmaktadır.

Tüketici hakları, ülkemizde özgün biçimde 23.2.1995 tarihinde kabul edilerek 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile koruma altına alınmıştır. Yasa'nın çıkmasından sonra ekonomik hayattaki değişiklikler, özellikle internetin yaygınlaşması bu alanda yeni düzenleme ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Ayrıca, girmekte olduğumuz AB'nin kabul ettiği direktiflere uyum da bu ihtiyaca bir boyut olarak eklenmiştir. Sanıyorum AB kriterleri konusunda Av. Necati Yentürk'ün yazısı yeterli bilgilendirme yapabilecek nitelikte kabul görecektir.

Bu nedenle 6.3.2003 tarihinde 4822 sayılı Yasa ile köklü değişiklikler yapılmıştır.* Bu değişiklikleriyle tüketici haklarının ulusal bağlamdaki sorunları ile ilgili Yargıtay Onursal Daire Başkanlarından Kamil Kadioğlu'nun yazısını zevkle okuyacağınızı ve yararlanabileceğinizi sanıyoruz. Ankara 2. Tüketici Mahkemesi Hakimi Naci Özdamar'ın yazısı ise konut satışları konusunda, uygulamada yeni ufuklar açmaktadır.

4822 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerin en önemlilerinden biri, tüketici tarafından düzenlenen kıymetli evrakın geçersizliğine ve kıymetli

* 4822 sayılı Yasa ile ilgili Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararları için Yargıtay Kararları bölümüne bkz.

evrakın teminat olarak verilmesi ya-sağına dair olan düzenlemedir. Bu düzenleme ile ilgili özgün bir yazı Dosya'da bulunmamaktadır. Buna karşılık DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanan Yrd. Doç. Dr. Sevilay Uzunallı Eroğlu'nun "Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanunun Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri" başlıklı makalesini önermekteyiz.¹

Tüketici haklarının uluslararası boyutu hakkında Av. Arzu Küçükyalçın, Brüksel I Tüzüğü'nü irdeliyor kapsamlı yazısında.

Av. Uğur Yetimoğlu "Devreli Tatil Sistemleri"; Av. Şerafettin Gökalp de "Tüketici Örgütleri" konularında yazdılar.

Ek olarak İTO ve ATO'nun tüketici haklarını koruyan mekanizmaları hakkında bilgiler ver-mekteyiz.

Ankara Ticaret Odası Tüketiciyi Koruma Çalışmaları

Ankara Ticaret Odası'nda tüketici şikayetlerine ilişkin 444 0 286 numaralı ücretsiz bir hat faaliyet göstermektedir.

İTO Tüketiciyi Koruma Çalışmaları

İstanbul Ticaret Odası üyelerince üretilen ya da satılan ürünlerden şikayeti olan tüketicilerin yazılı mü-racaatları "Tüketici Şikayetleri İş Tali-matı" uyarınca İç Ticaret Şubesi'nce incelenir. Haklı tüketici şikayetlerinin çözümüne yardımcı olunur.

Diğer şehirlerdeki üreticilerden şikayetler de kabul edilir ve o ilin Ticaret ve Sanayi Odası'na intikal ettirilerek sorunun çözümü için çaba gösterilir.

Esnaf ile ilgili şikayetler üzerine ise şikayetçiye Ticaret ve Sanayi İl Mü-dürlüğü'ne ve Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği'ne başvurabilecekleri bilgisi verilir.

Tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek ve tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilecek kararları almak üzere İl ve İlçe Hakem Heyetleri kurulmuştur.

Yalnızca kapıdan, posta ve katalog yoluyla yapılan satışlarda; tüketici hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeden ve hiçbir gerekçe göstermeden malı teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmek ya da reddetmek hakkına sahiptir.

Bu durumda, satıcı ödenen bedeli ve kişiyi borç altına sokan her türlü belgeyi on gün içinde iade etmekle ve yirmi gün içinde malı geri almakla yükümlüdür.

¹DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi için Bkz., "Kitaplar-Dergiler" bölümü.

4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA 4822 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA İNCELEME

Kâmil KADIOĞLU*

8.3.1995 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 6.3.2003 tarihinde kabul edilip 14 Mart 2003 tarihli *Resmî Gazete'* de yayımlanan 4822 sayılı Kanun'la önemli ölçüde değiştirilmiş ve yeni bir takım hususlar eklenmiştir. Tüketici yararına yapılan değişiklikler ve eklemelerin tüketicilere getirdiği yararlar inceleme konumuzu teşkil etmektedir.

İncelemenin Kanun'un sistematığı içinde madde madde yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Kanun'un Amaç, Kapsam, Tanımlar başlığını taşıyan birinci kısmın, Kanun'un amacını düzenleyen birinci maddesinde yer alan "*ekonominin gereklerine ve*" ibaresi metinden çıkarılmış başkaca bir değişikliğe gerek görülmemiştir. Gerçekten tüketicinin korunması amacı güdülen bir yasada bu ibarenin yeri olmaması gerekirdi. Faydasız ve fazla olan bu ibarenin Kanun metninden çıkarılmış olması yerinde olmuştur.

Kanun'un kapsamını belirleyen ikinci maddesinde yer alan "*hukuki işlemi*" ibaresi doktrinde genel kabul gören "*tüketici işlemi*" olarak değiştirilmiştir.

Kanun metninde sıkça geçen ve Kanun'un uygulamasında kullanılan sözcüklerin tanımını düzenleyen 3. maddesi önemli şekilde değiştirilmiş ve yeni unsurlar eklenmiştir. Önceki metinde "*mal*" tanımı "*ticaret konusu taşınır eşya*" şeklinde yapılırken yeni düzenleme ile "*alış-veriş konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları*" olarak tarif edilmiştir.

* Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.

Değişiklikte mal tanımı yeniden yapılmış ve tüketicilerin korunma alanları genişletilmiştir.

1. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar, kanun uygulamasında mal olarak kabul edilmiştir. Önceki metinde sadece taşınır mallar tarif edilirken bu kez şahsi ihtiyaç için alınan taşınmaz mallar ve konut da tarif içine alınmıştır.

Burada değişiklikleri irdelemeden önce konut ve tatil amaçlı taşınmazların tarifi üzerinde durmakta, bu ibarelerle neyin amaçlandığını belirtmekte yarar vardır.

Meydan Larousse'e göre; konut; "iş zamanı dışında kalınan, yatıp kalkılan yer, ev, kat, daire" dir. 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre de; "Bir taşınmaz üzerine proje gereği yapılması gereken tüm imalatın yapılmış olması durumunda, oturma iskanı alınan bağımsız bölüme" konut denmektedir. Kanun'da amaçlanan konut Meydan Larousse'teki tarife daha uygundur.

Tatil amaçlı taşınmazlar ise; devre mülk ve devre tatil sözleşmelerinde ortaya çıkar.

Devre mülk hakkı kavramı, kısaca taşınmazlar ile ilgili dönemsel kullanım hakkı olarak tanımlanabilir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yapılan bir değişiklik, hukukumuzda "irtifak hakkı" olarak girmiştir. Sözleşmenin geçerli olabilmesi ve irtifak hakkının elde edilebilmesi için Kanun'un öngördüğü biçimde düzenlenmesi ve tescil zorunluluğu vardır.

Devre tatil hakkı ise; devre mülk hakkı gibi hak sahibine taşınmazlar (tatil tesisleri) ile ilgili dönemsel yararlanma hakkı vermektedir. Ancak hukukumuzda bu hakka ilişkin bir yasal düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla taşınmaz üzerinde doğrudan doğruya mutlak egemenlik yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilen nitelikte bir aynı hak bahsetmemekte; aksine iki kişi arasında varolan bir hukuki ilişkiye dayanarak, bunlardan birinin diğeri lehine bir edimle yükümlü tutulmasını gerektiren bir nispi hakkı ifade etmektedir. Bu itibarla, devre mülk hakkı mutlak bir hak olmayıp kişisel bir haktır.

Kanun'a konulan bu hükmün anlamı şudur: Mesken olarak kullanılmak üzere satın alınan daire ve evlerle, devre tatil veya devre mülk amaçlı olarak satın alınan taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıklar da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında çözümlenecektir.

Burada bir inceliğe işaret etmekte yarar vardır. Bu taşınmazların satışının mutlaka tacir olması ve alıcının da mesken (konut) amacıyla satın alması gerekir. Bu bakımdan satın alan kişi tüketici tanımına giriyorsa onun tarafından malın ayıbından dolayı satıcı hakkında tüketici mahke-

mesinde dava açabilecektir. Alıcının (tüketicinin) malın ayıbından dolayı dava açabileceğinde kuşku olmamakla birlikte örneğin; malın geç teslimi, tamamlanmaması, eksik yapılması, feshi gibi iddialarla ilgili davalar da tüketici mahkemelerinde görülebilecek midir? Kanun'un 23. maddesinde bu kanunun uygulamasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiştir. Alıcı (tüketici) ile satıcı arasında yapılan taşınmaz alım satım sözleşmesi bir bütündür. Alım satım işlemi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalıyorsa bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlık, türü ne olursa olsun tüketici mahkemesi tarafından çözümlenmelidir. Tüketici mahkemelerinde açılacak davaların basit usulü muhakemeye tabi olması, her türlü harç ve resimden muaf bulunması nedeniyle bu değişiklik kanun koyucunun amacına uygun olarak tüketiciler yararına önemli bir kolaylık getirecektir.

Konut satışında bir sorun daha vardır. Bilindiği gibi arsa sahipleri arsalarını kat karşılığı inşaat firmasına vermektedirler. Yapılan inşaatın bir kısım bağımsız bölümler arsa sahibine kalmakta bir kısmı da inşaat firmasına bırakılmakta ve onun tarafından satılmaktadır. İnşaat firmasının satışında konumuz yönünden bir sorun yoktur. Sorun arsa sahibine düşen bağımsız bölüm (daire) yönünden ortaya çıkmaktadır. Arsa sahibinin kendisine düşen daireyi satması durumunda alıcı bu kanundan yararlanarak dava açabilecektir midir? Arsa sahibi 4077 sayılı Kanun nazarında satıcı değildir. Bu durumda olaya kanunun uygulanması söz konusu olamayacaktır. Burada bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Örneğin; bir inşaatın müteahhitten daire satın alan kişinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan yararlanarak dava açabilmesine karşın aynı inşaatın arsa sahibine düşen daire satın alan kişi bu haktan yararlanamayacaktır.

2. Elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallarda kanun kapsamına alınmıştır. Günümüzde ilerleyen teknolojiye paralel olarak bilgisayar, dvd, cd, kaset ve benzeri elektronik cihazlar günlük hayata girmiştir. Bunlarla birlikte sorunlarda yaşanmaya başlamıştır. Kanunların toplumun yaşantısına cevap vermesi temel ilkedir. Sorunların yaşanmaya başladığı bu dönemde Kanun'un çıkmış olması tüketici açısından son derece önemlidir.

"Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri" şeklinde ilk metinde yer alan "hizmet" tarifi; yeni metinde, *"Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyetleri"* biçiminde düzenlenmiştir. Hizmet alanı çok geniştir. Burada tarif edilen hizmet tüketiciye sağlanan hizmettir. Evin, elbisenin, halının temizlenmesi, herhangi bir konuda ticari veya mesleki olmayan amaçlarla eğitim verilmesi, elektronik eşyanın bakımı örnek gösterilebilir.

"Tüketici" tarifi ilk metinde "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak yapılmışken yeni düzenleme ile "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" şeklinde tarif edilmiştir. Malı nihai olarak kullanan, tüketen, satın aldığı malın satılmasını amaçlamayan kişi tüketici kabul edilmiştir. Kanun'un esprisi de budur. Bu nedenle özel amaç tabirinin metinden çıkarılmış olması doğrudur. Değişiklikte ticari ve mesleki olmayan amaçlarla tabirinin eklenmesi suretiyle tarif daha anlaşılır hale gelmiş ve tereddütler ortadan kalkmıştır.

Tarifte üç unsur vardır.

1. Mal ve hizmetin satın alınması; bu unsur genel bir unsur olup tüm alım satımlarda da vardır.
2. Malın ticari ve mesleki amaç olmaksızın alınmış olması;
3. Alınan malın nihai olarak kullanılması veya tüketilmesidir.

Bir kişinin tüketici sayılabilmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan yararlanabilmesi için bu üç unsurun bir arada bulunması gerekir. Nitekim, Yargıtay 13. HD'nin bir kararında¹ fide satın alan davacının satmak amacıyla çiçek yetiştirdiği ve yine bir diğer kararında² alüminyum doğrama işi yapan davacının bir başkasının ihtiyacı için sipariş verdiği, kendi şahsi ihtiyacı için satın almadığı gerekçeleriyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan yararlanamayacakları vurgulanmıştır. (Kâmil Kadioğlu, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, s. 5-6)

¹ Yargıtay 13. HD'nin 14.6.1999 gün ve 3176-4810 sayılı kararı: Davacı, satmak amacıyla ürettiği karanfil çiçeklerinin davalıdan alınan fidelerinin hastalıklı çıkması nedeniyle, uğranılan zararın tazminini istemiştir. 4077 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin f bendinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Davacı ise, bu tanımlamanın dışında kalan kişidir. Zira satmak amacı ile çiçek üretmektedir. Bu çiçekleri nihai olarak kullanan veya tüketen kişi değildir. 4077 sayılı Yasa, ancak tüketicilerin açacağı davaların tüketici mahkemelerinde görüleceğini öngörmüştür. (TKHK m. 23) Görülmekte olan dava, 4077 sayılı Yasa'nın tarif ettiği anlamda tüketici tarafından açılmamış bulunduğundan, davanın genel mahkemede görülmesi gerekir.

² Yargıtay 13. HD'nin 4.5.1998 gün ve 2905-3865 sayılı kararı : 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 1, 2 ve 3. maddeleri hükümlerine göre, bu Kanun'un tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemlere uygulanacağı ve tüketicinin bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak, nihai olarak kullanan veya tüketen kişi olduğu belirtilmiştir. Davacının alüminyum doğrama işi ile işgal ettiği ve dava konusu malları da bu işinde kullanmak üzere, bir başkasının ihtiyacı için davalıya sipariş verdiği, kendi şahsi ihtiyacı için satın almadığı, dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda davaya, 4077 sayılı Kanun'un uygulanması olanağı yoktur.

İlk metinde *“kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi”* olarak tarif edilen satıcı, değişiklikte *“kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler”* olarak tarif edilmiştir. Değişiklikteki *“ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında”* tabiri ile satılan mala da açıklık getirilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’dan yararlanılabilmesi ve kanun kapsamında bir kişinin satıcı sayılabilmesi için iki unsurun bir arada bulunması gerekir.

1. Satıcının tacir veya bir meslek icra etmiş olması

2. Tüketicie sunulan malın satıcının ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında bulunması

Tacir olan veya bir meslek icra eden satıcının mesleki faaliyetleri kapsamında sattığı mal dışında, bir meslek icra eden kişinin icra ettiği mesleği dışında bir mal satması durumunda tüketici bu kanundan yararlanamayacaktır. Bir kırtasiyecinin motosiklet satması, bir mobilya imalatçısının televizyon satması gibi .

Yapılan bu değişiklik, satıcı tarifine daha açıklık getirmiştir.

4822 sayılı Kanun ile 3. maddenin (g) fıkrası olarak *“sağlayıcı”* tarifi kanuna dahil edilmiş ve sağlayıcı *“kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler”* olarak tarif edilmiştir. Bir başka deyişle tüketiciye hizmet sağlayan kişi sağlayıcı olarak tarif edilmiştir.

4822 sayılı Kanun ile 3. maddenin (h) fıkrası olarak da *“tüketici işlemi”* maddeye eklenmiş ve tüketici işlemi *“mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem”* olarak tarif edilmiştir.

İlk metinde, *“İmalatçı-Üretici”* tarifi *“Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler”* olarak tarif edilmişken değişiklikte, *“kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanlar”* şeklinde tarif edilmek suretiyle biraz daha açık hale getirilmiştir.

4822 sayılı Kanun’la 3. maddeye (j) fıkrası olarak *“ithalatçı”* tarifi eklenmiş ve ithalatçı *“kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri yada bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını yurt dışından getirerek satışa sunan gerçek veya tüzel kişi”* olarak tarif edilmiştir.

4822 sayılı Kanun'la 3. maddesine (k), (l), (m), (n), (o) fıkraları olarak "kredi veren", "reklam veren", "reklamcı", "mecra kuruluşu", "teknik düzenleme" ibarelerinin tarifleri eklenmiştir.

Kanun'un 4. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilerek ayıplı mal ve ayıplı hizmet önceden tek bir maddede düzenlenmişken bunlar birbirinden ayrılarak ayıplı mal 4. maddede, ayıplı hizmet ise 4/a maddesi olarak yeni bir maddede düzenlenmiştir.

"Ayıplı mal" tarifine satıcın "reklam ve ilanlarında" yer alan niteliklerde eklenmiş, ayrıca ayıp ihbar süresi on beş günden otuz güne çıkarılmıştır. Ayıplı maldan sorumluluk, önceden olduğu gibi ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabi tutulmuş, yeni düzenleme ile konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda bu süre beş yıl olarak belirlenmiştir. Ve yine, ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabi kılınmış ve bu taleplerin zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkacağı da belirtilmiştir. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Satışa sunulan ayıplı mallarla ilgili olarak tüketicinin okuyabileceği şekilde "özürdür" ibaresini içeren bir etiket konulmasının zorunlu olduğu hollere, "Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulması zorunluluğu yoktur" şeklinde istisna getirilmiştir.

Ayrıca, güvenli olmayan malların, piyasaya özürdür etiketiyle dahi arz edilemeyeceği, bu ürünlere 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuat'ın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri uygulanacağı hususu bir fıkra olarak maddeye eklenmiştir.

Yeni düzenleme ile birlikte bir takım yönetmeliklerde yürürlüğe konulmuştur.

Bunlar arasında bulunan "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik" te ayıp tarifi ise; malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal olarak yapılmıştır.

Bir mal, sırf sonradan piyasaya daha iyi bir malın sürülmesi sebebiyle ayıplı sayılmaz.

Ayıplı mal nedeniyle satıcının sorumluluğu da yönetmelikte ayrıca düzenlenmiştir. Ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına

veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/ üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür.

Ayıplı maldan sorumlulukla ilgili Yargıtay'ın bir kararında satıcının satılanın ayıpsız olduğunu tekeffül etmiş sayılacağına işaret edilmiştir. (Kâmil Kadioğlu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun s. 10)³

İmalatçının/ üreticinin, sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin, malın ayıbını, uğradığı zararı ve ayıp ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir.

Ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu taktirde, bunlar müteselsilin sorumludurlar. Ancak zararın, tüketicinin veya tüketicinin sorumlu olduğu üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanması halinde tüm hal ve şartlar göz önüne alınarak, imalatçının/ üreticinin sorumluluğu azaltılabilir veya kaldırılabilir.

Bilim ve teknolojide ulaşılan düzeyin, malın piyasaya sürülmesinden sonraki 10 yıl içinde ayıplı olduğunun tespit edilmesine imkan tanınması halinde, imalatçı/ üretici, bu ayıbın olası zararlı sonuçlarını, ortadan kaldırmak için azami çabayı sarf etmemesi durumunda sorumluluktan kurtulma sebeplerini ileri süremez.

Yönetmelikte ayrıca sorumluluktan kurtulma halleri de belirlenmiştir.

"İmalatçı/üretici aşağıdaki durumlardan birini ispatladığı taktirde malın sebep olduğu zarardan sorumlu tutulamaz:

a. Malı piyasaya sürmemiş olması,

b. Malın, satılmak gayesiyle veya ticari faaliyetlerin seyri sırasında üretilmemiş olması,

c. Tüm hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, zarara sebep olan ayıbın, mal piyasaya sürüldüğünde mevcut olmaması,

³ Yargıtay, 13. HD'nin 18.11.1999 gün ve 7875-8539 sayılı kararı : Davacının davalıdan benzin satın aldığı konusunda uyuşmazlık yoktur. Mahkemenin hükme esas aldığı ceza davasında kasten sulu benzin satıldığıının kanıtlanmamış olmasına dayanılarak, beraat kararı verilmiştir. Ceza mahkemesinin delil yetersizliği nedeniyle verdiği beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz. Davalı satıcı olarak, sattığı benzinin katıksız ve susuz olduğunu da tekeffül etmiş sayılır. Yaptığı işin niteliği bu kabulü zorunlu kılar. Davalı dahi benzin depolarının yağmur nedeniyle su alabileceğini kabul ederek, davacının benzin otomatliğini değiştirdiğini ve bedelinin kendisince ödendiğini kabul etmiştir. Dinlenen tanık benzinin sulu olduğunu açıklamıştır. Davalı benzinin katıksız olmasını temin ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırılık sorumluluğu gerektirir. Davalının sattığı sulu benzinden dolayı davacının aracında bir zarar meydana gelmiş ise davacı bunu isteyebilir. Bu durumda davacının olayla ilgili maddi ve manevi zararları saptanarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir.

d. Malın teknik düzenlemesinin ayıba neden olması,

e. Mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin, ayıbın varlığının bilinmesine imkan vermemesi,

Nihai malın tasarımı ya da bu malın imalatçısının/üreticisinin talimatı sebebiyle, bütünü oluşturan parçalardan birinin imalatçısı/üreticisi, o malın ayıbından sorumlu değildir.

Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu yönetmelikte yer alan, haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya imalatçının/üreticinin bu yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersiz olacağı” belirtilmiştir.⁴

Bu arada madde metninde geçen süreler hakkında da açıklamalarda bulunmakta yarar vardır.

Otuz Günlük Süre

Bildirme süresidir. Kanun, tüketiciyi, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlü tutmuştur. Bunun anlamı, Borçlar Kanunu'nun 198. maddesi hükmü gereğince tüketici bu süre içinde ayıp bildiriminde bulunmazsa malın ayıbından dolayı talep hakkını kaybeder ve malı o haliyle kabul etmiş sayılır. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde ayıbın derhal satıcıya ihbar edilmesi öngörülürken Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu süre tüketici lehine otuz gün olarak düzenlenmiştir. İhbarın yapılmaması veya ihmal edilmesi halinde satılanın kabul edilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Ayıp gizli ise, ayıbın ortaya çıktığı tarihten itibaren bu süre işlemeye başlar. Burada da açık ayıpta olduğu gibi süresi içinde bildirimde bulunulmamış ise, satılan bu ayıp ile beraber kabul edilmiş addolunur.

İki Yıllık Zamanaşımı

Ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabi kılınmıştır. Bu süre Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinde bir yıldır. Tüketicilerin korunması amacıyla kanunda bu süre iki yıla çıkarılmıştır. Bu İki yıllık süre içinde dava açılmasa tüketicinin hakkı sakıt

⁴ Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik; (13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan.)

olur. Başka bir deyişle tüketici artık satılanın ayıbından dolayı satıcıya karşı talepte bulunamayacaktır.

Üç Yıllık Zamanaşımı

Yeni düzenlemede ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler üç yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Ancak bu taleplerin zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkacağı da belirtilmek suretiyle bir malın on yıl piyasada kalması durumunda artık vereceği zarardan İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı, kredi verenin sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamıştır. Bu süre ayıp ile ilgili süreden farklıdır. Örneğin; proje ve imalat hatası nedeniyle tüketici kullanırken zarar görebilir veya imalatında kullanılan malzeme tüketiciye zarar verebilir. Bu halde uygulanacak zaman aşımı üç yıl kabul edilmiştir. Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliği'nin 9. maddesinde zamanaşımının başlangıcının zarar görenin, zararı, maldaki ayıbı ve imalatçının/ üreticinin kim olduğunu öğrendiği veya öğrenebileceği gün olduğu belirtilmiştir.

Beş Yıllık Zamanaşımı

Ayıplı maldan sorumlulukta, diğer mallarda iki yıl olan zamanaşımı süresi konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıl olarak kabul edilmiştir.

On Yıllık Süre

Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler üç yıllık zamanaşımına tabi tutulduktan sonra, Bu tazminat taleplerinin, zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl içinde yapılabileceği belirtilmiştir. Bir başka anlatımla malın piyasaya sürüldüğü günden itibaren on yıl sonra tazminat talep edilemeyecektir.

Konu ile ilgili olarak "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik" hazırlanarak yayımlanmıştır.⁵

Kanun'a 4/a maddesi olarak eklenen maddede, "Ayıplı Hizmet" tarifi "sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilânlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği

⁵ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan.

faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler” olarak yapılmıştır.

İhbar süresi 4. maddede ki gibi otuz gün olarak kabul edilmiş ve bu sürenin hizmetin ifa edildiği tarihten başlayacağı vurgulanmıştır. Tazminat talepleri ve zamanaşımı süreleri hakkında yine 4. maddeye atıf yapılmıştır.

“*Satıştan Kaçınma*” başlığını taşıyan 5. maddesinde de değişiklik yapılmış satıcının teşhir ettiği malların üzerinde “*numunedir*” veya “*satılık değildir*” ibaresi bulunmayan bir malın satışından kaçınmayacağı daha açık şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Hizmet sağlamada da haklı bir sebep bulunması halinde kaçınılabileceği hükmü getirilmiştir.

Maddede, satıcının bir mal veya hizmetin satışını, başka bir mal veya hizmetin satın alınması koşuluna bağlı kılamayacağı ve aynı malın veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen oranda satın alınması koşuluna da bağlayamayacağı hüküm altına alınmış, böylece tüketicilerin, yoğun tüketime konu olan ve zaman zaman kıtlığı çekilen malları satın alırken, ihtiyaç duymadıkları diğer bir malı veya aynı malın yüksek miktarını satın alma zorunda kalmalarının önüne geçilmiştir.

Maddede bir istisna öngörülerek bir malın veya hizmetin belli bir miktar, sayı, ebat, ya da süre koşuluyla satılmasının genel kural oluşturmadığı, ticari örf veya adetin bulunmadığı durumlarda yukarıda belirtilen hükmünün uygulanmayacağı hükmü eskisi gibi aynen muhafaza edilmiştir. (Kâmil Kadioğlu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun s. 25)

4077 sayılı Kanun’un “*Taksitli Satışlar*”la ilgili 6. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiş, 6. maddede “*sözleşmedeki haksız şartlar*”, 6/a maddesinde “*Taksitle Satış*”, 6/b maddesinde “*Devre tatil*”, 6/c maddesinde “*Paket Tur*” ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Devre tatil ve devre mülk sözleşmelerinin kapıdan satış niteliğinde kabul edilerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğu yolunda Yargıtay içtihatları esas alınarak bu kez tatil amaçlı düzenlenen “*Devre Tatil*” ve turizm amaçlı düzenlenen “*Paket Tur*” sözleşmeleri Kanun’a dahil edilmiş ve bu konudaki boşluk da böylece giderilmiştir.

Haksız şart, yönetmelikte, “*satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*” olarak tarif edilmiştir.

Maddede eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edeme-

mişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edileceği ve sözleşmede yer alan bu şekildeki haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı hükme bağlanmıştır.

“Tüketici Sözleşmeleri’ndeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”te;⁶ sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekeceği, bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Yönetmelikte ayrıca haksız şartların neler olduğu liste halinde eklenmiştir.

Kanun’un 6/a maddesinde “Taksitle Satış” düzenlenmiş, taksitli satış sözleşmelerinin yazılı olması zorunluluğu vurgulanmış ve sözleşmede bulunması gereken asgari koşullar gösterilmiştir.

Maddede ayrıca, sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senedin, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenleneceği, aksi halde kambyo senedinin geçersiz olacağı da belirtilmiştir.

Taksitli satışlarda; tüketicinin borçlandığı miktarı önceden ödeme hakkına sahip olduğu, bu durumda satıcının ödenen miktara göre gerekli faiz indirimi yapmakla yükümlü olduğu da hükme bağlanmıştır.

Maddede, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde, satıcının kalan borcun tümünü talep edebilme şartları da ayrıca gösterilmiştir.

Bu sözleşmelere ilişkin usul ve esasların bakanlıkça belirleneceği hükmü gereğince “Devre Tatil Sözleşmeleri Uygulama ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile “Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ler çıkarılmış, bu sözleşmelerle ilgili usul ve esaslar gösterilmiştir.⁷

7. maddede “Kampanyalı Satışlar” yeniden düzenlenmiş, kampanyalı satış tarifi yapıldıktan sonra, bu satışların Bakanlığın izni ile yapılacağı, taahhüdün hiç veya gereği gibi yerine getirilememesi durumunda, satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı yanında kredi vereninde müteselsil sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Maddede, tüketicinin, kampanyadan ayrılması durumunda, kampanyayı düzenleyen; mal veya hizmetin tüketiciye teslimi tarihini geçmemek

⁶ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan.

⁷ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan.

şartıyla tüketicinin o ana kadar ödediği tüm bedeli ödemekle yükümlü tutulmuştur.

Aksi kararlaştırılmadığı takdirde, ön ödeme tutarının, mal veya hizmetin satış bedelinin yüzde kırkıdan fazla olamayacağı, kampanyalı satışlarda malın teslim ya da hizmetin ifa süresinin on iki ayı geçemeyeceği, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar için bu sürenin otuz ay olduğu ayrıca belirtilmiştir.

Maddeye önemli bir husus daha eklenerek, tüketicinin ödemeye ilişkin tüm edimlerini yerine getirmesi durumunda, malın teslimi ya da hizmetin ifası, ödemenin bitimini takiben en geç bir ay içinde yapılmak zorunluluğu getirilmiştir.

“*Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” hazırlanıp yayımlanmıştır.

“*Kapıdan Satışlar*”la ilgili 8. madde yapılan değişiklikle; bu tür satışlarda, tüketicinin, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbest olduğu, hizmetlerin satımında bu sürenin sözleşmenin imzalanması tarihinden başlayacağı, bu süre dolmadan satıcı veya sağlayıcının, kapıdan satış işlemine konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemeyeceği ve satıcının, cayma bildirimini kendisine ulaştığı andan itibaren yirmi gün içinde malı geri almakla yükümlü olduğu, tüketicinin, malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalarından sorumlu olmadığı hükme bağlanmıştır.

Bununla ilgili “*Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” hazırlanmış ve yürürlüğe konmuştur.⁸

Yönetmelik’te kapıdan satış usul ve esasları belirlenmiş, kapıdan satışlarla ilgili olarak faaliyette bulunabilecek firmaların “*Kapıdan Satış Yetki Belgesi*” almak zorunda oldukları, yapılması zorunlu olan sözleşmede bulunması gereken asgari bilgilerin, taksitli kapıdan satışlara ilişkin sözleşmelerde bulunması zorunlu unsurların neler olduğu gösterilmiştir.

Kapıdan satışlarda satıcının yükümlülüğü başlığını taşıyan 9. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiş “*Kapıdan Satışlarda Satıcının ve Sağlayıcının Yükümlülüğü*” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir.

Kapıdan satış sözleşmelerinde, mal veya hizmetin nitelik niceliğine ilişkin açıklayıcı bilgilerin yanında, cayma bildirimini yapılacağı açık adres

⁸ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanan.

ve en az on altı punto (daha önce on iki punto idi) ve koyu siyah harflerle yazılmış tüketicinin cayma hakkı olduğuna dair belgenin yer almak zorunda olduğu, tüketicinin sözleşmeyi imzalayarak kendi el yazısı ile tarihini yazacağı, bu şekilde düzenlenmiş sözleşmenin ve malın tüketiciye teslim edildiğinin ispatının satıcıya veya sağlayıcıya ait olduğu, aksi takdirde tüketicinin cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı olmadığı hükme bağlanmıştır.

Cayma bildirim süresinin başlaması için mal veya hizmetin alıcıya teslim edilmesi gerekir.⁹

4822 sayılı Kanun'la "Mesafeli Sözleşmeler" 9/a maddesi olarak kanuna eklenmiş, bu sözleşmelerin, yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler olarak tarif edilmiştir.

Maddede, sözleşmenin akdinden önce, bakanlık tebliğinde belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesinin zorunlu olduğu, tüketicinin, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşmenin akdedilemeyeceği, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işleminin yine elektronik ortamda yapılacağı, satıcı ve sağlayıcının siparişin kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirmesi gerektiği, bu sürenin en fazla on gün uzatılabileceği, satıcı veya sağlayıcının teslim edilen malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlü olduğu, satıcı veya sağlayıcının cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukuki işlemde dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu madde ile ilgili olarak, "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" te yayımlanmıştır.

"Tüketici Kredisi" başlığını taşıyan 10. madde önemli değişikliklere uğramıştır.

⁹ Yargıtay 13. HD'nin 20.01.2004 tarih ve 2003/11169 E. 2004/383 E. Taraflar arasında düzenlenen Clup Erdoğan üyelik sözleşmesinin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 8. maddesi kapıdan satışı; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında, önceden mutabakat olmaksızın yapılan tecrübe ve muayene koşulu satışlar olarak tanımlanmıştır. Hal böyle olunca cayma süresinin başlaması için mal veya hizmetin alıcıya teslim edilmesi gerekir. Somut olayda davalı edimini yerine getirip, tesisi kullanıma elverişli halde sözleşmede kararlaştırılan dönemde teslim etmediği sürece alıcı cayma hakkını kullanabilir. Aynı Yasa'nın 9. maddesinde cayma belgesinde nelerin bulunması gerektiği ne

Tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredinin tüketici kredisi olduğu tarif edildikten sonra sözleşmede bulunması gereken şartlara; gecikme faizine “*akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmeme*” şartı getirilmiş, ayrıca, “*kredinin yabancı para cinsinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar*” eklenmiştir.

Kredi verenin, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep edebilmesi, hakkını saklı tutması, kredi verenin bütün edimlerini yerine getirmiş olması, tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi, halinde bu hakkını kullanabileceği, ancak kredi verenin bu hakkını kullanabilmesi için tüketiciye bir hafta süre vererek uyarıda bulunması gerektiği de önceden olduğu gibi kanuna girmiştir.

Tüketicinin, taksitli satışlarda olduğu gibi kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebilme ve bir veya birden fazla taksit ödemesinde bulunabilme imkanı getirilmiş, bu gibi durumlarda kredi veren, ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimi yapmakla yükümlü tutulmuştur.

Yapılan değişikliklerle, kredi verenin, ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaklanmıştır.

Kredi ile ilgili olarak “*Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranını Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” hazırlanarak yayımlanmıştır.¹⁰

4822 sayılı Kanun’la 4077 sayılı Kanun’a “*Kredi Kartları*” ile ilgili 10/a maddesi eklenmiştir.

Maddede, kredi veren tarafından tüketiciye gönderilen dönemsel hesap özetlerinin ödeme planı hükmünde olduğu, hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarının vadesinde ödenmemesi halinde; 10. maddenin (f) bendinde yer alan gecikme faizi dışında herhangi bir isim altında yükümlülük altına sokulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

şekilde yazılacağı, duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıktır. Böyle bir belgenin verilmesi halinde davacı, cayma hakkı olduğunu öğrenmiş olabileceği ve dolayısıyla süresinde cayma hakkını kullanabilecekken, belgenin verilmemesi halinde de teslim edilen mal veya hizmetin ayıplı olması halinde uygulanması gereken 2 yıllık sürenin burada uygulanması mümkün değildir. Değinen yönün göz önünde tutularak davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddine dair hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

¹⁰ 01.08.2003 tarih ve 25186 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan.

Kredi verenin faiz artırımını otuz gün önceden tüketiciye bildirmek zorunda olduğu, artırılan faiz oranının geriye dönük olarak uygulanamayacağı, tüketicinin bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcu ödeyip kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmeyeceği, kredi kartı ile mal veya hizmetin satın alınması durumunda satıcı veya sağlayıcının, tüketiciden komisyon veya benzeri isim altında ilave ödemede bulunulmasının istenemeyeceği belirtilmek suretiyle kredi kartları ile ilgili önemli şikayetler önlenmiştir.

“Sürelî Yayınlar”ın yer aldığı Kanun’un 11. maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir.

Sürelî yayın kuruluşları tarafından düzenlenen ve sürelî yayın dışında ikinci bir ürün veya hizmetin verilmesinin taahhüt edildiği durumlarda; sürelî yayıncılık amaçlarına aykırı olmayan kültürel ürünler dışında hiçbir mal ya da hizmetin taahhüdü ve dağıtımının yapılamayacağı, bu amaçla kampanya düzenlenmesi halinde, kampanya süresinin altmış günü geçemeyeceği ve kampanya konusu mal veya hizmet bedelinin bir bölümünün tüketici tarafından karşılanmasının istenemeyeceği, kampanyaya ait reklam ve ilanlarında, kampanya konusu mal veya hizmetin teslim ve ifa tarihlerine ilişkin programını ilan etmek ve bunları kampanyanın bitim tarihinden itibaren otuz gün içinde yerine getirmek zorunda olduğu, sürelî yayın satış fiyatının, ikinci ürün olarak verilmesi taahhüt edilen mal veya hizmetin yol açtığı maliyet artışı nedeniyle artırılamayacağı, kampanya konusu mal veya hizmet taahhüdü ve dağıtımı bölünerek yapılamayacağı ve bu mal veya hizmetin ayrılmaz ya da tamamlayıcı parçalarının ayrı bir kampanya konusu haline getirilemeyeceği hükme bağlanmak suretiyle kampanyalar nedeniyle tüketicilerin mağdur olmaları önlenmiş, kampanyalardaki başı boşluk ve sorumsuzluk disiplin altına alınmıştır. Ayrıca, sürelî yayın kuruluşları tarafından düzenlenmeyen, ancak sürelî yayınlara doğrudan veya dolaylı irtibatlandırılan kampanyalar da bu hükümlere tabi tutulmuştur.

Daha önce 11. maddede sürelî yayınlara birlikte yer alan “Abonelik Sözleşmeleri” 4822 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle 11/a maddesi olarak yeniden düzenlenmiştir.

Maddede, her türlü abonelik sözleşmelerine taraf olan tüketicilerin yazılı olarak aboneliklerine son verebilecekleri, satıcının, aboneliğe son verme isteğini, yazılı bildirimden kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yerine getirmekle yükümlü olduğu, sürelî yayın aboneliğine son verme isteği ise; yazılı bildirimden satıcıya ulaştığı tarihten itibaren günlük yayınlarda on beş gün, haftalık yayınlarda bir ay, aylık yayınlarda üç ay sonra yürürlüğe gireceği, daha uzun süreli yayınlarda ise, bildirimden sonraki ilk yayını müteakiben yürürlüğe konulacağı belirtilmiş ve satıcı,

abone ücretinin geri kalan kısmını hiçbir kesinti yapmaksızın on beş gün içinde iade etmekle yükümlü tutulmuştur.

Malın etiketlenmesiyle ilgili 12. madde başlığı ile birlikte değiştirilerek “*Fiyat Etiketi*” başlığı ile yeniden düzenlenmiştir.

Perakende satışa arz edilen mallara etiket ve hizmetlere tarife ve fiyatları gösterir listeler asma zorunluluğu belirtildikten sonra etiket, fiyat ve tarife listelerinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat üzerinden satış yapılacağı hükme bağlanmış ve “*fiyatı; Bakanlar Kurulu, Kamu Kurumu ve Kuruluşları veya Kamu Kurumu niteliğinde Meslek Kuruluşları tarafından belirlenen mal veya hizmetlerin, belirlenen bu fiyatın üzerinde bir fiyata satışa sunulması*” yasaklanmıştır.

Bu madde ile ilgili olarak çıkarılan “*Etiket, Tarife ve Fiyat Listeleri Yönetmeliği*” nde perakende olarak satışa sunulan mallar ile hizmetlerin, etiket, tarife ve fiyat listelerinin, şekli, içeriği ile kullanılma, usul ve esasları düzenlenmiştir.¹¹

“*Garanti Belgesi*” ile ilgili 13. madde değiştirilerek yeniden düzenlenmiş, bir yıl olan garanti süresi iki yıla çıkarılmış ancak, özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartlarının Bakanlık’ça bir ölçü birimi ile belirlenebileceği hükme bağlanmıştır.

Garanti belgesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği “*Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik*” hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.¹²

“*Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu*” başlığı altında düzenlenen 14. madde deki değişiklik şekil olarak ifadede yapılmış özünde bir değişiklik yapılmamıştır.

Madde ile ilgili “*Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik*” düzenlenmiş ve yürürlüğe konmuştur.¹³

4077 sayılı Kanun’un 15. maddesinde düzenlenen “*Servis Hizmetleri*” başlığı ile birlikte değiştirilerek “*Satış Sonrası Hizmetler*” başlığı ile yeniden düzenlenmiştir.

İmalatçı veya ithalatçıların bulundurmaları gereken yedek parça stok miktarının Bakanlık’ça belirleneceği, İthalatçının herhangi bir şekilde ticari faaliyetinin sona ermesi halinde, kullanım ömrü süresince bakım ve onarım hizmetlerini, o malın yeni ithalatçısının sunmak zorunda olduğu, garanti

¹¹ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan.

¹² 14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan.

¹³ 14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan.

belgesi ile satılmak zorunda olan bir sanayi malının garanti süresi sonrasında arızalanması durumunda, o malın Bakanlık'ça belirlenen azami tamir süresi içinde onarılmasının zorunlu olacağı maddeye eklenmiştir.

Satış sonrası hizmetler için hazırlanan "Sanayi Mallarının Satış Sonrası Hizmetleri Hakkında Yönetmelik" yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.¹⁴

"Ticari Reklamlar ve İlanlar" başlığı ile düzenlenmiş bulunan 16. maddesinde yapılan değişiklikte; ticari reklam ve ilanların uygun olmaları gereken yasalara, genel ahlaka, doğruluk ve dürüstlük unsurlarına, Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkeler, kamu düzeni, kişilik hakları unsurları eklenmiş; "aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamların yapılabilmesi", "reklam verenin, ticari reklam veya ilânda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlü" olduğu, reklam verenler ile reklamcılarının ve mecra kuruluşlarının bu madde hükümlerine uymakla yükümlü oldukları hususları maddeye konmak suretiyle genişletilmiştir.

Konu ile ilgili "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik" yayımlanmıştır.¹⁵

"Reklam Kurulu" başlıklı 17. madde de yapılan değişiklikle kurulun üye sayısı çoğaltılmış, maddenin (a) bendindeki düzenleme ile Bakanlık'ça belirlenen üye yerine ilgili genel müdür yardımcılarının arasından görevlendirilecek bir üyenin, (h) bendinde Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetleri'nin kendi aralarından seçeceği üye yerine Türkiye'deki tüm gazeteciler derneklerinin kendi aralarından seçeceği üyenin kurula katılacağı, bunlara ek olarak (r) Memur Sendikaları Konfederasyonları'ndan bir, (s) Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği'nin görevlendireceği bir, (t) Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediyeleri'nin kendi aralarından seçeceği bir, (u) Türk Eczacılar Birliği'nden bir, (v) Türk Diş Hekimleri Birliği'nden bir üyenin katılımıyla on yedi olan üye sayısı yirmi beşe, toplantı nisabı da dokuzdan on dörde çıkarılmıştır.

Reklam Kurulu'nun görevleri, kuruluş, çalışma usul ve esasları "Reklam Kurulu Yönetmeliği" adı ile düzenlenerek yayımlanmıştır.¹⁶

"Zararlı ve Tehlikeli Mal ve Hizmetler" başlığını taşıyan 18. maddesinde önemli bir değişiklik yapılmamış bir bent halinde olan madde iki fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir.

¹⁴ 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan.

¹⁵ 14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan.

¹⁶ 01.08.2003 tarih ve 25186 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan.

“Kalite Denetimi” başlıklı 19. madde başlığı ile birlikte değiştirilerek “Mal ve Hizmet Denetimi” başlığı ile yeniden düzenlenmiştir.

Değişiklikte; tüketiciye sunulan mal ve hizmetlerin standardına ve uyulması zorunlu teknik düzenlemeye uygun olma zorunluluğu getirilmiştir.

“Tüketicinin Eğitilmesi” başlıklı 20. madde de yapılan değişiklikle, “her derecede okullar” yerine “örgün ve yaygın eğitim kurumları” ibaresi konulmuş, ikinci fıkradaki “kitap, mecmua ve broşür çıkarılması ve tüketicinin bilgilendirilmesi için” ibaresi metinden çıkarılmak suretiyle “tüketicinin eğitilmesi ve bilinçlendirilmesi için radyo ve televizyonlarda programlar düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar, Tüketici Konseyi’nin önerisi ile bakanlıkça tespit ve ilân olunur” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Tüketici Kuruluşları’ndan “Tüketici Konseyi” başlıklı 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Değişiklikte konseyin kuruluşu genişletilmiş konseye üye verecek kuruluşlar çoğaltılmıştır. Konseye üye verecek kuruluşlara; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı, Rekabet Kurumu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu, Türk Akreditasyon Kurumu, Milli Prodüktivite Merkezi, büyük şehir belediyeleri, (Türk Belediyecilik Derneği) yerine il belediyelerini temsilen Türk Belediyeler Birliği, memur sendikaları konfederasyonları, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, Türk Diş hekimleri Birliği, Türk Veteriner Hekimleri Birliği, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği, Türkiye Otelciler Birliği, (Türkiye Milli Kooperatifler Birliği) yerine Tüketim Kooperatifleri Merkez Birliği, eklenmiştir.

Tüketici Konseyi’nin kuruluş ve görevleri ile çalışma usul ve esasları hakkında düzenlenen “Tüketici Konseyi Yönetmeliği” de düzenlenerek yayımlanmıştır.¹⁷

“Tüketici Sorunları Hakem Heyeti” ile ilgili 22. maddedeki değişikliklerde; birinci fıkradaki “tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan” tabiri çıkarılarak yerine “bu kanun uygulamasından doğan” tabiri konulmak suretiyle amaca uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasına; “tüketici örgütü olmayan yerlerde tüketiciler, tüketim kooperatifleri tarafından temsil edilir” ibaresi eklenmek suretiyle heyetin oluşumunda yaşanacak olumsuzluk giderilmiştir.

¹⁷ 01.08.2003 tarih ve 25186 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan.

Maddeye dördüncü fıkra eklenerek heyet çalışmalarını kolaylaştırmak için raportör görevlendirilme olanağı getirilmiştir.

Hakem heyetleri kararlarının hukuki sonuçları bakımından maddede önemli değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre değeri beş yüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunlu tutulmuş ve bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararların tarafları bağlayacağı, bu kararların İİK'nın ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre yerine getirileceği, tarafların bu kararlara karşı tüketici mahkemesine itiraz edebilecekleri, itirazın icrayı durdurmayacağı ancak hakimin talep halinde icrayı durdurabileceği, itiraz üzerine tüketici mahkemelerinin vereceği kararın kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Ayrıca değeri beş yüz milyon lira ve üstündeki uyuşmazlıklarda hakem heyetlerinin vereceği kararların, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebileceği, parasal sınırların belirlenme şekli ve zamanı tüketici sorunları hakem heyetleri başkan ve üyeleri ile raportörlere verilecek ücret ile ilgili değişiklikler yapılmıştır.

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar ile ilgili "*Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği*" hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.¹⁸

"*Tüketici mahkemeleri*"ni düzenleyen 23. madde yapılan değişiklikle; tüketicinin korunmasını daha etkin hale getirmek için tüketici örgütlerine de dava açma hakkı tanınmış, tüketici örgütlerince açılacak davalarda, bilirkişi ücretlerinin Bakanlık'ça karşılanacağı hükme bağlanmak suretiyle, halen ekonomik güçlükler yaşayan tüketici örgütlerinin genel olarak tüketicileri ilgilendiren konularda dava açmalarının teşvik edilmesi öngörülmüştür.

Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar kanunda tarif edilmekle beraber Yargıtay içtihatları ile bir kısım sözleşmeler kanun kapsamına dahil edilmiştir. Örneğin; Yargıtay 13. HD iki kararında Türk Telekomünikasyon AŞ ile Tedaş'ın aboneleri ile aralarındaki ilişkinin 4077 sayılı Yasa kapsamında olduğu ve bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara Tüketici Mahkemesinde bakılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹

¹⁸ 01.08.2003 tarih ve 25186 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan.

¹⁹ Yargıtay 13. HD'nin 29.01.2004 tarih ve 2003/11477 E. 2004/797 K: Bir hukuki işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davalı Türk Telekomünikasyon A. Ş. (satıcı)nın davacıya (alıcıya) telefon görüşme hizmeti sunduğu ve taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Yasa'nın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yetki kurallarına istisna getirilerek tüketici davalarının tüketicinin ikametgâhı mahkemesinde de açılabilmesi sağlanmış ve böylece bu konuda tüketicilerin karşılaştığı güçlükler ortadan kaldırılmıştır.

"Üretimin, Satışın Durdurulması ve Malın Toplatılması" başlığını taşıyan 24. maddesinde yapılan değişiklikte; satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi halinde malın satışının geçici olarak durdurulacağı, ve en geç üç ay içinde malın ayıbının ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması halinde malın toplattırılacağı, toplattırmanın şartları ve şekli belirlenmiştir.

Kanun'a "Olduklarından Farklı Görünen Mallar" başlığı ile 24/a maddesi eklenmiş ve bu maddede; gıda ürünü olmamalarına rağmen, sahip oldukları şekil, koku, görünüm, ambalaj, etiket, hacim ve boyutları nedeniyle farklı görünen ve bu sebeple de tüketiciler tarafından gıda ürünleri ile karıştırılan mallar hakkında düzenleme yapılmıştır.

"Ceza Hükümleri" başlığını taşıyan 25. madde yapılan değişikliklerle; ceza hükümlerinde farklılaşan ekonomik ve sosyal şartlar dikkate alınarak düzenlemeler yapılmış, uygulamada, pek çok tüketici mağduriyetine yol açan kampanyalı satışlarda vaadedilen ürünün hiç ya da zamanında teslim edilmemesi cezai yaptırıma tabi tutulmuştur.

"Cezalarda Yetki, İtiraz ve Zamanaşımı" başlığını taşıyan 26. maddenin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle; 4077 sayılı Kanun'un 25. maddesinin üç, altı, yedi ve sekizinci fıkralarındaki cezaların Bakanlık, diğer fıkralarındaki cezaların o yerin mülkî amiri tarafından uygulanacağı hükmüyle cezaların uygulanmasında yetki alanları belirlenmiştir.

Kanun'un 28. maddesinde yapılan değişikliklerle; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na, ilaç, müstahzar, kozmetik ve gıda maddelerine yönelik analizler hariç olmak üzere, laboratuvar kurma veya kurulu laboratuvarlardan yararlanma yetkisi verilmiştir.

4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığına göre, davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzeni ile ilgili olup, yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Mahkemece davanın esası incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Yargıtay 13. HD'nin 27.01.2004 tarih ve 2003/10999 E. 2004/674 K: Somut uyuşmazlıkta davalı (satıcı) davacıya (alıcı) elektrik sattığı ve taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Yasa'nın 23. maddesi bu kanunu uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bak-

“Ödenek”lerle ilgili 29. maddesindeki değişikliklerle; kanunla oluşturulan kurumların kuruluş ve çalışmalarına ilişkin masrafları ile Bakanlığın, tüketicinin korunması amacına yönelik yapacağı harcamaları karşılamak üzere özel hesapta toplanan gelirlerin dağılımı yeniden düzenlenmiştir.

SONUÇ

4077 sayılı Kanun’da yapılan değişikliklere ilişkin genel gerekçede; ekonomik faaliyetlerin nihaî amacı, tüketicilerin ihtiyaçlarını sağlayacak mal ve hizmetleri üretmek ve bu ihtiyaçları rasyonel bir dağıtım zinciri oluşturarak karşılamaktır. İktisadî ve sosyal alanlardaki genişleme ve gelişmeler ile serbest piyasa ekonomisinin değişen şartları karşısında tüketicilerin, ihtiyaçlarının karşılanmasında beliren sorunları yalnız başlarına çözemeyecekleri anlaşılmış, tüketici çıkarlarını korumak amacıyla 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 23.2.1995 tarihinde kabul edilerek, 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasa’nın 172. maddesinde yer alan “devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” hükmü doğrultusunda tüketicilerin daha etkin bir şekilde korunmasını ve Kanun’un uygulamasını sağlamak amacıyla Türk Tüketici Hukuku Mevzuatı oluşturulmuş, ancak, sosyal ve ekonomik hayatta öngörülemez gelişmeler nedeniyle, tüketiciler bazı alanlarda sorunlar yaşamaya devam etmiştir.

Kanun’un uygulamasıyla, sosyal ve iktisadî hayattaki gelişmelerle ortaya çıkan yeni durumları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a kazandırmak, Anayasa’daki ifadesini bulan ilkeyi, tam anlamıyla gerçekleştirmenin gereğidir.

Diğer taraftan, yapılan düzenleme ile, Avrupa Birliği’ne adaylık sürecini yaşadığımız bu günlerde Birliğin “Tüketici Koruma Politikası’nın” sonucu olan 13 adet direktifin öngörülen değişikliklerle birlikte, “Türk Tüketici Hukuku” ile uyumlaştırılması sağlanmış olacaktır. Tüketici hukuku alanındaki uyumlaştırmanın gerçekleşmesi Avrupa Birliği’ne adaylık sürecine önemli bir katkıda bulunacaktır.

Gerek Anayasa ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın teşkilât ve görevlerini düzenleyen 3143 sayılı Kanun’da yer alan emredici hükümler ve gerekse

maya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

kalkınma planlarında öngörülen gelişme hedefleri uyarınca AB ülkelerince, tüketicilerin korunması politikaları çerçevesinde benimsenen ve evrensel kabul gören 8 temel tüketici hakkı (temel gereksinimlerin giderilmesi hakkı, güvenlik ve güven duyma hakkı, mal ve hizmetlerin serbestçe seçilmesi hakkı, bilgi edinme hakkı, eğitime hakkı, tazmin edilme hakkı, sesini duyurma hakkı, sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı) göz önüne alınarak hazırlanan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, sosyal ve iktisadî hayattaki gelişmeler karşısında tüketiciyi daha etkin bir şekilde koruması ve Avrupa Birliği'nin tüketici hukukuyla ilgili 13 direktifi ile uyumunu sağlamak amacıyla bu Tasarı'nın hazırlandığı ifade edilmiştir.

Gerçekten tüketiciler satıcılar karşısında daha zayıf durumdadırlar. Zayıf durumda olan tüketicinin koruma altına alınması Anayasa'ya da girmiştir. 4077 sayılı Kanun'un çıkmasından bu yana uygulamada görülen eksikliklerin ve gelişen ekonomik koşulların getirdiği olumsuzlukların giderilmesi kaçınılmazdı. Yapılan değişiklikler, bugünkü koşullar içinde tüketicilerin ihtiyaçlarını büyük oranda karşılayacaktır.

4822 SAYILI YASA İLE DEĞİŞİK 4077 SAYILI YASA'DA TANIMLANAN KONUT NEDİR?

Naci ÖZDAMAR*

AYIPLI MAL

Madde 4. Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir.

Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.

İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10. maddenin 5. fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha

* Ankara 2. Tüketici Mahkemesi Hakimi

sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır. Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar. Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Konut Nedir?

Bu Yasa'ya göre, tüketicinin nihai olarak kendisi eş ve çocukları ile birlikte oturduğu mekana konut denilmektedir. Bu tanım konutla birlikte yazlık evi ve yayla evinide kapsamaktadır.

Tüketicinin oturmak için satın aldığı konut, yazlık ev ve yayla evinin ayıplı çıkması veya bu evler için yaptırdığı imalat veya satın aldığı malın ayıplı çıkması halinde, tüketici bu Yasa gereğince satıcıya karşı tüketici mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir.

Örneğin; Tüketici arsasını on daire karşılığı müteahhide vermiş ise ve teslim aldığı dairelerde projeye aykırılık veya eksik imalat var ise, tüketici yalnız oturmak amacıyla hangi daireyi tercih etmişse, o daire ile ilgili davasını Tüketici Mahkemesi'nde açabilir, diğer dokuz daire ticari nitelikte olduğu için dava genel mahkemelerin görev alanındadır.

Tüketicinin birden fazla konutu varsa hangi hallerde Tüketici Mahkemesi görevlidir?

Tüketici, gecekonduda oturmakta iken nihai olarak oturmak maksadı ile satın aldığı daireden dolayı ihtilafa düşmüş ise satın aldığı bu daire için tüketici mahkemesinde dava açabilir. Ancak boşalttığı gecekonduda ile ilgili dava tüketici mahkemesinde görülemez.

