

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DEMOKRASİ ve YARGI

democracy
and
judiciary

SEMPOZYUM

04-06 OCAK 2005
ANKARA

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 19

SAYI: 62

OCAK - ŞUBAT 2006

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 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

Basım Tarihi
28.02.2006

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

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

Dergi Yayın Kurulu

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

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

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

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
	19	Başkandan
Kerem ALTIPARMAK	29	Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu
Güneş GÜRSELER	67	Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi
Murat AYDIN	72	04.12.2005 Tarihli Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin Genel Hükümleri ve Bu Tarife Hükümlerinin Eleştirisi
Mustafa ÖZEN	96	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler
İnci BIÇKIN	109	Elektronik İmza ve Elektronik İmza İle İlgili Yasal Düzenlemeler
Halûk ÇOLAK	127	Yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Cezai Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolu Olarak; Uzlaşma (Mediation)
Ahmet Emrah AKYAZAN	146	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Bankalara El Koyma ve Denetleme Yetkisi
İsmail ERCAN	173	Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın Hukuksal Boyutu
Kublay ATASAYAR	197	Rekabet Hukuku Uygulamalarında Zamanaşımı
Alper KARAKURT	207	Rekabet Hukukunda Muafiyet Rejimi: Potansiyel Etki Analizinin, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistematiğindeki Yeri
Murat DÖNMEZ	226	Limited Şirketlerde Hisse Haczi
Saffet CAN	237	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Türkçesi Üzerine
Cüneyd ALTIPARMAK	244	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları
Serkan AĞAR	271	Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yeri ve İşlevi -Kurumsal İnceleme-
Talih UYAR	321	İstihkak Davalarında Yargılama Usulü
Yargıtay Kararları	341	
Danıştay Kararları	374	
Disiplin Kurulu Kararları	377	
AIHM Kararları	395	Sunal/Türkiye - Çev. Senem UYGUR
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	409	
Ekler	429	
Kitaplar - Dergiler	439	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Hakan DURSUN

Hukuku Bilim Kılabilmek

Tayfun AKSOYAK

İnsan HAKları ve Hukukun Üstünlüğü

R. Murat DÖNMEZ

Ödeme Emrinin Tebliği

Mehmet KAYIHAN

İdari Yargıda Gereksiz Kararlar
Silahların Eşitliği ve Adil Yargılanama Hakkı

Doç .Dr. Mesut ERYILMAZ

Demokratik Ülkelerde

Kolluk Güçleri Arasındaki Yetki ve Geçici Paylaşım: Türkiye Örneği

Av. Serkan AĞAR

Fransız İdari Yargılama Hukukunda
Medeni Usul Hükümlerinin Uygulama Alanı

Sercan Coşkun KULAK

Anayasa Md. 90/5 ve AİHS md. 6/1 Karşısında Uyarma-Kınama Cezaları
ve Yargısal Denetimi

M. Reşat Koparan

YTCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Sebepler
(24.-34.Maddeler)

M. Reşat Koparan

Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama

Av. Saffet CAN

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Poliçeye İlişkin Bazı Maddelerin
Kaynağa Uygunluğu Üzerine

editör' den...

Geçen yılın son aylarında, bir yazar, "Artık Hukuk Tartışılacak" ve "Hukuk Tartışması Kızıyıyor" başlıklı iki fıkra yazdı. (Haluk Şahin, *Radikal* 23.12.2005, 11.10.2005) Bu yazılarda ileri sürülen tespite başka yazarlar da katıldı Böylece, eskiden sadece habersiz kalınan sıcak yaz aylarında gazete sütunları dolsun diye tartışılan "hukuk", "adalet", "yargı reformu" güncelleşti.

Aslında sorunu ortaya atan yazar dar bir zaman dilimi ile ilgili gözlemler sundu bizlere. "1980'lere kadar gündem siyasetti", "1980'den sonra ekonomi manşetlerdeydi" tespitlerinden yola çıkarak günümüzde sansasyonel bazı adli vak'alar sayesinde hukukun ön plâna çıktığı yargısına varıyordu. Sorunun ve çözümünün, sayın yazarın söylediği gibi Avrupa Birliği "eğik düzlemi" ile bir ilgisi yoktur. Türk hukukçuları sorunları sürekli yaşamışlar, çözümler üretmişlerdir. Ama kamuoyu oluşturucular ile toplum önderleri ve siyasal partilerin durumu yeni yeni kavramaya başladıklarını görüyoruz. Hukuk, altyapıyı ciddi biçimde etkileyen bir üst yapı kurumudur. Bunun içindir ki, İngiltere ve Roma'da alt yapıdan bağımsız olarak büyük gelişmeler göstermiştir. Hukuksal düzenlemeler İngiliz Deniz Ticaretini tartışılmaz boyutlara taşımıştır. Hiç kimsenin teknik ve iş güvenliği açısından zorunlu Plimsol çizgisi ile oynamak aklına gelmemiştir.

Bizde ise belki de siyaset ile ekonominin önceliği kabul edildiği için pek çok konuda toplum yerinde saymak, patinaj yapmak durumunda kalmıştır. Sayın yazarın yeni farkına vardığı önceliğin başkaları tarafından çok önceleri altı çizildiği halde bizim hukuku önemsememiz nedeniyle karışıklıklar yaşanmaktadır.

Bu çok hayati değerdeki algılayışta tartışılmasında büyük faydalar gördüğüm önemli bir konuya değineceğim. "Kanun", hukuk fakültelerinde "soyut", "kişilik dışı", "genel", "sürekli" kurallar olarak öğretilir. Ancak, İkinci Meşrutiyet döneminin sloganı "yap kanun, boz kanun" olarak belirginleşmiştir. Kişilere ve karşılaşılan olaylara kanunlar uygulanacağı yerde, kanunların kişilere ve olaylara uydurulmaya çalışılması günümüzde de sürüp gidiyor. Aflar, imtiyaz yasaları, kişiye özgü imar düzenlemeleri hep bu anlayışın uygulamalarıdır. Yıllardır reformu anlayış ve uygulamadan bağımsız, yalnızca kanun değişiklikleri ile yapmaya çalışıyoruz. Kanuna uyacağımıza, kanunu kendimize, sorunlarımıza uydurmakla batağa saplandığımızın farkına varamıyoruz.

İngiltere'de Magna Cartha, Fransa'da ihtilalle birlikte yapılan hukuk düzenlemelerinden sonra, sosyal ve ekonomik devrimlerin gündeme geldiğini çok öncelerden görmemiz gerekmez miydi? Çünkü her toplumsal ve beşeri eylem ve işlemin tabi olacağı sağlıklı, güvenilir ve vazgeçilmez bir hukuk düzeni bulunması temel hak ve özgürlükler kadar ekonomik hakların da güvence altına alınması anlamına gelmektedir.

Bugün hukukçularımız bile yargının önemi, yargılamanın niteliği ve özellikleri ile hukukun üstünlüğünü içselleştirmemişlerken basından duyarlılık ve çözüm beklemek o kadar kolay değildir ve haksızlıktır.

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk yargıcı Rıza Türmen isyanında:

Rektörün tutukluluğu Avrupa hukukuna ters

Türmen, Türkiye için 'Her davada bir yerim kesilir' 'Bunların bize gelmemesi lazım. Hepsinden bir parça da alınmalı'

Strasbourg'da Rıza Türmen'e buluştuk. Türmen, 1998'den beri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki Türk yargıcı olarak görev yapmaktadır.

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Strasbourg'da Rıza Türmen'e buluştuk. Türmen, 1998'den beri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki Türk yargıcı olarak görev yapmaktadır.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.



Uzmanlar Türmen'in görevden alınmasını hukukun temel ilkeleriyle çeliştirdiğini belirttiler. (AKP'nin, yargı sistemini eleştirirken, hukukun temel ilkeleriyle çeliştirdiğini belirttiler.)

Uzman görüşsüz karar eleştirdim

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Seriat hukuku

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Birlikte gerekçe

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Seriat hukuku

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Her dava, bir yerim kesiyor

Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Seriat hukuku

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Her dava, bir yerim kesiyor

Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Seriat hukuku

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Danıştay işkenne izini silmedi

Danıştay 8. Daire, adli sicil kaydından silinmiş Rıza Türmen'in 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Seriat hukuku

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

İşkence sicili cümbeden etti

Danıştay 8. Daire, adli sicil kaydından silinmiş Rıza Türmen'in 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklama

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Ciddite kriterleri yüksek' karşılığını verdi

Adalet Bakanlığı'nın Barolar Birliği'nden izmit'te sert açıklaması, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

Seriat hukuku

Barolar Birliği'nin, Türmen'in görevden alınması kararını 'ülkemen' (din) olarak nitelendirerek, Adalet Bakanlığı'na yazdığı mektup, Türkiye'deki hukukun temel ilkeleriyle çeliştiği değerlendirildi.

TBB VE ANKARA BAROSU KADINA YÖNELİK ŞİDDET KONUSUNDA PANEL DÜZENLEDİ

TBB-TÜBAKKOM, Ankara Barosu Kadın Hakları Komisyonu ile birlikte 24 Kasım Kadına Yönelik Şiddete Karşı Uluslararası Mücadele ve Dayanışma Günü dolayısıyla bir panel düzenledi. Panelde TBB Başkanı Özdemir Özok, Ankara Barosu Başkanı Vedat Ahsen Coşar ile TÜBAKKOM dönem özcüsü Avukat Selma Gökçen açılış konuşmaları yaptılar.

Özdemir Özok konuşmasında özetle şunları söyledi: “Kadına yönelik şiddet; erkeklerle kadınlar arasındaki eşit olmayan tarihsel üretim ve güç ilişkisinin ve sürecinin olumsuz bir sonucudur. Bu anlamda, kadına yönelik şiddet evrenseldir ve küresel düzeyde ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel farklılık ve eşitsizlik nedenleriyle maalesef artarak sürmektedir. Yaşadığımız çağ için, zaman zaman uzay çağı, zaman zaman bilgisayar çağı, zaman zaman da insan hakları çağı tanımları yapılmasına karşın, bu gün dünyada kadınların en az yüzde 25’i fiziksel şiddet ve cinsel saldırıya maruz kalıyor. Yine bu kadınların büyük çoğunluğu yabancıların değil, kendilerine yakın ve tanıdık erkeklerin şiddetine maruz bulunuyorlar. Milyonlarca kadın için ev bir huzur alanı, bir sığınak değil, şiddet yuvasıdır. Dünyanın birçok ülkesinde ve de Türkiye’de ekonomik bağımlılık, gelenekler, dinsel faktörler ve yok-

sulluk, kadınları tacize ve şiddete katlanmaya zorluyor. Dünyanın her yerinde kadınlar polis, asker ve diğer kamu görevlilerinin taciz ve işkencesine maruz kalıyorlar. Kamu görevlilerince uygulanan cinsel şiddet, işkence, tecavüz, bekaret kontrolü, cinsel içerikli hakaret ve taciz biçiminde gerçekleşiyor. Namus ve töre adına kadınlara yönelik kötü muamele, işkence ve öldürme Türkiye’de ve birçok ülkede yaygın bir şekilde görülüyor. İşin en ilginç yanı, namus cinayetlerinde ve fiziksel saldırılarda toplum, kadını peşin suçlu, onun sahibi olarak nitelendirilen erkeği ise mağdur olarak görüyor ve algılıyor.”

Sonra “Şiddetle Mücadelede Sığınma Evlerinin Önemi”, “Şiddetin Adli Tıp Boyutu”, “TCK ve İnsan Ticareti”, “Kadına Karşı Şiddetle İlgili Uluslararası Mevzuat” konularında sırasıyla Narinç Ataman, Dr. Erhan Büken, Meltem Ersoy, Zeynep Aydemir Koyuncu ve Nazik Işık sunumlar yaptılar.

İŞKENCE SUÇU İLE İLGİLİ SABİKA KAYDI AVUKATLIĞA ENGEL

İşkence suçundan hüküm giymiş bir eski emniyet müdürünün Türkiye Barolar Birliği tarafından avukatlık mesleğine kabul edilememesi nedeniyle açılan idari dava sırasında Ankara İdare Mahkemesi bu işlemin iptaline karar vermişti. Türkiye Barolar Birliği’nin kararı Danıştay’da temyiz etmesi üzerine Danıştay 8. Dairesi “işlenen suçun niteliği avukatlığın ilkeleriyle bağdaşma-

dığı ve davacının mahkumiyetine neden bu eyleminin toplumda yaratacağı olumsuz etkileri dikkate alınarak İdare Mahkemesi kararını bozmuştur.

Karar Danıştay Kararları bölümünde yayımlanmaktadır.

TBB HEYETİ ŞEMDİNLİ VE YÜKSEKOVA OLAYLARINI İNCELEDİ

Kasım ayında Şemdinli ve Yüksekova'da meydana gelen ölüm, yaralanma ve maddi hasarla sonuçlanan olayları yerinde incelemek üzere TBB Genel Sekreteri Güneş Gürseler başkanlığında Denetçi Bingöl Barosu önceki başkanı Sabri Erik ile İstanbul Barosu üyesi Nuran Atahan'dan oluşan heyet Hakkari'ye gitti.

Heyet yerinde inceleme yaptı tanıkları ve meslektaşlarımızı dinledi. TBB Yönetim Kurulu'na bilgi verdi.

SAĞLIK BAKANLIĞI ADLİ TABİBLİK HİZMETLERİ

Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarında 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve bu kanunlara göre çıkartılan yönetmelikler doğrultusunda adli tabiplik hizmetlerini düzenlemek üzere "Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar" başlıklı bir yönetmelik hazırlamıştır.

İlgilenenler bu yönetmeliğe www.saglik.gov.tr sitesinden "Adli Tabiplik Hizmetleri" başlığından ulaşabilirler.

TBB VE BAROLARA MALİYE BAKANLIĞI DENETİMİ KABUL EDİLMEDİ

2006 YILI Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu Tasarısı'nın 30. maddesinde öngörülen "Kamu kurum ve kuruluşlarına üstlendikleri görevleri yerine getirmede katkı sağlayan dernek ve vakıflar, mevzuat çerçevesinde tabi oldukları denetimin yanı sıra hizmet niteliği itibariyle ilgili kurum ve kuruluşlar ile gerekli görülmesi halinde ayrıca Maliye Bakanlığı'nca da denetlenebilir" hükmü TBMM Bütçe Plan Komisyonu'nda oyçokluğuyla tasarı metninden çıkarıldı.

DANIŞTAY DAVA DAİRELERİ KURULU, HAKİMLİK SINAVINDA MÜLAKATIN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI İDDİASINI CİDDİ BULDU

İdari hakimlik sınavlarında uygulanan sözlü sınavın/mülakatın iptali konusundaki bir davanın yargılaması sırasında yapılan uygulamanın Anayasa'ya aykırılığı iddiası öne sürülmüş; davayı görmekte olan Dava Daireleri Genel Kurulu da iddiayı ciddi bularak Anayasa Mahkemesi'ne göndermiştir. (İtiraz üzerine alınan karar Danıştay Kararları bölümünde yayımlanmaktadır.)

Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın çeşitli konuşmalarında değindiği gibi Anayasa'nın 159. maddesinin üçüncü fıkrası "*hakimlik ve savcılık mesleğine girme*" konusunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu görevli ve yetkili kıldığı halde bu yetkinin Adalet Bakanlığı bürokrasisi tarafından kullanılması "*yetki gaspı*" olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu açık aykırılığa son vereceği ümit edilmektedir.

KOCAELİ BAROSU'NUN 67. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ KUTLANDI

Kocaeli Barosu 67. Kuruluş Günü'nü etkinliklerle kutladı. Grand Yükseliş Oteli'nde düzenlenen baloda Kocaeli Barosu'nun kuruluşundan bu yana görev yapmış 27 Baro Başkanı sinevizyon gösterisi ile tanıtıldı. Kendilerine veya ailelerine hatıra plakette verildi. Baro Başkanı İlter Yılmaz yaptığı konuşmada; "*Başkanlarımız için 67 yıllık bir araştırma içine girdik. Çok duygusal anlar yaşadık. Bu araştırmada bazı başkanların sürgüne, bazılarının iki sefer askere gönderildiği, bazılarının çok büyük bestekar olduklarını, bazılarının Türkiye genelinde yayınlanmış 200'den fazla eseri bulunduğu gördük*" dedi.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok, Başkan Yardımcısı Ali Şen ve Genel Sekreter Güneş Gürseler'in de

katıldıkları Marmara ve Karadeniz Baro Başkanları Toplantısı yapıldı. Meslektaşlarımızın ve yerel basının büyük ilgi gösterdiği toplantıda TBB Başkanı bir konuşma yaptı. Özok özetle şunları söyledi: "*Yıllardır, yargının ayrılmaz bir parçası olma sorumluluğu ve bilinciyle haklı ve doğru olarak yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini savunduk ve yaşama geçmesi için uğraş verdik. Ancak ne yazık ki, kimi yargıç ve savcılarımızda kendilerini doğrudan ilgilendiren bu konuda yeterli bilincin oluşmadığını üzümlere gözlemekteyiz. Gerçek bir hukuk devletinin olmazsa, olmazı yargı bağımsızlığı ve ona bağlı olarak yargıç güvencesidir. Buradan hareketle, eksiksiz demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün yaşam bulduğu hukuk devletinde tüm bu kurum ve kavramların tek ve mutlak teminatı yargı bağımsızlığıdır. Ne yazık ki, bu denli önemli olan yargı bağımsızlığı, 1982 Anayasası'ndaki düzenlemeler sonucu siyasal iktidarların müdahaleleri yanında, yanlış yorumlar ve değerlendirmelerle birlikte, kendilerini bir türlü kadı sıfat ve anlayışından kurtaramayan kimi yargıç ve savcılarının uygulamaları nedeniyle, yaşama geçirilmesi imkansız hale gelmektedir. Bu arada, tüm olumsuz koşullar yanında siyasal, sosyal ve ekonomik baskılara karşın, yargı bağımsızlığını içselleştirerek, demokratik laik sosyal hukuk devletinin teminatı olma yolunda ödünsüz çalışmalarını sürdüren saygın yargıç ve savcılarımıza her*

zaman olduğu gibi takdir ve teşekkürlerimizi sunuyor, onları hukuk devletimizin çok önemli güvencesi olarak görüyoruz.

Bu duyarlı yargı mensuplarına karşı uygulamada çok ciddi hukuk ihlallerine rastlamaktayız. Soruşturma ve yargılama aşamalarında yargıyı etkileyecek yorum ve değerlendirmelerden özenle kaçınmamıza karşın, Van'da yürütülen soruşturma süreci ülkenin gündemini oluşturmuş, kimi hukuk dışı uygulamalar ve bir zanlının hayatına son vermesi ve sonrasında Sn. Adalet Bakanı ve yetkililerin olaylara yaklaşma biçimi, yaşanan trajedinin boyutlarını açık bir biçimde ortaya koymuştur. Aynı il savcısının oradaki meslektaşlarımıza yönelik "PKK'lı" suçlamasına karşın o görevi sürdürüyor olması da ülke adaleti bakımından çok vahimdir. Çünkü zorunlu olarak her gün avukatlarla karşı karşıya gelecek olan savcının ve avukat arkadaşların nasıl bir travma yaşadıklarını tahmin etmek çok zor değildir. Bundan en çok zararı da kuşkusuz Van Adliyesi'nde hak ve adalet arayan yurttaşlarımız görecektir. Ülkede geçerli hukuk kuralları belli kişi veya gruplara farklı uygulandığı kanısı yaygınlaştığı an artık hukuk devletinden söz etmeye olanak kalmaz, çünkü bir ülkenin temelindeki en önemli güç hukuktur. Bu güce olan inancı sarsacak her türlü davranıştan özenle kaçınmak gereklidir. Özellikle arkasına kamuoyu desteğini de alan siyasal iktidar bu gücü Bankalar Yasası'nın

uygulanmaları başta olmak üzere, birçok alanda yıldırma aracı olarak kullanmaktadır.

...

Özellikle, 12 Eylül askeri hareketi nedeniyle, tank paletleri altında kalarak ağır darbe alan ülke demokrasisinin balansının bozulduğunu, bunun gelecekte devletin temel değerlerini ciddi biçimde örseleyeceğini net bir biçimde dillendiren ve 1982 Anayasasına şiddetle karşı çıkan o günün Türkiye Barolar Birliği yöneticileri keşke yanılısaldı. Ama Türkiye Barolar Birliği yöneticileri yanılmadı, duyarlılık gösterilen ya da dikkat çekilen birçok konu ülke gündeminde hep yer aldı. Nitekim bu gün yaşanan birçok olumsuzluğun temel kaynağı 12 Eylül hukuku ve onun ürünü olan yasal düzendir. Çünkü 1961 Anayasası'nın oluşturduğu insan hakları ve özgürlüklere dayalı siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam ve onun doğal sonucu olan barışçıl iklim maalesef siyasiler başta olmak üzere, iyi algılanamadı bunun bedeli 12 Eylül oldu. Böylece ülkemiz insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ilke ve kavramlarından birer birer uzaklaşmış ve halkımızın öncelikle örgütlenme özgürlüğü dahil kimi hakları sınırlandırılarak geniş halk kitleleri politika dışına itilmiştir. Bu çarpık yapılanma, bünyesinde demokratik ilke ve kurallara yer vermeyen ve toplumumuz için hiçte yabancı olmayan, bir sivil toplum örgüt modeli olan tarikat ve cemaatların hızlı bir biçimde gelişmelerine uy-

gun ortam ve iklimi oluşturmuştur. 12 Eylül anlayışının kökten budadığı, bir anlamda yok ettiği demokratik toplumsal yapıdaki mevcut boşluğu kendine özgü yaşam biçimleriyle doldurmaya çalışan bu örgütlenme modeli çok başarılı olmuştur. Bunun doğal sonucu olarak 1983'ten sonra yapılan tüm seçimlerde siyaset, tarikatlar, cemaatlar ve dini gurupların yoğun etkisi altında kalmış ve iktidarı bu sivil örgütler oluşturmuştur. Kuşkusuz bu siyasal yapı 'Allah'ın ipine sarılınız' buyruğuyla yola çıkan Turgut Özal'la başlamış olup 'din ulemasını' referans alan Recep Tayyip Erdoğan'la sürdürülmektedir.

Bunları bilmeden, bunları görmeden, bunları irdelemeden, toplumumuza dayatılan yeni ve farklı modeli anlamaya ve algılamaya olanak yoktur. Aksi takdirde coşkulu söylemlerle AB savunuculuğu yapan, insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti gibi insan aklının ürünü olan çağcıl değerleri savunan bir iktidarın, aynı zamanda; bu kurum ve kavramlarla asla örtüşmeyen tamamen tanrı buyruğu olan ve bireyin inanç dünyasını aydınlatan kutsal din kurallarına sık sık gönderme yapmasını anlamak mümkün olamaz. Bu nedenle kamu yönetiminde görülen, içki yasağı, helal gıda tüzüğü, ermiş kişi rüya yorumları, ulema ve fetva özelemleri gibi laik hukuk düzeniyle uzaktan yakından ilgisi olmayan kimi kavramlar ve benzerleri mevcut siyasal iktidarın dokusuyla uyum sağlamaktadır. Bu konuda en son

olarak şunu vurgulamak istiyorum; kuşkusuz ekonomik kalkınma çağımız toplamlarının en önemli ve öncelikli hedefidir. Amaç insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü başta olmak üzere, çağcıl değerleri koruyarak ve geliştirerek ekonomik kalkınmayı sağlamaktır. Oysa ülkemizde kimi kesimler tarafından özlem ve hayranlıkla bakılan bir çok model ülkede kişi başına düşen milli gelir on bin dolarları yakalamış olmasına karşın, insan hakları, demokrasi ve özgürlükler bakımından çok geri sıralarda bulunmaktadır.”

e-BARO PROJESİ, e-TR ÖDÜLLERİ YARIŞMASINDA FİNALE KALDI

TÜSİAD ve Türkiye Bilişim Vakfı'nın kamu kurumları arasında gerçekleştirilen e-devlet uygulamalarına dikkat çekilmesi, yenilikçi girişimlerin kamuoyuna tanıtılması, başarı girişimlerin desteklenmesi ve özendirilmesi amacıyla düzenledikleri "eTR Ödülleri" yarışmasına katılan e-baro projesi finale kaldı.

Yapılan son değerlendirmede, e-baro projesi derece verilen on uygulama arasında yer aldı.

BAŞBAKANLIKTAKİ TERÖR TOPLANTISINDAN "YARGI SÜRECİNE KATKI" ÇAĞRISI

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan başkanlığında gerçekleştirilen "Terör ve Güvenlik Zirvesi"nde, Şemdinli'de yaşanan olaylar ve

artan terör eylemleriyle ilgili değerlendirildi. Toplantıya, Dışişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Abdullah Gül, Adalet Bakanı Cemil Çiçek, İçişleri Bakanı Abdulkadir Aksu, Milli Savunma Bakanı Vecdi Gönül, Genelkurmay Başkanı Orgeneral Hilmi Özkök, Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Yaşar Büyükanıt, Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Fevzi Türkeri katıldılar.

Terör zirvesi sonrasında yapılan yazılı açıklamada, başta Hakkari, Şemdinli ve Yüksekova olayları olmak üzere genel asayiş ve güvenlik konuları üzerinde çok yönlü değerlendirmeler yapıldığı

belirtildi. Kısa, orta ve uzun vadede alınması gereken tedbirler üzerinde durulduğu bildirilen açıklamada, ayrıca şöyle denildi: *"Bir taraftan halkın sorunlarının çözülmesi için gereken bütün tedbirler alınırken, diğer taraftan bölücülük başta olmak üzere her türlü kanunsuz eyleme kesinlikle müsamaha gösterilmemesi gerektiği bir kez daha vurgulandı. Toplantıda devlet kurumları, sivil toplum kuruluşları ve herkesin büyük bir sorumluluk duygusu içerisinde hareket ederek son olaylarla ilgili yargı sürecine katkıda bulunmaları hususunun altı özellikle çizildi."*

Barolar Birliği Başkanı Özok İsyan Etti

Meral Tamer/Milliyet

"Van'daki hukuk dışı uygulamanın vardığı bu noktada, artık bu işi yargı kendi içinde çözer diyemiyorum. İnancımızı, umudumuzu yitirdik"

Dün sabah ilk telefon, bugüne kadar hiç karşılaşmadığımız ve tanışmadığımız YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç'ten geldi:

"Meral Hanım, size müteşekkirim. Van'daki arkadaşlarımız adına ve üniversite camiası olarak çok mütehassis olduk. Kendimizi çok yalnız hissediyorduk. Van'da yaşanan olaylara insanlarımızın çok duyarlı olduğuna köşenizden yer vermekle, bizlere yalnız olmadığımızı hissettirdiniz. Arkadaşlarımızın morali yükseldi. Şimdi daha şevkle çalışacağız..."

Ardından yoğun bakımda tutulan Van Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Yücel Aşkın'ın 14 Aralık'taki mahkemeye katılacağı haberi geldi. Prof. Aşkın, *"Duruşmaya katılmak ve beni suçlayanlarla yüz yüze gelmek istiyorum"* diyormuş.

Yurdun dört bir yanından mektup, e-posta ve telefon mesajlarından anlıyorum ki, şu anda halk arasında geniş bir yelpazede, Van Üniver-

sitesi'ndeki gelişmelerle ilgili çok ciddi bir infial var. Üniversitelerde çok ciddi bir tepki olduğunu söylemeye zaten gerek yok herhalde.

AKP hükümeti, düne kadar bu tepkileri “Yargıya müdahale etmeyin. Siz bilmiyorsunuz, bu adam suçlu” diyerek sindiriyordu. Yarından sonra bu mümkün olabilecek mi, kuşkuluyum.

Zira Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok bile artık “Bu işi yargı kendi içinde çözer” diyemiyor. Van'daki olayların, işin hukuki ve yargısal boyutlarını aşarak bir insanlık dramına dönüştüğüne işaret eden Özok, yargıyı kullanarak kimi kesimleri baskı altında tutmak isteyen siyasal iktidarın da bunu acımasızca kaşındığı görüşünde.

“Beni suçlayanlarla yüzleşmek istiyorum” diyordu.

Önümde koca bir yığın haline gelen faks Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özok, dünkü telefon görüşmemizde Milliyet'e o denli çarpıcı açıklamalarda bulundu ki, konuyla ilgili kendi görüşlerimi yarına erteleyip, Özok'un vurucu sözlerini virgülüne dokunmadan sizlerle paylaşmak istiyorum:

“Biz Türkiye Barolar Birliği ve yargının bir parçası olarak, savunma kanadını oluşturduğumuz için, yargı bağımsızlığına ve yargı müessesesine olağanüstü bir duyarlılık gösteriyoruz.

Van'daki yaşanan olayların da, yargının kendi içindeki dinamiklerle çözüleceği umundaydık. Ama maalesef, üzülmek istiyoruz ki, bu hukuk dışı uygulama sadece ülkemizin gündeminde değil, artık Avrupa'daki yargı ve hukuk çevrelerinde, uluslararası hukuk kuruluşlarında dahi eleştirilen ve dikkat çeken bir noktaya varmıştır.

Biz bu konunun yargının kendi içindeki dinamiklerle çözülmesini bekliyorduk demiştim. Neydi bu dinamikler dersiniz... Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ve Adalet Bakanı'nın gerekli duyarlılığı göstermeleri gerekirken, aksine Adalet Bakanı Çiçek düz bir mantıkla, ‘Bir kişi kafasına koymuşsa, ip yoksa yorganla, çarşafı dahi kendini asabilir.’ diyebilmiştir.

Biz bu sözü duyduktan sonra inancımızı, umudumuzu yitirdik. Ben Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak artık, sizin gazeteci kimliğinizle yargı üzerindeki hassasiyetinize karşı ‘Bırakın yargı kendi içinde bunları çözer’ diyemiyorum. Yoksa bir ekonomi yazarı olarak yargının bir kesimi sizi neden günlerce ilgilendirsin? Varılan bu noktada yetersiz kaldığımız için sizden özür diliyorum. Ve bizim meselemize çok duyarlı olması gerekenlerden daha duyarlı olduğunuz için de size, savunmanın bir mensubu olarak teşekkür ediyorum.

Türkiye’de geç olacak, zor olacak, ama herkesi hukukun içine çekeceğiz. Bundan hiç kuşkunuz olmasın. Ben halkımızın büyük çoğunluğunun bu kadar hırpalanmasını hiç içime sindiremiyorum.”

MERSİN BAROSU HİZMET BİNASI ETKİNLİKLERLE AÇILDI

Mersin Barosu'nun, Adliye Binası içerisinde yer alan hizmet birimlerinde yaşanan sıkıntının çözümü için Mersin Barosu Hizmet Birimi hizmete açıldı.

Açılış için davet edilen TBB Başkanı Av. Özdemir ÖZOK, TBB önceki dönem başkanlarından Av. Teoman Evren ve otuz bir baro başkanının katıldığı törende, açılış kurdelesini Av. Teoman Evren kesti.

Toplam 1.500 m²'lik bir alanda kurulan Mersin Barosu Hizmet Birimi, Gökdelen 16. katta; 300 ve 200 kişilik iki ayrı konferans salonu, toplantı salonları, staj eğitim merkezi, idare ve personel büroları ve lokal, 15. katta ise; adli yardım bürosu ve CMK servisinden oluşuyor.

Açılış töreninin ardından yapılan TBB ve Baro Başkanları Toplantısı'nda, TBB Başkanı Av. Özdemir ÖZOK ve otuz bir baro başkanı bir araya gelerek, avukatlık mesleği ve ülkemizin gündeminde yer alan sorunlarını tartıştılar ve çözüm aradılar. Toplantının sonunda ise ortak bir metin hazırlanarak "Sonuç Bildirgesi" adı altında kamuoyuna duyuruldu.

Bu vesileyle yapılan etkinliklerden bir diğeri, "Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Kabahatler" konulu sempozyum iki gün sürdü. Hukukçuların büyük bir ilgiyle izledikleri sempozyumda

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Prof. Dr. Erol Cihan, Doç. Dr. Ümit Kocasakal, Doç. Dr. Ayşe Nuhoğlu, Doç. Dr. Serap Yazıcı, Doç. Dr. Hamide Zafer, Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu ile İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Atilla Hekimoğlu ve Av. Önder Öztürel birer tebliğ sundular.

Sempozyumun açılış konuşmasını yapan TBB Başkanı Özdemir ÖZOK şunları söyledi: "Ülkemizin genel görüntüsüyle ilgili fazla bir şey söylemek istemiyorum, çünkü tablo bütün çıplaklığıyla ortadır. Bir yandan bir çırpıda duraksamadan peş peşe sıralanan demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti gibi çağcıl değer ve kavramların savrulduğu söylemler, öte yandan bu kavram ve değerlerle çelişen eylem ve davranışlar. TBB olarak yaşanan bu olumsuzlukları ve çelişkileri açık ve net bir biçimde her platformda ortaya koyuyor ve sağduyulu insanların dikkatini çekmeği amaçlıyoruz. Sivas Kongresi'nde tohumları atılan ve "ya istiklal ya ölüm" inancı ile beslenen Türkiye Cumhuriyeti'nin, temel felsefesi tam bağımsızlık, rotası ise çağdaşlık olarak belirlenmiştir. Bu felsefe ve rotadan her sapma girişiminde ülke yönetiminde hangi siyasi görüş ve oluşum olursa olsun karşılarında, ilk önce ülkemizin çağdaş değerlerinin savunucusu barolarımız ile Türkiye Barolar Birliği'ni bulacaklardır. TBB ve barolar ulusuna karşı sorumluluğunun bilinciyle, geçmişte olduğu

gibi, bu günde, hukuk zemininde ve güvencesinde, en etkili demokratik toplumsal duruşu sergilemektedirler. Bu gün yaşanan tüm olumsuzluklara karşın, ülkemizin güvenli geleceğinden hiç kuşumuz yok. Çünkü halkımızın büyük çoğunluğunun, ortak aklı, sağduyusu ve hoş görüşü yanında, zor günlerin insanları olduklarına inancımız tamdır. Kimi şeriat özlemcilerinin yanı sıra, ülkemizde etnik ayrımcılığı kışkırtan ve bunu ülkenin her yanına yaymak isteyen kesimlerin, her türlü beklentilerini demokrasi ve hukuk içinde, halkımızın ortak aklı ve sağduyusuyla mutlaka ama mutlaka yok edeceğiz.”

İNSAN HAKLARI EĞİTİM SEMİNERLERİ DEVAM EDİYOR

Türkiye Barolar Birliği, Avrupa Konseyi ve TAİEX Ofisinin ortaklaşa düzenledikleri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)'nin kararları ile bu konulardaki Türk Mevzuat ve uygulamalarının tanıtılıp tartışıldığı eğitim seminerleri ev sahibi barolarımızın katkıları ile devam etmektedir. Seminerlerin ilki Trabzon'da ve yedincisi de Antalya'da yapıldı. İzmir Ankara ve İstanbul'da yapılacak son üç seminerle tamamlanacak olan program ilgi ile



Mersin Barosu Hizmet Binası etkinliklerle açıldı.

izlenmekte ve isimleri önceden barolarınca tespit edilen katılımcılara seminer sonunda TBB tarafından katılımcı belgesi verilmektedir.

TBB Başkan Yardımcısı Av. Ünsal Toker'in başkanlığında yürütülen programda;

17 Eylül 2005 tarihinde Trabzon'da "Adil Yargılanma Hakkı" (İHAS m.6) konulu seminere konuşmacı olarak Deirdre Fottrell, Katherine Olley, Svetlana Kostadinova ve Prof. Dr. Abdülkadir Kaya; 8 Ekim 2005 tarihinde Malatya'da düzenlenen seminerde "yaşam hakkı" (İHAS m. 2) tartışılmış ve konuşmacı olarak Helen Malcolm, Katherine Olley ve Özcan Çine; 22 Ekim 2005 tarihinde Konya'daki seminer "ifade özgürlüğü" (İHAS m. 10) konusunda yapılmış ve konuşmacı olarak Zoe Leventhal, Uğur Erdal ve Güney Dinç; 12 Kasım 2005 tarihinde Van'da ya-

pılan seminer ise "mülkiyet hakkı" (İHAS 1 No'lu protokol) konusunda olmuş ve Av. Zeki Ekmen'in açış konuşmasından sonra konuşmacı olarak Emiliano Simonelli, Evgeni Boev ve Doç. Dr. Osman Doğru; 26 Kasım 2005 tarihinde Gaziantep'te yapılan seminer "İşkence Yasağı" (İHAS m.3) konusunda yapılmış ve konuşmacı olarak Helen Malcolm, Francesco Crisafulli, Svetlana Kostadinova ve Özcan Çine; 3 Aralık 2005 tarihinde Antakya'da yapılan seminer ise "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" (İHAS m. 9) konusunda olup konuşmacı olarak Katherine Olley, Uğur Erdal ve Soner Kocabey ve 17 Aralık 2005 tarihinde Antalya'da düzenlenen seminer ise "özgürlük ve güvenlik hakkı" (İHAS m. 5) konusunda yapılmış ve konuşmacı olarak Zoe Leventhal, Jim Murdoch ve Serhan Özbek katılmışlardır.

BARO BAŞKANLARI'NIN 02 ARALIK 2005 MERSİN TOPLANTISI SONUÇ BİLDİRİSİ

02 Aralık 2005 tarihinde Mersin'de toplanan 31 Baro Başkanı aşağıdaki hususların kamuoyuna duyurulmasına karar vermişlerdir:

Şemdinli, Yüksekova ve Hakkari'de yaşanan gelişmeler, bir hukuk devleti için kaygı vericidir. Devletin içinde hukuk dışı birimlerin var olduğu olgusu özellikle "Susurluk" kazasından sonra kamuoyunun bilgisinde olup, bir hukuk kurumu olan barolar tarafından da dikkatle izlenmektedir. Yargı, herhangi bir etki altında kalmadan şüpheliler hakkında soruşturma ve kovuşturmalarını hukuka uygun olarak tamamlayıp, suç olan eylemlerin cezasını vermeli ve kamuoyunu tatmin etmelidir. Devletin içinde var olan hukuk dışı örgütlenmeler lağvedilip sorumlular yargı önüne çıkarılmalıdır. Ulusumuz, üniter devlet yapısı ve hukuk devleti ilkesine karşı provokasyonlar karşısında dikkatli olmalı ve oyuna gelmemelidir.

Son günlerde çocukların suçta kullanılarak istismarında artış olduğu gözlemlenmekte, gerek adi suçlarda, gerek organize suçlarda ve gerekse terör suçlarında çocuklar zorla suçun faili haline getirilmektedir. Bu ise, çocukların psikolojisi üzerinde olumsuz etkilere neden olarak onların, katı, hoşgörüsüz militanlar olmalarına yol açacağından son derece sakıncalı bir durumdur. Ayrıca, henüz olayların gelişim ve sonucu konusunda yeterli bilinç düzeyi gelişmemiş çocukların özellikle, suçta kullanılması veya suçta kullanılmasına müsamaha gösterilmesi geleceğimiz için büyük bir tehlikedir. Siyasi iktidarın sosyal ve ekonomik önlemlerle bunu engellemesi birincil vazifelerinden olmalıdır.

Özellikle büyük kentlerimizi yaşanmaz hale getiren, “*kapkaç olayları*”, “*tinerci çocuklar*” gibi kavramların, toplum ve suç bilim açısından irdelenmesi halinde, kaynaklarının fırsat eşitsizliği, işsizlik yoksulluk ve eğitimsizlik olduğu açıkça anlaşılacaktır.

Değişik tarihlerde demokratik talepleri için yürümek isteyen örgütlere ve vatandaşlarımıza kolluk kuvvetlerince yapılanlar üzüntü ile izlenmektedir. Bu çerçevede demokratik taleplerin yasalar doğrultusunda yerine getirilmesi sırasında gerek eylemleri düzenleyenlerin gerekse kamu görevlilerinin daha hassas ve duyarlı davranmaları demokrasi kültürümüzün geliştiğinin göstergesi olacaktır

5237 sayılı yeni Ceza Yasası ile zorunlu müdafilik kurumunun kapsamı çok ciddi oranda artmış, buna rağmen, genel bütçeden müdafilik hizmetlerine özgülünen payda bir değişiklik olmamıştır. Adalet Bakanlığı'nca derhal istatistik çalışması yapılarak, Yeni Ceza Yasası'nın yürürlük tarihinden itibaren Barolarca CMK gereği görevlendirilen avukat ve İş sayılarındaki ve yapılan ödemelerdeki artış oranında genel bütçe payının arttırılması sağlanmalıdır. Ayrıca İddianame sonrası dava aşamasında sunulan zorunlu müdafilik uygulamasının alanı daraltılmalı, ekonomik yetersizlik durumunda adli yardıma başvurma yolu açılmalıdır.

Öte yandan Barolar Birliği'ne CMK görevlendirilmesi için ayrılan para tükenmiştir. Bundan böyle baro yönetimlerince CMK'da görevlendirilmek istenen avukatlar ücret alamadıkları için görev üslenmekten kaçınmaktadır baro başkanları ve baro yönetim kurullarının bu duruma rağmen avukatları görevlendirmeleri ancak palyatif bir çözüm niteliğindedir ve gittikçe de çözümsüzlüğe yönelmektedir. Barolar Birliği'ne görevlendirmeler karşılığı yeni kaynak ve para aktarılmadığı takdirde yeni bir toplantı yapılarak avukatların ve baroların bundan sonra geliştirecekleri tavır belirlenecek ve kamuoyuna bilgi verilecektir.

Meslektaşlarımızın ekonomik sorunları gün geçtikçe artmakta ve ağırlaşmaktadır. Siyasi iktidar bu konuda gerekli yasal düzenlemeyi yapmalı ve uygulamaya aktarmalıdır. Ayrıca, Kamu avukatlığı'na sınavla avukat alınırken, eşitliğe ve objektif kriterlere aykırı olarak ihale yoluyla avukatlık hizmeti satın alınması çifte standarttır. Kamu avukatları üzerinde yaratılan idari vesayetın mesleğin özüne ve ruhuna aykırı olduğu kadar, yargı bağımsızlığını da zedeleyici sonuçlar doğuracağı aşıkardır.

Adli kolluk ile ilgili yapılan yasal düzenlemelere rağmen İçişleri Bakanlığı yasaya aykırı genelge yayımlayarak, bu sistemi işlemez hale getirmiş olup, bu durum hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Anılan genelge ile adli makamlar yok sayılarak, adeta, elleri kolları bağlanarak kovuşturma yapamaz hale getirilmiştir. Bu genelgenin bir an önce geri alınması ve CMK hükümleri gereğince adli kolluk sisteminin tüm özellikleri ile hayata geçirilmesi gerekmektedir.