Mahkeme dava açan tüketicinin nihai malik olup olmadığını sıkı sıkıya araştırması şart mıdır?

Kanaatim odur ki, yargıda zaman kaybına neden olmadan hakim bu husus gerek görürse taraflara sorarak çözümlemeli, şayet davalı taraf tüketicinin oturduğu konutun nihai konut olmadığını iddia etmiş ise, ispat yükü davalıya ait olduğu nedenle davalı iddiasını kanıtlaması gerekir.

Bir konut tüketiciye nasıl teslim edilir?

İnşası bitirilen tamamlanan binalarda konut tüketiciye tapudaki satışla geçer. Yapımcı firma binayı 2000 yılında yapıp bitirmiş ve bir kısım daireleri satmış ise, elindeki son daireyi tüketiciye 2004 yılında satış yaparsa,

diğer kat malikleri için geçen süre tüketici yönünden işlemez. Tüketici için Kanun'da belirtilen süre tapuda alım tarihinden itibaren başlar.

Yapımcı firma temeli atmadan tüketiciye proje üzerinden 5 nolu daireyi 1995 yılında satış yapmış ise,

İnşaat 2000 yılında tüketiciye teslim edilmiş ise, bu hususta taraflar arasında tutanak yoksa iskanın alındığı tarih, elektrik, doğalgaz ve su abonmanlığının yapıldığı tarih konutun tüketiciye teslim edildiği tarih olarak kabul edilmelidir.

Örneğin; Tüketici satıcıdan oturmak maksadıyla 1.1.1995 tarihinde (tapuda) satın aldığı daireden dolayı, satıcı 1.1.2000 yılına kadar imalattan kaynaklanan her türlü ayıptan sorumludur. Bu süre içerisinde ayıplı tesistattan dolayı kaçak su ya da atık su tüketicinin evine veya bir alt dairedeki kat malikine 2.000.000.000 TL zarar vermiş ise, tüketici kendi evine veya alt kata verilen zarardan dolayı olay tarihinden itibaren, en geç üç yıl içinde satıcıya karşı dava açarak hasar bedelini talep edebilir. Bu talep üç yıla sınırlıdır. Bu talep zarara sebep olan borunun piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar.

Tatil amaçlı taşınmazların kanunda tanımı yapılmadığı için kullanım amacına bakarak tespit etmek gerekir. Tatil amaçlı taşınmaz sahil de olabileceği gibi, yaylada da bulunabilir. Kanaatimiz odur ki, 634 sayılı Yasa kapsamında yer alan tapuya tescilli devre mülklerde bu Yasa kapsamında yer aldığı inancındayız. Yargılama ve içtihatlar ışığında ilerleyen yıllarda bu husus daha da netleşecektir.

İkinci El Konut: Bir konut teslim alındıktan sonra garanti kapsamı içinde el değiştirmiş ise, ikinci malik garanti kapsamındaki süreden yararlanır. Çünkü garanti ürünü alan kişiye değil, ürüne tanınmış bir haktr.

Örneğin; Tüketici 1.1.2004 tarihinde bir konut almış ise, ihtiyaçtan dolayı 1.6.2004 tarihinde ikinci kişiye satış yapmışsa yeni alan kişi konuta tanınan haklardan ilk malik gibi yararlanır.

Yeni inşa edilen bir daire zaman aşımı süresi içinde (beş yıl) birden fazla el değiştirmiş ise, her malik imalattan dolayı vukua gelen ayıptan dolayı imalatçı ya da satıcıya müracaat etme hakkı vardır. Çünkü Kanun'da belirtilen süre alıcıya değil, taşınmaza tanınmıştır. Garanti süresi geçtikten sonra evi satın alan tüketici Kanun'un tanıdığı bu haktan yararlanamaz.

2. SÖZLEŞMEDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

Madde 6. Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.

6a, 6b, 6c, 7, 9, 9a, 10, 10a ve 11a maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az on iki punto ve koyu siyah ve harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.

Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasını sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler

Konut alan tüketici ile konut satan satıcı arasında tanzim edilen sözleşmenin tüketici aleyhine haksız şart içermesi halinde tüketici için bağlayıcı değildir.

4822 Kanun'la değişik 6. madde 4077 sayılı Yasa'da ihtiyaç duyan konuya açıklık getirmiştir.

Bu madde tüketicinin taraf olduğu her sözleşme için geçerlidir. Geçmişte tek taraflı olarak satıcı tarafından tanzim edilen ve tüketici aleyhine hükümler taşıyan sözleşmelere bu madde ile sınırlama getirilmiştir.

Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kurulana aykırı biçimde konulmuş her türlü madde haksız şart sayılmaktadır.

Bir sözleşme satıcı tarafından önceden hazırlanmışsa veya standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, tüketici sözleşmenin içeriğine etki

etmemiş ise, sözleşmenin tüketici aleyhine hükümler içeren maddeleri tüketici ile müzakere edilmediği kanaatine varılır.

Madde 6a. Taksitle Satış

Madde 6b. Devre Tatil

Madde 6c. Paket Tur

Madde 7. Kampanyalı Satış...

Yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin en az 12 punto ve koyu siyah harflerle düzenlenmesi şart olup, sözleşmede tüketici lehine bulunması gereken şartlardan birinin veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilmesi gerekir.

Müzakere edildiğini iddia eden satıcı, iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği yorumla belirlenebiliyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.

a. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca çıkartılan haksız şart hakkındaki yönetmeliğin 5. maddesine göre, aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şart sayılır. Yönetmelik hükümleri tarafları bağlayıcı niteliktedir.¹

Bu yönetmeliğe göre,

1. Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

2. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

3. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

¹ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca çıkartılan ve 13.6.2003 tarihli 25137 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan Tüketici Sözleşmesi'ndeki haksız şartlar yönetmeliğinin 5. maddesine bakınız.

4. Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

5. Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciciyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar,

6. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce fesih etme hakkı tanıyan, ancak tüketiciciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

7. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi herhangi bir uyarıda bulunmaksızın fesih etme hakkı tanıyan şartlar,

8. Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih saptayan şartlar,

9. Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar,

10. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden bir olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

11. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

12. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciciye nihai fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran çok yüksek olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

13. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

14. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin temsilcileri tarafından üstlenilen sorumlulukları yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

15. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin şartlar,

16. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketici açısından teminatların azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, tüketicinin onayını almadan, sözleşme ilişkisini devretme hakkı veren şartlar,

17. Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfeti ona yükleyen şartlar.

b. 7, 10 ve 12. alt bentlerin uygulama alanı;

1. 7. alt bent, finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve önemli bir sebebin varlığı halinde süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun.

2. 10. alt bent, finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun. 10. alt bent ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

3. 7, 10 ve 12. alt bentler aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere,

Yabancı paranın alımına veya satımına, yabancı para değeri üzerinden seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine,

12. alt bent, hukuka uygun olmaları ve fiyat değişikliği yönteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi şartlarına engel değildir.

3. TAKSİTLE SATIŞ

Madde 6a. Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türüdür. Taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Sözleşmede bulunması gereken asgari koşullar aşağıda gösterilmiştir:

a. Tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının isim, ünvan, açık adresleri ve varsa erişim bilgileri,

b. Malın veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı,

c. Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı,

d. Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,

e. Peşinat tutarı,

f. Ödeme planı,

g. Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

Satıcı veya sağlayıcı, bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlamak ve taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermekle yükümlüdür. Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir.

Taksitle satışlarda; tüketici, borçlandığı toplam miktarı önceden ödeme hakkına sahiptir. Tüketici aynı zamanda, bir taksit miktarından az olmamak şartıyla bir veya birden fazla taksit ödemesinde bulunabilir. Her iki durumda da satıcı, ödenen miktara göre gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür.

Satıcı veya sağlayıcı, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak satıcının veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi ve ödenmeyen taksit toplamının satış bedelinin en az onda biri olması halinde kullanılabilir. Ancak satıcının veya sağlayıcının bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir.

Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez.

Taksitli satış günlük yaşamda çok sık rastlanılan ve kullanılan bir satış yöntemidir. Malın veya hizmetin, sözleşmenin düzenlendiği anda tüketiciye teslim veya ifa edildiği satım türüdür.

Tüketici satış bedelinin bir kısmını peşin ödemiş bakiye kısmı için sözleşme yapmış ise konutu teslim hizmeti aldıktan sonra bedel ödeyemeye başlamaktadır. Taksit süresinin eşit aralıklarla veya bedelin eşit miktarda ödenmesi koşulu yoktur. Taraflar taksitlerin süresini veya taksit miktarını karşılıklı olarak belirleyebilir.

A. Taksitli Satış Sözleşmesinin Yazılı Şekilde Yapılması Zorunludur Sözleşmede Bulunması Zorunlu Olan Koşullar

Tüketicinin ve satıcının veya sağlayıcının ismi, unvanı, açık adresleri varsa erişim bilgileri (telefon numarası, faks, elektronik posta adresi) sözleşmede yer alması zorunludur.

Tüketici birey olabileceği gibi 3. maddenin e fıkrasında belirtilen tüzel kişilerde olabilir. Satıcının gerek duyduğunda tüketiciye, tüketicinin de gerek duyduğunda satıcıya ulaşabilmesi için bu bilgiler zorunludur.

Taksitli satış sözleşmelerinde satıcı şahıs firması ise satıcının ad ve soyadının yazılması şarttır... Satıcı tüzel kişi ise unvanının tereddüde yer vermeyecek şekilde yazılması şarttır

Örneğin; birçok kapıdan satış sözleşmesinde satıcı sütununa ünlü bir firma ismini çağrıştıran isim yazıldığı devamında şirket unvanı ve şahıs ismi olmadığı için satıcının kim olduğunu tespit etmek sorun olmaktadır... Bu nedenle sözleşmede satıcı firmanın vergi numarası ve tüzel kişi ise sicil numarasının bulunması, kayıtlı olduğu ticaret sicil memurluğunun bildirilmesinde yarar vardır.

Taksitli satış sözleşmesinde: Malın veya hizmetin vergiler dahil Türk lirası olarak peşin fiyatının belirtilmesi zorunludur.

Taksitli satış sözleşmesinde; Satıcı bir ürünün peşin fiyatı ile vadeli (taksitli) satış fiyatı arasında fark uyguluyorsa veya vadeye faiz uygulamakta ise, bunları ayrı ayrı sözleşmede belirtmek zorundadır.

Ödeme planı tereddüde mahal bırakmayacak şekilde net olmalıdır.

Her bir taksitin miktarı ve ödeme tarihi sözleşmeye açıkça ve sırayla yazılmalıdır.

Tüketicinin satış anında peşin ödediği bedel sözleşmeye yazılmalıdır.

Taksitlerin nereye veya hangi hesaba ve hangi bankaya yatırılacağı sözleşmede belirtilmelidir.

Borçlunun Temerrüde Düşmesinin Hukuki Sonuçları

Şayet tüketicinin taraf olduğu taksitli satış sözleşmesinde temerrüt şartı var ise, bunun hukuki sonuçları ve koşulları sözleşmede belirtilmelidir. Yasa'ya göre satıcı taksitlerden birini veya birkaçını ödememesi halinde, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuş ise, bu hakkı, ancak satıcının veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda;

Tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi ve ödenmeyen taksit toplamının satış bedelinin en az onda biri olması halinde kullanılabilir. Bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi halinde satıcı bu hakkı kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek ihtarname ile tüketiciye muacceli yet uyarısında bulunması gerekir.

Satıcı bu koşulları yerine getirmeden sözleşmede kendisine tanınan yetkiye dayanarak icra takibine geçmiş ise, icra takibinin yapıldığı tarihe kadar tüketici kaç taksit ödememiş ise, ödenmeyen taksitler yönünden takibin devamı gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen koşulların sözleşmede yer alması ve tanzim edilen taksitli satış sözleşmesinin bir nüshasının tüketiciye verilmesi gerekir. Satıcı bu işlemle yükümlüdür.

Şayet, sözleşmeden ayrı olarak tüketiciden kıymetli evrak niteliğinde senet alınmış ise her senet her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece satıcı ismine (nama yazılı olarak) düzenlenmelidir.

Aksi takdirde tüketici tarafından tanzim edilip satıcıya verilen kambyo senedi geçersizdir. Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez.

Yukarıda belirtilen ve kanunda yer alan koşullar emredici kurallar olup, belirtilen koşullardan birinin olmaması halinde satıcı bu maddede kendisine tanınan hakları kullanamaz.

4. KAMPANYALI SATIŞ

Madde 7. Kampanyalı satış, gazete, radyo, televizyon ilanı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul edilmesi ve malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi suretiyle yapılan satımdır.

Kampanyalı satışlar Bakanlığın izni ile yapılır. Bakanlık hangi tür satışların izne tabi olacağını, ön ödeme, taksit miktarı, teslim süresi, üretici firma garantisi, yatırılacak teminat ile kampanyalı satışlarda uyulması gereken usul ve esasları tespit eder.

İlan ve taahhüt edilen mal veya hizmetin teslimatının veya ifasının hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda, satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı ve 10. maddenin 5. fıkrasına göre kredi veren müteselsilen sorumludur.

Tüketici kampanyadan ayrılmaya karar verdikten sonra kampanyayı düzenleyen, mal veya hizmetin tüketiciye teslim tarihini geçmemek şartıyla tüketicinin o ana kadar ödediği tüm bedeli ödemekle yükümlüdür.

Kampanyayı düzenleyen, kampanyalı satışlarda düzenlenecek yazılı sözleşmede, 6/a maddesinin 2. fıkrasında belirtilen bilgilere ek olarak "*kampanya bitiş tarihi*" ve "*mal veya hizmetin teslim veya yerine getirilme tarih ve şekli*" ne ilişkin bilgileri de içeren sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, ön ödeme tutarı, mal veya hizmetin satış bedelinin yüzde kırkıdan fazla olamaz.

Kampanyalı satışlarda malın teslim ya da hizmetin ifa süresi on iki ayı aşamaz. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar için bu süre otuz aydır.

Tüketicinin ödemeye ilişkin tüm edimlerini yerine getirmesi durumunda, malın teslimi ya da hizmetin ifası, ödemenin bitimini takiben en geç bir ay içinde yapılmak zorundadır.

Kampanyalı taksitle satışlarda 6/a maddesi hükümleri de uygulanır.

AÇIKLAMA

Bu yeni düzenlemeye göre kampanyalı satışlarda ilan ve taahhüt edilen mal veya hizmetin teslimatının veya ifasının hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda satıcı, sağlayıcı bayi, acente, imalatçı, üretici, ithalatçı 10. maddenin 5. fıkrasına göre kredi veren müteselsilen sorumludur.

Zorunlu maddelerin mutlaka sözleşmede yazılması gerekir. Taksitli kampanyalı satışlarda 6/a maddesinde belirtilen hususların sözleşmede bulunması şarttır. Kampanyalı satışlarda malın teslimi ya da hizmetin ifa süresi on iki ayı geçmeyeceği gibi konut veya tatil amaçlı taşınmazlar için bu süre en fazla otuz ay olarak sınırlandırılmıştır.

Bu maddenin uygulanmasına yönelik olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın (13.06.2003 tarih 25137 sayılı RG) yönetmeliği tarafları bağlayıcıdır.²

A. İlgili Yönetmeliğe Göre

1. Kampanyalı Satış: Gazete, radyo, televizyon ilanı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul edilmesi ve malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi suretiyle yapılan satış türünü, ifade eder.

Sorumluluk: Kampanyalı satışlarda, ilan ve taahhüt edilen mal veya hizmetin teslimatının veya ifasının hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı ve kredi veren müteselsilen sorumludur.

2. Sözleşme Zorunluluğu: Kampanyalı satışlarda satıcı veya sağlayıcı aşağıdaki bilgileri yazılı olarak bildirmek ve taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır.

- a. Tüketicinin ve kampanyayı düzenleyenin isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,
- b. Sözleşmenin düzenlendiği tarih,
- c. Mal veya hizmetin Türk Lirası olarak peşin satış fiyatı,
- d. Mal veya hizmetin Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı,
- e. Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuzunu geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
- f. Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
- g. Ön ödeme tutarı,
- h. Ödeme planı,
- i. Kampanya bitiş tarihi,
- j. Mal veya hizmetin teslim veya ifa tarihi ve şekli,
- k. Mal veya hizmetin marka, model, renk ve benzeri ayırıcı özellikleri,

² Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca yayınlanan 13.6.2003 tarih 25137 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanan Kampanyalı Satışlara ilişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki yönetmelik.

1. Tüketicinin ödemelerinin, malın teslim ve hizmetin ifa edileceği tarihe kadar sigorta ettirilmesi veya banka teminatı altına alınmasına ilişkin şartlar.

3. Kampanyalı Satışlara İlişkin İlan ve Reklamlar: Kampanyalı satışlara ilişkin ilan ve reklamlar; Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca Reklam Kurulu'nca belirlenerek yayımlanan ilke ve esaslara aykırı olamaz.

Genel müdürlük veya müdürlük tarafından verilen kampanyalı satış izin belgesi, kampanya ilan ve reklamlarında kullanılamaz.

Taksitli kampanyalı satış ilanlarında, kampanyanın başlangıç ve bitiş tarihleri ile kampanya konusu mal veya hizmetin peşin satış fiyatı ile varsa taksitle satış fiyatının ayrı ayrı belirtilmesi zorunludur.

4. Satıcı ve Sağlayıcının Yükümlülükleri: Malın teslim ya da hizmetin ifa süresi sözleşmenin düzenlendiği tarihten itibaren hiçbir şekilde on iki ayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar için ise otuz ayı geçemez.

Satıcı veya sağlayıcı mal veya hizmeti teslim veya ifa edeceği tarihe kadar olan tüketicinin toplam ödemelerinin karşılığını sigorta ettirmek veya banka teminat mektubu vermek zorundadır.

Tüketicinin ödemeye ilişkin tüm edimlerini yerine getirmesi durumunda, malın teslimi ya da hizmetin ifası, ödemenin bitimini takiben en geç bir ay içerisinde yapılmak zorundadır.

B. Taksitli Kampanyalı Satışlar

Taksitli kampanyalı satışlarda, tüketici borçlandığı toplam miktarı önceden ödeme hakkına sahiptir.

Tüketici aynı zamanda bir taksit miktarından az olmamak şartıyla bir veya birden fazla taksit ödemesinde bulunabilir.

Her iki durumda da satıcı veya sağlayıcı ödenen miktara göre gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür.

Satıcı veya sağlayıcı taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını sözleşmeye koyacağı bir şartla saklı tutmuşsa, bu hak ancak;

a. Satıcı veya sağlayıcının sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmiş olması,

b. Tüketicinin birbirini takip eden en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi ve ödenmeyen taksit toplamının satış bedelinin en az onda biri olması,

c. Tüketicie kalan borçlarını ödemesi için bir hafta süre vererek muacceli yet uyarısında bulunulması,halinde kullanılabilir.

1. Bakanlık İznine Tabi Mallar: Düzenlenecek kampanyalı satışlarda, aşağıda yer alan malların kampanyaya konu olması durumunda, 11. maddede belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde “*Kampanyalı Satış İzin Belgesi*” alınması zorunludur.

- a. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz,
- b. Motosiklet,
- c. Otomobil,
- d. Minibüs.

Yukarıda belirtilen malların dışında kalan mallar ile hizmetlerin, kampanyalı satış yöntemi ile satılması durumunda Bakanlık’tan veya Müdürlük’ten izin alınmasına gerek yoktur.

2. Cayma Hakkı: Düzenlenen kampanyalarda, tüketicilere malın veya hizmetin teslim veya ifa edilmemesi koşulu ile tüketicinin bu talebini satıcı veya sağlayıcıya noter aracılığı ile ya da iadeli-taahhütlü mektup ile bildirmesinden sonra, satıcı veya sağlayıcı, mal veya hizmetin teslim veya ifa tarihini geçmemek şartıyla ödemiş olduğu tüm bedeli ve kıymetli evrakı tüketicie iade etmekle yükümlüdür.

3. Kampanya Niteliğindeki Diğer Satışlar: Gazete, radyo, televizyon ilanları ve diğer yollarla halka duyurularak düzenlenen ve muhtelif sayılarda gruplar oluşturularak kura çekmek suretiyle veya başka bir şekilde teslim tarihlerinin belirlendiği satış türüne de bu Yönetmelik hükümleri uygulanır.

KONUVA İLİŞKİN YARGITAY İLAMI

Davacı dava dilekçesinde özetle müvekkilinin davalı şirketten 22.11.2002 tarihli gayri menkul satış vaadine istinaden kısmen peşin ödeme yaptıklarını, bakiye 100.000.000.000 TL bedel için 37 adet sıralı senet verdiklerini ancak davalı şirketin borca batık olması nedeniyle edimini

yerine getirmesinin mümkün olmadığını belirterek senetlerin iptaline karar verilmesini tedbiren talep ve dava etmiştir.

Davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeden tensiple dava dilekçesinin görev nedeni ile reddine karar verilmiş,

Yerel Mahkeme Kararı davacı tarafından temyiz edilmekle,

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2003/13084 esas 2004/2775 sayılı İlamı ile 4822 sayılı Kanun'un ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemler almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek olduğu, 2. maddesinde, bu Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi kapsadığı belirtilmiş, 3. maddesinde ise, alışverişe konu olan mesken amaçlı taşınmaz mallar da bu kanun kapsamına alınmıştır. Adı geçen Kanun'un 23. maddesinde de bu Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilafa Tüketici Mahkemeleri'nde bakılacağı belirtilmiştir. Yapılan bu değişiklik mahkemenin görevine ilişkin usulü bir değişikliktir. Anılan Yasa'da usule ilişkin bu hükmün, uygulanabileceği zaman yönünden bir geçiş hükmüne yer verilmediğine göre bu değişikliğin henüz sonuçlanmamış olan tüm davalarda uygulanması gereklidir. Mahkemece davaya konu olan sözleşmenin 22.12.2002 tarihinde düzenlenmiş olması nedeniyle davanın, 14.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı belirtilmişse de, az yukarıda açıklandığı gibi yeni Kanun'la kabul edilen görev kuralları geçmişe de etkili olduğundan, kaldı ki dava da adı geçen Tüketici Yasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra açıldığından, uyuşmazlık Tüketici Yasası kapsamında olup Tüketici Mahkemesi de davaya bakmakla görevlidir. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve Yasa'ya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün temyiz eden davacı yararına bozulmasına, 8.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yukarıda açıklandığı üzere ayıplı ve eksik imal edilen konut, noterden satış vadi sözleşmesi gereği satılan konutlar 4077 sayılı Yasa kapsamındadır.

BRÜKSEL I. TÜZÜĞÜ'NDE TÜKETİCİ AKİTLERİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI

Av. Arzu KÜÇÜKYALÇIN*

ÇALIŞMA PLANI

Çalışmamızın konusunu, Brüksel I. Tüzüğü'nde Tüketici Akitleri Açısından Milletlerarası Yetki Kuralları'nın incelenmesini oluşturmaktadır. Konumuzu açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koymak amacıyla, "giriş bölümü"nde Milletlerarası usül hukukunda "milletlerarası yetki" kavramı hakkında kavram ve kapsamı itibarıyla bilgi vermeyi, ardından 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Brüksel I. Tüzüğü'nün oluşturulmaları, yürürlüğe girmeleri, sistematikleri, kapsamaları, uygulama alanları, amaçları, Konvansiyon'un söz konusu Tüzük haline dönüştürülmesinin nedenleri üzerinde durmayı uygun görmekteyiz. Birinci bölümde, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Brüksel I. Tüzüğü ile, tüketici akitleri açısından getirilmiş bulunan milletlerarası yetki kurallarının düzenleniş amaçları, yarattığı hukuki sonuçlar ve bu sonuçların ilgili menfaat grupları üzerindeki etkileri üzerinde durmayı uygun görmekteyiz. İkinci ve son bölümde ise, Brüksel I. Tüzüğü'nün düzenlediği tüketici akitleri açısından milletlerarası yetki kuralları ile Türk milletlerarası özel hukukunda tüketici akitleri açısından getirilmiş bulunan milletlerarası yetki kuralları birlikte ele alınacaktır. Sonuç bölümünde ise, çalışma konumuz hakkında incelememiz sonucu vardığımız kanaatlerimize yer vermekteyiz.

GİRİŞ

I. Milletlerarası Yetki

A. Kavram

Yabancı unsurlu olaylarda belirli bir devletin mahkemelerinin yetkili olup olmadıkları "milletlerarası yetki"¹ kavramı ile ifade edilir. Milletlerarası

* Ankara Barosu üyesi.

¹ "Milletlerarası yetki" kavramının yerine, "uluslararası yetki" (Nomer, E., *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 2002, s. 333 (DHH)), "dış yetki" (Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, İstanbul 1990, s. 261 (HMU) kavramları da kullanılmaktadır.

yetki kavramı, “ülke içi yetki” (iç yetki) kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır.² Zira, aynı usül hukuku ve aynı maddi hukuku uygulayan ve kararları ülkenin her yerinde aynı uygulanma gücüne sahip mahkemeler arasındaki yetki ilişkisini düzenleyen ülke içi yetki kurallarının³ temelinde yatan menfaat, milletlerarası yetkide esas alınacak menfaatten, karışık ve çeşitli olması nedeniyle, farklıdır.⁴ Milletlerarası yetki ile bir devletin mahkemelerinin yetkili olduğu tespit edildikten sonra, o devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu ülke içi yetki kurallarıyla tayin edilir:⁵ Milletlerarası yetki kavramının iki yönlü bir kavram olduğu ileri sürülerek⁶ bir taraftan yabancı unsurlu olaylarda, devletin kendi mahkemelerinin yargısal faaliyette bulunabilme yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında bu yetkiye sahip oldukları; diğer taraftan yabancı bir devlete ait mahkemelerin yabancı unsurlu bir olayda gösterdikleri yargı faaliyetinin, bütünüyle iç hukuk açısından, ülke içinde bir etkiye sahip olup olamayacağı veya hangi şartlarla böyle bir etkiye sahip olabileceğini belirlediği ifade edilmektedir.

B. Kapsam

Milletlerarası yetki kavramı, temelini devletler hukukunun oluşturduğu birleştirilmiş bir devletler üstü yetki sistemi varmış izlenimi vermesi açısından yanılıcıdır.⁷ Kural olarak milletlerarası yetki, kaynağı itibariyle millidir. Milletlerarası yetki kaynağını, eğer milletlerarası bir sözleşme söz konusu değilse, sadece “milli hukuk düzenini” oluşturur.⁸ Çünkü bu konuda “milletlerarası” bir yetki sistemi mevcut değildir.⁹ Buradaki “milletlerarası” deyiimi. Geleneksel olarak bütün hukuk sistemlerinde yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların görülebilmesi ve onların ülke

² Kuru, *HMU*, s. 398.

³ Burada kullanılan “ülke içi yetki kuralı” deyiminin “mahalli yetki” olarak kullanılmasının gerektiği konusunda bkz., Ekşi, N., *Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul 2000, s. 17 vd.

⁴ Nomer, E., “Devletler Hususi Hukuku’nda Milletlerarası Yetki Mefhumu” *İHFM* 1974, C. XL, s. 1-4, s. 414.

⁵ Çelikel, A., *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2000, s. 321 (MÖH); Nomer, *DHH*, s. 333.

⁶ Nomer, *DHH*, s. 333.

⁷ Nomer, E., *Milletlerarası Yetki Mefhumu*, s. 394; Nomer, *DHH*, s. 333 - 334; Çelikel, *MÖH*, s. 321.

⁸ Örneğin; Uluslararası Hava Taşımaları’na İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Antlaşma m. 28 (RG 3.12.1977 - 16128, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Antlaşma m. 1 (RG 2.2.1983-171966); Uluslararası Demiryolu Taşımaları’na İlişkin Antlaşma Ek A m. 52 (RG.1.6.1985-18771).

⁹ Nomer, *DHH*, s. 35.

içi yetki kurallarından farklı olduğunun ifadesi için kullanılmaktadır.¹⁰ Bir başka ifadeyle, milletlerarası yetki, kaynağı açısından değil konusunu oluşturan hukuki ilişkinin veya bu ilişkinin tarafları itibariyle milletlerarasıdır. Bunun istisnasını,¹¹ çalışmamızın konusunu oluşturan Avrupa Toplulukları üyesi devlet mahkemelerinin ticari ve hukuki konularda milletlerarası yetkisini düzenleyen kurallar oluşturmaktadır.

II. Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonu

Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonu¹² (Konvansiyon), Avrupa Toplulukları üye devletlerinin hukuklarının birleştirilmesi ve uyumlaştırılması çalışmalarının milletlerarası usul hukuku alanındaki ilk kapsamlı düzenlemedir.

Konvansiyon ile ilgili çalışmalar, 1960 yılında Daimi Temsilciler Komitesi'nin (Committee of Permanent Representatives) kararı ile başlamış, 1964 yılında Konvansiyon taslağı tamamlanmış, 27 Eylül 1968 tarihinde nihai halini alarak Avrupa Toplulukları'nın altı kurucu üye ülkesi tarafından imzalanmış ve 1973 yılında yürürlüğe girmiştir.¹³ Konvansiyon'un imzalanmasının ardından, Avrupa Toplulukları'na yeni üyelerin girmesi nedeniyle Konvansiyon, dört katılma konvansiyonu (accession convention)¹⁴ ile değişikliğe uğramış ve bu değişikliklerin sonucunda ortaya çıkan Brüksel Konvansiyonu'nun beş adet versiyonu birleştirilip uyumlaştırılarak (konsolide edilerek) tek bir metin¹⁵ haline getirilmiştir.¹⁶

¹⁰ Çelikel, MÖH, s. 322.

¹¹ Ekşi, s. 18.

¹² *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*: OJ L 304 -30.10.1978, s. 36-54; Konvansiyon'un Türkçe metni için bkz., Oder, B. Sağbilibi, Md., "Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma", MHB 1991, s. 1-2, s. 73-100.

¹³ Tekinalp, G., "Avrupa Milletlerarası Medeni Usul Hukuku ve Heidelberg Sempozyumu", MHB 1990, s. 1 - 2, s. 180; Sakmar, A., "Avrupa Ekonomik Topluluğu'na Üye Devletlerden Birinde Verilen Mahkeme Kararının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi", *Birinci Avrupa Hukuku Haftası*, İstanbul 1979, s. 89.

¹⁴ Söz konusu katılma konvansiyonları şunlardır: 1. Convention of Accession of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: OJ L 304 - 30.10.1978, s. 1-102; 2. Convention of Accession of the Hellenic Republic: OJ L 388 - 31.12.1982, s. 1-36; 3. Convention on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic: OJ L 285 - 3.10.1989, s. 1-98; 4. Convention on the Accession of Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden. OJ C 15 - 15.1.1997, s. 1-9, to the Convention

Konvansiyon ile Avrupa Toplulukları üyelerinin milletlerarası yetki kuralları birleştirilmiştir. Konvansiyon'un kapsamına giren davalarda üye devletlerin mahkemeleri, milletlerarası yetkilerini kendi iç hukuklarına göre değil, Konvansiyon'da yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre belirleyeceklerdir. Topluluk üye devlet mahkemeleri, Brüksel Konvansiyonu'nun yorumu konusunda karşılaşacakları problemlerin çözümü için Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na başvurma olanağına sahiptirler. Zira, Konvansiyon'un yorumu konusunda, 1 Eylül 1975 tarihinde yürürlüğe giren bir protokol¹⁷ ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na yetki verilmiştir.

Brüksel Konvansiyonu, kural olarak yalnızca üye devletler arasında uygulanır. Ancak, Avrupa Toplulukları'nı, EFTA (European Free Trade Area)¹⁸ ülkeleriyle yakın bir ticari ilişkiye sokan çok sayıda serbest ticaret antlaşmalarının varlığı¹⁹ ve bu antlaşmalardan doğan uyumsuzluklar hakkında verilen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini zorlayan engellerin kaldırılması ihtiyacı nedeniyle iki Topluluk arasında görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmeler sonucunda, Avrupa Toplulukları ile EFTA ülkeleri arasında Lugano Konvansiyonu²⁰ imzalanmış ve bu suretle EFTA ülkeleri Brüksel Konvansiyonu'na taraf olmuşlardır. Lugano Konvansiyonu, Brüksel Konvansiyonu'nda yer alan hükümlerin bir tekrarı niteliğinde olduğundan "*Paralel Konvansiyon*" olarak da adlandırılmaktadır.²¹ Ancak Brüksel Konvansiyonu'ndan farklı olarak, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Lugano Konvansiyonu hükümlerini ön sorun (preliminary ruling) yoluyla yorumlama yetkisi, EFTA ülkelerinin bu yetkiyi kabul etmemeleri nedeniyle, mevcut değildir.²²

on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its Interpretation by the Court of Justice.

¹⁵ Consolidated and updated version of Brussels Convention: OJ C 189-28.7.1990, s. 1-122.

¹⁶ Sakmar, A., - Ekşi, N., "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü, Ergin Nomer'e Armağan", *MHB* Yıl 22, 2002, s. 724 - 726, (AB Tenfiz Tüzüğü).

¹⁷ Protocol Concerning the Interpretation by the Court of Justice of the Convention of September 27, 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Civil and Commercial Judgments: OJ L 204-1975 s. 27, OJ L 304 -30.10.1978, s. 51-52, OJ L 388-1982, s. 3, OJ L 285-1989, s. 1; Protokolün Türkçe metni için bkz., Oder, Sağbili, "27 Eylül 1968 Tarihli Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararları'nın Tenfizine Dair Antlaşmanın Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Tarafından Yorumlamasına İlişkin Protokol", *MHB* 1991, s. 1-2, s. 97 - 100.

¹⁸ EFTA, 1959 yılında Stockholm Antlaşması'na dayanılarak kurulan ve topluluğa üye ülkeler arasında serbest bir ticaret sahası oluşturan ekonomik bir örgütlenmedir. EFTA'nın günümüzdeki üyeleri İzlanda Cumhuriyeti, Liechtenstein Prensligi, İsviçre Konfederasyonu ve Norveç Krallığı'dır.

¹⁹ Bu antlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Karluk, R., *Avrupa Birliği ve Türkiye*, İstanbul 2000, s. 246 vd.

Brüksel Konvansiyonu'nun en önemli özelliği, yürürlüğe girmesiyle, Konvansiyon'daki kuralların, üye ülkelerin milletlerarası usul hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kuralları ile ikame edilmiş olmasıdır.²³ Ancak bu ikame, sadece Konvansiyon'a taraf olan üye devletler arasında ve Konvansiyon'un uygulama alanına giren konularda hukuki anlamda söz konusudur. Konvansiyon'a taraf olmayan diğer bir deyişle üçüncü ülkelere karşı ise, üye ülkelerin her birinin milli mevzuatlarındaki milletlerarası yetkiye ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir.²⁴

Brüksel Konvansiyonu; bir başlangıç, sekiz ayrı kısım halinde düzenlenen 68 madde, bir protokol ve bir ortak deklarasyondan oluşmaktadır. Birinci kısımda (m. 1) Konvansiyon'un uygulama alanı, ikinci kısımda (m. 2-24) milletlerarası yetki, üçüncü kısımda (m. 25-49) tanıma ve tenfiz, dördüncü kısımda (m. 50-51) resmi belgeler ve mahkeme önünde yapılan sulhler, beşinci kısımda (m. 52-53) genel hükümler, altıncı kısımda (m. 54) intikal hükümleri, yedinci kısımda (m. 55-59) diğer konvansiyonlarla olan ilişkiler, ve sekizinci kısımda (m. 60-68) nihai hükümler yer almaktadır.

III. Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (EC No 44/2001) - Brüksel I. Tüzüğü

Brüksel Konvansiyonu, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nın 220. maddesine²⁵ istinaden yapılmıştır. Maastricht Antlaşması'na kadar olan süreçte, 220. madde, Avrupa Toplulukları üye ülkeleri arasında devletler özel hukuku alanında yapılan çalışmaların hukuki dayanağını oluşturmuş ve bu nedenle Brüksel Konvansiyonu, Avrupa Toplulukları Hukuku'nun kaynakları arasında kabul edilmektedir.²⁶ Ancak, bir

²⁰ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters done at Lugano on 16 September 1988: OJ L 319-25.11.1988, s. 9-33.

²¹ Tekinalp, *Avrupa Milletlerarası Medeni Usul Hukuku*, s. 181; Sakmar, A. - Ekşi, N., *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 726 - 727; Ekşi, s. 18-19, dipnot 75.

²² Sakmar - Ekşi, *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 727.

²³ Ekşi, s. 42.

²⁴ Sakmar - Ekşi, *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 726.

²⁵ AET'yi kuran Roma Antlaşması'nın 220. maddesinde, üye devletlerin kendi vatandaşlarının yararını korumak düşüncesiyle gerekli olduğu durumlarda, vatandaşların haklarının korunması, çifte vergilendirmenin kaldırılması, şirketlerin tanınması, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularında konvansiyonlar yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmiş metni olan yeni 293. maddede, yine aynı amaçla, üye devletlerin birbirleriyle müzakere yapabilecekleri belirtilmiştir.

²⁶ Sakmar - Ekşi, *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 732.

görüşe göre,²⁷ Brüksel Konvansiyonu, Topluluk organlarından birinin bir işlemi sonucu olarak değil, Topluluk üyesi devletlerin çalışmaları sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de, Brüksel Konvansiyonu, Topluluk hukuku ile çok yakın bir irtibat halinde olmasına rağmen, Avrupa Toplulukları hukuku işlemlerinden farklı olarak, üye devletler açısından kendiliğinden uygulanma imkanı bulmayacaktır. Roma Antlaşması'nın 220. maddesinin, devletler özel hukuku alanında yapılacak uyumlaştırma çalışmalarının Topluluk kurumları tarafından yapılan işlemlerle (tüzük, direktif şeklinde) ortaya konulmasına izin vermemesi nedeniyle, Maastricht Antlaşması K. 1/6 maddesi ile "*özel hukuk konularında hukuki işbirliğini*" düzenlemiştir. Böylece, Roma Antlaşması'nın 220. maddesinin aksine, Topluluğun bir kurumu olan Konsey, özel hukuk alanında işbirliğini sağlamak amacıyla, konvansiyon tasarısı hazırlama yetkisini elde etmiştir. Amsterdam Antlaşması, Maastricht Antlaşması'ndan daha da ileri giderek, 65. maddesi (eski 73. madde) ile "*özel hukuk alanında işbirliğine*" daha somut bir anlam kazandırmış ve söz konusu işbirliğinin tüzük ya da yönergelerle yapılıp yapılamayacağı konusunu açık bırakmıştır. Antlaşma'da bu konuda bir açıklığın bırakılması, üye devletlere hareket serbestliği sağlanması gereği duyulduğu alanlarda yönergelerle; böyle bir gereksinim olmadığı takdirde tüzükle işbirliğinin gerçekleştirilmesi açısından isabetli kabul edilmektedir.²⁸ Roma Antlaşması'nın uyumlaştırma konusundaki katı düzenlemesi, Amsterdam Antlaşması ile ortadan kaldırılarak, üye devletlerin özel hukuk alanında işbirliği yapmalarının Konsey tarafından teşviki ve Topluluk Kurumları'nın devletler özel hukuku alanında işbirliği konusunda, esnek bir şekilde, gerektiğinde yasal düzenleme yapabilmelerini mümkün kılınmıştır.²⁹ Böylece Amsterdam Antlaşması'ndan sonra, devletler özel hukuku alanındaki uyumlaştırma çalışmaları genellikle tüzük şeklinde yapılmış; hatta, daha da ileri gidilerek önceden konvansiyon olarak düzenlenmiş ve uygulanmakta olan metinler, tüzük haline dönüştürülmüştür.

Brüksel Konvansiyonu, 22 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi (Konsey) tarafından Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın³⁰ 61(c) ve 67(1) maddelerinde öngörülen Avrupa Birliği Komisyonu'nun,³¹ Parlamentosu'nun ve Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin³² görüşlerini dikkate alma

²⁷ Sakmar - Ekşi, *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 732, dipnot 44.

²⁸ Sakmar - Ekşi, *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 734 - 735.

²⁹ Harris, J., *The Brussels Regulation, Civil Justice Quarterly*, Vol. 20, July, 2001, s. 219.

³⁰ Treaty on European Union (Consolidated Version 1997), OJ C 340-10.11.1997, s. 200 vd.

³¹ 1999/C 376 E/01 Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ C 376 28.12.1999, s. 10.

³² 2000/C 117/02 Opinion of the Economic and Social Committee on Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of

koşulu yerine getirilerek “tüzük” haline dönüştürülmüş ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzük’ü (EC No 44/2001) şeklinde *Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi*’nde yayımlanmıştır.³³ Tüzük, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³⁴ Tüzük, bir başlangıç, 76 madde ve 6 ekten oluşmaktadır. Tüzük’ün uygulama alanına ticari ve hukuki konular girmekle birlikte, idare ve vergi konuları kapsam dışı bırakılmıştır. Üye devletlerin mahkemelerinin ticari ve hukuki konularla ilgili milletlerarası yetkisi ve üye devlet mahkemelerinden verilen kararların diğer üye devletlerde tanınması ve tenfizi hakkında düzenlemeler getirilmiştir.

Tüzük’ün m. 68 (1) hükmüne göre, bu Tüzük’ün hükümleri, Brüksel Konvansiyonu hükümlerinin yerini almış ve Konvansiyonu hükümsüz kılmıştır. Yine, Tüzük’ün anılan maddesinin 2. fıkrası, üye devletlerin mevzuatlarında Brüksel Konvansiyonu’na yapılan atıfların Tüzük’e yapılmış kabul edileceğini hüküm altına almıştır. Tüzük’ün m. 66/1, 2 (a) ve (b) hükmü ise, bir intikal hükmü niteliğinde olup, Tüzük’ün yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalar üzerindeki etkisini düzenlemektedir.

Konsey tarafından hazırlanan söz konusu Tüzük, genel niteliklidir³⁵ ve yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üye devletler açısından bağlayıcı olup üye devletlerin başka bir işlem yapmasına gerek olmaksızın sonuçlarını doğrudan³⁶ doğurmaya başlamıştır. Tüzük, m. 1 (3) hükmü uyarınca, Avrupa Birliği üyesi ülkelerden sadece Danimarka açısından uygulanmayacaktır. Çünkü, Danimarka, Maastricht ve Amsterdam Antlaşması’na Ek 5 No’lu Protokol’ün³⁷ 1 ve 2. maddelerinde ve ayrıca Avrupa Topluluğu’nu Kurucu Antlaşma’da³⁸ belirtildiği üzere Tüzük’ü uygulamayacaktır.³⁹ Bu

Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ C 117 - 26.4.2000, s. 6 - 11.

³³ Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12 - 16.01.2001, s. 1-23.

³⁴ Brüksel I. Tüzüğü m.76.

³⁵ Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması’nın (eski 189. m.) 249. m.’ye göre (OJ C 340 - 10.11.1997, s. 279.), tüzükler, genel olarak uygulanırlar. Tekinalp, Ü. - Tekinalp, G., *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 2000, s. 71.

³⁶ Avrupa Topluluğu’nun Kurucu Antlaşması’nın (eski m.189) 246. m.’ye göre (OJ C 340 - 10.11.1997, s. 278.), tüzükler, doğrudan uygulanma niteliğine haizdirler. Tüzüklerin yürürlüğe girmesiyle, üye devletlerin tüzükleri milli mevzuatlarına aktarmalarına ve bunları onaylamalarına gerek yoktur. Zira, üye devletlerin tüzükleri uygulamaları zorunlu olup tüzüklerde değişiklik yapma yetkileri yoktur. Tüzükler, üye devletlerde yerleşik veya üye devletlerin taabiyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile bütün daire ve kuruluşlar ve Topluluk’taki bütün organ, kurum ve yetkililer için geçerlidir. Tekinalp - Tekinalp, s. 71.

³⁷ Protocol on the Position of Denmark: OJ C 340 - 10.11.1997.

³⁸ Treaty establishing the European Community: OJ C 224 - 31.08.1992.

durumun sonucu olarak, Danimarka ile diğer üye devletler arasında Brüksel Konvansiyonu ve Konvansiyon'un Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından yorumlanmasına ilişkin Protokol uygulanmaya devam edecektir.⁴⁰ Bu durumda, sayıca üye devletlerin kaçına uygulanma anlamında şöyle bir benzetme yapılmıştır ki, buna göre, Brüksel I. Tüzüğü, Brüksel ve Lugano Konvansiyonları arasında, en az sayıda üye devlete uygulanma anlamında, "en küçük halka"; Lugano Konvansiyonu ise, "en büyük halka" kabul edilmektedir.⁴¹

BİRİNCİ BÖLÜM

BRÜKSEL I TÜZÜĞÜNDE TÜKETİCİ AKİTLERİNE ÖZGÜ MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI

I. Brüksel Konvansiyonu'nda Milletlerarası Yetki Kuralları

A. Genel Olarak

Brüksel Konvansiyonu'nun esasen iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Avrupa Birliği üyesi devletlerin mahkemelerinin, üye devletler arasında, ticari ve hukuki konularda milletlerarası yetkilerini belirleyen ortak kuralların getirilmesi; diğeri ise, üye devletlerin mahkemelerinin kararlarının, üye devletler arasında, serbest dolaşımının sağlanmasıdır.⁴²

Çalışmamızın giriş bölümünde, milletlerarası yetki kuralının ülke içi yetki kuralından farklı olduğunu ve çalışma konumuzun milletlerarası yetkinin, "milletlerarası" deyimini alış nedeninin bir istisnası olduğunu belirtmiştik.⁴³ Bu iki saptamayı açıkladığımızda, ilk saptamayı açıklayarak ulaşacağımız sonuç, ikinci saptamamızın nedenini ortaya koyacak ve açıklıkla gözler önüne serecektir. Milletlerarası yetki kuralı, ülke içi yetki kuralından farklıdır. Şöyle ki, milletlerarası yetki kuralının tayininde, mahkemenin taraflara veya üzerinde hükme varılacak maddi ilişkiye yer itibariyle yakınlığı, milletlerarası yetkili mahkemece verilecek kararın diğer ülkelerde tenfiz edilip edilemeyeceği, dış karar ahengi, karara konu teşkil edecek olan hukuki ilişkinin önemi rol oynarken⁴⁴ ülke içi yetki kuralının tayininde, davanın, sebebini teşkil eden hukuki uyumsuzlukla en yakın

³⁹ Brüksel I. Tüzüğü Başlangıç Hükümleri m. 21, s. 3.

⁴⁰ Brüksel I. Tüzüğü Başlangıç Hükümleri m. 22, s. 3.

⁴¹ Forner, J. J., *Special Jurisdiction in Commercial Contracts: From the 1968 Brussels Convention to Brussels One Regulation*, *International Company and Law Review* 2002, s. 1.

⁴² Sakmar - Ekşi, *AB Tenfiz Tüzüğü*, s. 723-724.

⁴³ Bkz., *YUK*, s. 2-3.

⁴⁴ Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku (Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim)*, İstanbul 1997, s. 194.

ilişkiye sahip olması rol oynamaktadır.⁴⁵ Dolayısıyla, milletlerarası yetkinin taraflar arasında uygulanacak maddi hukuktan usül hukukuna kadar her alanda etkili olması, milletlerarası yetkinin ülke içi yetkiden farklı ve kendine ait özellikleri olan “bağımsız milletlerarası yetki kuralları sistemi” içinde belirlenmesine neden olmuştur. Avrupa Toplulukları üyesi ülkeler, Brüksel Konvansiyonu’na taraf olarak, bağımsız yetki kuralları sistemini benimsemiş bulunmaktadır.⁴⁶ Yani, Avrupa Toplulukları üyesi ülkeler, Brüksel Konvansiyonu aracılığıyla, milletlerarası yetki kurallarını ülke içi yetki kuralından ayrı olarak düzenlemişlerdir. Bu duruma paralel olarak da, Avrupa Toplulukları üyesi ülkelerin mahkemelerinin milletlerarası yetki kurallarının Konvansiyon yoluyla ortak hale getirilmesi, Avrupa Toplulukları üyesi ülkelerin kendi aralarında uygulayacakları milletlerarası yetki kurallarının kaynağı itibarıyla “milletlerarası” olduğunu ve bu nedenle, “milletlerarası yetki kuralının milliliği” kuralının istisnasını oluşturmaktadır.

Konvansiyon’un ikinci bölümünde 2-24. maddeleri arasında milletlerarası yetki kuralları, 13-15. maddeleri arasında ise tüketici akitleri açısından öngörülmüş özel yetki kuralları düzenlenmiştir.

B. Genel Yetki Kuralları

Brüksel Konvansiyonu’nda, genel yetki kuralı, Konvansiyon’un 2. maddesinde “*davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi*” olarak düzenlenmiştir.⁴⁷ Anılan maddeye göre: “*Herhangi bir akid devlette ikamet eden kişiler, vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın, bu akid devletin mahkemelerinde bu Konvansiyon’un hükümleri uyarınca dava edilebilirler.*”

İkamet ettikleri devletin vatandaşı olmayan kişiler hakkında bu akid devletin vatandaşları için geçerli olan yetki kuralları uygulanır.”

Söz konusu genel yetki kuralının oluşturulmasında bağlama konusu olan “*ikametgahın*” belirlenmesinin hangi hukuka göre yapılacağı ise, yine Konvansiyon’un 52 ve 53. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.⁴⁸

⁴⁵ Nomer, Milletlerarası Yetki Mefhumu, s. 414.

⁴⁶ Ekşi, s. 42.

⁴⁷ Erdem, B. B., *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşması’nın Hükümlerinin Türk Mahkemeleri’nin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması*, MHB 1997-1998, s. 17-18, s. 186.

⁴⁸ Konvansiyon’un hazırlık çalışmaları sırasında ikametgah kavramının ortak bir tanımının oluşturulması konusundaki çabaların sonuç vermemesi üzerine, bu kavramın hangi hukuka göre tayin edileceğine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı Konvansiyon’un metnine dahil edilmiştir. Ekşi, s. 83, dipnot 330.

Konvansiyon, 3. maddesinde, aşırı yetki (exorbitant jurisdiction) kuralları⁴⁹ olarak nitelenen yetki kurallarını öngörmüştür. Bu yetki kuralları, Konvansiyon tarafı olan devletlerin kanunlarında bulunan bazı yetki kurallarıdır ve 3. madde, her bir akid devletin kanunlarında bulunan bu kuralları teker teker saymıştır.⁵⁰ Anılan madde, üye devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan aşırı yetki kurallarının Topluluk üyesi devletlerden birinde ikametgahı bulunan davalıların taraf olacakları hukuki uyumsuzluklarda uygulanmasını yasaklamıştır. Brüksel Konvansiyonu, örneğin; milletlerarası yetkiyi Fransız hukukunda davacının vatandaşlığına, Alman Hukuku'nda malların bulunduğu yere ve İngiliz hukukunda davalının İngiltere'de geçici bir süre için olsa dahi bulunmasına bağlayan kuralların uygulanmasını yasaklamıştır.

Konvansiyon'un 4. maddesinin 2. fıkrasında ise, m. 3'te sayılan akid devlet kanunlarındaki aşırı yetki kurallarına göre ancak, akid devletlerde ikamet etmeyen davalıya karşı herhangi bir devlette ikamet eden kişiler tarafından dava açılabileceği belirtilmiştir.

C. Özel Yetki Kuralları – Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Özel Yetki Kuralları

Brüksel Konvansiyonu, aşırı yetki kurallarını ortadan kaldırabilmek amacıyla, her türlü hukuki uyumsuzluk için mahkemelerin milletlerarası yetkisini sağlayan objektif bağlama noktalarına sahip özel yetki kuralları getirmiştir.⁵¹

Konvansiyon'un 5. maddesinde, yedi ayrı özel duruma; akte, nafakaya, haksız fiile, cezalandırılması gereken bir fiilden kaynaklanan tazminat veya eski hale iade taleplerine, şube veya acentaya, "trust"a ve son olarak yük ve navlun yararına yapılan kurtarma ve yardım hizmetine ilişkin özel yetki kuralı getirilmiştir. Bu yedi özel durumda, davalının ikametgahının bulunduğu akid, devletin mahkemelerinin dışında diğer bir akid devletin mahkemesinde de dava edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, 5. maddede yer alan "dava edilebilir" hükmünün, davanın açıldığı özel yetkili mahkemenin bu davayı reddetme

⁴⁹ Aşırı yetki kuralında esas alınan bağlama noktasının ülkeyle olan ilişkiyi zayıf, geçici, tesadüfi ölçülere göre tesis etmesi veya herhangi bir bağlantı aramaması, bu yetki kuralının aşırı olmasına yol açmaktadır. Ekşi, s. 50-59, 78-79; Ekşi, N., *Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları*, Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 247-258.

⁵⁰ Bir görüşe göre bu sayım tahdididir. Bkz., Erdem, s. 187. Diğer bir görüşe göre ise, bu sayım tahdidi değildir. Bkz., Ekşi, *Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetkisi*, s. 51.

⁵¹ Ekşi, *Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetkisi*, s. 56.

yetkisinin bulunmamasıdır. Bu madde ile davacı, davalıya karşı dilerse genel yetkili mahkeme olan “*davalının ikametgahı*” mahkemesinde dilerse de Konvansiyon’un belirlediği bu “*özel yetkili*” mahkemelerde dava açabilecektir.⁵²

Konvansiyon’un 6. maddesinde, dava arkadaşlığı, kefalet veya davaya müdahale talepleri, karşı dava ve gayrimenkul hakkında alacak taleplerine ilişkin davalardaki yetki kuralları ve 6a maddesinde, bir geminin kullanılması veya işletilmesinden doğan sorumluluğa ilişkin davalardaki yetki kuralları; 7-12. maddeleri arasında ise sigorta uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda mahkemelerin yetkisi düzenlenmiştir.

Konvansiyon, tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisini 13 ve 14. maddelerinde ve bu akitlere ilişkin yetki sözleşmelerini ise 15. maddesinde düzenlemiştir.

Konvansiyon’un 13. maddesi, “*tüketici akdinin*” tanımını yapmamıştır. Ancak, 13. maddenin amaca uygun yorumlanması halinde bir tanıma ulaşmak mümkündür. 13. madde hükmü şu şekildedir: Bir kişinin mesleki ve ticari faaliyetleri dışında kalan bir amaçla, aşağıda sayılan konularda yaptığı sözleşmelerden doğan davalarda yetki 4 ve 5. (5) maddeleri saklı kalmak kaydıyla bu bölüm hükümleri uyarınca belirlenir:

1. Taşınır eşyaların taksitle satın alınması,
2. Taşınır eşyaların satın alınmasının finansmanına yönelik olduğu açık olan taksitle geri ödemeli bir ödünç veya kredi konularında veya,
3. Bir hizmetin ifası veya taşınır eşyaların teslimi olan diğer sözleşmelerde:
 - a. Tüketicinin ikamet ettiği devlette yapılan açık bir teklif veya reklam üzerine yapılmışsa,
 - b. Tüketici, akdin oluşması için gerekli hukuki muameleleri bu devlette yapmışsa,

Sözleşmenin tüketici olmayan tarafı akid devletlerde ikamet etmiyorsa, ama bir akid devlette şubesi, acentesi veya bu nitelikte başkaca bir müessesesi varsa, işletmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda şube, acente veya müessesenin bulunduğu akid devlette ikamet ediyor kabul edilir. Bu bölüm hükümleri taşıma akitlerinde uygulanmaz.