Demokratik ve Laik Cumhuriyet'e, hukuk devletine, hukukun üstünlüğüne, Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılığımızı bir kez daha yineliyor, insan haklarının bir bütün halinde yaşamın her alanında işler hale gelmesi yönündeki çabalarımızı sürdüreceğimizi tüm kamuoyuna ilan ediyoruz.

Haberler: O. G.

ULUS BİLİNCİ

Av. Özdemir ÖZOK*

Ülke gündemine son günlerde sokulmaya çalışılan konular, “vatandaşlık”, “alt-üst kimlik” ve bütün bunların içinde yer aldığı “ulus devlet” kavramı ile “ulus bilinci” tartışmalarıdır. Bunlara “dinin üst kimlik” niteliği iddiası ile yine “dinin toplumun çimentosu olduğu” düşüncesini de ekleyebiliriz. Aslında Türk toplumunun çok önceleri, 1800’lü yıllarda tartışmaya başladığı bu sorunları çözmüş olması gerekirken hala tartışılıyor olması büyük bir talihsizliktir. Çağdaş uygarlık yolundaki savaşında zaman kaybindan başka bir anlamı da yoktur.

Lügat anlamı; “derebeylik düzeninin yıkılışı ve anamalcı düzenin oluşumu döneminde ortaya çıkan, toprak, ekonomik yaşam, dil, ruhsal yapı ve kültürel özellikler yönünden ortaklık gösteren, tarihsel olarak oluşmuş, en geniş insan topluluğu” olarak açıklanan “ulus” çeşitli faktörlerin birleşmesiyle oluşmaktadır. Bu faktörlerin başında dil, soy, kültür ve tarih birliği gelmektedir. Dinin bu unsurlar arasında yer alıp almadığı ve ulusun oluşmasındaki katkısı ise tartışmalıdır.

Bu genel tanımının yanında, “ulus” un ülkemizin yakın tarihi ve çektiği acılar açısından çok daha büyük önemi vardır. Çünkü ulus bilincinin oluşmasında büyük bir aşamayı ifade eden Ulusal Kurtuluş Savaşı, sömürüye, tutsaklığa, bağımlılığa, yayılmacılığa karşı verilmiş, geri kalmışlıktan kurtulup çağdaşlaşmaya yönelmeyi amaç edinen bir bağımsızlık eylemidir. İşte bu bilinçle başlatılan “ulusal” eylem, ilk başta ülkeyi parçalamak, ele geçirmek, Anadolu’da yapay devletler kurmak, Anadolu insanını devlet yapısından yoksun bırakmak düşüncesiyle ülkeyi işgal edenlere karşı başlatılmıştır. Bazıları Ulusal Kurtuluş Savaşı’nı küçümseyip, Sevr Anlaşması’na “paranoya” deseler de karşı karşıya gelinilen “düşman” ulusal bilincin oluşmasına büyük katkıda bulunmuştur.

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Bu “ulusal” eylemin amacı, sadece ülkeyi işgal eden, elde kalan son yurt parçasını bölmeye çalışanlardan temizlemek olmamıştır.

Bu yapıldıktan yani düşman Anadolu’dan atıldıktan sonra, gelişmenin, değişimin, çağdaşlaşmanın gerekleri olan devrimsel atılımların gerçekleştirilmesi ve çağdaş devlete giden yolu kat etme aşamasına geçilmesi plânlanmıştır. Bu bilinçle hareket eden Anadolu halkı, bu birliktelik kararlılığı ve inancı sonucunda tasada ve kıvançta aynı duyguları yaşayan bağımsız bir “ulus bilinci” yaratmaya yönelmiştir.

Bir topluluğun, devlet olabilmesi için bir takım asgari nitelikler taşıması gerekmektedir. Çok özet olarak bunlar, “ülke” yani “vatan”, o ülke yani vatan üzerinde bir “egemenlik”, doğal olarak en önemlisi “ulus bilincine ermiş insan topluluğu” yani devletin temel ögesini oluşturan “ulus”. Yüzyıllardır vatan edinilen Anadolu’da “yedi düvele” karşı kazanılan zaferler sonrası, hedeflenen devrimler birer birer gerçekleştirilerek özenle kurulan Türk devletinin temel nitelikleri ilk günlerde cumhuriyetçilik, ulusçuluk, halkçılık, ve devrimcilik olarak tanımlanmıştır. Sonraları bunlara devletçilik ve laiklik eklenmiştir.

Hedeflenen bu ilkelerden konumuzu oluşturan ulusçuluk, toplumun tüm bireyleriyle amaçta, ülküde, yazgıda, inançta, dilde, ekinde ulusal bilince varması anlamına gelmektedir. Başka bir anlatımla, tasada, kıvançta, olanakların dağılımında birleşebilmenin mutluluğuna ulaşması; ülke ve millet bütünlüğü ve geleceği için, birlikte çalışma, eyleme geçebilme erdemini, özverisini göstermesi, yönetimde, ekonomide iç ve dış politikada, kültürde bağımsızlık doğrultusunda gelişmeye, çağdaşlaşmaya katkıda bulunmasıdır. Bu ilke, çağdaş olabilmenin, çağdaşlığa yönelebilenin ilk ve en vazgeçilmez aşamasıdır.

Bu tanımları içeren “Atatürk ulusçuluğu” ana soyucu-ırkçı değildir. Zaten henüz devlet oluşturamamış “ulus”larda “soy birliği” önem taşımaktadır. Devlet halinde örgütlendikten sonra, “soy birliği” yerini hukuki açıdan “vatandaşlık” unsuruna terk etmektedir. Birleştirici öğeler arasında din faktörü öncelik taşımaz.

“Atatürk ulusçuluğu”, ulusu dinsel, mezhepsel, budunsal ayrılıklara, bölünelere itecek her davranışın, her eylemin, her düşüncenin karşısında yer alır. Karşı çıktığı düşünce ve davranışların ulusal bütünlüğü sağlamayacağını; siyasal, kültürel ayrılıklara neden olacağını öngörür. Bu nedenle de ayrıcalık iddiasını ileri sürebilecek geleneksel, dinsel, mezhepsel, toplumsal, ekonomik engelleri, birikimleri ortadan kaldırmayı önerir. Yani başka bir anlatımla, ırk, din, etnik köken ve benzeri niteliklerin hiç önemi yoktur. Tasada ve kıvançta

başkandan

birlikte olma bilinci “ulusal bilincin” oluşmasında en önemli faktördür. Bu konuda Anayasa Mahkemesi bir kararında “Bu ilke, ulusu kuran herhangi bir etnik gruba ayrıcalık tanınmasını önleyen, birleştirici, bütünleştirici bir temel oluşturmuştur.” denilmek suretiyle ulusal bilince vurgu yapılmıştır.

Böylece; insanı insan yapan, devredilemeyen, yok sayılmayan ve vazgeçilemeyen “insan hakları” kavramı ve üyelerinin dinsel, ekonomik, toplumsal bağlılıktan ve bağımlılıktan özgür bireye dönüşmesi “ulus” kavramı ve bilinciyle birlikte ortaya çıktı. İlk iletisi ve etkisi, “kardeşlik”, “eşitlik” ve “özgürlük”tü. Giderek, herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş, ulusal ya da toplumsal köken açısından hiçbir ayırım gözetmeksizin eşit olduğu yargısına ulaştı.

Bu tanımıyla “ulus”, tarihsel kazanımları bakımından uluslaşma ve bağımsızlaşma sürecinde önderlik eden, girişkenliği elinde bulunduran gurubun egemenlik kurduğu bir siyasal birlik de değildir. Aksine, yurttaşlarının özgür bireye yükseldiği, kastsal sınıflaşmadan ekonomik sınıflaşmaya devrimleştiği, ekonomik birimlerin birbirine bağlanarak ülke ölçeğinde bütünleşmesi gibi üyelerinin bu ekonomik bütünün birer parçası ve aynı temel üzerinde siyasal bütünün bir ögesi durumuna geldiği bir birlikteliktir ulus.

Bu anlamda ulus birliğini sağlayan din değildir. Olması mümkün de değildir. Bütün dinlerin tarihinde yaşanan acı olaylar dinin birleştirici niteliğinden çok, bölücü niteliklerini ortaya koymaktadır. Bir ulus tek bir dinden, tek bir mezhepten oluşmuş olsa bile, ulusu ulus yapan din değil, ekonomik yapılanma ve bu ekonomik yapılanmanın üstünde yükselen siyasal sistem ve bu sisteme bağlılıktan doğan, gelişen “ulusal bilinç”tir. Bu sağlayan dildir, kültür ve tarih birliğidir. “Dinin üst kimlik” veya “dinin toplumun çimentosu” olduğu iddiaları çok eskilerde kalmış bir “millet” anlayışının ve Osmanlı İmparatorluğu’nda bile laik hukuk kurallarının uygulanmasına başlanan 1856’larda değerini yitirmiş düşüncelerin ürünüdür. Bu bilgilere ulaşmak o denli zor değildir (Bkz., *Ana Britannica*, Millet maddesi). Din birliğinden dolayı tek millet sayılacağımız iddialarının gündemde bulunduğu dönemde dindaşımız Arapların ihanetleri veya Çanakkale’ye Müslüman ülkelerden gelen işgalcilerin varlığı üst kimlik ve çimento iddialarının boşluğunu göstermeye yetecektir.

Uluslu oluşturan bireylerin kurumsal yapıya kavuşan devletle ilişkilerindeki tanım ve illiyet son derece önemlidir. Yani devletin insan ögesi ulusu oluşturan topluluğun teker teker devletle kurulan hukuki bağı günümüzde olduğu gibi, her dönemde önemli tartışmaların konusunu oluşturmuştur.

Devletle kişiler arasındaki hukuki bağı ifade eden “vatandaşlık” karşılıklı olarak haklar, ödevler, yükümlülükler içerir ve bir devlete yurttaşlık ya da, vatandaşlık bağı ile bağlı olmak, kişiye özel bir statü kazandırır. Bu siyasal bağlılığın temelinde, kendi ulusuna bağlılığın uluslararası ilkelere bağlılıktan veya kişisel çıkarlardan üstünlüğünü kabul bulunmaktadır.

Devletle birey arasındaki bu hukuki bağa verilen isim de çok önemlidir. Bu durum, devletin egemenliğiyle ve devletin benimsediği ideolojiyle yakından ilgilidir. Demokratik cumhuriyet rejimlerinde bu bağın adı “yurttaşlık” ya da “vatandaşlık”tır. Monarşilerde ise bu bağın adı “tebaa” veya “uyrukluk”tur. Bu konuda Cumhuriyet’in ilk anayasası olan 1924 Anayasası vatandaşlıkla ilgili olarak “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur” tanımını yapmıştır. 1924 Anayasası’yla yapılan bu tanım; Cumhuriyet’e yakışır, laik ve çağdaş bir yurttaşlık anlayışını yansıtmaktadır.

1961 ve 1982 Anayasalarında da “vatandaşlık”, “Türk devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkesin Türk olduğu” şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlatımda yetersizlik bulunmakla birlikte aynı kavramı ifade etmektedir. Yine de bu tanıma çok haksız eleştiriler yönetilmekte ve etnik kökenleri öne çıkaran yeni tanımlar ileri sürülmekte alt ve üst kimlik arayışlarına girilmektedir. Yapılan bu eleştiriler haksız, dayanaksız ve çok tehlikelidir. Aslında tek bir yurttaşlık vardır, onun da tek ölçütü devletle birey arasındaki hukuki bağıdır. Yani ırk, etnik köken ve benzeri niteliklerin bu hukuki bağın tanımında önemi bulunmamaktadır. Aksi tanımlamalar ve arayışlar ülkenin geleceği bakımından tehlikelere çağrı yapmaktan öteye gidemez. Çünkü biliyoruz ki Türkiye, etnik, dinsel ve mezhepsel ayrışmanın girdabına sürüklenmek istenmektedir. Bunun tarihsel adlandırılması, belleklerimizden silinmemesi gereken, Anadolu’daki Kuvayı Milliyecilere Padişah ve Halife’nin gayretleri ve İngiliz altınlarına dayanılarak kurulan tuzaklara rağmen kabul ettiremedikleri, 10 Ağustos 1920 günlü Sevr Anlaşması’dır. Bu gün ülkemiz anayasal hak ve özgürlükler düzleminde dile getirilen “ulus” ve “vatandaşlık” yerine “federasyon”, “azınlık statüsü”, “alt kimlik” söylemleri amaçsız değildir. Bunlar sinsice planlanmış uygulamaların aşamalarıdır. Bu söylem ve eylemlere, asla ve asla itibar edilmemesi gerekmektedir. Büyük bedeller ödenerek oluşan barış içinde kardeşçe eşit koşullarda yurttaş olma bilinciyle yaşama isteğini her koşulda sürdürmek tek amaç olmalıdır.

Bunun da yolu, tasada ve kıvançta birlikte olmayı hedef edinen ulus olma bilincinden geçmektedir.

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU HAKKINDA BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. Metin FEYZİOĞLU*

GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) diğer bütün kanunlar gibi iyi hükümleri olduğu gibi, eleştirilmesi gereken hükümleri de bulunmaktadır. Bütün eleştirilerde olduğu gibi, bunların bir kısmı objektif bir kısmı sübjektif değerlendirmelere dayanmaktadır.

Aşağıda önce CMK'nın temel yaklaşımları hakkında bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır. Ardından, bu alt yapı kullanılarak, yeni Kanun'un çeşitli hükümleri, belirli başlıklar altında toplayacağımız açıklamalarımıza konu edilecektir.

Çalışmada CMK'nın tamamı hakkında tüketici bir değerlendirme yapılmayacak, ancak, sistemli bir yaklaşım içerisinde, bir kısım hususlar öne çıkarılıp, vurgulanacaktır. Burada değinilmeyen hususların önemsiz olduğuna dair bir görüşümüzün bulunduğu düşünülmemelidir. Amacımız, değerlendirmelerimizi ilgilenenlerin bilgisine sunup, tartışmaya açmaktan ibarettir.

I. KANUNUN TEMEL YAKLAŞIMLARI HAKKINDA BAZI TESBİTLER

1. CMK, 1412 sayılı CMUK gibi, karma sistemin, Kıta Avrupası ceza muhakemesi sisteminin bir kanunudur. Elbette pek çok kurumda değişiklik yapmıştır, ancak sistem değişikliği getirmemiştir.

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

2. CMK, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'nı, bu evrenin gerçek anlamda idarecisi konumuna getirmeyi hedeflemiştir. Bu hedef doğrultusunda, Cumhuriyet Savcısı'nı pasifleştiren, soruşturmanın idaresinden uzaklaştıran hukuki sebepleri kendince belirlemiş ve bunları gidermek yolunda hükümler sevk etmiştir.

3. CMK, soruşturmanın sonunda, Cumhuriyet Savcısı'nın yeterli, kapsamlı ve sistemli bir değerlendirme yaptıktan sonra iddianame hazırlamasını, iddianamede isnadın somutlaştırılmasını, hatalı veya eksik iddianamelerin iade edilmesini öngörmüştür. Böylece fiille bağlılık ilkesini hayata geçirmek istemiştir. Ayrıca, soruşturmaların eksiksiz yapılması suretiyle, açılmaması gereken ceza davalarından adli sistemin ve bireylerin kurtarılmasını, neticede hem mahkemelerin başa çıkamayacağı bir yükü çalışmasının hem de kişilerin mağdur olmasının önüne geçmeyi arzu etmiştir.

4. CMK, iyi hazırlanmış bir dosyayla duruşmaya başlanmasını, duruşmanın mümkün olduğunca kesilmeksizin devam etmesini, taraflara doğrudan doğruya soru sorma hakkı vermek suretiyle, onların aktif bir şekilde muhakemeye katılmalarını, böylece sözlülük ilkesinin ve çelişme yönteminin hayata geçirilmesini amaçlamıştır.

5. CMK, bir yandan şüpheli ve sanığın bir müdafinin bulunması zorunlu olan hallerin kapsamını genişleterek, savunma hakkını, diğer yandan soruşturma evresinden itibaren suçtan zarar görene süjellik sıfatı vererek bireysel iddiayı güçlendirmeyi hedeflemiştir.

6. CMK, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasına istinafi yerleştirerek, hem Yargıtay'ın içtihat mahkemesi konumunu güçlendirmeyi hem de mahkemelerin son kararlarının yalnızca hukuki sorun değil, maddi sorun açısından da sağlıklı bir şekilde denetlenmesinin yolunu açmayı öngörmüştür.

II. SAVUNMA VE BİREYSEL İDDİA HAKKI AÇISINDAN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. Beş yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda zorunlu müdafilik getirilmiştir (CMK m. 150).

2. CMK, on sekiz yaşın altındaki şüpheli ve sanıklar, sağır-dilsiz veya akıl malulü şüpheli ve sanıklar (m. 150/2) için zorunlu müdafiliği korumuştur.

3. Tutuklama talep edilen hallerde yine müdafii tayini zorunlu kılınmıştır (CMK m. 101/3). Hükmün mutlak ifadesi karşısında, hakkında tutuklama talep edilen şüpheli ve sanık kendisi müdafii seçmese ve bir müdafii görevlendirilmesini istemediğini söylese bile, hakim ya da mahkeme, baroya başvurarak bir avukatın müdafii olarak görevlendirilmesini istemekle yükümlüdür.

4. Öte yandan, kaçak sanık hakkında tutuklama kararı verilmesinin talep edildiği hallerde (CMK m. 248/5 ve 5320 sayılı Kanun m. 5/2) de CMK m. 101/3 uyarınca zorunlu müdafilik sistemi geçerli olacaktır. Bu halde, müdafii savunmasını yapmadan, tutuklama talebi hakkında karar verilmemelidir.

5. Kovuşturma evresinde, duruşma yapılan hallerde, kaçak sanıklar açısından zorunlu müdafilik benimsenmiştir (CMK m. 247).

6. Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde, karar duruşmalı yapılarak verilecek ise, müdafii duruşmada hazır bulunması şart koşulmuştur (CMK m. 188/1). Aksine bir davranış, CMK 289/1(e) uyarınca "hukuka kesin aykırılık" teşkil edecektir.

7. Mağdura ve suçtan zarar görene, soruşturma evresinde önemli haklar verilmiştir. Bu çerçevede, bu kişilere, baro tarafından avukat tayin edilmesi usulü öngörülmüştür. Öte yandan suçtan zarar görenin avukatına, soruşturma dosyasını inceleme ve suret alma hakkı tanınmış, kamu davasına katılana da, baro tarafından ücretsiz avukat tayin edilmesi imkanı sağlanmıştır (CMK m. 233 vd.).

8. CMK, kovuşturma evresinde kaçak sanıklar hakkında kovuşturmaya devam edilmesini ve sorgusu yapılmış ise, mahkumiyet kararı dahi verilmesini öngörmüştür (CMK m. 247). Bu, sanık hakları açısından sakıncalıdır. "Kaçak" sıfatı verilerek yokluğunda kovuşturmaya devam edilen sanığın aslında kaçmadığı, yalnızca hakkındaki kovuşturmadan haberdar olmadığı için gelmediği sonradan anlaşıldığı takdirde, yokluğunda yapılan bütün esaslı işlemlerin tekrarlanmasına azami önem gösterilmelidir. Bu tekrar, göstermelik değil, gerçek bir tekrar olmalı, tanıklar tekrar dinlenmeli, belgeler tekrar okunmalıdır.

9. CMK, kaçakların mallarına el konulması tedbirini içermektedir. Kaçak gelirse el koyma tedbirine son verilecektir (m. 248). Bu tedbir, geçici bile olsa, Anayasa'ya göre yasak olan genel müsadereyi (Anayasa m. 38) çağrıştırmaktadır.

10. Sanığa "kaçak" sıfatı verilmesinin ağır neticelerini dikkate alan kanun koyucu, 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la CMK m. 247'ye yeni bir 2. fıkraya eklemiş, eski 2 ve 3. fıkraların da numaralarını buna göre teselsül ettirmiştir. 5271 sayılı CMK'yı yürürlüğe girdiği gün değiştiren 5353 sayılı Kanun'a ilişkin teklif metni, Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metin ve gerekçesi dipnotta aynen verilmiştir.¹ Bu metinler

¹ 3.5.2005 tarihli kanun değişikliği teklifi: "Madde 10: Ceza Muhakemesi Kanununun 98 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

Ayrıca, tutuklama isteminin reddi halinde, şüpheli hakkında itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.

Madde 35: Ceza Muhakemesi Kanununun 247 nci maddesinin birinci fıkrasına "Hakındaki" ibaresinden sonra gelmek üzere "soruşturma veya" ibaresi eklenmiştir."

TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metin:

"Madde 10: Ceza Muhakemesi Kanununun 98 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(1) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.

Madde 31: Ceza Muhakemesi Kanununun 247 nci maddesine aşağıdaki ikinci fıkraya eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

(2) Hakkında, 248 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmış olan sanığın, yetkili mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uymasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise, mahkeme;

a) Çağrının bir gazete ile sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilânına karar verir; yapılacak ilânlarda, onbeş gün içinde gelmediği takdirde 248 inci maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar,

b) Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren onbeş gün içinde başvurmayan sanığın kaçak olduğuna karar verir."

TBMM Adalet Komisyonu'nun gerekçesi:

"Teklifin 10 uncu maddesiyle 5271 sayılı Kanunun 98 inci maddesinin birinci fıkrasına bir cümle eklenmektedir. Kaçaklık bir statü olup ancak kovuşturma evresinde geçerli olmasından ve bu hususun 5271 sayılı Kanunun 247 nci maddesinde düzenlenmesinden dolayı 'kaçak' ibaresi metinden çıkarılmak suretiyle birinci fıkraya hükmü yeniden düzenlenmiş ve yapılan bu değişiklik 247 nci madde ile de uyum sağlanmıştır.....

Teklifin 10 uncu maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle, Teklifin 35 inci maddesinde önerilen değişiklik gereksiz hale gelmiş olduğundan, 5271 sayılı Kanunun 247 nci maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmamış, ancak aynı maddeye ikinci fıkraya eklenerek, 248 inci maddede sayılan suçlarla sınırlı olmak üzere, kaçaklık statüsünün tespiti usulü hüküm altına alınmış, diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir ve 31 inci madde olarak kabul edilmiştir."

incelendiğinde, 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin amacının, yalnız kaçaklar hakkında uygulanacak tedbirlere ilişkin olmadığı, bu değişikliklerle, kişinin kaçak olduğuna karar verilmesinin sıkı şartlara bağlandığı açıkça görülmektedir. Kanun değişikliğinden önce, her suç açısından sanığın kaçak olduğuna karar verilebilecek, fakat yalnızca 248. maddede sayılan suçlarla ilgili kovuşturmalarda, kaçığın mallarına zorlama amaçlı el konulabilecek iken, 5353 sayılı Kanun sanığın "kaçak"lığına hükmedilebilecek hallerin kapsamını daraltmış ve uygulamayı sıkı şartlara bağlamıştır. Yeni düzenleme karşısında, yalnızca 248. maddede sayılan suçlar söz konusu olduğunda ve sanığın huzura getirilmesi için maddede belirtilen işlemler eksiksiz yerine getirildikten sonra "kaçaklık kararı" verilebilecektir. Böylece, kaçaklık statüsüne ilişkin bizim de çeşitli platformlarda dile getirdiğimiz sorunların bir kısmı giderilmiş bulunmaktadır.

11. Tanık, sanık ve bilirkişilere, avukatlar ve Cumhuriyet Savcısı tarafından doğrudan soru sorulması sağlanmıştır (m. 201). Böylece, duruşmanın "taraf-aktif" hale getirilmesi amaçlanmıştır. Elbette bu yeni düzenleme, avukatlara ve duruşmaya giren Cumhuriyet Savcılarına büyük bir sorumluluk yüklemektedir. Tarafların, ellerindeki her dosyaya, sahip oldukları yegane dosya gibi hazırlanmaları etik sorumluluğu daha da önem kazanmıştır.

12. Örgütlü suçlarda tanıkların korunması için kimlik gizleme vb. gibi bir takım tedbirler öngörülmüştür (CMK m. 58). Bu düzenlemeler, tanıkların tehlikelerden korunması açısından olumlu olmakla birlikte, savunma hakkını elbette kısıtlamaktadır. O halde, uygulamada, kimliği gizlenmiş tanıkların beyanlarını çok daha titiz değerlendirmek ve bunları, isbat için tek başına yeter saymamak gereklidir.

13. CMK m. 85, "yer gösterme" adında bir tedbirden söz etmekte, fakat bu tedbirin ne olduğunu tanımlamamaktadır. Mülga CMUK uygulamasına bakıldığında ise, yer göstermeden, keşif sırasında ilgili kişilerin bilgisine başvurulmasının anlaşıldığı görülür. Kanun'un herhangi bir yerinde yer göstermenin ne olduğu açıklanmadığına, yalnızca "usul"ü düzenlendiğinde göre, bu uygulamanın CMK döneminde de devam edeceği tahmin edilebilir.

- İlk hali savunma hakkı açısından çok ciddi sakıncalar yaratan ve bizim de CMK ile ilgili düzenlenen toplantılarda dile getirdiğimiz

eleştirilerin konusu olan 85. madde, 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanan 5353 sayılı Kanun'la değiştirilmiş, tehlikeli yanları bir miktar törpülenmiştir.²

• Artık üç fıkradan oluşan maddenin yeni metni şöyledir: “(1) *Cumhuriyet savcısı, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir. 250 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar sözkonusu olduğunda, adli kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir. (2) Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafii de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir. (3) Yer gösterme işlemi, 169 uncu maddeye uygun olarak tutanağa bağlanır.*”³

² CMK m. 85'in ilk hali, “Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84. madde hükümleri uygulanır” cümlesinden ibaretti ve eski uygulamadaki anlayışı değiştirecek bir hüküm içermiyordu. Gönderme yapılan CMK 83. madde, keşfin kim tarafından yapılacağını ve keşif tutanağına neler yazılacağını, CMK 84. madde ise keşifte ve duruşmaya getirilemeyecek tanık ve bilirkişilerin dinlenmesinde kimlerin hazır bulunabileceğini düzenlemektedir. 85. madde, 84. madde hükmüne gönderme yapmak suretiyle, yer göstermeyi savunma hakkı açısından çok tehlikeli bir hale getirmişti. Şöyle ki, ifade alma sırasında şüpheli, müdafinin yardımından yararlanmayı talep ederse, avukatı gelmeden ifade alma işlemine başlanamaz (CMK m. 147). Oysa CMK 84/4. maddeye göre müdafii, ancak işin geri bırakılmasına sebebiyet vermeyecek ise keşif sırasında hazır bulundurulur. 85. madde bu şekilde muhafaza edilmiş olsaydı, yer gösterme işlemi adıyla yapılan ifade alma sırasında şüphelinin müdafinin yardımından yararlanma hakkı dolanılabilir idi.

³ TBMM Adalet Komisyonu'nun aynen katıldığı ve Genel Kurul'da da değişikliğe uğramadan, olduğu gibi kanunlaşan teklifin gerekçesi şöyledir:
“5271 sayılı Kanunun 85 inci maddesi, uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri giderecek şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Her şeyden önce yer gösterme işleminin hukuki niteliği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, ancak soruşturma evresinde başvurulabilecek bir işlem olan yer gösterme, yüklenen suç konusunda açıklamada bulunmama hakkını kullanmış olan şüpheli açısından geçerli olamayacaktır. Yüklenen suç konusunda açıklamada bulunan şüphelinin bu açıklamalarının doğruluğunu kontrol etmek için yer gösterme yaptırılabilir.

Böylece, Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde sağlam deliller elde edebilecek ve iade edilmeyecek şekilde bir iddianame düzenleyebilecektir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren suçların soruşturması çerçevesinde, kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırabilecektir.

Her soruşturmada başvurulamayan, ancak birinci fıkrada belirtilen şartlarda ve ayrıca gerek görüldüğünde başvurulabilecek olan yer gösterme işlemi yapılırken, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla müdafii de hazır bulunabilecektir.

Yer gösterme işlemi bir tutanağa bağlanacaktır. Tutanağın 169 uncu maddedeki hususları içermesi gerekmektedir.” İddianamenin kabulüne veya iadesine karar verilirken yeterli delilin toplanıp toplanmadığı hususunun mahkemece değerlendirilmesine ilişkin görüşümüz için bkz. III numaralı alt bölüm.

- Kanun teklifinin gerekçesinde yer göstermenin hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulduğundan söz edilse de, maddede böyle bir açıklık yoktur; işlemin içeriği ve hukuki niteliği değil, tabii olduğu şartlar hükme bağlanmıştır.

- “Kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheli”den anlaşılması gereken, susma hakkını kullanmayarak ifade vermiş ve bu ifadesinde, soruşturma konusu suçla ilgili bir “yer”den söz etmiş şüphelidir. Şüpheli, bu açıklamaları, “ifade alma” işlemi sırasında yapmalıdır. Şu halde, şüpheliye öncelikle kanuni hakları hatırlatılmış, bu çerçevede, susma hakkı ve bir müdafinin yardımından yararlanma hakkının bulunduğu bildirilmiş olmalıdır. 5353 sayılı Kanun’la getirilen bu düzenleme, teorik olarak, şüphelinin müdafiiyle hiç görüştürülmeksizin yer gösterme işlemine tabi tutulmasını önlemeye elverişlidir. Ancak bunun için, şüphelinin söz konusu hakkını gerçekten bilmesi ve hür iradesiyle talepte bulunabilir durumda olması gerektiği kuşkusuzdur.

- Öte yandan, soruşturmayı geciktireceği gerekçesiyle yer gösterme işleminin müdafii gelmeksizin de yapılabilmesine izin veren 2. fıkra nedeniyle, daha önce müdafiiyle görüşmesine izin verilse dahi şüpheli, yer gösterme sırasında müdafinin yardımından yararlanamayabilecektir. Ancak 2. fıkranın müdafii çağırılmaması yolunu açan bu istisnai düzenlemesinden keyfi bir şekilde yararlanılmasının, savunma hakkını ihlal edeceği unutulmamalı, ancak gecikilmesinde sakınca olunan hallerde söz konusu hükme başvurulmalıdır.

- Yer gösterme işlemi, kural olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından yaptırılabilir.

- CMK m. 250/1’de sayılan suçlar söz konusu olduğunda, adli kolluk amirinin de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme, hem çelişkilidir hem sakıncalıdır. Düzenleme çelişkilidir; çünkü CMK m. 250’de sayılan suçlar, kanun koyucunun, ceza politikası nedeniyle özel önem verdiği suçlardır. Bu suçları yargılamak üzere özel görevli ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. Diğer suçlarla ilgili soruşturmalarda yer gösterme işlemini kolluk amiri hiçbir zaman yaptıramazken, Kanun’un bu suçlarda Cumhuriyet Savcısı’nın bir kısım yetkilerini kullanmayabileceğini, dilerse kendini pasif bir konumda tutabileceğini öngörmesi anlaşılır gibi değildir. Düzenleme sakıncalıdır; çünkü keşif sırasında

gerçekleştirilen ifade alma işlemi Cumhuriyet Savcısı olmaksızın ve belki de, müdafii çağrılmaksızın yapılabilecek, şüphelinin savunma hakkı, hiçbir haklı gerekçe olmaksızın sınırlanabilecektir.

- Yer gösterme işleminin, CMK 169. maddeye uygun olarak tutanağa bağlanması gereklidir. 85. maddenin yeni halinde her ne kadar artık 83. maddeye göndermede bulunulmuyor olsa da, 169. maddeye uygun bir şekilde tutulan tutanağın içeriğine, yapılan işlemin özelliği dikkate alınarak, 83/2. maddedeki hususlar da dahil edilmelidir. Buna göre, yer gösterme tutanağına, *“var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu”* da yazılmalıdır.

14. CMK, şüphelinin kollukta alınan ifadesine, hüküm tesis edilirken dayanılmasına imkan vermektedir. Ancak bunun için, ifade, müdafii katılımıyla elde edilmelidir (m. 148 ve m. 213). Şu halde, müdafii, kolluk tarafından ifade alınırken şüphelinin yanında bulunması, şüphelinin ifadesine kovuşturmada delil değeri kazandıracaktır. Bu haliyle CMK, kollukta alınan ifadelere hiçbir şekilde delil değeri tanımayan CMUK m. 247 ile karşılaştırıldığında, ikrara özel bir önem atfetmektedir.

15. CMK, şüphelinin Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan ifadesine de kovuşturmada delil değeri kazandırmıştır. Savcılıkta verilen ifadenin hükme esas alınabilmesi için, müdafii ifade alma sırasında hazır bulunmasına da gerek yoktur (m. 213).

16. CMK, devlet sırrı hakkındaki tanıklığı yeni bir düzenlemeye bağlamıştır (m. 47). Taraflara kapalı bir yargılamaya izin veren ve bu nedenle savunma hakkını ağır şekilde ihlal eden 47. madde⁴, Anayasa m. 36’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına açıkça aykırıdır. Anayasa m. 90/5’in

⁴ CMK madde 47: “(1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.

(2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.

(3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

(4) Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder.”

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü uyarınca mahkemelerin CMK m. 47’deki düzenlemeyi görmezden gelmeleri gereklidir. Üstelik bu düzenleme, mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmasını da sağlamayacaktır. Şöyle ki, eğer mülga CMUK m. 49 çerçevesinde idari makamların izin talebine olumsuz cevap vermesi gerekçe gösterilerek, “mahkeme artık hiçbir izin almaya gerek olmaksızın devlet sırrına vakıf olacaktır” deniliyorsa, bu gerçekçi değildir. Çünkü devlet sırrının niteliği gereği mahkeme, tanığın bildiklerini doğru ve eksiksiz anlatıp anlatmadığını denetleme imkanından büyük ölçüde yoksundur. Şu halde sorun, daha ziyade, hukuk devleti bilinciyle ilgilidir. CMUK m. 49 uygulamasında devlet sırrı konusunda kamu görevlilerinin tanıklığına izin verilmediğinden şikayet edilmektedir. Oysa aynı kamu görevlilerinin CMK m. 47 uygulamasında bildiklerini eksiksiz anlatacakları varsayımına dayanılarak adil yargılanma hakkı ihlal olunmaktadır. Aşağıda, önemi dolayısıyla 47. madde daha yakından incelenecektir.

- Maddede, tanığın kamu görevlisi olması veya olmaması ayrımı yapılmamıştır. Böylece, kamu görevlileri dışındaki kişilerin de devlet sırrına vakıf olabileceği kabul edilmiştir. Böylece, CMUK m. 49 uygulamasında devlet sırrına vakıf olsalar bile tanıklıkları hiçbir izne ve özel usule tabi olmayan kişilerin dinlenmesinde adil yargılanma hakkını ihlal eden bir usul kabul edilmiştir.

- Tanık, dava konusu olayla ilgili bildiklerinin devlet sırrı niteliğinde bilgiler olduğunu söylerse, mahkeme, dinleyiciler, taraflar ve zabıt katibi dahi olmaksızın tanığı dinleyecektir.

- Kanun, CMUK m. 49’dan farklı olarak, tanığın kamu görevlisi olmasını açıkça zorunlu tutmadığına göre, bu madde nedeniyle hakimin, örneğin bir organize suç örgütü lideriyle baş başa duruşma salonunda kalması ihtimal dahilindedir.

- Tek hakimli mahkemelerde hakim, heyetlerde ise mahkemenin başkanı, tanığın kapalı celsede yaptığı açıklamalardan sadece sanığa yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek olan bilgileri tutanağa kaydettirecektir.

- Tutanağa geçirilmeyen beyanların, isnadın ispatında kullanılması mümkün değildir. Çünkü mahkeme başkanı bunları tutanağa geçirmekle, bunların uyuşmazlıkla ilgili olmadıklarını kabul etmiştir.

- Mahkemeye açıklanan devlet sırlarından yargılanan uyuşmazlıkla ilgili olan kısımları aleniyete intikal edeceğinden, bunların üzerinden sır niteliği kalkacaktır.

- Ancak, savunmanın, tanığa soru sorma imkanı elinden alınmaktadır.

- Savunma, tutanakta yazanlar dışında tanığın mahkemeye neler anlattığını da bilemeyecektir.

- Tanığın, sanık hakkında olumlu ya da olumsuz konuşup konuşmadığını, mahkemeyi etkilemeye yönelik bir çaba içinde olup olmadığını savunmanın bilmesine imkan yoktur. Savunmanın, tanığın anlatımına müdahale etme, gerçek dışı olduğunu ileri sürme imkanı da bulunmamaktadır. Tanık ve hakim, içeride, baş başadır.

- İspat faaliyetinin psikolojik dinamikleri dikkate alındığında, getirilen bu düzenlemenin tarafların katılımına imkan vermeyecek şekilde mahkemeyi etkilemeye elverişli olduğu, sanığın adil yargılanma hakkını emsalsiz bir şekilde tehdit ettiği ortadadır.

- Ceza muhakemesinde, maddi sorunun çözümünde şüpheden sanık yararlanır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kaynağı, suçsuzluk karinesidir. Bu ilkeyi uygulayan ceza mahkemeleri, sanığın suçlu olduğu konusunda şüpheyi gideremezlerse, delil yetersizliğinden sanığın beraatına karar verirler. CMK m. 223/2-e bunu, “*yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” hali olarak tanımlamıştır. Uygulamada, beraat kararlarının büyük çoğunluğunun temelinde, şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi vardır. CMK m. 47/2 ile getirilen bu düzenleme çerçevesinde, mahkemeye bir devlet sırrı açıklayacağını söyleyen ve böylece, içeride hakimle baş başa kalabilmek imkanına kavuşan bir tanık, mahkemenin, kapalı kapılar ardında, tarafların katılımından uzak bir şekilde şüphesini yenmesini sağlamaya elverişlidir. Böyle bir düzenlemenin ve bu düzenlemeye dayanılarak yapılacak bir uygulamanın adil yargılanma hakkıyla uzaktan yakından bir ilgisi olamaz.

• Öte yandan, isnadın ağırlığı, hiçbir zaman isnadın gerçekliğini / ciddiliğini gösteren bir ölçü değildir. Bu nedenle, *“hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla”* demek suretiyle, adil yargılanma hakkının böylesine ihlal edilmesine bir mazeret bulunamaz.

• Maddedeki düzenlemeye karşı çıkışımızın, hakime güvenmek ya da güvenmemekle bir ilgisi yoktur. Hükmün *“hakime güven”* boyutunda tartışılması yersizdir. Aksi halde, ifade alma sırasında müdafinin yardımından yararlanılmasını, mecburi müdafiliği, müdafinin dosyayı inceleme hakkını, kısaca savunma hakkı içerisinde yer alan bütün hakları hakime güvensizlik olarak nitelendirmek gereklidir. Muhakeme eğer üç makamın ortak bir faaliyeti ise, savunma makamı, tanık dinlenirken orada olmak hakkına sahip olmalıdır.

• Üstelik bu düzenlemenin, maddi gerçeğe ulaşılması yolunda ciddi bir işlevi de olmayacağı ortadadır. Tam tersine, bu düzenleme nedeniyle mahkemeler, duruşma salonunun kapalı kapıları ardında, yönlendirilme tehlikesiyle baş başa bırakılmaktadır.

• Son olarak, hükümde alt sınırı beş yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda ne yapılacağı, çözümsüz bırakılmıştır.

• Yapılması gereken, derhal, CMK m. 47 düzenlemesinden vazgeçilerek, mülga CMUK m. 49’daki izin sistemine dönülmesidir. Bu halde elbette, mahkemeler talep ettiğinde, idari mercilerin keyfi davranmayarak mümkün olan hallerde izin vermelerini beklemek, en doğal hakkımızdır.

17. CMK, devlet sırrı içeren belgelerin delil aracı olarak sunulması ve incelenmesi konusunda, yeni bir düzenleme içermektedir.

• 125. maddedeki bu düzenleme,⁵ devlet sırrı hakkındaki tanıklıkla ilgili 47. maddenin simetriği olup, aynı şekilde, kapalı yargılamaya izin vermekte, savunma hakkını ve adil yargılanma hakkını ağır şekilde ihlal etmektedir.

⁵ CMK m. 125: “(1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

(2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir.

(3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.”

- Mahkemeyi, savunmanın müdahalesini imkansız hale getirecek şekilde tek taraflı bir yönlendirmeye açan bu hüküm, Anayasa m. 36'ya ve AİHS m. 6'ya aykırıdır.

- Öte yandan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bile (m. 20/3) mahkeme tarafından idareden “... istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen saounmaya göre karar verilmmez” hükmü yer alırken, idari işlemin iptal edilip edilmeyeceğinin değil, bir insanın mahkumiyetine karar verilip verilmeyeceğinin konuşulduğu ceza davasında taraflara kapalı delil ikamesini getiren böyle bir hükmün uygulanabilir olmasını, hukuk devleti kavramlarıyla açıklamak mümkün değildir.

16. CMK, malen sorumluya, davaya katılma hakkı vermiştir (m. 237). Örneğin taksirle birinin yaralanmasına sebebiyet verdiği iddiasıyla şoför hakkında açılan ceza davasına, şoförün işvereni ya da aracın sahibi olan kişi davaya katılabilecektir. Kanun, bu katılmada, malen sorumlu kişinin sanık hakkında şikayetçi olacağından söz etmektedir. Yani, ceza mahkemesinin yargılamakta olduğu sanığın işlediği iddia edilen fiil nedeniyle hukuki sorumluluğu olabilecek kişi, ceza davasına katılarak sanık hakkında şikayetçi olabilecektir. Ancak ceza davasına böyle bir katılmanın, ileride hakkında açılacak bir tazminat davasında bu şahsa ne yarar sağlayacağı anlaşılmamaktadır. Çünkü bu durumda katılanın menfaati, sanığın mahkumiyetinde değil, beraat etmesindedir.

III. İDDİANAMENİN HAZIRLANMASINA VE KABULÜNE İLİŞKİN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. CMK, soruşturmanın eksiksiz yapılması ve iddianamenin düzgün hazırlanması için hükümler öngörmüştür.

2. Bu çerçevede, CMK, “iddianamenin iadesi”ni kabul ederek, soruşturmanın eksiksiz yapılmasını ve isnadın, yargılama sırasında değil, soruşturmanın sonunda somutlaşmasını sağlamayı amaçlamıştır (m. 174).

3. Böylece CMK, işbirliği sisteminin (karma sistem) özüne uygun olarak, isnadın dava açan makam tarafından belirlenmesini, sanığın

kendini hangi isnada karşı savunmak durumunda olduğunu iddianameyi tebellüğ ettiği anda öğrenmesini hedeflemiştir. Aşağıda, önemi nedeniyle iddianamenin kabulü kararı üzerinde biraz daha ayrıntılı durmak istiyoruz.

- CMK m. 174 uyarınca mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde iddianameyi kabul veya iade edecektir.⁶

- Kamu davası, iddianamenin kabulüyle birlikte açılmış (CMK m. 175) ve kovuşturma evresine başlanmış (CMK m. 2/1-f) olur. Demek ki Cumhuriyet Savcısı'nın düzenleyerek mahkemeye sunduğu iddianamenin hüküm ve sonuç doğurması, "iddianamenin kabulü" denilen ve kurucu şart niteliği taşıyan kararın verilmesine (ya da kanunen verilmiş sayılmasına) bağlıdır.

- Maddedeki on beş günlük süre, davayı açan iddia makamına değil, kendisine sunulan iddianame üzerine işlem yapmakla yükümlü kılınan mahkemeye hitap etmektedir. Bu nedenle, düzenleyici niteliktedir. Ancak iddianamenin kabul veya iadesi konusunda karar verilmesinde gecikilmesinin doğuracağı sakıncaların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la, mahkemenin bu sürede iddianamenin kabulü veya iadesi yönünde bir karar vermemesi halinde iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı hükmünü getirmiştir. Mülga CMUK döneminde görülen yetersiz iddianamelerle dava açılması uygulamalarının önlenmesi amacıyla getirilmiş olan iddianamenin kabulü kurumu, 5271 sayılı CMK'nın en temel düzenlemelerinden biridir ve yeni Kanun'un amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için "olmazsa olmaz" özelliğindedir. On beş günlük sürenin sonunda iddianamenin kabul edilmiş sayılmasını öngören kanun değişikliği, böylesine temel bir kurumu işlevsiz hale getirmeye elverişlidir. Bu nedenle, mahkemelerimizin, düzenleyici süreye uymaları ve otomatik kabule yol açmadan, kabul veya iade konusunda kendilerinin karar vermeleri son derece önemlidir.

- Mahkeme, iddianamenin kabulü aşamasında karar verirken iddianamenin CMK m. 170'de sayılan unsurları içerip içermediğini

⁶ CMK'nın ilk şeklindeki yedi günlük süre, 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la on beş olarak değiştirilmiştir.

denetleyecektir. Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun, *"suçun sübûtuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen"* veya *"önödemeye veya uzlaşmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde ... veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen"* iddianamelerin de iadesine karar verileceği hükmünü getirmiştir.

• CMK'nın ilk şeklinde ön ödemeye tabi işlerin yanında uzlaşmaya tabi işlerden söz edilmediği için, bunların da hükme ilave edilmesi yerinde olmuştur. Ancak bu aşamada sübuta ilişkin bir değerlendirme yapılmasını öngören (b) bendindeki hükümlerle ilgili aynı görüşte değiliz. İlk bakışta, sanığın lehine olduğu izlenimini verebilecek bu düzenlemenin, konuya başka bir açıdan yaklaşıldığında ne kadar sakıncalı olduğu görülecektir. Her şeyden önce, *"mevcut olduğu halde toplanmamış delil"* den neyin kastedildiği belli değildir. Henüz kovuşturmaya başlamadığı için re'sen araştırma yetkilerini kullanamayan bir mahkeme, kolluk veya Cumhuriyet Savcısı tarafından *"toplanmadığı"* için soruşturma dosyasında yer almayan bir delilin mevcudiyetini nereden bilebilecektir? Açıkçası, bu düzenleme nedeniyle mahkeme, savunmayı dinlemeden, daha işin başında esasa ilişkin bir değerlendirme yapmak zorunda bırakılmaktadır. Bu kapsamda mahkeme, iddia edilen suçun ispatı için gereken delillerin toplanıp toplanmadığını denetlemekte ve böylece, ispat için hangi delillere ihtiyaç olduğu konusunda bir görüş sahibi olmaktadır. Şu halde iddianamenin iade edilmediği her durumda, mahkemenin, iddia konusu suçun sübutu için mevcut delillerin toplandığı görüşüne ulaştığı ileri sürülebilir. Böyle bir kabulün savunma hakkı açısından ne kadar tehlikeli olduğu ortadadır. Öyleyse uygulamada mahkemeler, hükmü, işbirliği sisteminin temellerini ve savunma hakkını ortadan kaldırır şekilde yorumlayıp uygulamaktan titizlikle kaçınmalıdır. Aksi halde iddianamenin kabulüne ilişkin her karar *"ihzası rey"* niteliğini taşıyacak ve sanık, kendisinin suçlu olduğu konusunda yeterli şüphe bulunduğunu düşünen bir hakimin veya heyetin karşısında savunma yapmak zorunda kalacaktır. Eğer kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunup bulunmadığının da yargılama makamınca denetlenmesi isteniyor ise, bu denetimin yargılamayı yapacak olandan başka bir hakime yaptırılması zorunludur. Yoksa, aslında insan hakları lehine düşünülmüş bir düzenlemenin savunma hakkını nasıl derinden yaralayabileceğinin özgün bir örneği yaratılmış olacaktır.

• 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanan 5353 sayılı Kanun'un iddianamenin kabulüne ilişkin getirdiği bir başka yenilik, "*suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez*" hükmüdür. Ancak bu düzenleme, CMK m. 5'nin "*İddianamenin kabulünden sonra; işin davayı gören mahkemenin görevini aştığı veya dışında kaldığı anlaşılırsa, mahkeme bir kararla işi görevli mahkemeye gönderir*" hükmü ve m. 6'nın "*İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçeyle görevsizlik kararı verilemez*" hükmüyle birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre mahkeme, işin kendi madde itibariyle veya görev itibariyle yetkisine girmediği kanaatinde ise, iddianameyi iade etmelidir. Ancak mahkeme, yargılama kendi madde itibariyle veya görev itibariyle yetkisine giriyor ise, iddianamedeki hukuki nitelendirmeye katılmasa bile iade kararı veremeyecektir.

• 5353 sayılı Kanun'un konuyla ilgili bir diğer düzenlemesi de "*İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez*" hükmüdür. Kanun koyucu bu hükümlerle, işlerin sürüncemede kalmasını önlemeyi amaçlamıştır. Şu halde mahkeme, iddianameyi iade ederken, bütün eksiklikleri iade kararına yazmak zorundadır.

4. CMK, soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianamenin düzenlenmesini öngörmüştür. (m. 170/2).

• Hüküm, kamu davasının açılmasında Cumhuriyet Savcısı'na bağlı yetki tanıyan, "*mecburilik ilkesi*"ni düzenlemektedir.

• Hükümde, "*yeterli şüphe*"den söz edilmek suretiyle, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bu evrede geçerli olmadığı vurgulanmış olmaktadır.

5. CMK, 171. maddesinde, "*Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmayabilir*" hükmünü sevketmiştir.

• Maddenin kenar başlığı "*Kamu davasını açmada takdir yetkisi*"dir.

• Ancak maddenin kenar başlığına ve "*açmayabilir*" fiilinin ihtiyari bir yetkiyi çağrıştırmasına rağmen, kanaatimizce buradaki yetki de, tıpkı 170/2. maddedeki gibi, kural olarak, bağlı yetkidir; mecburilik ilkesinden ayrılmış değildir.

- Çünkü cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşullar sabit ise ya da şahsi cezasızlık sebebi var ise, Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyip düzenlememekte serbest değildir; kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir.

- Bu açıklamalarımız, TCK'daki cezanın ortadan kaldırılması sonucunu doğuran ve şahsi bir sebep olarak düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümleri ile şahsi cezasızlık sebeplerini içeren hükümler incelendiğinde daha somutlaşacaktır. Buna göre, örneğin TCK m. 93/1'de düzenlenen "*Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz*" şeklindeki etkin pişmanlık hükmü uyarınca, bu kişinin suçu işlediği sabit olsa bile, kendisine ceza verilmesi mümkün değildir. O halde, Cumhuriyet Savcısının da, bu durum soruşturma evresinde tesbit edilmiş ise, iddianame düzenlememesi gereklidir. TCK m. 167/1'deki "*Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz*" hükmü de konuyla ilgili bir diğer örneği oluşturabilir. Sözü geçen madde uyarınca, bir kişinin, birlikte yaşadığı eşine ait menkul malı, onun rızası olmaksızın kendisine yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alması halinde (TCK m. 141/1) bu kişi şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacak ve kendisine ceza verilmeyecektir. Cumhuriyet Savcısı da, şüphelinin, suçtan zarar görenin birlikte yaşadığı eşi olduğunu tesbit ettiğinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir. Başka bir anlatımla, Cumhuriyet Savcısı, şüpheli hakkında kamu davası açıp açmamakta ihtiyari bir yetkiye sahip değildir.

- Ancak kanun, etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde mahkemeye, hiç ceza vermemek ile indirimli de olsa cezaya hükmetmek seçeneklerini istisnaen tanımış ise, aynı takdir yetkisinin Cumhuriyet Savcısı'na da tanındığı kabul edilmelidir. İşte yalnızca bu durumda Cumhuriyet Savcısı'nun iddianame düzenlemesi veya kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi ihtiyari yetkiye tabi işlemlerdir.

• Buna göre, örneğin, TCK m. 22/6'da yer alan *"Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıda altıda bire kadar indirilebilir"* hükmünün bir şahsi cezasızlık sebebi içerdiği kabul edilecek olur ise, Cumhuriyet Savcısı'nın da iddianame düzenlemek veya kovuşturmaya yer olmadığına karar vermek konularında ihtiyari yetkiye sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir.

• Bunun dışında, yani kanunun mahkemeye, hiç ceza vermemek veya indirimli de olsa cezaya hükmetmek konusunda bir takdir yetkisi tanımaksızın cezaya hükmedilmeyeceğini emrettiği hallerde, Cumhuriyet Savcısı'nın dava açmak yetkisi, mecburilik ilkesine tabidir; yani bağlı yetkidir. Cumhuriyet Savcısı, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturan delillere ulaşmış ise, iddianamesini hazırlamak zorundadır.

6. CMK, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, yeni delil veya delillere ulaşılmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmasını yasaklamıştır (m. 172/2).

• Bu düzenleme, kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının keyfi bir şekilde ortadan kaldırılarak kişilerin mağdur edilmelerini önlemeye yöneliktir.

• Böylece haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiş olan kişiler, belirli ölçüde hukuki güvenliğe kavuşturulmuş olmaktadır.

• Kanaatimizce yeni delil olmadığı halde Cumhuriyet Savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararını kaldırarak kamu davası açmış ise, mahkeme, 174. maddeye göre iddianameyi iade etmelidir. Çünkü kamu davasının açılması m. 175 uyarınca mahkemenin vereceği iddianamenin kabulü kararına bağlıdır. Öyleyse *"yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz"* diyen m. 172/2 yalnızca Cumhuriyet Savcısı'na değil, aynı zamanda mahkemeye de hitap etmektedir. Aksi takdirde hüküm, müeyyidesi bulunmayan bir temenni hükmüne indirgenmiş olacaktır.

• Fakat mahkemenin yeni delilin tek başına veya eski delillerle birlikte kamu davasının açılması için gereken *"suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe"* ölçütünü tatmin edip etmediğini değerlendirme yetkisi ol-

mamalıdır. Çünkü bu değerlendirme esasa ilişkin bir değerlendirmedir. Esasa ilişkin değerlendirmeler ise, yalnızca kovuşturma evresinde ve çelişme yöntemi uygulanarak yapılmalıdır.

7. CMK, 173/1. maddesinde, suçtan zarar görenin Cumhuriyet Savcısı'nın verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı kovuşturma davası açabilmesi (Kanun'un deyişiyile itiraz edebilmesi), bu kişinin önceden şikayetçi olmasına bağlı tutulmamıştır.

- Bu düzenlemenin, suçtan zarar görenlerin haklarını korumak için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Böylece, suçtan zarar görenin haberi olmaksızın dosyanın kapatılması önlenmek istenmiştir.

- Ancak, suçtan zarar görenlerin haklarını korumakta faydalı olacağı düşünülse bile, bu düzenleme, suçtan zarar görenin belli olmadığı, eksik veya hatalı tesbit edildiği veya suçtan zarar görene ulaşamadığı hallerde, kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı açılacak kovuşturma davalarında hak düşürücü sürenin işlemeye başlamasını engellemeye elverişlidir. Bunun sonucunda, kovuşturmaya yer olmadığı kararları, dava zamanlaşımı içerisinde, belki de yıllar sonra ortaya çıkarak suçtan zarar gördüğünü ileri sürecek kişiler tarafından dava edilebilecektir. Kanaatimizce doğru çözüm, mülga CMUK ve Tasarı'daki gibi, önceden şikayetçi olmuş suçtan zarar görenlere kovuşturma davasını açma hakkını vermek olacaktır.

8. CMK'nın 173/6. maddesinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar gören tarafından kovuşturma davası açılmış (Kanun'un deyişiyile itiraz edilmiş) olup da, bu dava ağır ceza mahkemesi başkanınca reddolunmuş ise, kamu davasının açılması yeni delilin varlığına ve daha önce bu hususta karar vermiş olan ağır ceza mahkemesinin başkanının kararına bağlanmıştır.

- Bu halde, kovuşturma davasının açıldığı en yakın ağır ceza mahkemesinin başkanı, yeni delilin, tek başına veya önceki delillerle birlikte ele alındığında, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığını değerlendirecektir.

- Öyleyse başkanın yapacağı değerlendirme, esasa ilişkin olacaktır. Çünkü CMK m. 173/3 "*kamu davasının açılması için yeterli neden*"den söz etmektedir.

- Demek ki ağır ceza mahkemesi başkanı, kendini Cumhuriyet Savcısı'nın yerine koyarak kamu davasının açılıp açılmayacağına karar vermektedir.

- Başka bir anlatımla, CMK 173/6. maddeye göre ağır ceza mahkemesi başkanının vereceği kararda da, kuşkusuz, CMK 173/3. maddedeki ölçüt esas alınacaktır.

IV. CUMHURİYET SAVCISI VE KOLLUK İLİŞKİSİ AÇISINDAN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. CMK, Cumhuriyet Savcısı'na bağlı bir adli kolluk teşkilatı kurmamıştır (m. 164).

2. Ancak Cumhuriyet Savcılarına, o yerdeki adli kolluğun sorumluları hakkında değerlendirme raporu düzenleme yetkisi verilmiştir (CMK m. 166).

3. Ayrıca CMK, adli göreve ilişkin yetkilerini kötüye kullanan veya ihmal eden kolluk amirleri hakkında da Cumhuriyet Savcısı'nın re'sen soruşturma yapmasını öngörmüştür (m. 161).

4. Böylece CMK, Cumhuriyet Savcılarının kolluk üzerindeki otoritelerini pekiştirmek, onları, soruşturmayı gerçek anlamda yürütür hale getirmek istemiştir.

5. 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun ise, ne yazık ki CMK'nın Cumhuriyet Savcısı'nı soruşturmada etkin kılacak en önemli hükümlerinden birini değiştirmiştir. CMK m. 90/5'in ilk şeklinde kolluğun, yakaladığı kişileri derhal Cumhuriyet Savcısı'na götürmek zorunda olduğu açıkça hükme bağlanmış iken, 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra maddede, kolluğun, yakalama işlemi ile ilgili Cumhuriyet Savcısı'na bilgi vereceğinden ve onun emri doğrultusunda işlem yapacağından söz edilmektedir. Acaba yeni düzenleme karşısında Cumhuriyet Savcısı'nın, yakalanan kişinin serbest bırakılmasını emretmediği halde huzuruna getirilmesini de emretmemesi hukuken mümkün müdür? CMK m. 90/5'teki açıklık ortadan kaldırılmış olsa dahi, kanaatimizce, Cumhuriyet Savcısı'nın yakalanan kişinin serbest bırakılmasını emretmediği hallerde, derhal huzuruna getirilmesini emretmesi zorunludur. Çünkü CMK

m. 91, yakalan kişinin serbest bırakılmadığı hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından gözaltına alınabileceğini öngörmekte ve bu tedbirin uygulanmasını da, soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin bulunması şartlarına bağlamaktadır. Cumhuriyet Savcısı'nın sözü geçen iki şartın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirebilmesi için yakalanan kişiyi şahsen görmesinin ve ifadesini almasının zorunlu olduğu ortadadır.

V. MAHKEMELERİN YETKİ VE GÖREVLERİ AÇISINDAN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. CMK, 12. maddesinde, mahkemelerin yer itibarıyla yetkilerini düzenlemiştir.⁷ Ancak 4. fıkrada fahiş bir hata yapılmış ve Tasarı'da sanığın suçun işlendiği yerden başka yerde tutuklu veya hükümlü olması halinde, tutuklu ya da hükümlü bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağını öngören düzenleme, hiçbir mantıklı gerekçe gösterilmeksizin "*Mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir*" şeklinde kanunlaşmıştır.

- CMK m. 12'nin Tasarı'daki karşılığı 13. maddedir.⁸

⁷ CMK m. 12: "(1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

(2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

(3) Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan hakaret suçunda eser, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. Mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.

(5) Görsel veya işitsel yayımlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayım, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir."

⁸ Tasarı m. 13: "1. fıkra: Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

2. fıkra: Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, mütemadi ve müteselsil suçlarda temadi ve teselsülün sona erdiği yer mahkemesi yetkilidir.

3. fıkra: Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.

• Tasarı'nın 13. maddenin son fıkrası (6. fıkra) şöyledir: *"Kişi, suçun işlendiği yer dışında tutuklu bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir."*

• Tasarı m. 13/6'nun gerekçesi şöyledir: *"Maddenin son fıkrası önemli bir yenilik getirmektedir. Karşılaştırmalı ceza yargılama usulü yönünden temel ilke sanığın mutlaka, hükmü verecek mahkemede ifadesinin alınması, belirli istisnalar dışında duruşmalarda hazır bulunması ve savunmasını yapmasıdır. Ülkemizde belirli güvenlik nedenleri ile bazı sanıklar, yargılamayı yapan mahkemeden çok uzaktaki tutukevlerinde bulduklarından ifade ve savunmaları yerel mahkeme tarafından istinabe suretiyle alınıp asıl yani suçun işlendiği yer mahkemelerine gönderilmekte ve bunlar da göz önüne alınarak hüküm verilmektedir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin değişik kararlarında bu uygulama adil yargılama ilkelerine aykırı görülmüştür. İşte bu nedenlerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları doğrultusunda, esas hakkındaki hükmü veren mahkemenin sanığı şahsen dinleyebilmesi amacıyla ikili yetki kabul edilmiştir."*

• Görüldüğü üzere, Tasarı, başka yerde tutuklu ya da hükümlü bulunan sanığın yargılandığı mahkemeye getirilmeyerek, istinabe suretiyle sorgusunun yapılmasının ve yargılandığı mahkemeye gelmesinin engellenmesinin adil yargılanma hakkı açısından yarattığı büyük sıkıntıyı önlemek istemiştir.

• Komisyon'un 12. madde için yazdığı gerekçe ise şöyledir: *"Tasarının 13 üncü maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlanması için kısmen değiştirilmiştir. Dördüncü ve beşinci fıkralarda ayrıca, daha uygun olacağı düşünüldüğü bazı sözcükler değiştirilmiş; örneğin 'saldırılan kimse' yerine 'mağdur' kavramı tercih edilmiştir. Keza, ilişkisi dolayısıyla, tasarıdaki son fıkra dördüncü fıkra ile birleştirilmiş ve 12 nci madde olarak kabul edilmiştir."*

• Görüldüğü üzere, Komisyon, Tasarı m. 13/6'da yer alan "kişi" kelimesini önce, herhangi bir gerekçe göstermeksizin "mağdur"a çe-

4. fıkra: Soruşturulması şikâyete bağlı olan hakaret ve sövme suçlarında eser, saldırılan kimsenin yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa oradaki mahkeme de yetkilidir.

5. fıkra: Görsel ve işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, saldırıya uğrayan kimsenin yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse oradaki mahkeme de yetkilidir.

6. fıkra: Kişi, suçun işlendiği yer dışında tutuklu bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir."

virilmiş; gerekçesiz olduğu kadar, yersiz ve anlamsız bu değişiklikten sonra, hükmü bir önceki fıkrayla ilişkili hale getirmiş ve iki fıkrayı birleştirmiştir.

- Böylece hem Tasarı m. 13/6'nın gerekçesinde yazılı olan ihtiyaç karşılanmamış hem de basın yoluyla hakaret suçlarında Türk Mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini mağdurun tutuklu veya hükümlü olduğu yere göre belirleyen bir hüküm hukukumuzda girmiştir. Üstelik, CMK m. 12/4'ün 1. cümlesi karşısında, bu 2. cümle herhangi bir yenilik de getirmemektedir. Çünkü fıkranın 1. cümlesi, hakaret suçunun işlendiği basılı eserin mağdurun oturduğu yerde dağıtılmış olması halinde o yer mahkemesinin de yetkili olacağını öngördüğüne ve bir yerde tutuklu ya da hükümlü olan kişi o yerde oturur kabul edileceğine göre, 2. cümle, gereksiz bir tekrardan öteye gitmemektedir.

- Bu noktada kanun koyucu tarafından yapılması gereken, hükmü aslına uygun hale getirmek, yani "mağdur" kelimesini "sanık" olarak değiştirip, ayrı bir fıkroda düzenlemektir. Ancak kanaatimizce, tabii hakim ilkesine uygunluğu sağlamak için, davanın sanığın tutuklu veya hükümlü bulunduğu yer mahkemesinde görülmesini, sanığın bu yolda bir talepte bulunmasına bağlamak daha yerinde olacaktır. Şu halde, Tasarı'daki hüküm, "sanığın talepte bulunması kaydıyla" ilavesi yapılmak suretiyle kanunlaştırılmalıdır.

2. CMK, 15. maddesinde, deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenen suçlarda yetkiyi düzenlemiştir.⁹ Ancak maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkrası karşılaştırıldığında bir sorun olduğu görülmektedir.

- Maddenin 1. fıkrası, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide işlenen suçlarda yer itibariyle yetkiyi düzenlemiştir. Bu ge-

⁹ CMK d. 15: "(1) Suç, Türk bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemide veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme yetkilidir.

(2) Türk bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demiryolu taşıtları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

(3) Ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye'de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir."

minin, Türk karasularında ya da Türk kara suları dışında bulunmasının yer itibariyle yetki açısından bir önemi yoktur. Çünkü “veya” kelimesi kullanılmıştır. Yetkili mahkeme ise, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkemedir.

- Maddenin 3. fıkrası, gemilerle ilgili olarak Türk karasularında, hava taşıtlarıyla ilgili olarak Türk hava sahasında, demiryolu taşıtlarıyla ilgili olarak da Türk kara ülkesinde işlenen suçlarda yer itibariyle yetkiyi düzenlemektedir.

- Görüldüğü üzere, 3. fıkranın gemilerle ilgili düzenlemesi, 1. fıkranın gemilerle ilgili düzenlemesiyle konu itibariyle çakışmakta, belirlenen mahkeme açısından ise, iki hüküm arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

- Tasarı’ya, Komisyon’da 3. fıkra eklenirken, 1. fıkranın düzenlemesi gözden kaçırılmış olsa gerektir. Bu noktada kanun koyucu tarafından yapılması gereken 1. fıkradaki “veya” kelimesini “ve” olarak değiştirmek ve böylece, 1. fıkrayı Türk karasuları dışında işlenen suçlara münhasır kılmaktır.

3. CMK, 4/2. maddesinde, görev ve yetki uyuşmazlıklarını hangi merciin çözeceğini düzenlemiştir. Buna göre, “Görev konusunda mahkemeler arasında uyuşmazlık çıktığında, görevli mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkeme belirler.” Görev kelimesiyle hem madde itibariyle yetki hem de görev itibariyle yetkinin kastedildiği şüphesizdir.

- CMK ile aynı gün (1 Haziran 2005) yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 37/2. maddesi ise, bölge adliye mahkemelerinin ceza dairelerinin görevleri arasında “Yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek” olduğunu hükme bağlamaktadır.

- Buna göre, aynı ağır ceza mahkemesinin yer itibariyle yetki bölgesi içerisinde yer alan örneğin bir sulh ceza mahkemesi ile asliye ceza mahkemesi arasındaki bir görev uyuşmazlığı çıktığında, CMK’na göre yetkili merci o yer ağır ceza mahkemesi, 5235 sayılı Kanun’a göre ise, o yer bölge adliye mahkemesi ceza dairesidir.

• Yapılması gereken, kanun koyucunun bu iki düzenlemeden birini tercih etmesidir.

VI. HAKİMİN TARAFSIZLIĞI AÇISINDAN BAZI DEĞERLENDİRMELER

1. CMK, 23. maddesinde, 3 fıkra halinde, yargılama yasağı bulunan halleri sıralamıştır. Bunlardan 2 ve 3. fıkralarda düzenlenenler, CMUK'da bulunmayan ve hukukumuzda yeni girmiş yasaklardır.

2. CMK m. 23/2 uyarınca, *“Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.”*

3. CMK m. 23/3'e göre ise *“Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.”*

4. Bu iki yargılama yasağı, adil yargılanma hakkının içerisinde yer alan tarafsız bir hakim tarafından yargılama yapılması zorunluluğunun hayata geçirilmesi açısından önemlidir.

5. Ancak CMK m. 23/2'nin kapsamı, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesi ile daraltılmıştır.

6. 5320 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca *“Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz.”* Buna göre, CMK m. 23/2'nin kapsamı, sulh ceza hakiminin, CMK m. 163 hükmü çerçevesinde soruşturma sırasında savcı gibi görev yaptığı hallerle sınırlanmıştır.

7. Böylece, hakim sayısının yetersiz olması nedeniyle aynı kişinin hem sulh ceza hem asliye ceza hakimi olduğu hallerde, davaların nakli gibi sorunların çıkması önlenmek istenmiştir. Fakat yapılan, yasama tekniği açısından fevkalade yanlıştır. CMK m. 23/2'nin kapsamı, CMUK'dan CMK'ya geçiş dönemini düzenlemesi gereken 5320 sayılı Kanun içerisinde kalacak bir maddeyle değil, yine aynı hükme eklenecek bir hüküm ile daraltılmalıydı. Bu teknik hataya bağlı olarak, 5320 sayılı Kanun, yalnızca geçiş döneminde uygulanacak bir kanun olmaktan çıkmış, CMK'nun bir parçası haline gelmiştir; artık, CMK'da yer alan bir kanun maddesinin kapsamının ne olduğunu, 5320 sayılı Kanun'daki bir kanun maddesi hükme bağlamaktadır.

VII. TANIKLIĞA VE BİLİRKİŞİLİĞE İLİŞKİN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. Tanıklığa, delillere ve bilirkişiliğe ilişkin CMK'nın getirdiği düzenlemelerin bazıları, ilgileri nedeniyle, çalışmanın başka bölümlerinde ele alınmıştır. Aşağıda, başka bir bölüm altında incelenmesi imkanı görülmemiş üç hususa değinilmekle yetinilecektir.

2. CMK, Cumhurbaşkanı'na iki farklı hükümde tanıklıktan çekinme imkanı tanınmıştır. Biri, hiçbir gerekçeye dayanmayan çekinme hakkı (m. 43/4), diğeri ise devlet sırrı nedeniyle çekinme yetkisidir (m. 47/4). Bunlardan 43/4'teki çekinme hükmünü anlamak ve kabul etmek mümkün değildir. Cumhurbaşkanı'nın konutunda dinleneceğinin hükme bağlanmasıyla yetinilmesi gerekirken, bir de sebepsiz ve dayanaksız bir çekinme yetkisi tanınması, hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılamaz.

3. CMK, 46/1(b) maddesinde, sağlık mesleği mensuplarının bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler konusunda, bu kişilerin rızası olmadıkça tanıklıktan çekinme zorunluluğunda olduklarını hükme bağlamıştır.

- Bu hükümle, CMUK'un 48. maddesinde yer alan tanıklıktan çekinme zorunluluğu daha da genişletilmiştir.

- Bu düzenlemeyle CMK, bireylerin yaşam hakları ile maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme haklarını (Anayasa m. 17), maddi gerçeğe ulaşılmasındaki kamusal yarara üstün tutmuştur.

- CMK'nın düzenlemesi, Anayasa'nın değerler sistemine de uygundur. CMK, kişilerin sağlık hizmetine ihtiyaç duyduklarında, sırlarının ileride açıklanabileceği yolunda bir endişeye kapılmaksızın bir sağlık mesleği mensubuna başvurabilmelerini amaçlamaktadır.

- Ancak ne yazık ki, 5237 sayılı TCK'nın 280. maddesi, CMK'nın bu düzenlemesiyle bağdaştırılması çok güç bir hüküm içermektedir. Anılan maddede *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* denilmektedir.

- Şu halde, sağlık mesleği mensubu, kendisine müracaat eden bir hastanın bir suç işlediği yolunda bir belirti ile karşılaşır ise, derhal

bunu yetkili makamlara bildirmek zorunda bırakılmaktadır. Örneğin, bir kadın doğum uzmanı hekim, hastasını muayene ederken, onun on haftalık kanuni süre geçtikten sonra çocuğunu düşürdüğünü öğrenir ise, hastasını ihbar etmek zorunda kalacaktır.

- Bir sağlık mesleği mensubuna böyle bir ihbar yükümlülüğünün getirilmesi, elbette Anayasa m. 17'ye açıkça aykırıdır. Ancak, aynı kişinin, CMK m. 46 uyarınca, tanıklıktan çekinme zorunluluğunda olması, çözümlenmesi zor bir çelişkiye de sebebiyet vermektedir. Şu halde kanun koyucu, bir sağlık mesleği mensubunun, hastasını TCK m. 280'e göre ihbar ettikten sonra, hastası hakkındaki soruşturma ve kovuşturmada tanıklıktan çekinmesini mi beklemektedir? Kuşkusuz, burada doğru olan düzenleme CMK'dadır. TCK'nın sözü edilen hükmü derhal değiştirilmeli ve 765 sayılı TCK m. 530'daki düzenlemeye geri dönülmelidir.

4. CMK, adalete zaman zaman gölge düşüren uygulamalardan yola çıkarak, her ilde bilirkişilik listeleri hazırlanmasını öngörmüştür (CMK m. 64) Elbette bu listelere kimlerin gireceğine, büyük bir titizlikle karar verilmesi, tabiri caizse, eş-dost-akraba-hemşeri ölçülerine hiçbir şekilde itibar edilmemesi gereklidir. Aksi takdirde, yeni düzenlemeden beklenen hiçbir amaca ulaşılması mümkün olmayacaktır.

VIII. KORUMA TEDBİRLERİ AÇISINDAN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. CMK, çok geniş bir koruma tedbiri yelpazesi içermektedir (m. 90-115).

2. Sadece adli para cezası gerektiren veya üst sınırı bir yıldan fazla hapis cezası olmayan suçlarda tutuklama kararı verilmesi yasaklanmıştır (CMK m. 100).¹⁰ Böylece, mülga CMUK m. 104'te de yer alan "orantılılık şartı"nın hayata geçirilmesi istenmiştir.

3. CMK, tutuklama yerine uygulanmak üzere, üst sınırı üç yıla kadar suçlarda "adli kontrol" adı verilen bir tedbirler dizisine yer vermiştir (m.

¹⁰ 1 Haziran 2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce CMK m. 100, üst sınırı iki yıla kadar hapis olan suçlarda tutuklama kararı verilmesini yasaklıyordu.

109). Böylece, tutuklamanın istisnaen başvuru bir tedbir olmasını sağlamayı hedeflemiştir.

4. CMK, bütün suçlar açısından tutuklamada azami süre sınırları getirmiştir (m. 102).

- Bu süreler, asliye ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde altı aylık ilk süre ve dört aylık uzatma süresi, ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde ise iki yıllık ilk süre ve üç yıllık uzatma süresidir.

- Ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde uzatma süresinin ilk süreden daha uzun olarak hükme bağlanmasının yasama tekniği açısından yanlışlığı bir yana, toplam süre kanaatimizce çok uzundur; tutuklamanın geçiciliğiyle bağdaşmamaktadır.

- CMK m. 252/2 uyarınca, ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlere dair yukarıda belirtilen süreler, CMK m. 250/1(c)deki suçların soruşturma ve kovuşturmasında iki katı olarak uygulanacaktır. Yani iki yıllık ilk süre, dört yıl, üç yıllık uzatma süresi altı yıl olacaktır. Toplam on yıl tutukluluktan söz eden hükmün, kanaatimizce, AİHS m. 5'te düzenlenen "*tutuklulukta makul süre*" ile bağdaştırılması mümkün değildir.

- Burada son olarak, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12/1. maddesinin, CMK m. 102'nin, CMK m. 250/1(c) maddesinde yer alan suçlara dair soruşturma ve kovuşturmalar açısından 1 Nisan 2008 tarihinde yürürlüğe gireceğini ve bu tarihe kadar 1412 sayılı CMUK m. 110'un bunlar açısından uygulanmasına devam olunacağını hükme bağladığına işaret etmek istiyoruz.

5. CMK, gıyabi tutuklamayı kural olarak kaldırmış (m. 101/2), yerine yakalama emri adı verilen bir düzenleme getirmiştir (m. 98/1).

6. Bir şüpheli veya sanık hakkında hakim tarafından yakalama emri düzenlenmesinin tek şartı, CMK m. 98/1'in ilk şeklinde kişinin kaçak olarak nitelendirilmesi iken, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda hüküm şöyle değiştirilmiştir: "*Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama iste-*

minin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir."

- Yüze karşı tutuklama kararı verilmesinin şartları ağırlaştırılırken (CMK m. 100) ve gerekçe göstermek zorunluluğu pekiştirilmek suretiyle (CMK m. 101) uygulamada tutuklama tedbirine başvuru haller sayıca azaltılmak istenirken, eski gıyabi tutuklamanın sonuçlarını doğuran yakalama emri verilmesinin yalnızca çağrı üzerine gelmeme veya çağrı yapılamama şartın bağlanması kanaatimizce yeterli değildir. En azından, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların da bulunması hakim tarafından yakalama emri verilmesinin bir diğer şartı olarak kanuna ilave edilmelidir.

- Öte yandan, "kaçaklık" ayrı bir statü olduğu için CMK 98. maddenin 1. fıkrası hükmünün değiştirildiğinden söz eden 5353 sayılı Kanun'da, kovuşturma evresinde yakalama emri verilmesini düzenleyen 3. fıkranın değiştirilmesi unutulmuştur. 3. fıkra, kovuşturma evresinde yakalama emri verilmesini, sanığın kaçak olmasına bağlamaya devam etmektedir. Ancak aynı Kanun, kaçaklık statüsüyle ilgili CMK m. 247'yi değiştirmiş, bu çerçevede, bir yandan kaçaklık kararı verilmesinin şartlarını sıkılaştırırken, diğer yandan bu kararın verilmesini yalnızca belirli suçlarla sınırlamıştır. Oysa kovuşturma evresinde yakalama emrinin verilmesi, CMK m. 247'nin göndermesiyle CMK m. 248/2'de sayılan suçlarla sınırlı tutulamaz. Aksi takdirde ceza muhakemesinin yürütülmesi imkansız hale gelebilir. Şu halde, CMK m. 98/3'teki "kaçak" tabiri, 1. fıkradaki gibi anlaşılmalı ve kovuşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan sanık hakkında yakalama emri verilebileceği kabul edilmelidir.

7. 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la değişik CMK m. 94 uyarınca, yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli ve sanığın yetkili hakim veya mahkeme huzuruna yirmi dört saat içerisinde çıkarılması mümkün olmaz ise, aynı süre içerisinde en yakın sulh ceza hakimi huzuruna çıkarılması gereklidir. Bu halde en yakın sulh ceza hakimi kişiyi serbest bırakmaz ise, en kısa zamanda yetkili hakim veya mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanmasına karar verecektir. Kanunda sulh ceza hakiminin hangi gerekçeyle kişiyi serbest bırakabileceği yazılmamıştır. Ancak en yakın sulh ceza hakimi yakalama emrini vermemiş ise, kişinin serbest bırakılması kararını esasa ilişkin bir gerekçeye dayandıramaz. Bu ha-

kimin serbest bırakma kararı vermeye ilişkin yetkisinin, doğru kişinin yakalanıp yakalanmadığı ve emrin hala yürürlükte olup olmadığının denetlenmesi ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir.

8. CMK, 248/5. maddede, kaçaklar hakkında tutuklama kararı verilebileceğinden de söz etmektedir.

- Bu hüküm, CMK'nın gıyabi tutuklamayı kaldırarak yerine yakalama emrini ikame etmiş olmasıyla çelişmektedir.

- Çelişki, yasama tekniği açısından yanlış bir şekilde, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesi ile giderilmiştir.

- 5320 sayılı Kanun m. 5/2 uyarınca, CMK m. 248/5 yalnızca yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanacaktır. Burada amaçlanan, uluslararası iade antlaşmaları açısından yakalama emrinin yetersiz kalabileceği endişesi karşısında, yurt dışındaki kaçaklar hakkında tutuklama kararı verilebilmesini sağlamaktır. Ancak 5320 sayılı Kanun'un bir geçiş dönemi kanunu olması gerekirken, CMK'nın ayrılmaz bir parçası haline getirilmesi, hangi konunun nerede düzenlendiğinin tespitini zorlaştırmaktadır. Yapılması gereken, 5320 sayılı Kanun m. 5/2 hükmünü, CMK m. 248/5'e ilave etmekten ibarettir.

9. CMK, adli kontrolün uygulanabilmesi için, soruşturma veya kovuşturmanın konusunu teşkil eden suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırının, (a) ve (f) bentlerindeki tedbirlerinin uygulanması hariç, üç yıl veya daha az olmasını öngörmüştür (m. 109/1).

- Üst sınırın üç yıldan fazla olduğu hallerde hakimın veya mahkemenin tutuklama ile denetimsiz serbest bırakma seçenekleri arasında sıkıştırılması, kanaatimizce yerinde değildir.

- Adli kontrolün tutuklamaya tam bir alternatif oluşturabilmesi için kanun koyucu tarafından yapılması gereken, üç yıl hapis cezası üst sınırını kaldırmaktır.

10. Adli kontrol uygulanabilmesi için, tutuklama sebeplerinin bulunması (CMK m. 109/1) ve adli kontrol uygulaması sayesinde, tutuklama ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılabileceğinin düşünülmesi (CMK m. 101/1) gereklidir.

- CMK m. 109/1’de yer alan “*tutuklama sebepleri*” ibaresi, CMK m. 100’de yer alan “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular*”ı da içermektedir. Aksine bir düşünce, hiçbir haklı görünüş, yani kişi hürriyetini kısıtlamak için yerine getirilmesi gereken bir ispat ölçütü olmaksızın adli kontrol uygulanabileceği anlamına gelir ki, bu ceza muhakemesinin temel ilkeleriyle, suçsuzluk karinesiyle (Anayasa m. 38) ve koruma tedbirlerinin birer araç oluşuyla asla bağdaşmaz.

11. Ancak adli kontrol içerisinde yer alan bazı tedbirlerin, tutuklama ile ulaşılabilecek amaca nasıl hizmet edecekleri anlaşılmamaktadır.

- Örneğin kişinin sürücü belgesine geçici olarak el konulması (CMK m. 109/3-d) onun kaçmasını (CMK m. 100/2-a) veya delil araçlarını karartmasını ya da kişiler üzerinde baskı uygulamasını (CMK m. 100/2-b) uygulamaya elverişli değildir.

- Öyleyse, CMK m. 109/3’te yer alan ve tutuklama sebeplerine bağlı olarak uygulanması öngörüldüğü halde, tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen amaçlarla ilgisi bulunmayan tedbirler (CMK m. 109/3-d, e, g ve i) başka bir başlık altında düzenlenmelidir.

12. CMK, 141. maddesinde, soruşturma ve kovuşturmada zarar gören kişilere ilişkin tazminat hükümleri sevk etmiştir.

- Bazı koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanmasıyla ilgili tazminat verilmesi öngörülmüştür.

- Yakalama ve tutuklama hukuka uygun bile olsa, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya beraat kararı verilen kişilere tazminat ödeneceği düzenlenmiştir.

- Hukuka uygun tutuklandığı halde, makul süre içerisinde hakkında dava açılmayan kişilere de tazminat hakkı tanınmıştır.

- Tutuklu işlerle sınırlı olarak, yargılaması makul sürede tamamlanmayan kişilere de tazminat talep etme hakkı verilmiştir.

- Arama kararının ölçsüz bir şekilde yerine getirilmesi halinde tazminat istenebileceği düzenlenmek suretiyle önemli bir yenilik daha getirilmiştir.

- Öte yandan, CMK, 143. maddesinde, görevini kötüye kullanarak tazminat ödenmesine sebebiyet veren kamu görevlisine devletin rücu etmesini emretmektedir.

- Buradaki kamu görevlisinin kim olduğu tesbit edilirken, TCK m. 6/1(c)'de yer alan ve "yargı görevi yapan"ları kapsam dışında bırakan tanım esas alınamaz. Çünkü TCK m. 6/1(c), Ceza Kanunu'na ilişkin bir tanımdır. CMK ise, bir ceza kanunu değildir ve kamu görevlisi ibaresini, genel anlamda kullanmıştır. Bu itibarla, hakim ve savcılara da, şartları var ise, rücu edilmesi mümkündür.

- Ancak tazminatın rücuen kamu görevlilerinden tahsili yoluna, görevin kötüye kullanıldığıнын çok açık olduğu hallerde gidilmelidir. Her ödenen tazminatta, olağan bir şekilde, hakim, savcı ve kolluk görevlilerine tazminat davası açılır ise, bu kamu görevlileri, kaldıramayacakları bir yük altına sokulmuş olurlar ve yetkilerini kullanırken çekingen davranmaya başlayabilirler. Şu halde, Kanun'un, kamu görevlisine karşı açılacak tazminat davalarının şartlarını daha sıkı belirlemesi, belki bir merciden verilecek izne bağlaması yerinde olur.

IX. DURUŞMANIN KESİKSİZLİĞİ VE KISA SÜREDE BİTİRİLMESİNE İLİŞKİN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. Kanun, duruşmanın olabildiğince kısa sürede, kesintisiz bitirilmesini istemiştir. Bu amaçla, tebligata, tanıkların hazır edilmesine, bilirkişi raporunun alınmasına dair bazı çabuklaştırıcı düzenlemeler öngörmüştür (CMK m. 43/2, m. 66/1).