Konvansiyon, belirgin özellikleri, ticari bir amaçla hareket etmemek ve bir mal veya hizmeti nihai olarak tüketmek olan; ve bu sebeple kendisin-

⁵² Erdem, *Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi Konusunda Brüksel Antlaşması ve Türk Hukuku*, s. 188.

den daha güçlü konumda olan karşı akid tarafa karşı korunması gereken zayıf ve tecrübesiz tüketiciyi korumaya yönelik olan bu özel yetki kuralını getirmiştir. Nitekim Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) önüne, Konvansiyon'un 13. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununun çözümü amacıyla gelen Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB davasında⁵³ verdiği kararda, 13. maddedeki kuralın getirilmesinde özel amaç olan "tüketicinin" belirlenmesi gereğine değinmiş ve bu kuralın özel yetkili kural olmasının yanında, tüketici menfaatine kamu düzeninden sayılabilecek bir yetki kuralı olarak anlaşılması gerektiği şeklinde yorumlamıştır. ATAD'a göre, tüketicinin yararına getirilmiş olan bu yetki kuralının işleyebilmesi için, ortada, hemen hemen bütün ülkelerin hukuklarının birleştiği ortak nokta olan, özel ve kişisel ihtiyaçlara yönelik kabul edilen mal ya da hizmetlerden yararlanma amacıyla hareket eden bir tüketicinin ve bu çerçevede kurulmuş olan bir tüketici akdinin olması gereklidir. Ancak, ATAD, söz konusu davada, doğrudan tüketici ile şirket arasında kurulan bir sözleşme olmamasından dolayı, burada bir tüketici akdi ve ihtilafından söz edilemeyeceğini ifade etmiş⁵⁴ ve Konvansiyon'un 13. maddesinin uygulamasını gerektirecek bir tüketici akdinin mevcut olmadığı kararına varmıştır. ATAD, gerekçelerinden birinde, 13. maddenin getirilme amacının zayıf akid taraf durumunda olan tüketiciyi koruma amacına hizmet olduğunu belirtmiş ve bu sebeple Shearson Davası'nda olduğu gibi, akid tarafların eşit konumda olduğu sözleşmelerde 13. maddeye göre yetkinin tesis edilemeyeceğini karara bağlamıştır.⁵⁵

Konvansiyon'un 4. maddesi, akid devlette ikamet etmeyen davalıya karşı davanın, Konvansiyon hükümlerince belirlenecek yetkili mahkemede değil, her bir akid devletin kendi milletlerarası yetki kurallarına göre belirlenecek yetkili mahkemede açılabileceğini hüküm altına almıştır. Ancak bu duruma, 13. maddenin 2. fıkrasında, tüketici lehine istisna getirilmiştir.⁵⁶ Buna göre, tüketici ile akdi ilişkiye giren tarafın üye devletlerden birinde

⁵³ C 89/91 Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB (1993) ECR I -181. Dava, merkezi Münih'te bulunan TVB adlı şirket ile kuruluş yeri New York'da bulunan Shearson şirketi arasındaki acentelik anlaşmasına aykırılıktan doğmuştur. Shearson şirketinin Münih'teki temsilciliğinin gazete reklamlarından etkilenen tüketicilerin uğramış olduğu zarar, iki şirket arasında kurulmuş acentelik sözleşmesinin ihlaline neden olmuştur. TVB, hem bu sözleşmenin ihlalden hem de sözleşmenin kuruluş şartlarının ihlalden dolayı Shearson şirketini dava etmiştir. Öztekin, G., *Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflarda Brüksel Konvansiyonu'nun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkeme Kararı Örneği*, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. yaş günü Armağanı, İstanbul. 1999. s. 977.

⁵⁴ Davalı şirketin sözleşmeye aykırı fiilinden etkilenen tüketicilerin mevcudiyetinin, sözleşme ihlalinin sonucu olduğu tespit edilmiştir.

⁵⁵ Öztekin, *Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflar - Brüksel Konvansiyonu*, s. 981.

⁵⁶ Öztekin, *Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflar - Brüksel Konvansiyonu*, s. 977.

sadece şubesinin, acentesinin veya işyerinin bulunması, ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda, üye devlette ikametgah sahibi sayılması için yeterli kabul edilmiştir. Nitekim, Brenner and Noller v. Dean Witter Reynolds davasında,⁵⁷ tüketici ihtilaflarına ilişkin olan bu istisna kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ATAD'nin önüne getirilmiştir. ATAD, davalı tarafın üye devlette ikametgahının bulunmadığını tespit etmiş; ancak davalı şirketin bir şube, acente veya dalının da yine üye bir devlette ikametgahının bulunmadığını tespit ederek, Komisyonculuk Sözleşmesi'nin tarafları (Metzler ve Reynolds şirketleri) arasındaki ihtilaftan davacı tüketicilerin mağdur olmasının m. 13/2'deki tüketici lehine istisna getiren kuralın, bu kuralın dar yorumlanması gerektiğinden hareket ederek, milletlerarası yetkiyi tesis etmeyeceği kararına varmıştır. Bu takdirde, Konvansiyon'un 4. maddesi uyarınca genel yetki tesisi yoluna başvurulabilir. Ancak, bu halde de, davalı tarafın üye devlette ikameti şartı aranacaktır.

Konvansiyon'un 14. maddesinde, tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıkların hangi yer yetkili mahkemesinde görüleceği açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, *"Bir tüketici akdin diğer tarafına karşı bu tarafın veya kendisinin ikamet ettiği devletin mahkemelerinde dava açabilir.*

Tüketiciye karşı, akdin diğer tarafınca açılacak davalar ise sadece tüketicinin ikamet ettiği akid devletin mahkemelerinde açılabilir.

Bu hükümler, bu bölüm uyarınca yetkili kılınan bir mahkemede görülen asıl davaya karşı aynı mahkemede dava açma hakkına halel getirmez." Bu maddeden, tüketicinin ikametgahı ya da davalının ikametgahı yer mahkemesinin tüketicinin seçimine bağlı olarak yetkili olabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. 14. madde ile getirilen yetki kuralı, bir koruyucu yetki (protective jurisdiction) kuralıdır. Çünkü, koruyucu yetki, tüketicinin ekonomik açıdan ve pazarlık gücü açısından zayıf olduğu noktasından hareket ederek, tüketici akitlerine ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda başvurulacak milletlerarası yetki kurallarının tüketicinin menfaat uygun biçimde tesisini amaçlamaktadır. Tüketiciyi koruyan özel yetki kuralları, tüketicinin karşı akidi dava edebileceği devlet mahkemesinin sayıca fazla olması, buna karşılık tüketicinin, menfaatine en uygun, sınırlı sayıda devlet mahkemesinde dava edilebilmesi özelliğiyle dikkat çekmektedir. Bu bakımdan, koruyucu yetki, genellikle birden fazla milletlerarası yetkili mahkemenin tüketicinin

⁵⁷ C 318/93 Brenner and Noller v. Dean Witter Reynolds (1994) ECR I - 4284. Dava, Almanya'da ikamet eden iki kişi (Brenner ve Noller) ile New York'da ikamet eden Reynolds adlı bir broker şirketi arasında geçmektedir. Davacılar (Brenner ve Noller), Almanya'da ikamet eden ve Reynolds şirketinden bağımsız olarak borsa komisyonculuğu yapan Metzler Firması'nın gazete reklamlarından etkilenerek giriştikleri işlemde dolayı Almanya'da Reynolds şirketi aleyhine dava açmışlardır.

seçimine sunulması (choice of fora) şeklinde tezahür etmektedir. Tüketici akitlerinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklarda genellikle başvuru alanı yetki kıstasları, tüketicinin ikametgahının bulunduğu yer, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer, karşı akidin ikametgahının bulunduğu yer ve karşı akidin mutad meskeninin bulunduğu yerdir. Konvansiyon'un 14. maddesi ile getirilen yetki kuralı da, tüketicinin korunması fikrinin milletlerarası usul hukuku alanında tezahürü olan "tüketicinin ikametgahının bulunduğu yer" yetki kıstasının kullanılması yoluyla oluşturulmuş bir koruyucu yetki kuralıdır.⁵⁸ Yine 14. maddenin, tüketicinin "davalı" ya da "davacı" olmasına göre değişen ve tüketici lehine alternatif buna mukabil yine tüketici lehine kesin bir yetki kuralı olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹

Konvansiyon'un 15. maddesi, tüketici akitlerinden doğacak uyuşmazlıklarda dava açılacak mahkemenin yetkisinin yetki sözleşmesiyle⁶⁰ nasıl belirleneceğini şu şekilde düzenlemiştir. "Bu bölüm hükümlerinden ayrılan bir yetki anlaşması ancak aşağıda sayılan hallerde mümkündür:

1. Yetki anlaşması uyuşmazlığın doğumundan önce yapılmışsa,

2. Yetki anlaşması, tüketiciye bu bölümde belirtilenler dışındaki mahkemelere de başvurma yetkisini tanıyorsa,

3. Yetki anlaşması, tüketici ve diğer sözleşme tarafı arasında sözleşmenin yapıldığı sırada ikamet ettikleri veya mutad olarak oturdukları aynı akid devletin mahkemelerini yetkili kılmak amacıyla yapılmışsa ve böyle bir yetki anlaşması bu akid devletin hukuku uyarınca geçerli ise." Bu maddeye göre, tüketici akitleri için yetki sözleşmesi, ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde kabul edilmiştir. Tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, taraflar, uyuşmazlığın doğumundan sonra; veya tüketicinin başka bir mahkemede dava açabilmesi imkanını geniş bir mahkeme yelpazesi sunmak suretiyle sağlayan; ya da akdin yapıldığı anda tüketici ile karşı akidin aynı devletin ülkesinde mutaden sakin ya da ikametgahının bulunduğu alternatif hallerde, akdin yapıldığı akid devletin hukukuna aykırı olmamak şartıyla, akdin yapıldığı akid devletin mahkemelerini yetkili kılabilirler.⁶¹

⁵⁸ Güngör, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara 2000, s. 55-57.

⁵⁹ Öztekin, s. 977.

⁶⁰ Mahkemelerin kamu düzeni gerekçesiyle oluşturulmuş ve münhasır yetki alanlarına girmeyen alanlarda aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmeden bağımsız şekilde ayrıca yapılan veya asıl sözleşme içinde şart olarak yer alan tarafların aralarındaki doğmuş ya da doğması muhtemel uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi belirledikleri sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Sargın, F., *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara 1996, s. 48.

⁶¹ Güngör, s. 59.

Konvansiyon'un 17. maddesinin 4. fıkrasında, zayıf akidi korumak amacıyla genel bir kural getirilmiştir. Bu maddeye göre, eğer yetki sözleşmesi, taraflardan yalnızca birinin yararına yapılmışsa karşı taraf, Konvansiyon'da yer alan kurallara göre yetkili olan diğer mahkemelerde dava açabilir. Bu çerçevede, tüketicinin karşısında yer alan daha güçlü olan taraf, bu noktada kısıtlanmış olacaktır. Zira, bu tip akitlerde sınırsız yetki sözleşmesini kabul etmeme nedeni, daha güçlü olan tarafın düşünme zamanının fazla olması, tecrübe ve ekonomik gücün getirdiği imkanlarla sözleşme şartlarını belirleyebilme imkanına sahip olmasıdır.⁶²

I. Brüksel I. Tüzüğü'nde Milletlerarası Yetki Kuralları

A. Genel Olarak

Tüzük'te milletlerarası yetki kuralları, 1-31. maddeler arasında düzenlenmektedir. Milletlerarası genel yetki kuralları, 2-4. maddeler arasında düzenlenmiş olup, Avrupa Toplulukları'na üye devletlerde ikamet eden kişilerin, vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın o üye devletin vatandaşları gibi muamele görerek, ikamet ettikleri üye devlette, ilke olarak ikametgah esası dikkate alınarak, dava edilebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak, Tüzük'te, bir kişinin bir üye devlette ikametgahın hangi şartlarda varolup olmadığına belirlemesi yapılmamış, bu belirleme her bir üye devletin iç hukukuna bırakılmıştır.⁶³

Tüzüğün 5-7. maddeleri arasında özel yetki kuralları düzenlenmiş olup, bir hukuki ilişkide zayıf tarafı korumak amacıyla sigorta akitlerine (m. 8-14), tüketici akitlerine (m. 15-17) ve bireysel hizmet akitlerine (m. 18-21) özgü ayrı yetki kuralları getirilmiştir. Münhasır yetkiye ilişkin 22. maddede ise, gayri menkuller üzerindeki aynı haklara ve kullanım haklarına ilişkin davalarda gayri menkullerin bulunduğu yer mahkemesine yetki verilmiştir.

Tüzük'ün 3. maddesinin 2. fıkrası, üye devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan ve Tüzük'ün I no'lu ekinde⁶⁴ belirtilen aşırı yetki kurallarının⁶⁵ uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Bu düzenleme ile aşırı yetki kuralları bertaraf edilmiş ve dava ile yakın ve gerçek bağlantı kuran kıstaslara yer verilmiştir.

⁶² Öztekin, s. 978.

⁶³ Harris, *The Brussels Regulation*, s. 219.

⁶⁴ Brüksel I Tüzüğü'ne Eklil I No'lu Liste, OJ L 12-16.1.2001, s.18.

⁶⁵ Aşırı yetki kuralının tanımı için bkz. Dn. 47.

Tüzük'ün 23. maddesi, yetki anlaşmasını⁶⁶ düzenlemiştir. Anılan maddeye göre, taraflar, aralarındaki belirli hukuki ilişkiye ilişkin olarak doğmuş veya doğması muhtemel uyuşmazlıklar için yetkili mahkemeyi yapacakları bir anlaşma ile belirleyebilirler ve aksini kararlaştırmadıkları sürece seçilen mahkemenin yetkisi münhasırdır. Tüzük'ün 25. maddesine göre, diğer üye devlet mahkemelerinin münhasır yetkili oldukları alanlarda, davanın açıldığı mahkeme, resen (ex officio) yetkisizlik kararı verecektir. Tüzük 27-30. maddeleri arasında, üye devletlerin bağlantılı dava ve derdestlik itirazlarını da kabul etmiştir.

B. Özel Yetki Kuralları - Tüketici Akitlerine Özgü Yetki Kuralları

Tüzük'ün 5-7. maddeleri arasında düzenlenmiş olan özel yetki kuralları, belli ölçülerde Brüksel Konvansiyonu'nun getirmiş olduğu sistemi muhafaza ederek sürdürmektedir. Ancak, Tüzük, Konvansiyon'dan daha da ileri giderek, 5. maddesinin 1. fıkrasında "*edimin ifa yeri*" kavramını, bir kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilmesine gerek duyulmayacak şekilde, çeşitli akitlerde somut bir biçimde belirlemiştir.⁶⁷ Tüzük m. 5 (1)'e göre, bir üye devlette ikamet eden kişiye karşı, başka bir üye devlette şu mahkemelerde dava açılabilir:

a. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, sözleşmede söz konusu olan edimin ifa yeri mahkemesinde;

b. Bu hükmün amacı dahilinde olmak üzere ve aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmede söz konusu olan edimin ifa yeri.

i. Satım sözleşmelerinde, sözleşme konusu malın üye devlette teslim edildiği veya edilmesi gerektiği yer,

ii. Hizmet sağlanması öngörülen sözleşmelerde, sözleşmede öngörülen hizmetin üye devlette sağlandığı ya da sağlanması gerektiği yer,

a. (b) bendinin uygulanmadığı hallerde, (a) bendi uygulanır.

Görüldüğü üzere, Tüzük'ün 5/1. maddesi (a) bendinde Brüksel Konvansiyonu'nun öngördüğü çözümü getiren düzenleme muhafaza edilmekte, fakat, (b) bendi ile yeni bir düzenleme getirilmektedir. Tüzük'ün 5/1. maddesi (c) bendinde ise, yeni düzenlemenin uygulanmadığı hallerde, eski ve sürdürülmekte olan düzenlemenin uygulanabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple, eski düzenleme, "*genel*"; yeni düzenleme ise, "*özel*" bir kurala vücut vermektedir. Brüksel Konvansiyonu'nun öngördüğü

⁶⁶ Yetki anlaşmasının tanımı için bkz., dipnot 58.

⁶⁷ Forner, s. 3.

çözümün sürdürülmesi, ATAD'ın Brüksel Konvansiyonu ile ilgili ilk ön karar davasında⁶⁸ benimsediği çözüm tarzının sürdürüldüğüne delalet etmektedir. ATAD bu kararında, sözleşmenin taraflarının edimin ifa yeri konusunda sessiz kalmaları halinde, mahkemenin, sözleşmeye uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralına göre edimin ifa yerini ve dolayısıyla yetkili olup olmadığını karara bağlaması gerektiğini karara bağlamıştır.

Tüzük, "Tüketici Akitlerinde Yetki" başlıklı dördüncü bölümünde, 15-17. maddeleri arasında tüketici akitlerine ilişkin özel yetki kurallarını düzenlemiştir. Tüzük'ün 15. maddesi şu şekildedir:

1. Bir kişinin (tüketici) mesleki veya ticari faaliyetleri dışında kalan bir amaçla, aşağıda belirtilen konularda yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yetki, 4. madde ve 5. madde 5. bent hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu bölüm hükümleri uyarınca belirlenir:

a. Taksitle satış sözleşmeleri, veya

b. Bir malın satışının finansmanı için yapılan ve geri ödemesi taksitle ya da başka tip bir kredi ile yapılacak olan ödünç sözleşmeleri; veya

c. Tüketicinin ikametgahının bulunduğu ülkede mesleki veya ticari amaçlı faaliyette bulunan veya bu faaliyetlerini herhangi bir şekilde tüketicinin ikametgahının bulunduğu ülkeye veya bu ülkeyi de içeren birkaç ülkeye birden yönelten kişi ile yapılan sözleşmeler.

2. Sözleşmenin tüketici olmayan tarafı, üye devletlerde ikamet etmemekle birlikte, bir üye devlette şubesi, acentesi veya başka bir müessesesi varsa, işletmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda şube, acente veya müessesenin bulunduğu üye devlette ikamet ediyor kabul edilir.

3. Bu bölüm hükümleri, seyahat ve konaklama imkanlarını tek bir fiyatla bir arada sunan sözleşmeler (paket tur sözleşmeleri) hariç olmak üzere, taşıma akitlerine uygulanmaz.

Tüzük m. 15/1 (a) ve (b) hükümleri, Brüksel Konvansiyonu'ndan farklı bir düzenleme getirmemiş; ancak, m. 15/1 (c) bendi, elektronik ticaretle ilgili mülahazalar göz önüne alınarak getirilmiş olan ve en çok eleştiriye maruz kalan bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye eleştiri ile yaklaşan kesimlerce, elektronik ticaretten kaynaklanan sorunların, getirilen bu yeni düzenleme ile çözüme kavuşturulabileceğine şüphe ile yaklaşılmaktadır.⁶⁹ Özellikle, "faaliyetlerin bir ülkeye yöneltilmesi" ifadesindeki "yönelmek" ibaresi, tartışmalara neden olmaktadır. Sözgelimi, elektronik ortamda interaktif olarak

⁶⁸ C 12/76 Tessili v. Dunlop, 6.10.1976.

⁶⁹ Harris, s. 220.

faaliyette bulunan bir web siteye İngiltere’de bulunan bir tüketicinin girip, bir satın alma işleminde bulunması, bu web sitenin, faaliyetlerini İngiltere’ye yönelttiği anlamına gelmemesi gerekir. Aksi takdirde, işletmelerin faaliyetlerini her bir üye ülkeye yöneltmesi sonucu ortaya çıkar ki, bu sonuç da, tüketiciye ilişkin hükümlerin kapsamının muazzam ölçüde genişletilmesine yol açar. Ancak, Tüzük m. 15 (1) (c)’de yer alan “faaliyetlerini herhangi bir şekilde... yönelten...” ifadesindeki “herhangi bir şekilde” ibaresinden sadece web siteleri yoluyla faaliyetin yöneltmesinin, anlaşılabilmesi gerektiği iddia edilmiştir.⁷⁰ Yine bir başka örnek vermek gerekirse, Fransa’da gerçek anlamda çok az sayıda okur kitlesi bulunan İngiltere’nin ulusal bir gazetesine reklam veren bir işletme, faaliyetlerini Fransa’ya mı yöneltmiş olmaktadır? İşin olağan gidişatına göre düşünüldüğünde, reklamın İngiltere pazarı hedeflenerek verildiği ve bu nedenle bu soruya “hayır” cevabı verilecektir. Fakat, Tüzük açısından, faaliyetler birden fazla üye ülkeye yöneltildiği ve reklamın başka üye ülkelerde de görülmesi ve buna binaen, örneğin Fransa’dan da siparişler alınması öngörülebilir olduğu için, bu ölçüde tüketiciyi koruyucu hükümlerin getirdiği yükümlülüklerin de göze alınması gerektiği, öngörülmüş olabilir.⁷¹

Tüzük m. 15/1 (c) bendinin, Brüksel Konvansiyonu m. 13 (3) a ve b bentlerinin tüketici akitlerinin belirlenmesi amacıyla getirdiği ve tüketici akdinin her iki tarafının karşılıklı muvafakatini sağlayan adil bir dengeye dayanan ölçütleri esaslı surette değiştirerek, nihai seçim hakkını tüketiciye vermekle bu dengeyi bozduğu ileri sürülmektedir. Bu dengenin bozulmasının, aynı zamanda, elektronik ticaretin gelişimini de olumsuz yönde etkileyeceği ileri sürülmektedir. Zira, bu uygulamanın yapılmasıyla, birçok küçük ve orta ölçekli işletmenin (“SME’s’”), elektronik ticaret ortamına girmekten imtina edeceği ileri sürülmektedir.⁷² Aynı doğrultuda olan diğer bir görüşe göre, elektronik ticaret ortamında faaliyette bulunmayı amaçlayan ve çoğunluğu henüz başlangıç aşamasında olan küçük ve orta ölçekli işletmelerin, Tüzük’ün hükümlerinin uygulanmasıyla, 15 ayrı üye ülkenin tüketiciyi koruma mevzuatını öğrenme, takip etme ve uyma yükümlülüğü altına girmesinin, bu tür işletmeler açısından katlanılması son derece güç, büyük bir külfeti olacaktır.⁷³

⁷⁰ DTI’s consultation on its guidance on the Brussels Regulation: Summary of Responses, Does the guidance address the main questions? April 2002, s. 3, www.dti.gov.uk 18.11.2003.

⁷¹ Harris, s. 221.

⁷² Position paper on the Commission’s proposal for a Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, s. 3, www.eadp.be/main7/position/juriscomap.html 18.11.2003.

⁷³ Position paper on the proposal to adopt the amended Brussels Convention and the draft Rome II Convention as EU regulations pursuant to article 65 of the Amsterdam

Brüksel I. Tüzüğü m. 15 (1) (c), en çok eleştiriyi, Avrupa Birliği iç pazarında, Avrupa Birliği elektronik ticaret pazarı dışına ticaret yapan firmalar lehine, rekabeti bozduğu gerekçesiyle almıştır.⁷⁴ Nihayetinde, Tüzük'ün bu hükmü hakkında bir içtihat hukuku, ayrıntılı yasal düzenlemeler ya da yorumlamalar bulunmadığından, bu hükmün yorumu, örneğin hangi koşullarda işletmenin faaliyetinin bir ülkeye yöneltilmiş kabul edilebileceği, ATAD'a bırakılmak zorundadır. Zira, bu hükmü daha spesifik şekilde yorumlamak, istenmeyen ve yanlış anlaşılabilir yorumlara veya sonuçlara yol açabilir.⁷⁵

Brüksel I. Tüzüğü'nün hazırlık aşamalarında, Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun ilgili menfaat grupları olan Avrupa'nın çeşitli sanayi sektörlerinin temsilcilerinin görüşlerini almadan tüzük taslağı önerisinde bulunduğu ve bu durumun şeffaflık ihtiyacı yarattığı; Avrupa Toplulukları Parlamentosu'nun sadece istişare görüşünün alınmasının yeterli olmayıp, Avrupa vatandaşlarının temsilcilerine yasama aşamasına daha çok müdahale etme hak ve yetkisinin verilmesi gerektiği ve bunun demokrasi adına bir eksiklik olduğu; Avrupa'nın elektronik ticaret pazarının gelişmesinin engellendiği; OECD Ottawa Konferansı'nda hazırlanan "*Elektronik Ticarete Küresel Hareket Planı*" (Global Action Plan for Economic Commerce) ve Küresel İş Diyaloğu'nda üzerinde önemle durulan, uluslararası sözleşme hukukuna uygulanacak olan ve dünya genelinde elektronik işlemlerde güvenli, küresel bir yasal çerçeve sağlamak amaçlı "*Menşei Ülke İlkesi*" (country of origin principle) ile uyumlu davranılmadığı ileri sürülmüştür.⁷⁶

Tüzük, 16. maddesi, bir tüketicinin karşı akide karşı, kendi ikametgahının bulunduğu üye devlet mahkemesinde veya karşı akiden ikametgahının bulunduğu üye devlet mahkemesinde dava açabileceği; sözleşmenin karşı akidi tarafından tüketici aleyhine açılan davada ise, yalnızca tüketicinin ikametgahının bulunduğu üye devlet mahkemesinin yetkili olduğu; bu hükmün, bu bölüm hükümleri uyarınca yetkili kılınan mahkemede görülen davalara karşı aynı mahkemede dava açma hakkına hanel getirmeyeceğini hüküm altına almıştır. Tüzük'ün 16. maddesi, tüketiciye kendi ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi ve karşı akiden ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinden birini seçmesi suretiyle, birden fazla yetkili mahkeme seçeneği sunmakla birlikte, aynı hakkı sözleşmenin tüketici olmayan tarafına tanımamıştır. Bu düzenleme, Brüksel Konvansiyonu'nda öngörülen çözüm tarzı ile paralellik göstermektedir. Tüketici akitlerinden doğacak

Treaty, s. 1, www.adassoc.org.uk 18.11.2003.

⁷⁴ Position Paper, s. 4, www.eadp.be/position/juriscomap.html 18.11.2003.

⁷⁵ DTI's consultation, s. 3.

⁷⁶ Position paper, s. 2, www.eadp.be/main7/position/juriscomap.html 18.11.2003.

uyuşmazlıkta yetkili mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tayininde, Tüzük'ün temel yaklaşımında radikal bir değişiklik gözlemlenmemektedir.⁷⁷

Tüzük'ün 17. maddesinde ise, yetki sözleşmeleri ile mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tesisinin hangi hallerde mümkün olduğu düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, tüketici akitlerine ilişkin yetki kurallarının düzenlendiği bölüm hükümlerinden ayrılan bir yetki sözleşmesinin ancak şu hallerde geçerli olduğu kabul edilmiştir:

1. Yetki sözleşmesi, uyuşmazlığın doğumundan sonra yapılmışsa, veya

2. Yetki sözleşmesinin, tüketiciye, bu bölümde düzenlenenler dışındaki mahkemelere de başvurma yetkisini tanınması halinde; veya

3. Yetki sözleşmesi, tüketici ve diğer sözleşme tarafı arasında, sözleşmenin yapıldığı sırada ikamet ettikleri veya mutad olarak oturdukları aynı akid devletin mahkemelerini yetkili kılmak amacıyla yapılmışsa ve böyle bir yetki anlaşması bu akid devletin hukuku uyarınca geçerli ise;

Tüzük'ün yetki sözleşmelerini düzenleyen bu hükmü, yine Brüksel Konvansiyonu'nun düzenleme anlayışından uzaklaşmamıştır. Tüzük'ün 17. maddesinin asıl ve öncelikli amacı, tüketici akdinin taraflarının, tüketici akdinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın doğumundan önce bu bölüm hükümlerinden ayrılacak şekilde bir uzlaşmaya varmalarını önlemektir.⁷⁸

İKİNCİ BÖLÜM

BRÜKSEL I TÜZÜĞÜ'NDE TÜKETİCİ AKİTLERİNE ÖZGÜ MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI İLE TÜRK MAHKEMELERİ'NİN MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

I. Genel Yetki Kuralları İtibariyle Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetki Kurallarının Oluşturduğu Sistem Karşısında Brüksel I. Tüzüğü

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁷⁹ (MÖHUK) ile düzenlenmiştir. MÖHUK m. 27, milletlerarası yetki konusunda genel bir kural getirmiştir.

⁷⁷ Harris, The Brussels Regulation, s. 219.

⁷⁸ Department of Trade and Industry Consumer and Competition Policy Directorate, The Consumer Provisions of The Brussels Regulation on Jurisdiction: Consultation on Draft Guidance Note, Consultation No: CA 008/01, s. 4, www.dti.gov.uk 18.11.2003.

⁷⁹ 2675 sayılı ve 20.5.1982 tarihli K., RG. 22.5.1982-17701.

Bu kural, milletlerarası yetkiyi iç hukuk ile uyum içinde olan, uygulaması kolay, ihtilafların niteliğine uygun olan bir esasa bağlamaktadır. Bu esas, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına bağlanmasıdır.⁸⁰ MÖHUK m. 27 ile iç hukuktaki yetki kurallarının uluslararası alana yayılması prensibi benimsenmiştir.⁸¹ Bu genel prensibin yanında işin niteliği göz önünde tutularak, belirli konular için ayrıca milletlerarası yetki kuralları da getirilmiştir. Bunlar; MÖHUK m. 28'de Türklerin kişi hallerine ilişkin davalardaki milletlerarası yetki kuralı, m. 29'da yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda milletlerarası yetki kuralı ve m. 30'da yabancı unsur taşıyan miras davalarındaki milletlerarası yetki kuralıdır.

Türk Mahkemeleri'nin milletlerarası yetki kurallarının tespiti, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının bilinmesine bağlı bulunmaktadır. Yer itibariyle yetki kurallarının ana kaynağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'dur (HUMK).⁸² Yetki denilince ilk akla gelen kanun HUMK olmakla birlikte, diğer kanunlarda da yetkiye ilişkin kurallar bulunmaktadır.⁸³ Ayrıca, milletlerarası sözleşmeler yoluyla belirli konulara münhasır olmak üzere milletlerarası anlamda yetki kurallarının tespit edilmesi mümkündür. Anayasa'nın 90. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde kabul edildiklerinden, MÖHUK m. 27'nin yapmış olduğu gönderme, bunları da kapsamaktadır.

MÖHUK m. 27 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına yapılan gönderme, yer itibariyle yetki kurallarının milletlerarası yetkinin doğum sebebi olması sonucunu doğurmaktadır. Buna göre, herhangi bir davada, Türk hukukunda yetkili bir mahkeme mevcut değilse, Türk mahkemelerinin o dava için milletlerarası yetkisi de yoktur⁸⁴. MÖHUK, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki sistemini, Brüksel Konvansiyonu gibi ayrıntılı hükümlerle düzenlemek yerine, iç hukukun yetki sistemine gönderme yaparak düzenlemiştir.⁸⁵

Türk hukukunda, genel yetki kuralı olan HUMK m. 9/I, 1'e göre, her dava, davalının ikametgahı mahkemesinde açılır. Bu kural uyarınca hukuki ve ticari bütün konularda ilke olarak davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi (actor sequitur forum rei) milletlerarası yetkiye sahiptir.

⁸⁰ Çelikel, s. 322; Ekşi, s. 11.

⁸¹ Ekşi, s. 45.

⁸² 1086 sayılı ve 18.6.1927 tarihli K. - RG 2,3,4 Temmuz 1927-622, 623, 624.

⁸³ Örneğin; MK m. 31, 136, 299 - 300; Karayolları Trafik Kanunu m. 110; İş Mahkemeleri Kanunu m. 5; İcra ve İflas Kanunu m. 154; Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanununun Muvakkat m. 10.

⁸⁴ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 356-357.

⁸⁵ Erdem, s. 200.

Yine, HUMK'un 9. maddesi, yer itibariyle yetki kurallarında kullanılan "ikametgah" kavramının Türk Medeni Kanunu'na göre yorumlanıp tespit edileceğini belirtmiştir.

Brüksel Konvansiyonu da, 2. maddesinde, genel yetki kuralı olarak, davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesini esas almış; "ikametgahın" tanımını yapmamış ancak, nasıl tespit edileceğini 52. maddesi ile düzenlemiştir. Konvansiyon'un 52. maddesi, "ikametgahın" hangi hukuka göre tayin edileceğine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, ilgilinin davaya bakan mahkemenin bulunduğu yerde ikametgah sahibi olup olmadığını belirlemek için mahkeme kendi hukukunu uygular. Eğer ilgilinin davaya bakan mahkemenin bulunduğu üye devlette ikamet etmediği tespit edilirse, diğer bir üye devlette ikametgah sahibi olup olmadığını mahkemede diğer üye devletin hukukunu uygulayarak tespit edecektir. Bir kişinin ikametgahının diğer bir kişiye veya yetkili makama göre tayin edildiği durumlarda, ikametgah bu kişinin milli hukukuna göre belirlenir.

Brüksel I. Tüzüğü'nün 2. maddesinde ise, genel yetki kuralı olarak, yine, davalının ikametgahının bulunduğu üye devlet mahkemesi esas alınmıştır. Brüksel Konvansiyonu'nda yer almış olan düzenlemeden farklı bir düzenleme yoluna gidilmeyerek, Tüzük'te de, "ikametgahın" tanımı yapılmayarak, 59. maddesinde, uyuşmazlığın bir tarafının üye devlette ikametgahının olup olmadığını hangi üye ülkenin hukukuna göre tespit edileceği düzenleme altına alınmıştır. Tüzük'ün 59. maddesine göre, bir tarafın davaya bakan mahkemenin bulunduğu üye devlette ikametgah sahibi olup olmadığını belirlemek için, mahkeme kendi iç hukukunu uygular. Eğer ilgili, davaya bakan mahkemenin bulunduğu üye devlette ikamet etmiyorsa, diğer bir üye devlette ikametgah sahibi olup olmadığını mahkeme diğer üye devletin hukukunu uygulayarak tespit edecektir.

II. Özel Yetki Kuralları İtibariyle Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları'nın Oluşturduğu Sistem Karşısında Brüksel I. Tüzüğü

Türk hukukunda, sözleşmelerden doğan davalarda yetki, HUMK m. 10'da düzenleme altına alınmıştır. Bu maddeye göre, davacı davasını sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde (forum solutionis) veya, davalı veya vekili dava zamanında orada bulunmak şartıyla sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde açabilir. Bu iki yetki esasında biri, bir Türk mahkemesini yetkili kılıyorsa, davalının ikametgahının Türkiye'de veya yabancı ülkede olup olmamasına bakılmaksızın Türk mahkemeleri milletlerarası yetki

kazanacağı kabul edilmektedir.⁸⁶ HUMK m. 10'un kapsamına ne tür sözleşmelerin girdiğine ve sözleşmelerden doğan davaların kapsamına hangi uyuşmazlıkların dahil olduğuna mahkeme, *lex fori*'yi yani Türk hukukunu uygulayarak karar verecektir.

Brüksel Konvansiyonu, 5/I - 1. maddesinde, sözleşmelerden doğan davalarda, söz konusu borcun ifa edileceği yer mahkemesinin yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Konvansiyon'un bu hükmünün, HUMK'un 10. maddesine nazaran daha açık bir ifade içerdiği kabul edilmektedir.⁸⁷ Fakat, madde metninde "*söz konusu borcun ifa yeri*"nden söz edilmiş olması hangi borcun ifa yerinin, mahkemenin milletlerarası yetkisini tespitinde esas alınacağına ilişkin sorunları çözememiştir. Bu nedenle Topluluk üyesi üye ülkelerin mahkemeleri, 5/I - 1. madde yer alan "*söz konusu borç*" kavramının anlamı konusunda ortaya çıkan ihtilafları gidermek için ATAD'dan görüş istemişlerdir. ATAD, Konvansiyon'un 5/I - 1. maddesinin yoruma ilişkin kararları arasındaki farklılıkları geniş ölçüde gideren bir kararında,⁸⁸ taraflar arasındaki sözleşmeden doğan herhangi bir edimin ifa edileceği yerde dava açılmayacağını; davanın mutlaka davacının iddiasının esasını teşkil eden edimini ifa edileceği yerde açılması gerektiğine karar vermiştir.

Brüksel I. Tüzüğü ise, sözleşmelerden doğan davalarda özel yetki kuralı görevi gören 5. maddesinin 1. fıkrasında, "*edimin ifa yeri*" kavramını, bir kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilmesine gerek duyulmayacak şekilde, çeşitli aktillerde somut bir biçimde belirlemiştir.

Sözleşmelerden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen tek hüküm HUMK m. 10 değildir. Diğer bazı kanunlarda, belirli sözleşme türleri açısından yetki kuralları düzenlenmiştir. Bu kanunlarda yer alan yetki esasları, aynı zamanda, MÖHUK m. 27 uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de tesis etmektedir. HUMK m. 19, sigorta sözleşmeleri; İş Mahkemeleri Kanunu m. 5 hizmet sözleşmeleri Karayolları Trafik Kanunu m. 110, motorlu araç kazalarından doğan hukuki sorumluluğa ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi gösteren kurallardır. MÖHUK'ta, Türk Mahkemeleri'nin yabancı unsurlu tüketici aktilerine ilişkin olarak açılacak davalarda milletlerarası yetkisine ilişkin özel hüküm bulunmamaktadır.⁸⁹ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da⁹⁰ da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁹¹ yürürlüğe girene dek, TKHK'nun uygulanmasıyla ilgili olarak

⁸⁶ Ekşi, s. 116.

⁸⁷ Ekşi, s. 118.

⁸⁸ Shenavai v. Kreischer, (1987) 3 CMLR, s. 782.

⁸⁹ Güngör, s. 137.

⁹⁰ 4077 sayılı ve 23.2.1995 tarihli K., RG, 8.3.1995-22221.

⁹¹ 4822 sayılı ve 6.3.2003 tarihli K., RG, 14.03.2003-25048.

çıkacak hukuki uyuşmazlılar bakımından yer itibariyle yetki kuralları öngörülmemiş idi, bu hukuki uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görüleceğinin düzenlenmesi ile yetinilmiş idi (eski TKHK m. 23/1). 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesi, eski TKHK'nın 23. maddesine şu hükmü eklemiştir: "*Tüketici davaları tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir.*" Söz konusu hüküm, emredici nitelikte bir yetki kuralı değil; aksine ihtiyari bir yetki kuralıdır.⁹² Yeni TKHK'nın 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu hüküm, bir yetki kuralı içermektedir. Ancak, anılan hüküm, maddi hukuka ilişkin bir konu olan "*tüketicinin korunması*" konusunu düzenleyen bir kanunda yer almaktadır. TKHK, usulü nitelik taşımadığından içerdiği söz konusu yetki kuralının emredicilik vasfının nasıl belirleneceği konusu ile ilgilenmemiştir. Dolayısıyla, TKHK m. 23/3'ün ifade tarzı, konuluş amacı ve konusunu oluşturan hukuki ihtilaf dikkate alınarak, niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.⁹³ Her ne kadar, TKHK'nın düzenlediği konu, sosyo-ekonomik mülhazalarla korunmaya çalışılan "*tüketici*" ve meydana getirdiği tüketici akitleri olsa da, TKHK m. 23/3'ün ifade tarzı, hükmün ihtiyari nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu hükme göre, genel yetki kurallarının öngördüğü yer mahkemesinde dava açılabilirliği gibi tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de dava açılabilir.

Brüksel I. Tüzüğü'nde ise, tüketici akitlerine ilişkin yetki kuralında, tüketici lehine gayet net bir düzenleme yapılmıştır. Tüzük m. 16/1'e göre, tüketici, tüketici akdinden doğan uyuşmazlıkta karşı akid aleyhine davayı, kendi ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinde açabileceği gibi, karşı akidin ikametgahının bulunduğu üye devlet mahkemesinde de açabilir. Ancak, m. 16/2'ye göre, tüketiciye karşı, yalnızca tüketicinin ikametgahının bulunduğu üye devletin mahkemesinde dava açılabilmesi mümkündür.

Türk milletlerarası usul hukukunda, MÖHUK m. 31 ile, borç ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde yabancı mahkemelerin yetkili kılınabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, MÖHUK m. 27'nin, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları ile tespit edileceğini öngörmesi sebebiyle, HUMK m. 22 uyarınca tarafların yabancı unsurlu borç ilişkilerinden doğacak hukuki uyuşmazlıklarının halli için yer

⁹² HUMK'da hangi yetki kuralının emredici nitelik taşıdığı meselesi açıkça düzenlenmemiştir. Doktrin ve mahkeme kararlarına göre, yetki kuralının ifade tarzı, konuluş amacı ve maddi hukuktaki düzenlenme şekli emredicilik vasfını belirler (Ekşi, s. 174).

⁹³ Ayrıca, bu tür yetki kurallarının emredicilik vasfı, ilişkin oldukları ihtilafın maddi hukukta tarafların iradesini bertaraf edecek şekilde düzenlenmiş olup olmamasına göre belirlenmelidir (Ekşi, s. 171).

itibariyle yetkisi bulunmayan bir Türk mahkemesini yetkili kılmaları da mümkündür.⁹⁴ Bu bakımdan, yabancı unsurlu tüketici akitlerinden doğacak hukuki uyuşmazlıkların halli için de Türk Hukuku'nda genel olarak, yabancı mahkemeleri veya Türk mahkemelerini yetkili kılan yetki anlaşması yapma imkanının bulunduğu kabul edilmektedir.⁹⁵ Tüketici akitlerinden doğan hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olarak akdedilen yetki sözleşmelerinin hangi hallerde geçerli kabul edildiği sorusuna ise, tüketicinin iradesinin yönelmediği yetki sözleşmesinin, tüketici akdi (genel üstlenme/yüklenme sözleşmesi) bulursa dahi, Borçlar Kanunu'nun m. 1/1 uyarınca kurulmadığı, yok hükmünde olduğu cevabı verilmektedir.⁹⁶ Buna paralel olarak da, HUMK m. 22 uyarınca Türk mahkemelerini yetkili kılan sözleşmelerin Türkiye ile ilgi bağı araştırılarak, objektif iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı yetki sözleşmelerinin bertaraf edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁹⁷ Yabancı unsurlu tüketici akitlerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların halli için akdedilen ve yabancı mahkemeleri yetkili kılan sözleşmelerin irade fesadıyla sakatlandığı ve fakat yetkili hukukun yetki sözleşmesini geçerli kabul ettiği hallerde, MK m. 2 uyarınca objektif iyi niyet ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil eden bir yetki sözleşmesinin Türkiye'de geçersiz kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁹⁸

Brüksel Konvansiyonu ve Brüksel I. Tüzüğü'nün tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin yetki sözleşmelerini düzenleyen hükümlerine çalışmamızın birinci bölümünde değinmiş bulunmaktayız. Bu nedenle, burada sadece, Brüksel Konvansiyonu ve Brüksel I. Tüzüğü'nün Türk milletlerarası usül hukukunun aksine, tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin yetki sözleşmelerini bu konuya özgü, açık ve anlaşılır bir hükümle düzenlemesinin dikkat çektiğini belirtmekte yarar görmekteyiz.

SONUÇ

Avrupa toplulukları hukukunda üye devlet hukukları arasında değişik alanlarda uyumlaştırma çalışmaları yapılmıştır. Milletlerarası usül hukuku alanında yapılan ilk çalışma ise 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu olmuştur.

⁹⁴ Ekşi, s. 129; Sargın, s. 211.

⁹⁵ Güngör, s. 149.

⁹⁶ Güngör, s. 152; Nitekim, tüketicinin akdin kurulması yolundaki irade beyanının ayrı bir akit olan yetki sözleşmesini de kapsadığı iddia edilememelidir. Güngör, s. 163; Aynı konuda İsviçre Devletler Özel Hukuk Kanunu'nda öngörülen aynı sonuç için bkz. Ekşi, s. 132.

⁹⁷ Güngör, s. 156.

⁹⁸ Güngör, s.164.

Avrupa Topluluğu'nun kurucu antlaşması olan Roma Antlaşması'nun 220. maddesinin devletler özel hukuku alanında yapılacak düzenlemelerin kapsamında önemli sınırlandırmalar getirmesi, konvansiyonların imza ve onay sürecinin zaman alması, üye devletlerin zaman zaman konvansiyonları imzalamaktan kaçınması, yeni bir üyenin Topluluğa katılması sonucunda konvansiyonlara taraf olmasının külfet oluşturması nedenleriyle "Konvansiyon" yerine, "Tüzük" aracılığıyla yasama işlemi şeklinde düzenlemeler yapılması uygun görülmüştür. Bu tercih, üye devlet mahkemelerinin konuyla ilgili ortak yorum ve uygulama yapmaları açısından isabetli kabul edilmektedir. Brüksel Konvansiyonu'nun Brüksel I. Tüzüğü'ne dönüştürülmesiyle, üye devlet mahkemelerinin tek bir metni esas alması sonucu ortaya çıkmıştır.

Brüksel I. Tüzüğü, genel anlamda sahip olduğu düzenleme anlayışı açısından Brüksel Konvansiyonu'ndan ayrılmamakla birlikte, tüketici akitlerinden doğan hukuki uyumsuzlukların halli için mahkemelerin yetkisini tesis eden milletlerarası yetki kurallarını düzenleme anlayışında Konvansiyon'a göre bariz farklılıklar taşımaktadır. Özellikle, bilişim teknolojisindeki gelişmeler sonucu ortaya çıkan "elektronik ticaret", dünya ticaret pazarında olduğu gibi Avrupa Birliği ticaret pazarında da payını giderek önemli ölçüde arttırmıştır. Bu gelişme göz ardı edilmeksizin Avrupa Toplulukları Hukuku'nda, elektronik ticaret ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Brüksel I. Tüzüğü'nde de, özellikle tüketicilerin milletlerarası özel hukukta korunması amacına uygun olarak, tüketiciler elektronik ticaret sahasında giriştikleri tüketici akitleri açısından koruma altına alınmıştır. Brüksel I. Tüzüğü'nde yer alan "Tüketici Akitlerinde Yetki" başlıklı bölüm, belirttiğimiz tüketiciyi koruma mülahasasından hareketle oluşturulmuş milletlerarası yetki kurallarını içermektedir. Ancak, bu yetki kuralları, elektronik ticaret pazarına yeni girmekte olan Avrupa Birliği üye ülkelerinde bulunan küçük ve orta ölçekli işletmeler tarafından kendi aleyhlerine oransız bir hukuki külfet getirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden, Avrupa Birliği'nin, kuruluşundan bu yana, ilk ve esaslı amacını teşkil eden ekonomik entegrasyonunun (kişilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımını) olumsuz yönde etkilediği ve dünya elektronik ticaret pazarında da Avrupa Birliği girişimcileri aleyhine ve fakat üçüncü ülke girişimcilerine lehine elektronik pazarda rekabetin bozulduğu sonucuna varılmaktadır. Bütün bu bahsettiğimiz olumsuz sonuçların ortaya çıkmasının önlenmesi için, ATAD'a Brüksel I. Tüzüğü'nün özellikle 15. maddesinin yorumlanması konusunda son derece önemli bir görev ve sorumluluğun düştüğünü belirtmekte sakınca görmemekteyiz.

KAYNAKÇA

- Çelikel, A., *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2001.
- Department of Trade and Industry (DTI) Consumer and Competition Policy Directorate, *The Consumer Provisions of the Brussels Regulation on Jurisdiction*, Consultation on Draft Guidance Note, Consultation No. AC 008/01, www.dti.gov.uk 18.11.2003
- Department of Trade and Industry (DTI) Consumer and Competition Policy Directorate, *DTI's Consultation on its Guidance on the Brussels Regulation, Summary of Responses*, www.dti.gov.uk, 18.11.2003
- Ekşi, N., *Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul, 2000.
- Ekşi, N., *Devletler Özel Hukuku'nda Aşırı Yetki Kuralları*, Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999.
- Erdem, B. B., *"Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşması'nın Hükümlerinin Türk Mahkemeleri'nin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması"*, MHB 1997-1998, s. 17-18.
- Fornier, J. J., *Special Jurisdiction in Commercial Contracts: From the 1968 Brussels Convention to "Brussels One Regulation"*, *International Company and Law Review*, 2002.
- Güngör, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara, 2000.
- Harris, J., *The Brussels Regulation, Civil Justice Quarterly*, Vol.20, July, 2001.
- Karluk, R., *Avrupa Birliği ve Türkiye*, İstanbul, 2000.
- Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, İstanbul, 1990.
- Nomer, E., *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 2002.
- Nomer, E., *"Devletler Hususi Hukuku'nda Milletlerarası Yetki Meflumu"*, İHFM 1974, C. XL, s. 1-4.
- Oder, B. - Sağbılı, M., *"Medeni ve Ticari Hukuk Davaları'nda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma"*, MHB, 1990, s. 1-4.
- Öztekin, G., *Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflarda Brüksel Konvansiyonu'nun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararı Örneği*, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. yaş günü Armağanı, İstanbul. 1999, s. 969-987.

- Sakmar, A. - Ekşi, N., *“Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü, Ergin Nomer’e Armağan”*, MHB, Yıl: 22, 2002.
- Sakmar, A., *“Avrupa Ekonomik Topluluğu’na Üye Devletlerden Birinden Verilen Mahkeme Kararlarının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi,” Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1979.*
- Sargın, F., *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara, 1996.
- Tekinalp, Ü. - Tekinalp, G., *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 2000.
- Tekinalp, G., *“Avrupa Milletlerarası Medeni Usul Hukuku ve Heidelberg Sempozyumu”*, MHB, 1990, s. 1-2.
- Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku (Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim)*, İstanbul, 1997.
- Position Paper on the Commission’s Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, www.eadp.be/main7/posotion/juriscomad.html 18.11.2003.
- Position Paper on the Proposal to Adopt the Amended Brussels Convention and the Draft Rome II Convention as EU Regulations Pursuant to Article 65 of the Amsterdam Treaty, www.adassoc.org.uk 18.11.2003.

BİR SİVİL TOPLUM KURULUŞU OLARAK TÜKETİCİ ÖRGÜTLERİ

Av. Şerafettin GÖKALP *

Toplumunu oluşturan bireyler, doğal hayatın gereği olarak tüketicidirler. Üretici olarak bilinen köylü, esnaf, zanaatkar da bir başka açıdan bakıldığında tüketicidir. Toplum hayatının gelişmesinde önceleri üretici durumunda olanların haklarının korunması gündeme gelmiştir. İşçinin korunması, esnafın korunması, çeşitli meslek dallarında faaliyet gösteren kimselerin korunması söz konusu olduğunda, çeşitli meslek kuruluşları, odalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler oluşturularak bu kişilerin hak ve menfaatlerinin sağlanması, sorunlarına çare bulunması için çalışmalar yapılmıştır.

Ancak son elli yılda, asıl korunması gerekenlerin tüketiciler olduğu, çünkü herkesin her zaman "tüketici" konumunda olduğu fark edilmiştir. Bu anlayışın giderek taraflar bulması üzerine; Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu gibi çeşitli kanunlarda dağınık olarak yer alan korumacı hükümlerin bir araya getirilerek, tüketici hukukunun oluşturulması çalışması hız kazanmıştır.

TÜKETİCİ KANUNU

Gelişmiş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de bir Tüketici Kanunu'nun varlığına ihtiyaç olduğunun anlaşılması üzerine çalışmalara başlanmış, sonuçta 1995 yılında 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" çıkarılmıştır. Yayımlandıktan altı ay sonra yürürlüğe giren bu Yasa'da çeşitli zamanlarda değişiklikler yapılmış, en son 2003 yılında çıkarılan 4822 sayılı Yasa ile yapılan köklü değişikliklerle bugünkü yapısına kavuşmuştur.

Kanun koyucu beş kısımdan ve 34 maddeden oluşan Yasa'yı, genel düzenleme biçiminde değerlendirilmiş, ayrıntıların yönetmeliklerle düzenlenmesi yolunu tercih etmiştir.

* Bursa Barosu ve TBB Denetleme Kurulu üyesi.

Yasa'nın "tanımlar" başlıklı 3. maddesinde (p) bendinde tüketici örgütleri şöyle tanımlanmaktadır:

"p) Tüketici Örgütleri: Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşları."

Tanımlama bu şekilde yapılmakla birlikte, bu kuruluşların ne şekilde örgütleneceği, gelir kaynaklarının neler olacağı, devletin bu kuruluşlara desteğinin ne olabileceği, bu kuruluşların çalışma konuları kapsamında laboratuvar açma, denetleme... gibi işlevlerin olup olmayacağı... vb. hususlarına yer verilmemiş, boşluk bırakılmıştır.

Örgüt olarak, sadece Yasa'nın 21. maddesinde "Tüketici Konseyi"nden, 22. maddesinde ise "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti"nden bahsedilmektedir.

Ne yazık ki, sivil toplum kuruluşlarından olan tüketici derneklerine bu yasa da madde ayrılmamıştır. Ticaret ve Sanayi Bakanlığı'nın eşgüdümündeki "Tüketici Konseyi"ne Yasa'da yer verilmiştir.

01.08.2003 tarihli *Resmi Gazete'* de yayımlanan "Tüketici Konseyi Yönetmeliği"ne göre, doksan dört kişiden oluşan konseyde, tüketici derneklerinden yirmi temsilci, tüketici vakıflarından üç temsilci, tüketici dernekleri üst kuruluşlarından üç temsilci yer almaktadır. Konsey, yılda bir kez Ankara'da toplanarak, tüketici sorunlarının çözümü için alınacak önlem ve önerileri görüşmektedir.

TÜKETİCİ ÖRGÜTLERİ

Tüketici örgütleri Tüketici Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1995 yılından önce kurulmuş ve faaliyetlerine başlamıştır.

Tüketici derneklerinin özellikleri şunlardır:

* Sivil toplum kuruluşudur, devletle organik bağı yoktur, bağımsız ve serbesttir.

* Öteki derneklerde olduğu gibi, sadece üye haklarını korumakla yetinmez, halkın (tüketicinin) hak ve menfaatlerini koruyucu görüş, hizmet, öneri ve önlemleri sunar.

* Bağımsızlığının gereği olarak hiçbir üretici kuruluştan yardım alamaz; kendi üyelerinin bağış ve aidat desteği ile etkinliğini sürdürür. Ülkemizde yüze yakın tüketici dernekleri vardır. Bunlardan tespit edebildiklerimiz şunlardır:

1. Tüketiciyi Koruma Derneği (Kısa Adı: TÜKODER): 1990 yılında İstanbul'da kurulmuştur. On dokuz bin üyesi ve ülke çapında 41 şubesi

vardır. Adresi: Yoğurtçu Şükrü Sokak No: 53/2 Kadıköy/İSTANBUL Telefonu: 0.216 349 85 10, web: www.tukoder.org.tr

2. Tüketici Hakları Derneği (Kısa Adı: THD): 1991 yılında Ankara'da kurulmuştur. On iki bin üyesi vardır. Ankara'da Çankaya, Mamak, Yenimahalle olmak üzere ülke çapında 36 şubesi vardır. Adresi: Atatürk Bulvarı Emek İşhanı Gökdelen Kat: 8 Büro: 804 Kızılay/Ankara Telefonu: 0.312 417 93 34, web: www.tuketicihaklari.org.tr

3. Tüketicileri Koruma Derneği (Kısa Adı: TÜKDER): 1992 yılında Bursa'da kurulmuştur. Bin yedi yüz üyesi vardır. Bursa ili çapında etkinlik göstermektedir. Mustafa Kemal Paşa, Karacabey, Yenişehir ilçelerinde şubesi vardır. Adresi: Alacamescit Mah. Tek Sok. No: 11 Borsa Apt. Kat: 3 Daire: 6 Osmangazi/BURSA'dır. Telefonu: 0 .224 224 74 13.

4. Eskişehir Tüketiciler Derneği (Kısa Adı: ESTÜKDER): 1700 üyesi vardır. Şubesi yoktur. Adresi: İstiklal Mah. Özmen Sok. No: 9 ESKİŞEHİR'dir. Telefonu: 0.222 220 71 10.

5. Adana Tüketici Derneği: Altı yüz elli üyesi vardır. Şubesi yoktur.

(NOT: Son iki dernek hakkında bilgi Tüketicileri Koruma Derneği, Kocaeli Tüketicileri Koruma Derneği, elde etmek mümkün olmamıştır.)

Bu beş tüketici derneğinin dışında, Tüm Tüketiciler Derneği (Bakırköy), Tüm Tüketicileri Koruma Derneği (İstanbul), Tüketici Bilincini Geliştirme Derneği (Kadıköy), Tüketici Hakları Derneği (Ankara), Kayseri Tüketiciler Derneği, Tüketiciyi Koruma ve Dayanışma Birliği (İstanbul), Uludağ Tüketicileri Koruma Derneği (Bursa),... gibi derneklerin mevcut olduğu bilinmektedir.

İstanbul ve Ankara'da kurulu bulunan (1 ve 2 nolu) dernekler, aynı zamanda Bakanlar Kurulu'nun kararıyla kamuya yararlı dernek statüsünü kazanmışlardır.

Ayrıca tüketiciyi koruma amaçlı vakıflar da vardır. Faal olarak Ankara'da (Şehit Adem Yavuz Sokak No: 4/28 Kızılay/ANKARA) adresinde etkinlik gösteren "*Türkiye Tüketicileri Koruma ve Eğitim Vakfı*" bulunmaktadır. 1991 tarihinde kurulan vakfın başkanı Bayram Kısıklı'dır. Telefonu: 0312 425 30 73. Daha ziyade tüketicinin eğitilmesi ağırlıklı çalışmalar yapmaktadır.

Bunun dışında Tüketiciyi Koruma Birliği Vakfı, Tüketiciyi Koruma Vakfı (Ankara) adlarında vakıfların olduğu hususunda bazı kayıtlara rastlanmış ise de faaliyetlerini ve adreslerini tespit etmek mümkün olmamıştır.