2. Bilirkişi incelemesinin uzatma süresi dahil en çok altı ay içerisinde bitirilmesi zorunluluğu getirilmiş, belirlenen süre içerisinde görevini yapmayan bilirkişiye uygulanmak üzere etkili müeyyideler belirlenmiştir (CMK m. 66/1 ve 2).

X. HÜKÜM (SON KARAR) AÇISINDAN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. Kanun, hükmün gerekçesine büyük önem vermiş, içi boş, formül gerekçeleri önlemeyi amaçlamıştır (CMK m. 230). Bu açıdan bakıldığında, yapılan düzenleme son derece yerindedir.

2. CMK, hüküm çeşitlerini beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi olarak belirlemiştir (m. 223/1).

- CMK m. 223/2 (c), “yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması” halini, beraat hükmünün verilmesini gerektiren hallerin arasında saymaktadır. Bu yaklaşım, elbette doğrudur.

- Buna karşın, 233/3 (d) bendi, “kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi”, yani kastı veya taksiri ortadan kaldıran bir hatanın bulunması halinde, ceza verilmesine yer olmadığına hükmedileceğinden söz etmektedir.

- Şu halde, Kanun’a göre, kasıt veya taksiri yoksa sanık beraat edecek, kastını ya da taksirini kaldıran bir hataya düşmüşse ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilecektir! Bu iki düzenleme arasındaki çelişkiyi gideren tutarlı bir açıklama, bizim tarafımızdan bulunamamıştır.

- Bahsettiğimiz düzenleme, kişi hak ve hürriyetleri açısından da sakıncalıdır. Örneğin başkasının lacivert paltosunu kendisinin olduğu düşüncesiyle, yanlışlıkla vestiyerden alıp giyen bir kişi, suç işleme kastı, fiili hatası nedeniyle bulunmadığı halde, beraat edemeyecek, yani tam bir aklanmaya kavuşamayacak, onun yerine, hakkında verilen “ceza verilmesine yer olmadığı” hükmüyle yetinmek zorunda kalacaktır.

3. CMK m. 22/3 (a) uyarınca, “yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması” halinde, sanık hakkında, “ceza verilmesine yer olmadığı”na karar verilecektir.

- Bu düzenlemede yer alan “yaş küçüklüğü” nedeniyle “ceza verilmesine yer olmadığı”na karar verileceğini öngören hüküm, TCK m. 31’de yer alan ve “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir” hükmüyle çelişmektedir. Çünkü CMK, bu çocuklar hakkında kovuşturma yapılmasını, fakat sonunda, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesini, TCK ise, kovuşturma yapılmamasını, ancak gerekirse, güvenlik tedbiri uygulanmasını öngörmektedir.

- Aynı eleştiri, TCK m. 33'te düzenlenen sağır-dilsizlerin durumu açısından da geçerlidir.

- Benzer sorunlar, tam akıl hastaları için de söz konusudur. Ancak tam akıl hastalarıyla ilgili TCK m. 32/1'deki ifadede de yanlışlık vardır. Kanun koyucu, kanaatimizce yeterli titizliği göstermeden, m. 32/1'de "*kovuşturma yapılmaz*" demek yerine, "*ceza verilmez*" ifadesini kullanmış ve bunlar hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesini öngörmüştür. Fakat, on iki yaşından küçük çocuklardan farklı bir düzenleme gereği bulunmadığına göre, burada kastedilenin "*kovuşturma yapılamayacağı*" olduğunu düşünüyoruz.

4. CMK m. 223/3(d), "*işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*" dolayısıyla, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğini öngörmektedir. Neyin kastedildiği belli olmayan bu ifade, kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine zemin oluşturmaya elverişlidir. Bununla eğer, TCK m. 145'teki "*malın değerinin az olması*" hali kastedilmek isteniyor ise, yapılması gereken, "*fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*" ifadesinin, örneğin, "*malın değerinin az olması nedeniyle fiili haksızlık içeriği az ise*" ifadesiyle değiştirilmesidir.

X. KANUN YOLLARI AÇISINDAN BAZI TESBİT VE DEĞERLENDİRMELER

1. CMK, istinaf kanun yolunu düzenlemiş ve böylece, Yargıtay'ı tam bir içtihat mahkemesi konumuna getirmeyi hedeflemiştir (CMK m. 272 vd.). Bunu, bir takım sakıncalar ve düzenleme şekline dair eleştirilerimiz saklı kalmak kaydıyla, olumlu değerlendirdiğimizi belirtmek istiyoruz.

2. CMK, 260/1. maddesinde, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenlere, davaya katılmamış olsalar bile kanun yollarına başvurma hakkı tanımıştır. Buna karşın CMK 234/5 (6), suçtan zarar görenin davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurmamasını, haklı olarak, davaya katılmış olma şartına bağlamıştır. Ancak davaya katılmamış olan bir şahsa, görevsizlik kararına karşı itiraz hakkının tanınması yerinde olmamıştır.

3. CMK m. 101/5, m. 260/1 ve m. 267 hükümleri birlikte incelendiğinde, soruşturma evresinde, şüphelinin tutuklanması talebinin

reddine ya da tahliye edilmesi kararına karşı suçtan zarar görenin itiraz edebileceği sonucu çıkmaktadır. Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı'dır. Şüphelinin tutuklanmasını sağlamak için harekete geçip geçmemeye, bu bağlamda, itiraz kanun yoluna gidip gitmemeye de münhasıran Cumhuriyet Savcısı karar vermelidir. Öyle ki, CMK, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'na, tutuklu şüpheliyi, sulh ceza hakiminin tahliye kararına gerek olmaksızın salıverme yetkisi dahi tanımıştır (m. 103/2). O halde, suçtan zarar görene tutuklamama ve tahliye kararlarına karşı itiraz hakkının tanınması, ceza muhakemesi sistemiyle bağdaşmamaktadır.

4. Bu noktada, kovuşturma evresinde mahkemenin vereceği tutuklamama veya tahliye kararına Cumhuriyet Savcısı'nın veya davaya katılmamış bile olsa suçtan zarar görenin itiraz edip edemeyeceği incelenmelidir. CMK m. 101/5, m. 260/1 ve m. 267 hükümleri karşısında, bu soruya olumlu cevap verilebilir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihli *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Kanun'la değişik CMK m. 98/1, soruşturma evresinde ileri sürülen tutuklama talebinin reddi kararına itiraz edilmesi halinde, itiraz merciinin yakalama emri düzenleyebileceğinden söz etmektedir. CMK gıyabi tutuklama kararı verilmesini kural olarak yasakladığı için, bu hüküm, itiraz merciinin şüpheliyi huzuruna getirterek tutuklama kararını yüze karşı verebilmek için imkan sağlamayı amaçlamaktadır. sağlamayı amaçlamaktadır. Buna karşın CMK, kovuşturma evresinde tutuklama talebinin reddi kararına karşı itiraz edilmesi halinde itiraz merciinin yakalama emri düzenlemesini öngörmemiştir. Şu halde CMK, kovuşturma evresinde itiraz merciinin yakalama emri vermek suretiyle sanığı huzuruna getirtmesini ve yüzüne karşı tutuklama kararı vermesini düzenlememiştir. Öyleyse Kanun'un, kovuşturma evresinde tutuklama talebinin reddi kararına itiraz edilmesini istemediği sonucuna varılabilir. Bu değerlendirmemiz doğru ise, Kanun, sanığın tahliyesi kararına da itiraz edilmesini benimsememiştir. Aksine bir kabul, CMK'nın bütünü dikkate alındığında çelişkili de olacaktır. Çünkü CMK, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'na, sulh ceza hakiminin tahliye kararına gerek olmaksızın tutukluyu salıverme yetkisi tanımakta ve bu yetkinin kullanılmasını yargılama makamının denetimine tabi tutmamaktadır. Aynı Kanun'un kovuşturma evresinde mahkemece verilen tutuklamama ve tahliye kararlarına karşı itiraz edilmesine izin verdiği, kanaatimizce kabul edilemez.

NETİCE

5271 sayılı CMK'nın çok olumlu yanları olduğu gibi, bir takım sorunları da bünyesinde barındırdığı ortadadır. Bu sorunların normatif olanlarının bir kısmına yukarıda değindik. Altyapı eksikliklerinden kaynaklanması muhtemel sıkıntılara ise hiç girmedik.

CMK'nın uygulamacıların elinde Türkiye'yi 21. yüzyıla başarıyla taşıyıp taşıyamayacağı ilerleyen zaman içerisinde görülecektir. Her kanun gibi bu Kanun'un da asıl yazarları, onu uygulayanlar olacaktır. Ancak, Kanun'daki her sorunun uygulamada çözülmesini beklemek, fazla bir iyimserlik olur. Çünkü normatif sorunların yalnızca bir kısmının uygulamada çözülmesi mümkündür; bir kısmının çözümü ise kanun değişikliğine bağlıdır.

Ceza muhakemesi hukuku, kişi hak ve hürriyetleriyle doğrudan ilgili olan, bu nedenle kanunilik ilkesinin hakim bulunduğu bir hukuk dalıdır. Uygulamada pürüzler giderilinceye ve kanun koyucu tarafından gerekli değişiklikler yapıncaya kadar CMK'nın bazı hükümleri, ne yazık ki, kişi hak ve hürriyetleri açısından ciddi bir endişeye yol açmaktadır. Bazı hükümleri ise, farklı uygulamalara ve karışıklığa neden olmaya elverişlidir.

TÜRK TABİİYETİNDE OLAN KİŞİLER İLE İLGİLİ DAVALAR IŞIĞINDA AMERİKAN MİLLETLERARASI YARGILAMA HUKUKUNDAKİ BAZI TEMEL KAVRAMLAR

Yrd. Doç. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN*

I. GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler çerçevesinde, uluslararası ticari ilişkilerin artması buna paralel olarak da kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı, Türk vatandaşlarının ve şirketlerin sadece Türkiye’de değil farklı ülkelerde de faaliyetlerini sürdürmelerine imkan tanımıştır. Yaşadıkları ülkelerde vatandaşlarımız ve ticari faaliyeti olan şirketlerimiz hukuksal sorunlar ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Devletlerin yabancı unsurlu davalara ilişkin farklı düzenlemeleri, Türk tabiiyetinde olan kişiler lehine olabileceği gibi, aleyhine de olabilmektedir. Bu makalede, Amerikan mahkemelerince Türk tabiiyetinde bulunan kişiler hakkında verilen bazı mahkeme kararları incelenmiş ve bu kararların hukuki dayanağını oluşturan Amerikan Devletler Özel Hukuku kuralları değerlendirilmeye çalışılmıştır.

II. MİLLETLERARASI YARGILAMA HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Amerikan hukukundaki Devletler Özel Hukuku, Kanunlar İhtilafı, Milletlerarası Yargılama Hukuku gibi kavramsal ayrımlara girmekten ziyade, yabancı unsurlu davalar hakkında genel bilgiler ve Milletlerarası Yargılama Hukuku’nun kaynakları hakkında özet değerlendirme yapılacaktır. Amerika’daki Federal sistemden dolayı kanunlar ihtilafı konusu, eyaletler arasındaki kanunlar ihtilafı olarak incelenmekle birlikte,

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

çoğu zaman yabancı unsurlu davalara da eyaletler arasındaki kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaktadır. Yargısal anlamda, Federal ve Eyalet sisteminin bulunması, yabancı unsurlu olaylarda, konu hakkında hem Federal hem de Eyalet kurallarının bilinmesini gerektirmektedir.

A. Federal Hukuk Sisteminde ve Antlaşmalar Çerçevesinde Milletlerarası Yargılama Hukuku Kuralları

Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukuku alanında farklı düzenlemelerin olması, diğer bir ifade ile hukuk kuralları arasında yeknesaklığın olmaması problemler çıkarabilmektedir. Federal düzenlemeler açısından incelediğimizde, Amerikan kongresinin, yabancı unsurlu ilişkiler hakkında federal düzenleme yapma yetkisinin olduğunu Amerikan Anayasası'ndan anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeye rağmen, Amerikan Kongresi'nin, Milletlerarası Yargılama Hukuku alanındaki bu yetkisini, belli konular dışında etkili bir şekilde kullanmadığı belirtilmiştir.¹ Bununla birlikte 1976 tarihli Foreign Sovereign Immunities Act (Yabancı Devlet Bağışıklığı Kanunu) ve yabancı mahkemelere delil toplanması ve tebligat açısından yardımcı olunması amacıyla çıkarılan 28 U.S.C.A. Kanun'un 1696 ile 1782 bölümlerini bu alanda Kongre'nin kabul ettiği düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.² Bu düzenlemeler dışında, federal anlamda en önemli kaynak Federal Usul Kuralları (Federal Rules of Civil Procedure)'dır. Bu kuralların bazı maddelerinde açıkça milletlerarası davalara ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Federal Usul Kuralları'nın 44/1 maddesi, "*Yabancı hukukun ileri sürülmesi ve ispatı*" ile ilgilidir. Ayrıca, Kural'ın 4 (i) maddesi de tebligata ilişkin düzenleme içermektedir. Ancak bu açık düzenlemelere rağmen, federal kurallarda bulunan ifadeler ve bu kuralların federal davalarda uygulanabilir olması, Amerikan hukukunda milletlerarası yargılama konusunda yeknesaklığın olmadığını göstermektedir.

Amerikan Anayasası'nın verdiği yetkiye ve Senato'nun vereceği izne dayanarak yürütme organı, Milletlerarası Yargılama Hukuku alanında antlaşmalar imzalayabilmektedir. Anayasanın üstünlüğü klozu gereğince bu antlaşmalar, hiyerarşik olarak antlaşmalara aykırı olan eyalet düzenlemelerinin üzerinde olacak ve bu antlaşmalar uygu-

¹ Bermann, George A., *Transnational Litigation in a Nutshell*, Thomson West, 4-6 (2003).

² Bermann, *a.g.e.*, 4-5.

lanacaktır.³ Her ne kadar uluslararası antlaşmaların üstünlüğü ilkesi sayesinde, Milletlerarası Yargılama Hukuku alanında bu antlaşmalar ile yeknesaklık sağlanabilse de, Amerika Birleşik Devletleri'nin bu hukuk dalıyla ilgili konularda imzalamış olduğu antlaşma sayısının azlığı dikkati çekmektedir. İmzalanmış başlıca antlaşmalar şunlardır: 1965 ve 1970 Tarihli Tebligata ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Lahey Konvansiyonu, 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu.⁴ İmzalanan bu antlaşmalar ile ilgili belirtilmesi gerekli ve önemli bir husus ise, antlaşma hükümlerinin federal veya eyalet düzeyinde nasıl uygulanacağını çoğu kez antlaşma metinlerinde belirtilmiş olmasıdır.⁵

B. Federal Common Law (Müşterek Hukuk) Kuralları

Federal hukuk kurallarının milletlerarası yargılama alanında uygulanırlığının etkinliğini sağlamak amacıyla, federal mahkemeler müşterek hukuk kuralları yaratmışlardır. Amerikan devletler özel hukukunda federal mahkemelere federal müşterek hukuku yaratma yetkisini veren en önemli dava, Erie Railroad co v. Tompkins⁶ davası'dır. Fakat, federal mahkemeler Milletlerarası Yargılama Hukuku alanında federal müşterek hukuk oluşturma konusunda pek çaba göstermedikleri söylenebilir. Erie kararı, federal mahkemelerin, hem Federal Medeni Yargılama Hukuku kurallarını, hem de yazılı olmayan müşterek hukuk kurallarını milletlerarası yargılama alanında uygulayabileceğini belirtmektedir. En başta, federal mahkeme hangi eyalette bulunuyor ise, o eyaletin hukuk kuralları çerçevesinde federal mahkemenin karar vermek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Hangi hukukun uygulanacağı, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi gibi önemli konularda federal mahkeme hangi eyaletin yargı sınırları içerisinde bulunuyorsa, o eyaletin bu konulara ilişkin kurallarını uygulayacaktır.⁷

³ Wardle, Lynn D., *Interstate and International Conflict of Laws, Cases and Materials*, 1996. <http://www.law2.byu.edu/Wardle/Conflict/Chapter1.html> (12.9.2005).

⁴ Bermann, *a.g.e.*, 7.

⁵ Bermann, *a.g.e.*, 7.

⁶ Erie Railroad co v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938)

⁷ Bermann, *a.g.e.*, 9.

C. Eyalet Bazındaki Düzenlemeler ve Restatements of Law

Federal hukuk alanında Milletlerarası Yargılama Hukuku konularının düzenlenmesinin azlığı ve konularla ilgili uluslararası antlaşmalara Amerika'nın çoğunlukla taraf olmaması nedenleriyle, devletler özel hukuku alanındaki düzenlemeler daha çok her eyaletin hukuk kuralları açısından değerlendirilmektedir.⁸ Eyalet hukuklarında, Milletlerarası Yargılama Hukuku alanındaki konularda farklı düzenlemeler bulunmakla birlikte bazı konular açısından var olan yeknesak kanunların, eyaletlerce adapte edilmesi, bu hukuk dalındaki yeknesaklık sağlanması çalışmalarına örnek teşkil etmektedir.⁹

Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün çalışmaları sayesinde ortaya çıkan, başta Akit hukuku olmak üzere, bir çok konuda mevcut federal ve eyalet hukuku kurallarını özetleyen ve etkili davalardan örnekler veren Restatement'ler ikincil kaynak olarak Amerikan hukukunda kabul edilmektedirler.¹⁰ Restatement'lerin Amerikan hukukunda hem teorik hem de pratik açıdan etkinlikleri vardır. En başta Amerikan mahkemeleri, karar verirken Restatement'lerden yararlanmaktadır.

İncelenmekte olan konu ile ilgili olarak iki önemli Restatement bulunmaktadır. Bunlar, Second Restatement of Conflict of Laws (Kanunlar İhtilafı)¹¹ ve Üçüncü Restatement olarak da adlandırılan Restatement of the Foreign Relations Law of the United States'dir (Amerika Birleşik Devletlerinin Yabancı İlişkiler Hukuku).¹² Özellikle, Üçüncü Restatement, milletlerarası usul hukuku alanında hem federal hem de eyalet mahkemelerine hangi hukukun uygulanacağı konularında yol göstermektedir.¹³

⁸ Wardle, Lynn D., *a.g.e.* 12.

⁹ Örneğin, eyaletler arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda yeknesaklığı sağlamak amacıyla 1962 yılında Uniform Foreign Money Judgements Recognition Act (Paraya İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasına Dair Yeknesak Kanun (Yeknesak Kanun)) oluşturulmuştur.

¹⁰ Ehrenberg, Suzanne - Valentine, Susan, *Lecture Notes For Restatements of the Law*, <http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm> (12 Eylül 2005).

¹¹ *American Law Institute, Restatement of the Law - Conflict of Laws Restatement (Second) of Conflict of Laws*, (1971), REST 2d CONFL GM.

¹² *American Law Institute, Restatement of the Law - Foreign Relations Law of the United States Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, (1987).

¹³ Bangasser, Hugh - Myricks, Toussaint, *Procedural Aspects of International Civil Litigation: Selected Issues Relating to Service of Process, Foreign Discovery for U.S. Litigation and Enforcement of Judgements in Introduction to Transnational Legal Transactions* (Marylin J. Raisch, Roberta I. Shaffer) 28-29, (1995).

III. AMERİKAN HUKUKUNDA FORUM NON CONVENIENS (UYGUN OLMAYAN YARGI YERİ) DOKTRİNİ

Devletler, milletlerarası hukukun kendilerine tanıdığı yetkiler çerçevesinde hangi hususlara kendi mahkemelerinin bakacağını tespit ederler. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir dava da birden fazla devletin mahkemesi yetkili olabilmektedir. Milletlerarası yetki bahsinde karmaşık ve çözüme kavuşturulması gerekli konular bulunmaktadır. Çalışmamızda, Amerikan hukuku gibi common law (Müşterek Hukuk) sistemi uygulayan ülkelerde kullanılan, fakat özellikle yazılı hukuk sistemini kabul eden ülkelerdeki hukukçulara kendi hukuk sistemlerinde genellikle kullanılmadığı için farklı gelen Forum Non Conveniens doktrinini kısaca anlatıp, örnek kararlar bölümünde bir Türk vatandaşı hakkında verilen New York Mahkemesi kararını da değerlendireceğiz.

Davanın açıldığı mahkeme, takdiri nitelikteki olan Forum non conveniens (Uygun Olmayan Yargı Yeri) doktrinini uygulayarak, kendisinin davaya bakmasının uygun olmadığını ve daha uygun bir mahkemenin davaya bakmasının yerinde olacağına karar verebilir.¹⁴ Fakat Amerikan Medeni Yargılama Hukuku'na göre, yabancı unsurlu davalar yanında, iç hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda da bir federal mahkeme davayı en uygun yerdeki başka bir federal mahkemeye gönderme yetkisine sahiptir. Yerel davalarda, forum non conveniens doktrininin Federal mahkemelerde uygulanmasına ilişkin 28 U.S.C.A'nın 1404 (a) fıkrasında açık bir düzenleme olmasına rağmen, yabancı unsurlu davalarda doktrin kullanılmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.¹⁵ Milletlerarası yargılamada uygulanan forum non conveniens doktrinini müşterek hukuka ait bir doktrin olarak kabul edilip, İskoçya yargılama hukukundaki prensiplere dayanılarak ortaya çıkarılmıştır.¹⁶

Forum non conveniens doktrinini uygun şartlar altında hem yasalara hem de müşterek hukuka dayanılarak açılan davalarda uygulanabilmektedir. Bununla birlikte, yasal düzenlemeler ve kamu düzeni prensibi çerçevesinde doktrin uygulama alanı sınırlandırılabilir; özellikle eyalet hukuklarında farklı düzenlemeler olabilmektedir. Örneğin, Teksas

¹⁴ Michael Karayanni, *Forum Non Conveniens In the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo American Law*, 1-2, 18 (2004).

¹⁵ Andreas F. Lowenfield, *International Litigation and Arbitration*, 264 (1993).

¹⁶ Lowenfield, *a.g.e.*, 263.

eyaletinde yasal düzenleme ile doktrinin uygulanması yasaklanmıştır.¹⁷ Yine rekabet hukuku alanında doktrinin uygulanması önceleri kabul edilmemiş¹⁸ iken daha sonraları mahkemeler bu alana ilişkin davalarda bile uygun şartların varlığı halinde forum non conveniens doktrini uygulamışlardır.¹⁹

Yabancı unsurlu davalarda forum non conveniens doktrinin uygulanmasına ilişkin en önemli dava, Piper Aircraft Co v. Reyno davasıdır.²⁰ Bu dava da, mahkeme doktrini geniş şekilde yorumlamıştır. Piper Davasına sebep olan olayları özetleyecek olursak, 1976 yılında İskoçya’da küçük bir ticari uçak parçalanıyor ve pilotla birlikte 5 yolcu ölüyor. Ölen kişilerin hepsi İskoçyalı. Ölüm nedeniyle tazminat davası, uçağın Penssylvanyalı üretici firması Piper Aircraft Şirketi’ne ve uçağın pervanelerini üreten Ohio eyaletinde merkezi olan Hartzell Propeller Şirketi’ne karşı açılıyor. Ölen 5 yolcunun mirasını yöneten Gaynell Reyno isimli şahıs, Piper ve Hartzell şirketlerine karşı sorumluluk, taraf ehliyeti ve benzeri hususlardan dolayı Amerika’da dava açmanın kendileri lehine olduklarını belirtmiştir. Piper ve Hartzell şirketleri ise, davanın forum non conveniens doktrini gereği rededilmesinin gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme kamu ve özel menfaatlere ilişkin etkenleri dikkate alarak, bu talebi kabul etmiştir. Mahkeme, İskoçya’da da davanın açılabileceğini diğer bir deyimle alternatif bir mahkemenin olduğunu ve Piper ve Hartzell’in İskoçya mahkemelerin yetkilerine itiraz etmeyeceklerine ve zamanaşımı savunmasından vazgeçtiklerine ilişkin güvence verdiğini kararında belirtmiştir. Mahkeme, Reyno’nun aleyhlerine olan İskoçya hukukunun uygulanacak olmasına ilişkin itirazını kabul etmemiştir. Gerçekten, esasa ilişkin uygulanacak hukukun aleyhte olmasının forum non conveniens doktrininin uygulanması açısından doğrudan bir etkisi yoktur. Eğer böyle bir etkinin varlığı kabul edilirse, yabancı davacıların Amerikan mahkemelerinde dava açma talepleri artacaktır.²¹ Doktrinin

¹⁷ Ved P. Nanda, David K. Pansius, *Litigation of International Disputes in U.S. Courts*, LOID 4:29.

¹⁸ Örneğin, *Industrial Inv. Dev. Corp v. Mitsui & Co.* (5 th Cir. 1982), *Lawford v. New York Life Ins. Co.* (S.D.N.Y. 1990) rekabet hukukuna ilişkin davalarda doktrin uygulama alanı bulmamıştır.

¹⁹ *Capital Currency Exch. N.V. v. National Westminster Bank, PLC* (2d Cir. 1998) adlı rekabet hukuku ile ilgili dava, mahkemece non convenient doktrini gereğince rededilmiştir.

²⁰ *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).

²¹ *Piper*, 454 U.S., 252. (1981).

uygulanmasında en önemli etken, mahkemenin elverişli bir yer olup olmamasıdır.

Forum non conveniens doktrininin takdiri olması sebebiyle, bu doktrini ileri sürerek dava açılan mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri süren tarafın, doktrinin uygulanması gerektiğini ispat etmesi gerekmektedir. Bunun yanında davaya bakan mahkemede, çeşitli faktörleri dikkate alarak bu doktrini uygulamaktadır.²² Mahkemenin dikkate aldığı çeşitli faktörler şunlardır:

1. Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yerinin Varlığı

Davanın başka bir mahkemede görülmesini ileri süren taraf, alternatif bir yerin, daha doğru bir ifadeyle, başka bir mahkemenin de yetkili olduğunu ispat etmelidir.

2. Davacının Vatandaşlığı

Davacının Amerikan vatandaşı olmaması, Amerikan mahkemelerince forum non conveniens doktrininin uygulanmasında önemli bir etkidir.²³ Özellikle Amerikan hukukundaki esasa ve usule ilişkin bazı lehe olan düzenlemeler nedeniyle, yabancılar Amerika'da dava açmayı tercih etmektedirler. Özellikle, Amerikan Medeni Yargılama Hukuku'ndaki deliller ile ilgili lehe olan düzenlemeler, haksız fiile ilişkin tazminat taleplerindeki sorumluluk kurallarının katılığı ve yüksek tazminat elde edebilme olanağı, medeni hukuka ilişkin davalar da jüri sisteminin varlığı, avukatlık ücretlerine ilişkin düzenlemeler davaların bu ülkede açılmasına etken olmaktadır.²⁴

3. Uygulanacak Hukukunun Değişmesi

Uygun mahkemede davanın görülecek olması nedeniyle, davaya uygulanacak hukukun da değişme ihtimalinin olması ve bu hukukun davacı aleyhine olması, bu doktrinin uygulanıp uygulanmamasında

²² Karayanni, *a.g.e.*, 66.

²³ Bermann, *a.g.e.*, 98-100.

²⁴ The Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, www.state.gov/www/global/legal_affairs/us_annex-c (1 Eylül 2005).

dikkate alınabilmektedir.²⁵ Piper davasında, mahkeme, alternatif olarak var olan yabancı mahkemede esasa uygulanacak hukukun davacı aleyhine olacak olmasının genel olarak doktrinin uygulanmasına engel teşkil etmediğine karar vermiştir. Fakat aynı dava da, mahkeme, eğer alternatif olarak var olan yabancı mahkemenin yetersiz çözüm üretmesi durumunda, forum non conveniens doktrininin uygulanamayacağına karar vermiştir.

4. Davanın Reddinin Şartlara Bağlanması

Amerikan mahkemelerinde geleneksel olarak davanın forum non conveniens doktrini nedeniyle reddi şartlara bağlanmaktadır.²⁶ Davanın yabancı mahkemenin tebligatını ve şahıs yönünden yetkisini kabul edeceği, yabancı mahkemede zamanaşımı defii gibi savunmaları davalı tarafından ileri sürülemeyeceğine ilişkin şartlarla dava, doktrin uygulanarak reddedilebilmektedir. Şartlara bağlı olarak doktrinin uygulanması durumunda, bu şartların geçerliliği ve uygulanabilirliği sorunu, forum non conveniens doktrininin uygulanmasına oranla daha problemlidir.

5. Doktrinin Uygulanmasında Bir Denge Olmalıdır

Dava konusu ile ilgili başka bir alternatif mahkemenin bulunması yeterli olmayıp, forum non conveniens doktrininin uygulanabilmesi için mahkemece, bir çok konunun dengeli bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. Özel ve kamu menfaati analizi Amerikan mahkemelerince kullanılmaktadır. Bu analizde dikkat edilen özel menfaatlere ilişkin etkenlere, belgelere ulaşım ulaşılamama, tanık dinlenmesi, mahkeme kararının icrası gibi durumları örnek olarak verebiliriz.²⁷ Mahkemelerin iş yükünün fazlalığı, yabancı hukukun kabul edilmesi açısından muhtemel zorluklar da kamu menfaati analizinde, mahkemelerce dikkate alınmaktadır.²⁸

Amerikan mahkemeleri, Piper davasında olduğu gibi kamu ve özel menfaatleri dengeleyen etkenleri dikkate alarak, davanın en uygun bir

²⁵ Bermann, *a.g.e.*, 100.

²⁶ Bermann, *a.g.e.*, 102.

²⁷ Fellas, John, *International Commercial Litigation*, 91 (1998).

²⁸ Fellas, *a.g.e.*, 91.

yerde görülebilmesi için forum non conveniens doktrinini uygulamaktadırlar.²⁹ Mahkemelere, doktrinin uygulanmasında geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat, Amerikan mahkemelerinin forum non conveniens doktrinine dayanarak vermiş oldukları kararlar takdir yetkisinin kötüye kullanılması nedeniyle temyizde bozulabilmektedir. Makalenin diğer bölümünde incelenecek olan; Türk tabiyetinde olan bir şahıs hakkında açılan dava da, Amerikan mahkemesi forum non conveniens doktrinine göre, Amerikan hukukuna göre yetkisizlik kararı vermiştir.

IV. AMERİKAN HUKUKUNDA HUKUK SEÇİMİ KLOZU

Uluslararası ticari ilişkilerde, özellikle ticari satış sözleşmelerinde, karşılaşılabilecek en önemli risklerden biri, çıkması muhtemel bir uyuşmazlık halinde hangi hukukun uygulanacağı sorunudur. Uluslararası ticari satım sözleşmelerinde taraflar hangi hukukun uygulanacağına ilişkin hukuk seçimi klozlarını (Choice of Law) sözleşmelerde çok iyi düzenlemeleri gerekmektedir. Amerikan hukukunda, ticari satım sözleşmelerinde hukuk seçimi kabul edilmiştir. Gerçekten, yabancı unsurlu bir hukuki ilişkide taraflar uygulanacak hukuku seçmişler ise, Amerikan mahkemeleri bu seçimi dikkate almaktadırlar.³⁰ Mahkemeler, hukuk seçiminin geçerliliğine ve etkinliğine ilişkin olarak Kanunlar İhtilafı alanında İkinci Restatement'de yer alan prensipleri uygularlar. İkinci Restatement, tarafların sözleşme ile yapacağı ve yapamayacağı durumları içermektedir. Burada, hukuk seçimi klozlarının etkinliğine iki istisna getirilmiştir:³¹ 1. Tarafların seçmiş olduğu eyalet hukukunun taraflarlar veya hukuki işlem ile esaslı bir bağın olmaması, 2. Tarafların seçmiş oldukları hukukun, başka bir eyaletin temel kamu düzenine aykırı olması. Belirtilen istisnai durumlarda, hukuk seçimi klozlarının geçerliliği mümkün olmamaktadır. Bunun dışında, İkinci Restatement'da hukuk seçiminin zımni olarak yapılabileceğine ilişkin bir açıklama vardır. Taraflar, açıkça bir hukuku seçmemiş olmalarına rağmen, sözleşmede kullanılan ifadeler, bir eyalet hukukun seçildiğine delil teşkil edebilmektedir.

²⁹ Steinhardt, Ralph G., *International Civil Litigation: Cases and Materials on the Rise of Intermestic Law*, 109 (2002).

³⁰ Nanda, Ved P. – Pansius, K. David, *Litigation of International Disputes in U.S. Courts*, LOID 7:20

³¹ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* 187 (1971).

İkinci Restatement dışında, tarafların seçmiş oldukları hukukun uygulanacağına ilişkin Birleşik Ticaret Kanunu'nda (Uniform Commercial Code) bir düzenleme vardır. Değınilen Kanun'un 1-105. bölümünde belirtildiğı üzere, kanundaki istisnalar hariç, taraflar sözleşmede hangi eyalet veya yabancı hukukun uygulanacağını belirleyebilirler. Eğer taraflar herhangi bir seçimde bulunmamışlarsa, taraflar arasındaki ilişkiye en uygun irtibatı olan yerin hukuku uygulanır.

Türk taabiyetindeki bir kişi Amerikalı bir kişi ile satış sözleşmesi yapmış ve çoğunlukla olduğı gibi New York veya başka bir eyalet hukukunu uygulanacak hukuk olarak kabul etmiş ise, genel olarak bu satış sözleşmesinden doğan ihtilafa Uniform Commercial Code (Birleşik Ticaret Kanunu) uygulanır. Birleşik Ticaret Kanunu, Amerika'da tüm eyaletlerce kabul edilmiş olup, eyaletlerde yapılan satış sözleşmesine uygulanacak kuralları içermektedir.

Amerikan Hukuku'nda uluslararası ticari satış sözleşmelerine uygulanacak hukuk açısından dikkat edilmesi gereken önemli bir konu ise, Amerika'nın 1980 Viyana Antlaşması olarak da bilinen Uluslararası Menkul Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı (C.I.S.G) imzalamış olmasıdır. Amerikan hukukuna göre, Viyana antlaşması, uygulama alanı kapsamına giren konularda Federal hukuk olarak, hem eyalet mahkemeleri hem de federal mahkemeler için bağlayıcıdır. Diğer bir ifadeyle, Amerikan mahkemeleri antlaşmanın hükümlerini otomatik olarak uygulamak zorundadır. Ancak, antlaşmanın otomatik olarak uygulanabilmesi için, satış akdinde bulunan tarafın tabiyetinde olduğı ülkenin, bu antlaşmayı onaylamış olması ve ayrıca tarafların bu antlaşmanın aralarındaki sözleşmeye uygulanamayacağına ilişkin klozu düzenlememeleri gerekir. Türkiye, bu antlaşmayı henüz imzalamadığından, Türk taabiyetindeki kişiler ile Amerikan vatandaşları arasında yapılacak uluslararası satış sözleşmelerinde, bu antlaşma otomatik olarak uygulanmaz.

Taraflar eğer uygulanacak hukuk konusunda sözleşmede herhangi bir düzenleme yapmamışlar ise, Amerikan hukukuna göre konu yargılamayı yapacak olan mahkemenin bulunduğı eyaletin uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenir.³² Amerikan

³² Nanda, Ved P. - K. Pansius, David, *Litigation of International Disputes in U.S. Courts*, LOID 7:19

hukukunda kanunlar ihtilafı konusunda farklı düzenlemelerin olması sebebiyle, tarafların uyuşmazlığı çözecek yetkili makama ilişkin ayrı bir hükmü sözleşmede belirtmeleri kendi yararlarına olacaktır.³³ Örneğin New York Eyaleti, uluslararası ticaretin önemli merkezlerinden biri olup, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda, İkinci Restatement'ten farklı hükümler ihtiva eden, hukuk seçimine ilişkin ayrı bir kanunu bulunmaktadır. New York General Obligation Law (Genel Borçlar Kanunu)'un 5-1401. bölümünde, hukuk seçimine ilişkin ayrı bir düzenleme vardır. New York mahkeme uygulamalarının kabul edilen en elverişli irtibat testi gereği, tarafların seçmiş oldukları hukuk New York hukuku dışında bir hukuk ise, uygulama alanı bulamamakta ve en elverişli irtibatı olan eyalet hukuku uygulanabilmektedir.³⁴ Diğer bir anlatımla, taraflar New York hukukunun uygulanacağını istiyorlarsa, bunu sözleşmede bir hükümle yapabilmektedirler ve New York mahkemelerinde bu hukuk seçimi geçerli olmaktadır. Fakat taraflar, New York hukukundan farklı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmış olsalar bile, en elverişli irtibat testi nedeniyle New York mahkemelerinde, o hukukun uygulanamaması riski ile karşı karşıya kalabilirler. Bu test, İkinci statement'ta kabul edilen esaslı ilişki testinden daha katı olup New York mahkemelerince uygulanmaktadır.³⁵

V. AMERİKAN HUKUKUNDA YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

Amerikan hukukunda elli eyaletin ayrı yargı sistemi ve bir de federal yargı sisteminin bulunmasından dolayı, Milletlerarası Yargılama Hukuku alanındaki bir çok konu hakkında farklı kurallar bulunmaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda federal bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, Amerika Birleşik Devletleri bu konu ile ilgili uluslararası herhangi bir antlaşmaya da taraf değildir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, müşterek hukuk ve eyaletlerin kanuni düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

³³ Baxter, *International Business and Choice of Law*, 36 *Int'l & Comp. L. Q.* 92, 112 (1987).

³⁴ W. Newman, Lawrence, - Zaslowsky, David, *Litigating International Commercial Disputes*, 83 (1996).

³⁵ Newman - Zaslowsky, 83.

Müşterek hukuk'ta Hilton v. Guyot³⁶ kararı comity doktrinini kabul ettiği için bir çok mahkeme kararına örnek teşkil etmiştir. Bu kararda açıklanan comity doktrinine göre, eyaletler kendi istekleri doğrultusunda hakkaniyet ve nezaket gereği yabancı mahkeme kararını tenfiz edebilirler. Amerikan hukukunda, konu ile ilgili 1962 tarihli Uniform Foreign Money Judgement Recognition Act³⁷ (Paraya İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasına Dair Yeknesak Kanun) çıkarılmıştır. Eyaletlerin bir çoğu, Yeknesak Kanunu aynen veya değiştirerek kabul etmiştir.

Amerikan hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin önemli hususlar aşağıda maddeler halinde kısaca özetlenmiştir:³⁸

- Karşılıklılık ilkesi yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kural olarak aranmamakla birlikte, Florida ve Teksas eyaleti gibi bazı eyalet düzenlemelerinde aranmaktadır³⁹

- Yabancı mahkeme kararı tarafsız ve adil yargılama ilkesinin uygulanmadığı bir hukuk sisteminde verilmişse, tanınması ve tenfizi mümkün değildir.⁴⁰

- Yabancı mahkeme kararı davalı açısından kişi ve konu yönünden yetkisiz bir mahkemeden alınmışsa, tanınması ve tenfizi mümkün değildir.⁴¹

- Kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfizi mümkün olmakla birlikte, temyiz aşamasında olan yabancı mahkeme kararı da tenfiz edilebilmektedir.⁴²

- Yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olması genel olarak tenfize engel bir durum olmamakla birlikte, özellikle Amerikan

³⁶ Hilton v. Guyot, 159. U.S. 113 (1895).

³⁷ *Uniform Foreign Money Judgements Recognition Act, 13 Part II U.L.A.* 39 (2002).

³⁸ Amerikan hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu öneminden dolayı ayrı bir makalede tarafıma incelenmiştir.

³⁹ Nanda, Ved P. - K. Pansius, David, *Litigation of International Disputes in U.S. Courts*, LOID S 11:7.

⁴⁰ UFMJRA, 13 U.L.A. &4 (a).

⁴¹ UFMJRA, 13 U.L.A. &4 (a).

⁴² Silberman, Linda, *Enforcement and Recognition of Foreign Country Judgements In the United States, International Commercial Litigation*, (Ed. John Fellas) 106-107 (1998).

Anayasası'ndaki hükümlere aykırı olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir.⁴³ Kanunlar ihtilafı kurallarının yanlış uygulanması, yabancı mahkeme kararına sebep teşkil eden olayların ortadan kalkmış olması gibi sebepler kamu düzeninin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir.⁴⁴

- Davalının yokluğunda verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür.⁴⁵

- Kural olarak, yetkili bir yabancı mahkemeye verilen kararda kesinleşen konular, Amerikan mahkemelerinde tekrardan incelenmemektedir⁴⁶ (Res Judicata Doktrini).

- Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizine ilişkin ayrı bir usul Amerikan hukukunda kabul edilmediğinden, yabancı mahkeme kararının tenfizini isteyen bir kişi, Amerikan mahkemelerinde bir dava açabilir ve hızlandırılmış yargılama yöntemlerinden birini kullanabilir.⁴⁷

VI. TÜRK TABİİYETİNDEKİ KİŞİLER HAKKINDA AMERİKAN MAHKEMELERİNDE VERİLEN ÖRNEK KARARLAR⁴⁸

A. 603820/4 Numaralı 2 Mayıs 2005 Tarihli New York Mahkemesi'nin Kararı: Imanagement Services, Ltd. v. Mehmet E. Karamehmet⁴⁹

Bu dava, varlığı iddia edilen sözlü sözleşmenin ihlaline ilişkindir. Davacı İngiliz Virgin adası tabiyetinden Imanagement Services Limi-

⁴³ Nanda, Ved P. - Pansius, David K., *Litigation of International Disputes in U.S. Courts*, LOID S 11:9.

⁴⁴ Silberman, *a.g.e.*, 109.

⁴⁵ Chao, Cedric C. - Neuhoff, S. Christine, *Enforcement And Recognition of Foreign Judgments in United States Courts: A Practical Perspective*, *Pepperdine Law Review*, 153-154 (2001).

⁴⁶ Bermann, George A., *a.g.e.*, 356.

⁴⁷ *Restatement of the Law-Foreign Relations Law of the United States Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States Current Through April 2005*, §481 Recognition And Enforcement of Foreign Judgments, REST 3d FOREL S 481.