TÜKETİCİ DERNEKLERİ FEDERASYONU (TÜDEF)

Yukarıda isimleri yazılı beş dernek bir araya gelerek 25.09.2003 tarihinde merkezi Ankara'da Tüketici Dernekleri Federasyonu'nu (kısa adı TÜDEF) kurmuşlardır. Kurucu derneklerin 100'e yakın şubesi ve yaklaşık kırk bin üyesi bulunmaktadır.

10.10.2003 tarihinde İstanbul Dedeman Oteli salonunda, TÜDEF'in kuruluşu ve tanıtımı ile ilgili basın toplantısı yapılmıştır.

Federasyonun adresi şöyledir: Emek İşhanı, Gökdelen Kat: 8 Daire: 804 Kızılay/ANKARA Telefonu: 0.312 425 15 29

27.06.2004 tarihinde Ankara'da federasyonun 1. Olağan Genel Kurul Toplantısı yapılmıştır. Toplantı sonucunda TÜDEF yönetim kuruluna seçilen on bir kişinin isimleri ve unvanları şöyledir: Federasyon Genel Başkanı: Turhan Çakar. Genel Başkan Yardımcıları: Cahit Mete, Sıtkı Yılmaz, Rıdvan Atan, Ramazan Açar. Genel Sekreter: Ali Çetin. Genel Sayman: Hamdullah Yıldız. Yönetim Kurulu Üyeleri: Onursal Ünler, Necati Yentürk, N.Davut Köroğlu, Hakan Topaloğlu.

SONUÇ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, "tüketici örgütlerini" tanım olarak vermiş, ancak bu örgütlerin kuruluş biçimi, görev ve işlevleri, yetki ve sorumlulukları hakkında düzenleme yapmamıştır.

Tüketici dernekleri birer "sivil toplum örgütleri" dir. Bu haliyle bilinçli tüketiciler tarafından ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu'na göre kurulması ve çalışması söz konusudur.

Bu tür kuruluşların başta gelen görevi, halkta tüketici olarak bir takım haklarının olduğu ve bu hakkını aramanın bilincini yaratmak, güçlü olmak için örgütlenmenin gereğini anlatmak, birer baskı grubu olduklarını kamuya hissettirmek olmalıdır. Devletin buradaki görevi ise, bu kuruluşları desteklemek, bu yoldaki çalışmalarında bu örgütlerle işbirliği yapmak ve mali kaynaklar sağlamak olmalıdır. Tüketici örgütleri, laboratuvar yatırımları ve gümrük muafiyeti ve benzeri teşviklerden yararlandırılmalıdır.

Ülkemizde kurulmuş ve kurulmakta olan tüketici derneklerinin mali yapıları oldukça zayıftır. Bu nedenle yeteri kadar etkili olamamaktadırlar. Federasyon şeklinde örgütlenmenin gerçekleşmesi ise hem mali yönden hem de ses getirebilecek güç yönünden umut verici bir gelişmedir.

DEVRELİ TATİL SİSTEMLERİ VE TÜKETİCİ HUKUKU

Av. Uğur YETİMOĞLU*

Dünya turizm sektöründe “*Timeshare*” olarak adlandırılan ve son yıllarda önemli bir yükseliş göstererek turizm sektörünün yeni ve dinamik bir alanını oluşturan “*devreli tatil sistemleri*”, Türk turizm sektöründe de yaygın bir şekilde uygulanmaktadır.

Çeşitli ülkelerdeki farklı turistik tesislerde devre-sahipliği, tatil-sahipliği, tesis-paylaşımı, devre-paylaşımı ve benzeri isimler ile değişik uygulamalarına rastladığımız (Timeshare) devreli tatil sistemi, ülkemizde daha çok devre mülk ve devre tatil şeklinde uygulanmaktadır.

Türk hukukunda devre mülk sistemi, 10.06.1985 tarih ve 3227 sayılı “*Kat Mülkiyeti Kanunu’na Devre Mülk Hakkı İle İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun*” ile düzenlenmiş olduğu halde, devre tatil sözleşmeleri ilgili yasal boşluk, 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da değişiklik yapan 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun’un 6/b maddesi ile tamamlanabilmiştir.

Uygulamada, çoğu zaman birbirinin aynısı zannedilen, bazı mahkeme kararlarında bile biri diğerinin yerine kullanılan, aslında birbirlerinden tamamen farklı olan devre mülk ve devre tatil sistemleri ve diğer benzer sistemlerin “*devreli tatil sistemleri*” olarak adlandırılmasını öneren isim babası sayın Prof. Dr. Ergun Özsunay’ın bizce de uygun olan önerisi doğrultusunda “*Devreli Tatil Sistemleri*” başlığı kullanılmıştır.

Devreli Tatil Sistemleri ve Tüketici Hukuku başlığı altında, genel olarak devreli tatil sistemleri ve sistemin hukuki niteliği ile birlikte, özellikle devre mülk ve devre tatil sistemlerini 4822 sayılı Yasa ile getirilen yeni düzenlemenin ışığında, tüketicinin korunması hukuku bakımından incelemeye çalışacağız.

* İstanbul Barosu üyesi.

TİME SHARE-DEVRE TATİL UYGULAMASI

"Time Sharing" zaman içinde kullanımın paylaşılması şeklindeki genel kavram ve uygulamayı ifade etmektedir. Türkçe'de tam karşılığı "zaman paylaşımı" olan "time sharing" sözcüğü aslen geldiği bilgisayar endüstrisinde bir ürün ya da hizmeti sadece gerekli olduğu zamanda kullanmak anlamını içermekti idi. Bugün turizm sektöründe kullanılışı da aynı kavramı yansıtmakta olup temelde, bir ailenin ebediyen veya belirlenen yıllar boyunca, tatil amaçlı turistik kompleksleri bulunan konaklama ünitelerinde, her sene bir veya birkaç hafta kullanım hakkı edinilmesini içermektedir.

Konunun ilk uygulaması 1960'ların başlarında bu fikri benimseyen İsviçreli bir otel sahibinin İtalya'daki otelinde görülmüş ve bu çalışma ilerleyen yıllarda hisse satışı ile tatil hakkı veren bir şirket olan Hapimag'a dönüşmüştür.

1967'de Fransa Alp'leri'ndeki bir kayak merkezinde ilk devre paylaşım örnekleri görülmüştür.

Devre tatilin ciddi boyutta ortaya çıkması Amerika'da yaz sezonunun bir hayli uzun olduğu Florida bölgesinde, yazlık ev sitelerinin inşası ve satışının patladığı 1970'li yılların ardından gelen petrol krizinin satışlar üzerindeki olumsuz etkisi karşısında bir alternatif arayan yatırımcıların, evlerini haftalık kullanımlara bölerek elli değişik aileye satmaya başlamaları ile oluşmuştur.

Ancak zaman içerisinde tüketicilerin tatillerini her sene aynı yerde ve aynı zamanlarda yapmak yerine değişik yerlerde tatil yapma ihtiyaçları ortaya çıkmaya başlamıştır.

İşte tüketicilerin bu ihtiyaçları değerlendirilerek 1970'li yıllarda tatil değişim organizasyonları kurulmuştur. 1974 yılında RCI (Resort Condominiums International) dünyanın ilk değişim organizasyonu olarak kurulmuş, iki yıl içerisinde de ikinci değişim organizasyonu olarak Interval International kurulmuştur.

1980'li yıllarda Amerikan tatil endüstrisinde önemli bir yer edinen devre tatil uygulaması uluslararası değişim organizasyonlarının sistemi tüm dünyaya tanıtılmaları sonucu hızla yayılarak; bugün, başta Avrupa olmak üzere dünyanın dört bir yanında ve Türkiye'de hızla yükselişini sürdürmektedir.

DEVRELİ TATİL UYGULAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Devreli tatil sistemleri dünyanın çeşitli ülkelerinde değişik hukuki temellere dayanılarak farklı şekillerde uygulanmaktadır.

Ülkemizde de tıpkı Amerikan hukukunda (“Timespan Ownership”, “Interval Ownership”, “Vacation Leases”, “Club Membership”) olduğu gibi, farklı isimlerde farklı hukuki temellere dayalı sistemler geliştirilmiştir.

Sistemin temel ayırıcı özelliği devre tatil sahibine sağladığı hakkın niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan temel ayırıcı özelliğin sistemlerin hak sahibine aynı hak veya şahsi alacak sağlamasına göre analiz edilmesi gerekir.

Buna göre devreli tatil sistemleri;

1. Aynı Hakka Dayalı Sistemler

2. Şahsi Alacak Hakkına Dayalı Sistemler Olarak Ortaya Çıkmaktadır.

Bu iki sistemde uygulamada, aynı veya şahsi hakkı tesis eden hukuki işlemin niteliğine göre farklılıklar arz etmektedir. Hakkı tesis eden hukuki işlemin niteliğine göre;

Aynı Hakka Dayalı Devreli Tatil Sistemleri;

Devre Mülk Hakkı

Müşterek Mülkiyet Payına Bağlı Yararlanma Hakkı

Şahsi Alacak Hakkına Dayalı Sistemler;

Şirket Hissedarlığı

Kulüp Garanti (Club Trustee)

Puan Sistemi (Point System)

Devre Tatil Sözleşmeleri; şeklinde uygulanmaktadır.

Ülkemizde devreli tatil sistemi, ilk önce devre mülk olarak uygulanmaya başlamış ancak devre mülk sisteminin 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası ve 3227 sayılı Devre Mülk Yasası’nın özellikle on beş günlük süre ve yönetim ile ilgili sınırlayıcı hükümlerinin sistemin işleyişini güçleştiren etkileri ve uluslar arası sistem ile uyum ihtiyacı sebepleri ile “devre tatil sözleşmeleri” kullanılmaya başlanmıştır.

Müşterek mülkiyet payına bağlı yararlanma hakkı ve şirket hissedarlığı sisteminin az sayıda da olsa uygulandığı ülkemizde, yurt dışında yaygın olan Club Truste ve Point System sistemleri henüz uygulanmamaktadır.

AYNI HAKKA DAYALI DEVRELİ TATİL SİSTEMLERİ

Aynı hakka dayalı devreli tatil sistemleri, tapuya kayıtlı bir taşınmaz üzerinde bulunan tatil üniteleri veya bağımsız bölümler üzerinde Medeni

Kanun'da yer alan mülkiyet ve irtifak hakkına dayalı olarak, tapu siciline tescil ile kurulan bir sistemdir. Halk arasında tapulu sistem olarak da adlandırılan sistem devre mülk ve müşterek mülkiyet payına bağlı yararlanma hakkı olarak iki değişik şekilde uygulanmaktadır.

DEVRE MÜLK SİSTEMİ

Ülkemizde yazlık tatil alanlarındaki meskenlerin belirli dönemler halinde farklı kişilere kullandırılmaları şeklinde başlatılan uygulamaya hal-
kın gösterdiği ilgi ve bu uygulamalar sebebiyle ortaya çıkan problemlerin
çözümlemesi sebebiyle ile yeni bir kanun çıkarma yoluna gidilmiştir.

10.06.1985 tarih ve 3227 sayılı "*Kat Mülkiyeti Kanunu'na Devre Mülk Hakkı İle İlgili Maddeler Eklenmesine Dair Kanun*" ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na yeni bir sekizinci bölüm eklenmiş ve Kanun'un 57 ve 58. maddelerinin numaraları 66 ve 67 olarak değiştirilmiştir.

634 sayılı Yasa'nın 57. maddesinde "*Mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapı veya bağımsız bölümün ortak maliklerinden her biri lehine bu yapı veya bağımsız bölümden yılın belli dönemlerinde istifade hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabileceğini ve bu hakka devre mülk hakkı denildiğini*" belirtmiştir.

Devre mülk hakkı; müşterek mülkiyet payına bağlı olarak devir ve temlik edilebilir ve mirasçılara geçer. (m. 58) Bu hakkın kullanımı başkalarına bırakılabilir. (m. 59) Devre mülk hakkının yılın belirli dönemlerine ayrılması ve on beş günden daha az süreli olmaması (m. 59) gerekir.

Bağımsız bölüm veya yapı üzerinde devre mülk hakkı kurulduğu ana taşınmaz mal ile bağımsız bölümlerin ve müstakil yapıların tapu kütüklerinin beyanlar hanesine işaret edilir ve düzenlenecek tapu senedinde de bu husus belirtilir. (m. 60) Üzerinde devre mülk hakkı kurulan yapı veya bağımsız bölümlerin ortak malikleri, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, suyuun giderilmesini isteyemezler. (m. 63)

Devre mülk hakkının dönem süresi, devir ve teslimi ile istifade şekil ve usulleri, yöneticilerin seçimi ile hak ve sorumlulukları, büyük onarım için ayrılacak dönem, bakım masrafları gibi hususlar, bütün hak sahipleri tarafından imzalanarak resmi senede eklenecek ve tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilecek devre mülk sözleşmesinde (m. 61) belirtilir.

Devre mülk sisteminin hukuki niteliği, müşterek mülkiyet ve bu mülkiyet hakkı üzerinde tesis edilen bir irtifak hakkı olarak ortaya çıkmaktadır. Mesken nitelikli bir taşınmaz üzerindeki müşterek malikler arasında

kurulan irtifak hakkı ile her devre mülk maliki, devre sırası gelen diğer devre mülk maliki, paydaşın yararlanmasına katlanma yükümlülüğü altına girmektedir.

Müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulan devre mülk hakkının, hakkın konusu endişesi ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nda düzenlenmesi ve yönetim, ortak giderlere katılım ve diğer hususların bu kanun hükümlerine tabi olmasının yarattığı güçlükler sebebiyle, müstakil bir kanun yapmak yerine Kat Mülkiyeti Kanunu'na ekleme yapmak yolunun seçilmesi, bir takım karışıklıklara yol açtığı gerekçesi ile tenkit edilmektedir.

Devre Mülk sistemi Kat Mülkiyeti Kanunu'nun sınırlandırıcı hükümleri ve uluslar arası uygulama ile bütünlük sağlanamaması sebebiyle giderek tercih edilmeyen bir sistem olmuştur.

Devre mülk sistemi aşağıda belirtilen özellikleri sebebiyle devre tatil sisteminin uygulanması bakımından tercih edilmemektedir:

On beş günlük emredici süre kuralı uluslararası devre tatil uygulamasının bir haftalık süreyi esas alan uygulaması karşısında yetersiz kalmaktadır.

Devre mülk hakkının mülkiyet hakkına bağlı olarak süresiz olması belirli süreli devre tatil uygulamasına imkan vermemektedir.

Devre mülk hakkının yalnızca mesken nitelikli taşınmazlar üzerinde tesis edilebilir olması mesken niteliğinde olmayan turistik tesislerde devre mülk hakkı uygulamasına imkan vermemektedir.

Devre tatil hakkı sahipleri tarafından "İşletme Aidatı" vb. adlarla her yıl ödenen hizmet bedellerinin 634 sayılı Yasa hükümlerine göre işletme projesine bağlı olarak "ortak genel giderler avansı" şeklinde alınması zorunluluğu geniş sosyal aktivite alanlarında çok yönlü tatil hizmeti veren devre tatil işletmelerini olumsuz olarak etkilemektedir.

Üzerinde devre mülk hakkı tesis edilen ana taşınmazların yönetiminin 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na bağlı olması ve bu kanunun ana taşınmazın yönetimine ilişkin (Kat Malikleri Genel Kurulu -Yöneticilik-Denetim vb.) hükümleri, binlerce kişiden oluşan devre mülk malikleri ile Yasa'nın öngördüğü genel kurulların toplanması, yöneticilik görevinin yerine getirilmesi ve geniş bir turizm kompleksi içerisinde sunulan çok yönlü tatil hizmetinin yerine getirilmesi bakımından önemli sorunlara yol açmaktadır.

MÜŞTEREK MÜLKİYET PAYINA BAĞLI YARARLANMA SİSTEMİ

Müşterek mülkiyet payına bağlı yararlanma sistemi, devre mülk sisteminin on beş günlük süre kısıtlamasından kurtulmak ve devre tatil müşterilerine bir haftalık tapu güvencesi sağlanması amacıyla, hak sahiplerine müşterek mülkiyet tapusu verilerek uygulanan bir sistemdir.

Devre mülk sisteminden farklı olarak, devrelere bağlı yararlanma, hak sahiplerinden alınan bir taahhüt ile istifade anlaşmasına dayandırılmaktadır.

Bilindiği gibi Medeni Kanun'un 688. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş müşterek mülkiyet kurumunda paydaşların müşterek şeyden yararlanma konusunda anlaşma yapmaları mümkündür. Ancak bu anlaşmanın paya ilişkin bir tasarruf işleminde payı devralacak kişilere (cüz-i haleflere) etkisinin olmaması sisteme en büyük sıkıntıyı yaşatmaktadır. Bu sıkıntıda, paylı halin devamı anlaşması (idame-i şüyu) ve şufa hakkından feragat anlaşmaları ve bu anlaşmaların tapu kütüğüne yazımı (Medeni Kanun 698, 733.) ile giderilmeye çalışılmaktadır. Bu anlaşmaların on yılı aşmaması da cüz-i halefler açısından sözleşmeye konan bazı maddeler ve iyi niyet kurallarına güvenmek sureti ile çözülmüş sayılmaktadır.

Müşterek mülkiyet payına bağlı yararlanma sisteminin bir hafta süreli devre tatil hakkının tapu güvencesine bağlanmak amacıyla uygulandığı ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 57. maddesinde öngörülen on beş günlük süre sınırının emredici bir hüküm olduğu iddiası ile bu uygulamanın geçersiz olduğu ve kanuna karşı hile oluşturduğu ileri sürülmektedir.

Müşterek mülkiyet payına bağlı yararlanma sisteminde "İşletme Aidatı" olarak ödenen hizmet bedeli, üzerinde müşterek paydaşlık kurulan taşınmazın 634 sayılı Yasa kapsamında bir bağımsız bölüm veya devre mülk ünitesi olması durumunda bu yasa çerçevesinde "gider avansı" şeklinde değer taşınmazlarda ise sözleşme ve kullanma yönetmelikleri hükümlerine göre ödenmektedir.

AYNI HAKKA DAYALI SİSTEMLERDE SATIŞ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Aynı hakka dayalı sistemlerde, devre mülk satış sözleşmeleri ve müşterek mülkiyete dayalı devre tatil satış sözleşmeleri gayrimenkul satışı hükümlerine tabiidir.

Şekil yönünden tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde pay devri veya aynı hak tesisine ilişkin sözleşmelerin resmi şekle bağlı olması gerekir. Bu

konuda yapılacak satış sözleşmeleri resmi şekle bağlı satış vaadi sözleşmeleri şeklinde düzenlenmelidir.

Ancak uygulamada yaygın şekilde yapılan sözleşmeler adi yazılı şekle bağlı hukuken geçersiz sözleşmelerdir.

Satıcı/yatırımcıların inşaatları zamanında bitirememesi veya alıcılara tapu verilmeden düşük satışlar nedeniyle yatırımdan vazgeçilmesi halinde, yapılan adi yazılı şekle bağlı sözleşmelere bağlı olası itirazların kesinlikle hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir

Aynı hakka dayalı sistemlerin satışına ilişkin sözleşmeler gayrimenkul satışı hükümlerine tabii olmasının bir önemli sonucu da bu sistemlerle ilgili sözleşmelerini tüketicinin korunması ile ilgili mevzuata tabi olup olmamasıdır.

4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4822 sayılı Yasa'yla değişmeden önceki halinde, 2. maddesi kanun kapsamının "...mal ve hizmet piyasalarında tüketicilerin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlem" olduğunu belirtmiş ve kanun tanımlar başlıklı 3. maddesinde de malı "*Ticaret konusu taşınır eşya*" olarak tanımlamıştı.

4077 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki bu tanımlamasına göre bir taşınmaz üzerinde aynı hak tesisine ilişkin devre mülk ve müşterek mülkiyet payını bağlı yararlanma sistemleri ile ilgili sözleşmeler ve bu sözleşmelerden doğacak ihtilaflar tüketicinin korunması ile ilgili mevzuata bağlı sayılmıyordu.

Buna rağmen biz, aynı hakka dayalı bir hukuki işlemle tesis edilmiş olmasına rağmen alıcı/tüketiciye sunulan hizmetin yerine getirilmesi ve taşınmazdan yararlanma koşulları bakımından doğacak ihtilaflarda ve bu hizmetin verilmesine ilişkin sözleşmelerde tüketicinin korunması ile ilgili mevzuatın uygulanması gerektiğini düşünüyorduk.

4822 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, mal: "*Alışverişe konu taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bir taşınmazdan tatil yada konut amaçlı yararlanmayı içeren sözleşmeler 4077 sayılı Yasa kapsamındadır.

Gayrimenkul satışı hükümlerine tabii olması gereken, devre mülk satış sözleşmeleri ve müşterek mülkiyete dayalı devre tatil satış sözleşmelerinin, şekil şartına uygun olmadan, adi yazılı şekilde yapılması halinde, tüketici bu sözleşmeye dayanarak tescil talep edemeyecektir. Ancak sözleşme ile üstlenilen edimlerin yerine getirilmesi, bedelin iadesi ve diğer konularla

ilgili olarak 4077 sayılı Yasa'nın ön gördüğü koruma imkanlarından yararlanabilecektir.

Aynı hakka dayalı sistemlerde işletme aidatı şeklinde ödenen hizmet bedeli karşılığında verilen hizmet vekalet hükümlerine göre yürütülecektir. Bu sözleşmelerle birlikte imzalanan kullanma yönetmeliklerine göre ödenen hizmet bedelleri ile ilgili olarak satıcı/yatırımcı/işletmecinin vekil olarak hesap verme yükümlülüğü altında olması gerekir.

ŞAHSİ ALACAK HAKKINA DAYALI SİSTEMLER

Şahsi alacak hakkına dayalı sistemler, devre tatilcinin bir devre tatil ünitesi (konut) ve/veya bir turistik tesis de belirli bir süre ile belirlenen bir dönemde tatil yapma hakkına sözleşmeye bağlı bir şahsı alacak hakkı olarak sahip olduğu sistemlerdir.

Sistemin aynı hakka dayalı sistemlerden ayrıcalığı tatil yapma/yararlanma hakkı veren zilyetliğin her hangi bir aynı hakka dayanmamasıdır.

Diğer bir özellik ise devre tatil hakkının aynı hakka dayalı sistemlerde olduğu gibi ömür boyu değil, belirli bir süre (10-15-49 veya 99 yıllık) için tesis edilmesidir.

Aynı hakka dayalı sistemlerin, mesken nitelikli taşınmazlar üzerinde tesis edilebilir olması ve müşterek paydaşlık temelinde tapu işlemleri ile tesis edilebilir olmalarına karşın, sözleşme özgürlüğü temeli üzerinde geniş bir hareket serbestisi ile uygulanma imkanı bulunan şahsi alacak hakkına dayalı sistemler uygulamada en çok tercih edilen sistemlerdir.

Farklı şekilde uygulanan şahsı alacak hakkına dayalı sistemler devre tatil hakkı tesis eden hukuki işlemin niteliğine dört değişik şekilde uygulanmaktadır.

ŞİRKET HİSSEDARLIĞI SİSTEMİ

Devre tatil hakkının şirketler hukukuna göre pay sahipliğine bağlı olarak tesis edildiği sistemdir.

Devre tatil hakkı sahibi, devre tatil ünitesinin veya turistik tesisin sahibi veya işleticisi şirketin hisselerini satın alarak kullanım hakkını elde etmektedir.

Devre tatil hakkının kullanımına ilişkin hususlar şirket tarafından hisse satın alan devre tatil hakkı sahibine verilen "Tatil Sertifikası"nda düzenlenmektedir.

KULÜP GARANTİ (CLUB / TRUSTEE) SİSTEMİ

Yeddi eminin garantisi ile kurulan kulüp kanalı ile devre tatil hakkının tesis edildiği sistemdir.

Devre tatil ünitesi veya turistik tesisin yönetici-işletici şirketi ve satış şirketi tarafından kurulan bir kulüp kurulur. Devre tatil hakkı sahipleri bu kulübe üye olmak suretiyle devre tatil hakkından yararlanırlar. Malik şirket kulüp üyeleri adına garantör anlaşmasına bağlı olarak kontrol edilerek, devre tatil taşınmazları üzerinde yasal kullanım hakkına sahip olur.

Sistemin bir garantör, bir malik birde yönetici-işletici şirket ve satıcı-pazarlamacı şirket tarafından kurulan kulüp ve bu kulübe üye olacak devre tatil alıcılarından oluşmaktadır.

Sistemin işleyişi bir takım anlaşmalarla gerçekleştirilmektedir. Garantör anlaşması ile devre tatil üniteleri üzerindeki kullanım hakkının şartları belirlenir. Kulüp tüzüğü ile devre tatil kulüp şemasının nasıl işleyeceği tespit edilir. Yönetim sözleşmesi ile de yönetim şirketlerinin devre tatil tesislerini nasıl işleteceği ve kulüp üyelerinin tesislerin bakımına iştirak şartları belirlenir.

Özel hesap anlaşması ile garantörün alıcılardan toplanan paraları alacağı ve bu paraların kime ve nasıl aktarılacağı belirlenir. Pazarlama anlaşması ile, satışların nerede ve nasıl yapılacağı belirlenir. Kullanma-Yönetim kılavuzu ile kulüp kurucusu şirketler ile garantörün nasıl bir yol izleyecekleri belirlenir.

Devre tatil alıcıları tarafından ödenen bedeller yasal kullanım hakkı alınana kadar garantör firmada kalır. Garantör şirket devre tatil hakkı sahiplerinin bu haklarını kullanabilmelerini temin eder.

Avrupa da yaygın olarak uygulanan Club/Trustee sistemi tüketicinin en fazla güvenliğe sahip olduğu bir sistemdir.

PUAN SİTEMİ (POINT SYSTEM)

Devre tatil üniteleri ve devrelerinin belirli puanlara bağlanıp, her puanın baz alınacak bir ücret karşılığı değeri tespit edilerek, devre ve seçilecek üniteye bağlı olarak puan tüketilmesi ve puanın eksik kalması halinde yeniden ücret ödenerek puan satın alınması şeklinde uygulanan sistemdir.

Sistem özelliği itibariyle tek tesisten oluşan devre tatil ünitelerinde uygulanamamaktadır. Kendi içerisinde de değişim imkanına sahip olması gereken sistem birden fazla turistik tesisleri bünyesinde bulunduran şirketler tarafından uygulanmaktadır.

Şirket Hissedarlığı, Kulüp Garanti ve Puan sistemleri Türkiye’de yaygın olarak uygulanmamaktadır, en yaygın uygulanan sistem devri tatil sözleşmeleridir.

DEVRE TATİL SÖZLEŞMELERİ

4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 4077 sayılı Yasa’nın 6/b maddesinde tanımlanan devre tatil sözleşmeleri “*en az üç yıl süre için yapılan ve bu süre zarfında yıl içinde belirli veya belirlenebilecek ve bir haftadan az olmayacak bir dönem için bir veya daha fazla sayıdaki taşınmazın kullanma hakkının devri yada devir taahhüdünü içeren ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu , yazılı sözleşme veya sözleşmeler grubudur*”.

Bu tanıma göre devre tatil; devre tatil-kullanma-hakkının 4077 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde düzenlenecek bir sözleşmeye bağlı olarak tesis edildiği, şahsi alacak hakkına dayalı devreli tatil sistemidir.

4822 sayılı Yasa’dan Önceki Durum

4822 sayılı Yasa’dan önce devre tatil sözleşmelerinin hukuki niteliği ile ilgili bazı tartışmalar bulunmakla birlikte ağırlıklı olarak, kanunda düzenlenmemiş (isimsiz-atipik), kanunun değişik (başka) akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya geldiği (karma), taraflardan birinin çeşitli akit tiplerine ait birden fazla edimi yerine getirmesine karşılık diğer tarafın tek bir edimi (genellikle belli bir akde özgü olmayan belirli bir bedel ödeme edimini) yerine getirme borcu altına girdiği (kombine) akit olduğu kabul edilmekte idi.

Borçlar hukukunun akit serbestisi ilkesine göre düzenlenen ve bir kombine akit niteliğinde olan devre tatil sözleşmelerinde devre tatil hakkı sahipleri biri aynı edim (kullanım bedeli) diğeri belirli aralıklarla olmak üzere (hizmet bedeli) para ödemektedirler. Buna karşılık sürekli bir ilişki yaratan devre tatil ilişkisi boyunca devre tatil yatırımcısı/maliki kira, istisna, hizmet, vekalet akdi konusunu oluşturan edimleri bir bütün olarak sağlamayı taahhüt etmektedir. Şahsi alacak hakkı sağlayan devre tatil hakkı taraflara karşılıklı edimler yükleyen kombine akit niteliğinde geçerli bir sözleşme olup, akdin süresi boyunca her yıl belirli bir devreden yararlanma hakkı akdin esaslı unsurudur. (Ankara 7. As. Tic. Mah. 1996/324 E. 1997/348 K. sayılı kararı)

Görüldüğü gibi 4822 sayılı Yasa ile getirilen tanım, Yasa’dan önceki dönemde yapılan hukuki tartışma ve değerlendirmelere uygun bir tanımdır. Türk hukuk sistemi, yasalarımızda düzenlenmemiş fakat uluslar arası

tatil endüstrisinin bir uygulama biçimi olarak hayatımıza giren bir tatil sistemini, özel hukukun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirmiş ve tanımlamıştır. Kimilerinin zannettiği gibi, kanun boşluğu hukuk boşluğu değildir ve olmamıştır. Ekonomik alandaki hızlı gelişmelere bağlı olarak günlük hayatımıza giren yeni bir konu, özel bir düzenleme yapılmadan da genel hükümlere göre yargı süreci içerisinde, hukukun yaratılmasının somut bir biçimi olarak hukuk sistemiz tarafından tanımlanmış ve bu tanım yasal düzenlemenin temelini oluşturmuştur.

Kanun'a Karşı Hile Tartışması

Devre tatil sözleşmelerinin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 59. maddesinde öngörülen on beş günlük süre sınırlandırılması şeklindeki emredici hükmüne aykırı olduğu ve kanun emredici hükmünü dolanmak amacı ile yapılan sözleşmelerin kanuna karşı hile oluşturdukları sebebiyle geçersiz olduğu iddia edilmiştir. Ancak bu görüş genel kabul gören bir değerlendirmedir sayılmamıştır.

Kapıdan Satış Tartışması

Devre tatil sözleşmelerinin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına girdiği ve kapıdan satış hükümlerine tabi olduğu için Cayma Bildirim Belgesi verilmesi gerektiği hususu 4822 sayılı Yasa'dan önceki tartışmaların ağırlığını oluşturmuştur.

Bu konudaki tartışmalar, Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Yargıtay tarafından da onaylanan 01.07.1996 tarih 1996/318 E. 1996/569 K. sayılı kararından sonra başlamıştır.

Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi söz konusu kararı; *"Davalının devre tatili propagandalı ve kampanyalı ilanlar yolu ile satışa arz ettiği, aynı zamanda müşterilerle toplantı yaparak, bilgi vererek yaptığı da anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının 4077 sayılı Kanun'a göre dava açma hakkı olduğu kabul edilmiştir. Taraflar arasında yapılan sözleşmenin özel şartlar (m. 8) iade ile ilgili şartları belirlemiştir. Buna göre alıcının sözleşmeyi fesih etme hakkı olduğu, bedelin %20'sini ödeyerek sözleşmeyi feshedeceğinin belirtildiği görülmüştür. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un (m. 9) Cayma hakkı ile ilgilidir ve tüketicinin hiçbir cezai ve hukuki sorumluluk yüklenmeksizin hiçbir gerekçe göstermeksizin yedi gün içinde malı reddederek alım satım işleminden cayma hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde cayma hakkı olduğunu bildirir bir belge verilmesini öngörmüştür. Davalı satışı yaparken bu maddeye riayet etmede, cayma hakkı yönünden davalıya belge vermeksizin sözleşme yapmıştır. Bu nedenle davacının cayma hakkı olduğu, sözleşmenin iptali ve bonoların iadesi talebi kabul edilmiştir."* şeklindedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 03.12.1996 tarih 10816 sayılı Kararı ile onanan bu karardan sonra uygulamada, devre tatil sözleşmelerinin 4077 sayılı Yasa kapsamında olduğu ve yasanın 8. maddesinde düzenlenen "Kapıdan Satış" olarak kabul edilerek, kapıdan satışlarda "Cayma Bildirim Belgesi" verilmesini öngören 9. maddeye göre cayma bildirim belgesi verilmemesi sebebiyle sözleşmelerin iptali yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır.

Esasen bu değerlendirme, 4077 sayılı Yasa'nın uygulanması ile görevli Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü'nün 21 Aralık 1995 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanan TRKGM-95/136-137 sayılı "Kapıdan Satışlara ilişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ" den sonra kabul görmeye başlamıştır. Tebliğin 2. maddesi;

"Bu tebliğ 1.000.000. Türk Lirasını aşan ve işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında;

a. Önceden mutabakat olmaksızın tüketicinin evinde veya işyerinde yapılan tecrübe ve muayene koşullu satışlara,

b. Toplantılı (grup) satışlara,

c. Katalogdan seçim yoluyla sonuçlandırılan satışlara,

d. Mesafeli satışlara, uygulanır.

*Bu tebliğin uygulanması bakımından; toplantılı satışlar, katalogdan seçim yoluyla sonuçlandırılan satışlar ve mesafeli satışlar kapıdan satış olarak değerlendirilir." şeklinde*dir.

Mahkemeler, bu tebliğ düzenlemesine dayanarak, kanunda yalnızca kapıdan satışlar için ön görülen cayma bildirim belgesi verilmesi zorunluğunu, bir başka satış türü olan toplantılı-grup satışlarla da uygulamaya başlamıştır.

Devre tatil sözleşmelerinin uluslar arası uygulamasında da tüketiciye cayma bildirim belgesi verilmektedir. Bize göre de sözleşmenin kuruluş biçimi ne bağlı olarak devre tatil sözleşmelerinde cayma belgesi verilmelidir.

Gerçekten de bu dönemde kimi olumsuz devre tatil uygulamalarına ve anket yolu ile pazarlama yöntemlerine bağlı olarak tüketicilerin önemli mağduriyetleri söz konusu idi ve tüketicilerin korunması gerekirdi. Ancak mahkemelerin, bu kararları AB direktifleri ve tüketicinin korunması hukukuna uygun gerekçeler yazarak vermesi beklenirken, tebliğ hükümlerine atıf yaparak vermelerini doğru olmamıştır.

Bu günde 4822 sayılı Yasa'da devre tatil sözleşmesi tanımlanmış ancak bu sözleşmelerde Cayma Belgesi verilmesi zorunluluğu düzenlenmemiştir.

Cayma Bildirim Belgesi verilmesi eksikliği, kapıdan satış sözleşmesinin tanımında yapılan değişiklikle sağlanmaya çalışılmaktadır.

4077 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde "*Kapıdan satışlar işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında önceden mutabakat olmaksızın yapılan değeri 1.000.000. TL'yi aşan tecrübe ve muayene koşullu satışlardır*". şeklinde tarif edilmişti. Bu tanım Borçlar Hukuku öğretisine uygun, işyeri dışında, önceden mutabakat, tecrübe ve muayene koşulu gibi akdin üç temel unsurunun birlikte yer aldığı doğru bir tanımdı.

4822 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle 8. madde de, "*kapıdan satış; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında yapılan satımlar*" olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımla, akdin esasını teşkil eden, önceden mutabakat ve tecrübe ve muayene koşulu gibi iki temel unsur, bir çırpıda silinerek, işyeri dışında yapılan her satış kapıdan satış olarak tanımlanmıştır.

Kanaatimizce bu tanım doğru değildir. Asıl yanlışlık ise özel hukuk alanında, yıllar süren hukuk öğretisi ve doktrin sürecinde şekillenen kavram ve tanımlar üzerinde, tüketicinin korunması gibi sosyal bir düşünceyle de olsa kolay oynanmaması gereğidir.

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi "*Avrupa Birliğini kuran antlaşmayı ve özellikle 100. maddeyi göz önünde bulundurarak, Komisyon'dan gelen öneriyi dikkate alarak Ekonomik ve Sosyal Komitenin görüşü doğrultusunda antlaşmanın 189b maddesinde öngörülen usule uygun olarak*" 26 Ekim 1994 tarihinde 1994/47/AT sayılı "*Devreli tatil temelli olarak taşınmazların kullanım hakkının satışıyla bağlantılı olan sözleşmelerin belli noktalarında alıcıların korunması hakkında*" bir yönetmelik yayınlamıştır.

Avrupa Birliği'nin söz konusu direktifi devre tatil (time-sharing) sözleşmelerinin sınır ötesi uygulanma özellikleri bakımından yalnızca tüketicinin korunması açısından değil uluslar arası uygulamada uyumun sağlanması bakımından da time-sharing konusunda asgari şartları düzenlemeye yöneliktir.

Üye devletlerde Time-sharing uygulamalarının çok çeşitli şekillerde ortaya çıkıyor olması nedeniyle direktif içerisinde hukuki şekle ilişkin bir hüküm getirilmekten özellikle kaçınılmıştır.

Direktif, doğrudan veya dolaylı olarak bir taşınmaz üzerinde (aynı veya başka bir şekilde) kısmi kullanım hakkı veren tüm sözleşmelere uygulanır ve kullanım hakkının süresi bir haftadan az olamaz ayrıca sadece gerçek kişiler satın alan taraf olabilirler. (Direktif m. 2)

13 maddeden oluşan Direktif'in 3. maddesine göre; her ilgili sözleşme yapmadan önce, kullanım hakkının yapısını, taşınmazı, verilen servis hizmetlerini, müşterilati ve bunların kullanım haklarını, yönetim ilkelelerini, işletme yönetimini ve bedeli ve buna ilişkin tüketicinin yıllık tahmini masraflarını ve fesih hakkının nasıl kullanılacağını gösteren bir belgenin (prospekt) verilmesini talep etmek hakkına sahiptir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre bunlar sözleşmenin tamamlayıcı parçasıdır.

Sözleşme bu belgedeki bilgilerin yanı sıra tam olarak kullanım şekillerini süresini kullanım alanlarını borçları ve yükümlülükleri ve uluslar arası değişim masraflarını içermek, düzenlemek zorundadır. (Direktif m. 4) Direktifin 4. maddesinde belirtilen ve sözleşmede bulunması zorunlu olan asgari hususlar 13 maddeden oluşan bir liste halinde ek olarak belirtilmiştir.

Direktifin en önemli maddesi cayma hakkını düzenleyen 5. maddesidir. Buna göre; sözleşmenin imzalanmasından sonraki on gün içerisinde hiçbir gerekçe gösterilmeden sözleşmeden dönülebilir, dönme hakkı konusundaki bilgilendirmenin eksikliği halinde süre üç aya kadar uzamaktadır. Bu üç aylık süre içerisinde eksiklik tamamlanırsa bu andan itibaren on günlük süre başlamaktadır. Aksi takdirde üç ayın sonunda bir on günlük süre başlar ve bu süre içerisinde de dönme gerçekleşmezse artık tüketicinin sözleşme hakkından söz edilemez.

4822 sayılı Yasa'dan Sonraki Durum

4077 sayılı Yasa'da değişiklik yapan 4822 sayılı Yasa'ya kadar, devre tatil sözleşmelerinin yasalarımızda bir tanımı yapılmamıştı. Doktrinde ve Yargı kararlarında kabul edilen şekliyle devre tatil sözleşmeleri, sözleşme süresi boyunca her yıl belirli bir devreden, belirli bir süre ile – yararlanma – şahsi alacak hakkı sağlayan, taraflara karşılıklı edimler yükleyen kombine akit niteliğinde isimsiz bir karma sözleşme olarak tanımlanmaktaydı.

4822 sayılı Yasa'da 6/b maddesi ile de, hukuk öğretisi ve yargı kararlarında kabul edilen tanıma uygun olarak, *"en az üç yıl süre için yapılan ve bu süre zarfında yıl içinde belirli veya belirlenebilecek ve bir haftadan az olmayacak bir dönem için bir veya daha fazla sayıdaki taşınmazın kullanma hakkının devri yada devir taahhüdünü içeren ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu , yazılı sözleşme veya sözleşmeler grubu."* olarak tanımlanmıştır.

4822 sayılı Yasa'nın tanımı ile, tüketici hukukunda bütün sözleşmeler için ortak bir özellik olan, yazılı ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunluluğu devre tatil sözleşmeleri içinde bir zorunluluk haline getirilmiştir.

Yasa'da devre tatil sözleşmelerinde, kullanım ve sözleşme süreleri için sınırlandırma getirilmiştir. Kullanım süresi yeni günden az, sözleşme süresi de üç yıldan az olamayacaktır. Süre sınırlaması sistemin uluslararası uygulamasına ve işleyişine uygundur. Ancak, benzer bir yararlanma ve kullanım hakkı devri içeren üç yıldan az süreli uygulamaların kapsam dışında kalmasına yol açabileceği düşünülebilir.

Bir haftadan az olmayacak kullanım döneminin, sonradan belirlenebilecek olabileceğinin kabulü de, halen uygulamakta olan rezervasyona bağlı kullanım yönteminin sonucu olarak ortaya çıkan ve ciddi tüketici yakınmalara yol açtığı bilinen soranları çözmekten uzak bir durumdur.

AB'ye uyum süreci içerisinde devre tatil sözleşmelerinin yukarıda belirttiğimiz 1994/47/AT sayılı Avrupa Birliği Direktifi'yle uyumu Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle sağlanmaya çalışılmıştır.

23.2.1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 31 ve bu Kanun'a 4822 sayılı Kanun'la eklenen 6/B maddesine dayanılarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan Devre Tatil Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin 5. maddesine göre sözleşmede ;

a. Tüketicinin, sağlayıcının ve malikin isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,

b. Sözleşme konusu hakkın niteliği, kapsamı ve kullanım koşulları,

c. Sözleşme konusu taşınmazın fiili durumu ve yeri, taşınmaz inşaat halinde ise fiili durumu ve makul bir tamamlanma tarihi,

d. Taşınmazın tamamlanmasına veya tamamlanamadığı hallerde yapılmış olan her türlü ödemenin, yasal faiziyle birlikte iade edileceğine dair bir taahhüt,

e. Tüketicinin yararlanabileceği yüzme havuzu, sauna ve benzeri ortak tesisler, ışıklandırma, su, bakım ve benzeri hizmetler ile bunlardan yararlanma şartları,

f. Taşınmazın bakım ve onarımının, yönetim ve idaresinin ne şekilde olacağına ilişkin açıklamalar,

g. Sözleşmenin süresi ve sözleşme konusu hakkın kullanılabilceği dönem,

h. Sözleşme konusu hakkın kullanılması karşılığı olarak tüketici tarafından ödenecek bedel, ortak tesislerin ve hizmetlerin kullanımını için ödenecek

bedel, vergi, harç gibi zorunlu yasal giderler ve genel idari masrafların ne şekilde hesaplanacağına ilişkin açıklamalar,

1. İktisabın sözleşmede belirtilenler dışında herhangi bir ek ödemeye ve yükümlülüğe yol açmayacağına ilişkin bir kayıt,

j. Sözleşme konusu hakkın devir veya takas edilmesinin mümkün olup olmadığı,

k. Cayma hakkı ve bu hakkın ne şekilde kullanılacağı, cayma bildirimlerinin gönderileceği sağlayıcıya ilişkin bilgiler,

l. Tarafların sözleşmeyi imzaladığı yer ve tarihe ilişkin bilgiler in yer alması gerekir.

Yönetmeliğin 7. maddesine göre; sözleşmede yer alması gereken ve 5. maddede belirlenen asgari koşullardan biri eksik olduğu takdirde tüketici, sözleşmeyi imzaladığı tarihten itibaren üç ay içinde bir bildirimde bulunarak, bu sürenin sonuna kadar eksikliğin giderilmesini talep ve aksi takdirde sürenin bitiminde sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş olacağını ihbar edebilir.

Bu süre içinde eksiklik giderildiği takdirde, cayma hakkı için 6. maddede öngörülen süre, eksikliği giderici bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

Buna karşılık süre içinde eksiklik giderilmez ise sözleşme üç aylık sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Bu halde tüketici bedel, cezai şart tutarı veya tazminat adı altında hiçbir ödemeye yükümlü tutulamaz; yaptığı ödemeler varsa bunlar da sona erme tarihinden itibaren on gün içinde kendisine iade edilir.

Yönetmeliğin 9. maddesine göre; Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu yönetmelikte yer alan, haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya sağlayıcının bu yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir.

Yönetmeliğin 10. maddesine göre; Sağlayıcı taşınmaz veya taşınmazlar hakkında bilgi isteyen tüketiciye tanıtım amaçlı bir broşür verir. Devre tatil sözleşmesinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça ve mücbir sebepler dışında, broşürde yer alan şartlarda değişiklik yapılamaz.

Bu broşürde;

a. Sağlayıcı ve malikin isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,

b. Taşınmazın bakım ve onarım, yönetim ve idaresinin ne şekilde olacağına ilişkin açıklamalar,

c. Sözleşme konusu hakkın kullanılması karşılığı olarak tüketici tarafından ödenecek bedel, ortak tesislerin ve hizmetlerin kullanımı için ödenecek bedel, vergi, harç gibi zorunlu yasal giderler ve genel idari masrafların ne şekilde hesaplanacağına ilişkin açıklamalar,

d. Cayma hakkı ve bu hakkın ne şekilde kullanılacağı, cayma bildirimini gönderileceği sağlayıcıya ilişkin bilgiler,

e. Taşınmaza ve sözleşmeye ilişkin daha fazla bilgiye nasıl ulaşılabileceğine dair açıklamalar yer alır.

Sağlayıcı tarafından devre tatil sözleşmesine konu taşınmaz veya taşınmazlar için yapılacak reklamlarda, söz konusu broşürün nereden temin edileceğine ilişkin bilgiler de yer alır.

4077 sayılı Yasa'nın ilk halinde ve 4822 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikte, cayma hakkı, 9. madde de *"kapıdan satışlarda satıcının ve sağlayıcının yükümlülüğü"* başlığı altında yalnızca kapıdan satışlar için öngörülmüş olmasına rağmen ve yasada devre tatil sözleşmeleri'nde cayma hakkının tanındığına ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, yönetmelikte bu sözleşmeler içinde cayma hakkı öngörülmüştür.

Bizce bu durum hukuka ve yasaya aykırıdır. Zira cayma hakkı yasada düzenlenmesi gereken bir husustur. 4822 sayılı Yasa cayma hakkını kapıdan satışlar için öngörmüş başka hangi sözleşmelerde de uygulanacağını yasada belirtmiştir. Örneğin; mesafeli sözleşmeler başlıklı 9/A maddesinde, *"kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır"* hükmü yer almaktadır. Yasa'da devre tatil sözleşmeleri için böyle bir hüküm yoktur.

Bizce de devre tatil sözleşmelerinde cayma hakkı tanınması gerekir. Avrupa birliği direktifi ve uluslar arası uygulama da bu doğrultudadır. Ancak bunu hukuka uygun bir şekilde yapmak gerekir. Yasa'da yer almayan bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi hukuka aykırıdır.

Yönetmeliğin 6. maddesinde; Tüketici, sözleşmenin her iki tarafça imzalanmasından itibaren on gün içinde hiçbir sebep göstermeksizin ve hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin cayma hakkını kullanarak sözleşmeden dönebilir.

Sağlayıcı, bu süre dolmadan devre tatil sözleşmesine konu mal ve/veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez. Sözleşme'nin, Devre tatil sözleşmesine konu tesiste akdedilmesi halinde,

bu hüküm uygulanmaz. Bu durumda, sözleşmenin devre tatile konu tesiste yapıldığını ispat külfeti sağlayıcıya aittir.

Ayrıca; Tüketicinin ödediği bedel kısmen veya tamamen sağlayıcı tarafından ya da sağlayıcı ile kredi veren arasındaki anlaşmaya dayanılarak karşılanıyorsa, cayma hakkının kullanılması halinde, kredi sözleşmesi de hiçbir tazminat veya cezai şart tutarını ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaksızın kendiliğinden sona erer. Ancak bunun için, cayma bildiriminin kredi verene de yazılı olarak iletilmesi gerekir. (Yönetmelik m. 8)

Görüldüğü gibi devre tatil sözleşmelerinin, sözleşmeye konu tesiste yapılması hali dışındaki bütün hallerde sözleşmeyle birlikte tüketiciye cayma bildirim belgesi verilmesi zorunluluğu getirilmiş ve cayma hakkı kabul edilmiştir.

Bu kabul ve 4822 sayılı Yasa'nın kapıdan satışlarla ilgili yeni düzenlemesi ile birlikte, devre tatil sözleşmeleri'nin işyeri dışında imzalanması halinde bu sözleşmeler aynı zamanda kapıdan satış hükümlerine ve dolayısıyla, Kapıdan Satışlarla İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine tabi olacaktır.

Aynı yaklaşım ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketici ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü'nün hakim görüşüne göre, devre tatil sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin taksitler halinde ödenmesi öngörülmüşse, bu durumda devre tatil sözleşmeleri, yasanın taksitle satış sözleşmeleri kapsamında kabul edilecek ve taksitli satışlarla ilgili tebliğ hükümlerine de tabi olacaktır.

Bize göre bu değerlendirmede doğru değildir. 4077 sayılı Yasa'nın 6/A maddesinde taksitli satışlar; *"satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türü"* olarak tanımlanmıştır.

Devre tatil sözleşmesinde bir malın veya hizmetin satımı söz konusu değildir. Sözleşme'nin konusu bir veya birden fazla taşınmazdan kanunda belirtilen süre ve şartlarla yararlanma-kullanma hakkı tesisidir. Sözleşme konusu taşınmaz ve hizmet sözleşmenin düzenlendiği anda teslim ve ifa edilmemektedir. Sözleşme konusu kullanım ve hizmet her yıl yeniden verilmektedir. Bu durumda devre tatil sözleşmelerinin satış sözleşmesi dolayısıyla kapıdan satış veya taksitli satış sözleşmesi olarak kabulüne hukuken imkan yoktur.

Sonuç olarak;

4822 sayılı Yasa değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da; konut ve tatil amaçlı taşınmaz, mal olarak, bir ücret veya men-

faat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet, hizmet olarak, bir mal veya hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ve tüzel kişi, tüketici olarak tanımlanmış ve bu kanun... mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraf olduğu her türlü hukuki işlemi kapsıyorsa, devreli tatil sistemleri ana başlığı altında incelediğimiz sitemin tamamının Tüketici Yasası kapsamında olduğu tartışılmayacak kadar açıktır.

4822 sayılı değişikliklerle eklenen, özel hukuk pratiği ve tüketicinin korunması bakımından çok önemli bulduğumuz, sözleşmedeki haksız şartlar (m. 6) düzenlemesi başta olmak üzere, devreli tatil tüketicilerinin 4077 sayılı Yasa'nın öngördüğü korumadan azami olarak yararlanması gerekir.

Devre tatil tüketicisinin korunması gibi doğru bir düşünceyle de olsa, hukukun bu kadar zorlanmasına ve örselenmesine gerek yoktur.

Bunun için; cayma hakkı, sözleşme bedelinin taksitler halinde ödenmesi gibi konularla birlikte, devreli tatil sistemlerinin diğer tipleriyle ilgili özel konuların da, şekil ve şartları, tüketiciye maksimum koruma sağlayacak şekilde yasa ile düzenlenmeli ve Bakanlık Yasa'nın verdiği yetki sınırları içerisinde yönetmelikler hazırlamalıdır.

YENİ TÜKETİCİ YASASI VE AB'DE PİYASA GÖZETİM VE DENETİMİ

Av. Necati YENTÜRK*

A. TÜKETİCİ YASASI'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Bütün ekonomik, sosyal ve yasal düzenlemelerde öncelikli amacın, bireyin yaşamını kolaylaştırmak ve onun refah düzeyini yükseltmek olması gerektiği göz önüne alındığında, 08. 09. 1995 tarihinde yürürlüğe giren ve tüketici yasamız olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun eksikliklerine rağmen, amaca uygun hazırlanmış bir yasa olduğu görülür.

Bilindiği gibi, başta tüketici kuruluşları olmak üzere konuya duyarlı kesimlerin ısrarlı çabaları sonucu değiştirilen ve 14 Mart 2003 günlü *Resmi Gazete'* de yayımlanan 4822 sayılı Kanun ile Değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kredi kartları ile ilgili 1. maddesi aynı gün diğer maddeleri ise 14. 06. 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

YENİ YASA ŞU YENİLİKLERİ GETİRMEKTEDİR

Ayıplı Mal

Satın alınan malın ayıplı çıkması halinde tüketici; malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içinde satıcıya başvurarak,

Değiştirilmesi,

Ödediği bedelin iadesi,

Ayıbın neden olduğu değer kaybının bedelden indirilmesi,

Ücretsiz olarak onarılması haklarından her hangi birini talep edebilecektir.

* Bursa Barosu üyesi

Ayıplı malın neden olduğu ölüm veya yaralanmaya yol açan ya da kulanımdaki diğer mallarda zarara neden olan durumlarda tüketici, imalatçı-üreticiden tazminat isteyebilecektir. İmalatçı-üretici, satıcı, bayii, acente, ihracatçı ve kendi belirlediği malı alma ya da kendi belirlediği bir yerden mal alma şartıyla kredi veren finans kurumu da tüketicinin seçimlik haklarından dolayı zincirleme sorumludur.

Satın alınan ayıplı maldan sorumluluk iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır.

Ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir.

Bütün bu talepler zarara neden olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkmaktadır.

Ayıplı Hizmet

Satın alınan hizmetin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten başlayarak otuz gün içinde, bu ayıbı sağlayıcıya bildirmek kaydıyla sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya bedel indirimini isteme hakkına sahiptir. Ayıplı hizmetin neden olduğu zarardan ötürü, ayıplı mallardaki sorumluluk benzeri müteselsil sorumluluk burada da geçerlidir.

Ayıplı hizmetten dolayı yapılacak talepler, hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir.

Taksitli ve Kapıdan Satışlar

Taksitli satışlarda senet verilmesi durumunda senetler, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı ve nama yazılı olmalıdır.

Kapıdan satışlarda malı aldıktan sonraki yedi gün içinde tüketici hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeden cayarak malı iade etme hakkına sahiptir. Satıcı, cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren yirmi gün içinde de malı geri almak zorundadır.

Satıcı, yedi gün dolmadan tüketiciden peşinat, senet ya da çek isteyemez. Bu tür satışlarda satıcı, tüketicinin haklarını anlatan en az on altı punto siyah harflerle yazılmış, "cayma belgesi" adında bir belge vermek zorundadır.

Bu konuda Yasa'yla getirilen en önemli değişikliklerden biri de sözleşmenin tarihinin mutlaka tüketicinin kendi el yazısı ile atılması zorunluluğudur.

Sözleşmenin alt kısmına ya da arka yüzüne yazılan cayma bildirimini geçersizdir. Cayma belgesi mutlaka sözleşmeden ayrı düzenlenmelidir.

Tüketici Sözleşmeleri

TELEKOM, TEDAŞ, BOTAŞ vb. kurumlarla yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart sayılmaktadır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Bütün sözleşmeler en az on dört punto koyu harflerle ve anlaşılır bir dille yazılmalıdır.

Devre Tatil

Yasa'da "Devre Tatil" başlıklı bir madde ile yeni düzenleme getirilmiş olup bu konudaki sözleşmelere ilişkin usul ve esasların Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca belirleneceği belirtilmiştir.

13 Haziran 2003 tarihli *Resmi Gazete'*de yayınlanan konuya ilişkin Yönetmelik'te tüketicinin, sözleşmenin her iki tarafça imzalanmasından itibaren on gün içinde hiçbir neden göstermeksizin ve hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin cayma hakkını kullanarak sözleşmeden dönebileceği belirtilmektedir.

Sağlayıcı, bu süre dolmadan devre tatil sözleşmesine konu mal ve/veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez.

Sözleşmenin, devre tatil sözleşmesine konu tesiste imzalanması halinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu durumda, sözleşmenin devre tatile konu tesiste yapıldığı ispat külfeti sağlayıcıya aittir.

Kampanyalı Satışlar ve Diğer Konulardaki Yenilikler

Tüm kampanyalı satışlar Sanayi Bakanlığı'nın iznine bağlanmıştır. Kampanyalı satışlarda mal ve hizmetin bedelinin bir bölümünü tüketici-

nin karşılaması istenemeyecek, malın teslim süresi konut ve tatil amaçlı olanlarda otuz ayı, diğer ürünlerde on iki ayı aşamayacaktır.

Alınan üründe raf etiketinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatında farklılık olması durumunda satış tüketicinin lehine olacak fiyat üzerinden yapılmış sayılacaktır

Kredi kartı ve tüketici kredilerinde bundan sonra uygulanacak temerrüt faizi ise sözleşmedeki faiz oranının %30 fazlasını geçemeyecektir. Bankalar, kredi kartı faiz artırımını otuz gün önceden kullanıcıya bildirmek zorundadır. Kredi kartı ekstresinde yazan borcun ödenmeyerek sonraki döneme devreden bölümü, atmış gün içinde ödenirse, bu sürede gecikme faizleri yükselse dahi bu borç bakiyesine yansıtılmayacaktır. Ayrıca kredi kartıyla yapılan alışverişlerde tüketiciden komisyon adı altında ek bir ödeme istenemeyecektir.

Sürelili yayın kuruluşları, kitap, dergi, ansiklopedi, afiş, bayrak, poster, sözlü ya da görüntülü manyetik bant gibi kültürel ürünler dışında hiçbir mal ya da hizmetin taahhüdünü ve dağıtımını yapamayacaklardır.

Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri'nin 580. 500. 000 TL ve altı alışverişler için verdiği kararlar aynen mahkeme kararı gibi icraya konabileceklerdir. Konu yargıya intikal ettirilecekse, bu sınırın altındaki anlaşmazlıklar için mutlaka Hakem Heyetleri'nden karar gerekmektedir. Bu karar dava şartıdır.

* Hakem Heyetleri'nin kararlarına karşı tarafların on beş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz hakları vardır. İtiraz hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep halinde hakim hakem heyeti kararının icrasını ihtiyati tedbir yolu ile durdurabilir. Hakem Heyeti kararlarına itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir.

* Tüketici davaları her türlü harçtan muaf olup, tüketici isterse kendi ikametgahı mahkemesinde de dava açabilecektir. Burada şu noktaya dikkat çekmek istiyoruz. Yasa'da böyle denmesine rağmen uygulamada tüketicinin lehine karar verilmesi halinde tüketiciden dava ve karar harcı alınmaktadır ki bu uygulama bize göre yasal değildir. Uygulamaya dayanak olarak Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi gösterilmektedir.

Tüketici lehine olarak davanın kabulü halinde karşı tarafa yükletilmiş olan karar ve ilam harcının ödenmiş olması şartı aranmaksızın mahkeme kararının tebliğe çıkarılması hususunda Tüketici Yasası'nda ya da Harçlar Kanunu'nda bir düzenleme yapılması durumunda, bu konudaki tereddütler ortadan kalkacaktır. Aynı çelişkili uygulama temyiz harcında da görülmektedir.

Sanayi mallarının garanti süresi asgari iki yıldır.

Bu Yasa, tüketicileri olduğu kadar başta Esnaf Odaları ile Sanayi ve Ticaret Odaları olmak üzere tüketim olgusunun diğer taraflarını da çok yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle yasanın tüketiciler dışındaki kesimler tarafından da bilinmesinde yarar vardır. Bu yarar öncelikle mal ve hizmet sunan kişilerin kendilerinedir. Zira müşteri kazanmanın en kestirme yolu onu memnun etmektir. Ticari yaşamda artık “müşteri memnuniyeti” kavramına önem veren firmalar tüketici açısından bir tercih nedeni olmaktadır.

Takdir edilir ki, diğer tüm haklar gibi tüketici hakları da ancak insanlarca bilindiği oranda kullanılabilir. Yani bir hakkı kullanabilmek için önce ondan haberdar olmak gerekir. Bu nedenle yasanın tanıtımı için başta tüketici örgütleri ve baro olmak üzere sendika, oda, dernek gibi insanların hak ve çıkarlarını savunmak için kurulmuş örgütlere de önemli görevler düşmektedir.

B. AB'DE PİYASA GÖZETİM VE DENETİMİ

Günümüzde kalite anlayışı, üretimden gelen kalıpların dışına taşmıştır. Tüm tasarım çalışmalarını ve ürünün yararlı ömrünü de kapsayan bir içerik kazanarak, güvenilirlik ile tümleşik olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Kalite, en yalın anlamda, bir ürünün (veya hizmetin) tüketiciye sunduğu niteliklerdir. Güvenirlik ise, niteliklerin kullanım (veya hizmet) süresi içinde bozulmamasıdır.

Kalite anlayışındaki gelişmelerle, ürün ve hizmet kalitesi düzeyi açısından önemli yol gösterici niteliği olan standartlar, ulaşılması gereken asgari kalite düzeyini belirtir duruma gelmiştir. “*Standarda Uygunluk*” şeklindeki kalite anlayışı eskimiştir. Tüketici istek ve beklentilerinin zamanla değişim göstermesi kalitenin “*kullanıma uygunluk*” olarak algılanmasına yol açmıştır.

Üretici Sorumluluğu

Kalite anlayışındaki gelişmeler hukuk alanındaki düzenlemelerde de etkisini göstermiştir. Geçmişteki “*alıcı düşünsün*” kabulü artık, “*üretici düşünsün*” biçimine dönüşmektedir.

Avrupa Topluluğu'nun, kısaca, “*Üretici Sorumluluğu*” diye adlandırılacak 25 Temmuz 1985 tarih ve 85/374 sayılı Direktifi, “*Tüketicinin Korunması için, üretim sürecine katılan tüm üreticilerin mamul, yarı mamul ürünlerle hammadde sunuşlarında ürünlerin kusurlu bulunması hallerinde sorumlu tutul-*

malarının ve aynı sebeple sorumluluğun topluluğa ürün ithal edenlerle adlarını veya ticari adları ile markalarını ürünler üzerine koyarak kendilerini üretici olarak gösterenlere ve üreticisi belirlenmeyen bir ürünü piyasaya sunanlara da sorumluluğun uygulanması gereği ile” hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.

Bu düzenleme ile, üründen zarar gören tüketicinin, üreticinin suçluluğunu kanıtlama yükümlülüğü kaldırılmaktadır. Çünkü, tüketici üretimdeki tasarımı, üretim sürecindeki uygulamaları, üretim sonrası muayene ve deneylerle servis hizmetlerini bilmek ve üreticinin yeterli davrandığını kanıtlama olanağına sahip değildir.

Tüketicinin korunması yönünden çok önemli bir hukuk anlayışını belirten bu direktifi özetlersek şu hükümler bulunmaktadır:

Avrupa Topluluğu'nun kurulmasına dair Sözleşme ve özellikle Sözleşme'nin 100. maddesi dikkate alınmıştır. Sanayi ürünlerini (elektrik dahil) kapsamaktadır. Üretici, ürünlerdeki kusurlardan doğan zararlardan sorumludur. Ürünü ithal eden kişi de üretici sayılmakta ve bir üretici gibi sorumlu olmaktadır.

Üreticinin belli olmadığı durumlarda satıcı, zarar görene, ürünü kendisine sağlayan ya da satan kimsenin adını makul bir sürede bildirmediği takdirde üretici sayılmaktadır.

Ürün; ürünün sunulmuş şekli, normal olarak makul şekilde verebileceği hizmet, piyasaya sürüldüğü zaman ve normal olarak sağlanması gereken güvenlik dikkate alınarak kusurlu sayılır.

Sonradan daha iyisi piyasaya sunuldu diye ürün kusurlu sayılmaz.

Sorumluluk miktarı, süreler ve uygulamalarla ilgili hükümler. Üretici sorumluluğunun saptanması ve ürün uygunluğunun değerlendirmesine dönük AT düzenlemeleri de bulunmaktadır.

Ürün Uygunluğu

AT'nin 13 Aralık 1990 tarih ve 90/683 sayılı Kararı:

Topluluk temel sektörler belirlemiş ve bu sektörlerde CE markasının uygulanması için “belgeleme” öngörülmüştür. (Belgeleme: Üretici tarafından üretim yerinde veya üründe bulunduğunu belirttiği niteliklerin var olup olmadığının saptanarak tüketicilere veya diğer kimselere bildirilmesi işlemidir.) Belgeleme, üretim yerinin kaliteli, ürün oluşturması yönünde yeterliliğinin saptanması (Sistem Belgelemesi) ya da üretilen ürünün var olduğu belirtilen nitelikleri taşıdığını saptayan (Ürün Belgelemesi) yönlerde

olmaktadır. (Personel belgelemesi de bulunmakla beraber bu çalışmada üzerinde durulmayacaktır).

Avrupa Topluluğu'nda EN 29000 serisi standartlar "*Sistem Belgeleme*"sinde; EN 45000 serisi standartlar da "*Ürün Belgeleme*" sinde kullanılmaktadır. (Yukarıda konu edilen AT Kararı- 90/683- bu standartları içermektedir.)

Ürün Güvenliği

AT'nin 29 Haziran 1992 tarih ve 92/59 sayılı Direktifi'ne göre amaç, "*pazara çıkarılan ürünlerin güvenilirliğini sağlamaktır*". Topluluk hukukunda yer alan özel kurallar uygulanacaktır. Bu "*genel*" düzenleme karşısında yukarıda belirtilmiş "*ürün uygunluğu*" düzenlemesi de uygulanmaktadır. Bu nedenle anılan 92/59 sayılı düzenleme üzerinde ayrıntılı olarak durmaya gerek bulunmamaktadır.

Piyasa Gözetim ve Denetimi

AB'ye uyum kapsamında hazırlanıp yürürlüğe konulan 4703 sayılı Kanun (11 Temmuz 2001 gün ve 24459 sayılı *Resmî Gazete*), yukarıda anılan üç unsuru da içeren bir düzenlemedir. Kanun; ürünlerin piyasaya arz koşullarını, üretici ve dağıtıcıların yükümlülüklerini uygunluk değerlendirme kuruluşlarını, onaylanmış kuruluşları piyasa gözetim ve denetimini, piyasaya arzının yasaklanmasını, toplatılmasını, her tarafını kapsamaktadır. Kanun, Temel Gereklere, "*Ürünün; insan sağlığı, can ve mal güvenliği, hayvan ve bitki yaşam ve sağlığı, çevre ve tüketicinin korunması açısından sahip olması gereken asgari güvenlik koşulları*" olarak tanımlamakta ve temel gereklere uygun olan ürünlerin "*uygunluk işareti*" taşımalarını hükme bağlamaktadır.

Kanun, tüketicinin korunması yönünden uygunluk işaretinin yanı sıra, Piyasa Gözetimi ve Denetimi için de hüküm taşımaktadır. Piyasa Gözetim ve Denetimi, "*Yetkili kuruluşlar tarafından, ürünün piyasaya arzı veya dağıtım aşamasında veya ürün piyasadayken ilgili teknik düzenlemeye uygun olarak üretilip üretilmediğinin, güvenli olup olmadığının denetlenmesi veya denetlettirilmesi*" tanımı ile belirtilmektedir. (Yetkili kuruluş, kanunen yetkili bakanlıktır. Örneğin; Sanayi ve Ticaret, Bayındırlık ve İskan gibi. Teknik Düzenleme, konu edilen ürünün kalitesini de belirten düzenlemedir. Şartname, standart, tanıtım gibi). Halen uygulamada, sanayi ürünleri için "*CE*" işaretleme ile uygunluğun belirtilmesine öncelik verilmiştir. "*CE*" işareti, "*Conformite Europeene*" sözcüklerinin baş harflerinden oluşmakta ve Avrupa'ya Uyum anlamına gelmektedir. Tüketici için uygunluk işareti olması önemlidir. Ka-

nun'da (4703 sayılı) 5, 10 ve 11. maddeler piyasaya gözetim ve denetimine aittir. Kanun'a dayalı, "Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik" yürürlüğe konulmuştur. Kanun ve Yönetmelik'te yetkili kuruluşun denetleme ve denetletirmek yetkisi belirtilmiştir. Buna rağmen, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine ilişkin Usul ve Esaslar hakkında yaptığı düzenlemede "denetleme" yönünde hükümler yoktur. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulamasının (Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nda olması nedeniyle bu Bakanlığın piyasa gözetim ve denetimi daha da önem kazanmıştır. Bakanlık yetkisini daraltmış, örneğin; Makine Mühendisleri Odası gibi uzman bir kuruluşu denetleme yetkisi içinde değerlendirmemiştir. Ayrıca Bakanlığın düzenlenmesine ekli, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Piyasa Gözetim ve Denetimi Gerçekleştirilecek Konu Başlıkları Listesi üzerinde durulmaya değerdir.

SONUÇ

Avrupa Topluluğu'nda tüketicilere kaliteli ürün sunulmasına dair mevzuat ve uygulama bulunmaktadır. Uyum sağlanması için bu mevzuat Türkiye'ye de kazandırılmıştır. Ancak anlayış ve uygulama ne yazık ki yeterli değildir.

Diğer yandan, en temel insan haklarından olan tüketici haklarının ülkemizde yeterli düzeyde tanındığı ve yaşama geçmediği bilinen gerçeklerdendir. Dileğimiz, tüketici hakları da dahil olmak üzere çağdaş dünyada kabul görmüş tüm hakların, ülkemiz insanlarına da bir an önce tanınması ve bu hakların tam ve eksiksiz kullanıldığı bir ortamın yaratılmasıdır.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ KARARI

Yargıtay 1. Ceza Dairesi

T. 29.04.2004

E. 2004/1097

K. 2004/1607

* Kasten adam öldürmek

* Ruhsatlı silahla ateş etmek

* Hafif tahrik

* Vekalet ücreti

(1136 sayılı Av. K. m. 163:

765 sayılı TCK m. 95/2)

1. Sanık müdafininin duruşmalı inceleme istemi süresinden sonra vaki olduğundan, müdahil D. vekilinin duruşmalı inceleme talebi ise müdahil D.'nin duruşmalı inceleme isteme yetkisi bulunmadığından reddedilmiştir.

2. Toplanan deliller karar yerinde, incelenip, sanık Rahmi'nin öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma sebepleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık Rahmi ve müdafininin, teşdidin yersizliğine, TCK'nın 59. maddesinin uygulanması gerektiğine yönelen, müdahil Dilek vekilinin vasa ilişkin ve yerinde görülmeyen, sair temyiz itirazlarının reddine;

Ancak;

a. Sanığın Düzce'de müteahhitlik yaptığı, kardeşlerinin mülk sahibi olmaları sebebiyle onlara vekaleten ferekat eden aynı zamanda da avukat olan maktulün de 08.02.2001 günü apartman maliklerince alınan kararla Özgül apartmanı yönetim kurulu başkan yardımcılığına seçildiği, maktulün hukukçu olması ve para işlerinden anlaması sebebiyle, deprem nedeniyle zarar gören apartmanın onarım ve güçlendirilmesi işine nezaret etmeye başladığı, bununla ilgili olarak maktul ile sanığın 21.2.2001 tarihinde yaptıkları sözleşme gereğince sanığın apartmanda çalışmaya başladığı ve işin büyük bölümünü

bitirdiği. Sözleşme'nin 4 ve 10. maddelerine göre kat maliki erinin müteahhide ödemeleri gereken paraların ilgililerden alınarak müteahhide verilmesi ödevinin apartman yönetimine ait olduğu, yine apartman yönetiminin bu konularda müteahhide yardımcı olmayı taahhüt ettiği, kat maliklerinden teminat olarak alınan senetlerin de maktulde bulunduğu, ekonomik krizin de etkisiyle zor duruma düşen sanığın apartmandaki bazı kat maliklerinden para alamaması sebebiyle bu alacakların tahsilinde yardımcı olunması amacıyla müteahhide defalar apartman yöneticisi İ. Ö. ile onun yardımcısı olan maktule başvurduğu, sanığın apartman sakinlerinden alması gereken paranın 2 milyar lirasını alamadığının bilirkişi raporunda da görüldüğü, önceki görüşmelerde sanıkla apartman yöneticileri arasında ciddi bir tartışmanın yaşanmadığı, en son olay günü sanığın sabah saatlerinde yine İ. Ö.'yü arayıp bu durumdan bahsederek, *"bu meseleyi halledelim"* dediği, İlhan'ın da *"apartmanın mali işleriyle E. ilgileniyor, onunla görüş"* demesi üzerine bu kez maktulle görüşmek üzere, maktulü bulmayı umduğu adliyeye gittiği, adliye önünde sanıkla maktulün bu meseleyi konuşmaya başladıkları, daha önce maktulün Akçakoca'da bulunan evinin işini de yapıp para alamayan sanığın; maktulün kendisine beklediği yardımı yapmamasına kızarak, üzerinde taşıdığı ruhsatlı silahıyla ateş etmek suretiyle onu vurduğu ve öldürdüğü dosya kapsamında anlaşıldığına göre, olaydan önce sözleşme gereğince sorumlu olduğu halde sanığın alacağını tahsil etmesine yardımcı olmayan, bazı tanık ifadelerine ve sanığın beyanına göre, Akçakoca'daki evinin onarımını sanığa yaptırarak karşılığı olan parayı ödemeyen, olay günü de bunları konuşmaya gelen sanığa olumsuz davranan maktulün sayılan davranışlarının hafif tahriki oluşturacağı düşünülmeyen yazılı şekilde uygulama ile sanık hakkında fazla ceza tayini,

b. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda 4667 sayılı değişiklik gereğince maktu vekalet ücretinin *"müdahil"* yerine *"müdahil vekiline"* verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

c. TCK'nın 95/2. maddesine göre aynen infazına karar verilen ilamdaki suçun 4616 sayılı Yasa kapsamında olması nedeniyle, *"4616 sayılı Kanun'da gözetilmek suretiyle TCK'nın 95/2. maddesi gereğince infazına"* karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması,

Yasa'ya aykırı olup, sanık ve müdafii ile müdahil D. vekilinin temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde görülmele res'en de temyize tabi bulunan hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (bozulmasına) 29.04.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 22.06.2004

E. 2004/12362

K. 2004/16441

* Kredi kartı sözleşmesi

* Temerrüt tarihi

* Faiz

(4822 sayılı geçici 1. m. ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Kor. HK K; 492 sayılı Harçlar K. 1 sayılı tarife, m. 23; Av. Ücret Tarifesi md. 21; 6802 sayılı Gider Vergisi K. m. 28; 818 sayılı BK m. 83, 101)

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin 4822 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinden faydalanabilmek için borcun, kredi veren ile kredi kullanan tüketici arasında düzenlenen kredi kartı sözleşmesinden doğması ve bu sözleşmeye dayanarak kredi kartı müşterisi tarafından kredi kartıyla alış-veriş yapılması ve nakit para çekilmesinden kaynaklanması gerekir.

Anılan Yasa'nın son fıkrasına göre, tüketicinin kredi verene Kanun'un yayımı tarihinden 30 gün içinde (14.04.2003 dahil tarihine kadar) yazılı müracaat etmesi halinde bu madde hükümleri uygulanır.

4822 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi, tahsil harcı, icra masrafları, faizin vergisi ve avukatlık ücretini ortadan kaldırmadığından, anılan madde gereğince temerrüt tarihindeki asıl alacak ve akdi faizden oluşan ana para alacağına yıllık %50 gecikme faizi ve BSMV uygulanmak ve takipte istenen alacağı geçmemek suretiyle takip tarihindeki alacak üzerinden Harçlar Kanunu'nun 1 sayılı tarife ve Harçlar Kanunu'nun 23. maddesi gereği tahsil harcı ile avukatlık ücret tarifesinin 21. maddesine göre icra nispi vekalet ücreti, takip masrafları ve 6802 sayılı Gider Vergisi Kanunu'nun 28. maddesine göre, faizin BSMV'sinin borca ilavesi gerekir.

Kural olarak Borçlar Kanunu'nun 101. maddesine göre kesin vadeli sözleşmelerde temerrüt tarihi banka tarafından tüketiciye gönderilen son hesap özetinde belirtilen tarih ise de, kredi kartı borçları Borçlar Kanunu'nun 101/2. maddesinde öngörülen miktarı önceden belli olan kesin vadeli borç niteliğinde değildir. Bu nedenle kredi kartı borçlarında temerrüt tarihi bakımından anılan maddenin uygulama yeri bulunmamaktadır.

Kredi kartı sözleşmesinin özelliği nedeniyle, borçlunun temerrüdü, banka tarafından akti ilişkinin sona erdirilip, hesap kat edildikten sonra borçluya gönderilen ihtarnamenin tebliğinden, veya ihtarname de ödeme için süre ve-

rilmişse bu sürenin bitiminden itibaren oluşacağından; sözü edilen temerrüt tarihinden Yasa gereği bankaya başvuru tarihine kadar ana alacağa (asıl alacak+ akdi faizden oluşan) %50 temerrüt faizi uygulanacaktır.

Yukarıda belirtilen biçimde oluşan toplam alacağa icra masrafları ve BSMV ilave edildikten sonra, bankaya başvuru tarihine kadar borçlu tarafından yapılan ödemeler Borçlar Kanunu'nun 84. maddesi nazara alınarak borçtan mahsup edilmeli ve kalan toplam alacak tutarı 12 eşit taksimde bölünmelidir.

Somut olayda hesap kat ihtarı borçluya 20.11.2002 tarihinde tebliğ edilmiş olup ihtarnamede yirmidört saat ödeme için süre verildiğinden, borçlunun temerrüt tarihi 22.11.2002 tarihidir. Bu tarihe kadar akti faiz, bu tarihten itibaren Yasa gereği bankaya başvuru tarihine kadar ana alacağa (asıl alacak+ akdi faizden oluşan) %50 temerrüt faizi uygulanması gerekirken, mahkemece, açıklanan ilkelere aykırı olarak bankanın hesabı kesim tarihi olan 16.11.2002 tarihini temerrüt tarihi kabul ederek hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak ve borçlunun 4822 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesine göre ödeme yapıp yapmadığı ve dolayısıyla ile yasadan yararlanma hakkının düşüp düşmediğide irdelenmeden yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 66 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 22.06.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 07.06.2004

E. 2004/9324

K. 2004/14542

* İcra takibinin iptali

* Kamulaştırma bedeli

* Yasal faiz

* Eksik kalan faiz alacağı

(3095 sayılı K;

4709 sayılı K. m. 18 ile değişik

Anayasa m. 46/son, 129/1;

818 sayılı BK m. 113/2)

Takibe dayanak ilamda kamulaştırma bedelinin yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir. İlamda oran belirtilmeyip yasal faiz denilmesi halinde faiz oranlarının uyumsuzluğa uygulanması gerekli yasadaki öngörülen şekilde belirlenmesi gerekir. Buna göre, kamulaştırma bedelleri alacakları için 4709 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 17.10.2001 tarihine kadar 3095 sayılı Yasa'ya göre yasal faiz oranlarının, 17.10.2001 tarihinden sonra ise 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasa'nın 18. maddesi ile değişik Anayasa'nın 46/son maddesinde belirlenen kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranlarının uygulanması gerekir.

Öte yandan, faiz alacağına mahkeme ilamında hükmedildiğinden Borçlar Kanunu'nun 113/2. maddesi uyarınca-halin icabından anlaşılan durum gereği-bu alacaktan açıkça feragat edilmediği sürece hukuki varlığını koruyacağından alacaklı fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmasa bile zamanaşımı süresinin dolmasına kadar ilamda yazılı eksik kalan faiz alacağını her zaman talep edebilir. Kaldığı somut olayda alacaklı fazlaya ilişkin haklarını da saklı tutmuştur. Esasen borçlu kamu kuruluşunun mahkeme ilamı doğrultusunda alacaklının faiz alacağını hesaplayıp ödemesi objektif iyi niyet kurallarının ve Anayasa'nın 129/1. maddesi gereğidir.

Açıklanan bu koşullara göre alacaklının yeni icra takibi ile ilamda yazılı eksik kalan faiz alacağını istemesinde yasal bir engel bulunmadığından ve Dairemiz daha önceki HGK ve diğer Yargıtay daireleri uygulamaları da bu doğrultuda olduğundan mahkemece alacaklının eksik kalan faiz alacağı olup olmadığı denetlendikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz olmakla alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

SONUÇ : Alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemiz 23.2.2004 tarih ve 2004/2763-3732 sayılı onama kararının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 07.06.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 30.03.2004

E. 2004/2524

K. 2004/7552

*** İtiraz**

*** Kamu alacağı**

*** Faiz**

*** Mükerrer tahsilat**

(Anayasa m. 46/son)

1. Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının Reddine,

2. Borçlu vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

17.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa'nın 46/son maddesindeki değişikliğe göre alacaklı kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizi talep hakkı vardır. Ne varki 2.6.2003 tarihinde başlatılan takipte istenen asıl alacak dışında 9.951.617.157 TL işlemiş faiz adı altındaki kalemlerle ilgili olarak takip taleplerine düşülen notta bir miktar asıl alacak, yargılama gideri bakiye harç ilam vekalet ücreti ve faizleri toplamı olduğu açıklanmıştır. Bu haliyle anılan açıklama ile alacağın mükerrer tahsili amaçlandığı görülmektedir. Borçlu tarafça takipte istenen ve ayrıca muhtıra ile talep edilen faiz ve alacak kalemlerine karşı cıkkıldığı da gözönüne alınarak mahkemece alacaklıya işlemiş faiz adı altında

yukarıda açıklanan miktardan ne amaçlandığı sorulup açıklattırılmak suretiyle ve bu miktarın sadece asıl alacağı yürütülen faizden müteşekkil olduğunun anlaşılması halinde) takipte yasal faiz oranı belirtilmediğinden işlemiş faiz açısından açıklanan miktar aşılammamak suretiyle (alacaklı açısından bağlayıcı olması nedeniyle) işleyecek faizin de Anayasa'nın m. 46/son maddesindeki değişikliğe göre istenebileceği gözetilerek muhtıra ve takip taleplerinin denetlenerek oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle borçlu yararına İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 30.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 27.05.2004

E. 2004/9637

K. 2004/13428

* İtiraz

* Kamulaştırmatsız el atma

* Kamu alacağı

* Faiz

(3095 sayılı K;

4709 sayılı K. m. 18 ile değişik

Anayasa m. 46/son)

Alacaklının takibe dayanak yaptığı ilamda kamulaştırmatsız el atmadan dolayı tazminata hükmedildiği görülmektedir. Hükmedilen alacak tazminat niteliğinde olduğundan bu alacak için 3095 sayılı Yasa'daki yasal faiz oranlarının uygulanması gerekmektedir. Anayasa'nın 4709 Sayılı Kanunu'nun 18. maddesi ile değişik 46/son maddesinde kamulaştırma bedelleri ile mahkemece kesin hükme bağlanan artırım bedellerine hasren son fıkraya göre kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanacağı belirlendiğinden tazminat niteliğinde olan kamulaştırmatsız el atmadan dolayı alacaklar anılan madde kapsamı dışında kalmaktadır. Dairemizde oluşturulan son uygulamalar bu doğrultudadır. O halde mahkemece talep edilen işlemiş faize ve oranlarına yönelik itirazın 3095 sayılı Yasa hükümlerine uygun bulunup bulunmadığı denetlendikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda yer alan ilkelere aykırı biçimde düzenlenen bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ :Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 27.05.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 19.03.2004

E. 2004/5317

K. 2004/9646

* İhtiyati tedbir

* Tedbir kararının icra takibine engel olmaması

(4969 sayılı K. geçici 2. md.;

4389 sayılı Bankalara K. m. 16/2)

Borçlu Star Televizyon Hizmetleri A. Ş. vs. şirketler hakkında Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2003/442 müferrik karar yolu 26.8.2003 tarihli kararı ile "4969 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi gereğince" bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere, hak ve alacaklarının dondurulmasına, her türlü mal, hak ve alacakların üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen kaldırılmasına, mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptı ile bunların bir tevdi mahalline yatırılmasına ve hak ve alacakların üzerine diğer tedbirlerin konulmasına şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Tedbir kararının mahiyeti sadece aleyhlerine tedbir kararı verilen şirketlerin mal varlıklarının azaltılmasına yönelik rızai işlem ve eylemde bulunmalarını engelleyerek Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile birlikte tüm alacakların haklarının korunmasına yöneliktir. Bu hali ile şirketlerden alacaklı olanların cebri icra yolu ile alacaklarının tahsili için icra takibi yapmalarına engel değildir. Kaldığı tedbir kararının yasal dayanağı olan 4969 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinde de hakkında bu madde kapsamında tedbir kararı verilenler yönünden cebri icraya engel olacak bir hükümde yoktur. Mahkeme kararına dayanak yapılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 16/2. maddesi ise bankacılık izni kaldırılan bankalarla ilgili olup takipte İmar Bankası T. A. Ş. taraf olmadığından anılan maddenin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. O halde mahkemece borçlunun şikayetinin reddine karar verilmesi gerekirken takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 19.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 20.04.2004

E. 2004/5488

K. 2004/9784

* İmza ve yazı incelemesi

* Eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu

1. Mercii kararının ve bunun taalluk ettiği işin niteliği bakımından temyiz tetkikatının duruşmalı olarak yapılması HUMK'un hükümleri müsait bulunmadığından bu yoldaki isteğin reddi oybirliğiyle kararlaştırıldıktan sonra işin esası incelendi.

2. Herhangi bir belgedeki imza ve yazının, atfedildiği kişiye ait olup olmadığı hususunda yapılacak bilirkişi incelemesinin, konunun uzmanınca ve yeterli teknik donanıma sahip bir laboratuvar ortamında, optik araç gereç yardımıyla Binoküler mikroskopa büyütülerek kıyaslama, ultraviole lambası ve infrared ışınları altında tahrifat, belgelerin arka yüzündeki yatık ışık verilerek Fülaj izi görüntüsü, alttan aydınlatmalı lambalarla imza kopyacılığı, grofolojik, grafoloyik, grafometrik esaslar içersinde milimetrik mukayeseli ölçümler ve belgelerin niteliğine göre gerekli değişiklik fenni metodlarla yapılması; bu alet ve yöntemlerle gerek incelemeye konu ve gerekse karşılaştırmaya esas belgelerdeki imza veya yazının tersim, seyir, baskı derecesi, eğim, doğrultu gibi yönlerden taşıdığı özelliklerin tam ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenip karşılaştırılması; sonuçta, imza veya yazının atfedilen kişiye ait olup olmadığıнын, dayanakları gösterilmiş, tarafların, mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli bir raporla ortaya konulması; gerektiğinde karşılaştırılan imza veya yazının hangi nedenle farklı veya aynı kişinin eli ürünü olduklarını fotoğraf ya da diğer uygun görüntü teknikleriyle de desteklenmesi şarttır. Hükme esas alman bilirkişi raporunda, hangi ortamda, ne tür teknik cihazlar kullanılarak inceleme yapıp sonuca varıldığı açıklanmamış; sadece, grafolojik ve grafomeetrik metotların uygulandığının belirtilmesiyle yetinilmiş, ulaşılan sonucun maddi dayanakları denetime elverişli şekilde ortaya konulmamıştır. Bu nitelikteki bir bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulamaz. Mahkemece yapılması gereken iş, itiraza konu belge asılları ve yöntemince toplanmış karşılaştırmaya esas olabilecek nitelikteki diğer belgeler üzerinde, yukarıda açıklanan yöntem ve ilkelere uygun olarak, yemden bilirkişi incelemesi yaptırılması, ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesidir. Eksik incelemeye ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı karar verilmesi isabetsizdir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 30.5.2001 tarih ve 2001/12-246 Esas 2001/467 karar sayılı kararı.)

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile merci kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 20.04.2004 gününde oybirliğiyle kasar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 23.03.200

E. 2004/844

K. 2004/6768

*** Kredi sözleşmesi**

*** Bankaya müracaat**

*** Bankaya müracaat**

*** İcra Müdürlüğü'ne başvuru**

*** Şikayet**

(4822 sayılı K. geçici 1. md.)

14.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4822 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesinde belirtilen haklardan faydalanabilmenin önkoşulu, geçici madde 3. fıkrası

gereğince borçlunun kredi veren bankaya 30 gün içinde yazılı müracaat etmesine bağlıdır. Somut olayda gözlemlendiği üzere borçlu anılan yasa koşullarında bankaya müracaatını yapmıştır. Hal böyle olunca dairemiz içtihatlarında da belirlendiği üzere borçlu öncelikle icra müdürlüğüne başvurarak 4822 sayılı Yasa gereği dosyaya borcunun hesaplanmasını bankanın yaptığı taksitlendirmeyi kabul etmeksizin talep edebilir. Bu aşamadan sonra icra müdürü işlemine karşı gerektiğinde mercide şikayette bulunabilir. Bu nedenle icra müdürüne herhangi bir başvuru yapmaksızın doğrudan doğruya mahkemeye yapılan başvurunun mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle reddine karar vermek gerekirken işin esasının incelenmesi doğru görülmemiş ise de, sonuçta şikayet reddedildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ :Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 438. maddeleri uyarınca (onanmasına), 7.880.000 lira onama harcına mahsuben 2.220.000 lira bakiye harcın temyiz edenden alınmasına, 23.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 22.03.2004

E. 2004/1667

K. 2004/6656

* İcra takibinin kesinleşmesi

*Yenileme muhtırası

* Ödeme iddiası

* Şikayet

(2004 sayılı İİK m. 71)

Borçlunun mahkemeye başvurusu icra takibinin kesinleşmesinden sonra kendisine gönderilen yenileme muhtırasına karşı borcun ödenmesi nedeniyle takibin durdurulmasına ilişkindir. Sözü edilen başvuru İİK'nın 71. maddesine dayalı olup, süresiz şikayet hakkı bulunmaktadır. Borçlunun anılan maddede yazılı şekilde ödeme iddiasını kanıtlaması gerekmektedir. Mahkemece ödeme iddiasının bu doğrultuda değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, gecikmiş itirazdan söz edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ :Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 22.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 19.03.2004

E. 2004/1060

K. 2004/6516

* Verginin yasallığı

* Vekalet ücretine KDV ilavesi

(Anayasa m. 73;

Av. Ücret Tarifesi m. 21)

Anayasa'nın 73. maddesi vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerinin kanunla konulup, değiştirilip ve kaldırılabilceğini hüküm altına almıştır.

Öğretide, verginin yasallığı ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, vergi, resim harç ve benzeri kamusal erke dayalı bütün yükümlülüğün, konusu, yükümlüsü, matrahı ve oranı gibi unsurların yanında vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin de Yasa ile düzenlenmesi gereği anılan hükmün zorunlu sonucudur.

Avukatlık ücret tarifesinin 21. maddesi ile avukatlık ücretine ayrıca KDV ilave edileceğine ilişkin yasal düzenleme olmadığından vekalet ücretine KDV ilavesi yerinde değildir. Esasen son olarak yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinde anılan hüküm yer almamıştır. Dairemiz'ce onama kararından sonra diğer Hukuk Daireleri'nin görüşlerine uygun şekilde oluşan yeni görüş doğrultusunda borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

SONUÇ : Borçlu vekilinin karar düzeltme istemini kabulü ile Dairemiz'in 16.10.2003 tarih ve 2003/17293-20060 sayılı onama kararım kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 19.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 26.03.2004

E. 2004/2587

K. 2004/7231

* Kıymet takdiri

* Şikayet

(2004 sayılı İİK m. 106, 110, 128/2)

Mahkemece yeniden kıymet takdiri yaptırılmasında usul ekonomisi açısından fayda bulunmadığından bahisle İcra Müdürlüğü işleminin iptaline karar verildiği görülmüştür.

İİK'nın 128/2.maddesinde belirtildiği üzere İcra Müdürlüğü'nce taşınmazın kıymeti takdir edilir. Keza takdir edilen bu rapor tüm ilgilere tebliğ edilir. Her bir dosya ilgili olarak ayrı ayrı işlem yapıldığından bu işlem ile ilgili olarak yapılacak itiraz ve şikayetlerin süreleri farklı olması sebebi ile İİK'nın 106 ve 110 maddeleri de dikkate alındığında her bir dosya için ayrı ayrı kıymet takdiri yapılması gerekir. Mahkemenin yerinde olmayan gerekçe ile şikayetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ :Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 26.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 25.03.2004

E. 2004/2104

K. 2004/7159

*** İtirazın iptali**

*** Kredi kartı borcu**

*** Kredi kartı borcu**

*** Borçlunun temerrüdü**

(4822 sayılı K geçici 1. m. ile değişik Tüketicinin Kor. Hk. K; 2004 sayılı İİK md.68/b)

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmasına dair 4822 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesinde; bu Kanun'un yayımından önce borçlunun temerrüdü nedeniyle ödenmeyerek icra takibi aşamasına gelen veya icra takibine konu edilen kredi kartı borçları, temerrüt tarihindeki anaparaya yıllık %50'yi geçmemek üzere gecikme faizi uygulanmak suretiyle 12 eşit taksitle ödeneceği düzenlenmiştir.

Kredi kartı borcuyla ilgili hesap kat ihtarı bankaca borçluya 11.04.2003'te tebliğe gönderildiği ve tebliğin 15.04.2003 tarihinde yapıldığı ve takibin 15.07.2003 tarihinde başlamış olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. 4822 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen geçici 1. madde metni ile bu kanunun yayım tarihi olan 14.03.2003 tarihinden önceki muaccel olan kredi kartı borçları ve bu borçlarla ilgili başlamış olan icra takipleri ile ilgili olarak tüketici lehine koruyucu hükümler getirilmiştir.

Borçlunun temerrüdü Kanun'un yayın tarihinden sonra olduğundan ve bu tarih itibarıyla icra takibi bulunmadığından borçlu 4822 sayılı Yasa'dan yararlanamaz.

Mahkemece itirazın kaldırılması isteminin İİK'nun 68/b maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde alacaklı isteminin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ :Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 25.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 07.05.2004

E. 2004/7394

K. 2004/11684

* Kıdem tazminatı

* Kapital faizi

* Faizin iptali

(818 sayılı BK m. 104/son)

Takip dayanağı ilamda kıdem tazminatının geç ödenmesi nedeniyle 2.302.533.316 TL faizin davalıdan alınarak davacıya verilmesine hükmedilmiştir. Dairemiz'in evvelki uygulamalarında süregelen içtihatlarında bu tür alacağın niteliği faiz olsa dahi dava açılarak sonuçta bir bedele hükmedildiğinden bu alacağın artık kapitale dönüştüğü cihetle bu alacağa karar tarihinden itibaren faiz yürütebileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen dairemize ait bir uyuşmazlıkta HGK'ca 31.03.2004 tarih ve 2004/12-162-163 sayılı kararında bu nitelikteki faiz alacakları içinde BK'nın 104/son maddesine göre faiz yürütülemeyeceği kabul edildiğinden Dairemiz'ce de bu konuda içtihat değişikliğine gidilerek Hukuk Genel Kurul Kararı ve diğer Hukuk Daireleri'nin görüşlerine uygun olarak ilamda hükmedilmesi halinde temelde temerrüt olgusu bulunduğundan ilama dayalı alacaklar için Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi gereğince karar tarihinden itibaren de faiz istenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Zira HGK'nın 2002/12-709-781 sayılı kararında da açıklandığı üzere temerrüt faizi borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine karar gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdü devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılıktır. Oysa, alacaklıya ait bir para meblağının faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüş ise kapital faizi söz konusu olur. Hal böyle olunca mahkemece işleyecek faizin iptaline karar verilmesi doğru ise de; işlemiş faizinde yukarıda açıklanan kurallar doğrultusunda iptaline karar verilmesi gerekirken reddi isabetsizdir.

İcra mahkemesince yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda işlemiş ve işleyecek faizinde iptaline karar vermek gerekirken bu yöne ilişkin şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, mahkeme kararının bozulması gerekirken onandığı anlaşılma, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.

SONUÇ :Borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile dairemizin 30.12.2003 tarih ve 2003/22697-26752 sayılı Onama kararının kaldırılarak, mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 07.05.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 18.03.2004

E. 2004/1289

K. 2004/6294

* Borcun ikrarı

* Taksit süresine itiraz

* Borcun muacceliyeti

(2004 sayılı K. m. 33,38)

Takip dayanağı belgeler noterde düzenlenmiş, İİK'nın 38. maddesine uygun ve para borcu ikrarını havi nitelikte olup, ilamların icrasına dair hükümlere tabidir. Nitekim, borçlular da itiraz dilekçelerinde alacaklı ile aralarındaki kredi ilişkisini kabul ederek, krediyi aldıklarını, taksit süresinin gelmediğini belirtmişlerdir. Takibin dayanağı düzenleme şeklinde müşterek ve müteselsil borç ve kefalet senetlerinden ve diğer takibe dayanak belgelerden borcun muaccel olduğu da anlaşılmaktadır.

Borçlular itirazının İİK'nın 33. maddesi hükmü uyarınca incelenmesi gerekir. Anılan madde kapsamında bir belge sunulmadığına göre borçluların itirazının reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 18.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ KARARLARI**Yargıtay 21. Hukuk Dairesi**

T. 21.10.2003

E. 2003/7439

K. 2003/8245

* İş kazası sonucu maluliyet

* Tazminat

* Vekalet ücretine KDV

uygulanması

(818 sayılı BK m. 21;

Anayasa m. 73, 138;

1086 sayılı HUMK m. 438/7)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. Tarafların hal ve mevkiine, kusur oranlarına, olayın oluşuna, ve olay tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiz ile birlikte hükmedilen tazminat miktarına göre; olayda, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin uygulanarak %10 oranında hakkaniyete uygun bir indirim yapılmak suretiyle tazminatın belirlenmesi gerektiğinin gözardı edilerek BK'nın 43. maddesi dikkate alınmaksızın hüküm kurulması isabetsizdir.

Mahkemece reddolunan manevi tazminat miktarı üzerinden vekille temsil edilen davalı yararına hüküm altına alınan vekalet ücreti tarifeye aykırı hesaplandığı gibi 28.11.2002 tarih ve 24950 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesine göre taraflar yararına hükmedilen vekalet ücretine KDV ilavesine karar verilmiş ise de bu sonuç da yerinde değildir.

Gerçekten Anayasa'nın 73. maddesi "*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler Kanun'la konulur değiştirilir veya kaldırılır*" düzenlemesini içermekte olup öğreti ve uygulamada verginin yasallığı ilkesi olarak adlandırılan bu ilke vergi, resim harç ve benzeri kamusal erke dayalı bütün yükümlülüklerin yasayla düzenlenmesi zorunluluğunu öngörmektedir. Vergi yükümlülüğünün konusu, yükümlüsü, matrahı ve oranı gibi unsurların yanında vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin de yasayla düzenlenmesi gereği anılan hükmün zorunlu sonucudur. 4.12.2002 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesi ile "*Bu tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı Kanun hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir*" düzenlemesi getirilmiş ise de bu düzenlemenin "*Yasa*" metni olmadığı ve verginin yasallığı ilkesine aykırı şekilde takdir edilen vekalet ücretine KDV uygulanması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı HUMK 438/7 maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

Karşı Oy Yazısı

Tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak hakkaniyet indirimi sonucuna ulaşan ve düzelterek onama yöntemini seçen ve uygulayan yüksek dairenin görüşüne aşağıdaki nedenlerle karşıyım:

1. Borçlar Kanunu'nun 43 maddesi hakime tazminatın şekil ve kapsamını belirleme yetkisini vermektedir. Bu yetki, tazminatın ölçümünde kullanılacak bilimsel kriterleri içtihat yoluyla belirleme biçiminde algılanmalıdır. Tazminattan nelerin indirileceği hususu BK'nın 44 maddesinde düzenlenmiştir. Ekonomik yüklenme nedeniyle indirim, özel koşullara bağlanmıştır. Bu durumda borçlunun sıkıntıya düşmesi yeter sebep değildir. Ayrıca borçlunun veya yardımcı kişilerin ağır kusurunun olmaması gerekir. Hukukun bu yalın ve yerleşik ilkesi durur iken, Yasa'nın çözüme bağladığı sorunda içtihad yoluyla özel indirimler üretilemez. Bu yerleşik yöntemlerle hesaplanan tazminat hakkını tanımamak ve yargıya temelden yoksun müdahale yetkisi vermek anlamına gelir.

2. Tazminatın çokluğu kavramı hukuki olmaktan çok bir işletme terimi olabilir. Yerleşik yöntemle hesaplanan rakam ne olursa olsun hakkın özünü oluşturur. Bir an için bu indirim doğru olsa bile tazminat hesabında gözetilen tüm indirimlerden sonra ortaya çıkacak rakam esas alınabilir. Söz gelimi sigor-

ta geliri indirimden önce hakkaniyet indirimi yapılması, çokluk indiriminin mahiyeti ile bağdaşmaz. Tazminatı sifıra indiren sonuçlar doğurabilir. Oysa neyin çok veya az olduğunu değerlendirmek, hakimın hükmedebileceği rakam üzerinden olabilir,

3. Hakkaniyet veya çokluk indirimi adıyla içtihadı aktarılmak istenilen bu yöntemle ilgili genel ve benzeri olaylara uygulanabilecek ölçüt ortaya konmadıkça adeta göz kararı değimine geçerlik tanıyacak bir keyfilik yargıda egemen olur. Nitekim Dairemiz'in geçen bir yıl süreli somut dosyalarla ilgili bir istatistik yapılması halinde bu keyfilik bütün çıplaklığıyla ortaya çıkar. Öte yandan yüksek mahkememizin tazminat işlerine bakan diğer daireleri böyle bir uygulamanın içinde değildirler. Yargıtay'ın aynı işe bakan daireler uygulaması arasındaki aşırı farklılığa dayalı bu gerçek, dairemizin görüşünü yeniden gözden geçirmesi sonucunu doğurur.

4. Tazminat ölçme yoluyla elde edilen bir adalet dengesidir. Yüksek mahkeme elde edilen değeri, hiçbir yasal kritere dayanmaksızın yüksek bulması takdirde indirebiliyorsa aynı yetkinin tazminatın hiç çıkmaması veya az çıkması halinde artırma biçiminde kullanılmasını zorunlu kılar. Kuramsal çözümde iç eşitlik kavramının doğal yansıması olan bu yargı, BK 43 hükmünde düzenlenen tazminatın şümulü kavramının dışında sayılamaz. Çokluk değerlendirilmesine dayalı indirim, azlık değerlendirilmesine dayalı artırımı zorunlu kılar. Aksine bir anlayış Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen adalette vicdan kavramına sığdırlamadıktan başka yargıyı zarar görenler aleyhine bir tutum takınma ithamı ile karşı karşıya bırakır. (soruna kısmen değinme bakımından, Dr. Aktaş, Hakkı. İş kazası tazminatına BK m. 43'ün tatbiki IBD.1990/1-3 shf. 69,79)

5. İnsan zararlarının tazmini ekonomik ve hukuki olaydan çok bir insan hakkı sorunudur. Yok olan uzviyet veya hayat kısmen ikame yoluyla telafi edilmeye çalışılmaktadır. İnsan zararlarının işletme ekonomisi üzerine etkisini ortadan kaldıran teknikler gelişmiştir. Sorumluluk hukukunda tazminatın sosyalizasyonu olarak deyimlendirilen sigorta çözümü bu tekniklerin başında gelir. İşveren, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca karşılanmayan zararı özel sigorta yoluyla riski önleme hakkına haizdir. Bu yolu işletmemek sorumluluk hukuku anlamında takdire bağlı ve özellikle hakkaniyet olarak takdim edilen indirimi önleyen özel hal oluşturur. BK 43 hükmünün yüksek dairenin anlamlandırdığı şekilde hakkaniyet indirimini kapsamaması halinde dahi işveren özel sigorta yolunu seçmediği için, bu durum özel hal oluşturur ve bu halin icabı, indirimden yararlanmamak anlamına gelir. Özel sigortada işverene rucü durumunun olmadığı hatırlanmalıdır.

6. Çoğunluk görüşünün uygulaması sorumluluk hukuku prensipleriyle bağdaşsa dahi davaya ve olaya en yakın olan mahalli mahkemenin direnme yetkisini ve tarafların içtihadımıza karşı geliştirebilecekleri kimi savunmaları ortadan kaldıracak şekilde düzelterek onama formülüne başvurulması usule

aykırıdır. Takdir hakkı, hüküm mahkemesininidir. Yasa koyucunun bu yetkiyi alt mahkemeye vermesinin temel nedeni alt mahkemenin hukukun yanında vakıaları değerlendiren bir mahkeme oluşturur. Yargı makamlarından olaya ve maddi delillere en yakın olan organ alt mahkemedir. Yüksek mahkeme elbette alt mahkemenin takdirini inceleyebilecektir. Ancak alt mahkemenin yerine geçerek takdiri bizzat kendisi yapamayacaktır. Özellikle yüksek dairemizin eski uygulamalarına ve Yüksek Yargıtay'ın diğer dairelerinin süre gelen uygulamalarına aykırı olarak yeni bir içtihad oluşturulması aşamasında düzelterek onama seçeneği tercih edilmemelidir. Böyle bir tutum yüksek dairenin kendi içtihadının dava prosedürü içinde tartışılmasından ve izleyen kademelerin, bu arada direnme yoluyla Genel Kurul sürecinin devreye girmesinden kaçınıldığı yorumuna yol açabilir. Kaldı ki yeniden yargılamayı gerektirmemek gerekli ve fakat yeterli olmayan bir şarttır. Takdir hakkının az veya çok kullanılması bir hukuk hatası anlamına gelmez. Bu bir tercih meselesidir. Bu nedenle yüksek daire, aynı görüşünü sürdürecektir ise bozma yolu yeğlenmelidir.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle maddi tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak hakkaniyet indirimi yapmak suretiyle maddi tazminat tutarından fazla indirim yapılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanması yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılmamaktayım. 21.10.2003

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 01.07.2003

E. 2003/6371

K. 2003/6270

* İş kazası sonucu maluliyet

* Tazminat

* Düzelterek onama

(1086 sayılı HUMK m. 438/7;

818 sayılı BK m. 45, 47, 49;

4721 sayılı TMK m. 24)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalının tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. Olayın oluş şekline, müterafık kusur oranlarına, davacının duyduğu elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna 26.6.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimine ve hak ve nesafet kurallarına göre 10.000.000.000 TL manevi tazminat yerine 5.000.000.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzelterek onanmalıdır.

Karşı Oy Yazısı

Düzelterek Onama yönündeki çoğunluk görüşüne aşağıdaki nedenlerle karşıyım:

1. Yüksek Mahkeme, bir inceleme mahkemesidir. Hüküm mahkemesi değildir. Denetim makamı, temel olarak hükmü bozma veya onama ile yetkilidir. Düzeltilerek Onama, istisnai bir yetkidir. İstisnai yetkiler yorumla genişletilemez. Manevi tazminatta düzelterek onama yetkisi genel olarak başvurulan bir yetki değildir. Nitekim dairemizin önceki uygulaması ve diğer tazminat dairelerinin uygulamaları manevi tazminatta düzelterek onama yetkisini işletme biçiminde olmamıştır. İstikrarlı uygulamada bu şekilde teşekkül etmiştir.

2. Manevi tazminatı takdir hakkı, hüküm mahkemesindedir (BK. 45. 47. 49 ve MK. 24). Yasa koyucunun bu yetkiyi alt mahkemeye vermesinin temel nedeni alt mahkemenin hukukun yanında vakıaları değerlendiren bir mahkeme oluşudur. Yargı makamlarından olaya ve maddi delillere en yakın olan organ alt mahkemedir. Manevi tazminat çoğunlukla olayların takdirinden kaynaklanan bir tazminat şeklidir. Yüksek mahkeme elbette alt mahkemenin takdirini inceleyebilecektir. Ancak alt mahkemenin yerine geçerek takdiri bizzat kendisi yapamayacaktır.

3. Düzelterek onama Prof. Kuru'nun isabetle vurguladığı gibi hukuk kuralının uygulanmasında hata edilmiş olması ön şartına bağlıdır. Yeniden yargılamayı gerektirmemek gerekli ve fakat yeterli olmayan bir şarttır. Takdir hakkının az veya çok kullanılması bir hukuk hatası anlamına gelmez. Bu bir tercih meselesidir.

4. 3 nolu gerekçemin doğal uzantısı, bu tür bir uygulamanın hakimnin direnme hakkını ve bozma aleyhinde olan tarafın direnmeyi isteme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Usul dengesi, HUMK 438 hükmü yanlış yorumlanarak bozulmaktadır.

5. Düzeltilen miktar ile hükmedilen miktar arasında büyük bir fark yoktur. Özellikle enflasyonun para değerini hızlı bir şekilde çökertmeyi karşısında her ikisi arasındaki fark önemsenemez. Takdir ve hakkaniyet hukuku terimiyle, Yargıtay'ın müdahalesini haklı kılacak fahiş bir hata yoktur. Bu yönden düzelterek onama gerekçesinin hakkaniyet ve hak temelinde de dayanağı bulunmamaktadır. Daha ötesi olayın niteliğine, manevi tazminatın amacına ve para değerinin azalıcı karakterine göre hükmedilen tazminat dahi azdır. Ne var ki davacı temyizi olmaksızın Yüksek mahkemenin böyle bir gerekçe ile davacı lehine dokunma hakkı yoktur.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle manevi tazminatın azlığı gerekçesine dayalı olarak miktarın çoğaltılması suretiyle hükmün düzeltilerek onanması yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılmamaktayım. 1.7.2003

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 18.12.2003

E. 2003/9180

K. 2003/10510

* Hizmet sözleşmesi

* Hizmet tespiti

* Müfettiş raporlarının geçerliliği

(4857 sayılı İş K. m. 63)

1. Dava, 26.8.1992-12.10.1995 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen hizmetlerin tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, istek kısmen hüküm altına alınmış ise de bu sonuç usul ve yasaya uygun değildir.

Gerçekten, bu tür hizmet tesbitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icabettiği Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı gereğidir. Yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi olan bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği yada çalıştıklarının kurumca tesbit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Somut olayda, ifadeleri hükme dayanak alınan tanıklar davacıyla birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişiler olmadığı gibi aynı çevrede başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kimselerde değildir. Bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olaylara dayanmamakta soyut düzeyde kalmaktadır. Ayrıca, dosyada mevcut diğer delillerin de davacının anılan tarihler arasında hizmet akdiyle çalıştığı kabulüne yeterli güç ve nitelikte olmadıkları da ortadadır.

Öte yandan, kurum müfettişi tarafından 8.8.1995 tarihinde düzenlenen işyeri durum tesbit tutanağında, davacının işe giriş tarihi 1.1.1995 olarak yazılmış ve davacı anılan tutanağı itirazsız imzalamıştır. Bu durumda, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 130. maddesinde öngörülen Kurum müfettişlerinin tanzim ettikleri raporların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olacağı hükmünün göz ardı edilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.

2. Kabule göre de, davacının çalışma gün ve saatleri yani part-time mı yoksa full-time mı çalıştığı açıkça belirlenmemiştir. Davacının yaptığı işin niteliğine göre, 14 dairesi, kömür kaloriferli apartman işyerinde günlük çalışmasının ne kadar süre gerektirdiğinin başka bir anlatımla bir günde kaç saat çalıştığı, giderek haftalık ve aylık çalışma süreleri bir uzman bilirkişinin görüşü de alınmak suretiyle açıkça saptanması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi de isabetsizdir.