⁴⁸ Çalışmamızda, Amerika'nın çeşitli eyaletlerinin mahkeme kararları, bire bir tercüme yapılmamakla beraber; karar metinlerinde yer alan ifadeler ışığında yeri geldiğinde tamamen veya özet şeklinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

ted şirketidir. Davalı ise Türkiye’de ikamet eden Mehmet E. Karamehmet’dir. Davacı, Karamehmet’in Türk petrol rafineri şirketi olan Türkiye Petrol Rafineri Anonim Şirketi, (TÜPRAŞ)’ta çoğunluk hisselerine sahip olmak istediğini iddia etmektedir. Davacıya göre, davalı zaman kazanıp TÜPRAŞ’ın satışı için karşı bir teklif yapmak amacıyla kendisinden hukuki bir takım yollarla Rus şirketinin TÜPRAŞ için önerdiği bedelin kabul edilmemesi ve dolayısıyla TÜPRAŞ’ın Rus şirketine satışının engellenmesini istemiştir. İddia edilen sözleşmeye göre, davalı şirketin alınmasında başarılı olursa, davacıya yapmış olduğu çalışma için TÜPRAŞ’tan %2 hisse verecektir. Davalı eğer başarısız olursa, davacının davalı adına yapmış olduğu masrafları geri ödemeyi kabul etmiştir.

Davacı bundan sonra, davalı adına bir çok faaliyetlerde bulunduğunu iddia etmektedir. Özellikle davacı, Rus şirketinin teklifinin kabul edilmemesi için, Türkiye’de basın konferansları düzenlediğini ve davalı adına teklif için itirazlarda bulunduğunu ve New York, Rusya, Almanya ve diğer yerlerde teklifin geçersizliği için dava açtığını belirtmiştir. Davacı, davalının TÜPRAŞ için vermiş olduğu teklifi yenileme imkanı olmasına rağmen bunu yapmadığını iddia etmiştir. Bunun yanında, davacı davalının sözlü olarak yapmış oldukları sözleşmeyi ihlal edip, davalı menfaatine yapmış olduğu masrafların beş milyon doları aştığını iddia etmiştir. Dava, üç dava sebebine dayanmaktadır: Birinci sebep, sözleşmenin ihlalidir. İkinci sebep, “*quantum merit*” (sağlanan mal ve hizmetlerin karşılığının ödenmesi) ve sebepsiz zenginleşmedir. Üçüncü sebep ise, hiledir.

Davalı ise davanın reddi talebini Medeni Yargılama Hukuku kurallarına (CPLR 3016 (b) ve 3211) göre aşağıdaki sebepler nedeniyle istemiştir. 1. Mahkeme kendisi açısından şahıs yönünden yetkisizdir, 2. Dava haklı bir nedene dayanmamaktadır, 3. Hile için aranan özel şartlar, dava dilekçesinde belirtilmemiştir. Alternatif olarak davalı, davanın CPLR 327 (a) bendi uyarınca forum non conveniens (Uygun olmayan Yargı Yeri) doktrini gereğince yetkisizlik nedeniyle reddini istemiştir.

Mahkeme, forum non conveniens kuralı gereğince davanın reddi konusunda ikna olduğu takdirde, CPLR 327 (b)’ye göre esaslı adaletin

⁴⁹ Copy, Slip, 8 Misc. 3d 1016 (A), 2005 WL 1668408 (N. Y. Sup.), 2005 N. Y. Slip Op. 51118 (U)

sağlanması amacıyla davanın başka bir yerde yürütülmesinin daha iyi olacağına kabul ederek, davanın reddine karar verebilir. Islamic Republic of Iran v. Pahlavi, 62 N. Y. 2d 474, 479 (1984) davasında, Davacı tarafından davanın alternatif bir mahkemede açılmaması, davalıya karşı potansiyel zorluklar gibi faktörler New York Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Mahkeme ayrıca, iki tarafında vatandaşı olmadığını ve davanın sebebini oluşturan olayın esasen yabancı bir yerde olduğunu da dikkate almıştır. Çünkü sadece tek bir etmene veya faktöre bağlı kalınmamaktadır. Forum non conveniens kuralının en büyük avantajı ise her dava sebebini ve şartların dikkate alınarak, karar verilmesi esnekliğidir. Bu kural, adalet, doğruluk ve uygunluğa dayanmaktadır.

Burada davalı, davanın New York ile herhangi bir anlamlı bağlantısı olmadığı için reddini istemiştir. Mahkemede kabul etmiştir. Davada varlığı iddia edilen sözleşme, Türk Petrol Rafineri Şirketi'nin satımındaki ihale teklifine ilişkindir. Her ne kadar, Davacının bir New York hukuk firmasıyla anlaşım basın özeti taslakları hazırlatması ve Türkiye'de basın konferansı koordine etmesi ve New York'ta dava açması konusunda delil olsa da, açıktır ki bu hususlar Rus şirketi tarafından TÜPRAŞ'ın alınmasının engellenmesi için yapılan kampanyanın sadece küçük bir parçasıdır. Daha öncede belirtildiği üzere, kampanya bir çok basın konferansının Türkiye'de yapılmasını, Türkiye'de davalı lehine teklif için itirazları ve Rusya, Almanya ve Türkiye'de davaların açılmasını kapsamaktadır. New York'da iddia edilen sözlü sözleşmenin ifası için yapılanlar Türkiye ve diğer yerlerde yapılan faaliyetler ile karşılaştırıldığında az bir faaliyettir. Her halükarda bu yapılan faaliyetler New York'ta yapılan bir işlemi değil, Türkiye'de yapılan bir işlemi etkilemek içindir.

Bunun yanında mahkeme muhtemel tanıkların New York dışında bulduklarını ve bir çoğunun ise Türkiye'de sakin olduklarını kabul etmiştir. O kadar açıktır ki, Türkiye'nin bu davanın sonuçlandırılması için New York'a göre daha fazla ilgisi bulunmaktadır ve davacı, eyaletin hukuki yardımlarını bu davada harcayabilmesi için New York'un bu dava ile ilgisi olduğunu açıklayamamıştır.

Mahkeme kararında ifade edildiği üzere, davalı bu davanın New York'ta görülmesinin kendisini zor durumda bırakacağını iddia etmiştir. Davacı ise Nat'l Development Co. v. Triad Holding Corp., 930 F. 2d 253, 257, 58 (2nd Cir 1991) davasına dayanarak davalının New

York'ta sakin olduğunu, çünkü davalının sahip olduğu bir şirketin Manhattan'da 5. cadde de Trump Tower'da bir apartmanı olduğunu iddia etmiştir. Fakat Nat'l Development davası forum non conveniens konusunda analizi içermeyip, şahıs yönünden yetki sorusuna ilişkindir. Bunun yanında o davada, şirketi kontrol eden şahsın düzenli olarak bir apartmanda yaşadığı ve tebligat teşebbüsünün yapıldığı günde de orada oturduğu açıktır. Bu davada ise, davalının oturduğu iddia edilen Trump Tower apartmanında bulunduğu dair bir delil yoktur. Sonuç olarak, forum non conveniens analizi açısından, mahkeme tartışmasız olarak Türkiye'de yaşayan davalının New York'ta ikamet etmediği kararını vermiştir.

Davacı, davanın New York ile esaslı bir bağlantısının olduğunu, çünkü şirket yetkililerinden Nick Lyustiger'in sözlü sözleşmeyi New York'ta iken yaptığını iddia etmiştir. Fakat davacı bu tür bir sözleşmenin esas görüşme yerinin New York olduğunu kanıtlayamamıştır. Buna karşılık, davacının delil olarak mahkemeye sunmuş olduğu e-maillerde, Bay Lyustiger'in Kaliforniya'da ikamet ettiği ve davalı ile yaptığı iddia edilen sözlü sözleşme görüşmeleri sırasında California, Moskova, Londra ve Türkiye'de bulunduğu tespit edilmektedir.

Bunun yanında Bay Lyustiger'in yardımcısı Irina Melechtchenko görüşmelere Moskovada katılmıştır. Gerçekten sadece iki e-posta Bay Lyustiger'in New York'ta bulunduğunu belirtmektedir. Bunun yanında, Bay Lyustiger'in e-postalarının bir çoğu California eyaletinin Sacramento şehrinde olan Amerikan Vortex Şirketi adresindedir. Her ne kadar Bay Lyustiger telefon faturalarını ibraz edip, Türkiye'ye telefon ettiği ve oradan telefon geldiğini gösterse de, telefon ettiğinde veya telefon geldiğinde New York'ta bulunduğunu ispat edememiştir, zira telefon faturası nerede iken telefon geldiği ve nereden telefon ettiğini belirtmemektedir. Gerçekten, mahkeme Bay Lyustiger'in cep telefonunun California alan kodunda olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca mahkeme davalının kendisinin davacı ile görüşmek amacıyla New York'a geldiğine ilişkin bir delil bulunmadığını tespit etmiştir.

Davacı uyuşmazlığın çözüm yeri olarak Türkiye'nin dava için uygun bir yer olmadığını, zira davalının zenginliği ve siyasi çevresi sayesinde Türk yargı sistemini etkileyebileceği ve uyuşmazlığın adil bir biçimde çözümü için kendisini engelleyeceğini iddia etmiştir. Davacı bu

iddialara dayanak olarak herhangi bir kanıt getirememiş ve Türkiye'nin daha önceki davalarda bu tür uyuşmazlıkları çözmek için yeterli bir hukuk sistemine sahip olduğu kabul edilmiştir.⁵⁰

Davacı son olarak bu uyuşmazlığın çözümü için New York'un uygun yer olduğunu, zira uyuşmazlığa New York hukukunun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. Fakat davacı, bu konu da herhangi bir dayanak gösterememiştir. Mahkeme kararı bir tarafa, uyuşmazlığa iddia edilen sözleşmenin konusunun yeri, davalının sakin olduğu yer ve ifa yeri gibi gerçeklerin hepsinin Türkiye ile esaslı olarak ilgili olması nedeniyle, New York hukuku değil Türk hukuku uygulanmalıdır. Bu şartlar çevresinde mahkeme adalet, doğruluk ve uygunluk gereği uyuşmazlığın başka bir yerde görülmesine karar vermiştir. Dolayısıyla, davanın forum non conveniens (Uygun olmayan yargı yeri) kuralına göre uygun olmayan bir mahkeme de açıldığı cihetiyle reddine ve davalının itirazının kabulüne karar verilmiştir.

B. 2778 Numaralı 28 Aralık 1972 Tarihli Pensilvanyanın Allegheny Bölgesi Mahkemesi'nin Kararı: Sümerbank v. Türkdogan⁵¹

21 Kasım 1970'de, Türk devletinin sahip olduğu ve yönettiği Sümerbank kuruluşu, eskiden Türk vatandaşı olan davalı Türkdogan aleyhine 3 Ocak 1959 tarihinde Ankara İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara dayanarak 3.179.22 dolarlık tazminatının faizi ile birlikte tahsili amacıyla dava açmıştır.

Mahkeme Hakimi Robert Doyle, Türk mahkemesi tarafından verilen kararın, 22 Kasım 1965 tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizine ilişkin Yeknesak Kanun'a göre değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla, davalı davacının taleplerine karşı cevapta bulanabilir ve Türk mahkemesi kararının bu mahkemeye tanıma ve tenfiz edilip edilemeyeceğine ilişkin yeni konular ileri sürebilir.

Davalı 7 Haziran 1972'de yeni konular ileri sürmüştür. Bunlar; ibra, davacının davalı ile yapmış olduğu sözleşmeyi mahkemeye ibraz

⁵⁰ Bakınız: Travelers Indem. Co. v. S/S Alca, 713 F Supp 129, 130-31 (S. D. NY 1989); Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft Munich Reinsurance co. v. S.S. Eskisehir, 353 F Supp 84, 85 (S.D. NY 1972)

⁵¹ 62 Pa. D. & C. 2d 615, 1972 WL 14754 (Pa. Com. Pl.), 121 Pitts. L. J. 356

etmemesi, dava konusunun davacı tarafından kanuni süre içerisinde talep edilmemiş olmasıdır.

Davacı davalının ileri sürdüğü iddialara karşı ilk itiraz da bulunmuş ve davalının yabancı mahkeme kararının tenfizinde müspet savunmada bulunamayacağını sadece mahkemenin yetkisi konusunda itiraz edebileceğini ve ikinci olarak da kanuni sürenin dolmuş olması veya zamanasını ile ilgili herhangi bir kanunun yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde uygulanmayacağı iddiasında bulunmuştur.

Davanın konusunu oluşturan olaylar açısından uyumsuzluk söz konusu değildir. 1952 yılında, davacı davalı aleyhine aralarındaki sözleşmeye aykırılıktan dolayı hukuk davası açmıştır. Sözleşmeye göre, davacı davalıya İngiltere’de yapmış olduğu eğitim için gerekli ödemeleri yapacak, davalı da eğitimini tamamlayıp davacı şirkette çalışmak amacıyla Türkiye’ye gelecektir. Dava, davacı lehine Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce sonuçlanmıştır. Buna göre, davalı 30 Ocak 1952 tarihinden başlamak üzere yıllık %8 faiziyle birlikte \$44.000 Türk lirası⁵² tazminat ödemek zorundadır şeklinde karar verilmiştir. Akabinde, Davacı kefillerden \$15.000 lira almıştır. Dava dosyasına ek olarak konan Ankara mahkemesi kararında, kararın davacının avukatı huzurunda ve davalının yokluğunda verildiği belirtilmektedir.

Davacı, davalının Pittsburg’da oturduğunu öğrenince, Türk mahkemesi kararının tenfizini hukuk davası açarak istemiştir. Bu davadaki en temel sorun, Türk mahkemesi kararının geçerliliği ve bundan dolayı Pennsylvania mahkemelerinde tenfiz edilip edilemeyeceği veya davacının dava konusunu teşkil eden esasları tekrar dava etmesi zorunluğunun olup olmamasıdır.

Mahkeme, Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin, Pennsylvania eyaletinde common law (müşterek hukuk)’un en önemli kararı olan Hilton ve Guyot kararı ışığında kabul edildiğini belirtmiş, Cherun v. Frishman, Somportex, Limited v. Philadelphia Chewing Gum Corp ve Pennsylvania Supreme Court’un Christoff Estate davalarını da emsal göstermiştir. ‘Tam güven ve itimat prensibi’ yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanmamakla birlikte, kanunlar ihtilafı ile ilgili İkinci Restatement’in 98. bölümünde, adil bir yargılama

⁵² Mahkeme kararında, hem dolar hem de Türk lirası olarak belirtilmiştir.

sonucunda verilen geçerli bir yabancı mahkeme kararının Amerika'da tanınması ve tenfizinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, görülmekte olan davada olduğu gibi gıyapta verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin de, davalının usule uygun olarak mahkemeye çağrılmış olması ve savunma hakkının verilmiş olması, mahkemenin önyargılı olmaması ve kararın alınmasında hilenin kullanılmaması gibi koşullar ile mümkün olacağını belirtmiştir. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde kararın yetkili mahkemeden alınmış olması, adil bir yargılama ile savunma hakkının davalıya verilmesi gibi hususlar aranmaktadır.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, kararı veren mahkemenin yetkisiz olması, hile, kamu düzenine aykırılık ve borçun ifa edilmiş olması sebepleriyle reddolunabilir. Davalı tarafından ileri sürülen yeni konuların sadece bazıları bu konularla ilgilidir. Bunun yanında, davacının hakkını kanuni süre içerisinde talep etmemiş olması savunması bu dava da uygulanamaz. Zira davacı 1952 yılında Ankara mahkemesinde davasını açmış olup, bu aynı zamanda Pennsylvania hukuku çerçevesinde de uygun bir sürede açıldığının göstergesidir. Ayrıca davacının talebi mahkeme kararına ilişkin olup, davalı ile yapmış oldukları sözleşmenin dava dilekçesine eklenmemiş olmasının dava ile ilgisi bulunmamaktadır.

Mahkeme, davacının yapmış olduğu ilk itirazların kabulüne ve davalının Türk mahkemesi kararının tanıma ve tenfizine ilişkin sınırlı şekilde savunmasının olduğuna karar vermiştir.

C. 12 Aralık 1994 Tarihli New York Mahkemesi Kararı: Canadian Imperial Bank Of Commerce v. Pamukbank TAS⁵³

Dava konusu, satıcının bankasınca, alıcının bankasına uygun belgelerin ibrazına rağmen uluslararası akreditifin ödenmemesidir. Davalı Türk bankası davanın reddini, davacı Kanada bankası ise karşı talep ile davanın hızlı olarak sonuçlandırılmasını istemiştir. New York County Supreme Court aşağıdaki şekilde karar vermiştir: 1. Türk mahkemesinin sözleşmenin ifasını yasaklamasına ilişkin kararı comity doktrini gereğince New York'ta etkin değildir. 2. Dava forum non conveniens (Uygun Olmayan Yargı Yeri) doktrini nedeniyle rededilemez. 3. Davalı,

⁵³ Supreme Court, New York County, New York, IAS Part 27.

ilk ödeme talebinde faiziyle birlikte akreditifi ödemek ile sorumludur. Böylece, davalın talebi reddedilerek davacının karşı talebi kabul edilmiştir.

Davalı Türk bankası, Pamukbank aşağıdaki taleplerde bulunmuştur: 1. Comity doktrini ve buna alternatif olarak forum non conveniens (Uygun Olmayan Yargı Yeri) doktrini gereği davanın reddedilmesi, 2. Bu mahkemenin ihtiyati haciz kararının iptal edilmesi, 3. İhtiyati hacizden doğan masraf ve zararların ve avukatlık ücretinin davalı lehine karara bağlanması.

Davacı Kanada Imperial Bank of Commerce (CIBC) ise, davalının talebine itiraz etmiş ve karşı taleple kendi lehine summary judgement (Jürisiz karar, hızlı karar) adı verilen bir mahkeme kararı istemiştir. Türk şirketi Metalsac Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi (Metalsac), Kanada şirketi Taylor ile satış sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşmeye göre, 1. Taylor belirlenen malları Metalsac şirketine Türkiye’de temin ve teslim edecektir, 2. Ödeme malların yüklenilmesinden sonra, dönülemez ve ertelenmiş akreditif yoluyla yapılacaktır. Pamukbank müşterisi olduğu Metalsac’ın isteği ile \$640,000’lık bir akreditif açmıştır. Taylor bu akreditifte lehtardır. CIBC teyit bankası olarak bu işlemde yer almaktadır. CIBC Taylor’a ödeme yaptıktan sonra, Pamukbank’ın New York şehrinde bulunan Bank of New York hesabından ödediğini geri alacaktır.

Taylor, malları yükledikten sonra, istenilen belgeleri CIBC’ye ibraz etmiştir. CIBC Taylor’a ödeme yapıp, Pamukbank’tan ödediğini geri istemiştir. Akabinde, Metalsac Taylor’ın yüklediği malların istediği nitelikte olmadığını iddia etmiştir. Metalsac, sözleşmenin Taylor tarafından açık olarak ihlal edilmesi ve malların istenildiği gibi olmamasından dolayı Türkiye’de \$583.400 dolarlık tazminat davası açmıştır. Şubat 1993’te Metalsac yabancı unsurlu bu olayda Türk mahkemesinden ödeme yasağı almış olup, bu yasağı Pamukbank’ın Bank of New York hesabında ödemeye ilişkin olup, 583.400 dolarlık Metalsac’ın Tayordan istediği tazminat kadardır. Dolayısıyla, bu yabancı ödeme yasağı karşısında, Pamukbank CIBC’e sadece 56.375 Dolar ödeyebilecektir. Pamukbank’ın kısmi ödemesine rağmen tartışmasız bir gerçektir ki, Pamukbank \$583.400’lük akreditif ödemesinden sorumludur. Pamukbank davaya katılmak istemiş ve ödeme yasağının kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme Pamukbank’ın davaya katılmasını kabul etmiştir. Fakat, Türk mahkemesi ödeme yasağının geri alınmasını kabul etmemiştir.

CIBC, Pamukbank hakkında davasını iki nedene dayandırmaktadır. Birinci neden, Akreditif ile ilgili sözleşmenin ihlalidir. İkinci neden ise, Uniform Custom and Practice For Documentary Credits (UCP) (Vesikalı Krediler Hakkında Yeknesak Teamüller ve Uygulamalar)'ın ihlalidir. Esasen, CIBC Pamukbank'tan kendisinin Taylor'a karşı ödemiş olduğu akreditif meblağının ödenmesini istemektedir. Bu mahkeme, ihtiyati haciz kararı olarak akreditifle ilgili herhangi bir ödemenin Bank of New York hesabından yapılmasını yasaklamıştır.

Pamukbank davanın comity doktrini gereğince reddini istemiştir. Özellikle, Pamukbank aşağıdaki nedenlerden dolayı davanın reddini talep etmiştir: 1. Akreditifin ifa yerinin Türkiye ve Kanada olduğunu, New York olmadığını, 2. Türk mahkemesinin uygun yetkisinin olduğunu, 3. Bu yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesinin New York kamu düzenini etkilemediğini ileri sürmüştür.

CIBC karşı cevabında, yabancı mahkemenin Pamukbank'ın ödemesini yasaklayıcı bir karar verme yetkisinin olmadığını, zira akreditif ile ilgili ödemenin New York'ta yapılacağını belirtmiştir.

Mahkeme, yabancı mahkeme kararının tenfizinin comity doktrinine göre yapıldığını belirterek Hilton v. Guyot⁵⁴ davasına atıf yapmıştır. Amerikan mahkemeleri yabancı mahkeme kararlarını tenfiz etmek zorunda olmasalar da, New York mahkemeleri, hilesiz olarak temin edilmesi ve New York kamu düzenini ihmal etmemesi koşullarıyla, yabancı mahkeme kararının tenfizini comity doktrinine göre kabul etmektedirler. Lasry v. Lasry, Gotlib v. Ratsutsky ve Greschler v. Greschler davaları mahkemece örnek gösterilmiştir.⁵⁵ New York Mahkemeleri vermiş oldukları kararlarda, yabancı mahkemelerin vermiş oldukları tasarruf yasağı kararlarının, sadece yabancı mahkemenin yetki alanında geçerli olduğunu belirtmişlerdir. RSB Manufacturing Corp. v. Bank of Baroda⁵⁶ davasına atıf yapılmıştır. Dolayısıyla, bu davada akreditifin ifa yeri New York ise, yabancı mahkeme kararı, comity doktrini çerçevesinde tenfiz edilemez. Sonuç olarak, burada akreditifin nerede ödeneceği önemli bir konudur.

⁵⁴ Hilton v. Guyot, 159 U. S. 113, 16 S.Ct. 139, 40 L. Ed. 95.

⁵⁵ Lasry v. Lasry, 180 A. D. 2d 488, 489, 579 N. Y. S. 2d 393; Gotlib v. Ratsutsky, 83 N. Y. 2d 696, 613 N. Y. S. 2d 120, 635 N. E. 2d 289; Greschler v. Greschler, 51 N. Y. 2d 368, 376-377, 434 N. Y. S. 2d 194, 414 N. E. 2d 694).

⁵⁶ RSB Manufacturing Corp. v. Bank of Baroda, 15 B. R. 650, 654

CIBC açıkça yabancı mahkeme kararının tenfizinin mümkün olmadığını zira akreditifin ifa yerinin New York olduğunu talep etmiştir. Pamukbank ise ifanın Amerika'da olmadığına ilişkin iddia da bulunmuştur.

Pamukbank asıl olarak Sabolyk v. Morgan Guaranty Trust Co⁵⁷ ve RSB Manufacturing Corp. v. Bank of Baroda⁵⁸ davalarına dayanarak, sözleşme prensiplerine göre, akreditifin New York'ta ödeneceğinin kararlaştırılmasının sözleşmenin New York'ta ifa edildiği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Hem RSB hem de Sabolyk davalarında, akreditif'te akreditifi açan ve ödeyen bankaların ödemelerinin New York'ta yapılacağını belirtmektedir. Bu iki dava da asıl önemli sorun olan akreditifin ifa yerinin belirlenmesinde akreditifin açıldığı yerin neresi olduğudur. Dolayısıyla, her ne kadar, akreditife ilişkin ödemelerin New York'ta yapılacağı belirtilmişse de, bu davalarda, New York akreditifin açıldığı yer olmadığından, akreditifin ifa edileceği yer de değildir. Önemli olan bir konu ise, RSB ve Sabolyk davalarında mahkeme eğer ihbar eden ve ödeyen bankalar aynı zamanda teyit eden bankalar ise durumun değişik olacağı yönünde karar vermiştir.

Burada Pamukbank'ın teyit bankası olduğu ve ödemeyi New York'ta yapacağı, malların teslimi ve akreditifin açılmasının Amerika'nın dışında yapıldığı, ödemenin Amerikan doları ile yapılacağı, akreditife uygulanacak hukukun UCP olduğunu, fakat UCP dışında kalan durumlarda, hangi hukukun uygulanacağını belirtilmediği gibi hususlar açıktır. Dolayısıyla, mahkeme New York'u akreditifin ifa yeri olarak kabul etmiştir.

Sonuç olarak, yabancı mahkemenin vermiş olduğu ödeme yasağı kararının herhangi bir etkisi burada sözkonusu değildir. Comity doktrinine göre, yabancı mahkeme yetkisiz ise kararı tenfiz edilemez. Pamukbank'ın yapmış olduğu davanın comity doktrinine göre reddi talebi kabul edilmemiştir.⁵⁹

⁵⁷ Sabolyk v. Morgan Guaranty Trust Co., 1984 WL 1275

⁵⁸ RSB Manufacturing Corp. v. Bank of Baroda, 15 B. R. 650, 654

⁵⁹ New York Mahkemesi kararının son kısımları tarafımda gerek duyulmadığından değerlendirilmemiştir.

HUKUK

TOPLUMSAL BİR GERÇEKLİKTİR

Doç. Dr. Bahir Güneş TÜRKÖZER*

Toplumsallık dayanakları içinde hukuku açıklamaya yönelen çalışmaların, sistematik kuramsal yapıların temelleri 18. yüzyılda atılmıştır. August Comte (1798-1857)'nin, "Rasyonalist Doğal Hukuk"un yapısında yer alan "soyut insan" tasarımına yönelttiği eleştiriler, yeni bir hukuksal bakış açısını geliştirmekle kalmamış, aynı zamanda "Sosyoloji Bilimi"nin de oluşumuna katkı sağlayan dikkate değer bulgular olarak anlam kazanmıştır. Diğer yandan Herbert Spencer (1820-1903), Emil Durkheim (1858-1917), Léon Duguit (1859-1928) ve Léon Bourgeois (1851-1925)'in, hukukun toplumsal kökenlerine ulaşmak için gösterdikleri olağanüstü çabalar, hukuk literatürüne "Sosyolojik Hukuk Düşüncesi" tezini kazandırmıştır. Bu tez, salt bir düşünce olarak kalmamış, devrim niteliği taşıyan ve "sosyal hukuk" olarak nitelenen uygulama boyutu ile anlam kazanmış ve çağdaş hukuk sistemlerini derinden etkileyen dönüşümlere neden olmuştur.¹ Biz de bu çalışma

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Sosyolojik Hukuk Düşüncesi için bkz., Comte, August, *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie, Tome: I, République Occidentale, Troisième Edition, Paris-1980; Cours de Philosophie Positive, Tome: IV, Sixième Edition, Alfred Costes 1934; Spencer, Herbert, The Principles of Sociology, 3 Vol., 1876-1896, (Principes de Sociologie, 5 vol. Paris-1878-1898.); Durkheim, Emil, De la Division du Travail Social, Librairie Felix Alcan, Paris 1932; Duguit, Léon, L'Etat, Librairie Thorin et Fils, Paris 1901; Traité de Droit Constitutionnel, Tome: I, II, III, IV, V, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris 1925; Le Droit Social Le Droit Individuelle et Le Transformation de l'Etat, Editeur Felix Alcan, Paris 1911; Souveraineté et Liberté, Librairie Felix Alcan, Paris 1922; Manuel de Droit Constitutionnel, Editeur De Boccard, Paris 1923; Les Transformation Générale du Droit Privé, Librairie Fontemoing, Paris 1925; (Duguit Sistematığı için ayrıca bkz., Türközer, Bahir Güneş, Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk (Léon Duguit Sistematığı), Mars Matbaası, Ankara 1996); Bourgeois, Léon, Solidarité, Librairie Armand Colin, Paris 1904.*

ile, hukukun toplumsal kökenlerini irdelemeyi ve ona açıklık kazandırmayı, yalın bir anlatım içinde, sürdürme gayreti içinde olacağız. Kuşkusuz oluşturmaya çalıştığımız içerik, “*Sosyolojik Hukuk Düşüncesi*”nin ortaya koyduğu birikim üzerinde oluşacak; bir anlamda, yukarıda belirttiğimiz düşünürlerin izlerini kaçınılmaz olarak taşıyacaktır. Bu önemli ve özgün birikim karşısında, ortak içeriğe katkıda bulunma arayışı içinde ortaya koyduğumuz bu çalışma, iyi niyetli düşünsel bir etkinlik olmanın ötesinde, bir farklılık yaratma (orijinalite yakalama) iddiasında değildir. “*Sosyolojik Hukuk Düşüncesi*”nin, hukuk ve toplumsal yaşama ilişkin geliştirdiği ana önermeleri hatırlatarak başlamak uygun bulduğumuz bu çalışmamızı, üç ana başlık altında oluşturduk.

I. Sosyal Bir Varlık Olarak Birey “Sosyal Ödev” ile Yükümlüdür

Hukuk, “*sosyal insan*”ın² davranış kuralıdır (yasaıdır); çünkü, sosyal olgular, “*sosyal insan*”ın gerçekliğidir. Hukuk, gerçekte insan evriminin bir ürünüdür ve o bir sosyal olgudur. Hukuk ancak toplumsal kökenli olabilir, hukuka toplumsallık dışında bir kaynak oluşturmaya çalışmak boş bir çabadır. Hukuk, hiçbir şekilde, doğal hukuk kuramcılarının vurguladığı gibi, “*mutlak*” ve “*ideal*”e yönelik değildir ve o, toplumsal gerçekliğin (réalité sociale) bir eseridir. Hukuk kuralının temeli ancak toplumsal yaşam gerçekliği içinde bulunabilir.³ Pozitif bilimlerin üstün bir değer olarak anlam kazandığı çağımızda, metafizik kurgulamalara yer yoktur; bu nedenle, hukukun pozitif bir yaklaşımla ele alınması, gerçekliği gözlem yoluyla kanıtlanabilir olgulardan hareketle tanımlanması, kaçınılmaz bir zorunluluktur. Duguit’in açıklıkla vurguladığı gibi, teolojiko-metafizik bir temel üzerinde yapılanmış olan “*doğal hukuk*”, çağımızda geçerliği kalmamış skolastik bir kofluktan ibarettir. İlkel insanın topluluk yaşamına geçmeden önce yaşadığı var sayılan, “*doğal yaşam hali - l'état de nature*” içinde, sosyal ortamdan soyutlanmış, mutlak anlamda özgürlük ve bağımsızlığı yaşadığı varsayılan “*soyut*

² Rasyonalist Doğal Hukukçular’ın insanın doğasına ilişkin yapmış oldukları tanımlama, bir soyutlama olmaktan öteye gidememiş, ancak bir “soyut insan” tasarımına ulaşmıştır. “Soyut insan” tasarımı, özellikle Comte ve Duguit tarafından eleştiri ile karşılanmış, insanın sosyal doğasını vurgulamaya yönelik bu açıklamalar, ‘sosyal insan’ nitelemesi altında yeni ve farklı bir içeriği yaratmıştır.

³ Duguit, *Manuel de Droit Constitutinnel*, s. 6.

insan” tasarımı, gerçekdışı bir tanımlamadır.⁴ Gerçekte insan, sosyal bir varlıktır ve içinde yaşadığı sosyal ortamdan soyutlanamaz, ayrıştırılmaz bir bireyselliğin sahibidir. İnsan, çevrili olduğu sosyal ortam düşüncesinden koparılamaz somut bir varlıktır: insan, topluluğun (sosyal grubun) bir üyesi olarak doğar, topluluğun bir üyesi olarak yaşar ve o ancak topluluk halinde yaşayabilir. İnsan, fiziksel ve düşünsel açıdan, topluluk dışında tutulamaz bir varlıktır. Topluluk halinde yaşam, ilkel ve doğal bir olgudur ve hiçbir şekilde insan istemine bağlı bir sonuç değildir. İnsanın topluluk halinde yaşaması olgusu, hayvanlar aleminde de görülen “topluluk halinde yaşam olgusu” ile aynı düzenin bir parçasıdır. Bu saptama, apriori bir doğrulama, metafizik kaynaklı bir varsayım değil, olgusal gözlemden çıkan bir sonuçtur.⁵ İnsanın bireysel varlığı, salt metafizik bir soyulama olarak ele alınmasıyla değil; sosyal çevresiyle, geçmiş soydaşı ve gelecek kuşaklarıyla olan ilişkisi içinde kavranabilir.⁶ İnsan, bireysel bir varlık olarak kavranmadan önce toplumsal bir varlık olarak kavranmak zorundadır; çünkü o, bireysellik bilincine sahip olmadan önce toplumsallığın bilincine sahip olmuştur; istek, gereksinim ve özlemlerinin salt kendisi tarafından karşılanamayacağı, ancak, diğer insanların katılımından oluşan ortak bir yaşam tarafından

⁴ Jean -Jacques Rousseau’nun, “Doğal Yaşam Hali”ne, ilkel topluluk yaşamına ilişkin betimleyici açıklamaları, dikkate değer bir öneme sahiptir. Rousseau, bu konuya ilişkin düşüncelerini, 1755 yılında yazdığı “*Dicours sur l’Origine et les Fondements de l’Inégalité Parnis les Hommes*” adlı eserinde ayrıntılı olarak açıklamıştır.

İnsanın doğasına ilişkin tanımlamaların, ancak, en ilkel (archaique) insanın yaşama biçiminden üretilebileceği düşüncesi, 17 ve 18. yüzyıl düşünürlerini “Doğal Yaşam Hali”ne ilişkin açıklamalar yapmaya yöneltmiştir. Bunlar arasında Thomas Hobbes (1588-1679) ve John Lock (1632-1704) gibi düşünürler zikredilse de “Doğal Yaşam Hali”ne ilişkin en dikkate değer açıklamalar Jean-Jacques Rousseau’dan gelmiştir. Bu betimlemeler bir bütün halinde ele alındığında, doğada özgürlüğün tadını duyarak yaşadığı varsayılan, hemcinslerinden soyutlanmış eşit ve bağımsız insan tablosuna, içinde yaşadığı topluluk yaşamından soyutlanmış insanın, doğadan ve doğuştan, mutlak ve ideal nitelikli haklarla donatılmış olduğu tezine ulaşılmıştır. Rasyonalist Doğal Hukuk’un esasını oluşturan doğal haklar düşüncesinin kuramsal temelleri, ilkel insanın yaşadığı varsayılan bir kurgulama içinde oluşmuş, 18. yüzyıl edebiyatının bu söylemleri, sadece çağdaş siyasal kültürü, hukuki ve sosyal yapıyı derinden etkileyen sonuçlar doğurmakla kalmamış, aynı zamanda Sosyoloji Bilimi’nin oluşumunu hazırlayan düşünsel gelişimin de tartışma eksenini oluşturmuştur. “Soyut insan”dan “sosyal insan” gerçekliğine yönelen düşünsel birikim için bkz., Türközer, Bahir Güneş, “Hukukun Sübjektif Hak Kavramından Sosyal Fonksiyon Kavramına Yönelen Dönüşümü ve Bu Dönüşümü Hazırlayan Toplumsal Gerçeklik Tanımlamaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1998/2, s. 467.

⁵ Duguit, *L’Etat*, s. 32.

⁶ Bourgeois, *Solidarité*, s. 82, 83.

karşılanabileceği bilincine, her şeyden önce sahip olmuştur.⁷ Bir yandan bireysellik bilinci öte yandan toplumsallık bilinci, insanın bir paradoksu değil, insanın gerçekliğidir. İnsan ne kadar çok bireyselleşmiş ise o kadar çok toplumsallaşmıştır; öyle ki insanın bu ikili yapısı kesin olarak ayrıştırılamaz; gerçek olan, bireysellik ve toplumsallığın kaynaşıklığı ve bütünselliğidir.⁸ İnsanın (bireyin) fiziksel ve düşünsel oluşumu (tüm bireyselliği), içinde yaşadığı toplumsal yaşam gerçekliğinin bir ürünü olarak varlık kazanır. Onun bireysel benliğinin zaman içindeki her bir durumu, onu çevreleyen sosyal ortamın her bir durumu içinde yer alan sayısız değişkenler tarafından belirlenir (biçimlendirilir). Bireysellik, bütün geçmişin ve geleceğin, dünün, bugünün ve yarının toplamından ibarettir. Bourgeois'ın vurguladığı gibi, insanlık, yaşayanlardan oluştuğu gibi ölenlerden de ibarettir; fiziksel varlığımız, düşünsel gücümüz, yarattığımız ürünler, dil yapımız, düşünce örgümüz, beceri ve sanat eserlerimiz, kısaca her şeyimiz, bizden önceki kuşakların yarattığı birikimler ve kalıtlar üzerinde oluşmuştur. Öyle ki, bu kalıtım, bizim için gerçek bir hazinedir.⁹ Her kuşak, bir önceki kuşaktan devraldığı bu hazineyi (topluluğun ortak eserlerini, birikim ve değerlerini) koruyarak ve geliştirerek bir sonraki kuşağa devreder. Bu gelişim, topluluk yaşamının yegane kaynağıdır; bu gelişimi durdurmak, örgütsel bozulmayı yaratır; öyle ki, durgunluk, ölümün başlangıcıdır.¹⁰ Tüm bireysel varlığımız, yaşadığımız yer ve zamanın, geçmişten geleceğe yönelen tüm koşulları üzerinde ve sayısız değişkenlere bağlı olarak biçim ve içerik kazanıyor. İçinde yaşadığımız toplumsal yaşam gerçekliğinin geçmişten geleceğe yönelen tüm koşulları ve bu koşullar içinde oluşan sayısız değişkenlerin belirli bir zaman dilimi içindeki yapısı, düzeyi, işlerliği, etkinliği ya da yoksunluğu, bireysel benliğimizi oluşturan, belirleyen, biçimlendiren ana kaynaklar olarak anlam kazanıyor; gerçekte bireysel benliğimiz, toplumsal bir türev olarak varlık kazanıyor. Hiçbir birey, tek başına bir varlık değildir; o ancak, bütünün bir unsuru (parçası) olarak kavranabilir.¹¹

⁷ Duguit, *Souveraineté et Liberté*, s. 18.

⁸ Duguit, *L'Etat*, s. 81.

⁹ Bourgeois, *Solidarité*, s. 49.

¹⁰ Bourgeois, *Solidarité*, s. 126.

¹¹ Bu temayı vurgulayan, ona denk düşen, İngiliz şair John Donne'a ait (1572-1631) "Çanlar Kimin İçin Çalıyor" başlıklı şiirden alıntı yapmama izin veriniz:

"Kimse tek başına bir ada, bir bütün değildir,
Herkes anakanın bir parçası, bütünün bir bölümüdür...
Her yok oluş, benden bir şeyler alıp götürür,
Çünkü ben insanlığın bir parçasıyım..."

Toplumsal yaşam gerçekliği içinde yer alan tüm koşul ve belirleyici değişkenler ne denli gelişmiş, güçlü ve etkin bir yapı özelliği gösteriyor, sürekli ve yoğun bir üretimi ve katkı düzeyini oluşturuyor ve yaygın bir refahı ifade ediyor ise, bireysel benliğimizin oluşumu da o ölçüde üstün bir formda gerçekleşiyor. “Olumlu toplumsal yaşam tablosu”nun¹² varlığı, özgür, bağımsız, güçlü ve yetkin kişiliklerin oluşumuna uygun ortamı hazırlıyor. “Olumsuz yaşam tablosu” ise aksine, nitelik ve beceriden yoksun, acı ve ıstıraplar içinde yaşamını sürdüren bireysellik oluşumlarına yol açıyor. Her bir değişkenin yapısında gözlemlenen gelişme ya da gelişmeyi hazırlayan oluşumların varlığı, toplumsal yaşam tablosunun bütünlüğüne “olumlu” bir katılım olarak yansıyor; gerçek anlamda “olumlu toplumsal yaşam tablosu”, toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan tüm değişkenlerin gelişmişliği ölçüsünde vücut buluyor; tekrarlamak gerekir ise, olumlu toplumsal yaşam tablosu, ne denli gelişmişlik düzeyini temsil ediyor ise, o denli donanımlı, güçlü ve etkin katılımlı bireysel benlik oluşumlarını yaratıyor. Her bir değişkenin gelişmişlik düzeyi -ilkel ya da çağdaş bir konumda olması- bireysel oluşum üzerinde doğal olarak farklı etkiler yaratmakta ve farklı sonuçlara neden olmaktadır. Açıkça vurgulamak gerekir ki, bireysel varlığın niteliği, içinde doğduğu toplumsal yapının gücü, etkinliği ve devingenliği ile yakından ilişkilidir. Toplumsal bütünün varlık özellikleri, tekilin (bireyin) varlığını, oluşumunu belirleyici ve tanımlayıcı sonuçlar doğurmaktadır.

Birey, toplumsal yaşam gerçekliğinden doğan yoğun bir etkiye maruz kalmaktadır; ancak bu etki, bireyi sadece sınırlandıran değil, aksine ona tüm bireyselliğini kazandıran bir etkidir ve hiçbir şekilde bireysel isteme bağlı bir sonuç değildir. Sosyal olgunun doğasında çıkan bu etki tek yönlü bir nitelik taşımaz; uzun dönemde, karşılıklı bir etkileşim olarak anlam kazanır; çünkü birey, içine doğduğu toplumsal yaşam tablosunun güçlenmesine katkıda bulunma gerekliliği ile karşı karşıya olduğu bilincine ulaşır ve sahip olduğu duygu, düşünce gücü, bilgi birikimi, beceri ve üretim gücüyle, topluma katkı sağlamaya, toplumsal yaşam gerçekliğini geliştirmeye ve etkinleştirmeye yönelir. Bu yöneliş, kaçınılmaz bir gereklilik, bir “ödev” olarak kendini gösterir. Bireyin, duygu ve düşünce dünyasının belirli bir düzeyde ya da üstün

¹² Bireysel benliğimizi oluşumunu etkileyen tüm toplumsal koşul ve değişkenlerin gelişmiş ve çağdaş bir işlev kazanmış yapılarını, “olumlu toplumsal yaşam tablosu” kavramı içinde ifade etmeyi uygun bulduk.

bir formda gelişmesi, bireyin kendisini gerçekleştirme isteği, adeta toplumsal yapıya yaptığı katkıda somutlaşır; bu nedenle, bireyin toplumsal yapıya yönelişi, salt bir “ödev” olarak değil, aynı zamanda “kendini gerçekleştirme”nin bir yolu olarak da varlık kazanır.¹³

Her birey, bireyselliğini geliştirmek yanında toplumsallığın gelişimine de katkıda bulunmak gerekliliği ile karşı karşıyadır. Bu gereklilik, insanlığı tanımlayıcı bir genelliğe sahiptir;¹⁴ çünkü birey, salt kendisi ve toplumu açısından hem bir amaç hem de bir araçtır, o hem bir bütün, hem de bütünün bir parçasıdır; onsuz, bütüne ait yaşam, ne gelişebilir ne de korunabilir.¹⁵ Sadece topluluk halinde yaşayan ve onsuz yaşayamayacak olan insan (birey), topluma yönelen bir “verici” konumundadır. İnsanın topluma yönelen bu konumu, bireysel ödevlerin temel ilkesi haline gelmekte ve sahip olduğu özgürlüğün bir bedeli olarak varlık kazanmaktadır. Herkese yönelen bu bireysel yükümlülük, keyfi kararların sonucu olarak değil, bireysel iradeden bağımsız olarak gelişen ve sosyal olgunun doğasından çıkan bir sonuç olarak, her bireyin toplumsal yaşam gerçekliğinden elde ettiği kazanımların, toplumun bireye sunduğu hizmetlerin bir karşılığı ve kaçınılmaz bir gerekliliği olarak anlam kazanır.¹⁶

Bu saptama, toplumsal yaşam gerçekliğinin tanımlanması açısından dikkate değer sonuçlar doğurmaktadır: Toplumsal yaşam gerçekliğinin doğasından çıkan ilke, bireyin, içine doğduğu ve içinde geliştiği toplumsal yaşama, toplumsal yapıya katkıda bulunmak yükümlülüğü altında olduğuna işaret eder. Daha yalın bir anlatımla, sosyal olgudan çıkan ilke,¹⁷

¹³ İnsan, doğası gereği ödev kavramına sahiptir; o, yaptığı işten mutlu olmasa da, çalışır, çabalar ve daima bir yaşam savaşı içinde kendisini bulur, çünkü onda, “ödev” bilinci vardır. İnsan, yaşamın belirli koşulları içinde ödevini yerine getirirken, risk almak zorunda olduğunu bilen ve isteyen bir varlıktır. (Kojeve, Alexandre, *Introduction a la Lecture de Hegel*, Gallimard, Paris 1947, s. 247, 248.).

¹⁴ Bourgois, *Solidarité*, s. 65.

¹⁵ Bourgois, *Solidarité*, s. 84.

¹⁶ Bourgois, *Solidarité*, s. 102.

¹⁷ Klasik doğal hukukçular, olgu ve ilke ilişkisini daima yadsımuşlardır. Onlara göre ilke, “olan” (sein) dan değil, ancak “olması gereken” (sollen) den çıkarılabilir. “Olması gereken” alan, deontolojik bir alandır, yani salt düşünce dünyasına aittir. Bu alan, gerçeklikler (olgular) dünyası (ontolojik alan) dışında kalan “aşkın” bir evreni ifade eder. Oysa çağdaş sosyolojik bilgi birikimi, “sosyal olgu” ve “ilke” ilişkisine açıklık kazandırmış, davranış kurallarının üzerinde yapılandığı “ilke”nin temelini ancak toplumsal yaşam gerçekliği bulunabileceğini kanıtlamıştır. Bu konuda en dikkate değer örnek, Max Weber’in “İdeal Tip” kuramıdır. (Bkz., Cuvillier, Armand, *Manuel de Sociologie, Tome Premier*, Presses Universitaires de France, Paris 1958, s. 16 vd.).

bireyin, içinde doğduğu, içinde geliştiği ve içinde yaşadığı toplumsal yaşam gerçekliğine (toplumsal yapıya) katkıda bulunma ödevi ile yükümlü olduğudur. Olgusal gerçekliğe göre, birey, kaçınılmaz bir şekilde, “sosyal ödev” yükümlüğü altındadır. Belirli bir yer ve zaman içinde, her birey için temel ödev, toplumsal yaşam gerçekliği tablosunun “olumlu” bir gelişim süreci kazanmasına katkıda bulunmaktır.

Bireyin, tüm varlığının yaratıcısı olan ve onu oluşturan toplumsal yapıyı geliştirmek ve güçlendirmek, ona daha üstün bir etkinlik düzeyi kazandırmak çabası, sonuçta yeni bireyselliklerin daha güçlü oluşması sonucunu yaratacak, bu anlamda toplumsal yaşam daha üstün bir formda gelişerek etkinliğini, varlığını ve sürekliliğini sağlayacaktır; çünkü, belirli bir toplumsal varlığın en üstün amacı, etkinlik içinde süreklilik kazanmaktır; bireyin gelip geçici bir varlık olmasına karşın, belirli bir sosyal grubun toplumsal yaşam gerçekliği, sürekli kılınabilir bir varlık olmasında yatmaktadır ve o, süreklilik kazanabildiği ölçüde evrensel olana yönelebilir. Bireysel bilince özgü unsurlar dahi, varlıklarını, bu bütünlüğe tutunarak, bütünü yapısı içinde korunarak ve ancak belirli bir toplumsal yaşamın kalıcılığı sayesinde sürekli kılınabilir ve evrensel olana erişebilirler.¹⁸ Sonuçta insanı (bireyi), bireysel bir bilincin sahibi olmak yanında salt bir toplumsal varlık olarak tanımlamak yeterli değildir; o, her yer ve zamanda, topluma karşı yükümlülük (sosyal ödev yükümü) altında olan bir varlık olarak anlam kazanır.

“Sosyal ödev” öncelikle, bireyin, bireysel benliğini, bilinç düzeyini, mümkün olabilen en üstün formda geliştirme yükümlülüğü olarak kendini hissettirir. Birey, yaşadığı toplumsal koşullar içinde, mümkün olabilen en üstün formda kendisini geliştirmek, yetiştirmek için çaba sarf etmek yükümlülüğü altındadır.¹⁹ “Sosyal ödev”, bireye, kendi gelişimini sürdürürken, diğer bireylerin, bireysel gelişimlerine engel oluşturmama yükümlülüğü olarak da anlam kazanır. “Sosyal

¹⁸ Hegel’in önemle vurguladığı gibi, bireysel bilinç, ancak toplumsallıkla özdeşleştiği (sadece kendi toplumuna değil tüm insanlığa katkıda bulunduğu) ölçüde, objektif bir ruha ve evrensel olana erişme olanağına kavuşmaktadır. Bireysel bilinç (ruh), daima evrensel olana erişme istek ve özlemine sahiptir. (Ayrıntılı bilgi için bkz., Hegel, G. W. F., *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev. Karakaya, Cenap, Sosyal Yayınları, İstanbul 1991.)

¹⁹ Doğal hukukçuların hak ve özgürlük olarak tanımladıkları ve her şeyin üstünde tuttukları bu sübjektif hak alanı, gerçekte bireyin bir ödevidir. Bireysel benliğini geliştirmek bir hak değil, birey için ihmal edilemez ve kaçınılmaz bir ödevdir.

ödev" yükümlülüğü, son aşamada, bireye, toplumsal yaşam gerçekliğine katkıda bulunma yükümlülüğü olarak varlık kazanır. Birey, bu yükümlülük alanı içinde, sahip olduğu tüm fiziksel ve düşünsel yeteneğini, toplumsal yaşam tablosunun "olumlu" bir gelişim süreci göstermesine katkı sağlamak yönünde kullanır. Bu anlamda, birey, sahip olduğu tüm olanakları, öncelikle toplumsal yararlılığı gözeterek kullanmak; bireysel yarara, toplumsal yararlılığı gözeterek ulaşmak, bireysel olanla toplumsal olanı bağdaştırmak yükümlülüğü altındadır. Bireyin sahip olduğu tüm hakların kullanım biçimi, gerçekte onun "sosyal fonksiyonu" olarak somutlaşır. "Sosyal ödev", kamusal gücü elinde tutan kamu görevlilerine de, bireylerin fiziksel ve düşünsel gelişimi için uygun koşulların yaratılması, onların gelişimine engel olunmaması, bu amaca yönelik bütün yıkıcı eylemlere karşı çıkılması ve "olumlu toplumsal yaşam koşulları"nın oluşturulması yönünde etkin katılımında bulunma yükümlülüğü olarak somutlaşmakta ve bu anlamda bireysel yükümlülükten daha da ağır sorumluluklar içermektedir.

II. Hukuk Kuralının Temeli Davranış Kuralıdır (Hukuk Sosyal Bir Olgudur)

Nerede bir toplumsal yaşam var ise, orada kaçınılmaz bir şekilde davranış kuralı (sosyal norm) mevcuttur. Davranış kuralı sosyal bir üründür ve daha ziyade o, toplumsal yaşamın kendisidir; topluluk yaşamının varlığı, zorunlu olarak davranış kuralının varlığını da içerir. Toplum ve davranış kuralı bir ve aynı şeydir; davranış kuralı, insanların topluluk halinde yaşaması olgusu sayesinde vardır. Toplumsal yaşam gerçekliği içinde hangi biçim ve içerik altında olursa olsun davranış kuralı mutlaka vardır. Davranış kuralı, insan toplulukları var olduğundan bu yana vardır ve insan toplulukları var olduğu sürece de var olacaktır. Davranış kuralı en ilkel topluluktan en gelişmiş topluma kadar tüm insan toplulukları içinde, basit ya da karmaşık bir yapı olarak daima var olmuştur.²⁰ Bunun içindir ki, bütün davranış kuralları, kaçınılmaz olarak toplumsallıkla işbirliği içinde olmayı öngörür.

Davranış kuralı, toplumsal gerçeklikten doğuyor ve toplumsal gerçekliğin doğasına katkı sağlayan, bireysel yükümlülüklerin yerine getirilmesine olanak tanıyan normlar olarak ve sonuçta bir sosyal olgu

²⁰ Duguit, *L'Etat*, s. 92.

olarak varlık ve işlev kazanıyor. Davranış kuralının varlığı, birey için olgusal bir gerçekliktir. Toplumda geçerlilik kazanmış tüm davranış kuralları (informel ya da formel kurallar) sosyal olgunun doğasından çıkan temel ilke üzerinde oluşmuş ve varlık (işlev) kazanmıştır. Bireyin, toplumsal gerçekliğin doğasından çıkan ilkeye uygun davranmak ya da aykırı davranmaktan kaçınmak yönünde oluşan iki yönlü zorunluluğu, davranış kuralını belirliyor. Toplumsal gerçekliğin doğasından çıkan, sadece kuralın ilkesi değil, aynı zamanda kuralın içeriğidir; çünkü toplumsal gerçekliğin doğası, kuralın ilkesini oluşturduğu gibi kuralın içeriğini de belirler. Sonuç olarak, davranış kuralı toplumsal gerçeklikten doğuyor ve toplumsal gerçekliğin doğası üzerinde biçim ve içerik kazanıyor ve toplumsal gerçekliğin yapısında meydana gelen değişime bağlı olarak devingenlik gösteriyor.²¹

Her yer ve zamanda geçerlilik kazanan davranış kuralı, toplumsallığın doğasından çıkan ilkeyi kendiliğinden içerir; çünkü, davranış kuralı, bireyi, salt kendi dünyasından, bireysel egosundan kurtararak, onu toplumsal olanla bütünleştirmenin en önemli aracıdır. Bu anlamda, davranış kuralının temelinde yer alan ilke, hiçbir şahsın (egemen irade de dahil) salt bireysel çıkarını (yararını), diğerlerine göre öncelikli kılmaz, ayrıcalıklı kişi ve kurumlar yaratmaz. Davranış kuralı, üstün bir değer ve nihai bir amaç olarak kabul ettiği toplumsal yararlılığı (ya da insanlığa yönelik yararlılığı)²² tüm özel çıkarların üzerine yerleştirdiği; özel çıkarları, toplumsallık amaçlarına katkı sağlama düzeyinde tanımladığı ve bu ölçüde saygın kıldığı; sonuçta, toplumsal yararlılığa sağladığı katkı düzeyinde oluşan bireysel yararların (çıkarların) haklı ve adil olabileceğini kabul ettiği içindir ki, yapısında güçlü bir adalet duygusuna ve üstün bir değere sahiptir. Bu anlamda, toplumsal yararlılıkla bütünleşmiş, bağdaşmış, onunla uyumlu ve onunla örtüşen bireysel yarar düşüncesi, evrenselliğe yönelmiştir; haklı ve adildir. Bireysel eylemler, toplumsallığın doğası içinde yer alan ilke üzerinde yapılanmış davranış kuralına ya da bu ilkenin amacına uygun düştüğü ölçüde, toplumsal bir değer taşıyacak ve toplum tarafından korunacaktır.

²¹ Duguit, *L'Etat*, s. 93.

²² Kant'ta kesin buyruk (kategorik emperatif) olarak ifadesini bulan "öyle hareket et ki, sende ve diğerlerinde somutlaşan insanlık, salt bir araç olarak değil, aksine daima bir amaç olsun" ilkesiyle örtüşmesi açısından, sosyal olgunun doğasından çıkan davranış kuralının bir etik temele dayandığını da vurgulamak gerekiyor. (Ayrıntılı bilgi için bkz., Kant, Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi (Kritik Der Praktischen Vernunft)*, *Türkiye Felsefe Kurumu Çeviri Dizisi*: 2, Ankara 1999.)

Duguit'in önemle vurguladığı gibi, hukuku yaratan şey, bir yaptırımın (müeyyidenin) varlığı değil, davranış kuralının ihlali halinde oluşan toplumsal tepkinin (réaction sociale) varlığıdır. Toplumsal tepki, kuralın ihlal edilmesi sonucu oluşan toplumsal kaybın yeniden oluşturulması amacıyla, topluluğun, kuralı ihlal edene karşı yönelttiği spontane bir tepkidir.²³ Salt davranış kuralları üzerinde oluşan toplumsal düzen, hukuksal bir oluşumdur. Hukukun en ilkel biçimlerinin görüldüğü arkaik toplumlarda, davranış kurallarının (sosyal normun) ve bu kuralların geçerlik ve etkinliğini gözeten bireysel unsurların varlığı, hukuksal formasyonlar olarak anlam kazanmıştır. Weber'in belirttiği gibi, yaptırım gücünü elinde tutanların, mutlaka kuvvet kullanmaları gerekmez; baskı aracının salt kuvvete dayanmaksızın kural geçerliğini sağlayacak kadar etkili olması, hukukun varlığı için gerekli ve yeterlidir. Hukuk normlarının gerçeklik kazanması, ne onların mantıksal doğruluklarında ne de onları destekleyen baskı araçlarının etkinliğinde yatmaktadır. Hukuk, belirli gereksinimlerin belirli şekilde karşılanması sonucu oluşan ve giderek alışkanlık haline dönen davranış biçimlerinden doğar.²⁴ Hukukun temelinde "rasyonel" olana uygunluktan ziyade, fiilen gerçekleşen davranış düzenlilikleri, alışkanlıklar (adetler) ve teamüller yer alır. Bu davranış biçimleri, bilinçli ve planlı bir şekilde gerçekleşmez, yaşamın olağan akışı içinde "spontane" bir davranış olarak gerçekleşir ve zaman içinde benimsenen, örnek davranış kalıpları (kuralları) olarak varlık kazanırlar. Bu nedenle herhangi bir davranış kuralı, hukuk normunun temelini oluşturabilir.

Davranış kuralının, salt moral (etik) nitelikli bir kural olmayıp, ancak bir hukuk kuralı olabileceğini; davranış kuralının, davranışın niteliğini değil, davranışın sosyal değerini belirlediğini vurgulayan Duguit'e göre, davranış kuralı gerçekte bir hukuk kuralıdır; çünkü davranış kuralı, bireysel iradeden çıkan bütün davranışların sosyal değerini belirler; yani o, davranışın, sosyal olarak korunup korunmama çağının bir ölçütü olarak anlam kazanır.²⁵ İlkel hukuksal biçimlerden, çağdaşlığa yönelme süreci içinde, bir yandan davranış kuralının informal niteliği, formal bir değişime uğruyor (biçimsellik kazanıyor); diğer yandan, toplumsal tepki (réaction sociale), bireysel (şahsi) biçimlerini

²³ Duguit, *L'Etat*, s. 93.

²⁴ San, Çoşkun, *Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi*, (Doktora Tezi, Ankara 1970), s. 55 vd.

²⁵ Duguit, *L'Etat*, s. 101.

kaybederek, toplumun siyasi örgütlenmesine bağlı oluşan kurumsal nitelikli bir yapıya dönüşüyor ve bu yapı içinde oluşan daha özgün ve güçlü yaptırım desteğine kavuşuyor; ancak bu değişim, davranış kuralının içeriğini etkilemiyor, davranış kuralı, hukuksal biçim altında da, ne ise öyle kalıyor; öyle ki, davranış kuralı, zamanın değişen koşullarına bağlı olarak, hukuk kuralı olmaktan çıkmış olsa dahi, varlığını (içeriğini) az ya da çok etkin bir biçimde sürdürüyor. Yasalaştırma etkinliği, yani davranış kuralının biçimsellik kazanması süreci içinde, yasa koyucu, davranış kuralının varolan içeriğine, kendiliğinden bir şey katmıyor; söz konusu davranış kuralının, toplumsal yaşam gerçekliğine katkı sağlaması açısından vazgeçilmez bir öneme sahip olduğu bilincinden hareketle, davranış kuralını, toplumun örgütlü gücünden doğan özgün bir toplumsal tepkiye ve yaptırım desteğine kavuşturarak, kuralın etkinlik alanını, tüm toplumu kapsayacak ölçüde ve karşı konulamaz biçimde genişletiyor. Burada önemle vurgulamak gerekiyor ki, hukuk kuralı, yasa koyucunun iradesinden doğmuyor; hukuk kuralı, toplumsal yaşamda, davranış kuralı olarak zaten mevcut olan sosyal normun biçimsellik kazanması ile doğuyor; bu süreçte yasa koyucunun görevi, sadece toplumsal bir gerçekliği onaylamak ve formüle etmekten ibarettir. Yasa koyucu, belirli bir davranış kuralının toplumsal yaşam gerçekliği açısından önemini fark ediyor ve ona, toplumsal yaşamda genellik ve etkinlik kazandırıyor; yasa koyucu bu işlemi gerçekleştirirken, olağandışı bir şey yapmıyor, varolan bir normun toplumsal değerini onaylıyor. Sonuç olarak vurgulanması gerekir ki, hukuk, hiçbir şekilde üstün irade anlayışından doğmaz, o aktüel yaşamın koşullarından, toplumun yapısı ve gelişiminin, çeşitliliği ve değişkenliğinin gözleminden doğar ve onların rasyonel analizi sonucu tanımlanır. Bu nedenle, dikkatle incelendiğinde görülmektedir ki, çağdaş yasalar, toplumsal statü ve toplumsal rol tanımlamaları olarak varlık kazanmışlardır.

Toplumsal yaşam gerçekliği içinde, sonsuz sayıda davranış kuralı üreten kaynakların varlığı, sonsuz sayıda davranış kuralının sürekli üretilmesi anlamını taşıyor. Toplum, sürekli yeni davranış kuralı üreten muazzam bir yapı olarak varlık kazanıyor. Davranış kuralları, ancak toplumsallık içinde doğabilir, etkinlik kazanır ve giderek değişen yer ve zaman koşullarının doğal bir sonucu olarak yok olma sürecine yönelir; yerini daima bir başka kurala terk ederek, yaşam serüvenini tamamlar. Bu süreç içinde, belirli bir davranış kuralının, toplumsal

yaşam gerçekliğinin gelişimine katkı sağlama açısından vazgeçilmez bir öneme sahip olduğu ve bu davranış kuralının etkinliğinin, güçlü yaptırımlarla desteklenmesinin toplum için yaşamsal bir önem taşıdığı konusunda, ortak ve güçlü bir kaniya (ortak bilince) ulaşılmış olması halinde, davranış kuralı, hukuk kuralı haline dönüşüyor.²⁶ Davranış kuralının, hukuk kuralı haline yönelen bu dönüşümü, kamusal bir etkinlik alanı olarak anlam kazanır.

Bu anlamda hukuk, sosyal yaşamın bir yarası olarak varlık kazanıyor; çünkü hukuk, ancak topluluk ortamında gerçekleşir ve toplumsal yaşam devam ettiği sürece varlığını sürdürür. Şayet bir davranış kuralı, hukuksal bir değere sahip ise, toplumsal gerçekliğin gelişimine sağladığı katkı düzeyinde meşruluğunu bulacaktır; çünkü hukuk kuralı, amaçların meşruluğu ilkesi üzerinde oluşan bir kuraldır²⁷ ve bu meşruluk, adalet değerini de yapısında taşır. Onu formüle eden, onu hukuksal alana aktaran yasa koyucu dahi, ona bizzat boyun eğer; şayet hukuk kuralının ifade ettikleri, tüm iradelerin üstünde değil ise, bu kurallar hiçbir hukuksallık değeri taşımazlar.²⁸ Bu açıklamalar ışığında tekrar vurgulamak gerekir ki, hukuk, üstün ve

egemen bir iradeden doğmamıştır; hukuk, devletten²⁹ ve yasa koyucunun iradesinden bağımsız, onlardan öncelikli ve onlara egemen bir sosyal olgu olarak varlık kazanmıştır.³⁰ Tarihsel veriler göstermiştir ki, hukuk, devletin katkısından önce vardır; hukuk, devletten bağımsız

²⁶ Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel, Tome-I*, s. 49.

²⁷ Duguit, *L'Etat*, s. 18.

²⁸ Duguit, *L'Etat*, s. 16.

²⁹ Devlet, uygarlık boyutu içinde oluşmuş bir siyasal güçtür. Hukukun yaratılmasının, devletin hukuksal kişiliği ile ilişkilendirilmesi sakıncalı bir yaklaşımdır; çünkü bu düşünce, belirli bir hukuksal kişiliğin hukukun tek yaratıcısı olduğu sonucuna götürür. Devlet, hukuksal bir kişiliktir; çünkü o, hukuka, hukuksal biçimlere uygun olarak kurulmuştur; Devlet, hukuku bizzat yaratabilse idi, onu ancak gücü sayesinde yaratabilir idi; oysa hukuk, salt güç üzerine dayanmaz, hukukun gerçek kaynağı devlet değildir; hukukun kaynağı, yönetsel güç ve bu gücün yarattığı yükümlülüğe hedef olan diğer yönetsel unsurlar arasında, yükümlülüğün yarattığı bağımlılıktan doğan karşılıklı ilişki içinde yatmaktadır. (Hauriou, Maurice, *Précise Elémentaire de Droit Constitutionnel*, Librairie J. Gibert, Paris 1933, s. 23; Ayrıntılı bilgi için bkz., Hauriou, M., *La Théorie de l'Institution et de la Fondation, Cahiers de la Nouvelle Journée-23*, Librairie Bloude et Gay, Paris 1933; Türközer, Bahir Güneş, *Hukuku Açıklamada Kurum Teorisi*, (Hauriou Sistematiği), Mars Matbaası, Ankara 1998.

³⁰ Çağdaş hukuk sistemleri içinde yerini almış olan "hukukun üstünlüğü ilkesi" anlam ve gücünü bu düşünsel birikim içinde bulmuştur.

ve onun üstünde, emredici kurallar olarak mevcuttur; şayet hukuk, devletin keyfiliğine terkedilmiş bir kurum olarak ele alınmış olsa idi, Duguit'in belirttiği gibi, onun incelenmesi bir dakikalık zahmete dahi değmezdi. Bu nedenle, devletten önce ve onun üstünde ve ona etkili olan bir hukukun varlığı düşüncesini güçlü bir şekilde vurgulamak, kaçınılmaz bir gerekliliktir.^{31, 32}

Hukuk, toplumsal gerçeklikten doğuyor, toplumsal gerçeklik olarak bize gözüküyor ve toplumsal gerçekliğin güçlenmesi ve onun süreklilik kazanması için katkı sağlayan, onun hizmetinde olan bir sosyal kurum olarak anlam kazanıyor. Bir başka ifade ile, hukuk, sosyal olgudan doğuyor, sosyal olgunun varlığı ile özdeşleşiyor, sosyal olgunun varlığına katkı sağlama işlevini benimsiyor ve sonuçta bir sosyal olgu olarak toplumsal yaşamda yerini alıyor. Hukuk, davranış kuralında olduğu gibi, sosyal olgunun doğasından çıkan ilke üzerinde biçim ve içerik kazanıyor; sosyal olgunun doğasından çıkan ilke, davranış kuralını olduğu gibi hukuk kuralını da belirliyor. Hukuk, bireyin "sosyal ödevi"ni, toplumsal işlevini ve rolünü gerektiği gibi gerçekleştirmesine katkı sağlayan etkin bir kurum olarak varlık kazanıyor.

Hukuk kuralı, "bireyselci-individualist" yaklaşımın tamamen aksine olarak, insanın hem bireysel hem de toplumsal olan yapısı üzerinde kurulmuş bir sosyal olgu niteliği göstermektedir.³³ Hukuk kuralı, gerçekte bireysel bilincin bir eseri olup, toplumsal olan hukuksal gerçekliği gösterme ve onaylama biçimidir. Bu anlamda hukuk kuralının işlevi, tüm bireyleri, diğerlerinin saygınlığını gözetmeye zorlamak ve gerçek saygınlığın ancak toplumsal yaşamın bir unsuru olmakta yattığını göstermektir. Hukuk kuralı, bütün bireylere, bilgi ve becerileri ölçüsünde, toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan koşul ve değişkenlerin gelişimine katkıda bulunma, bu amaçla topluluk yaşamı ile işbirliği içinde olmayı emreder. Şayet bu yapılmaz ise, toplumsal yaşamda kolektif bir kaybın oluşması kaçınılmazdır ve o ölçüde güçlü bir toplumsal tepki-

³¹ Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel, Tome-I*, s. 93.

³² Kelsen'de olduğu gibi, şayet devlet ve hukuk özdeşleştirilir ve devlet, hukuku yapan bir yapı olarak tanımlanır ise, devlete hukuk yoluyla sınır çizmek olanaksız hale gelir.

³³ Duguit'in ifade ettiği gibi "bize düşen görev, bu olgunun bireysel bilinç içinde kendisini nasıl gösterdiği ve bireysel iradenin üstünde nasıl bir işleve sahip olduğudur." Duguit, *L'Etat*, s. 38.

nin doğması da kaçınılmaz olur; toplumsal dengenin yeniden oluşması amacıyla, kural ihlalinde bulunana karşı, güçlü bir sosyal tepki içinde somutlaşan, kendine özgü kurumsal yapıların etkisi altında, hukuksal bir çözüm ortaya çıkar.³⁴

III. Hukuk, Toplumsal Yaşam Gerçekliğinin Yapısı ve İşlerliğine Katkıda Bulunmak Ödeviyle Tanımlanmış Bir Sosyal Kurumdur

Hukuk, bireyin “sosyal ödev”ini gerçekleştirme amacına uygun olarak, her şeyden önce bireysel benliğin üstün bir formda gelişmesine, bireysel gelişimi engelleyen, durduran tüm faktörlerin ortadan kaldırılmasına; bireyin, toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan koşul ve değişkenlerin geliştirilmesine katkıda bulunmasına, bu amaçla kamusal görevlerin etkin olarak düzenlenmesine katkı sağlayan, bireysel istek ve özlemlere, toplumsal amaçlara sağladığı katkı ölçüsünde saygınlık (meşruluk) kazandıran; “sosyal ödev”in gerçekleşmesi amacına uygun düzenlemeler yapan ve bu amaçla, gerekli olan kural ve kurumları yaratan, kural etkinliğini sağlayan ve sonuçta, toplumsal gerçekliğin doğasından çıkan ilke üzerinde bireysel iradeyi yönlendiren bir sosyal olgu olarak işlev görür.

Hukukun bireysel iradeye yüklediği “sosyal ödev” yükümlülüğü, bir yandan bireyselliğin gelişimine katkıda bulunmak, diğer yandan toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan koşullara ya da bu koşullar içinde yer alan değişkenlere, onların varlığına, gelişimine, süreklilik kazanmasına, kısaca “olumlu toplumsal yaşam tablosu”nun oluşumuna katkıda bulunmak yükümlülüğü (ödevi) olarak varlık kazanıyor. Hukukun öngördüğü düzen ile bireysel bilincin istek ve özlemleri arasında bir karşıtlık oluşmuyor, aksine güçlü bir uzlaşma, karşılıklı olarak bir onama bilinci geliyor; çünkü, bireysel bilinç, acı ve ıstıraplarını dindirmek ve daha az acı çekme özlemini gerçekleştirmek için “olumlu toplumsal yaşam tablosu”nun kaçınılmaz bir gereklilik olduğu bilincine ulaşıyor. Bir yandan bireysellik diğer yandan toplumsallık bilinci, bir paradoks olarak değil, bireyin gerçekliği olarak anlam kazanıyor.

Toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan belirli koşulların ve bu koşullar içinde yer tutan tüm değişkenlerin varlığını hatırlamak, toplumsal gerçekliği oluşturan yapıyı yeterince tanımlamak açısından önem kazan-

³⁴ Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome-I, s. 22.

maktadır; bu nedenle, çalışmamızı, toplumsal yaşamı oluşturan belirli koşulları ve onlara bağlı değişkenleri hatırlatarak tamamlamak istiyoruz:

Her yer ve zamanda oluşan belirli bir toplum ya da toplumsallık biçimlerini, ister en ilkel koşullarda olsun ister çağdaş bir yapılanma içinde olsun, belirli koşullar dizgesi içinde ele almak, tanımlamaya yönelmek mümkündür. Koşullar dizgesini ve bu koşullar içinde yer tutan değişkenler kataloğunu, çağdaş toplumların yaşam biçimlerini dikkate alarak oluşturmaya yönelmiş olsak dahi; her değişkenin, her bir toplumsallık biçimi içindeki varlığını, çağdaş toplumlara özgü “rasyonaliteye” uygunluk göstermese dahi (ilkel biçimler altında da olsa) gözlemlemek mümkündür. Bu nedenle olabildiğince kapsamlı değişkenler çerçevesi oluşturmaya özen gösterdik:

- Öncelikle toplumun, kendiliğinden bir veri olarak ele alınması gereken ve yer küre üzerindeki koordinatlarına denk düşen coğrafi koşullarını, iklim özelliklerini, fiziksel ve yapısal (morfolojik) niteliğini hatırlamak gerekir. Bu yapı üzerinde varlık kazanmış olan yeraltı kaynakları, bitki örtüsü, akarsu, göl ve deniz varlıkları, tarımsal potansiyel ve jeo-stratejik konum gibi değişkenlerin toplumsal yararlılık açısından kullanım biçimleri.

- Toplumun tarihsel varlığı, bu gelişimin toplumsal yaşama aktardığı, kültürel değerler, anıtsal yapılar, birikim ve kazanımlar ve onların koruyucu ve değerlendirici kurumsal yapıların varlığı ve işlerliği.

- Nüfusun yapısı ve dağılımı gibi demografik ve sosyal koşullar: Toplum nüfusunun yoğunluk derecesi, yaş, cins ve bölgesel dağılımı; kırsal ve kentsel yapılarda yoğunlaşma, tarımsal yapılar ve kentleşme olgusunun varlığı, nüfusun sektörel dağılımı, göç olgusunun yönü ve hızı, sanayileşme ve sınıfsal oluşumların varlığı gibi değişkenler. Ailenin yapısı ve niteliği, koruyucu sosyal kurumların varlığı ve etkinlik düzeyi, dini ve etnik farklılıklar ve toplumsal bütünlüğe katkı düzeyi.

- Toplumun siyasal örgütlenme biçimleri: Devletin yapısı ve kurumsal gelişimi, siyasal sistem ve sistemi tanımlayan araç ve yöntemler, baskıcı (otoriter) ya da demokratik yapıların varlığı ve işlerliği; yasama, yürütme ve yargısal güçlerin oluşumu ve etkinliği; kamusal görev bilincinin gelişimi, toplumun güvenliğine dönük yapılanma biçimleri, iç ve dış saldırılara karşı direnme gücü ve savaş yeteneği; sivil örgütlenme düzeyi ve kurumsal yapılanmalar; yönetilenlerin tebaa ya da vatandaş niteliği, topluluk bilin-

cine egemen yapıların ya da bireysel bilincin oluşumuna olanak tanıyan ödev, hak, özgürlük, yetki gibi hukuksal olanakların varlığı.

- Duygu, düşünce ve değerler dünyasının gelişmişliği, eğitim kültür düzeyi, düşünce dünyasını geliştiren geleneksel ve güncel kaynakların varlığı; felsefe, bilim ve sanatta ulaştığı düzey ve etkinlik biçimleri, din ve inanç dünyası ve örgütlenme biçimleri.

- Bilim ve teknolojik gelişim düzeyi, bilgiyi üretme gücü, bilgiyi yayma ve kullanım biçimleri; teknolojiyi üretme ve uygulama gücü, sanayileşme düzeyi, türü, dağılımı ve üretim kapasitesi. Enerji kaynakları, enerjisi üretme ve dağıtma kapasitesi.

- Sanayi, tarım ve hizmet sektörlerinin örgütlenme biçimi, üretim yapısı ve milli gelire katkı düzeyi, ekonomiyi büyütme ve istihdam yaratma gücü; pazar olanakları, geliri artırma ve sermaye birikimi yeteneği; gelir bölüşümü, üretime katılan kesimlerin gelirden pay alma olanakları, ulusal paranın değerini koruyucu kurumsal yapıların varlığı ve işlerliği; sosyal refah düzeyi, sosyal sınıfların ilişkileri, çalışma barışı ve sosyal güvenlik kurumlarının varlığı ve işlevselliği.

- Eğitim sistemlerinin gelişmişliği, eğitimde fırsat eşitliği, okullaşma olanakları, örgün ve yaygın eğitim kurumlarının etkinlik derecesi ve evrensel bilgi, kültür ve uygarlığa yaptığı katkı düzeyi.

- Sağlık sistemlerinin tüm toplumu kapsayacak bir örgütlenme düzeyi, koruyucu ve tedavi edici hizmetlerin güçlü ve etkili bir donanıma sahip olması; çocuklara, yaşlılara ve özürlülere yönelik sosyal hizmet birimlerinin oluşumu ve işletilmesi; ulusal, bölgesel ve küresel sağlık sorunlarına katkı düzeyi.

- Ulaşım, iletişim ve bilişim olanakları; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarını gücü ve etkinliği, ulaşımın ve iletişimin sahip olduğu altyapı olanakları, iletişim teknikleri ve sistemlerinin genelliği ve kullanım düzeyi, iletişim ağının bilgiye erişme olanakları açısından sağladığı olanaklar, etkinlik ve yaygınlık düzeyi.

- Diğer toplumsal yapılarla (uluslarla) ilişkisi: Dünya uluslar ailesi içindeki yeri ve önemi (saygınlık değeri), savaş ve gerilim potansiyeli, salgın hastalık ve çevre felaketi gibi bölgesel ya da küresel ölçekli afetlerden korunma gücü, bölgesel ve küresel örgütlenmelere katılımı, bölgesel ve küresel barış ve güvenliğe yaptığı katkı düzeyi.

Toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan tüm bu yapı, kurum ve oluşumlar, onları kuşatan koşul ve sonsuz değişkenlerin her bir konumu, sahip olduğu ilkel ya da gelişmişlik düzeyi, toplumsal yaşam tablosunun, “olumlu” ya da “olumsuz” bir nitelik göstermesinin başlıca nedeni olarak görülür. Her bir koşul ya da değişken, belirli bir yer ve zamanda, “olumlu” ya da “olumsuz” bir görünüme sahip olabilir. Her bir değişkenin yapısında gözlemlenen “olumsuz hal” den “olumlu hal” yönündeki gelişme, toplumsal yaşam gerçekliğine yapılmış bir katkı niteliği taşır. Ancak, tam bir “olumlu toplumsal yaşam tablosu” nun oluşması, tüm koşul ve değişkenlerin yapısında gerçekleştirilecek olan, “olumsuz” dan, “olumlu” ya yönelen gelişmelerin sağladığı katkı düzeyinde yatmaktadır. Toplumsal yaşam gerçekliği, bu katkı düzeyi sayesinde, güçlü, donanımlı, etkin ve üretken bir yapı niteliği kazanabilir ki, amaç daima, bu niteliği, her durumda geliştirmek ve değişen yeni koşullara uyum sağlayarak, toplumsal yapıyı güçlü ve kalıcı kılmaktır. Bu amaç, her birey için toplumsal yükümlülük alanının özünü oluşturur ki, “sosyal ödev” yükümlülüğü, gerçek anlam ve işlevini bu ilişki içinde bulur. Yöneten ya da yönetilen, her bir birey için, yegane amaç (sosyal ödev), içinde yaşadığımız toplumsal yaşam gerçekliğini oluşturan her bir değişken ya da koşulun “olumlu” bir aşamaya ulaşmasına katkı sağlamaktır. Gerçekte hukuk, bu sosyal ödeve bağlı kalma bilincimizi geliştiren, bu göreve hazırlanmamızı ve bu görevi gereği gibi yerine getirmemizi öngören ve onun koşullarını düzenleyen sosyal bir kurum olarak anlam kazanmıştır. Bireysel iradeyi yönlendiren hukuk kuralının ilkesi bu gerçeklikten doğar. Sonuç olarak önemle vurgulamak gerekir ki hukuk, toplumsal yaşam gerçekliğinden doğar, toplumsal bir gerçeklik olarak varlığını hissettirir ve toplumsallık amaçlarının gerçekleşmesi yönünde bir araç olma işlevini üstlenir; bu işlevi yerine getirdiği ölçüde, sosyal düzeni, günlük yaşam gereksinimlerini ve toplumsal gerçekliğin doğasında içkin olan adaletin³⁵ gerçekleşmesi amacıyla katkı sağlayan sosyal bir kurum niteliği taşır. O, ancak olgusal bir gerçekliktir, o sosyal bir olgudur, onun amacı ve işlevi toplumsal gerçekliğin varlığını geliştirmeye ve onu sürekli kılmaya yöneliktir; ve hukuk, başka hiçbir şey değildir.

³⁵ Başka bir evrene ait “adalet” anlayışı, yaşayan toplumsallık evrenine, toplumsal gerçeklik alanına hiçbir katkı sağlayamaz; toplum, kendi dünyasına özgü ve üstün nitelikli adalet değerini yaratma gücü ve yeteneğine sahiptir; o, adalet değerini kendi içinde üretir, gerçekleştirir ve geliştirir, yeter ki bu amaca bilinçli olarak yönelmiş olsun.

“TÜRK CEZA HUKUKU’NDA BİLİŞİM SUÇLARI” ESKİ TCK BAĞLAMINDA HUKUKUMUZDA YER ALAN İLK DÜZENLEMELER VE 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU’NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN YORUMU

Ö. Umut EKER*

GİRİŞ

Teknoloji, sıklıkla insanoğlunun maddi gelişiminin ve uygarlığının somut görüngüsünü teşkil edebilecek nitelikte bir gelişmişlik ölçütü olarak ele alınmaktadır. Ve onun getirisi olan her türlü yenilik de toplumsal alanda çok kısa bir süre içerisinde yankı bulmaktadır. Söz konusu etki ise, toplumun bu tür bir yeniliğe hazır olma derecesi, uyum gösterme kabiliyeti, yeniliğin niteliği ve kapsamı ve toplumun yeniliği algılayış şekline göre hem müspet hem de menfi biçimlere bürünebilmektedir. Hukuk da topluma düzen kazandırmayı ve bireyler arası/toplumsal ilişkileri de hak ve nesafet, adalet ilkeleri çerçevesinde yeniden biçimlendirmeyi amaç edindiğinden ötürü söz konusu teknolojik yeniliklere karşı da bir tavır almak zorunda kalmaktadır. Böylece hayatın dinamiği, hukuku yenilikler karşısında canlı, devingen ve güncel olmaya zorlamaktadır.

Nihayetinde dört bir yanımızın elektronik/elektromanyetik ağlarla örülü olduğu ve bilgisayarların hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmeğe başladığı günümüzde, bilişim sistemlerinin toplumsal yaşamla iç içe bulunduğu ölçüde özel bir hukuki rejimle düzenlemeye ihtiyaç göstermesi doğal bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte gereken bu hukuki düzenleme biçimlerinden bir kısmını da cezai düzenlemeler teşkil etmektedir. Zira gerçek anlamda iletişim özgürlüğünün tesisi için de özgürlük anlamından kopan hak ihlallerinin ve diğer gayri meşru-

* Ankara Barosu üyesi.

lukların da önleyici yahut telafi edici mekanizmalarla engellenmesi gereklidir. Bu bağlamda, konumuz giderek yaygınlaşan sosyo-teknolojik, sosyo-kültürel bir görüngünün hukuki çerçeveye oturtulması açısından işlenmeye muhtaçtır.

A. BİLİŞİM SUÇU NE DEMEKTİR?

Bilişim suçlarını incelerken öncelikle bazı temel kavramların aydınlatılması lazım gelir. Bu çaba gerek konunun daha anlaşılır kılınması gerekse de ceza hukukunun temel ilkelerinden kanunilik ilkesinin muğlaklık/ belirsizlik handikabıyla zedelenmemesi için gereklidir.

Bilişim (informatics, informatique) terimi ana hatlarıyla, bilginin sayısal ve elektronik olarak işlenmesi sonucu her türlü verinin saklanması, otomatik olarak işlenmesi, yeniden düzenlenmesi ve aktarılması hallerini ifade eder.¹ Bununla birlikte, bilişim, bilgi-işlem, veri-işlem olarak da ifade edilen süreçleri betimlemek için de kullanılmaktadır.²

Bu yoldan bilhassa vurgulanması gereken önemli bir husus da şudur: Bilgisayar (computer) ile bilişim sistemleri (informatic systems, data-processing systems) birbirlerinden ayrı olarak mütalaa edilmesi gereken kavram ve fenomenlerdir. -Bu konudaki açıklama birazdan (aşağıda) yapılacaktır.-

I. Terminoloji ve Tanım Sorunu

Ceza hukuku açısından tipiklik unsurunun gereğince tebarüz ettirilmesi ve kanunilik ilkesinin muğlak kavramlarla sakatlanmaması amaçları doğrultusunda iyi ifade edilmiş, sınırları belirlenmiş bir tanım yapmak önemlidir. Bilişim suçları gibi hukukun alanına yeni dahil olmuş, henüz yeterince işlenmemiş/oturmamış teknik bir olgunun da tanımlanıp müesseseseleşebilmesi için multi-disipliner bir yaklaşım içerisinde ilgili alanların uzmanlarının ortak bir çalışma yapması olgunun

¹ Bkz., Ersoy, Yüksel, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *AÜSBFD*, C. 49, S. 3-4, 1994, s. 151; Aydın, Emin D., *Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş*, Doruk Yayınları, Ankara 1992, s. 3; Yenidünya, Caner - Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda- Bilişim Suçları*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003 (bundan sonra bu eser kısaca *Bilişim Suçları* olarak anılacaktır): s. 27.