Yapılacak iş, ilgili belediyeden çalışıldığı iddia edilen apartmanın iskan ruhsat tarihinin de sorularak, işyerinin tesbiti istenilen dönemde gerçekten var

olup olmadığı ve Kanun kapsamına alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı hususları araştırılmak, davacı ile aynı dönemde birlikte çalışan ve SSK dönem bordrolarında gösterilen kişilerin bunlar olmadığı takdirde komşu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş çalışanlarının bilgilerine başvurularak bir sonuca ulaşmak, davacının şahsi sicil dosyasının davalı kurumdan getirilerek Kuruma bildirilen süreleri tesbit etmek ve ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi (1475 sayılı Kanun'un 61. maddesi) gereğince çalışıldığı tesbit edilen her 7,5 saatlik çalışma süreleri bir gün kabul edilerek hüküm kurmaktır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 23.12.2003

E. 2003/11492

K. 2003/10694

*** Ödeme emrinin iptali**

*** İdari para cezası**

*** Görevli mahkeme**

(506 sayılı Sosyal Sigortalar K. m. 80, 140; 3995 sayılı K. m. 4 ile değişik 4792 sayılı K. m. 19; 4958 sayılı K. m. 19)

Dava, hukuki nitelikçe, Sosyal Sigortalar Kurumu'na idari para cezası borcu olmadığına tesbiti istemine ilişkindir. Davacı hakkında 506 sayılı Yasa'nın 140. maddesinde öngörülen koşulların oluşması nedeniyle idari para cezası tahakkuk ettirildiği, idari para cezasının anılan maddede belirtilen prosedür çevresinde kesinleşmediği, uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, idari para cezası idari aşamada kesinleşmeden ve özellikle tahakkuk ettirilen idari para cezasına yönelik itiraz kurum ünitesinde görüşülüp karara bağlanmadan önce kurum tarafından 6183 sayılı Yasa uyarınca borçluya gönderilen ödeme emri üzerine "*Borçlu olmadığına tesbiti ve ödeme emrinin iptali veya istirdat*" şeklinde dava açılması durumunda görevli mahkemenin saptanması noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanağı olan 3995 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle değişik 4792 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde; kurum gelirleri kapsamına 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, alınan idari para cezalarının dahil edildiği ve süresi içinde ödenmeyen gelirlerin kurum alacağına dönüşeceği ve 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine göre gecikme zammı uygulanacağı hükmü öngörülmüştür. 4958 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde de paralel düzenleme getirilmiştir. Öte yandan, Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 80. maddesinde 3917 sayılı Yasa'nın 1. maddesi

ile yapılan değişikliğe göre, kanuni süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde 21.7.1953 Tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Kurum alacaklarının tahsilinde 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, alacaklı Sigorta Müdürlüğü'nün bulunduğu yer İş Mahkemesi yetkilidir. Somut olayda davacı, 6183 sayılı Yasa uyarınca yapılan takibin iptali ile, ödeme emrinde belirtilen miktarda idari para cezası ve gecikme zammı borcu olmadığına tesbitini istediğine göre; uyuşmazlığın belirgin bir biçimde 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesinden kaynaklandığı açık-seçiktir. Hal böyle olunca, uyuşmazlığın çözüm yerinin Sulh Ceza Mahkemesi (4958 sayılı Yasa'ya göre idari yargı) olmayıp, alacaklı Sigorta Müdürlüğü'nün bulunduğu yer İş Mahkemesi olduğu ortadadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacıların bu yönü amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 25.12.2003

E. 2003/9551

K. 2003/10846

*** Hizmet tespiti**

*** İşçilik alacakları**

*** Asıl ve birleştirilen davaların**

hukuki nitelikleri

(Anayasa m. 60;

506 sayılı Sosyal Sigortalar

K. m. 6, 79/10)

Davacılar, asıl ve birleştirilen davalarda, Bağ-Kur sigortalılıklarının iptalini, davalı işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen sürelerinin tesbiti ile bir kısım işçilik hakları alacaklarının tesbitini istemişlerdir.

Mahkemece, tüm davalar yönünden yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş ise de; davaların birlikte açılması ve diğer davalarla birleştirilerek eksik inceleme ve araştırma sonunda verilen bu hüküm usul ve yasaya uygun olmayıp yerinde değildir.

Asıl ve birleştirilen davaların hukuki nitelikleri ve inceleme konuları farklı olduğundan aşağıdaki başlıklar altında değerlendirme yapılması uygun olmakla;

1. Davacılar UK ve İB'nin birlikte açtıkları Bağ-Kur sigortalısı olmadıklarının tesbitine ilişkin 2001/253 esas sayılı asıl dava dosyası yönünden;

Davacılar birlikte açtıkları dava ile Bağ-Kur sigortalısı olmadıklarının tesbiti ile aksine Kurum işleminin iptalini istemişlerdir. Usul Hukuku sistemimizde

hangi durumlarda davaların birlikte açılacağı açıkça belirtilmiştir. Bunun için de, davacı ve davalar arasında bir bağlantının bulunması veya mecburi dava arkadaşlığının bulunması gerektiği açıktır. Somut olayda ise, her iki davacı yönünden davalarının birlikte açılıp görülmesini gerektiren bir bağlantı yada mecburi dava arkadaşlığı söz konusu değildir. Davacıların aynı limited şirketin ortaklıklarından kaynaklanan Bağ-Kur statüsünde sayılmalarını gerektiren durum, davacılar arasında mecburi dava arkadaşlığını doğurmayacağı gibi davacı ve davalar arasında bağlantı kapsamında ortak bir yönün bulunmadığı da ortadadır.

Mahkemenin birlikte açılan davaları soruşturmanın doğru bir sonuca ulaşılma olanağını ortadan kaldırarak birlikte görmesi sonuca etkili bir usul hatası olup yerinde değildir. Bu nedenle, öncelikle davacıların Bağ-Kur'lu olmadıklarının tesbitine ilişkin davaları tefrik edilmelidir. Mahkemenin bu talepler yönünden tefrik kararı vermesinden sonra, her bir dava dosyası üzerinden, aşağıda açıklanan şekilde inceleme yaparak sonuca gitmesi gerekir. Bu yönden mahkeme eksik inceleme ve araştırma ile sonuca gitmiş olup, bu yönden verilen red kararı da yerinde değildir.

Gerçekten davacılar, davalı G. Sanayi Limited Şirketi'ne ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak çalıştıklarını ileri sürmekte, şirkete sembolik olarak ortak edildiklerini belirtmektedirler. Ekli belgelerden her bir davacının şirkette birer (1'er) paya sahip oldukları, bu pay oranlarının da iddialarını doğrular nitelikte sembolik nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Kişilerin sosyal güvenlikleri Anayasa'nın 60. maddesinde belirtildiği üzere Anayasal güvence altına alınmıştır. Bu yasal kural gereğince, bir kişinin sosyal güvenliğini belirleme idarenin değil, Yasalar kapsamında Yargı'nın görev alanına girmektedir. Bu durumda, mahkemece yapılması gereken, davalı limited şirkete ait tüm kayıt ve belgeleri dosyaya eklemek, şirketin ve davacılarının ayrı ayrı vergi kayıtlarını araştırmak, şirketin yapmakta olduğu iş gereği davacıların ayrı ayrı şirketteki konumlarını, tüm belge ve kayıtlı diğer çalışanların beyanları ile tesbit ettikten sonra çalışmanın 1479 sayılı Yasa kapsamına giren bağımsız bir çalışma mı yoksa 506 sayılı Yasa kapsamına giren hizmet akdine tabi bir çalışma mı olduğu ayrıntılı ve şüphe yaratmayacak şekilde tesbit edilip incelendikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir. Mahkemenin açıklanan araştırma ve incelemeleri yapmaksızın salt davacıların şirket kararlarında imzaları bulunması gerekçesi ile taleplerinin reddi usul ve yasaya aykırı olup yerinde değildir.

2. Birleştirilen 2001/251 ve 2001/252 sayılı davalar yönünden;

Davacıların ayrı ayrı açtıkları hizmet tesbiti ve işçilik alacaklarına ait davalar yukarıda açıklanan Bağ-Kur sigortalılıklarının iptali ile ilgili açılan dava ile birleştirilmiş ise de bu yönde usul ve yasaya uygun değildir.

Gerçekten, sigortalılığa ilişkin, “*hizmet tespiti*” davaları sosyal güvenliğe yönelik ortaya çıkan davalardır. Yasal dayanağını 506 sayılı Yasa’nın 6. ve 79/10. maddelerinden almaktadır. Sözü edilen 6. madde de, çalıştırılanların, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olacakları, sigortalı olmak hak ve yükümlünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. 79/10. madde de ise, sigortalıların çalışmalarının tesbiti ile ilgili dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan bu tür davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgilidir. Kamu Hukuku içerisinde yer alan bir hukuk dalında kişi iradesi önemli değildir. Doğrudan yasal statüsü gereği içerisinde bulunduğu durum dikkate alınır. Hakimin doğrudan gerçeği bulma yükümü bulunmaktadır.

Bağ-Kur’luluğun iptaline yönelik talepler ise, 1479 sayılı Yasa’dan kaynaklanmakta olup her iki davanın yasal dayanakları farklıdır. Ayrıca birleştirilen davalar ile asıl davalarda ki taleplerin bir kısmı aynı dönemleri de kapsadığından birinin diğerinin sonucunu belirleyici olduğu da ortadadır.

Mahkemece, hizmet tesbitine yönelik davaların birleştirilmek suretiyle yazılı şekilde reddine karar verilmesi davaların yasal dayanakları dikkate alındığında yerinde olmadığı gibi birlikte görülmeleri veya birleştirilmelerini gerektiren bir neden de bulunmamaktadır. Birleştirilmek suretiyle, hizmet tesbitine ilişkin davaların eksik inceleme ve araştırma ile sonuca götürüldüğü de ortadadır. Hizmet tesbitine ilişkin davalarda yapılması gereken inceleme ve araştırmalar yapılmadan salt tanık beyanları ile sonuca gidildiği açıktır. Bu yönden hizmet tesbitine yönelik talepleri içeren davalar tefrik edilerek ayrı ayrı incelenmeli ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmekte olup aksinin kabulü yerinde olmayıp usul ve yasaya uygun değildir.

3. Davacıların ayrı ayrı açtıkları hizmet tesbitine ilişkin davaların da istedikleri “*işçilik haklarına ilişkin olacak*” talepleri yönünden ise;

İşçilik haklarına ilişkin davalar İş Kanunu’ndan kaynaklanmaktadır. Bu tür davalarda kişi iradesi önemli rol oynadığı gibi, taraf anlaşmaları dahi geçerlidir. Bu tür haklardan her zaman için vazgeçilebilir olacak ve tazminat türü davalarda olup, hizmet testili ile birlikte açılıp görülmeleri dahi yerinde değildir. Bu tür davalar arasında da birlikte görülmelerini gerektiren bir neden bulunmamaktadır. Kaldı ki, birbirinden bağımsız sonuçlandırılmalarında da yarar bulunmakta olup, bu davaların Yargıtay inceleme merciiilerinden farklı olduğu gerçeği karşısında birlikte açılan ve daha sonra diğer dava ile birleştirilen bu talepler yönünden de tefrik kararı verilmeksizin sonuca gidilmesi de yerinde değildir.

Mahkemenin yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olguları gözetmeksizin, birbirinden tamamen farklı davaları bir arada görmek ve birleştirmek suretiyle eksik inceleme ve araştırma ile de sonuca gitmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 25.12.2003

E. 2003/8774

K. 2003/10917

* **Toplu iş sözleşmesi**

* **İş kazası sonucu ölüm**

* **İşverenin kusuru**

(4857 sayılı İş K. m. 77;

Av. Asgari Ücret Tarifesi m. 10/3)

Dava, iş kazası sonucu ölüm halinde hak sahiplerinin uğramış olduğu zararın giderilmesi ile murisin vefat ettiği tarihte yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre daire verilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, işverenin kusuru bulunmadığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine ve toplu iş sözleşmesi ile taahhüt edilen dairenin davacılara devrine karar verilmiş ise de varılan bu iki sonuç da usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Zararlandırıcı olaya maruz kalan muris, Marmara Bölgesi'nde meydana gelen deprem sonrası oluşturulan yardım ekibi içinde şoför olarak 7.9.1999 tarihinde Adapazarı'nda görevlendirilmiş, uyuduğu kamyon içinde beyin kanaması geçirek ölmüştür. Tanıklar, murisin geceleri kullandığı kamyon içersinde kaldığını, kamyonun kapı ve pencerelerini sıkı sıkıya kapattığını, olay günü, kilitli olan kamyonun kapısını açtıklarında aracın içinin sıcak, havasız ve bunaltıcı nitelikte olduğunu ve murisi ölü olarak bulduklarını beyan etmişlerdir.

İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

3.7.2003 günlü bilirkişi raporunda, olayda işveren ya da üçüncü kişilere bir kusur atfedilmesinin uygun görülmediği belirtilmiştir.

Oysa, hükme dayanak alman bilirkişi raporunda, bilirkişilerin, ölen sigortalının sıcak havada kamyon içinde yatıp kalkmasına müsaade edilmesini, tahsis edilen çadırlarda kalması konusunda işveren tarafından gereğinin yapılmasındaki ihmalkarlığın nedenleri üzerinde durulmadığı, ve İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğünün ilgili maddelerini incelemek suretiyle işverenin, işyerinde olması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususları ayrıntılı bir biçimde

incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranını hiçbir kuşku ve duraksamaya yermeyecek biçimde saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği gide-rek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Öte yandan, davalı işveren ile Türkiye Belediyeler ve Genel Hizmetler İşçileri Sendikası arasında imzalanan 1.3.1999-29.2.2000 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesi'nin 48/5.maddesinde işçinin iş kazası nedeniyle ölümü halinde kusur oranına bakılmaksızın işçinin hak sahiplerine işveren tarafından 100 metrekareyi aşmamak kaydıyla ve işverenin uygun göreceği bir semtte, Daire verileceğinin kararlaştırıldığı ve ayrıca bu haktan yararlanabilmek için mirasçılarının işveren aleyhine tazminat davası açmamları şartının getirildiği anlaşılmıştır. Toplu İş Sözleşmesi'nin bu hükmü ile hak sahiplerinin yasal tazminat davası açma hakları önlenmiş olmadığı gibi, hak sahipleri yararına seçimlik bir hak tanınmıştır. Gerçekten, hak sahipleri, iş kazasının oluşumunda murislerinin kusurunun fazla olması veya işverenin kusurunun bulunmaması hallerinde tazminat davası açmak yerine işverenden bir daire isteyebilecekler, aksi halde, yani işverenin ağır kusurlu olması durumunda bir daire bedelinden daha fazla tazminat alabilecekleri kanısında oldukları takdirde, tazminat davası açabileceklerdir. Somut olayda, davacı mirasçılar ikinci yolu tercih ederek daire isteme haklarından vazgeçerek tazminat talep etmeyi yeğlemişlerdir.

Mahkemenin, davaya konu toplu iş sözleşmesinin 45. maddesini bir bütün olarak değerlendirmesi gerekirken bir kısmına itibar edip bir kısmını gözardı etmesi usul ve yasaya uygun düşmemiştir.

Kabule göre de, karar tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesinin 10/3. maddesinde öngörülen manevi tazminat davasının tamamen reddi durumunda, avukatlık ücretinin maktu olarak hükmedileceği hükmüne aykırı şekilde davacı eş yönünden reddedilen manevi tazminat için anılan davacı aleyhine fazla vekalet ücretine hükmedilmesi de isabetsizdir.

Yapılacak iş, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi heyetine konuyu yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor, dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre tazminat davası hakkında bir karar vermek ve toplu iş sözleşmesi hükmüne göre daire verilmesi istemine ilişkin davanın ise reddine karar vermektir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 09.12.2003

E. 2003/10542

K. 2003/10058

* Destekten yoksun kalma

tazminatı

* İş kazası sonucu ölüm

* Temyiz sınırı

* İbraname

(1086 sayılı HUMK m. 427/3, 432/son)

1. Yerel Mahkemece, temyiz isteminin; dava değerinin temyiz sınırının altında olduğundan bahisle reddine karar verilmiştir. Davacı bu kararı dahi temyiz etmiştir. O halde bu yön üzerinde öncelikle durulmalıdır. Davacı dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu açıkça ifade ederek kısmi davasını açmıştır. Bu durumda temyiz sınırının dava konusu edilen alacak miktarına göre değil HUMK'un 427/3. maddesi gereği alacağın tamamı dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Her ne kadar dava dilekçesinde alacağın tamamının ne olduğu açıklanmamış ise de, davanın niteliğine, saklı tutulan alacak miktarına ancak aktüer hesap sonucu belirlenebilecek olmasına, özellikle sigortalının gelirine ilişkin dosyadaki bilgi ve belgelerden aktüer hesap sonucu saklı tutulan alacak kesiminin temyiz sınırının üstünde olduğunun açıkça anlaşılmasına göre mahalli mahkemenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararının bozulmasına karar verilerek HUMK'un 432/son maddesi gereğince asıl hükme ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesine geçildi.

2. Dava iş kazası sonucu ölüm nedeniyle Hak sahiplerinin uğramış olduğu destekten yoksun kalma tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık hak sahipleri tarafından düzenlenen ibranamenin içeriği ve kapsamı yönünden davacıların tüm alacaklarını aldıkları ve bu suretle borçluya borcundan kurtardıkları biçiminde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bir çok Yargıtay kararında vurgulandığı gibi; alacaklının alacak hakkında vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan sözleşmeye "ibra" denir. İbramenin kural olarak işçiye veya hak sahiplerine yapılmış olan ödeme ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlık bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, anılan belge ibraname değil ancak makbuz niteliğindedir. Bu yön ise, ibranamenin verildiği tarih göz önünde tutularak, hak sahiplerinin gerçek zararının uzman bilirkişiler aracılığıyla saptanması suretiyle belirlenebilir. Oysa yukarıda açıklandığı biçimde inceleme ve araştırma yapılmadığı, dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş, ibranameyi veren hak sahiplerinin ibranamenin verildiği tarihteki veriler esas alınarak gerçek zararları uzman bilirkişilere hesaplatılmak, böylece tazmin edilecek miktar ile buna karşılık ibranameyle alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığını denetlemek, açık oransızlığın

bulunması halinde, ibranamenin kısmi ifayı içeren makbuz niteliğinde olduğu kabul edilerek hüküm tarihine kadar en yakın tarihteki verilere göre hak sahiplerinin hesaplanacak tazminatından indirimde gidilmek, açık oransızlığın bulunmadığının belirlenmesi halinde ibranamenin maddi tazminatı içerdiği kabul edilerek şimdiki gibi karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde eksiz inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 16.02.2004

K. 2004/1087

* Sigortalının borçlanmasının geçerliliği

* İptal edilen yaşlılık aylığının kesildiği tarihten ödenmesi

* Kesin hüküm

(3201 sayılı K. m. 3, 6; 1086 sayılı HUMK M. 237, Anayasa m. 10, 49, 60, 62, 65, 90, 150, 152, 153)

Uyuşmazlık 3201 sayılı Yasa'ya göre yapılan borçlanma işlemini iptal eden Kurum işleminin iptali ile borçlanma işleminin geçerli olduğunun ve yurtdışı emeklilik tarihinden itibaren kısmi aylığın tam aylığa dönüştürülmesi ve bu tarihten itibaren tam aylık olarak ödenmeye başlanması gerektiğinin tesbitine ilişkindir.

Davacı uzun yıllar Almanya'da işçi olarak çalıştıktan sonra yurtdışında 21.10.1968-30.6.1992 tarihleri arasında geçen hizmetlerine ilişkin yurda kesin dönüş yaptığını bildirerek davalı kuruma 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanmış prim borçlarını ödedikten sonra yaptığı başvuru üzerine kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Ancak daha sonra Almanya Sosyal Güvenlik Kuruluşu'ndan getirilen hizmet cetveline göre davacının 31.5.1996 tarihine kadar yurtdışında işsizlik yardımı aldığı anlaşıldığından, yurda kesin dönüş yapmadığı kabul edilerek borçlanması iptal edilmiş, yaşlılık aylığı kısmi aylığa dönüştürülmüştür. Bunun üzerine davacı Ankara 7. İş Mahkemesi'nin 1999/53 Esas ve 2291 Karar sayılı dosyasında Sosyal Sigortalar Kurumu'nu hasım göstererek Kurum'un borçlanma işlemini iptal eden işleminin iptali ile borçlanmanın geçerli olduğunun ve talep tarihi itibarıyla tam aylığa hak kazandığının tespiti istemli dava açmıştır. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ve bu karar Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nce 25.10.1999 tarihinde onanarak kesinleşmiştir.

Davacı kesinleşen bu karardan sonra bu defa, Ankara 5. İş Mahkemesi'ne 6.6.2003 tarihinde dava açarak yeniden 3201 sayılı Yasa çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin 3201 sayılı Yasa'nın 3.maddesinin 1. fıkrasında yer alan "... yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin 12.12.2002 tarihli iptal kararı uyarınca borçlanmayı ve aylık tahsis işlemini iptal eden Kurum işleminin iptalini, borçlanmasının geçerli olduğunun ve yeniden aylık bağlanması gerektiğinin tesbitini istemiş, mahkemece hükümde belirtildiği şekilde istemin kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, uyuşmazlık konusunda daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı vardır. Dava konusu uyuşmazlığın daha önce bir kesin hükümle çözümlenmiş olması olumsuz dava koşuludur. HUMK' un 237. maddesi uyarınca, maddi anlamda kesin hükümden sözedebilmek için birinci dava ile ikinci davanın konusunun, dava sebebinin (vakıalar) ve taraflarının aynı olması gerekir.

Ankara 9. İş Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen dosyası kapsamından, aynı davacı tarafından aynı davalı Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine, aynı maddi vakıalara dayanarak dava açılmış ve yargılama sonunda davanın reddine ilişkin karar Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nce onanmıştır. Eldeki davanın tarafları, konusu ve maddi vakıalar önceki dava ile aynı olup, kesin hükmün oluştuğu ortadadır.

Dava sebebinden maksadın, davacının dayandığı maddi vakıalar olduğu yolunda bilimsel görüşler ve yargısal kararlar söz birliği içindedir. Yeni bir niza söz konusu olmayıp, redle sonuçlanan 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesine dayalı ilk dava ile bu davanın vakıaları, diğer deyişle sebepleri aynıdır. Davacı her iki davada da yurt dışı borçlanmasının geçerli olmasını istemektedir. Birinci davada yurt dışı borçlanmasının geçerli olmadığı saptanmıştır. Borçlanmanın geçerli olmadığı yolundaki bu hüküm davacı yönünden bağlayıcıdır. Artık borçlanmanın geçerli olduğu yönünde yeni bir dava açamaz. İkinci davanın dinlenebilmesi için, bu vakıaların birinci davada ki vakılardan farklı olması gerekir. İkinci davanın dayandığı vakıalar aynı, sadece ikinci davanın dayandığı delil farklı ise (davacı Anayasa mahkemesinin iptal kararına dayanmaktadır) dava sebebi aynı olduğundan, bu ikinci davanın dinlenebilir olanağı yoktur.

Benzer bir olay nedeniyle YHGK'nın 5.2.2003 gün ve 2003/21-30-57 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, kesin hükme karşı açılan ve tarafları, dava konusu, dava sebebi, dayanakları aynı olan ikinci davanın dinlenmesine olanak bulunmadığı gibi, bu davanın sonuçlanmasından sonra Anayasa Mahkemesi'nce verilen 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesindeki yurda kesin dönüş koşulunun iptalini öngören kararın bu davaya etkisi yoktur. Çünkü Anayasa'nın 153. maddesi hükmüne göre Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye

yürütmez. İleriye etkili olur. Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereğidir.

Bu nedenlerle mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın davanın kesin hüküm nedeniyle reddi yerine kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Karşı Oy Yazısı

Davacının istemini kısmen kabul, kısmen red eden mahkemenin 8.10.2003 tarihli kararı dairece usul ve Yasa'ya aykırı bulunarak bozulmuş ise de aşağıda anlatılan nedenlerden ötürü tarafımca yerinde bulunmadığından ötürü çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

Davacı yurtdışında geçen hizmetlerinin bir bölümünü 3201 sayılı Yasa'ya göre kuruma borçlanarak tahakkuk ettirilen prim borcunu da ödediğinden ötürü kendisine 01.10.1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlamış ise de 31.05.1996 tarihine kadar yurtdışında işsizlik sigortası primi aldığı ve yurda kesin dönüş yapmadığı gerekçe gösterilerek yurtdışı borçlanması işlemi ve neticeten bağlanan yaşlılık aylığı tahsis işlemi iptal edildiğinden yerinde olmayan kurum işleminin iptal edilerek borçlanma işleminin geçerli olduğunun tesbitine ve yeniden kesilen aylığının bağlanmasına ilişkin eldeki davayı açmış bulunmaktadır. Yapılan yargılama neticesinde tüm deliller dosyaya getirildikten sonra mahkemece istemin kısmen kabulüne davacının 3201 sayılı Yasa'ya göre yaptığı borçlanmanın geçerli olduğunun tesbiti ile aksi yöndeki kurum işleminin iptaline aylıklarının 01.07.2003 tarihinden itibaren başlatılmasına dair hüküm kurulmuştur. Bu hüküm Yüksek 21. Hukuk Dairesi üye çoğunluğunca yerinde bulunmayarak davacının daha önce aynı istemli olarak Ankara 5. İş Mahkemesi'ne tesbit ve iptal davası açtığı 2000/693 Esas, 940 karar sayılı ilamı ile bu davadaki isteminin reddine karar verilip Yüksek 10. Dairesince 21.12.2002 tarihinde onanarak kesinleştiğinden aynı taraflarca aynı istemle dava söz konusu olup HUMK 237. maddesi gereğince kesin hükmün varlığından söz edilerek eldeki davanın reddedilmesi gerekirken kabulünün yerinde bulunmadığından bahisle Bozulmasına karar verilmesi gerektiği yolunda hüküm kurulmuştur.

Dava dosyası ekinde davacının bozma kararında belirtildiği gibi iş bu davadan önce tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan davacının yurtdışı borçlanmasının geçerliliği ve yaşlılık aylığını iptal eden kurum işleminin iptaline dair dava açtığı ve redle sonuçlandığı görülmekte ise de eldeki dava ile tarafları ve istemin aynı olması dışında benzerlik taşımamaktadır. Diğer bir anlatımla kesin hükmün varlığını teşkil eden iki unsur (taraf ve konusu) aynı olmakla birlikte üçüncü unsur olan dava sebebi artık birinci dava ile aynılık arzotmemek-

tedir. Şöyle ki; birinci davanın açılıp sonuçlandığı tarihte yürürlükte olan Yasa 08.05.1985 tarihinde kabul edilip 22.05.1985 de yayınlanarak yürürlüğe giren 3201 sayılı yasadır. Bu Yasa gereğince açılıp sonuçlandırılan birinci tesbit iptal davasının red ile sonuçlandırılıp 10. Hukuk Dairesi'nce Onanarak kesinleşmiş bulunması son derece isabetlidir. Çünkü borçlanma koşullarını belirleyen 3201 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde sigortalıların borçlanma yapabilmesi için yurtdışından kesin dönüş yapmaları gerektiği zorunlu bulunmakta olduğundan ve davacının da işsizlik sigortası alması nedeniyle yurtdışından henüz kesin dönüş yapmadan borçlanma yapmış bulunduğunun kabulü o tarihte yürürlükteki yasa ve yüksek mahkeme içtihatlarına uygun düşmekteydi. Ancak 3201 sayılı Yasa'nın 3. ve ö.maddelerinde konu edilen yurda kesin dönüş yapma olgusu uygulamada yurtdışında çalışan vatandaşlarımıza borçlanma yapmaları için zorlaştırmalar getirdiği ve yurtiçi çalışanlarının çalışma olgusu ve yaşlılık aylığı bağlatma koşulları arasında eşitsizlik yarattığından Anayasa'nın 10, 49, 60 ve 62. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle bir Ankara İş Mahkemesi'nce Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'nın 152. maddesi gereğince itiraz davası açılmış olup bu mahkemece yapılan somut dava incelemesi neticesinde 12.12.2002 tarihli açıklanan kararla 3201 sayılı Yasa'nın kesin dönüşü konu eden 3 ve 6. maddelerindeki kesin dönüş ibaresinin iptal edildiği tefhim edilmiştir ve 25.04.2003 tarihinde de *Resmi Gazete'*de yayınlanarak eski yasa yürürlükten kaldırılıp iptal edilen şekli ile 3201 sayılı Yasa yürürlükte uygulanmaya devam edilmiştir. Bunun anlamı doğal olarak yurtdışında çalışan işçiler artık yurda kesin dönüş yapmaya gerek kalmaksızın çalışma sürelerini bir gün karşılığı iki dolardan olmak üzere borçlanabilme hakkını elde etmiş bulunmaktadırlar. Ancak aylık bağlanması ise yurtdışından kesin dönüş yapılması gerekliliğimi korumuş bulunmaktadır. Davacı 3201 sayılı Yasa'da aranan kesin dönüş olgusunun iptal edilmesinden sonraki döneme rastlayan 06.06.2003 tarihinde eldeki davayı açmış olduğundan artık bu dava için yürürlükteki 3201 sayılı yasanın 3. ve ö. maddesinde ki kesin dönüş koşulu aranmayacaktır. Davacının istemi yine birinci davadaki gibi borçlanmanın geçerliliği ve iptal edilen yaşlılık aylığının kesildiği tarihten ödenmesi ise de bu isteme uygulanacak yasa maddesi artık birinci dava ile aynı yasa maddesi değildir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile yeni bir şekil almıştır. Benzer tüm davalarda uygulanması zorunludur. Bu sonuç Anayasa Mahkemesi Yargılaması'nın bir gereğidir. Oysa ki, kesin hükmün varlığını belirleyen davanın sebebi artık DEĞİŞMİŞTİR. Gerek doktrinde gerekse yargısal uygulamalarda bu konuda yazılmış çok fazla doküman bulunmamakta ise de davanın sebebinden anlaşılacak hukuki ve maddi sebeptir. Hukuki sebep: Açılmış bulunan davaya dava tarihinde yürürlükte bulunan yasa maddelerinin uygulanmasının gerektiği kuralıdır. Maddi sebep ise: davanın açılmasına neden olan muarazalar ve nizalardır. Eldeki davada davanın maddi sebepleri aynı ise de hukuki sebebi artık farklı olduğu için kesin hükmün varlığını belirlenmesini teşkil eden unsurlardan birisi hukuken

kalkmış bulunmaktadır. Bu nedenle de birinci dava ile eldeki dava aynı şartları ve sebepleri taşımayacağından kesin hükmün varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu anlatılanlar iç hukuktaki HUMK 237. maddesinde anlatılan ve mahkemece resen gözönüne alınması gereken dava şartlarının irdelenmesine ilişkin ve onu ortadan kaldıran kişisel görüşümdür.

Dairenin Bozma ilamında emsal olarak gösterdiği 05.02.2003 gün ve 2003/21-30-57 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı kapsam olarak aynı özellikte değildir. Özetle bu kararda yerel mahkemenin kesin hükmün varlığından ötürü ikinci kez açılan davayı reddeden mahkeme kararının Onanmasına karar verilmiş olup gerekçeli karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2002 de tefhim edilen 3201 sayılı Yasa'nın 3 ve 6. maddelerinde yer alan kesin dönüş ibaresini kaldıran karar daha *Resmi Gazete*'de yayınlanmadığından yüksek dairece bozma şeklinde hüküm kurulmuş bulunduğundan eski yasa halen yürürlükten kalkmamış olup ancak iptal kararları resmi gazetede yayımlandıktan sonra eski yasa yürürlükten kalkıp yeni şekli yürürlüğe gireceği için bu kurala uyulmadığından yerinde bulunmamıştır. Ayrıca Anayasa İptal kararları 153. madde gereğince geriye yürümediğinden bu davada yasanın yeni şeklinin uygulamasının yer alamayacağına dair görüş bildirilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi yargılamasının bu kuralının bu şekilde ifade edilmesine katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesine Anayasa'nın 152. maddesi gereğince itiraz yolu ile somut dava açan dava mahkemelerinin iptal istemleri yapıp bitirilen Anayasa yargılamasının sonucuna göre iptal veya red kararı ile sonuçlandırılmadan mevcut yargılama bitirilemez. Eğer dava mahkemesince hüküm kurulmamışsa dava kesinleşinceye kadar Yasa'nın yeni şekli üst mahkemelerce de uygulanmak zorundadır. Çünkü iptal kararları bağlayıcıdır. Ayrıca benzer konulara bakan ilgili ve görevli mahkemeler dahi bu itiraz mahkemesinin başvurusu nedeniyle oluşacak iptal kararlarından etkileneceği için bu mahkemeler dahi Anayasa Mahkemesi'nin başvuruya ilişkin kararının sonucunu beklemeli ve Erga Omnes= herkese eşit kuralından hareketle tüm yasalar herkes için eşit uygulanmak zorundadır. Aksi yöndeki Hukuk Genel Kurulu kararındaki gibi düşünüldüğünde itiraz yoluyla yasaların iptal isteminin bir gereği ve yararı olmayacaktır. Mahkemeler uygulayamayacakları Anayasa iptal kararlarını beklemelerinin bir anlamı olamazdı. Yerel mahkemelerde ki mevcut uygulamalarda yasal için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğunda çıkacak sonuç beklenmektedir.

1982 Anayasası'nın oluşumu bu zorunluluğu getirmiştir. Bir önceki 1961 Anayasası'nda ise sadece itiraz yoluna başvuran mahkeme için iptal kararı geçerli olmakta diğer mahkemeleri bağlamamakta idi. Diğer yandan kazanılmış haklar geri verilmez ilkesinin uygulamadaki yeri ancak Anayasa'nın 150. maddesi gereğince soyut norm davalarının maddede belirtilen kişi ve kurumlarca açılması halinde uygulanmakta olup geriye yürümezlik ilkesinin bir neticesi

burada yerini bulmaktadır. Ancak Anayasa'nın 152. maddesi gereğince itiraz yoluyla açılan davalarda ise tam aksi bekleyip sonucundan etkilenilmesi yargılamanın zorunluluğudur. Eldeki dava ile Anayasa'nın 150. maddesindeki iptal davası prosedürü ile hiçbir ilgisi yoktur. Üstelik iptal kararının 25.04.2003 de resmi gazetede yayınlanmasından sonra açılmış bulunduğu için yukarıda sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararmada emsal olamaz.

Diğer yandan çalışan kesimin sosyal güvenceden yoksun bırakılmaması ve mevcut koşulların en uygun biçimde çalışanlara tanınarak yaşamın kolaylaştırılması devletin ana temel görevlerinden birisidir. Bu hak diğer yandan Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri'nin katıldığı Avrupa Sosyal Şartı anlaşmalarının da bir gereğidir. Sosyal güvenlik haklarını belirleyen Anayasa'nın 60, 65. maddelerinde anlatıldığı gibi özellikle 62. maddesinde yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bazı Batı Avrupa ülkeleri ile Türkiye Cumhuriyeti hükümetleri arasında sosyal güvenliğe ilişkin ikili sözleşmeler imzalanmış olup yine Anayasa'nın 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğü konulmuş milletler arası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz denilerek Uluslararası hukuktaki sözleşmelere yurt içinde yürürlükte bulunan kanunlara oranla üstünlük tanınarak titizlikle mutlak uyulmasının sağlanması düşünülmüştür. Bu nedenlerdir ki sosyal güvenlik haklarından vazgeçilemez bu haklardan kimse yoksun bırakılamaz, miras yoluyla yakınlarla geçer. İlgili kişi kadar devlet tarafından da korunması sağlanmalıdır. Bu hakların korunduğu en yüce makamda bağımsız yargıdır. Amaç hayatı zorlaştırarak hukuk normları arasında boğmak değil kolaylaştırmak olmalıdır. Dava konusu edilen uyuşmazlıklarda davacının sosyal sigortalar kurumuna yurtdışı borçlanması için yatırmış olduğu borçlanma bedeli halen uhtesinde bulunmaktadır. Bunun karşılığı davacı yaşlılık aylığına kavuşturulmuş ise de iptal edilerek işlem askıya alınmış bulunmaktadır. Demek oluyor ki bu kişilerin yaşamlarını sürdürebilmelerine ilişkin olan gelirlerden mahkum bırakıldığı ortadadır. Bu sosyal gerçek karşısında bazı hukuk normlarının engelleyiciliği bahane edilerek yasalarca dahi sağlanan kolaylıklar ve yeni haklardan kişiyi yoksun bırakmak Türk hukuk sistemindeki adalet anlayışında uygun düşmeyecektir. Artık engel teşkil eden tüm şartlar uygun hale getirildiği için (Anayasa'nın yargısı buna olanak sağladığından) davacıya çok önemli bir sosyal hak olan yaşlılık aylığına kavuşturmak gerektiği bu görüşün aksine hüküm içeren çoğunluğun oluşturduğu bozma gerekçesine bu nedenlerle katılmamaktayım yerel mahkemenin kararım isabetli bulduğum için benimsemekteyim.

Yukarıda anlatılan nedenlerle yerinde olan mahkeme kararının Onanması gerektiğini düşündüğümden sayın çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

DANIŞTAY KARARI

SEKİZİNCİ DAİRE

Esas No: 2002/3904

Karar No: 2004/2892

Davacı : İstanbul Barosu Başkanlığı
İstiklal Cad.Orhan Adli Apaydın Sk. Baro Han K: 2
Tünel/İstanbul

Vekili : Av. Ozan Bengisu (Aynı yerde)

Davalılar : 1. Adalet Bakanlığı
2. Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı Karanfil Sk.
No: 5/62 - Kızılay/Ankara

Vekili : Av. Tülay Yılmaz (Aynı yerde)

Davanın Özeti : Dava, 19.6.2002 gün ve 24790 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin, "*avukat ruhsatnameleri*" ile "*avukat kimliklerinin*" Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılıp düzenleneceğine ilişkin 13. maddesi ile bu madde uyarınca Barolar Birliği tarafından düzenlenen avukat kimlikleri dışındaki kimliklerin 1.1.2003 tarihinden sonra avukat kimliği olarak kullanılmayacağına ilişkin Geçici 1. maddesinin hukuka aykırı olduğundan bahisle iptali istemidir.

Savunmaların Özeti : Avukatlık Kanunu'nun 121. maddesinin 8. bendinde, "*avukatlık ruhsatnamelerini, kimlik belgelerini...*" düzenleme ve bastırma yetkisinin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na ait olduğunun hükme bağlandığı,

bu itibarla avukatların ruhsatname ve kimliklerinin ülke çapında herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemek ve bu belgelerde bir standardizasyon getirmek amacıyla Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesine de uygun olarak düzenlenen yönetmelik hükümlerinde yasaya aykırılık bulunmadığından, haksız açılan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Halil Yüksel'in Düşüncesi : Yasal düzenlemenin amaç ve kapsamını aşacak şekilde yeni kurallar getiren yönetmelik hükümlerinde hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu yönetmelik maddelerinin iptali gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Cem Erbüğ'ün Düşüncesi : Dava, 19.6.2002 günlü, 24790 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile Geçici 1. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlığa kabul ve itirazla ilgili usulleri düzenleyen 7 ve 8. maddelerinde, ilgili Baro Yönetim Kurulu tarafından verilen "*adayın levhaya yazılması*" ya da istemin reddi yolundaki kararlarının, sonuçta Türkiye Barolar Birliğince uygun bulma veya bulmama ya da itirazın kabul ve reddi ile yürürlüğe gireceği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan aynı Yasa'nın 121. maddesinin 8. bendi ile; avukatlık ruhsatnamelerini ve kimlik belgelerini düzenleme ve bastırma görevi Türkiye Barolar Birliği'ne verilmiş, 9. maddesinin 1. fıkrasında da avukatlık mesleğine kabul edilen adaya, ilgili baro tarafından bir ruhsatname verileceği hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin 4. bendi, ruhsatname ve avukat kimliklerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılacağı şeklinde düzenlenmiş iken 20.1.2004 günlü, 25352 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan 5043 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilerek, ruhsatnameler ve avukat kimliklerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılarak düzenleneceği, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca uygun bulma kararı verildiğinde ruhsatnamelerin Birlik Başkanı ve ilgili Baro Başkanı tarafından imzalanacağı kuralı getirilmiştir.

Açıklanan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; mesleğe kabul konusunda ilgili Baro Yönetim Kurulunca verilen kararların uygun bulunması, ruhsatname ve kimliklerin düzenlenip bastırılması ya da Yasa'nın son hali ile bastırılıp düzenlenmesinde Türkiye Barolar Birliği yetkili kılınmış olduğundan, Yasa'ya uygun nitelikteki dava konusu yönetmelik hükümlerinde mevzuata aykırılık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 16.06.2004 gününde davacı vekili ile Türkiye Barolar Birliği vekilinin duruşmaya geldikleri, Adalet Bakanlığı temsilcinin gelmediği görülüp, taraflara usulüne uygun söz verilip sav ve savunmaları alındıktan ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi dinlenip duruşmaya son verildikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 13. ve Geçici 1. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın, avukatlık mesleğine kabul şartlarını taşıyanların avukatlığa kabullerine ilişkin kararın ve sonrasında avukatlık ruhsatlarının verilmesini düzenleyen 7, 8 ve 9. maddelerinin birlikte incelenmesinden, mesleğe kabul şartlarını 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 getiren 121. maddesinin birlikte değerlendirilmesinden; mesleğe kabulün ilk adımını oluşturan levhaya yazılma aşamasında Barolar tarafından anılan kararların "*uygun*" bulunması ve avukatlık ruhsatlarının "*düzenlenip bastırılması*" konusunda yasayla Türkiye Baro Birliğine tanınan yetkinin varlığı karşısında, yönetmeliğin Yasa'ya aykırı bir düzenleme getirdiğini söylemeye olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına ve davanın karara bağlandığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca duruşmalı işler için belirlenen 700.000.000. lira avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine 16.6.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 10.04.2004
E. 2004/10
K. 2004/105

* Baroya bilgi verme yükümlülüğü
(Av. Meslek K. m. 27/2)

Şikayetli avukat hakkında TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine aykırı davranması nedeniyle açılan Disiplin Kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetçi avukatın müdahil olduğu ceza davasına şikayetli avukatın sanık vekili olarak girdiği; ancak Baro'ya yazı ile bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği, tarafların beyanlarından ve dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesi "*Bir avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği dosyayı kendi Barosuna bir yazı ile bildirir*" kuralını koymuştur.

Şikayetçinin 11.09.2001 günlü duruşmada kamu davasına müdahale ettiği ve davanın yasal olarak tarafı olduğu sabittir. Bu nedenle şikayetlinin bu konudaki savunmasına itibar olunmamıştır.

Avukatlık mesleğini icra edenlerin, hukukun elverdiği kurallar içinde dayanışmasını, karşılıklı saygıyı ifade eden meslek kuralını bilerek ve isteyerek yerine getirmemeleri kabul edilemez.

Şikayetli, savunma gerekçesinde Baro'ya bilgi vermediğini bildirdiğine göre, hakkındaki soruşturma için verdiği savunmanın "*bilgi verme*" yükümlülüğünü yerine kaim olacağına dair yönetim kurulu kararına da itibar edilmemiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve – aleyhe itiraz da olmadığından – kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004
E. 2004/14
K. 2004/108

*** Hakim reddinin baroya bildirilmesi**
 (Av. Meslek K. m. 17, 23/2;
 (Av. K. m. 134, 135/2, 136))

Şikayetli avukat hakkında "Bodrum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2001/25 esas sayılı dosya ile görülmekte olan dava da, şikayetlinin mahkeme hakimini TBB Meslek Kuralları'nın 17 ve 23. maddelerine aykırı olarak reddettikleri, şikayetlinin bu eylemi nedeniyle haksız ve sebepsiz olarak davanın ertelendiği ve uzadığı, sonuçta zarar edildiği" iddiası ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonunda eylem sabit görülerek, Avukatlık Yasası'nın 134, 135/2 ve 136. maddeleri gereğince disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın takip ettiği Bodrum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/25 esasına kayıtlı 1986 yılından beri devam ettiği, sonuçlanmadığı, birkaç defada Yargıtay denetiminden geçtiği, verilen kararın bozulduğu anlaşılmaktadır. Bu gibi davalarda yanlardan birinin mahkeme hakimini reddetmesi, davayı uzatmaya matuf bir davranış olarak değerlendirilemez, sadece Hakim reddi, Savcılar'ın ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikayet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat Yasa'nın gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklamak zorundadır. Şikayetli avukat tarafından Bodrum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne verilen 03.12.2001 tarihli reddi Hakim dilekçesinde Avukatlık Yasası'na aykırı veya amacı aşacak şekilde bir ifadeye yer verilmemiş ise de, mahiyeti itibarıyla hakim reddine yönelik dilekçenin bir örneğinin TBB Meslek Kuralları'nın 23/2 maddesine göre Baro'ya verilmediği anlaşılmıştır. Eylem bu yönden disiplin suçu oluşturmaktadır.

Bu durum karşısında Baro Disiplin Kurulunca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik bulunmadığından kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, İtirazın reddiyle, şikayetli Avukat E. D. hakkındaki, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004
E. 2004/15
K. 2004/109

* Baro Disiplin Kurulu'nun görevi
* Baro Disiplin Kurulu'nun görevi
* Disiplin Kovuşturması sırasında
ortaya çıkan eylem
Av. K. m. 38/b)

Şikayetli hakkında "Müdafiliğini yaptığı sanıkların savcılık ifadelerini kabul etmemeleri nedeniyle görevden istifası, mahkemenin sorgu zaptında ki ifadesinin sanıkların aleyhinde olup, savunma hakkını kısıtladığı, bağımsız büro açmamış olduğu" iddiası ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "uyarma" cezası tayin edilmiştir.

1136 sayılı Yasa'nın 141.maddesine göre; Disiplin Kovuşturması, Yönetim Kurulu tarafından verilen bir kararla açılır. Yönetim Kurulu Disiplin Kovuşturması'nın şikayetli avukatın hangi eylemleri nedeniyle açıldığını gerekçeli kararında belirtir.

Şikayetli Avukat hakkında Baro Yönetim Kurulu'nun 30.07.2002 tarihli Disiplin Kovuşturması açılmasına dair kararında şikayetli avukatın ;

A. Müdafiliğini yaptığı sanıkların savcılık ifadelerini kabul etmemeleri nedeniyle görevden istifası,

B. Sorgu zaptında ki şikayetli avukatın ifadesinin sanıklar aleyhinde olduğu ve savunma hakkını kısıtladığı,

C. Bağımsız bürosunun bulunmadığı, eylemlerinden dolayı Disiplin Kovuşturması açılmıştır.

Baro Disiplin Kurulu, Yönetim Kurulu'nun kararında belirlediği eylemlerle sınırlı olarak, DisiplinKovuşturması'nı yürütmek ve neticelendirmekle yükümlüdür. Disiplin Kovuşturması sırasında ortaya çıkan diğer eylemler hakkında ancak Baro Yönetim Kurulu'na ihbarda bulunabilir.

Baro Disiplin Kurulu ise, Baro Yönetim Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında Disiplin Kovuşturması açılmasına dair yukarıda ki gerekçelerden dolayı ceza tayinine yer olmadığına karar vermiş ancak Disiplin Kovuşturması açılmasına dair yönetim kurulu kararında bahsi geçmeyen "şikayetli avukatın daha önce müdafiliğini yaptığı sanıklarla aralarında menfaat çatışması olan diğer sanıkların müdafiliğini üstlendiğini saptayarak" şikayetli avukat hakkında Avukatlık Yasası'nun 38/b maddesi uyarınca disiplin cezası tayin etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu'nun, Baro Yönetim Kurulu'nca, şikayetli avukat hakkında Disiplin Kovuşturması açılmasına dayanak gösterilen eylemlerinin dışına çıkarak, Avukatlık Yasası'nun 38/b maddesi uyarınca ceza tayin etmesinde bu nedenle hukuki isabet bulunmamaktadır.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemleri sebebiyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiş olduğundan, Baro Yönetim Kurulu'nun Disiplin Kovuşturması açılmasına dair kararında olmayan bir eylem sebebiyle tayin etmiş olduğu "uyarma" cezasının kaldırılması gerekmektedir.

Sonuç olarak; itirazın kabulü ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına şikayetli Avukat E. A. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004

E. 2004/17 Esas

K. 2004/110

*** Birden fazla hukuk bürosu**

(Av. K. m. 34, 43/2;

4721 sayılı TMK m. 2)

Şikayetli avukatın kullanmış olduğu basılı kağıtta, antette bulunan telefon numaralarının Avukatlık Yasası'na aykırı olarak, Ankara ve İstanbul illerine ait, ayrı ayrı telefon numaralarının kayıtlı olduğu, bu telefon numaraları arandığında "S. Hukuk Bürosu, yanıtı verildiği" iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek Avukatlık Yasası'nın 34 ve 43. maddelerine aykırılık nedeni ile uyarma cezası verilmiştir.

Şikayetle Avukatın Antalya Barosu Başkanlığı'na gönderdiği 28 Şubat 2002 tarihli ve 8 Mart 2002 tarihli yazılarda kullandığı antetli kağıtlarda İstanbul ve Ankara illerine ait telefon numaralarına yer verildiği anlaşılmıştır.

Şikayetli avukat savunmalarında ve itirazında, şikayetçi Antalya Barosu'nun Türkiye'de illegal faaliyet gösteren yabancı hukuk bürolarına karşı Türk avukatlarının haklarını korumak için kendisine gönderilen yazının içeriğini yerine getirmesi gerekirken, yazının başında yer alan antetteki telefon numaralarının şikayet konusu edilmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu, Medeni Yasa'nın 2.maddesine aykırı bulunduğunu. Disiplin Kurulu tarafından verilen kararın somut delillere dayanmadığını sehven kullanılmış olan antetli kağıdın hemen değiştirildiğini, kasıtlı davranılmadığını, kararın haksız ve hakkaniyete aykırı olduğunu bildirmiştir.

Ancak, kullanılan antetli kağıtlarda Ankara ve İstanbul illerine ait telefon numaralarına yer verilmesi ve bu kağıdın Antalya Barosu'na gönderilen iki dilekçede de kullanılması, Avukatlık Yasası'nın 43/2. maddesine aykırı olduğundan disiplin suçu oluşturmaktadır. Zira "Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz", birlikte çalışan avukatlar ayrı ayrı büro edinemezler.

Ayrıca, bir avukatın antetli kağıdına sehven başka bir şehirdeki telefon numarasını yazdırması hayatın olağan akışına uymadığından, bu husustaki itiraz kabul edilmemiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İtirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004

E. 2004/19 Esas

K. 2004/112

*** Reklam yasağı**

*** Gazete ilanı**

Şikayetli hakkında *Türkiye Gazetesi*'nin yurt dışı 20 Kasım 2001 tarihli basısında yayınlanan ilanının reklam yasağına aykırı olduğu gerekçesiyle açılan Disiplin Kovuşturması sonunda disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, gazetede yayınlanan ve hukuk bürosuna ait telefon, fax ve e-mail adresinin de bulunduğu "*Endüstri Holding ve Konya'daki diğer holdinglerin hissedarlarına, Holdinglerdeki ve Sermaye Piyasaları Kurulun'daki haklarınızı koruyabilmeniz, alacaklarınızı tahsil edebilmemiz için hukuk büromuzu arayınız*" metni ile yayınlanan ilanının reklam ve iş temini amacıyla ve bilgisi içinde yayınlanmadığını, kamu görevi olan avukatlığı yaparken vatandaşlara yardımcı olmak ve Holdinglerle ilgili olarak halkı aydınlatmak gibi bir görevinin de bulunduğunu ve bu nedenle suçsuz olduğunu savunmuştur.

Gazetede ilan şeklinde yayınlanan hususların şikayetlinin bilgisi dışında yayınlandığı savunmasına itibar olanağı bulunmamaktadır. Avukatın toplumsal konularda bilgi ve görüşlerini topluma aktarmasında sosyal fayda vardır. Ancak bu fayda hiçbir zaman kötüye kullanılmamalı ve iş temini amacına yönelik bir bahane olarak gösterilmemelidir. İlan metni göz önünde bulundurulduğunda salt iş temini amacına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenlerle eylem disiplin suçu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Ankara Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004

E. 2004/20 Esas

K. 2004/113

* Dilekçede kullanılan ifadeler

(Av. Meslek K. m. 5, 6;

Av. K. m. 135, 136)

Şikayetliler hakkında Serik Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/133 esas sayılı dosyasına sundukları 30.05.2000 tarihli cevap dilekçesinde kullandıkları "...çocuğunun katili olan annenin ve onunla birlikte babanın bu davayı açmaları bir hukuk ve insanlık ayıbıdır... küçük B'nin ölümünü unutup, bu ölümden dolayı para elde etmek yoluna başvurmaları " gibi söylemlerin Av. Meslek Kuralları'nın 5 ve 6. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan Disiplin Kovuşturması sonunda eylemleri sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlilere usulüne uygun olarak tebligat yapılmış olup, itiraz yoktur. Şikayetçiler itirazlarında cezaların uygulanma şekli ile ilgili Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi uyarınca en az kınama cezası verilmesi gerektiği sebebiyle itiraz etmişler, kınama cezası verilmesi gerektiğini bildirmişlerdir.

Disiplin Kovuşturması Meslek Kuralları'nın 5 ve 6. maddelerine aykırılık nedeniyle açılmış ve eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Avukatın hak ve ödevleri başlıklı altıncı kısım 34. maddede 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle, Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen Meslek Kuralları da dahil edilmiş, bu nedenle TBB Meslek Kuralları'na aykırılık da altıncı kısımda yer almış ise de;

Disiplin cezalarını açıklayan 135. maddede "uyarma" cezasına da yer verilmiş ve bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Olay tarihi itibarıyla "uyarma" cezası tayinine yasal bir engel bulunmadığı gibi, Avukatlık Yasası'nın delillerin serbestçe takdirini ve ceza vermenin amacını belirleyen 158. maddesinin içeriği karşısında, cezaya neden olan eylemin olduğu koşullar ve varsa hafifletici nedenler de göz önünde bulundurularak ceza tayininde Disiplin Kuralları'nın takdir hakkına sahip oldukları tartışmasızdır.

Sonuç olarak, şikayetçilerin itirazlarının reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004

E. 2004/21

K. 2004/114

* Disiplin cezasının sicilden

silinmesi

(Av. K. m. 160/2, 162)

İsteklinin disiplin sicilinde bulunan "3.300.000.TL'si para cezasının" Avukatlık Kanunu'nun 160.maddesinde belirtilen şartlar oluştuğu gerekçesi ile sicilinden silinmesi talebi, Baro Disiplin Kurulu'nca yerinde bulunmayarak, reddine karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden isteklinin sicilinden silinmesini talep ettiği "3.300.000 TL'si para cezası"na dair disiplin cezasının Karaman Barosu Disiplin Kurulu'nca 3.6.1996 gün ve 1995/1 esas 1996/4 karar nolu karar ile verildiği, söz konusu bu disiplin cezasının Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nca 14.12.1996 günlü karar ile onanarak kesinleştiği görülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 160. maddesine göre, disiplin cezasının sicilden silinmesi için "uygulanması" şartı getirilmiştir. Para cezalarının uygulanması ise ancak tahsil edilmesi ile mümkündür. İsteklinin aldığı para cezasının sicil dosyasına işlenmesi, bu cezanın uygulandığı anlamında değildir. Nitekim bu husus Av. K. 160/2 maddesi ve 162. maddesi birlikte değerlendirildiğinde açıkça ortaya çıkmaktadır. Disiplin cezalarının sicilden silinmesi için gerekli olan, 5 yıllık sürenin, cezanın kesinleşmesinden itibaren değil, uygulanmasından itibaren geçmesi yasa gereği zorunludur.

İsteklinin silinmesini istediği para cezası, dosyaya ibraz ettiği makbuzdan da anlaşılacağı gibi 09.07.2003 tarihinde Baro hesabına yatırılmıştır. Söz konusu cezanın uygulanma tarihi para cezasının yatırıldığı tarih olan bu tarihtir. İsteklinin sicilinden silinmesini istediği disiplin cezasının uygulanmasından itibaren de Av. K. 160/2 maddesinde öngörülen 5 yıllık yasal süre geçmemiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, isteklinin "3.300.000 TL'si para cezası"nın sicilinden silinmesi talebinin reddine ilişkin Karaman Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004
E. 2004/29
K. 2004/121

*** Avukat hakkında küçük düşürücü ve itham edici ifade**
(Av. K. m. 140/2)

Şikayetli avukatın davalı vekili sıfatı ile mahkemeye verdiği bir dilekçede davacı vekili olan şikayetçi avukat hakkında küçük düşürücü ve itham edici ifadelere yer verdiği iddiası ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" karar verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eylemle ilgili olarak Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/320 esas sayılı dosyası ile şikayetli avukat hakkında kamu davası açıldığı ve yargılamasının devam ettiği anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 140/2 maddesi hükmüne göre disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş avukat hakkında aynı eylemden dolayı ceza mahkemesine dava açılmış ise, avukat hakkındaki Disiplin Kovuşturması ceza davasının sonuna kadar bekletilir.