² *Bilişim Suçları*, s. 28.

aydınlatılması, sınırlarının anlaşılması ve her şeyden önce tanımlama kriterlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde öne sürülen söz konusu ölçütler genelde şunlardan ibarettir:

• *“Bu kriterlerden ilki, bilgisayarın amaç veya araç olmasını arayanların ileri sürdüğü görüştür. Bu görüş, bilgisayarın fiilin aracı ya da hedefi olduğu davranışları bilişim suçları olarak tanımlamaktadır.”*³

• Bu ölçütte bilişim suçları esasen malvarlığı aleyhine suçlar hipotezi üzerinden algılanmaktadır. *“Bu görüşe göre, bilişim suçları elektronik veri işlem tesisi verileriyle konu bağlantısı olan, kasıtlı ve hukuka aykırı malvarlığı ihlalleridir.”*

• *“Üçüncüsü, bilişim sistemleriyle herhangi bir şekilde bağlantılı olan suçları esas alan kriterdir. Bu kriteri ileri süren Parker’a göre, bilişim suçları bilgisayarla ve veri iletişimiyle bağlantılı mağdur veya mağdurların zarar gördüğü veya görme ihtimali olduğu her tür suçu kapsamaktadır.*

• *Dördüncüsü, bilgisayar kullanımını esas alan kriterdir. Bu kriteri esas alan görüş, bilişim suçlarının işlenmesinde bilgisayar kullanımının zorunlu olmasını suçların belirleyici özelliği olarak kabul etmektedir.*

• *Beşincisi, suçu işleyen faili esas alan kriterdir. Bilişim suçlarını belirleyebilmek için ileri sürülen bu kriterde, sınırlandırma, bilgisayar bilgisine sahip olanların işlendikleri suçlar açısından yapılmaktadır.”*⁴

Doktrindeki tanımlamalar sıklıkla bu ölçütlerden yola çıkılarak yapılmaktadır. Fakat üzerinde uzlaşma sağlanmış genel bir tanım henüz ortaya çıkmış değildir. Tanımlama sorunu aynı zamanda olgunun yeniliğinin yanı sıra bilişim teknolojilerinin sürekli devinim ve gelişme içerisinde bulunması ve dolayısıyla her geçen gün bir yeniliğin ve varolan teknolojilerin farklı, değiştirilmiş/dönüştürülmüş biçimlerinin (varyasyonlarının) gündeme gelmesi gibi sebeplerden kaynaklanmaktadır. Böylece kanun koyucular bilişim suçlarını kesin sınırlar çerçevesinde tanımlamaktan çekinmişler, yapılan tanımlar ise sıklıkla genellemeler, betimlemeler düzeyinde bırakılarak bilişim teknolojilerinde yakın gelecekte gerçekleştirilecek yeniliklere açık hale getirilmeye çalışılmıştır.

³ Akbulut, Bozdoğan Berrin “Bilişim Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 550.

⁴ Akbulut, *a.g.y.*, s. 550.

Doğrusu o ki, güncel gelişmeler, söz konusu endişelerin yersiz olmadığını göstermektedir.

Tanımlama hususundaki bir başka sorun da söz konusu olgunun adı açısından çıkmaktadır. Olguyu adlandırma çabalarında gündeme farklı isimlerle karşılaşılmaktadır. Amerikan doktrininde yaygın olarak kullanılan “bilgisayar suçları”⁵ (computer crimes) tabirinin yanı sıra, “bilgisayar bağlantılı suç” (computer-related crime), “bilgisayar-yardımlı suç” (computer-assisted crime), “bilgisayara karşı suçlar” (crimes against computer) ve hatta “siber suçlar” (cyber crimes), “ileri teknoloji suçları” (high-tech crimes) ve “teknolojik suçlar” (techno-crimes) terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir.⁶ Ancak tüm bu terim enflasyonuna karşın bilişim tabirinin kullanılması ve yaygınlaştırılması/standartlaştırılması çok daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Çünkü bilişim terimi, bilgisayara nazaran daha kapsayıcı ve üst bir kavramdır; bilgisayarı da kapsamakla birlikte bilgisayar destekli cihazları, elektronik/elektromanyetik diğer bilişim sistemlerini ve daha önemlisi sadece veri-işlemi ve depolanmasını değil, ayrıca veri-iletişimini de bünyesinde barındırmaktadır. Dar anlamda bilgisayar, her ne kadar en yaygın olsa da genel anlamda bilişim sistemlerini ifade etmek için açık ve seçik biçimde yetersizdir. Hatta bu nedenlerden ötürü bilişim sistem ağları ile işlenen birtakım suçlara “internet suçları”⁷ adı verildiği, bazen de internet dışındaki diğer bilişim sistemi ağlarını da kapsar biçimde bir üst kavram olarak siber-uzay tabirinden yola çıkılmak suretiyle “siber suçlar” teriminin de tercih edildiği görülmektedir.⁸ Oysa ki, bilişim suçları teriminin kullanımı, belirttiğim

⁵ Aslına bakılırsa “bilgisayar suçları” tabiri hukuk mantığı açısından yanlış bir yaklaşımın ifadesidir. Zira burada bilgisayar yalnızca suç vasıtası konumundadır. Hasan Dursun’un da belirttiği gibi: “Eğer bir kimse bıçakla suç işlerse nasıl biz bu durumu bıçak suçu olarak adlandırmıyorsak aynı şey burada da geçerlidir, eğer bir kimse bilgisayar ile suç işlerse biz bunu bilgisayar suçu olarak adlandırmayız, bilgisayar vasıtası ile işlenen suçlar diyebiliriz.” Bkz., Dursun, Hasan, “Bilgisayar ile İlgili Suçlar”, *Yargıtay Dergisi*, C. 23, S. 3, 1998, s. 339.

⁶ *Bilişim Suçları*, s. 30; Beceni, Yasin, *Siber Suçlar*, III. Bölüm s. 1, <http://www.hukukcu.com> (03.04.2004).

⁷ Yukarıdaki dipnotta vurgulandığı üzere burada da “internet suçları” tabirini kullanmak hukuk mantığı açısından uygunsuzdur. Zira suçun işlendiği ortam suçu nitelendirmek/adlandırmak amacıyla yanlış bir şekilde kullanılmaktadır. Bu bağlamda, daha doğru bir ifade olarak “internet aracılığıyla işlenen suçlar” tabiri kullanılabilirdi. Aynı doğrultuda bkz., *Bilişim Suçları*, s. 32.

⁸ *Bilişim Suçları*, s. 31; Sınar, Hasan, *İnternet ve Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2001, s. 69.

üzere, çok daha genel/kapsayıcı ve yerinde/isabetli bir tercih olarak bu yeni gelişen alanın daha kolay ve tartışmasız müesseseseleşmesini temin etmeye uygun ve bu suretle terim kargaşasını önleyici nitelikte bir deyimdir. Ortaya konmuş bulunan diğer ifadeler ise ancak bu genel alanın daha özeldeki kısımlarının kategorizasyonunda işlev görebilirler.

Nihayetinde ana-hatlarıyla, kapsayıcı ve karma bir tanım yapılmaya çalışılırsa, bilişim suçları -yukarıda belirtildiği biçimiyle-, bilişim araçlarına/sistemlerine karşı veya bilişim araçları/sistemleri vasıtasıyla işlenen, verilerle, veri-işlem ile veri-aktarımlarıyla ilgili olan suç şekillerine karşılık gelmektedir.

II. Kriminolojik Açıdan Bilişim Suçları

Kriminolojik açıdan bilişim suçları pek çok kere “beyaz yaka suçları” (white-collar crimes) kategorisinde değerlendirilmiştir. “Beyaz yaka suçları”, şiddete dayanmayan ve genellikle suçlunun, mesleği dolayısıyla sahip olduğu bazı yetkileri ve avantajları kötüye kullanmasıyla ortaya çıkan zimmete geçirme, güveni kötüye kullanma benzeri suçlar olup iş dünyasında yaygın olarak rastlanan suçlardandır. Bu bağlamda bilişim suçları, genellikle ekonomik amaçlarla, maddi çıkar sağlamak için işlenmektedir ve dolayısıyla maddi ceza hukuku açısından mala/ mülkiyete karşı suçlar kategorisinde ele alındığı görülmektedir (ki, bizim kanun koyucumuz da bu sistemi benimsemiş gibidir). Fakat, elbette ki diğer nedenlerin de bu suç tipleri için güdüleyici olması mümkündür. Ayrıca bu tip suçları işleyenler de sıklıkla fırsat ve ihtiras suçluları kategorisinden çıkmaktadır. Bütün bunların yanı sıra, bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişme ve bilişim teknolojilerinin/ sistemlerinin kullanımındaki artış, yaygınlık, bilişim suçlarını, kriminolojik açıdan “beyaz yaka suçları” çerçevesinde ele almayı güçleştirmekte, giderek olanaksız kılmaktadır.⁹

Bilişim suçları gerçekten de çok çeşitlilik arz etmektedir. “Veri hırsızlığı”ndan (theft of information) “veri tahribi”ne (malicious destruction of information) ve “elektronik sabotaj”a (electronic sabotage); bilişim sistem ağları vasıtasıyla dolandırıcılıktan (fraud) emniyeti suiistimale (pilferage, embezzlement); telif hakları, para, mal ve hizmet hırsızlığından (theft of copyright or money, property or services) bilgisayar sahteciliğine ka-

⁹ Bkz., Aydın, a.g.e., s. 33.

dar hatta kalpazanlıktan (counterfeit) adam öldürmeye (örneğin hastane kayıtlarını ağ aracılığıyla değiştirerek hastanın durumunu ağırlaştırmak suretiyle) kadar varabilen çeşitli suçlar işlenebilmektedir.¹⁰

İnternetin de ortaya çıkıp olağanüstü bir hızla yaygınlaşması sonucunda bilişim suçlarında da büyük bir artış görülmüş, suça elverişli bir ortam olarak internetin gelişmesiyle bu tip suçların işlenmesi hem kolaylaşmış hem de işleniş biçimleri çeşitlenmiştir.¹¹

Günümüzde işlenmekte olan bilişim suçları ise genellikle internet aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Gerek bilgisayar korsanlarının (hacker)¹² yetkisiz giriş eylemleri yahut sistem kırıcıların (cracker) sisteme kötü-niyetle sızarak verilere zarar vermeleri veya verileri değiştirmeleri gerekse de zararlı ve casus programlar (spyware, vandalware: virüs, truva atı, solucan, mantık bombası vs.) vasıtasıyla girilen eylemler bilişim suçlarının önemli, sık rastlanan örneklerini teşkil etmektedir.

Bu sorunların yaşanmasında ise, temelde, internette merkezi, etkin ve düzenleyici bir otorite, yönetim/denetim mekanizmasının bulunmayışı ve hatta olanaksızlığı, ihlallerin takip edilmesindeki/fark edilmesindeki güçlüklerle birlikte internetin anonim bir ortam olması ve böylece “doğası ve hatta varlık nedeni gereği, iletişim ve ifade özgürlüğünün en yoğun ve kapsamlı olarak kullanıldığı bir alanı ifade etmesi”¹³ gibi nedenler yatmaktadır.¹⁴

Düşünce ve ifade özgürlüğünün olanağı/maddi koşulları ancak gerçek bir iletişim özgürlüğü ile sağlanabileceği için, bu özgürlüğün en yaygın ve yoğun bir şekilde yaşandığı internette de baskıcı/sansürcü bir yaklaşımdan ziyade, kendi iç dinamiklerini, oto-kontrol mekanizmalarını hayata geçirecek nitelikte özgürlükçü, çerçeve çizici, bürokratik kısıtlamalardan uzak bir hukuki düzenlemenin yapılması gerekmektedir.¹⁵

¹⁰ Ayrıca bkz., Dursun, *a.g.y.*, s. 336; İlginç bir örnek olarak Lambda Moo sanal tecavüz (virtual rape) vakası hakkında bkz., Sinar, *a.g.e.*, s. 74-76.

¹¹ Akbulut, *a.g.y.*, s. 551.

¹² “Hacker”lar hakkında daha fazla bilgi için bkz., *Bilişim Suçları*, s. 58-60

¹³ Sinar, *a.g.e.*, s. 46 ve ayrıca bkz., Sinar, *a.g.e.*, s. 31 ve 49.

¹⁴ Bununla beraber belirtmek gerekir ki, internet içeriğinin diğer kitle iletişim araçlarına kıyasla görsel ve etkileşimli (visual & interactive) oluşu ve çok büyük kitlelere kolayca ve hızla ulaşabilmesi nedeniyle çok etkili olması, bu gücün kötüye kullanımının, suç amaçlı eylemlerin etkisini ve tehlikelilik halini arttırmaktadır.

¹⁵ Bu konuya yönelik Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin (Supreme Court) dikkat çekici ve meşhur kararı için bkz., Sinar, *a.g.e.*, s. 94, 95.

Aslına bakılırsa bilişim suçlarının internetle birlikte ulaşılmış olduğu çeşitlilik, orijinallik, geleneksel ceza hukuku kavramları ve sorumluluk biçimleri üzerinden çözüm üretilmesini olanak dışı bırakmakta ve geleneksel ceza hukuku müesseselerini zorlamaktadır. Bu bağlamda, bilişim suçlarını ayrı bir genel suç kategorisi olarak biçimlendirmek ve özel/kendine has, ciddi ve incelikli düzenlemeler öngörmek bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeplerden ötürü yapılacak hukuki düzenlemelerin de doğrudan cezalandırıcı normlara değil de nitelikli emniyet tedbirlerine ağırlık vermesi isabetli olacaktır.

B. MADDİ CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA BİLİŞİM SUÇLARI¹⁶

I. Uluslararası Gelişmeler ve Mukayeseli Hukuk

Bir önceki bölümde vurgulandığı üzere, bilişim suçları, geleneksel ceza hukuku kavramları, müesseseleri ile kavranması güç olan yeni bir kriminolojik olgudur. Bu açıdan bilişim alanındaki hukuki ihlallerin cezalandırılabilmesi amacıyla ülkeler mevzuatlarında çeşitli düzenlemeler gerçekleştirme ihtiyacı duymuşlardır. Zira her ne kadar, bazılarında, bu yeni suç biçimlerinin geleneksel suçların farklı bir ortamda, yani siber uzayda, bilişim sistemleri üzerinde ve/veya farklı teknik araçlar vasıtasıyla, yani bilişim sistemleri ve çoğunlukla bilgisayarlarla gerçekleştirilmesinden ibaret de olsa; bu yaklaşım, söz konusu olgunun “*sui generis*” (kendine has, orijinal) tabiatı ve çeşitliliği karşısında tutarlı ve isabetli değildir. Zaten bir alternatif olarak metinlerin geniş yorumlanması yaklaşımı da tercihe şayan değildir; çünkü hem ceza hukukundaki mevcut kıyas yasağı ve yoruma ilişkin kısıtlamalar (ki bu bağlamda “*maddi ceza hukukunun suç ve cezaları belirleyen hükümleri bakımından kıyas yoluyla genişletme ve kural yaratma esası uygulanamaz*”; “*in dubio pro reo*” -şüphe halinde sanık lehine yorum yapılır- ilkesi sadece ceza muhakemesi hukukunda geçerlidir) hem de suçların ve cezaların kanuniliği “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” ilkesi bunun için hukuki anlamda ciddi ve makul/mantıki bir engel teşkil etmektedir. “Söz gelimi dolandırıcılık suçu kişilerin aldatılmasını sağlayan uygulamalarla,

¹⁶ Usül hukuku açısından yaşanan sorunlar ve kovuşturmayla ilişkin hususlar için bilhassa bkz., *Bilişim Suçları*, s. 85-90, 106, 107; Sınar, *a.g.e.*, s. 86-92, 127-133; Özel, Cevat - Ahi, Gökhan, “Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler”, *Güncel Hukuk*, S. 6 (Haziran 2004), s. 21-23.

mülkiyete ilişkin menfaatlerin ihlalini cezalandırmaktadır. Bu itibarla bilgisayar işlemlerine karşı işlenen fiillerin dolandırıcılık sayılıp sayılmayacakları şüphelidir. Aynı suretle sahtecilik, cismi olan şeylerle ifade edilmiş beyanların, varakanın sahte olarak teşkilini gerektirir; böyle olunca bilgisayara yerleştirilmiş bilgilerin tahrifi sahtecilik teşkil etmeyebilir.”¹⁷ Benzer bir durum nas-ı ızrar suçu için de geçerlidir.¹⁸

İşte bu gibi nedenlerden ötürü çeşitli ülkeler mevzuatlarında yeni düzenlemeler yahut değişiklikler gerçekleştirmişlerdir. Bahsedilen düzenlemelerde temelde üç ayrı yol/yöntem benimsenmektedir:

- Bu yollardan birincisi, ceza kanunlarına bilişim suçlarına yönelik ayrıca özel hükümler eklemek şeklinde olup bu yönetime örnek olarak Fransa ve İtalya ve de bizim 1.3.1926 tarihli eski Ceza Kanunu’nun izlediği sistem verilebilir.¹⁹ Ayrıca 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu’nun benimsemiş olduğu karma sistemde de yine bilişim suçlarına yönelik özel hükümler mevcuttur.

- Bir diğer yol mevzuatlarda hali hazırda yer almakta olan geleneksel suç tiplerinin yeniden tanımlanması, daha doğrusu geleneksel suç tiplerinin tariflerinin/tanımlarının genişletilmesi yahut mevcut hükümlere yeni fiillerin eklenmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu yönetime başvuran ülkeler olarak da Yunanistan, Kanada, Finlandiya gibi ülkeler gösterilebilir.²⁰

- Nihayetinde 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu’nun benimsemiş olduğu karma sistemin bir parçası olarak bizim hukukumuzda da benzeri düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Böylece ceza kanunumuz izlediği karma sistem gereği olarak hem bilişim sistemlerine karşı suçları ayrı bir babda inceleyerek (bkz., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İkinci Kitap, Üçüncü Kısım, Onuncu Bölüm) özel hükümler ihdas etmiş hem de geleneksel suç tiplerini düzenleyen ceza normlarının birkaçına yeni modaliteler/fiiler ekleyerek (bkz., TCK 142/II-e ve 158/I-f maddeleri) tanım genişletme yolunu benimsemiştir.

¹⁷ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2001, s. 615’ten naklen.

¹⁸ Maddi ceza hukuku açısından daha fazla bilgi için bilhassa bkz., Aydın, *a.g.e.*, 39-65.

¹⁹ Bkz., Dönmezer, *a.g.e.*, s. 616; Sınar, *a.g.e.*, s. 98-100.

²⁰ Dönmezer, *a.g.e.*, s. 616.

• Sonuncu yaklaşımda ise söz konusu olguyu düzenleyen ayrı ve özel kanunlar çıkartma yolu benimsenmektedir. Bu yöntemle başvuran ülkelere örnek olarak da ABD ve İngiltere gösterilebilir.

Ulusal düzeydeki çabalarla beraber bilişim suçları alanında uluslararası platformda da bazı çalışmalar yapılmış ve özellikle internetin gelişip yaygınlaşmasıyla gündeme taşınan sorunlarla, bilgisayarla bağlantılı/bilgisayar ve bilişim sistem ağlarıyla işlenen suçlarla etkin biçimde mücadele edilebilmesi amacıyla çeşitli uluslararası örgütler tarafından çalışmalar yapılarak uluslararası koordinasyonun sağlanması ve bazı kararlar alınması yoluna gidilmiştir. Bahis edilen çalışmalar sonucunda alınan kararlar, ilgili alanda gerçekleştirilen bazı eylemlerin ceza müeyyidesi ile karşılanması doğrultusunda öneriler ortaya çıkarmıştır.

“Uluslararası platformdaki ilk karşılaştırılmalı bilgisayar suçları ile ilgili ceza yasalarının birbirleriyle uyumlaştırması çalışmaları OECD bünyesinde başlatılmıştır. Bu bağlamda OECD’nin 1983 yılında başlattığı çalışmalar 1986 yılında yayınlanan ‘Computer-Related Crime: Analysis of Legal Policy’ raporu ile somutlaşmıştır. Bu raporda üye ülkelere aşağıdaki ihlalleri cezai müeyyide ile karşılamaları önerilmiştir. Raporda ayrıca aşağıda sayılan ihlallerin tahdidi olmadığı ilk olarak bu ihlallerin cezai müeyyide ile karşılanması konusunda konsensüse varılması gerektiği bildirilmiştir. Bu ihlaller;

- *Bilgisayar yoluyla dolandırıcılık*
- *Bilgisayar yoluyla sahtecilik*
- *Bilgisayar program ve verilerinde değişiklik yapılması*
- *Bilgisayar programlarının telif haklarına aykırı olarak kopyalanması,-çoğaltılması ve dağıtılması*
- *Telekomünikasyon sistemlerinin, bilgisayarın diğer fonksiyonların ve iletişimin değişikliğe uğratılması”²¹ şeklinde sayılmıştır.*

Bununla birlikte Birleşmiş Milletler bünyesinde gerçekleştirilen “Sınır Ötesi Organize Suçlarla Mücadelenin Önemine İşaret Edilmesi” sempozyumunda “14 Aralık 2000 tarihinde düzenlenen panelde üye ülkelerin aşağıda belirtilen eylemleri cezai müeyyide ile karşılamaları önerilmiştir. Bu eylemler;

²¹ Beceni, a.g.e., IV. Bölüm s. 5, 6’dan naklen.

- Bilgisayar sistemlerine yetkisiz giriş,
- Bilgisayar veya bilgisayar sistemlerinin hukuka uygun kullanılmasına engel olunması,
- Bilgisayar sistemleri içerisindeki verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi,
- Gayri fiziki ekonomik değer taşıyan objelerin çalınması,
- Aldatma yoluyla değer elde edilmesi (elektronik sistemleri içeren)" şeklinde.

Son olarak Avrupa Konseyi'nin çalışmalarına bakılacak olursa Konsey'in yukarıda bahsedilen OECD "raporunu referans alarak belirlenen ihlallerin üye ülkeler nezdinde cezai müeyyide altına alınmasını benimsemiş ve ayrıca bir takım prensiplere ve OECD'nin raporunda belirtilmeyen ihlallere de dikkat çekilmiştir... OECD'nin raporunda belirtilen eylemlere ek olarak bilgisayarla bağlantılı suçlarla ilgili korunma, engellenme, mağdurlar, usulü bir takım kurallar örneğin uluslararası araştırmalar, veri bankalarına el konulması ve bilgisayar suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında uluslararası işbirliğine gidilmesi konuları bir taslak halinde sunulmuştur. Üye ülkelere kanunlaştırma çalışmalarında yol gösterici nitelikte olan bu taslak daha sonra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 13 Eylül 1989 tarihinde benimsenerek yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Konseyi ikinci çalışmasını 1995 yılında gerçekleştirmiştir. Bu çalışmayla ceza usul yasalarının bilişim teknolojileri ile birleştirilmesiyle ilgili problemler masaya yatırılmış ve bunlara çözüm yolları aranmıştır. 11 Eylül 1995 yılında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen metinde bilişim teknolojilerin getirdiği yeniliklere uygun olarak ceza usul yasalarındaki soruşturma ve el koymaya ait hükümlerin revize edilmesi, elektronik delil, şifreleme sistemlerinin kullanılması, uluslararası işbirliği başlıkları altında usul yasalarında yapılacak düzenlemeler için yol gösterici nitelikte kurallar gösterilmiştir."²²

²² Beceni, a.g.e., IV. Bölüm s. 8'den naklen.

II. Ülkemizdeki Düzenlemeler

Bilişim suçları açısından ülkemizdeki, hukukumuzdaki ilk düzenleme 1.3.1926 tarih 765 sayılı eski²³ Türk Ceza Kanunu'na "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlıklı 11. babın eklenmesi ile vücut bulmuştur. "*Bu bap, 6.6.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle TCK'ya eklenmiştir ve 525a-525d nolu dört maddeyi içermektedir. 525a, 525b ve 525c maddeleri 1989 TCKT'dan aynen, suçlardan dolayı fer'i cezaları gösteren 525d maddesinin ise 1. bendindeki ceza alınmıştır. TCKT'deki hükümlerin tertibinde YFCK Ön Tasarısı'ndaki 321-1 - 323-7 maddelerinden esinlenilmiştir.*"²⁴

Ş. Bilgileri Otomatik İşleme Tabi Tutmuş Bir Sistemle İlgili Olarak

a. Ele Geçirme (Programları, Verileri veya Diğer Bir Unsuru Hukuka Aykırı Olarak Ele Geçirme) Suçu (m. 525/a-1)

Kanuni Unsur: Söz konusu suçun gerçekleşebilmesi için ön koşul, ilgili fıkra (525/a-1) belirtilen ortamdan, yani "*bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem*"den (ki bundan sonra kısaca bilişim sistemi denilecektir) yine belirtilmiş bulunan unsurların "*program, veri veya diğer bir unsur*", hukuka aykırı olarak elde edilmesi/ele geçirilmesidir. Ancak bu fıkra (525/a-1) bahsedilen unsurlar bir bilişim sistemi vasıtasıyla ele geçirilmelidir; aksi takdirde öngörülen suç vücut bulmaz. Bununla birlikte söz konusu unsurlar fıkranın metninden de anlaşılacağı üzere bir bilişim sisteminin yazılım (software) türündeki unsurlarıdır; dolayısıyla bu norm donanım (hardware) türündeki unsurları himaye etmemektedir.²⁵

Korunan Hukuki Yarar: Bu norm ile özel hayatın gizliliği, sırrın masuniyeti ve hatta iletişim özgürlüğü, ayrıca ilgili unsurlar üzerindeki mülkiyet hakkı himaye altına alınmaktadır.

²³ Açıklayıcı Not: Çalışmanın bu bölümünün tamamladığım sıralarda 26.09.2004 tarihinde TBMM'ce kabul edilip kanunlaştırılan 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu henüz tasarı halindeydi; şu halde gerek çalışmanın bütünlüğü gerekse tarihsel ve içtihadı/yorumsal değeri açısından bu kesiminin olduğu gibi korunarak yayınlanmasını uygun gördüm.

²⁴ Dönmezer, *a.g.e.*, s. 613; Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler hakkında bilhassa bkz., Erem, Faruk, *TCK Şerhi, C. 3, Özel Hükümler*, Ankara 1993, s. 2254-2259.

²⁵ Bkz., *Bilişim Suçları*, s. 51, 52.

Fail: Öngörülen suç fail açısından herhangi bir özellik göstermemekte olup herkes tarafından işlenebilir.

Mağdur: Tıpkı failin durumunda olduğu gibi mağdurun durumu da bu suç biçimi bakımından özellik arz etmemektedir. Mağdurun fıkra da belirtilmiş bulunan unsur(lar) üzerinde hak sahibi olması yeterlidir.

Maddi Unsur: Ele geçirme fiilidir. Ele geçirme, failin fıkra da belirtilen unsuru/ unsurları kendi tasarrufu altına sokması, içeriklerine ulaşması şeklinde vücut bulur. Bu noktada ilgili unsurlara ulaşmak ve onları hakimiyeti altına almak suçun gerçekleşmesi için yeterli olup failin içeriği anlaması yahut içeriğe nüfuz edebilmesi gibisinden bir koşul mevcut değildir.²⁶

Burada düzenlenen suç icrai nitelikte suç bir suç olup aynı zamanda şekli/neticesi harekete bitişik bir suçtur; dolayısıyla ani bir suçtur, zira hareket gerçekleştirildiği anda vücut bulur, ancak hareketin bir süreç biçiminde gerçekleşmesi halinde (ağ üzerinden veri aktarımı gibi) muhtemel mütemadi suç gündeme gelebilir. Hareket her türlü elverişli fiille gerçekleştirilebilir.²⁷

Hukuka Aykırılık Unsuru: İlgili fıkranın metninde de belirtildiği üzere, bu suçun gerçekleşmesi için eylemin "*hukuka aykırı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde bu çeşit bir eylem suç teşkil etmeyecektir. Yine aynı mayanda hak sahibi kişinin/kişilerin rızası da aynı etkiyi yaratmaktadır. Bu noktada failde, işlediği eylemin hukuka aykırı olduğu bilinci aranmaktadır. Ancak bu durum özel bir kast aranması anlamına gelmez; yalnızca failin doğru olmayan, hukuk düzenince cevaz verilmeyen bir şey yapmakta/yapmış olduğunun bilincini taşıması yeterlidir. Bu bağlamda hukuka aykırılık bilinci her somut olayda ayrıca gözetilecektir.

Manevi Unsur: Bu suç genel kast ile işlenir, özel kast aranmaz. Taksir hipotezinin uygulanması da mümkün değildir.

• Öngörülen suç teşebbüse müsaittir. Ancak neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan ötürü tam teşebbüs hipotezi uygulanamaz, eksik teşebbüs mümkündür.²⁸

²⁶ Bkz., *Bilişim Suçları*, s. 63.

²⁷ *Bilişim Suçları*, s. 63, 64 hareket adına örnek fiiller için bkz., s. 64, 65.

²⁸ Teşebbüs hakkındaki tartışmalar ve bu suçun içtima ve iştirak açısından gösterdiği özellikler için ayrıca bkz., *Bilişim Suçları*, s. 79-82.

b. Tasarruf (Bir Programı, Verileri Veya Diğer Herhangi Bir Unsuru Başkasına Zarar Vermek Üzere Kullanma, Nakletme, Çoğaltma) Suçu (m. 525/a-2)

Kanuni Unsur: Bu fıkrada da 525a'nın ilk fıkrasında olduğu gibi suçun gerçekleşebilmesi için ön koşul, normda belirtilmiş bulunan eylemlerin bir bilişim sistemi üzerinde ve ilgili unsurlar hakkında gerçekleştirilmesidir; yani suçun gerçekleşme ortamı bir bilişim sistemi olmalıdır. 525a'nın birinci fıkrası hakkında yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere bu norm ile korumadan faydalanan unsurlar bilişim sisteminin soyut (yani yazılım türündeki) unsurlarıdır.

Korunan Hukuki Yarar: Yukarıda yapılan açıklamalar bu norm için de geçerli olup kişilerin mülkiyet ve özel hayatlarının gizliliği/sırrın masumiyeti hakları korunmaktadır. Ancak; belirtilmelidir ki bu norm açısından ziyadesiyle ekonomik çıkarlar özel bir himaye altına alınmaya çalışılmıştır. Zira fıkrada belirtilen (525/a-2) "kullanmak", "nakletmek" ve "çoğaltmak" eylemleri daha ziyade ekonomik menfaatleri tehdit eder görünmektedir; ayrıca "çoğaltmak" fiili fikri hakları da ihlal eder niteliktedir.

Fail: Öngörülen suç fail açısından herhangi bir özellik göstermemekte olup herkes tarafından işlenebilir.

Mağdur: Bu suçun mağduru en genel ifadeyle hakları zarara uğrama tehlikesi altında bulunan kimsedir. Kural olarak bu kimse bilişim sisteminin maliki olmakla birlikte suça sırasında kullanılan bilişim sisteminin maliki olmamasına rağmen sistemde yer alan içerik (program, veri yahut diğer unsurlar) üzerinde hak sahibi olan (örneğin fikri mülkiyet hakkı) kişiler de olabilir.

Maddi Unsur: Burada düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suçtur; dolayısıyla suçun vücut bulması için ilgili fıkrada (525/a-2) belirtilen eylemlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. "Seçimlik hareketlerden hepsinin birden yapılması suçun birden fazla olduğuna işaret etmez. Ortada yine de tek suç vardır. Ancak bu ihtimalde hakim cezayı yukarı haddten tayin edebilir."²⁹

²⁹ Bilişim Suçları, s. 96'dan naklen.

İlgili fıkrada hüküm altına alınmış bulunan suçun işlenebilmesi için gereken eylemler şunlardır:

1. Kullanmak: Normda belirtilen unsurların çalıştırılması, söz konusu unsurlardan faydalanılması anlamındadır.

2. Nakletmek: Normda belirtilen unsurların herhangi bir yöntemle bir yerden (orijinal yerinden) başka bir yere taşınması, götürülmesi, gönderilmesi eylemidir.

3. Çoğaltmak: Yine normda belirtilmiş bulunan unsurların aslının yahut kopyasının çoğaltılması, tekrarlanan röprodüksiyonlarının yapılması eylemidir.

Aynı zamanda, bu normla düzenlenen suç, icrai nitelikte ve neticesi harekete bitişik bir suçtur.

Hukuka Aykırılık: Yukarıda 525/a-1 fıkrası için yapılan açıklamalar bu norm için de aynen geçerlidir.

Manevi Unsur: Bu suçun manevi unsuru kasttır. Fakat genel kastın yanında başkasına zarar verme iradesiyle şekillenen özel bir kastın da bulunması gerekmektedir. Taksirli şekli yoktur; bu suçta taksir hipotezi işletilemez.

• Öngörülen suç eylemi parçalanabildiği derecede eksik teşebbüs mümkün olup netice harekete bitişik bir suç olması nedeniyle tam teşebbüs mümkün değildir.

c. Tahrip ve Bozma (Başkasına Zarar Vermek veya Kendisine veya Başkasına Yarar Sağlamak Maksadıyla Bir Sistemi veya Verileri veya Diğer Herhangi Bir Unsuru Kısmen veya Tamamen Tahrip veya Değiştirmek veya Silmek veya Sistemin İşlemesine Engel Olmak veya Yanlış Biçimde İşlemesini Sağlamak) Suçu (m. 525/b-1):

Kanuni Unsur: Bu norm esas itibariyle bir bilişim sistemine yönelik zarar verici eylemleri karşılamaktadır; burada söz konusu edilen suça konu olan bilişim sisteminin fiziksel unsurlarının yanı sıra elektronik/elektromanyetik ortamı üzerinde gerçekleştirilen bir fiildir. Bununla beraber, bu çeşit eylemlerin cezalandırılabilmesi için ortada bir yarar sağlama ya da zarar verme amacı bulunmalıdır.

Korunan Hukuki Yarar: Bu norm ile himaye gören hukuki menfaat temel olarak bilişim sistemi yahut onun veri veya diğer unsurları üzerindeki ekonomik çıkarlar ve bunların üzerindeki aynı haklar ile en geniş anlamda mülkiyet hakkıdır.

Fail: Bu suç için bir özellik göstermez.

Mağdur: Himaye gören hukuki menfaatlere,yani bilişim sistemi, veriler yahut diğer ilgili unsurlar üzerinde haklara malik olan kişiler; en genel ifadeyle hakları zarara uğrama tehlikesi altında bulunan kişilerdir.

Maddi Unsur: Bu suç icrai, seçimlik hareketli ve şekli bir suçtur; suçun tamamlanması için ilgili fıkra (525/b-1) belirtilen eylemlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Bu fıkra bahis edilen suça vücut verici eylemler ise şunlardır:

Bir bilişim sistemini veya verileri yahut diğer bir ilgili unsuru:

1. Tahrip etmek: Tahrip eylemi yukarıda belirtilen varlıkların yok edilmesi ya da işlemez hale getirilmesi anlamındadır. Burada tahrip eyleminin yöneldiği nesne, bilişim sisteminin somut/ fiziksel unsurları olabileceği gibi, aynı zamanda elektronik/ elektromanyetik ortamı yahut onun soyut unsurları olmalıdır. Zira kanun koyucu, bu fıkra hükmü ile bilişim sistemine, sistem verilerine ve diğer unsurlarına yönelik ızzar fiillerini genel nas-ı ızzar hipotezi dışında ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur.³⁰ Her ne kadar bilişim sisteminin somut/ fiziksel unsurlarının tahribine yönelik bir eylemin nas-ı ızzar suçuna ilişkin hükümlerle (TCK m. 516) karşılanabilecek olması mümkünse de kanun koyucu bu noktada gündeme gelebilecek tereddütleri engellemek adına bu hükmü vazetmiş olsa gerektir.

2. Değiştirmek: Veriler yahut diğer unsurlar açısından söz konusudur. Hali hazırda mevcut olanların yerine başkalarını koymak eylemini ifade eder.

3. Silmek: Bu fiil de veriler yahut diğer unsurlar açısından söz konusu olacaktır. Kısaca kayıtların ortadan kaldırılması anlamındadır.

³⁰ Bkz., Savaş, Vural - Mollamahmutoglu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, IV. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 5863.

4. Sistemin İşlemesine Engel Olmak: Suça konu olan bilişim sisteminin işlevini yerine getirmesini engellemek yahut sistemi geçici veya daimi şekilde durdurmak anlamındadır.

5. Yanlış Biçimde İşlemesini Sağlamak: Bilişim sisteminin sağlıklı çalışarak olağan işlevlerini gereği gibi yerine getirmesini engelleyecek arızalar yaratmak, sistemin genel işleyişini bozmak suretiyle sistemin istenmeyen faaliyetler görmesine neden olmak eylemidir.

Hukuka Aykırılık: Bu hususta yukarıdaki açıklamalar geçerlidir. Genel hukuka uygunluk sebeplerinin yanı sıra, mağdurun rızası da - mağdurun zarara uğrayan şey üzerinde münhasıran tasarrufta bulunma yetkisi bulunduğu müddetçe- hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.

Manevi Unsur: Genel kastın yanı sıra, suçun vücut bulması için "başkasına zarar vermek" yahut "kendisine veya başkasına yarar sağlamak" biçiminde bir amacın, yani özel kastın bulunması gereklidir. Bu sebepten ötürü yanlışlıkla/hataen bu çeşit bir duruma neden olunması halinde ilgili eylem(ler) suç teşkil etmeyecektir.

d. Yarar Sağlama (... Bir Sistemi Kullanarak Kendisi veya Başkası Lehine Hukuka Aykırı Yarar Sağlamak) Suçu (m. 525/b-2):

Kanuni Unsur: Bu norm ile mala/mülkiyete karşı işlenebilecek hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal gibi bazı geleneksel suçların bir bilişim sistemi vasıtasıyla işlenmesi halinde doğabilecek tereddütlerin önlenmesi³¹ ve cezai yaptırım öngörülebilmesi amacı güdülmüştür. Geleneksel normlarla yaşanabilecek bir ihtilaf halinde bir bilişim sisteminin araç olarak kullanılması biçiminde beliren ayırıcı ölçüt gözetilerek daha özel olan 525/b-2 normuna göre hükmolunmalıdır. Ayrıca vurgulamak gerekirse, 525/b-2 fıkrası için yasadaki gerekçe manidar ve fıkranın yorumu için aydınlatıcı niteliktedir: "*Sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlanmasını yani sistem vasıtası ile dolandırıcılığı cezalandırmaktadır.*"³²

İlgili fıkrada (525/b-2) yer alan "yarar sağlamak" tabiri geniş bir şekilde anlaşılmaya müsaittir; böylece sağlanabilecek her türlü maddi,

³¹ Bkz., yukarıda sayfa 11.

³² Aktaran, Öngören, Gürsel, *İnternet Hukuku*, IV. Bölüm A-1 <http://www.hukukcu.com> (03.04.2004) s. 3.

manevi fayda bu çerçevede değerlendirilebilir.³³ Fakat söz konusu “*yarar*”ın ekonomik bağlamda olması lazım gelmektedir.³⁴

Korunan Hukuki Yarar: Bu norm ile himaye gören hukuki menfaat temel olarak mülkiyet hakkı olmakla beraber, aynı zamanda, uygulamada rastlanan örnekler göz önüne alındığı takdirde, kamunun bilişim sistemlerine yönelik itimadı ve ekonomik işlemlerde güvenilirlik hususlarının da dolaylı olarak himaye gördüğünden bahsedilebilir.

Fail: Herkes bu suçun faili olabilir; ayrıca bir özellik göstermemektedir.

Mağdur: Bir önceki fıkraya ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

Maddi Unsur: İcrai bir hareketle işlenen bir suçtur. Normda bahsedilen “*kullanarak*” tabiri bir bilişim sistemini suç işlemek için araç olarak kullanmayı ifade eder. Böylece suça konu olan bilişim sistemini etkileyerek olağan dışı işlemler yaptırarak yahut sisteme yanlış veya eksik bilgiler girerek sistemin doğru işlemlerini önlemek ve bu suretle sistemi hukuka aykırı biçimde menfaat edinmek amacıyla kullanmayı temin edecek/yönlendirecek eylemler, kısaca yetkisiz müdahale eylemi suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.

Hukuka Aykırılık: Failin ilgili bilişim sistemine bu çeşit bir müdahalede bulunma yetkisinin bulunmayışı hukuka aykırılık unsurunu teşkil etmektedir. Diğer hususlarda yukarıdaki açıklamalara bakılabilir.

Manevi Unsur: Bu suç da özel kast ile işlenmektedir; bu bağlamda failin, kendisine yahut bir başkasına hukuka aykırı bir şekilde yarar sağlamak amacını da taşıması gereklidir.

• Teşebbüse elverişlidir, cezalandırılabilmesi için eylemin tamamlanmış olması şartı aranmaz.

³³ Ersoy, *a.g.y.*, s. 178.

³⁴ Bkz., Dönmezer, *a.g.e.*, s. 618.

E. Delil Tahrifi (Hukuk Alanında Delil Olarak Kullanılmak Maksudıyla Sahte Bir Belgeyi Oluşturmak İçin Verileri veya Diğer Unsurları Yerleştiren veya Var Olan Verileri, Diğer Unsurları Tahrif Etmek) Suçu (Tahrif Edilmiş Verileri Bilerek Kullanmak Fiili Dahil) (m. 525/c):

Kanuni Unsur: Bu suçun gerçekleşmesi için ortada düzenlenmiş bir sahte belge olmasına lüzum yoktur. Zira bu norm aslında bir teşebbüs halini cezalandırmaktadır. Fail sahte belge düzenleyip kullanmak için bir bilişim sistemini araç olarak kullanmalı ve suça konu olan bilişim sistemine bu yolda veri yerleştirmelidir.

Korunan Hukuki Yarar: Bu norm ile sahtecilik suçunun koruduğu hukuki yararın aynısı himaye görmektedir; *“yani varakaların ve hukuki ilişkilerde sonuçları olan diğer vesikaların güvenlik ve güvenilirliği”*,³⁵ kamunun itimadı, diğer taraftan ise sosyal yaşamda itibar edilen belirli bazı unsurların/kanıtlayıcı vasıtaların sahilliği/doğruluğu bağlamında vücut bulan özel menfaatler koruma altına alınmaktadır.