Kovuşturma konusu olayda, Yasa'nın bu emredici hükmü gözetilmeden karar verilmesi isabetli bulunmamış ve Baro Disiplin Kurulu kararının bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüyle, şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eylemi nedeniyle açılan ceza davasının kesin sonucu beklenerek, oluşacak duruma göre bir karar verilmek üzere, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.04.2004
E. 2004/53
K. 2004/127

* Disiplin kovuşturmasının
zamanaşımı nedeniyle ortadan
kaldırılması

(Av. K. m. 140/2, 144/1, 157/7)

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun Av. O. K. hakkında "1.000.000.000 TL Para Cezası" verilmesine ilişkin 18.03.2003 gün ve 2002/ D. 163 Esas, 2003/44 Karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine TBB Disiplin Kurulu'nun 01.11.2003 tarih ve 2003/226 Esas, 2003/351 Karar sayılı kararıyla ve oyçokluğuyla "Disiplin Kovuşturmasının Zamanaşımı Nedeniyle Ortadan Kaldırılmasına" karar verilmiş; ancak bu karar Adalet Bakanlığı'nın 23.02.2004 gün ve (04545) sayılı işlemi ile "bir daha görüşülmek üzere" dosyası ile birlikte geri gönderilmiştir.

Bakanlığın onaylamamaya ilişkin kararının gerekçesi "1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi uyarınca disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonucuna kadar bekletilmesi gerektiği halde, zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasında hukuki isabet görülmemiş olması" dır.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısı ile birlikte disiplin dosyası bir kez daha incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü;

Uygulamada tartışma konusu yapılmakla birlikte 4616 sayılı Yasa "özel af" niteliği ağır basan kendine özgü bir düzenlemedir.

Bu bakımdan anılan Yasa'ya göre kamu davasının kesin hükme bağlanmasının ertelendiği hallerde Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi hükmünün uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Kaldı ki anılan madde uygulandığı takdirde geçecek bekleme süresi içinde kovuşturmanın zamanaşımına uğramasının kaçınılmaz olacağı ve böyle bir durumda yasa koyucunun amacına uygun bir sonuç elde edilemeyeceği de gözönünde bulundurulmalıdır.

Ayrıca işin esası hakkında karar verilmiş ve dosya zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmış bulunduğundan Av. Yasası'nın 144/1 maddesi uyarınca yeniden duruşma yapılmasında yarar da görülmemiştir.

Bu nedenlerle geri gönderme gerekçeleri yerinde görülmemiş ve geri gönderilen kararımızın aynen kabulü gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adalet Bakanlığı'nın 23.02.2004 tarih ve (04545) sayılı işlemiyle bir daha görüşülmek üzere geri gönderilen ve "Disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına" ilişkin bulunan 01.11.2003 gün ve 2003/226 Esas, 2003/351 Karar sayılı kurulumuz kararının yukarıda açıklanan nedenlerle aynen kabulüne ve neticenin Avukatlık Yasası'nın 157/7. maddesi hükmü gereğince, Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.04.2004
E. 2004/37
K. 2004/146

*** Baro Yönetim Kurulu**
aleyhine dava
*** Baroya bilgi verme yükümlülüğü**
(Av. Meslek K. m. 27/2)

Şikayetli avukatlar hakkında, Konya İdare Mahkemesi'nin 2002/229 Esas sayılı dosyası ile Konya Barosu Yönetim Kurulu aleyhine dava açtıkları halde, bu davayla ilgili, bağlı oldukları Baro'ya herhangi bir beyan ve bildirimde bulunmadıkları iddiası ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonucunda, şikayetli avukatların eylemi sabit görülerek Konya Barosu Disiplin Kurulu'nca her iki şikayetli avukata ayrı ayrı uyarma cezası verilmiştir.

Şikayetli Avukatlardan Av. H. A.'nın Stajyer Av. S. S.'nin vekili olarak Konya İdare Mahkemesi'nde 2002/229 Esas nolu dosya ile davacı'nın avukatlık stajının iki ay süre ile uzatılmasına ilişkin 28.12.2001 gün ve 2001/930 sayılı Konya Barosu Yönetim Kurulu kararının mesnedi bulunmadığı, sebepsiz olduğu ileri sürülerek iptali ve yürütmenin durdurulması için dava açtığı halde, şikayetliler tarafından bu dava için bağlı oldukları Baro'ya bilgi vermedikleri anlaşılmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre; bir avukat başka bir avukata karşı asıl yada vekil sıfatıyla takip edeceği davayı, kendi barosuna bir yazı ile bildirir. Bu bildirim henüz davanın takibine geçilmeden önce yapılması zorunludur.

Bu kural, bilgi verme yükümlülüğü ile bağlı olarak Barolar'ın ve TBB'nin üçüncü şahıslar aleyhine veya üçüncü şahısların Barolar ve TBB aleyhine açacağı davalar içinde geçerlidir.

Şikayetli avukatlardan Av. H. A.'nın "Tüzel kişilik şikayet olunmuştur" şeklindeki savunması TBB Meslek Kuralları'nın yukarıda belirtilen açık anlamına ve amacına uygun düşmediği gibi, şikayetli avukatlardan S. S.'nin davanın açıldığı tarihte Stajyer avukat olduğundan, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'nın kendisine uygulanamayacağına ilişkin savunmasına da itibar edilemez. Zira mesleğin yapılışında etkili olan ve çoğu çerçeve norm karakteri taşıyan Meslek Kuralları'nın Staj döneminde de uygulanır olması zorunludur. Avukatlık Yasası'nın 23. maddesinin son tümcesi bu kuralı yansıtmaktadır. "Stajyer Avukatlar Meslek Kuralları'na ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadırlar" Bu konuya 4667 sayılı Yasa ile netlik kazandırılmıştır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç Olarak, şikayetli avukatların itirazlarının reddi ile, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun Av. H. A. ile Av. S. S. haklarında ayrı ayrı "Uyarma Cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.04.2004
E. 2004/4
K. 2004/147

* Mahkeme kararını temyiz
etmeme
* İş sahibinin "olur"u

Şikayetli avukatın davacı vekili sıfatıyla üstlendiği davada kesin mehilden sonra tanık listesi verdiği ve davanın reddine ilişkin mahkeme kararını temyiz etmediği nedenleriyle açılan Disiplin Kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

İncelenen dosyada mevcut mahkeme tutanaklarına ve şikayetlinin savunmalarında kabul ettiği olgulara göre, delillerin mahkemeye kesin süre içinde verilmediği, davanın ispat edilememesi nedeniyle reddedildiği ve kararın da müvekkilin muvafakatının alınmasına gerek görülmeden temyiz edilmediği tartışmasızdır.

Davacıyı mahkemede temsil eden vekilin, müvekkili tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmemesi halinde yapması gereken işlemler, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'nda gösterilmiştir. Avukatın, kesin mehilin sonuçlarını iş sahibine yazı ile bildirerek delillere ilişkin bilgi istemesi ve aleyhte olan kararın temyizinde yarar görmediği takdirde de bu hususta müvekkilinin yazılı muvafakatını alması zorunludur.

Zira, bir haktan vazgeçme sonucunu doğuran işlemler için iş sahibinin yazılı "olur"unun sağlanması şarttır.

Kovuşturma konusu olayda bu yükümlülükleri yerine getirmeyen şikayetli kusurlu bulunduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılmasıyla disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Adana Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir neden de bulunmadığından şikayetli Avukat A. S.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.04.2004
E. 2004/58
K. 2004/157

* İcrada haricen para tahsil etme,
icra dairesine bildirim
* Özen yükümlülüğü
(Av. K. m. 34)

Şikayetli avukatın, üstlendiği bir icra takibi sırasında haricen tahsil ettiği paraların bir yılı aşkın bir süre icra dairesine bildirmeyerek şikayetçi (borçlu) ve yakınlarını zor duruma soktuğu ve Avukatlık Yasası'nın 34. maddesindeki özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesi ile açılan Disiplin Kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlinin, İzmir 3. İcra Müdürlüğü'nün 2000/14658 sayılı dosyası ile yaptığı icra takibi sırasında alacağı (1.010.000.000) TL lik kısmını haricen, makbuz karşılığında ve taksitler halinde tahsil ettiği halde bu tahsilatı İcra Dairesi'ne bildirmemesi ve şikayetçinin gerçekte 100.000.000 TL borcu kalmasına rağmen ancak (1.735.000.000) TL. sı yatırarak -mal beyanında bulunmaktan dolayı- mahkum edildiği hapis cezasından kurtulabildiği, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Haricen tahsil edilen paranın icra dairesine bildirilmemiş olması Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden ve disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun hafifletici sebepleri de dikkate alınarak yaptığı değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

T. 30.04.2004

* Savunma sınırını aşılması

E. 2004/59

* Meslek etiğine aykırı söylem

K. 2004/158

(Av. K. m. 136/1, 161)

Şikayetli hakkında Konya Barosu Yönetim Kurulu'nun 2002/25 E. sayılı dosyasına sunduğu 19.04.2002 ve 11.06.2002 tarihli dilekçelerde savunma sınırlarını aşarak Baro Yönetimi'ni ve özellikle muhakkik üye şikayetçi hakkında itham ve meslek etiğine aykırı söylemde bulunduğu iddiasıyla açılan Disiplin Kovuşturması sonucu eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli dilekçelerinde Av.Yasası'nın 161. maddesinde yasal bir zorunluluk bulunmadığı halde kendisinin gösterdiği 8 tanıktan her biri için 15 milyon TL ücret ve tebligat gideri ayrıca delil olarak sunduğu bant çözümü için de 100 milyon TL bilirkişi ücreti istendiğini, bu parayı yatıracak gücü olmaması nedeniyle yatırmadığını, bu sebeple delilleri toplanmadan rapor tanzim edildiği ve rapor doğrultusunda karar verilerek dosyanın kapatılmak istendiğini bildirdiğini, kullandığı sözlerin savunma sınırları içinde ve hak arama özgürlüğüne yönelik bulunduğunu bildirmiş suçsuz olduğunu savunmuştur.

Avukatlık Yasası'nın 161. maddesi gereği disiplin işlemleri dolayısıyla çağrılan her tanık ve bilirkişinin kaybettiği zaman ve harcadığı mesaiye uygun bir tazminata (Ücrete) hakkı olduğu gibi, bu husustaki giderlerin şikayetçi ve/veya hakkında kovuşturma yapılan avukat tarafından ödenmesi zorunludur. Avans ve tamamlanması istenen gider ilgilisi tarafından ödenmedikçe işlem yapılmayabilir. Bu giderlerin Baro Yönetimi tarafından karşılanacağına ilişkin yasal bir zorunluluk Av. Yasası'nın 161. maddesinde yoktur. Bu nedenle soruşturma yapmakta olan şikayetçinin Yasa'ya aykırı bir davranışı olmadığı halde, delilleri toplamadan dosyayı kapatmak amacıyla rapor tanzimi ile suçlanması ve bu suçlamayı dile getirir söylemlerin savunma sınırları içinde kaldığı savunması yerinde görülmemiştir.

Avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınması, yazarken ve konuşurken olgun ve objektif bir biçimde davranması, meslektaşları hakkında küçük düşürücü beyan ve ithamlarda bulunmaması gerekir.

Şikayetlinin söz ve ithamları TBB Meslek Kuralları'na açıkça aykırı bulunduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin niteliği yönünden yapılan değerlendirme yerinde görülmekle birlikte, şikayetlinin sicilinde mevcut bulunan ve eylemin işlendiği tarihten sonra kesinleşen cezalar tekerrüre esas teşkil edemeyeceğinden (Av. Yasası 136/1) tayin edilen para cezası ağır bulunmuş ve kınama cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmıştır.

Sonuç olarak, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun 150.000.000. TL para cezası

verilmesine ilişkin kararının Kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek Onaylanmasına ve şikayetli Avukat K. K.'nın kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.04.2004
E. 2004/64
K. 2004/162

* Avukatlık faaliyeti ile ilgili olmayan eylem
* Mesleki faaliyet alanı dışında da meslek saygınlığının korunması
(Av. Meslek K. m. 4, 5, 6, 26, 27)

Şikayetli avukatın, şikayetçilerin açtığı davaların yargılaması devam ederken, dava konusu olay hakkında basında çıkan haberler üzerine, şikayetçi avukatların müvekkillerine keşide ettiği ihtarnamede *“Hal böyle olmasına ve henüz kesinleşmiş hiçbir hüküm ve kararın olmamasına rağmen, tamamen zarar verme kastı ile bu konunun takibi için tarafınızdan görevlendirilmiş bulunan Av. E. D. tarafından özellikle basına ve kamuoyuna haksız, mesnetsiz ve tamamen zarar verme kastı ile açıklamalar ve hatta çalışmalar yapmakta ve beyanlar verilmektedir”, “Ancak bilinmesi gerekir ki vekiliniz olarak avukatınızın hiçbir yargı kararı ve hükmü olmadan, gerçekleri saklayarak ve saptırarak yaptığı her açıklama ve beyandan müştereken pay sahibisiniz ve sorumlusunuz”* şeklindeki ifadesinden dolayı Baro Disiplin Kurulu'nca başlatılan Disiplin Kovuşturması sonucunda şikayetli avukatın eylemi meslek kurallarına aykırı görülerek, disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçi avukatların müvekkillerine çektiği ihtarnamede avukatlığı rencide edici beyan ve İthamın olmadığını, İhtarnamenin avukat sıfatı ile değil, Kooperatif Başkanı sıfatı ile keşide ettiğini, bu nedenle Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na bir aykırılığın olamayacağını savunmuştur,

Şikayetli avukatın, şikayetçilerin müvekkillerine keşide ettiği ihtarnamede yukarıdaki sözleri kullanmış olduğu sabittir. Şikayetli avukatın ihtarnamede kullanmış olduğu sözler avukatlık mesleğinin itibarını zedeleyecek, mesleğe duyulan güveni sarsacak niteliktedir.

Ayrıca şikayetli avukat, şikayetçi avukatların müvekkillerine keşide ettiği ihtarnamede şikayetçi avukatın mesleki tutum ve davranışları hakkındaki olumsuz düşüncelerini açıklamıştır. TBB Meslek Kuralları'nın 26. maddesi gereğince bu yoldaki şikayetlerin mercii yalnız barolardır.

Kovuşturma konusu olayda irdelenmesi gereken diğer bir husus, avukatlık faaliyeti ile ilgili olmayan şikayetlinin eyleminin, disiplin suçu oluşturup, oluşturmayacağı sorunudur.

Avukatın güvenirlilik ve meslek saygınlığını koruma konusundaki yükümlülükleri sadece mesleki faaliyet alanı ile sınırlı olmayıp, bu faaliyetin dışında kalan yaşam alanı bakımından da geçerlidir. Avukat, mesleki faaliyet alanı dışındaki yaşamında da, konumu ile bağdaşmayacak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. (Meslek Kuralları m. 4), Bu nedenle eylemin avukatlık faaliyeti dışında, avukatın disiplin hukuku ile bir ilgisinin bulunmadığı yolundaki savunma ve itirazlar dinlenemez.

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi TBB Meslek Kuralları'nın 4, 5, 6, 26 ve 27. maddelerine aykırı olmakla, disiplin suçunu oluşturmuştur. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetlinin sicilindeki kınama cezası da nazara alınarak Avukatlık Yasası'nın 136. maddesine göre yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "91.260.000 TL" sı para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.04.2004
E. 2004/65
K. 2004/163

* Davanın rizikolarını
müvekkile bildirme

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçiden aldığı vekaletnameye dayalı olarak kira alacağıнын tahsili için icra takibi yaptığı, icra takibine yapılan itiraz üzerine açılan itirazın kaldırılması davasında, şikayetlinin mesleki hatası sebebiyle şikayetlinin mağdur olduğu ve zarara uğradığı iddiası ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Dosyadaki belge ve bilgilere göre şikayetli avukatın yapılacak icra takibi ve açılacak davanın olumsuz yönleri ile rizikolarını şikayetçiye açıkça bildirdiği buna rağmen şikayetçinin gerekli yasal işlemleri yapılmasını istediği, sonuçta verilen kararın temyiz edilmesi için şikayetçiden masraf istendiği halde şikayetçinin bu talebi yanıtızsız bıraktığı, şikayetçinin bu takip ve dava nedeniyle uğradığı zararları şikayetli avukattan bir not yazmak suretiyle talep ettiği, bu isteğine olumlu yanıt verilmeyince Baro Başkanlığı'na şikayet dilekçesi verdiği anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın itirazının kaldırılması davası açmadan önce şikayetçiyi uyardığı, bu davanın kaybedilmesi halinde sonuçlarının neler olabileceğini de şikayetçiye bildirdiği görüldüğünden, şikayetli avukatın herhangi bir kusuru tespit edilmemiştir.

Bu durum karşısında disiplin suçu oluşmadığından, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç Olarak, İtirazın reddiyle, Eskişehir Barosu Disiplin Kurulu'nun "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 01.05.2004

E. 2004/99

K. 2004/169

*** Disiplin cezasının sicilden
silinmesi**

(Av. K m. 157, 160/2, Humk.
m. 440, 445)

Şikayetli avukat 31.10.2003 tarihli dilekçesi ile "Baro Disiplin Kurulu'nca 11.04.1996 tarihinde kınama cezası verildiğini, bu cezanın TBB Disiplin Kurulu tarafından onanarak kesinleşmiş olduğunu, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nde açtığı iptal davasının da aleyhinde neticelenmiş bulunduğunu, daha sonra yaptığı araştırmada, Baro Disiplin Kurulu'nun kararına dayanak yaptığı ve şikayetçinin gönderdiğini iddia ettiği havalenin aslında gönderilmemiş olduğunu, Baro Disiplin Kurulu'nun araştırma yapmadan kınama cezası tayin etmiş olmasının hata olduğunu, düzeltilerek, kınama kararının kaldırılmasını" talep etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın başvurusunu Avukatlık Yasası'nın 160/2 maddesi içinde, disiplin cezasının sicilden silinmesi talebi olarak kabul etmiş ve şikayetli avukatın yasal süre içinde başka disiplin cezası almış olması sebebiyle istemin reddine karar vermiştir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 157. maddesinde Baro Disiplin Kurulu kararlarına karşı itiraz edilecek merciin Türkiye Barolar Birliği olduğu kabul edilmiş ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu incelemesinden geçerek kesinleşmiş kararlara karşı Hukuk Yargılama Usulü Yasası'nın 440. maddesinde kabul edilen "Karar Düzeltme" ve 445. maddesinde kabul edilen "İadei Muhakame" gibi hükümlere karşı müracaat yolları Avukatlık Yasası'nda yer almamıştır.

Bu nedenle şikayetli avukatın talebini, Avukatlık Yasası'nın 160/2 maddesi uyarınca yapılmış bir itiraz olarak kabul eden Baro Disiplin Kurulu'nun bu değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamıştır.

İtiraza konu Baro Disiplin Kurulu'nun kınama kararına karşı şikayetli avukatın itirazı Türkiye Barolar Birliği'nin 09.11.1996 tarih ve 1996/116-132 sayılı kararı ile ret edilmiş olduğundan karar kesinleşmiştir.

Şikayetli avukatın, kesinleşen kınama cezasından sonra kınama ve para cezaları aldığı Baro Disiplin Kurulu'nun 18.11.2003 tarihli kararından anlaşıl-maktadır.

Avukatlık Yasası'nın 160. maddesi uyarınca, kesinleşen disiplin cezasın-dan sonraki beş yıl içinde disiplin suçu işlenmemesi ve müracaat halinde Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezasının sicilden silinmesine karar verilebilir. Beş yıllık süre içinde disiplin cezası alınması halinde, önceki disiplin cezalarının silinmesi talep edilemez.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 18.11.2003 tarih ve 1995/D. 63 sayılı "İstem reddine" dair kararının onanma-sına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 14.05.20

E. 2004/72

K. 2004/173

* **Kamu inancı ve mesleğe
güven sağlama**

* **Özen borcu**

(Av. Meslek K. m. 3)

Şikayetli avukat hakkında şikayetçinin satın aldığı taşınmaza ilişkin muva-zaali yapıldığı iddiası ile birçok tapu iptal ve tescil davası açtığı, icra takipleri yapıldığı, icra takiplerine konu bonoların şikayetlinin bürosunda katip olarak çalışan şahıs tarafından tanzim edildiği ve şikayetlinin de bu durumu bildiği, şikayetlinin müvekkilleri ile icra dosyasında borçlu olanlar aleyhine ceza da-vası açtığı, bu sebeple şikayetli avukatın "Özen borcu" nu ihlal ettiği gerekçesi ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca Avukatlık Yasası'nın 134 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırılık nedeni ile uyarma cezası verilmiştir.

Dosyada toplanan kanıtlara göre, şikayetlinin aynı davada yararı çatışan tarafların yargılanmaları aşamasında bir kısım sanıkların vekili olduğu, 1997'de düzenlenen bonoların takibe konulması sırasında 1999 yılında tedavüle çıkartılmış olan damga pullarının keşide tarihinde yapılandırılmış gibi bonolara yapııştırıldığı, icra takipleri, hukuk ve caza davalarındaki yararı çatışan taraf-ların aynı davada sanık sıfatı ile yargılanmaları aşamasında, şikayetlinin ve ortağının bir kısım sanıklara vekillik ettiği anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 134. maddesi ile Meslek Kuralları'nın 3.maddesi gereğince avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışta bulunanlara yasadaki yazılı disiplin cezaları uygulanır. Avukat

mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde işini tam bir sadakatle yürütür.

Ankara Barosu Disiplin Kurulu TBB Disiplin Kurulu'nun bozma karardan sonra özen borcunun ihlali sebebiyle disiplin cezası tayin etmiş olduğundan yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 14.05.2004

E. 2004/74

K. 2004/175

* Düşüncelerin olgun ve objektif biçimde açıklanması

* Meslektaş küçük düşürücü ifade

Şikayetli avukat tarafından kaleme alınan dilekçelerde kullanılan sözler nedeniyle açılan Disiplin Kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne verdiği 19.11.2001 ve 11.03.2002 tarihli dilekçelerde hasım vekili meslektaş hakkında "futursüzca-Hani, bize göre tam da perhizlik bir durum-Savunma kalabalığı-Hiç sıkılmadan-Tutarsız ve hatalı, özensiz davranış şampiyonu-Marka Hukukuna bigane" gibi ifadeler kullandığı görülmüştür.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5-6 ve 27/1 maddesi hükümleri "Avukatın düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması", "İddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgili olması" ve "meslektaşının küçük düşürücü davranışlardan kaçınmasını" öngörmektedir.

Meslek kurallarında yer alan bu ilkeler nedeniyle, şikayetli tarafından kullanılan sözlerin Avukatın rahatlıkla kullanabileceği incelik, zarafet ve nezaket düzeyinde olmadığı tartışmasızdır.

Bu nedenle eylem disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede herhangi bir isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "Kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 14.05.2004

E. 2004/9

K. 2004/191

* Süresinden sonra ve yetkisiz
mahkemede dava açma

* Görevi kötüye kullanma

* İşî red zorunluluğu

Şikayetli hakkında vekaletname ve masraf aldığı halde süresinden sonra ve yetkisiz mahkemede dava açmak suretiyle görevini kötüye kullandığı iddiasıyla açılan Disiplin Kovuşturması sonucu disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiş bulunmaktadır.

Şikayetli problemin kaynağı ve dayanağı belgelerin kendisine verildikten sonra 23.06.2000 tarihli vekaletnamenin yokluğunda bürosuna bırakıldığını, ancak Eylül 2000'de 150.000.00 TL. masraf alınması nedeniyle 18.09.2000 tarihinde Borçka Asliye Hukuk Mahkemesi'nde ihalenin feshi davası açıldığını, görevsizlik kararı verilmesi üzerine davanın Borçka İcra Tetkik Mercii Mahkemesi'ne gönderildiğini, 01.02.2001 tarihinde azledilmiş olması ve müvekkil tarafından da dosyanın takip edilmemesi nedeniyle 13.02.2001 tarihli duruşmada davanın müracaata bırakıldığını ve 15.05.2001 tarihinde de davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğini, bu nedenle herhangi bir kusuru bulunmadığını savunmuştur.

Şikayetçi tarafından 26.08.1999 tarihinde ihalesi yapılan taşınmazlarla ilgili olarak ihalenin feshi davası için 23.06.2000 tarihinde vekaletname tanzim edilmiş ve 02.08.2000 tarihinde 100.000.00 TL ve 16.09.2000 tarihinde 75.000.000 tl olmak üzere cem'an 175.000.000.00 TL şikayetli takibi M. K. imzası ile şikayetliye teslim edilmiştir.

İcra İflas Yasası'nın 134/2. maddesi uyarınca ihalenin feshi davası ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde İcra Tetkik Mercii'nde ilgilileri tarafından dava edilmek zorunda olup, 134/5 maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde de, ıttıla tarihinden itibaren yedi gün ve her halde ihalenin yapıldığı tarihten itibaren bir sene içinde dava açılması gereklidir. Bu süreler kamu düzenine yönelik hak düşürücü sürelerdir.

Bu durumda avukat, ihale dosyası ve getirilen delillerin tetkikinde İ. Yasası'nın 134/5. maddedeki koşulların bulunmaması halinde işi red zorunda olduğu gibi, dava koşullarının bulunması halinde de ıttıladan ibaret yedi gün ve her halde bir senelik hak düşürücü süre içinde yetkili İcra Tetkik Mercii Mahkemesi'nde dava etmek yükümlülüğü altındadır. İhalenin 26.08.1999 tarihinde yapılmış olması sebebiyle vekaletnamenin tanzim tarihi olan 23.06.2000 tarihinde bir senelik hak düşürücü süre dolmadığı gibi, masrafın Eylül 2000 de verildiği savunmasına 02.08.2000 tarihli katip M. K. imzalı makbuz karşısında itibar olanağı bulunmamaktadır.

Kamu'nun avukatlık mesleğine duyduğu güven, özellikle kamusal nitelikli davalarda doğru mahkeme ve doğru zamanda avukatın davayı açma ve takibini gerektirdiği gibi, görmesi gereken iş Yasa ve yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre redde mahkum ise avukat işi red zorundadır. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca İ.İ.Yasası 134/2 maddesinin öngördüğü yedi günlük süreden sonra vekalet verilmiş ve kendi ihmalden doğan kusurun avukata yüklenmiş bulunduğu şeklindeki hukuksal değerlendirme yerinde görülmemiş, şikayetlinin sicil özeti dosyada bulunmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi ve Artvin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne, şikayetli avukatın sicil özeti dosyaya eklenerek, sicil durumu da gözetilmek suretiyle eylemine uygun bir ceza tayin edilmek üzere Artvin Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.06.2004
E. 2004/62
K. 2004/201

* **Taraflardan biri gibi dava
konusuna doğrudan ortak olmak**
(Av. Meslek Kuralları m. 2, 3;
Av. K. m. 47, 164)

Şikayetli avukat hakkında, vekili olduğu şirket adına takip ettiği davalarda, şirketin iflasına karar verilmeden 1 gün önce, müvekkili şirketin davalı şirketten olan alacağını temlik alarak, davaya davacı sıfatı ile devam ettiği iddiası ile başlatılan Disiplin Kovuşturması sonucunda, eylem Avukatlık Yasası'nın 47 ve 164. maddeleri ile Meslek Kuralları'nın 2 ve 3. maddelerine aykırı bulunarak, kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın vekili olduğu şirket adına takip ettiği davada, şirketin iflasına karar verilmesinden bir gün önce davaya konu olan ve davalı şirketten dava yoluyla talep edilen miktarı temlik aldığı, daha sonra davacı sıfatı ile davaya devam ettiği dosya içindeki belge ve bilgilerden anlaşılmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 47. maddesine göre; *"Avukat el koyduğu işlere ait çekişmeli hakları edinmekten veya bunların edinilmesine aracılıktan yasaktır."*

Olay tarihindeki 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin 3. bendine göre; *"... yapılacak anlaşmalar, dava konusu olan mal, alacak veya hak gibi kıymetlerden bir kısmının aynen avukata ait olacağını ve böylece avukatın taraflardan biriymiş gibi dava konusuna doğrudan doğruya ortaklığını kapsayamaz..."*

Avukat, maddi menfaatini davanın neticesine bağladığı taktirde, her türlü bağımsızlığını kaybedecek ve kendi menfaatinin vekili konumunda olacaktır. Avukatın görevi ise vekil edeninin hukukunu hak ve adalet kuralları içinde

savunma olduğuna göre, dava sonucunun olumlu ve olumsuz olmasının, kendi emek ve mesaisinin karşılığı olan ücrete tesir etmemesi gerekmektedir. Böyle bir durumun önlenmesi içinde yasa koyucu tarafından yukarıdaki iki madde kabul edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda ise açıkça görülmektedir ki, şikayetli avukat, vekil sıfatı ile takip ettiği dava konusu alacağı, hem de vekili olduğu şirketin mahkemece iflasına karar verilmeden bir gün önce temellük etmiş ve kendisini davacı konumuna getirmiştir.

Ayrıca şikayetli avukat, Baro Disiplin Kurulu tarafından da kabul edildiği gibi bu eylemi ile iflas etmek üzere olan vekil edeni şirketin sürdüremeyeceği bir davayı sürdürebilmek ve alacağı iflas eden şirket adına takip edebilmek için, kendi üzerine temlik alarak davada taraf olmakla yasaya ve meslek kurallarına aykırı da davranmıştır. Bu nedenlerle şikayetli avukatın eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan şikayetli avukatın itirazının reddine karar vermek gerekmektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 158. maddesine göre, Baro Disiplin Kurulları, gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kaniya göre serbestçe takdir ederler. Şikayetli avukatın disiplin sicil özetinde, önceden almış olduğu bir disiplin cezası da bulunmamaktadır. Bu sebeple, şikayetli avukat hakkında Baro Disiplin Kurulu'na tayin edilmiş olan "kınama" cezasında, eylem ile ceza arasındaki adaletli denge korunmuş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazların reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.06.2004
E. 2004/107
K. 2004/203

* Masraf ve avansın kalanını iade
* Müvekkile hesap verme
(Av. Meslek Kuralları m. 42;
Av. K. m. 136/2)

Şikayetli avukatın üstlendiği bir boşanma davası için aldığı masraf avansının harcanmayan kısmını iade etmediği ve müvekkiline hesap da vermediği iddiası ile açılan Disiplin Kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'na "Uyarma" cezası tayin edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Disiplin Kovuşturması açılmasına neden olan eylemlerin gerçekleştiği anlaşılmıştır.

Avukat, takip ettiği işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın, işin gereğini çok aşmamasına, avanstaki yapılan harcamaların, müvekkile zaman zaman bildirmesine ve işin sonunda avanstaki kalan paraların müvekkile geri verilmesine dikkat edilmesi gerekir. Bu ilke TBB'nin Meslek Kuralları'ndan 42. maddesinin gereğidir.

Şikayetli avukatın, alınmaması gereken ve harç olarak isimlendirilen avansın davada harcanmadığı halde, hesabını vermemesi, iade etmemesi, avukatlık mesleğine olan güveni sarsıcı nitelikte bir eylemdir.

Disiplin Kurulu'nun, bu meblağı ücret olarak kabul edip, şikayetlinin hapis hakkını kullanabileceği düşüncesine itibar edilemez.

Şikayetlinin, eylem tarihinden önce kesinleşmiş "Kınama" cezası da bulunduğu için, bu kez Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi hükmüne göre para cezası tayini gerekirken "Uyarma" cezası ile yetinilmesi isabetli görülmemiş ve uyarma cezasının para cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur.

Sonuç olarak, C. Başsavcısı'nun neticesi itibarıyla yerinde olan itirazının kabulüyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının "40.000.000 TL" para cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve Avukat V. B.'nin "40.000.000 " TL para cezası ile cezalandırılmasına oyçokluğuyla karar verildi.

* * *

T. 12.06.2004
E. 2004/122
K. 2004/211

* Tabelaların Reklam Yasağı
Yönetmeliği'ne uygun hale
getirilmesi

(Av. Meslek Kuralları m. 7/b; Av.
K. m. 55; Reklam Yönetmeliği m. 5)

Şikayetliler hakkında Avukatlık Yasası'nın 55. maddesine, Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı eylemlerinden dolayı açılan Disiplin Kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulu'nca eylemleri sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında; Tabelalarının Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne uygun hale getirilmesi uyarısını içeren Baro Başkanlığı yazısının kendilerine tebliğ edilmemiş olduğunu, bu nedenle gereğini yerine getiremediklerini, Baro Disiplin Kurulu'nun savunma istemesi ile ilgili yazının kendilerine tebliğinden sonra levhalarını yönetmeliğe uygun hale getirdiklerini savunmuşlardır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Yasa ile değişik 55/son maddesi hükmüne göre Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanan Reklam Yasağı Yönetmeliği, 14.11.2001 tarih ve 24583 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanarak, yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 5. maddesi avukatların tabelaları için önemli ve ayrıntılı kurallar getirmiştir.

Yönetmelik *Resmi Gazete*'de yayınlanmakla, tüm avukatların bilgisinin olacağı varsayılmalı bu nedenle avukatlar tabelalarını, yönetmeliğe uygun hale getirmelidir. Baro'lara ayrıca, yönetmeliğin maddelerinin uygulanması için üyelerine uyarıda bulunması gibi bir yükümlülük de yüklenmemelidir.

Avukat mesleğinin yerine getirilmesi ile doğrudan ilgili bulunan Avukatlık Yasası, TBB Meslek Kuralları ve Yasa uyarınca çıkarılmış olan yönetmelikleri iyi bilmek, özümsemek ve bu alanda yapılacak değişiklikleri de tüm olanaklarını kullanarak izlemek zorundadır. Bu nedenle Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin uygulanması için Baro'nun kendilerine uyarıda bulunmasını beklemeden, gereğini yerine getirmelidirler.

Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 14.11.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına karşın, şikayetli avukatlar savunmalarında 12.03.2003 tarihinde tabelalarını yönetmeliğe uygun hale getireceklerini bildirmişlerdir. Tabelaların Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne uygun hale getirilmesi için bu kadar uzun bir süre beklenilmesi de kabul edilemez.

Şikayetli avukatların eylemleri Avukatlık Yasası'nın 55, Reklam Yönetmeliği'nin 5 ve TBB Meslek Kuralları'nın 7/b maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, İtirazların reddi ile, Kayseri Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikayetli avukat hakkında *uyarma* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.06.2004

E. 2004/129

K. 2004/214

*** İş i uzatma amacıyla hareket etme**

(Av. Meslek Kuralları m. 3, 4, 22;

Av. K. m. 34, 134)

Şikayetli avukatların icra dairesinde yapılan bir değer tespiti işlemindeki tutumlarının Avukatlık Yasası'nın 34,134 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 22. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle açılan Disiplin Kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca ayrı ayrı uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetçi vekilleri Baro Başkanlığı'na verdikleri şikayet dilekçesinde: Şikayetlilerin müvekkilleri olan borçluları hakkında İstanbul 10. İcra Müdür-

lüğü'nün 2000/398 Esas ile takip yaptıklarını, bu takipler nedeniyle taşınmazların bulunduğu mahallerde talimat yoluyla değer tespiti yaptıklarını ancak şikayetlilerin bu tespitlere taşınmazın bulunduğu yerde değil İstanbul İTM de itiraz ettiklerini verilen yetkisizlik kararını temyiz etmeleri nedeniyle Kamu alacağının sürüncemede kaldığını, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı hareket etmeleri nedeniyle cezalandırılmalarını talep etmişlerdir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında; takibin İstanbul İcra Dairesi'nden yapıldığını, Yasa'da değer tespiti konusunda değişiklik yapılmadan önce bir açıklık bulunmadığını, bu nedenle asıl takibin yapıldığı yerde itiraz ettiklerini, sonradan yapılan değişiklik ile Yasa'ya açıklık kazandırıldığını, müvekkillerinin haklarını koruduklarını, verilen yetkisizlik kararına karşı temyiz yolunun açık olması nedeniyle avukat olarak kararı temyiz ettiklerini, bunun yasal bir görev olduğunu, bu işlemlerin yapılmasında bir kasıtlarının bulunmadığını, Yasa'nın kendilerine vermiş bulunduğu işlemleri yerine getirdiklerini, kusurlarının bulunmadığını bildirmişlerdir.

İcra ve İflas Yasası'nda değişiklik yapılmadan önce değer tespitlerine karşı yapılacak itirazlar hakkında bir açıklık bulunmadığı, ancak yapılan değişiklik sonucunda konuya açıklık getirilerek itirazların değer tespitinin yapıldığı yerdeki İcra Tetkik Mercii nezdinde yapılacağını belirtildiği bilinmektedir. Kovuşturma sonucu işlem yasa değişikliğinden önce gerçekleşmiştir.

İstanbul İcra Tetkik Mercii Hakimliği yetkisizlik kararı vererek dosyayı yetkili mercie göndermiştir. Yetkisizlik kararı temyiz yolu açık olmak üzere verildiğinden, şikayetli avukatların bu yola gitmeleri doğaldır. Yasal bir hakkın kullanılmasında kötü niyet aranması ve kamu alacağının sürüncemede bırakıldığından söz edilmesi yasa avukatların hak ve ödevlerini belirleyen hükümlerle bağdaştırılmaz.

Kovuşturmaya neden olan işlemlerde şikayetlinin iyi niyet kurallarına uygun olmayan düşüncelerle ve işi uzatmak amacıyla hareket ettiklerine ilişkin herhangi bir kanıt da ibraz edilememiştir.

Bu nedenlerle Avukatlık Yasası'na ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı bir eylem söz konusu olmadığından, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve cezaların kaldırılması gerekmiştir.

Sonuç olarak, C. Başsavcılığı'nın itirazının reddi, şikayetlilerin itirazlarının kabulü ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "ayrı ayrı uyarma cezası verilmesine" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması nedeniyle şikayetli avukatlar Ahmet Yum, Ramazan Yavuz ve Yılmaz Çiçek haklarında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına, oybirliği ile karar verildi.

T. 12.06.2004

E. 2004/136

K. 2004/221

* Bizzat taraf olmama

* Bağımsızlığını koruma

* İşe sadakat müvekkile

sadakat değildir

Şikayetli hakkında müvekkilinin borcundan dolayı düzenlediği protokolde borcu şahsen de ödemeyi taahhüt ettiği ve protokolde belirtilen alacak karşılığı tanzim edilen senetlerde de asıl alacaklı olarak görünmekle senetleri ciro ettiği, senet bedelleri ödenmediği ve bu sebeple kamunun avukatlık mesleğine olan güvenini sarstığı nedeniyle açılan Disiplin Kovuşturması sonunda disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli taraflar arasındaki görüşmelerde bulunduğunu, şikayetçi taraftan kendi imzasının da istenmesi ve manevi baskı yapılması karşısında müvekkile olan güveninden dolayı protokolü imzaladığını ve senetleri ciro ettiğini, ancak ödenmeme olursa kendisinin ödeme gücü bulunmadığını defalarca bildirdiğini, baskı altına alınarak alacağın tahsiline çalışıldığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli şikayetçinin Kanal 6 Radyo Televizyon Yayıncılığı Ticaret A. Ş. de olan alacağın tahsili için bir kısım icra takiplerinden vazgeçilmesine ve bu alacağın ileriki tarihli senetlerle ödeneceğine ilişkin 20.06.2000 tarihli protokolü müvekkili K. Y. adına vekaleten imzalamış, protokolde alacak karşılığı verilecek senetleri ciro etmeyi de taahhüt etmiş, 21.06.2000 tarihinde de senetleri teslim etmiştir. Protokolde belirtilen senetlerin asıl alacaklı olarak şikayetli adına tanzim ve ciro edilmek suretiyle şikayetçiye verildiği görülmektedir.

Kamu'nun avukatlık mesleğine olan güveni, saiki ne olursa olsun avukatların müvekkilleriyle ilgili özellikle akçeli işlemlerde bizzat taraf olmamasını, görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmesini gerektirir. Salt protokolün yürürlüğü ve müvekkile olan güven duygusu avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvenin sarsılmasına yol açmamalı, avukat mesleki çalışmasında bağımsızlığını korumalı, bağımsızlığını zedeleyecek iş kabul ve takibinden özenle kaçınmalıdır. İşe sadakat kesinlikle müvekkile sadakat değildir. Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, aleyhe itiraz olmadığından şikayetli Avukat K. H.'nin itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliğiyle karar verildi.

T. 12.06.2004
E. 2004/137
K. 2004/222

* Yazılı ücret sözleşmesi
* Vekalet ücretinin peşin
ödenmesi teamüli yoktur
(Av. Meslek Kuralları m. 3;
Av. K. m. 34)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçilerden vekaletname ve vekalet ücretine mahsuben para almasına karşılık bakiye vekil ücretinin ödenmediği için dava açmaması nedeniyle başlatılan Disiplin Kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçiler ve bir kısım kooperatif üyeleri ile 2.000.000.000 TL'si avukatlık ücreti karşılığında dava açılmasını kabul ettiğini, avukatlık ücretine mahsuben 900.000.000 TL'si ödendiğini, 60.000.000 TL'si ihtarname gideri yaptığını, bakiye 1.160.000.000 TL'si ödenmediğinden dava açmadığını savunmuştur.

Taraflar arasında vekalet ücretine ilişkin yapılmış yazılı bir sözleşme yoktur.

Şikayetçiler ve bir kısım kooperatif üyeleri tarafından, şikayetli avukata 2.000.000.000 TL'si ödeneceği, bu bedele mahsuben 900.000.000 TL'si ödenmiş olduğu taraflar arasında tartışmasızdır.

Şikayetli avukatın, şikayetçiler ve bir kısım kooperatif üyeleri adına dava açmak ve davayı her aşamasında vekaleten takip görevini üstlendiği, kendisine verilen vekaletnameyi kabul etmesi ile sabit bulunmaktadır. Tarafların beyanları ve dosya içindeki belge ve bilgiler de vekalet ilişkisinin kurulduğunu ve şikayetli avukatın kararlaştırılan vekalet ücretine mahsuben 900.000.000 TL'si almak suretiyle davanın takibini üstlendiğini açıkça göstermektedir. Vekaleti kabul ederek görev üstlenen şikayetli avukat, davayı açarak, yasal prosedürü içinde yürütmekle yükümlüdür.

Vekalet Sözleşmesi'nin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değilse de ispatı HUMK'nun 288 ve devamı maddeleri hükümlerine ve yasada ki ispata ilişkin kurallara bağlıdır. Şikayetli avukat ise vekalet ücretinin peşin ödeneceği konusunda yazılı bir ücret sözleşmesi ibraz edememiştir. Avukatlık Yasası'nda, vekalet ücretinin ödeme zamanı konusunda ayrı bir hüküm konulmuş olmadığından ve ücretin peşin ödeneceğine ilişkin bir teamül de mevcut bulunmadığından, dava açmak için bakiye vekalet ücretinin ödenmesini şart koşması, disiplin suçu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğu yönündeki takdirinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.06.2004
E. 2004/165
K. 2004/232

*** Tedbir mahiyetinde işten yasaklama**
*** Avukat aleyhindeki kamu davalarının niteliği**
(Av. K. m. 153)

Kahramanmaraş Barosu Avukatları'ndan R. İ. hakkında muhtelif disiplin suçlarından dolayı Baro Yönetim Kurulu'nca Disiplin Kovuşturması açılmasına ilişkin olarak verilen karara yapılan itiraz TBB Yönetim Kurulu'nca "*Disipline sevk kararlarına karşı itirazın mümkün olmadığı*" gerekçesiyle reddedilmiş ve şikayetli avukat aleyhine kovuşturma başlatılmıştır.

Baro Yönetim Kurulu, Avukatlık Yasası'nın 153. maddesi uyarınca tedbir mahiyetinde işten yasaklama kararı verilmesini istediğinden, Baro Disiplin Kurulu'nca 03.04.2003 tarihinde Yönetim Kurulu'nun talebi doğrultusunda şikayetli avukatın tedbir mahiyetinde işten yasaklanmasına karar vermiş bulunmaktadır.

Bu karara karşı süresinde yapılan itiraz nedeniyle dosya kurulumuza gönderilmiş bulunmaktadır.

Dosyanın ve itiraz edilen kararın incelenmesinde;

1. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 05.12.2000 tarihli olurlarına istinaden Av. R. İ. hakkında iddianame düzenlenerek Gaziantep 2.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.04.2001 tarih ve 2000/435 Esas, 2001/137 Karar sayılı kararı ile son soruşturmanın Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılıp yapılmasına karar verildiği ve resmi evrakta sahtecilik ve emniyeti suiistimalden ceza davasının Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/195 Esas nosunda derdest olduğu,

2. Av. R. İ. hakkında görevi kötüye kullanmak ve resmi evrakta sahtecilik suçundan Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.09.2002 tarih ve 2002/186 Esas, 2002/347 Karar sayılı kararı ile 10 ay 20 gün ağır hapis cezası ile mahkumiyetine karar verildiği ve cezasının ertelenmediği, kararın temyiz incelemesi aşamasında olduğu,

3. Yine dolandırıcılık suçundan Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'nin 09.10.2001 tarih ve 2000/337 Esas, 2001/261 Karar sayılı kararı ile 8 Ay 10 gün

ağır hapis cezası ile mahkumiyetine karar verildiği, cezanın ertelendiği, kararın halen Yargıtay incelemesinde olduğu ve kesinleşmediği,

4. Yine hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçundan açılan davanın Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/4 Esas sayılı dosyası ile devam ettiği anlaşılmıştır.

Yukarıda açıklanan ceza davalarının konularını oluşturan eylemler, Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi hükmüne göre "*Meslekten Çıkarma*" cezasını gerektirebilecek mahiyettedir.

Avukatlık Yasası'nın 153/1. maddesi hükmüne göre de hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat, disiplin kurulu kararı ile tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir. Kamu davalarının devam etmesi veya yargı kararlarının kesinleşmemiş olması, 153. maddenin uygulanmasına engel oluşturmaz.

Bu durumda Avukatlık Yasası'nın 153. maddesindeki koşullar mevcut olduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, yerinde görülmeyen itirazın reddiyle, Kahramanmaraş Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Tedbir Mahiyetinde İşten Yasaklama*"ya ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1088

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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YENİ İŞ YASASI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

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

SEKSENİNCİ YILINDA CUMHURİYET

Av. Cengiz İLHAN*

Sekseninci Yılında Cumhuriyet¹ yirmi dakika içerisinde nasıl özetlenebilir. Bu kolay bir iş değil, konuşmacılar gibi ciddi bir bilgi birikimi güçlü bir analiz yeteneği ister. Başka türlü konunuzun özünü göremez, Cumhuriyeti (hukukunu, sanatını, edebiyatını ve diğerlerini) açıklayamaz, ayrıntıların bataklığından kurtulamazsınız. Barolar Birliği'ni ne kadar kutlasak azdır, sadece bütün parçalarıyla en yetkili kişilerden bütüncül bir cumhuriyet değerlendirmesi sunmakla kalmamış, sanırım, ilk defa, hukuk ve yargı sorunlarıyla birlikte, sanat, ekonomi, üniversite gibi sorunlarının da ortaklaşa ele alınmasını sağlayarak, hem bu gibi konuların birbirinden ayrılmazlığının, birlikte ele alınması gerektiğinin, hem de baroların, avukatların entelektüel varlık ve kimliklerinin ortaya çıkmasına öncü olmuştur. Barolar ve Barolar Birliği entelektüel yaşama katkıda buldukları ölçüde başarılı olacaklar, avukatlara, tüm hukukçulara örnek teşkil edeceklerdir. Barolar Birliği tarafından 31 Kasım - 1 Aralık 2003 günleri gerçekleştiren sempozyumun konuşma ve tartışma metinlerinden oluşan kitap bunun kanıtıdır. Şüphesiz konu, bakış açısına göre her bakımdan tartışmaya açıktır. Kitabın önemi de, sanırım burada. Ciddi, seviyeli tartışma zeminli güzel bir kitap.

1. Türklerin Avrupalıdan farksız bir hale gelmesi gerekiyordu, yani kültür, eğitim düzeyi bakımından, uygarlık düzeyi bakımından, iktisadi gelişme bakımından Avrupalıdan farksız olunursa, biz bu topraklarda kalabilirdik ve Atatürk Devrimi'nin amacı buydu (Sina Akşin).² Bu çok genel ve soyut, özünde, kişi veya zümrelere, sınıf demek ne kadar doğru olabilir, öncülük görevi veren ve oldukça totaliter bir ele alış biçimidir. Rusya'da Ekim 1917 devrimi işçi sınıfına ve onun temsilcisi Bolşevik Partisi'ne öncülük görevi vermiştir; Marksist - Leninist öğretiyeye göre komünist toplum, ancak, işçi sınıfının öncülüğünde ve diktatörlüğünde kurulabilir. Cumhuriyet'te ise Türklerin Avrupalıdan farksız hale getirilmesi görevi kimseye verilmemiştir. Kişi, parti, zümre veya sınıfa verilmiş böyle bir öncülük görevi, bu görevin sonucu diktatörlük hakkı yoktur. Egemenlik kayıtsız ve şartsız TBMM'nindir ve TBMM milli iradenin tek ve yegane temsilcisidir. Ama, bir partimizin, ve bazı zümrelerin cumhuriyet ve devrimler ile, hatta bir dönem uygulanmış sonra vazgeçilmiş bazı uygulamalar

* İzmir Barosu üyesi.

¹ *Sekseninci Yılında Türkiye Cumhuriyeti Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

² Sina Akşin, s. 88-90.

ile kendilerini özdeşleştirmek istedikleri, kendi kendilerine bir öncülük görevi verdikleri, bu görev gereği açıkça değilse bile diktatörlük hakkı tanındıkları da bir gerçektir. Bu açıdan bakınca, elbette, ülkemizde demokratik yaşama geçişi gerçekleştiren TBMM değil, İsmet İnönü'dür. İsmet İnönü, TBMM aracını kullanarak toplum henüz gereken siyasi olgunluğa varmadan demokratik yaşam kararı aldığı, diktatörlükten vazgeçtiği için hatalıdır. Demokrat Parti'nin iktidara gelmesi ise bir karşı devrimdir.

Çok partili hayata geçişi ben böyle bir karşıdevrim vesaire diye görmüyorum. Çok partili hayata geçişimiz, çok farklı bir konjonktüre rastlamıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, İkinci Dünya Savaşı'nda izlenen politikaya karşı Amerika ve İngiltere; savaşa girmeme, Almanlarla ve Nazi Almanya'sıyla anlaşmalar imzalama, ona çok yakın bir politika gütmekteydi. Dolayısıyla bizim şeflik sisteminin itibarı çok zayıflamıştı. Hatta başta Sovyetler Birliği'yle bizi baş başa bıraktı, ne haliniz varsa görün diye. Ayrıca tam çok partili hayata geçerken, Halk Partisi içerisinde büyük bir kavga vardı. O sırada bu gün söylenen şeyleri söyleyen insanlar; Recep Peker ve çevresi, Halk Partisi içerisinde müfritler gurubunu oluşturuyordu ve Recep Peker'in devrim tarihi dersleriyle ilgili notları, parlamentonun bir gevezelik unsuru olduğu vesaire gibi fikirleriyle daha çok Mussolini'den etkilenmişti. Türkiye çok partili hayata geçmeseydi o sırada tipik bir Ortadoğu diktatörlüğü olurdu, İran şahı gibi reformlar yapmaya çalışırdı (Taner Timur).³

Tarihi kişilerin bir öncülüğü varsa bu toplumun gelişmelerini istek ve özlemlerini fark edip, uygulanabilir politikalar haline dönüştürmesini bilmeleridir. Unutmayalım İkinci Dünya Savaşı bir açıdan da demokrasilerin zaferi totaliterlerin mağlubiyeti ile sonuçlanmıştır. Avrupa demokratik ülkeler ve komünist ülkeler olmak üzere ikiye bölünmüş, komünist olmamakla birlikte diktatörlüklerini korumada direnen Franko'nun İspanya'sı, Salazar'ın Portekiz'i Birleşmiş Milletler'e alınmamıştır. Bu gelişmeler, tek parti döneminin baskılarından bunalmış yurttaşlarımızı büyük ölçüde etkilemiş, çok partili demokratik yaşam özlemi güçlü bir siyasi akım haline gelmiştir. İsmet İnönü'nün başkanlığında o zaman ki CHP yöneticileri bu dipten gelen dalgaya, bu toplumsal özleme karşı duramayacaklarını, o zamanın dünyasında yükselen demokratik değerlerin etkisi ve CHP içindeki otuz beşler hareketinin de itmesiyle, anlama basiretini göstermişler, toplumun isteklerine tercüman olmuşlardır. O günleri yaşayanlar çok iyi hatırlar; sivil asker, işçi, köylü toplumun her kesiminde büyük bir çok partili yaşama geçiş özlemi vardı. Bu dipten gelen baskıya kimse karşı koyamaz, direnemezdi. Seçim sonuçları da bunu göstermektedir. Direnselerdi ne olurdu? On yıl sonra, 1960'da, Menderes ve arkadaşları bu toplumsal özlemi anlama basiretini gösteremediler, direnmek istediler. Sonuç yalnız kendileri için değil, ülkemiz ve demokratik yaşam için de çok kötü ve dramatik oldu.

³ Prof. Dr. Taner Timur, s. 113.

Ülkemize demokrasi erken gelmedi, kötü getirildi, daha başından yönlendirilmek istendi. Erken gelen demokrasi (Sina Akşin).⁴ Kötü bir tanımlama, bir talihsizlik değil, bunu değerlendirmek isteyen, değerlendirmesini bilenler için bir fırsattı. Bu fırsatın iyi kullanılmaması, kendisine sunulan seçeneklere göre oy kullanan halkımızın suçu değildir. Hiç kimse hatırlatılmasını istemiyor, sayın Korkut Boratav'ın saptaması doğrudur:

"1946-47 şunlardan oluşuyor: Sol partilere önce müsaade edilir, sonra sıkıyönetim hepsini kapatır ve içeri atar. Kendiliğinden oluşan, sınıf çizgisi izleyen sendikalar kurulur, büyük bir güç kazanır, sonra kapatılır. Daha sonra partilerin sendika uzantıları, sendika hayatına damgasını vurur. Kendisine daha sonra dahi komünist demeyen, Marksist dahi demeyen Zekeriya Sertel'in Tan Gazetesi, iktidar partisinin provokasyonu ile yıkılır, tahrip edilir, kapatılır. Üniversitedeki hümanist hocalar ve Nazi Almanyası'ndan kaçarak Türkiye'ye gelmiş olan Alman profesörler üniversiteden uzaklaştırılır ve çok partili rejime böyle geçilir. Böyle geçilince de 1980 yılındaki büyük dönüşüm olduğunda, Avrupa'daki gibi emekçi partilerin kazanımlarını korumayı kendi hayat nedenleri olarak oluşturmuş siyasi partiler yoktur, tahribat tam olur." (Korkut Boratav)⁵ Cumhuriyet seçkinleri toplumun kendi kendine örgütlenmesine, kültür oluşturmasına engel oldu. Kendi yazarını, kendi bilim adamını, kendi siyasi partisini çıkarmasını bir türlü kabul etmek istemedi. Seçmenlerimize, istediği ve beklediği seçenekleri sunmayan, sunulmasına izin vermeyen, güdümlü demokrasi düşüncesinden bir türlü kurtulamayan seçkinlerin ve aydınların, ciddi bir özeleştiri yapması gerekir.

Bir örnek: Sabahattin Ali, yalnız edebiyatımızın değil, kanımca dünya edebiyatının da önemli bir romancısıdır. Hele *"Kürk Mantolu Madonna"*, kaç defa okudum sayısını unuttum; dünyada beş tane aşk hikayesi varsa birisi muhakkak odur, analiz gücü ile başta gelir. Ankara'da geniş çevresi, etkili kişiliği olan bir tanıdığım ile 12 Mart Muhtırası'ndan sonra kurulan Nihat Erim Hükümeti üzerine konuşuyorduk; kurulan hükümetten çok Nihat Erim'den hoşlanmadığımı hissettim, sordum: *"Sabahattin Ali'yi öldürttü"* dedi. Doğru mudur yanlış mıdır bilemem, bildiğim dört sayfalık küçük bir mizah gazetesi *Markopaşa* ile dönemin CHP iktidarını ciddi bir şekilde hırpalamış olmasıdır. Bulgaristan sınırında, kafasına odunla vurula vurula, hunharca öldürülmüştür.

Katilini de kısa bir süre sonra serbest bırakmışlardır. Basınımız buna sessiz kalmıştır. Hala, belki utancından, kimse hatırlamak istemiyor. Aslında o odun Sabahattin Ali ile birlikte cumhuriyetin batıya, evrensele açılmak isteyen bilim, sanat ve edebiyatının kafasına vuruluyordu. Burada altını çizmekte yarar var; bildim bileli yani kırklı yıllardan bu tarafa ülkemizde sol (CHP solu değil) her zaman geleneksel kültüre karşı çıktı. cumhuriyeti düşünmüyordu, her zaman batılıydı, mücadelesini ileriye doğru başlattı. Evinin ya da bürosunun bir köşesinde Beethoven'ın küçük bir biblio büstü olmayan solcu hemen hemen yok gibiydi; Bir gün gelecek Çapağçur da Beethoven çalacaktı.⁶ Bu Türk solcusu-

⁴ Prof. Dr. Sina Akşin. s. 88-90.

⁵ Prof. Dr. Korkut Boratav, s. 167.

⁶ Çapağçur'da Beethoven başlıklı hikâyemiz: *Varlık Dergisi*, 1 Haziran 1961.

nun özlemi, kanımca aynı zamanda hatasıydı. Geleneksel kültürel evrenselin boyutunu açmak yerine aynen cumhuriyet kadroları gibi (bazı yazar, ressam ve müzisyenler hariç) gelenekseli reddetti. Cumhuriyet kadroları ise, sol ile işbirliği şöyle dursun, ta başından itibaren sol mücadeleyi geriletmek için karşı güçler ile işbirliği yaptı. Kanımca Cumhuriyet'in, devrimlerin sorumluluğunu üstlenenler, sanıldığı kadar cumhuriyetçi değillerdi. Halkımız kimin nerede ve nasıl cumhuriyeti ve devrimleri kimin ise bunu öne sürerek kendi siyasi iktidarını savunduğunu ayırt etmesini her zaman bilmiştir. Ödün vererek devrimci olunamaz.

İleride, gelecek kuşaklar 1982 Anayasası'nı okuyunca, hele bir de 1924 Anayasası ile karşılaştırınca ilk akıllarına gelecek olan soru şüphesiz şu olur; aradan geçen zaman içerisinde ne oldu da rejim, daha doğrusu kendisini rejim ile özdeşleştirmiş güçler, bu kadar çok korktu, düşünceyi bu kadar sınırlandırmak kendini bu kadar korumak zorunda kaldı? Bu soruya verilecek cevap bizim kuşağın övüneceği bir cevap olmayacaktır. Kendi toplumundan, kendi yurttaşından bu kadar korkan bir rejim çok az görülür. "12 Eylül Askeri Darbesi 1980'de gerçekleşmiştir. PKK 1984'te ortaya çıkmıştır. PKK'yı yaratan, hiç kendimizi aldatmayalım, Diyarbakır Askeri Cezaevi'dir." (Baskın Oran)⁷

2. Türkler nasıl Avrupalıdan farksız hale gelebilirlerdi? Türklerin Avrupalı olması demek burjuva kapitalist olması demektir. Avrupalı, Avrupalı toplum budur. Bir yazarın söylediği gibi aynen katılıyorum; Türk devrimi bir burjuva kapitalist toplum yaratma çabasıdır.⁸ Burjuva kapitalist olmanın, olmazsa olmazı ise; özel mülkiyet ve ticarettir. Özel mülkiyetin eğer Avrupalı olmak istiyorsanız, toplumsal değerlerin başında gelmesi, toplum yaşamına egemen olması gerekir. Bir başka deyişle Avrupa toplumunun alt yapısı mülkiyetle özdeşleşmiş bireydir. İkisini birbirinden ayıramazsınız. Hukuk devrimi, bu bakımdan her şeyden önce özel bir hukuk devrimidir. Sayın Dr. Baskın Oran'dan öğreniyoruz; Medeni Kanun, "büyük oranda dışarıya söz verildiği Lozan için çıkarılmış." (Baskın Oran).⁹

Mülkiyetle özdeşleşmiş bireyin hukuki üst yapısı kurulmak istenmiştir. Her iki yasa da toplum yapısı ve yaşamıyla ilgilidir. Avrupa burjuva kapitalist toplumunun mükemmel bir ürünü, tam bir temsilcisidir. Peki alt yapı, toplum yapısı? Bu devrimin genellikle aile ve miras hukuku üzerinde durulur. Üzerinde durulmayan, kanımca, asıl önemlisi taşınmaz mülkiyeti yani toprak mülkiyetidir. Sekseninci Yılında Cumhuriyet değerlendirilirken, Cumhuriyet'in bu en önemli sorunu üzerinde, konuya özel bir gündem maddesiyle durulmamış olmasına, üzülmemek elde değildir. Çünkü bu Cumhuriyet'in temel sorun-

⁷ Prof. Dr. Baskın Oran, s. 110.

⁸ Türk Devrimi, burjuva kapitalist toplumunu geliştirme denemesini 20. yüzyılda gerçekleştirmek isteyen antifeodal ve anti emperyalist devrimlerin verdiği sonuçların tipik örneğidir. Kurt Steinhaus, "Atatürk Devrimi Sosyolojisi" Çeviren: Dr. Necdet Sander, *Cumhuriyet Gazetesi*'nin okurlara armağanı, s. 10.

⁹ Prof. Dr. Baskın Oran, s. 125.

larından birisi ve temel çelişkisidir. Mülkiyet sorununu çözmeden kapitalist burjuva olamazsınız. Bunu sorun olarak görmüyorsanız Avrupalıdan farksız hale gelmenin soyut bir özlemden öte anlamı olamaz.

Seksen yıllık Cumhuriyet'in adli sorunlarının başında toprak, orman ve iskan yoluyla dağıtılan yine toprak sorunları gelir. Anadolu adliyelerinde dava dosyalarının hemen hemen tamamına yakını tapulama, orman davasıdır. Karışımızda toprağa, yurttaşına rakip, yurttaş yerine kendisi sahip olmak isteyen, bir iki dönümlük tarlalar için yurttaşı ile davalışan hazine vardır. Sonuç ortadadır:

"Türkiye'nin yarısı Devlet'in mülkü olarak görülüyor. Sekiz yüz on beş bin kilometre karelik bir alana sahip ülkemizin dört yüz yirmi beş bin kilometre karelik (Almanya, Hollanda ve Belçika'nın toplamı kadar) bölümü hazineye aittir. Maliye Bakanlığı, Milli Emlâk Genel Müdürlüğü'nün 1996'da başlattığı otomasyon çalışmasıyla il ve ilçelerdeki tapu müdürlükleri kayıtlarını tarayarak Devlet'e ait taşınmazların envanterini çıkardı. Bu çalışmayla daha önce kayıtlarda görülmeyen yüzlerce taşınmaz bulundu ve hazineye ait taşınmazların sayısında yüzde kırk artış sağlandı. Balıkesir, yüz ölçümünün 38.4'ü ile Devlet'in mülkiyetinin en fazla olduğu il" (Milliyet, 18 Mayıs 2004).

Cumhuriyet'in sekseninci yılında, amaçları açısından, bu iyi bir tablo değildir. Bu feodalitedir. Asıl ağa hazinedir, devlettir. Hukuk devrimimize, Medeni Kanun'un padişahın yerine devleti geçirerek hazinenin toprağı sahiplenmesi, taşınmaz mülkiyeti anlayışına da uygun değildir. Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar, Medeni Kanun'a göre, tapuya kayıtlı yani konu özel mülkiyette taşınmazlar değil, sahipsiz arazidir. Hem Avrupalı bir toplum yaratmak isteyeceksiniz hem de ülke yararlanabilir topraklarının yarısını hazinenin mülkiyetine geçirip üzerine oturacaksınız. Daha da kötüsü bu hepimize, çok doğal olması gereken bir şey, hatta bir başarıymış gibi gelmektedir. Bir başka deyişle Osmanlı'nın, beytülmal zihniyeti, çağdaş cumhuriyet kadrolarında da hakimiyetini sürdürmüştür. Muhtıralara konu toprak reformlarını, asker veya sivil iktidarların, bürokratik kadroların, içtenlikle benimsediklerini söylemek zordur.¹⁰ Cumhuriyet seçkinleri özel mülkiyeti, aynen Osmanlı Devleti ricali gibi bir sorun olarak algılamamaktadır. Ülkemizde öncelik bürokratik değerler ve yetkilerindir. Ekonomik değerler ve bu değerlerin yarattığı güçler onlardan sonra gelir ve bürokratik değerlendirmelere göre anlam kazanır. Özel mülkiyete, değer vermeden, istediğiniz kadar yasa çıkarın, kapitalist burjuva toplum yaratmak nasıl mümkün olabilir? Toprağı, parası olmayan bizim köyü eğitim yoluyla nasıl canlandıracaktınız?

Demirel sorunun çözümünü yüksek taban fiyat ve yüksek enflasyonda buldu. Başarısız oldu da denilemez. Anadolu nereden bakarsanız bakın, en iyi dönemlerinden birini yaşıyor.

¹⁰ 12. Muhtırası'nın bir nedeni de toprak reformunun yapılmamış olmasıdır.

3. "Bizim şartlarımız Avrupa'nın şartlarından çok farklı. Besteci olarak da politikacı olarak da, öğretmen olarak da, kültür-sanat sorunlarına yaklaşan kişi olarak da, içinden gelen kişiler gibi, kendi şartlarımızı ve insanımızı çok iyi bilmeye ihtiyaç var. Dünyada geliştirilmiş her türlü fikri, teoriyi bilmeye çok ihtiyaç var. Tıpkı besteci gibi bütün eserleri bildikten sonra bir yana koyup, yeni baştan düşünmek var. Böylece özgün eser, özgün düşünce, özgün çözümler bulunabilir ve o temel amaç, batılılaşmada değil de uluslararası kültüre katılma ve katkıda bulunmada gerçekleştirilebilir yani Türk Ulusunu katkıda bulunduğu alanlarda var olabilir.¹¹ Sorunumuz hala bir var olma yok olma sorunu" (Muammer SUN).¹²

Yanılmıyorsam, sayın Necdet Sümer de aynı sonuca varmıştır: "İrkçi ulusçuluğun, tutucu kültür anlayışı ile bir ilgisi bulunmayan hümanist Atatürk Ulusçuluğu'nun hedefi geleneksel kültürüne evrensel boyutun kapılarını açmaktır" söylevinde belirttiği budur. Onu sömürge kültürü derekesine düşürmek değil (Necdet Sümer).¹³

Peki bu nasıl olacaktı? Kendisini cumhuriyeti ile özdeşleştirmiş iktidarların, sanırım, bir temel çelişkisi de burada; bu iktidarlar hep korktu, kendi değerli çocuklarına güvenmedi. Bütün eserleri okumalarına, yeni baştan düşünmelerine izin vermek istemedi. Okumak isteyenleri dışladı, yeni baştan düşünme çabalarını cezalandırdı. Bilim adamlarını, bir anlamda bilimi bile yönlendirmeğe çalıştı. Genel bir şey söylemek istiyorum; bizim tarihimizde bütün siyasi iktidarlar üniversiteyi kontrol etmeye çalışmışlardır (Mete Tunçay s. 352).¹⁴ Hatta ben bir ara yarı şaka Mete Bey'e (Mete Tunçay) söyledim. Mete kardeşime, ben utanıyorum, bir beni atmadılar üniversiteden dedim, yani bu kadar arkadaşlar arasında, şu grupta üniversiteden atılmayan bir ben varım (Ahmet Mumcu).¹⁵ Bu bir kara mizahtır.

Buna gerek vardı yoktu tartışmasına katılmak istemiyorum. Gerekliliğin tartışmasına girmek, uluslararası kültüre katılma ve katkıda bulunma, geleneksel kültüre evrensel boyutun kapılarını açma amacının gerekliliğinin tartışılması anlamına gelir. Ama etkili çevreler, buna basın dahildir, bu gerekli olup olmama değerlendirmesinden hiçbir zaman kurtulamadı, fikirleri yararlı zararlı ayrımı, hala sürmektedir. Bu bir bakıma temel niteliğimiz oldu. Sömürge kültürü çoğu seçkinin yaşam değerine dönüştü. "Ben bu yaşıma dek Batı Müziği'yle uğraşıp ya da onu benimseyip de Türk Müziği'ne küçümseyerek bakmayan çok az insana rastladım. Bu duyguyu ancak üstün saydığı bir kültüre boyun eğmiş sözde aydın içine sindirebilir." (Necdet Sümer)¹⁶ Bu bütün alanlarda, hukuk alanında daha çok böyledir, hukukçu olup da, eski hukukumuzla küçümseyerek bakmayan çok az insana rastladım. Oysa Türk Müziği nasıl tek sesli çok makamlı sistem içinde

¹¹ Altı tarafımdan çizildi. Cİ.

¹² Prof. Dr. Muammer Sun, s. 217.

¹³ Prof. Dr. Necdet Sümer, s. 178-179.

¹⁴ Prof. Dr. Mete Tunçay, s. 352.

¹⁵ Prof. Dr. Ahmet Mumcu, s. 363.

¹⁶ Prof. Dr. Necdet Sümer, s. 178-179.

gelişmiş olmakla birlikte, tarihsel süreç içerisinde son derece incelmış ve klâsik formlar üretmiş son derece zengin bu kaynak çürümeye terk edilmişse aynen onun gibi tarihsel süreç içerisinde son derecede incelmış klâsik formlar üretmiş Türk Hukuku birikimi de çürümeye terk edilmiş, geleneksel hukuk kültürüne evrenselin kapısını açmak isteyenler küçümsenmiştir (Necdet Sümer).¹⁷ Aynı hukuk kuralı ile zulüm de yapabilirsiniz mutluluk da yaratabilirsiniz, bu sizin hukuk kültür ve birikiminize bağlıdır. Ulusal hukuk kültür ve birikimini reddederek nasıl iyi hukukçu olunur, bunu nasıl yapabilirsiniz bilmiyorum.

4. Tez şudur; *"Cumhuriyet'i kuran kadroların bize bıraktığı mirasın en olumlu unsurlarından birisi de Türkiye Cumhuriyeti'ni yayılmacılığa yatkın, askeri bir toprak devleti olarak kurgulamamış olmaları değil midir?"* (Gencer Özcan).¹⁸ Bu çok yaygın bir düşüncedir, tartışılabilir, tartışılmıştır da; Sayın Özcan, *"Osmanlı İmparatorluğu'nun patrimonyal toprak tutkusundan bahsetti. Bütün devletlerde bir tür toprak tutkusu var mıdır, yok mudur? Aslında en büyük toprak tutkusu, ulus devlette yok mudur? Yani bir an Osmanlı İmparatorluğu'nun kendi topraklarını savunmasında gösterdiği azmi düşünün, bir de bugün Filistinlilerin kendi topraklarını savunmak için yaptıkları mücadeleye bakın. Eğer bu bir tutkuysa, Osmanlı herhalde Filistinlilerin tutkusunun onda biri kadar bir tutkuya sahip değildi; çok daha kolay kaybetmiştir, geriye almak için ve oradan atılan insanların geriye göndermek için de sanıldığı kadar büyük bir mücadele yapmamıştır. İmparatorluğun toprak tutkusu çok düşüktü. Buna karşılık ulus devletlerinin toprak tutkusunu belki insanlığın evriminin başlangıç dönemindeki bu teritorial empireter denilen hayvanların toprak tutkusuna bile benzetmek mümkündür"* (Gündüz Aktan).¹⁹ Aynen katılıyorum. Örnek ilk ulus devletini kuran, bir bakıma icat eden Fransa'dır. Bunu imparatorluk kurmanın aracı olarak kullanmıştır. Bir başka örnek komşumuz Yunanistan ulus devletidir. Kuruluşundan, XIX. asrın başından itibaren, doğusuna, bize doğru yayılmacı bir siyaset uygulamış, çok kısa bir zaman öncesine kadar bize ait olan toprakların tamamına sahip olmuş, Ege Denizi'nde egemenlik kurmuş Doğu Akdeniz'e yayılmıştır. Türkleri Asya'ya kapatma politikalarının başarısız olduğunu kimse söyleyemez. Yakın örnek, Kıbrıs referandumudur. Rum halkı olarak Türklerle birlikte yaşamayı reddetmiş, Kıbrıs'ın tamamı üzerindeki yayılmacı, iddialarını tarihi hiçbir hakları olmamasına rağmen, sürdürmüşlerdir. Osmanlı İmparatorluğu, unutmayalım bir Balkan, Avrupa imparatorluğuydu. Türkiye Cumhuriyeti ise bir Anadolu Devleti'dir. Parçalanmış imparatorluktan elde kalan, koruyabildiğimiz budur. *"Bizim yaptığımız bir çalışmada, Türkiye'deki nüfusun aşağı yukarı yüzde otuz beşi Rumeli ve Kafkas kaynaklı. Justin Mc Carty'nin hesabına göre 1821-1922 yılları arasındaki yani yüz yıllık süre içerisinde, yüz bir yılda Balkanlar'dan ve Kafkaslardan gelen Türkler ve Müslümanlar, beş milyon ölü veriyor ve beş milyon insanda Anadolu'ya geliyor. Bu tarihin gördüğü en büyük exoduslardan biri yani Yahudiler için söylenenlerden çok daha vahim bir durum var burada ama her şey unutulmuş gibi."* (Gündüz AKTAN)²⁰

¹⁷ Prof. Dr. Necdet Sümer. s. 178-179.

¹⁸ Doç. Dr. Gencer Özcan, s. 79.

¹⁹ Gündüz Aktan, s. 103, s. 105-106.

²⁰ Gündüz Aktan, s. 103, s. 105-106

Basınımız, yazarlarımızın çoğu Zorunlu Mübadele Antlaşması'nı, (30 Ocak 1930 tarihli antlaşma etnik değil dini temel, Yunanistan'daki Müslümanlar ile Türkiye'deki Ortodoks'ların zorunlu değişimi, üzerine yapılmıştır) Anadolu'yu terk eden Rumlar açısından değerlendiriyor, peki ya Rumeli'yi terk eden Müslümanlar? *"Yunanlılar yönünden antlaşma, Doğu Trakya ve Anadolu halkı evlerini bırakmaya zorlandıkları için, daha çok var olan bir durumu formül haline getirdi. Ama öteki insanlar ve Yunanistan'daki Müslümanlar, hükümetlerinin yüksek politikaları yüzünden büyük varlıklarını bırakmak zorunda kaldılar. Girit'te ve başka yerlerde aileler yerlerinden alınarak gemilere bindirildikleri zaman çok acı şeyler oldu. Bıraktıkları ülkelerde, din dışında her konuda birbirleriyle kuşaklar boyu kaynaşmış, gittikleri ülkenin diline ve adetlerine yabancıydı bu aileler."* (Michael Llewellyn Smith)²¹ Cumhuriyet böyle bir zemin üzerine kurulmuştur. Bu cumhuriyetin yazılmamış tarihidir. Başta Emvali Metruke bunun yarattığı sorunların (hukuki, sosyal, ekonomik, hatta psikolojik vb gibi) önemi ve anlamı giderek daha iyi anlaşılacaktır. Şüphesiz Anadolu'yu koruyabilmiş olmamız dahi büyük bir başarıdır ama bunun düşüncemizi etkilemesine, evrensel değil bölgesel hatta ülkesel düşünme alışkanlıklarına dönüşmesine izin verilmemelidir. Bölgesel güç olmayı kabul etmenin anlamı evrensel iddiayı kaybetmektir. Yayılmacı olmamakla övünmemeliyiz. Farksız olmak istediğimiz Avrupa'nın ana niteliklerinden birisi de yayılmacılığı yaşam biçimi haline dönüştürmüş olmasıdır. İster siyasal, ister askeri, ister kültürel, ister ekonomik, evrensel iddianızı, eylem ve işlemlerinizde evrensel boyutu kaybettığınız anda ikinci sınıf bir devlet, ikinci sınıf bir ülke, kültür ve ekonomi olursunuz. Ülkesel düşünen bir yöneticinin, bir aydının evrensel boyutlara uzanması çok zordur. Cumhuriyet'i kuranlar, hiç de bölgesel ve ülkesel düşünmüyorlardı ve evrensel iddialarını hiçbir zaman kaybetmemişlerdi. Avrupa Birliği'ne girmeyi bu kadar çok ve ısrarla istememizin temelinde tekrar batıya doğru açılma dürtüsünü görmemek mümkün mü? Yayılmacı olmayan yayılma alanı olur. XVII. asırdan bu güne, deneylerimizin bize bunu öğretmiş olması lâzım. Kabul edelim; Müslüman nüfus oranı, Anadolu Anadolu olalı, hiç bu kadar çok olmadı. Anadolu belki Romalılar döneminden beri de, borç harç sebebi ne olursa olsun, hiç bu kadar rahat yaşamadı. Ama hiçbir zaman da bu kadar kültürel ve siyasal baskı altında kalmadı.

Bu güzel kitabı okuyup, tartışıkça bunu daha iyi anlıyoruz.

²¹ Micheal Llewellyn Smith, *Anadolu Üzerindeki Göz*, Çeviren: Halim İnal, Hürriyet Yayınları, 1978 s. 363, Kitapta, ayrıca, Mübadele Antlaşması'yla ilgili şunlar yazılıdır: Lozan'da kabul edilen en önemli hükümler azınlıkları ilgilendiriyordu. Türkiye ile Yunanistan arasında 30 Ocak 1930'da imzalanan bir antlaşmayla, bu sorun yeni bir şekilde sonuçlandırıldı. Bunun birinci maddesi şöyledir:

"1 Mayıs 1923 gününden başlamak üzere, Türk topraklarında yerleşmiş Ortodoks dinindeki Türk vatandaşları ve Yunan topraklarında yerleşmiş Müslüman Yunan vatandaşları arasında zorunlu değiş tokuş yapılacaktır. Bu kişiler, Türk Hükümeti'nin ya da Yunan Hükümeti'nin karşılıklı izni olmadıkça karşılıklı olarak Türkiye'ye ya da Yunanistan'a dönemeyeceklerdir." Aynı sayfa.

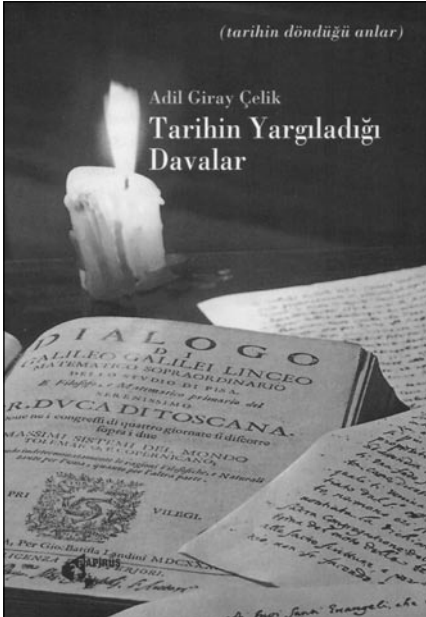
kitaplar...dergiler...

KİTAPLAR

TARİHİN YARGILADIĞI DAVALAR,

Adil Giray ÇELİK, Papirüs Yayınları, Eylül 2004

Denizli Barosu avukatlarından Çelik, "tarih boyunca adalet adına, insanın insana ya da halkların halklara yaptıklarının derin ayak izlerinin peşinde, insanlığın yürüyüp geçtiği bir yola ışık tutuyor." Kitap, arka kapakta yayınevi tarafından okuyucuya böyle sunuluyor. Sokrates, Engizisyon Mahkemesi Yargılamaları, Fatih Sultan Mehmed'in Yargılanması, Mithat Paşa Davası, Dreyfüs Davası, Dimitrov Davası, İstiklal Mahkemeleri, Lotus Gemisi Davası, Nürnberg Duruşmaları, Rosenberglar, Yassıada Mahkemeleri, Deniz Gezmiş ve Arkadaşları ve Erdal Eren Davası... "Tarihin yargıladığı davalar" olarak sıralanmış.



Fatih Sultan Mehmet'i yargılayan Başkadı'nın "Adalet terazisinde rütbeler değil, haklar tartılır" sözü kitabın özeti sayılabilir.

BÜYÜK HUKUKÇULAR,

M. İskender ÖZTURANLI, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2004

İzmir Barosu'nun önceki başkanlarından İskender Özturanlı, İzmir Barosu Dergisi'nde 1994-1999 tarihleri arasında yayımlanmış bulunan yazılarını bir kitapta toplamış. Tanıdığı Recai Seçkin, İmran Öktem, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Muhittin Taylan, İsmail Hakkı Ülgen, Tarık Zafer Tunaya, Muammer Aksoy, Münci Kapani, Bahri Savcı, Faruk Erem'e ek olarak Mahmut Esat Bozkurt ve Mustafa Kemal Atatürk'ün hukukçuluğunu irdeleyen yazıları bir arada sunulmuştur.

Özellikle genç hukukçuların isimlerini duydukları büyük hukukçuları ve davaları tanımaları için güzel iki kitap.

TÜRK HUKUK BİBLİYOGRAFYASI 1996-2000,

Av. Dr. Ejder Yılmaz - Av. Tacar Çağlar, Ankara Barosu yayını, Ankara 2004

Hukukçu ve hukuk araştırmacılarının, hukuk alanındaki yayınlar hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamak üzere hazırlanan kitap bu alandaki ihtiyaca ülkemizde cevap arayan ender yayınlardan biridir. Başlangıçta listesi verilen hukuk bibliyografyası kitapları ile birlikte önemi inkar edilemeyecek bir ihtiyaca cevap vermektedir.

Sivas Davası kitabı

Sivas yangınında yitirdiğimiz yurttaşlarımızın savunmanları **Erdal Merdol, Mehdi Bektaş** ile **Ali Sangül** tarihsel bir sorumluluğu yerine getirip "Sivas Davası"nın tüm tutanak ve belgelerini 4 ciltlik bir kitapta topladılar.

Türkiye Barolar Birliği yayınlarından çıkan kitabın önsözü, bu konuda son sözün henüz söylenmediğini vurguluyor:

"Bir kısım kaçak sanık hakkındaki ayırma karar gereğince zamanlaşımı süresinin dolmasına değin kamu davalannın bir süre daha devam edeceği bir yana bırakılacak olursa, Sivas katliamı davası şimdilik sona ermiş görünmektedir.

Ancak siyasal ve toplumsal boyutlarının tartışılması çok uzun yıllar sürdürülecek ve tarih sayfalarındaki yerini günün birinde kuşkusuz alacaktır. Bu nedenledir ki laik Cumhuriyetçilerin olayın gerçek yüzünün ortaya çıkarılması için başından bu yana sürdürdükleri savaşım henüz sonuçlanmış değildir."

Önsözden, altı çizilmesi gereken bir saptama daha:

"Sivas katliamının laik Cumhuriyeti yıkmaya yönelik eylemlere eklenen halkalardan biri olduğundan hiç şüphe olunamaz; ancak, bu tespitin, asıl belirlemenin önüne geçme tehlikesinin bulunduğu da söylemek gerekir; çünkü Sivas katliamı, insanlığa karşı işlenmiş bir suçtur, dogmatik düşüncenin sıradan bir insanı nasıl bir canavara dönüştürdüğünün görülmesi açısından da ibret verici bir örnektir!"

Işık KANSU/Cumhuriyet
11.10.2204

HUKUK VE CEZADA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI NEDENİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ (İADE-İ MUHAKEME)

Mehmet Handan Surlu, Seçkin yayınevi, Ankara 2003

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukta, adli ve idari yargıda etkisini ve yargılamanın iadesi prosedürünü inceleyen kitap AB ile uyum sürecinde yararlı olabilecek niteliktedir.



ASKERİ CEZA VE ASKERİ CEZA YARGILAMASI MEVZUATI,

Fahretti Demirağ (Emekli Hakim Tuğgeneral), Turhan Kitabevi, Ankara 2004

İCRA VE İFLAS KANUNU ŞERHİ (Cilt 2: İİK 17-42),

Avukat Talih Uyar, Sekiz Misli Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004

Barolarımızın genel kurulları Ekim ayı içinde toplandı. Pek çok baromuz genel kurul dolayısıyla raporlar yayımladılar. İlgilisinin bilgisi olması, barolarımızı tanınması açısından bu raporlardan elimize ulaşanların künyelerini vermektayiz. Ayrıca, yeni TCK ile ilgili birkaç kitap yayımlandı. Bunlarda çeşitli raporları içermektedir. Bunların da bu başlık altında sunmaktayız.

BİZE ULAŞAN RAPORLAR

Mersin Barosu 2002-2004 Çalışma Raporu,

Mersin Barosu, Mersin Adliyesi,
Mersin (Tel: 0.324 231 19 65 - 231 31
27; www.mersinbarosu.org.tr - info-
@mersinbarosu.org.tr)

Bursa Barosu 2002-2004 Çalışma Raporu,

Adalet Sarayı G Blok Kat 1, Bursa
(Tel.0224 251 66 06)

**İstanbul Barosu "Yargı Sorunları ve
Yargı Reformu" Komisyonu
Çalışma Raporu - 2004,**
(İstiklal Caddesi Orhan Adli Apay-
dın Sokak Baro Han (Tel: 0.212 251 63
25- info@istanbulbarosu.org.tr)

Türk Ceza Kanunu Tasarısı Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar,

Türk Ceza Hukuku Derneği, İstan-
bul Barosu, Galatasaray Üniversitesi,
ortak yayını, İstanbul 2004 (İstiklal
Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak
Baro Han (Tel: 0.212 251 63 25,
info@istanbulbarosu.org.tr)

**Türk Ceza Kanunu Reformu
Makaleler, Görüşler, Raporlar,**
TBB yayını, Ankara 2004

Türk Hukuk Mevzuatında İşkence,

İnsan Hakları Derneği, Tunalı Hil-
mi Caddesi No: 104/4, Kavaklıdere/
Ankara
(Tel/Faks: 0.312 466 49 13 - 14)

Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet,

Ülke Çapında Kriminolojik-Vikti-
molojik Alan Araştırması ve Değer-
lendirmesi- XIII. Dünya Krimnoloji
Kongresi'nde Sunulan Tebliğler,
Betaş, İstanbul 2004



Dergimiz ilk sayısından bu yana Türkiye’de yayımlanmakta bulunan dergilere yer vermek, onları okuyucularına tanıtmak ve hukuk yayıncılığında öncülük yapmak istemektedir.

Ancak, tüm hukuk yayımları hakkında bilgi sahibi olmak ve onlara ulaşmak mümkün olmamaktadır. Bu sayımızda bize ulaşan yeni ve eski tüm hukuk ve adli tıp dergilerinin künyelerini vermekle yetinmekteyiz.

Bu listede yer almayan dergilere ulaşmak imkanı bulamadığımızı belirtmek isteriz.

BİZE ULAŞAN DERGİLER

Kastamonu Dergisi, Eylül 2004,

Kastamonu Barosu, Plevne Caddesi Kemal Kırmızı İş Merkezi, Kat 6, D. 23, Kastamonu, kastamonubarusu@hotmail.com - Tel: 0.366 214 23 16 - 214 18 63 (Özellikle Hakim Ahmet Cahit İyilikli’nin “*Delillerin Değerlendirilmesinde Hakimin Özel Bilgisini Kullanması*” başlıklı makaleyi öneririz).

Bursa Barosu Dergisi, Eylül 2004

Baro Başkanlığı, Ulu Cadde Adalet Sarayı, Bursa

Yasa Hukuk Dergisi, Rechtszeitschrift

Cumhuriyet Caddesi No. 18/6, 34367 Elmadağ/İstanbul, (Tel: 0.212 219 66 33 pbx- Faks: 0.212 219 66 32 , www.yasahukuk.com info@yasahukuk.com

Dergimizin de Danışma Kurulu üyesi olan Kani Ekşioğlu, 27. yayın yılı içinde *Yasa Hukuk Dergisi*’ni, Türkçe ve Almanca olarak yayımlıyor. Türkiye’de ilk kez ilk derece mahkemelerinin kararlarına yer veriliyor. Yargıtay kararlarının Alman-

ca özetleri Yasa’da yer alıyor. Yayın hayatında başarılar dileriz.

KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi)

Gazi Caddesi, Acar Sokak Hacıbey İşhanı Kat 3, No: 3, Diyarbakır (Tel/ Faks: 0.412 248 85 71, www.akader.org

AKADER (Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği) adına çıkarılmakta olan bu dergide Almanca ve Türkçe yayımlanıyor.

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

Yeditepe Üniversitesi 26 Ağustos Yerleşimi Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı/İstanbul, tanitim@yeditepe.edu.tr

Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,

Cilt VIII, sayı 1-2 (2004), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 24078/Erzincan hukuk@atauni.edu.tr - Tel: 0.446 223 60 30-31, Faks: 0.446 223 34 06

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt:6 Sayı: 1 (2004)
DEÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı
35160 Buca/İZMİR
Tel: 0.232 420 18 25

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 21 Eylül 2004/25590

5234 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 07 Ekim 2004/25606

5235 Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun

5236 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 12 Ekim 2004/25611

5237 Türk Ceza Kanunu

TÜZÜKLER

RG 22 Eylül 2004/25591

2004/7830 Türk Hava Kurumu Tüzüğü

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ağustos 2004/25555

- Türk Standardları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Standardları Enstitüsü Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 17 Ağustos 2004/25556

- Sabancı Üniversitesi Lisans Öğrenimi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 18 Ağustos 2004/25557

- Ankara Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim - Öğretim Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Veteriner Fakültesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Doğuş Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Temel Geliştirme Yılı Yönetmeliği

RG 19 Ağustos 2004/25558

- Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Bakım Sistemi Yönetmeliği (SHY-M)
- Boğaziçi Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği

RG 20 Ağustos 2004/25559

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik
- Doğuş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 21 Ağustos 2004/25560

- Türkiye İş Kurumu İşgücü Yetiştirme ve Uyum Hizmetleri Yönetmeliği Düzeltmeler
- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisans Üstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 22 Ağustos 2004/25561

- Yeditepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik

RG 23 Ağustos 2004/25562

- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik

RG 24 Ağustos 2004/25563

- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Burs-Kredi Yönetmeliği
- Doğal Çiçek Soğanlarının Sökümü, Üretimi ve Ticaretine İlişkin Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği

RG 25 Ağustos 2004/25564

- Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği
- Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav Yönetmeliği
- Diyanet İşleri Başkanlığı Görevde Yükselme Yönetmeliği

RG 26 Ağustos 2004/25565

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Federasyon Başkanları Seçim Yönetmeliği
- Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği
- Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliği

RG 27 Ağustos 2004/25566

- Safkan Arap ve İngiliz Atlarının Soy Kütüğüne Kayıtlarına Dair Yönetmelik
- Gıda ve Gıda ile Temas Eden Madde ve Malzemeleri Üreten İş Yerlerinin Çalışma İzni ve Gıda Sicili ve Üretim İzni İşlemleri ile Sorumlu Yönetici İstihdamı Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 28 Ağustos 2004/25567 - 2004/7755

- Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliğinin 20 nci Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 4, 10 ve 15 inci Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik

RG 31 Ağustos 2004/25569

- Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği

RG 01 Eylül 2004/25570 - 2004/7753

- İşsizlik Sigortası Fonu Kaynaklarının Değerlendirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 02 Eylül 2004/25571

- Devlet Mezarlığı Dışında Defnedilen Bazı Devlet Büyüklerinin Mezarları Hakkında Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirai Mücadelede Kullanılan Pestisit ve Benzeri Maddelerin Ruhsatlandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Güvenlik Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Atama,Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyoaktif Madde Kullanımından Oluşan Atıklara İlişkin Yönetmelik
- Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Özel Hesap Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Eylül 2004/25572

- Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlilik Eğitimi Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Araçların CNG'ye Dönüşümü İçin Mühendis Yetkilendirme Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Büroları Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Mekanik Tesisat Hizmetleri Uzmanlık ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Uzmanlık ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Eylül 2004/25573

- Ulaştırma Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Alüminyum A.Ş. Genel Müdürlüğü Memurları Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Eti Alüminyum A.Ş. Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz İletim Şebekelerine Yapılacak Bağlantılara İlişkin Usul ve Esaslar

RG 05 Eylül 2004/25574

- Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik

RG 06 Eylül 2004/25575 - 2004/7796

- Mülki İdare Amirleri Atama, Değerlendirme ve Yerdeğiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hazine Müsteşarlığı Hazine Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavı ile Hazine Uzmanlığı Yeterlik Sınavına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 07 Eylül 2004/25576

- Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Alım ve Satım Yönetmeliği

RG 08 Eylül 2004/25577

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu İstisna Sözleşmesi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İyi Tarım Uygulamalarına İlişkin Yönetmelik
- Eti Alüminyum A. Ş. Genel Müdürlüğü Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği
- Eti Alüminyum A. Ş. Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği

RG 10 Eylül 2004/25579 - 2004/7808

- Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelik

RG 11 Eylül 2004/255780

- Kültür ve Turizm Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atanma, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeniköy Elektrik Üretim ve Ticaret Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliği
- Altyapılı Arsa Üretimi ve Bu Arsaların Tahsis Yoluyla Satışına İlişkin Yönetmelik
- Tütün Üretimi, Üretici Tütünlerinin Pazarlanması, İç ve Dış Ticareti, Denetimi ve Tütün Eksperliği ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 12 Eylül 2004/255781

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Önlisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Eylül 2004/25582

- Uyuşturucu Maddelerin Uyuşturucu Madde Arama Köpeği Eğitimi ve Bilimsel Araştırmalarda Kullanılmasına Dair Yönetmelik
- Ulusal Gıda Kodeksi Komisyonu Yönetmeliği

RG 14 Eylül 2004/25583

- Sürücü Davranışlarını Geliştirme Eğitimi Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Açıktan Kura ile Atanacak Bazı Sağlık Personelinin Atama Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tababet Uzmanlık Yönetmeliğinin 20 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Sabancı Üniversitesi Temel Geliştirme Yılı Yönetmeliğinin 18. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Eylül 2004/25585 - 2004/7754

- Özürlülerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik
- Cemaat Vakıfları Yönetim Kurulu Seçimlerinin Seçim Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelik
- Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu Kapsamında Tarımsal Faaliyette Bulunanların Tespit, Tescil ve Takibi Hakkında Yönetmelik

RG 18 Eylül 2004/25587

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Spor Federasyonlarının Teşkila-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

tı, Çalışma, Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Antrenör Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Eylül 2004/25588

- Motorlu Araçların Motorlarından Çıkan Gazların Havayı Kirlletmesine Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğine Geçici Bir Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik (70/220/AT)
- Hacettepe Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 20 Eylül 2004/25589

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 8 inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Eylül 2004/25590

- Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Memurlarının Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmelik

RG 22 Eylül 2004/25591

- İçişleri Bakanlığı Dernekler Denetçileri Yönetmeliği

RG 23 Eylül 2004/25592

- Türk Medeni Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanma sına İlişkin Tüzük Kapsamında Tutulacak Defterler, Özel Kütük, Dosyalar, Tutanaklar ve Diğer Evrakın Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- İstanbul Polis Hastanesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinin 7 nci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik
- Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Eylül 2004/25593

- Hazine Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetlerine Ait Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Sayısal Oyunlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

RG 26 Eylül 2004/25595

- Milli Eğitim Bakanlığı Açık İlköğretim Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Kredili Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliğinin 41 inci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik

RG 27 Eylül 2004/25596

- Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelik

RG 28 Eylül 2004/25597

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretimi ve Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretimi Yönetmeliği

RG 29 Eylül 2004/25598

- Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kriptolu Telsiz Sistemleri Yönetmeliğinin 2 nci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Ekim 2004/25600

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bombus Arısı Yönetmeliği
- 4054 Sayılı Kanun Uyarınca Anonim ve Limited Şirketlerin Yapacakları Ödemelere İlişkin Esaslar

RG 02 Ekim 2004/25601

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Kontrolörleri Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 12, 25 ve 36 ncı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 04 Ekim 2004/25603

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 19 ve 22 nci Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik

RG 05 Ekim 2004/25604

- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Kiralama İşlemleri Yönetmeliği
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Gemilerde Kiraya Verilecek Yerlere Ait Yönetmelik
- Tarım Şûrası Yönetmeliği
- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Hizmet İçi Eğitim Yönetmeliği
- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Ekim 2004/25606

- Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- Endüstriyel Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği

RG 08 Ekim 2004/25607

- Türkiye Adalet Akademisinin Hizmetlerinden Yararlanma ve Ücretlere İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Adalet Akademisi Meslek İçi Eğitim Yönetmeliği

RG 09 Ekim 2004/25608

- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Emlak Yönetmeliği

RG 10 Ekim 2004/25609

- Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği

RG 11 Ekim 2004/25610

- Başbakanlık Uzman Yardımcılığı Giriş ve Başbakanlık Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Başbakanlık Uzman Yardımcıları ve Başbakanlık Uzmanlarının Atama, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin Adında ve Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 13 üncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Hakkında Yönetmelik

RG 12 Ekim 2004/25611

- Bilkent Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Edirne Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin 2. Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Ekim 2004/25612

- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Atama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 14 Ekim 2004/25613

- Ziraî Karantina Numune Alma ve Analiz Yönetmeliği
- Ziraî Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ekim 2004/25614

- Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Serbest Dolaşımında Bulunan Eşyanın Tercihli Menşe Statüsünün Kanıtlanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ile Avrupa Topluluğu Arasında Tarım Ürünleri Ticaretine İlişkin Menşe İspat Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

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.

YÖNETMELİK

**Türkiye Barolar Birliği
Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma
Fonu Yönetmeliği**

yanışma Fonu'nun kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve denetimi ile yararlanacak olanları ve yararlanma koşullarını kapsar.

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Dayanak

Amaç

Madde 1.— Bu Yönetmeliğin amacı 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13/01/2004 tarih 5043 sayılı Kanun'la değişik 27/A maddesi uyarınca kurulan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu'yla ilgili usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

Madde 2.— Bu Yönetmelik 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13/01/2004 tarih 5043 sayılı Kanun'la değişik 27. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen ve Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'nun oluşumuna esas teşkil eden gelirlerin kullanılması ile Sosyal Yardım ve Da-

Hukuki Dayanak

Madde 3.— Bu Yönetmelik 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13/01/2004 tarih 5043 sayılı Kanun'la değişik 27/A maddesi uyarınca düzenlenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Kuruluş

Madde 4.— 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13/01/2004 tarih 5043 sayılı Kanun'la değişik 27/A maddesi uyarınca, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu kurulmuştur.

Yönetim

Madde 5.— Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu'nu, Türkiye Barolar Birliği temsil eder ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nun görüş ve önerilerini alarak yönetir.

Yönetim Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

Madde 6.— Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu;

a. Fon'a tahsis edilen gelirleri, malları, kuruluşları ve işletmeleri yönetir.

b. Fon'un çalışma raporunu, bütçesini, iş ve plasman programını, yıllık bilançosunu, teknik bilançosunu onaylar,

c. Fon'la ilgili işlerin yürütülmesi için TBB Yönetim Kurulu üyelerinden birini fon işleriyle görevlendirir, Fon yönetimi üyelerini atar.

d. Fon için taşınmaz mallar satın almaya, bağış kabul etmeye, bağışlanan veya satın alınan malları satmaya ve bunlar üzerinde her çeşit ayrı haklar kurmaya taşınmaz mallar üzerinde ipotek tesis etmeye ve Fon varlığının sağlam bir biçimde işletilmesi konusunda her türlü kararlar almaya, üyelerin sosyal güvenliği için munzam fonlar kurmaya, bu fonları yürütmeye, bu konularla ilgili Fon uygulama esaslarını belirlemeye, uygulamaya ilişkin yönergeler çıkarmaya yetkilidir.

e. Fon Yönetimi'nin önerisi üzerine sağlık hizmetlerini, bu hizmetleri veren kurul ve kuruluşlardan birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere almaya,

iktisadi işletmeler kurmaya, sigorta şirketleri ile acente sözleşmesi yapmaya karar verir.

Yürütme

Madde 7.— Bu Yönetmelikte öngörülen işlerin yapılabilmesi için, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca (aktüarya, sağlık sigortası, finans yönetimi ve benzeri konularda uzman olanlar arasından) görevlendirilecek 4 üye ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesinin katılımı ile beş kişilik Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu oluşturulur.

Kurul çalışmalarını görevli Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi başkanlığında yürütür. Onun yokluğunda, toplantıya üyelere en yaşlı olan başkanlık eder.

Fon Yürütme Kurulu üyelerine, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca belirlenecek miktarda ücret veya huzur hakkı ödenir.

Yürütme Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

Madde 8.— Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu;

a. Fon'un ve avukatların yararına her türlü sosyal ve ekonomik önlemlerin zamanında düşünülüp alınabilmesi,

b. Yatırımların planlanıp gerçekleştirilmesi,

c. Yönetmelikte öngörülen işlerin yerine getirilmesi için çalışır ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim

Kurulu'nca verilen Fon'la ilgili diğer işleri yapar.

Denetim

Madde 9.— Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu, Sayıştay denetiminden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kurulu, aynı zamanda Fonu'nda denetimini yapar.

Denetim Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

Madde 10: Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kurulu; en az iki ayda bir Fonu denetlemekle yükümlüdür.

Denetçiler, yıl içinde yapacakları denetlemeler sırasında Fon görevlilerinden gerekli bilgileri isteyebilir, evrak ve kayıtları inceleyebilir ve izlenimlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu ve Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'na yazı ile bildirirler.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yapılanma

Sosyal Yardım ve Dayanışma Fon Yönetimi

Madde 11.— Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'nun işlerinin ülke çapında yürütümünden sorumlu olmak üzere, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde bir Müdürlük oluşturulur. Müdür, Fon örgütünün başı olup, işlerin yürütümünden Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na ve Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'na karşı birinci derecede sorumludur.

Fon işlerinin yürütülebilmesi için yeteri kadar sürekli ve geçici eleman çalıştırılır. Müdür ve diğer çalışanların atanma biçimleri, yetki ve sorumlulukları ile özlük hakları, Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nca hazırlanacak ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca onaylanacak bir çalışma yönergesi ile belirlenir.

Sosyal Yardım ve Dayanışma Fon Temsilcilikleri

Madde 12.— Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nun önerisi ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun kararıyla, iş yoğunluğu coğrafi bölge, avukat sayısı ve diğer kısıtlar göz önünde bulundurularak ihtiyaç duyulduğu takdirde Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Temsilcilikleri kurulabilir. Temsilciliklerin görev ve yetki alanının hangi baro ya da baroları kapsayacağı kararda belirtilir.

Görevli Baro Yönetim Kurulu Üyesi

Madde 13.— Baro Yönetim Kurulları, her seçim dönemini takip eden ilk Yönetim Kurulu toplantısında kendi içinden bir üyesini, Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'nun işlerinden sorumlu olmak üzere belirler ve Fonun yerel çalışmalarında görevlendirir. Görevlendirilen üye Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na ve Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'na bildirilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

(Tutulacak Kayıtlar ve Fonun Kapsamı)

Tutulacak Kayıtlar

Madde 14. — Fon yönetimi ile ilgili tutulacak kayıtlar, Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nca hazırlanıp Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca onaylanacak çalışma yönergesi ile belirlenir. Yürütme Kurulu'nun kararları, onaylı ve sıra numaralı karar defterlerine yazılır ve imzalanır. Fon hesapları tek düzen muhasebe esasına göre tutulur.

Fonu yükümlülük altına alacak yazı ve belgeler ile suretlerinin, ne şekilde ve kimler tarafından imzalanacağı, Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nca kararlaştırılıp, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun onayı alındıktan sonra ilgili kurum ve birimlere sirkülerle bildirilir.

Fonun Kapsamı

Madde 15. — Fon'dan aşağıda belirtilenler dışında sadece Baro levhalarına yazılı avukatlar yararlandırılırlar. Fon, hizmet olarak bu Yönetmelik'te belirtilen yardımları kapsar.

Koşullar elverdiğinde eş, çocuklar, anne ve baba da fon olanaklarından (yararlanabilirler).

Zarurete düşmesi halinde, fiili avukatlıkla ilişkisi kesilmiş kişiler ve yakınları, avukatın eş ve on sekiz yaşına kadar, öğrenim görüyorsa yirmi beş yaşına kadar çocukları ve avukat stajyerleri Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararıyla Fon olanaklarından yararlandırılabilirler.

BEŞİNCİ BÖLÜM

(Gelirler ve Giderler)

Gelirler

Madde 16. — Fon'un gelirleri 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13/01/2004 tarih 5043 sayılı Kanun'la değişik 27. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen;

- Fon'un oluşumuna esas teşkil eden gelirler,
- Fon'a yapılacak bağışlar,
- Fon'a tahsis edilen mal, kuruluş ve işletmelerden elde edilen gelirler,
- Sair menkul ve gayrimenkul sermaye iratları,
- Barolardan, üyelerinden sağlanacak katkı payları,
- Diğer gelirler.

Giderler

Madde 17. — Fon'un giderleri;

- Fon kapsamında bulunanlara yapılacak yardımlar,
- Fon'a tahsis edilen mal, Kuruluş ve işletmeler için ayrılacak sermaye ve bunlara ilişkin her türlü giderler,
- Yönetim giderleri,
- Olağanüstü giderler,
- Sosyal Yardım ve Dayanışma giderleri,
- Diğer giderler.

ALTINCI BÖLÜM

Yardımlar

Sosyal Yardımlar

Madde 18.— Hastalık yardımları; hastalık ve kaza nedeni ile avukatın tedavi giderlerinin belli limit ve yüzde oranında karşılanması ve avukata geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesidir.

Sağlık yardımı; avukatın fonksiyonel dengesinde tıbbi ve cerrahi müdahaleyi gerektirecek durumlarda, yatarak ve ayakta hasta tedavi etmek amacıyla kurulan devletin resmi hastaneleri, özel idare ve belediye hastaneleri ile devletin kontrolü altında ve asgari sağlık personelinin devamlı gözetiminde bulunan sağlık ocakları 24/5/1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve bağlı yönetmeliklere göre yatarak veya ayakta tedavi etmek amacıyla Sağlık Bakanlığı'ndan gerekli ruhsatı olarak faaliyet gösteren kuruluşlar ve bu kuruluşların yurtdışındaki benzerlerinde yatarak veya ayakta tedavi edilmesi, gerekli ilaç ve tahlil giderlerinin ödenmesidir.

Geçici iş göremezlik yardımı; avukatın hastalık ve kaza nedeni ile uzman doktorun raporuna dayanılarak mesleki çalışmasını yapamaması halindedir. Üyeye, çalışmadığı süresinin on gün ve daha fazla olması halinde, ilk günden başlayarak, tatil günleri de dahil her geçen gün için belli bir limit ile ödeme yapılmasıdır.

Gebelik yardımı; doğumdan önceki yirmi gün ile doğumdan sonraki kırk gün için, bu maddede öngörülen iş göremezlik yardımı yapılmasıdır.

Hastalık yardımlarının kapsamının kime, hangi koşullarda ödeneceği, kapsamının ve kapsam dışı hallerin neden ibaret olduğu, giderlerin ne şekilde ödeneceği, Fonun kullanım konuları Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nca hazırlanacak ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca onaylanacak Hastalık Yardımları ve Fon Uygulama Esasları'nda gösterilir.

Fon'un yapacağı hastalık yardımlarının limit ve yüzdeleri ile iş göremezlik yardımının günlük tutarı ile yapılacak ödeme toplamının tutarı, her mali dönem başında Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nca saptanır ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca onaylanarak açıklanır.

Bu maddede belirtilen yardımlar, iş kazası ve meslek hastalıklarında da uygulanır.

Ölüm Yardımı

Madde 19.— Avukatın ölümü halinde Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nun önerisi ile Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca her mali yılın başında belirleyeceği miktar, bir sefere mahsus olmak üzere beyan edilen, beyan yoksa yasal mirasçılara ödenir.

Olağanüstü Yardım

Madde 20.— Bu Yönetmelik'te hüküm konulmamış olan ve Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nca lüzum görülen hallerde olağanüstü yardım yapılabilir. Olağanüstü yardımın koşulları ve

ekler

miktarı, Hastalık Yardımları ve Fon Uygulama Esasları'nda gösterilir.

Munzam Emeklilik Yardımı

Madde 21.— Avukatlık hizmetlerinden emekli olanlara emeklilik yardımı yapılır.

Fon'un kaynakları yeterli olduğunda, üyelerin sağlayacağı katkı payları da dikkate alınarak yardım yapılır.

Fon'un kaynakları ve uygulama zamanı, hazırlanacak uygulama yönetmeliğinde gösterilir.

YEDİNCİ BÖLÜM

Bütçeler

Bütçe ve Teknik Bilanço

Madde 22.— Fon'un bütçe dönemi, takvim yılıdır. Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu, teknik bilançoğu hazırlayarak ve hazırlattırarak Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'na sunar.

Teknik bilanço sonucu, Fon'un dengesinde bir açık veya fazlalık gö-

rülmesi halinde, kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla, çıkarılacak uygulama yönergelerinde gerekli değişiklikler bilançonun hazırlanmasındaki yöntemle yapılır.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

Son Hükümler

Hakkın Son Bulması

Madde 23.— Fon'dan yararlanma hakkına sahip olanlar, harcama belgelerini ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde ilgili fon birimine eksiksiz ibraz etmek zorundadırlar. Yararlanma hakkı, her koşulda ilgilinin harcamalarına konu ödeme tarihinden itibaren bir yıl sonra sona erer.

Yürürlük

Madde 24.— Bu Yönetmelik, yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 25.— Bu Yönetmelik hükümleri, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından yürütülür.

İDARE MAHKEMESİ KARARI

TC

ANKARA

3. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2003/1192

KARAR NO : 2004/978

DAVACI : Kemal Vuraldoğan
Süleyman Sırrı cad. 17/13 Yenişehir ANKARA
Davacı Yanında

KATILAN MÜDAHİL : Ankara Barosu Başkanlığı - ANKARA

DAVALI : İçişleri Bakanlığı -ANKARA

DAVANIN ÖZETİ : Avukat olan davacının üzerinin ve çantasının aranmasından dolayı 2.500.000.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

DAVACI YANINDA KATILAN

MÜDAHİL ÖZETİ : Uygulamanın yasaya aykırı olduğu, ileri sürülmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Avukatların üst araması yapılmasının 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine uygun olduğu Avukatlık Yasası'nın 58. maddesinin sadece adli aramalar için geçerli olduğu bunun yapılmadığı takdirde ihmal işlenmiş olacağından hukuki dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce duruşma için önceden belirlenen 11.06.2004 günü gelen davacı ile davalı idareyi temsilen Sami Aydın'ın geldiği görülerek duruşma açıldı. Katılan taraflara usûlüne uygun olarak ikişer defa söz hakkı verilerek işin gereği düşünüldü.

Dava, Avukat olan davacının üzerinin ve çantasının aranmasından dolayı 2.500.000.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Soruşturmaya yetkili Cumhuriyet Savcısı Başlıklı 58. maddesinde "Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri

ekler

suçlardan dolayı haklarında soruşturma Adalet Bakanlığı'nın vereceği üzerine suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılım ve aranabilir. Ağır Cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz...." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Ankara Barosu Avukatı olan davacının 1 Mayıs 2003 günü saat 12:00 sıralarında Ankara Adliyesi'nden çıkıp Strazburg Caddesi'ndeki bürosuna gitmek istediği sırada miting dolayısıyla yapılan aramada Avukatlık kimliğini gösterdiği halde üst ve çantasının aranmak istendiği yapılan itiraza rağmen üstünün ve çantasının arandığı, akabinde de suç duyurusunda bulunduğu ve manevi zarar istemli dilekçe ile başvuruda bulunduğu cevap verilmemesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Kamu idareleri yürütmekle yükümlü buldukları kamu, hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle, bu hizmetin işleyişim sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdür, idarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi idarenin hizmet kusurunu oluşturur. Dolayısıyla hizmet kusuru nedeniyle bir zarar verilmiş olması halinde belirtildiği üzere idarenin meydana gelen zararları tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.

Adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminatın sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil, yaşam, beden tümlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin araç olduğu dikkate alındığında demokratik hukuk devletinin işlemesinde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçen avukat davacının vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği bir gerçek olup meydana gelen üzüntüsünün karşılanabilmesi maksadıyla uygun ve haksız zenginleşmeye yol açmayacak miktarda ve günün ekonomik koşulları karşısında talep edilen tazminat miktarı da göz önünde tutulmak suretiyle talep doğrultusunda 2.500.000.000 TL manevi tazminata hükmedilmiştir.

Açıklanan nedenlerle tazminat isteminin kabulü ile 2.500.000.000 TL manevi tazminata olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazminin davacıya ödenmesine aşağıda dökümü yapılan 95.500.000 TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, bu miktar üzerinden hesaplanan 135.000.000 TL nisbi ilam harcının davacı tarafından peşin yatırılan 33.750.000 TL'nin mahsubu ile 101.250.000 TL'nin davacıya tamamlattırılmasına artan posta giderinin istek halinde davacıya iadesine 11.6.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI

TÜRK CEZA KANUNU REFORMU

BİRİNCİ KİTAP

**TOPLUMSAL DEĞİŞİM SÜRECİNDE
TÜRK CEZA KANUNU**

İKİNCİ KİTAP

MAKALELER, GÖRÜŞLER, RAPORLAR

ÇIKTI !..