Fail: Suç eylemini icra eden kişidir; ayrıca bir özellik göstermemektedir.

Mağdur: Buradaki mağdur söz konusu suç ile menfaatleri ihlal edilenlerdir; bu açıdan kamu ile birlikte suçtan zarar görülmesi halinde özel kişiler suçun mağdurudur.

Maddi Unsur: Maddenin gerekçesinde: *“suçun maddi unsuru, gerçeğe uygun olmayan bilgi veya diğer unsurları tahrif etmek veya tahrif edilmiş unsurları bilerek kullanmaktır.”* diye ifade olunmaktadır. Böylece bir bilişim sistemi vasıtasıyla hem sahte belge oluşturma/ düzenleme hem de bu belgeyi kullanma amacı doğrultusundaki eylemler öngörülen suça vücut verecektir. Bu bağlamda, maddi unsuru teşkil eden icra hareketi seçimlik nitelikte olup temel olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır:

1. Yerleştirmek: Verileri veya diğer unsurları bahsedilen amaç doğrultusunda bir bilişim sistemine yerleştirmek, yani hukuken delil olarak kullanılması amaçlanan sahte bir belgenin bir bilişim sistemi/bilgisayar yahut ağ ortamında imal edilmesi, yaratılması anlamındadır.³⁶ Buradaki

³⁵ Dönmezer, *a.g.e.*, s. 619’ dan naklen.

³⁶ Bkz., Dönmezer, *a.g.e.*, s. 620.

anlamıyla söz konusu eylemin ziyadesiyle fikri sahtekarlık biçiminde gelişmeye uygun olduğu iddia edilebilir.

2. Tahrif Etmek: Bir bilişim sisteminde yer alan ve hukuken hükmü haiz olan belge niteliğindeki verilerin içeriğine müdahale etmek suretiyle verileri değiştirmek/dönüştürmek eylemidir. Burada da maddi sahtekarlık durumuna vücut verildiği söylenebilir.

Ayrıca; Yukarıda sayılan eylemlerin faili olmamakla birlikte söz konusu eylemler yoluyla oluşturulmuş hukuki hükmü haiz bir belge niteliğindeki unsuru bilerek kullanmak da suç sayılmıştır.³⁷

Hukuka Aykırılık: Hukuka aykırılık hususunda yukarıda bahsedilen genel hükümler geçerlidir.

Manevi Unsur: Özel kast aranır; bu açıdan yukarıda bahsedilen eylemlerin *“hukuk alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla”* işlenmiş olması gerekmektedir. Bu yönde bir amaç gütmeyen eylemler bu madde açısından suç teşkil etmeyecektir.

Son olarak kanununun 525d maddesinden söz etmek gerekecektir.

TCK madde 525d: Bu maddede ise 525a ve b maddeleri açısından fer’i ceza gösterilmiştir. Madde metni şöyledir: *“525a ve 525b maddeleri hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında, maddelerde yazılı cezalara ek olarak, meslek icrası sırasında veya icrası dolayısıyla suçun işlendiği bir kamu hizmetinden veya meslek veya sanat veya ticaretten ... yasaklanma cezası da verilir.”*

Böylece failin konumu/sıfatı ve/veya fail ile mağdur arasındaki ilişki de fer’i cezanın hükmedilmesinde belirleyici olacaktır.

III. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu

Bu bölümde ise 26.09.2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanunlaştırılarak 12.10.2004 tarihinde 25611 sayılı *Resmi Gazete’de* yayınlanan 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun bilişim suçlarına ilişkin hükümleri irdelenecektir.

³⁷ Bu hususta ayrıca bkz., Ersoy, *a.g.y.*, s.180, 181.

a. Genel Olarak Kanun'un İzlediği Sistem

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'nun bilişim suçlarına yönelik hükümlerin düzenlenmesinde 1.3.1926 tarih 765 sayılı eski Ceza Kanunu'muzun sisteminden kısmen farklı bir yöntem izlenmiştir. Zira kanun metni incelendiği takdirde farkına varılacağı üzere, *İkinci Kitap*'ının -Özel Hükümler- Üçüncü Kısım, Onuncu Bölüm'ünde bilişim sistemlerine karşı suçlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada ilgili bölümün başlığından da anlaşılacağı üzere yalnızca bilişim sistemlerine karşı suçlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun'umuzda bilişim suçlarının sınıflandırılması/kategorizasyonu bağlamında, daha önce belirtmiş olduğum: (1) Bilişim sistemlerine karşı suçlar ve (2) Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar ayrımının benimsenmiş olduğu görülmektedir. Şu halde Yeni Türk Ceza Kanunu eski Kanun'umuzun sisteminden ayrılarak bilişim suçlarını düzenleme de karma sistemi benimsemiş olmaktadır. Fakat açıktır ki kanun koyucu bilişim suçlarını ayrı bir kanun ile düzenlemek yerine yine karma bir yolu/yöntemi tercih ederek hem ceza kanununa bilişim suçlarını düzenlemek amacıyla yeni hükümler eklemiş hem de klasik/geleneksel suç tiplerini düzenleyen normların ihlalini düzenlerken bu suçların işleniş biçimlerini çeşitlendirerek bilişim suçlarına vücut veren yeni fiiller/modaliteler eklemiştir.

Kanun'da dikkat çeken bir başka husus da eski düzenlemede yer alan "*bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem*" tabiri yerine doğrudan "*bilgişim sistemi*" tabirinin kullanılmış olmasıdır. Kanaatimce bu yaklaşım oldukça yerinde olmuştur; zira terminoloji ve tanım sorunu ile ilgili bahiste de vurguladığım üzere, hukuk terminolojisindeki birliği sağlamak ve ilgili suç hipotezlerinin istikrar ve tutarlılık göstererek bu yeni gelişen alanın müesseseseleşmesi adına, bilişim teriminin kullanılması ve yaygınlaştırılması/standartlaştırılması gerekmektedir.³⁸ Ayrıca yine yeni Kanun'umuz ile birlikte ilk kez bir bilişim sistemine izinsiz (daha doğrusu hukuka aykırı) olarak girme suç sayılmıştır; bu bağlamda yine yukarıdaki ilgili bahiste belirtmiş bulunduğum, Birleşmiş Milletler bünyesinde gerçekleştirilen "*Sınır Ötesi Organize Suçlarla Mücadelenin Önemine İşaret Edilmesi Sempozyumu*"nda 14 Aralık 2000 tarihinde düzenlenen panelde üye ülkelere cezai düzenleme altına alınması salık

³⁸ Yukarıda (I. Terminoloji ve Tanım Sorunu) hakkındaki bölüme bakınız.

verilen “bilgisayar sistemlerine yetkisiz giriş” eylemi de cezai yaptırıma konu edilmiştir.

b. Ceza Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Yorumu

Bu bölümde yeni TCK’nın ilgili hükümleri iki ayrı bahis altında incelenecektir; böylece bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen hırsızlık ve dolandırıcılık suçları ile bilişim sistemlerine karşı suçlar iki ayrı bahsi oluşturacaktır.

1. Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Suçlar: Kanun metninin 142 ve 158. maddelerinde, sırasıyla “nitelikli hırsızlık” ve “dolandırıcılık” suçlarını hüküm altına alan normların ilgili bentlerinde söz konusu suçun bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi eylemi suçu ağırlaştırıcı etken olarak suçun nitelikli hali sayılmıştır.

Ancak bununla birlikte bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar elbette ki yalnızca bunlardan ibaret değildir. Özellikle içerik suçları açısından geniş bir yelpazeye sahip olan ve çoğunlukla bilişim sistemleriyle işlenen bu suçlar arasında en çok rastlanılan hakaret ve sövme, müstehcen yayınlar, çocuk pornografisi, suç işlemeye tahrik gibi suçlarla birlikte, basın ve ceza kanununda -ve hatta fikri ve sinai mülkiyet haklarını himaye eden kanunlarda bulunan cezai hükümler bağlamında- yer alan bazı geleneksel tipteki suçların bilişim sistemleri ve ağ aracılığıyla işlenen biçimleri yer almaktadır.

2. Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar: Kanun’un *İkinci Kitap*’ının -Özel Hükümler- Üçüncü Kısım, Onuncu Bölüm’ünde (243-246. maddeleri) “*Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar*” düzenlenmiş bulunmaktadır.

• **Bazı Temel Terim ve Tanımlar:** Kanun’da yer alan 243. maddenin gerekçesinde bilişim sistemi tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre; “*Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.*”

Yine Ceza Kanunu’nun 243. maddesinin III. fıkrasının gerekçesinde veri terimi de tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre:

“*Sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkra da geçen ‘veri’ teriminin kapsamındadır.*”

“Bilişim sistemine girme;

Madde 243- (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

• Yukarıda da belirttiğim üzere bu norm ile ilk kez bir bilişim sisteme hukuka aykırı olarak girme(k)³⁹ suç haline getirilmiştir. Burada fail, yalnızca sisteme girmeyi kastetmiş yahut orada kalmaya devam etmeyi istemiş olmalıdır. Sisteme haksız olarak girilmesi suçun oluşması için yeterlidir. İlgili fıkranın metninde de belirtildiği üzere, bu suçun gerçekleşmesi için eylemin *“hukuka aykırı olarak”* gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde bu çeşit bir eylem suç teşkil etmeyecektir. Yine aynı mayanda hak sahibi kişinin/kişilerin rızası da aynı etkiyi yaratmaktadır. Bu noktada failde, işlediği eylemin hukuka aykırı olduğu bilinci aranmaktadır. Ancak bu durum özel bir kast aranması anlamına gelmez; yalnızca failin doğru olmayan, hukuk düzenince cevaz verilmeyen bir şey yapmakta/yapmış olduğunun bilincini taşıması yeterlidir. Bu bağlamda hukuka aykırılık bilinci her somut olayda ayrıca gözetilecektir.

Bu suçun oluşması için ayrıca özel kast aranmaz; genel kast yeterlidir.

³⁹ *Avrupa Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu’nda yer alan “izinsiz erişim” maddesine ilişkin açıklamalar burada incelenmekte olan yeni Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükmünde yer alan “bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girme” biçiminde kurgulanan suç teşkil edici eylemin yorumunda yol gösterici olacaktır. “Yasadışı erişim’ terimi bilgisayar sistem ve verilerinin güvenliğine (yani gizlilik, bütünlük, kullanıma açıklık) yönelik tehlikeli tehdit ve saldırılar şeklindeki temel suçları kapsamaktadır. Koruma ihtiyacı, kuruluş ve kişilerin sistemlerini rahatsız edilmeden ve engellenmeden yönetme, işletme ve kontrol etme ihtiyaçlarını yansıtmaktadır. Sadece izinsiz girme yani ‘hacking’, ‘cracking’ ya da ‘computer trespass’ ilke olarak başlı başına yasadışı olmalıdır. Bu durum, sistemlerin ve verilerin meşru kullanıcılarının engellenmesine ve düzeltilmesi yüksek maliyet getiren değişiklik ve tahribata yol açabilir. Bu tür izinsiz girmeler gizli verilere (şifreler, hedeflenen sistemle ilgili bilgiler dahil olmak üzere) ve sırlara erişilmesine, sistemin ücretsiz kullanılmasına yol açabilir, hatta hacker’ları bilgisayarla ilişkili sahtecilik ve sahtekarlık gibi daha tehlikeli bilgisayarla ilişkili suç türlerine teşvik edebilir.” Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu, Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC) Nihai Faaliyet Raporu 29.06.2001, Hazırlayan: Siber Suç Uzmanları Komitesi (PC-CY), Strasbourg, 2. madde şerhi paragraf 1.*

Özel olarak verileri yok etme amacı güdüldüğü ise bu suçta değil 244/I’de hüküm altına alınmış olan suçta vücut verecektir. Zira madde- nin bu fıkrasının gerekçesinde: *“Sisteme, hukuka aykırı olarak giren kişinin belirli verileri elde etmek amacıyla hareket etmiş bulunmasının önemi yoktur. Sisteme, doğal olarak, haksız ve kasten girilmiş olması suçun oluşması için yeterlidir.”* denilmektedir.

Önemli olan bir başka husus ise, sistemin bir kısmına hukuka aykırı olarak girilmesinin de suçta vücut vereceğidir. Fakat sistemin bir kısmı tabirinden neyin anlaşılması gerektiğini kanun koyucu kanunun ilgili gerekçesinde maalesef açıklamamıştır. Bu bağlamda uygulamada sorunlar çıkması kaçınılmaz görünmekle beraber *“kanunilik”* ilkesinin de tanımsızlıktan ötürü zedelenebilmesi muhtemeldir. Bu hususun yorumunda da yine Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi Şerhi yardımcı olabilir. Bu bağlamda bilişim sisteminin bir kısmına girilmesi tabirinden bilişim sisteminin, *“donanım, bileşenler, yüklenen sistemin saklanan verileri, dizinler, trafik ve içerikle ilişkili veriler”*⁴⁰ gibi unsurlarından bir yahut birkaçına girilmesi anlaşılabilir.

(2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.

• Kanun’un ilgili maddesinin bu fıkraya ilişkin gerekçesinde şöyle denilmektedir: *“İkinci fıkraya göre, birinci fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi, bu suç açısından daha az ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.”* Fakat burada, kanun koyucu, *“bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler”* hakkında başkaca açıklama yapmadığı gibi bu tür sistemler hakkında söz konusu suçun işlenmesinin hangi neden(ler)den ötürü daha az cezayı gerektirdiğini açıklamaya da lüzum görmemiştir. Sanırım ki burada özel bir tahfif nedeni oluşturulması, ilgili normların korudukları hukuki yararın ve suçun (muhtemel ve mümkün) mağdurlarının farklı olduğunun düşünülmesinden/farklı tasarlanmasından kaynaklanmaktadır.

(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

⁴⁰ Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu, 2. madde şerhi paragraf 3.

• Kanun'un 243. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, ilgili maddenin ilk fıkrasında yer alan *"suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir."* (ilgili madde gerekçesi) Zira: *"Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi halinde failin, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, failin verileri yok etmek veya değiştirmek kastıyla hareket etmemesi gerekir."* (ilgili madde gerekçesi) -Suçun maddi unsurunu teşkil eden eylem açısından verilerin yok olması ve değişmesi tabirlerinden neyin anlaşılması gerektiği aşağıda anlatılacaktır.-

Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme

Madde 244: (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen, bozan, sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen, erişilmez kılan, değiştiren, yok eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

• Normun bu fıkrasını iki ayrı kesime ayırarak incelemek daha isabetli olacaktır. Zira bu fıkrada, suç konusunu teşkil eden bilişim sisteminin, hem somut/maddi unsurları (hardware) hem de soyut unsurları (yani veriler ve yazılımlar-software), kısacası bilişim sisteminin fizik varlığı ve sistemin işlemlerini sağlayan tüm diğer unsurları aynı hüküm vasıtasıyla himaye altına alınmıştır.

Bu sebepten ötürü bahis konusu normu önce öncelikle bilişim sisteminin işleyişini engelleme ve bozma bağlamında sistemin fizik varlığına yönelik suç teşkil edici eylemler yönünden; sonra da sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme, erişilmez kılma, değiştirme, yok etme bağlamında sistemin soyut unsurlarına, verilerine yönelik suç teşkil edici eylemler açısından ele almak daha sistematik bir yaklaşım teşkil edecektir kanaatindeyim. Yasa koyucunun da normu biçimlendirirken bu yaklaşımı benimsemesi, kanımca daha iyi olurdu.

a. Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme ve Bozma: Bu normda, bilişim sistemine ilişkin mülkiyet hakkı korunmuştur. Bu bağlamda, gerekçede belirtildiği üzere bilişim sistemlerine yönelik ızzar fiilleri, genel

nas-1 ızzar hipotezi dışında ayrıca dzenlenerek özel bir suç sayılmıştır. Dolayısıyla *“aracın fizik varlığı ve işlemesini sağlayan bütün diğer unsurları, söz konusu suçun konusunu oluşturmaktadır.”* Suçun maddi unsuru seçimlik hareketlidir, bundan ötürü suçun oluşması için fıkrada belirtilen eylemlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Söz konusu eylem formları ise iki tanedir: Bilişim sistemleriyle ilgili olarak;

- **İşleyişinin Engellenmesi:** Engelleme eylemi, bilişim sisteminin olağan işleyişini durdurmak, fonksiyonların doğru biçimde işlemesini engellemek (sistemin çalışma dzenini aksatmak) yahut benzeri sonuç doğurabilecek nitelikte bir eylemde bulunmak anlamındadır.⁴¹ *“Cezai yaptırımı yol açması için engellenenin ayrıca ‘ciddi ölçüde’ olması gerekir.”*⁴²

- **Sistemin Bozulması:** Bozma eylemi ise sistemin çalışma dzenini aksatmak, işlemesini engellemekten öte, ayrıca bir sonucu doğuracak nitelikteki, yani sistemin artık işlemesinin olanaksız olduğu, hiçbir fonksiyonunu yerine getiremediği kronik bir çalışmama, bozulma durumunu yaratacak bir fiile tekabül eder.

b. Sisteme Hukuka Aykırı Olarak Veri Yerleştirme, Var Olan Verileri Başka Bir Yere Gönderme, Erişilmez Kılma, Değiştirme, Yok Etme: Bu normda ise bilişim sisteminin soyut/maddi olmayan (veri, program vb. gibi) unsurlarına dönük ızzar fiili ile birlikte özel hayatın gizliliği, sırrın masuniyeti ve hatta iletişim özgürlüğüne hukuka aykırı müdahaleler suç haline getirilmiş bulunmaktadır. Burada da seçimlik hareketli bir suç hipotezi öngörölmüş bulunmaktadır.

- **Veri Yerleştirme:** Bilişim sisteminin orijinalinde mevcut olmayan verilerin sisteme dahil edilmesi anlamındadır.

- **Var Olan Verileri Başka Yere Gönderme:** Hali hazırda sistemde yer alan orijinal verilerin herhangi bir surette (orijinal yerinden, konumundan) başka bir yere taşınması, götürölmesi, gönderilmesi eylemidir.

⁴¹ Bkz., aynı doğrultuda, *Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu, Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC) Nihai Faaliyet Raporu* 29.06.2001, Hazırlayan: Siber Suç Uzmanları Komitesi (PC-CY), Strasbourg, 5. madde şerhi paragraf 2.

⁴² *Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu*, 5. madde şerhi paragraf 3.

• **Erişilmez Kılma:** *“Bilgisayar verilerinin erişilmez kılınması, verilerin saklandığı bilgisayara ya da veri taşıyıcısına erişimi olan bir kişi için verilerin ulaşılabilirliğini önleyen ya da sona erdiren herhangi bir fiil anlamındadır.”⁴³*

• **Değiştirme:** *“‘Değiştirme’ terimi mevcut verilerin farklı bir hale getirilmesi anlamındadır. Virüs ve Truva Atı gibi kötü amaçlı kodların sisteme sokulması da, bu nedenle, verilerin sonuçta farklı bir hale gelmesi gibi, bu paragrafın kapsamındadır.”⁴⁴* Kısaca orijinal verilerin yerine başkalarını koymak eylemini ifade eder.

• **Yok Etme:** Sistemde yer alan verilerin işlemez hale getirilmesi halidir. Burada tahrip eyleminin yöneldiği nesne bilişim sisteminin elektronik/elektromanyetik ortamı yahut onun soyut unsurları olmalıdır. *“... örtüşen fiiller olarak ‘tahrip etmek’ ve ‘bozmak’, özellikle veri ve programların bütünlüğünün ya da bilgi içeriğinin olumsuz biçimde değiştirilmesiyle ilişkilidir. Verilerin ‘silinmesi’, fiziksel bir cismin imhasına eşdeğerdir. Veriler imha edilir ve tanınmaz hale getirilir.”⁴⁵*

(2) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

• 244. maddenin bu fıkrasında ise ilk fıkrada belirtilmiş bulunan eylemlere ilişkin ağırlaştırıcı neden düzenlenmiştir. Bu ağırlaştırıcı neden ise ilk fıkrada belirtilen eylemlerin *“banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde”* uygulanacaktır. Bu fıkrada yer alan banka, kredi kurumu ve kamu kurum yahut kuruluşu ifadelerinden neyin anlaşılması gerektiği genel hükümlere göre yorumlanır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

⁴³ Bkz., *Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu*, 4. madde şerhi paragraf 2.

⁴⁴ *Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu*, a.g.y.

⁴⁵ *Siber Suçlar Konvansiyon Taslağı ve Açıklayıcı Memorandumu*, a.g.y.

• Bu fıkra ile 244. maddenin ilk fıkrasında belirtilmiş bulunan eylemlerin, Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerinde yer alan bazı geleneksel suç biçimleriyle karşılanamayacak olması halinde boşluk yaratmamak adına veyahut söz konusu eylemler hakkında geleneksel hükümlerin tipiklik/modalite unsuru açısından uygulanmasında tereddüde mahal verilmemesi amacıyla ayrıca bir düzenlenme yapılarak bağımsız bir norm teşkili sağlanmaya çalışılmıştır. Böylece: *"... bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması, ceza yaptırımına altına alınmıştır. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan, fiilin örneğin dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya zimmet suçunu oluşturması halinde, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir."* (ilgili madde gerekçesi) İlgili madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere bu fıkra düzenleme altına alınan genel nitelikte bir hükümdür; bu yüzden daha özel nitelikteki bir normun saptadığı suç hipotezine uygunluk gösteren bir eylem gündeme geldiği takdirde bu norm değil, özel hüküm uygulanacaktır.

Bu normda bahsedilen *"haksız çıkar"*ın kimin adına yahut kimin için, kimin lehine olduğu önemli değildir. Sözü edilen *"çıkarm"* geniş manada anlaşılmalıdır; bu açıdan her türlü maddi ve manevi fayda bu çerçevede değerlendirilebilir.

Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması

Madde 245:

• Uygulamada pek sık rastlanan bir suç olan banka ve kredi kartı dolandırıcılığı ve sahteciliğinin, geleneksel hükümler vasıtasıyla tecziyesinin tereddütler doğurmasını önlemek, kısaca bu kartların kötüye kullanılması engellemek amacıyla bu özel hüküm düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde, bu hususa yönelik olarak şu ifade mevcuttur: *"Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının Ratio Legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç haline getirilmeleri uygun görülmüştür."*

• 245. maddenin gerekçesinde banka ve kredi kartı tabirlerinin tanımları ayrıca verilmiş bulunmaktadır:

“Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Bu kart, saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini sağlamaktadır.

Kredi kartları ise, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan araçtır.” (ilgili madde gerekçesi).

Korunan Hukuki Yarar: Gerekçede belirtildiği üzere bu madde ile korunan hukuki yarar, bankaların ve kart/kredi sahiplerinin ekonomik menfaatleridir. Zira: *“Madde, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alınmıştır.” (ilgili madde gerekçesi).*

(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır.

Suçun Kanuni Unsuru: Suçun gerçekleşebilmesi için ön koşul, başkasına ait -yukarıda tanımı verilen- bir banka yahut kredi kartını herhangi bir şekilde ele geçirmek veya elde bulundurmadır.

Hukuka Aykırılık: Genel hukuka uygunluk sebepleri hipotezinin dışında ilgili kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızasının olmaması/yokluğudur.

Maddi Unsur: Maddenin gerekçesinde suça vücut veren eylemler şöyle belirtilmiştir: *“Maddeye göre, aşağıdaki şekillerde gerçekleştirilen hareketler bu suçu oluşturmaktadır:*

1. *Başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması.*

2. *Aynı failin, aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırılması; söz gelimi kartı sahibine vermekle görevli banka memurunun*

kartı kendi veya başkası yararına kullanması.” (ilgili madde gerekçesi).

(2) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

• Bu norm ile de banka ve kredi kartı sahteciliği, sahtekarlığı düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Maddenin gerekçesine göre: *“... birinci fıkrada belirtilen fiillerin, oluşturulmuş sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle işlenmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturulmaması gerekir.”* (ilgili madde gerekçesi).

Maddenin bu fıkrasında sözü edilen banka veya kredi kartının sahteliğini iki ayrı hipotez üzerinden incelemek gerekmektedir:

• **Sahte Oluşturulan:** Bu tabir ile maddenin gerekçesinde tanımları verilmiş bulunan banka ve kredi kartlarının sahte olarak düzenlenmesi, bahis edilen banka yahut kredi kartının gerçek olmaması hali kastedilmektedir. Böylece burada yaptırımla düzenleme altına alınan sahtelik biçimi evrakta sahtekarlık suçunun fikri sahtekarlık hipotezine uygunluk göstermekte ve onun bu bağlamdaki muadili olarak gündeme gelmektedir.

• **Üzerinde Sahtecilik Yapılan:** Bu tabir ile de hali hazırda mevcut ve geçerli olan bir banka veya kredi kartı üzerinde aldatma kastıyla oynamalar/değişiklikler yapılması suretiyle gayri sahih hale getirilerek sahtekarlık yapılması eylemleri yaptırım altına alınmıştır. Burada ki sahtekarlık fiili ise evrakta maddi sahtekarlık hipotezine uygunluk göstermektedir; şu halde sözü edilen sahtelik durumu sahih olmama halini imler.

Suçun oluşması için yukarıda belirtildiği şekilde sahte olan banka veya kredi kartının çıkar amaçlı olarak kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla manevi unsur açısından özel kast güdülmesi, suçun gerçekleşmesi için elzemdir. Bununla beraber, normda belirtilen *“yarar”* unsurunun kimin adına yahut kimin için, kimin lehine sağlandığı önemli değildir.

Son olarak gerekçede de belirtildiği gibi, suça vücut veren eylem(-ler)in daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suçu teşkil eder nitelikte olmaması gereklidir.

Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması

Madde 246: (1) Bu Bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

• Yeni Ceza Kanunu'yla birlikte ceza hukukumuzda bir ilk girmiş ve ilk kez tüzel kişilere yönelik bir yaptırım formu ihdas edilmiştir. Bu ise "*tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine*" hükmolunabilmesidir. (Sözü edilen güvenlik tedbirlerinin neler olabileceğini ise yine yeni Ceza Kanunu'nun *Birinci Kitap'*ının Üçüncü Kesim İkinci Bölümü'nde düzenlenmiş bulunan güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlere ayrılmış olan bölümün "*Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri*" başlıklı 60. maddesidir.)⁴⁶ Böylece Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nde

⁴⁶ Konuyla olan doğrudan ilgisi dolayısıyla yeni Türk Ceza Kanunu'nun ilgili 60. maddesini, madde metni ve gerekçesiyle buraya almaktayım:

"Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri;

Madde 60: (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

GEREKÇE:

Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği olarak sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Ancak bu ilke, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesine engel değildir.

Bu nedenle maddede, özel hukuk tüzel kişileri hakkında hükmedilebilecek güvenlik tedbirlerinin tür ve koşulları düzenlenmiştir.

Maddede öngörülen ilk güvenlik tedbiri, faaliyet izninin iptalidir. Bunun için ilk koşul özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır. İkinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenilmesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir. İşlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı

öngörülen kurumsal yükümlülükler ihdası önerisine somut bir düzenleme ile hayatiyet kazandırılmıştır. Burada kanun koyucunun hukuk tekniği açısından basiretsiz bir yaklaşımına tanık olmaktayız. Çünkü söz konusu hükmün lafzından çıkan anlamla yorum yapıldığı takdirde bahsedilen güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için suç teşkil eden eylemlerin ilgili tüzel kişiye haksız menfaat sağlaması yeterli olacaktır. Bu noktada ilgili suç eylemiyle tüzel kişi arasında uygun bir illiyet bağının kurulması için bu ölçüt yeterli değildir. Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi'nin şerhinde de belirtildiği biçimiyle bu babda bir cezai yükümlük doğması için sağlanması gereken şartlar arasında, suçun, tüzel kişinin yetkili bir yöneticisi yahut çalışanı, vekili tarafından yetkilerinin kullanılması sırasında işlenmesi şartlarının da haksız menfaat şartına eklenmesi hem hukuk tekniği hem uygulamada tutarlılık ve içtihat birliği hem de kanunilik ilkesi ve kusur sorumluluğu ilkesi adına daha isabetli olurdu.

olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmeleri gerekir.

Örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması halinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir. Yine, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması durumunda da, aynı sonuç doğacaktır.

Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsadereyledir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesine hükmedilecektir. Bu halde iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacaktır.

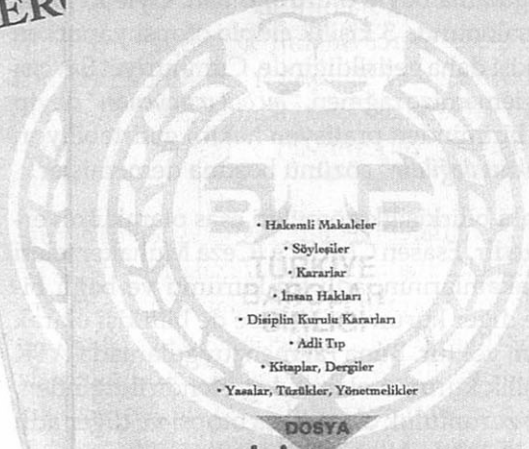
Özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, işlenen suç dikkate alındığında, çok ağır sonuçlar doğabilir. Örneğin çok sayıda kişi işsiz kalabilir veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilir. İşte bu gibi hallerde mahkeme maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

Özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hallerde hükmedilebilecektir."

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2003

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

KİTLE HABERLEŞME ARAÇLARININ YAYINLARINA KARŞI CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Serdal BAYTAR*

I. GENEL OLARAK

Cevap ve düzeltme, yalanlama, yalan olduğunu söyleme anlamına gelen Arapça kökenli “*tekzip sözcüğünün*” yasal karşılığı olarak, bir basın organında yer alan bir haber ya da eleştiri ile haksız suçlamalara uğramış veya kendisi hakkında yanlış bilgi verilmiş kişiye kendini aynı yolla savunma imkanı veren bir haktır.

Gerçekten basın, haber verme, kamuoyunu bilgilendirme gibi işlevlerini yerine getirirken zaman zaman kişi ve kuruluşlarla çelişme içine düşebilmektedir. Basının sahip olduğu güç ve etkinlik göz önünde bulundurulduğunda basınla olan çelişmelerin kişilerin kişilik değerleri açısından zararlı sonuçlar doğurması mümkündür.¹ Bu nedenle bu tür durumlarda basın gibi etkin ve güçlü bir araçtan yoksun bulunan kişiler ile basın kurumları arasında bir eşitlik, bir denge kurmak gerekir. İşte cevap ve düzeltme hakkı böyle bir eşitliğin gerçekleşmesini sağlar. Böylece ilgili, hakkındaki haber yayınlanır yayınlanmaz aynı basın organında cevap ve düzeltme hakkını kullanarak derhal etki gösteren bir tamir imkanına kavuşmaktadır. Bu anlamda cevap ve düzeltme hakkı, kişilerin haklarının basın organlarına karşı derhal ve etkin bir şekilde korunması açısından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.²

* İzmir Barosu üyesi.

¹ İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul 1977, s. 167.

² Dönmezer, Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul 1976, s. 316.

Basının giderek gelişen etkinliği karşısında birey ve kuruluşlara verilen bir tür savunma aracı olan ve bu yönü ile bir denge niteliği taşıyan cevap ve düzeltme hakkı, aynı zamanda kamu çıkarına da uygundur. Çünkü bu yolla habere konu olan kişi ve kurumlara, basın vasıtasıyla ve aleni olarak seslerini duyurma olanağı sağlanarak kamuoyunun da doğruyu öğrenme ihtiyacı karşılanmış olmaktadır.³

Cevap ve düzeltme hakkının hem birey hem de kamu ile ilgili olması, bu hakkın bir yandan kişilik haklarının kapsamına giren diğer yandan ise kamuoyunun oluşmasına katılma anlamına gelen bir kavram olmasını sağlamaktadır.⁴

Cevap ve düzeltme hakkının tarihsel gelişim sürecine baktığımızda kavramın kökeninin 1789 tarihli Fransız İhtilali'ne dayandığını görmekteyiz. Gerçekten ihtilali izleyen yıllarda siyasal fikir mücadelesi ortamında basın özgürlüğü kötüye kullanılmaya başlanmış ve basında çıkan iftira niteliğindeki suçlamalara cevap verilememesi tehlikesi belirmiştir. İşte bu ortamda 1799 yılında kişilere, yasal cevap ve düzeltme hakkının tanınması ile ilgili olarak meclise yasa teklifinde bulunulmuş ancak önerinin yasalaşması, 1822 tarihli Fransız Basın Kanunu ile mümkün olmuştur. Bu anlamda Fransız Basın Kanunu, cevap ve düzeltme hakkının ilk yasal kaynağı olmuştur. Bu tarihten sonra düzenleme, değişik ülkelerin kanunlarında da yer almaya başlamıştır. Diğer Alman Basın Kanunları'na da öncülük eden 1831 tarihli Baden Basın Kanunu ve bizim basın hukukunun ilk yasal kaynaklarını oluşturan 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi (8 ve 12. m.) ile 1877 tarihli Matbuat Kanunu da (18. m.) cevap ve düzeltme hakkı yönünden 1822 tarihli Fransız Basın Kanunu'nu örnek almıştır.⁵

Günümüzde cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili olarak benimsenen iki anlayış vardır. Bunlardan Almanya ile orta ve kuzey Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan ilk sistemde cevap hakkı maddi olaylarla sınırlıdır. Buna göre bir maddi olaya karşı yine bir maddi olayla cevap verilebilmekte ancak yayınlanan görüş ve değerlendirmelere karşı bir cevap hakkı tanınmamaktadır. Öte yandan Fransız sistemi olarak adlandırılan ve Fransa'nın yanı sıra Belçika, İtalya ve Güney Amerika

³ İçel, *a.g.e.*, s. 168.

⁴ İçel, *a.g.e.*, s. 168.

⁵ İçel, *a.g.e.*, s. 168.

gibi ülkelerde benimsenen ikinci sistemde ise cevap ve düzeltme hakkı, maddi olayların yanı sıra görüş ve değerlendirmelere karşı da kullanılabilir. ⁶

Diğer sistem olan Fransız sisteminde ise cevap ve düzeltme hakkı, genel ve mutlak. Bu anlamda bu hakkını kullanan ilgili, bu hakkın biçimini, içerik ve yararını belirleme konusunda tam yetkilidir. Ancak hazırlanacak cevap ve düzeltme yazısının üçüncü kişilerin meşru yararlarını ve gazetecinin şeref ve haysiyetini zedelememesi; kanunlara ve genel adaba aykırı olmaması bir şart olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle mahkemelerin cevap ve düzeltme hakkının kullanılması ile ilgili uyuşmazlıklarda bu hususlar dışında takdir yetkisi kabul edilmemektedir. ⁶

Haberleşme özgürlüğünün kitle haberleşme araçlarıyla kötüye kullanılmasını ve kişi ve kurumların bundan zarar görmesini engellemek amacı güden cevap ve düzeltme hakkı, Anayasa'nın 32. maddesi ile düzenlenerek anayasal bir hak haline getirilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre *"düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileri ile ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir."* İkinci fıkrasında ise *"düzeltme ve cevap yayınlanmazsa yayınlanmasının gerekip gerekmediğine hakim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir."* ifadesine yer vermek suretiyle eski düzenlemeden farklı olarak cevap hakkı konusunda son sözü savcılara değil hakimlere bırakmıştır.

Cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili bu anayasal hükmün en önemli özelliği, sadece basına karşı değil radyo ve televizyon da dahil bütün kitle iletişim araçlarının yayınlarına karşı cevap ve düzeltme hakkını tanımış olmasıdır. Nitekim bu hükmün bir gereği olarak gerek 5187 sayılı Basın Kanunu (14 ve 28. m.) gerek 2954 sayılı TRT Kanunu (27. m.) ve gerekse de 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (28. m.) cevap ve düzeltme hakkı konusunu düzenlemişlerdir.

Biz de bu çalışmamızda gerek yazılı basın gerekse görsel ve işitsel basın yayınlarına karşı kişi ve kurumlara tanınan cevap ve düzeltme hakkı konusunu ayrıntılı olarak ele alıp inceleyeceğiz.

⁶ Dönmezer, a.g.e., s. 316 vd.

II. 5187 SAYILI BASIN KANUNU'NA GÖRE CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

26.06.2004 tarihinde yürürlüğe giren yeni Basın Kanunu cevap ve düzeltme hakkını 14 ve 28. maddelerinde düzenlemiştir. 14. maddenin birinci fıkrası *“sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde bundan zarar gören kişinin, yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.”* hükmüne yer vermiş ve takip eden fıkralarda cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Basın Kanunu'nun 14. maddesindeki hükümden hareketle süreli yayınlara karşı kullanılabilecek olan cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili usul ve esasları şu şekilde belirleyebiliriz.

A. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14. maddesine göre bir kimsenin cevap ve düzeltme hakkına sahip olabilmesi için yayının kişinin *“şeref ve haysiyetini ihlal edici”* veya *“kişilerle ilgili gerçeğe aykırı nitelikte”* olması şartları aranmaktadır.

Şeref ve haysiyeti ihlal edecek nitelikteki yayınlar genellikle Ceza Kanunu'ndaki hakaret ve sövme suçlarına karşılık gelmektedir. Ancak hakaret ve sövme suçu niteliğinde olmasa bile kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edecek nitelikte bulunan her türlü yayına karşı cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. Kişinin şeref ve haysiyetini ihlal eden yayının gerçeğe uygun olması bile cevap hakkının doğmasına engel olmaz.⁷

⁷ İçel, a.g.e., s. 171.

Şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte olan yayınların objektif haber verme özelliğine sahip olması ve başka bir kaynaktan alınmış olması cevap hakkının doğması bakımından önem arz etmez.

Şeref ve haysiyeti ihlal eden yayınların yanı sıra kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar bakımından da cevap ve düzeltme hakkı tanınmış bulunmaktadır. Bu durumda kişiler, haklarında yapılan gerçek dışı yayınlar karşısında da cevap haklarını kullanabileceklerdir. Gerçeğe aykırı yayınlar bakımından da yayının objektif haber verme niteliğinde olmasının veya başka bir kaynaktan iktibas edilmesinin cevap hakkını doğurması yönünden bir önemi yoktur.⁸

Burada önemli olan husus, yayının “gerçeğe aykırı olması” hususudur. Fakat burada aslında gerçeği yansıtan bir yayının sadece ilgili kişi tarafından gerçeğe aykırı görülmesi cevap hakkının oluşması bakımından yeterli değildir. Zaten Kanunun konu ile ilgili ifadesine bakıldığında, “*şahsın kendisi tarafından gerçeğe aykırı olarak kabul edilen yayınlar*” değil açıkça “*gerçeğe aykırı yayınlar*” şeklinde bir ifade kullanıldığı görülür. Bu durumda cevap hakkını kullanmak isteyen kişilerin, gerçeğe aykırı olduğunu iddia ettikleri yayının gerçek dışı olduğunu ayrıca ispatlaması gerekir.

B. CEVAP VE DÜZELTME HAKKINA SAHİP OLANLAR

5187 sayılı Yeni Basın Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında şeref ve haysiyeti ihlal edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde bundan zarar gören kişilerin düzeltme ve cevap hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Kanun'daki bu ifadeden cevap ve düzeltme hakkının genel bir hak olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler (gerek özel hukuk tüzel kişileri gerekse kamu hukuku tüzel kişileri) haklarında yapılan bir yayım dolayısıyla cevap ve düzeltme hakkına sahip bulunmaktadırlar.

Kanun'da açıkça “*kişiler*” den söz edildiği için ayrı bir kişiliği bulunmayan birtakım topluluklarla ilgili yayımlar bakımından cevap hakkının bulunmadığını belirtmek gerekir. Ancak bu topluluklarla ilgili yayınlar açısından koşullarının bulunması halinde topluluğu oluşturan bireylerin kendileri bakımından cevap ve düzeltme hakkını kullanmalarına bir engel yoktur.⁹

⁸ İçel, a.g.e., s. 172.

⁹ İçel, a.g.e., s. 174.

Kanun'un aynı maddesinin son fıkrasında düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi durumunda bu hakkın mirasçılarında yalnızca biri tarafından kullanılabilmesi belirtilmiştir. Böylece Kanun, cevap hakkını bütün mirasçılar tarafından birlikte kullanılacak bir hak olmaktan çıkarmıştır.

Cevap ve düzeltme hakkı aslında ilgililer tarafından şahsen kullanılacak bir haktır. Ancak özel yetki içeren bir vekaletname bulunması halinde vekilin de müvekkili adına bu hakkı kullanabilmesi gerekir.¹⁰

Küçükler ve kısıtlılar da cevap ve düzeltme hakkına sahip olup haklarını bizzat kullanabilecekleri gibi yasal temsilcileri ile birlikte de kullanabilirler.

C. CEVAP VE DÜZELTMEMEYİ KONU OLAN YAYININ NİTELİĞİ

Basın Kanunu, cevap ve düzeltme hakkını sadece süreli yayınlar bakımından tanımıştır. Bu anlamda süreli yayın niteliğinde olmayan basılmış eserlerde yer alan yazılara karşı cevap ve düzeltme hakkı bulunmamaktadır.

Cevap ve düzeltme hakkının sadece süreli yayın niteliği taşıyan eserler bakımından tanınmış olmasının nedeni, süreli yayınların daha büyük kitlelere ulaşabilmesi bu anlamda kamuoyu üzerindeki etkinliğinin daha çok olması ve daha da önemlisi cevap ve düzeltme yazısının en kısa zamanda yayımlanmasına elverişli olmasıdır. Dönemsel olmayan yayınlar süreklilik göstermedikleri için cevabın kısa sürede yayımlanması bakımından elverişli değildirler.¹¹

Basın Kanunu'nun cevap ve düzeltme hakkı bakımından yayının çeşidi ile ilgili olarak aradığı tek koşul, dönemsel olmasıdır. Bunun dışında yapılan yayının haber, değerlendirme veya eleştiri niteliğinde olması cevap ve düzeltme hakkının doğması bakımından önemli değildir. Yine yayının yazı, resim, karikatür şeklinde olması veya bilimsel, edebi eleştiri niteliğinde olması dahi bu açıdan önem taşımaz.¹²

¹⁰ Yargıtay 7. Ceza Dairesi 23.06.1965 tarih ve 1965/4709 E, 1965/5307 K. sayılı kararında cevap ve düzeltme hakkının genel vekiller tarafından kullanılmayacağını, cevap yazısının doğrudan ilgilinin imzasını taşıması gerektiğini belirtmiştir. (Karar için bkz., *Adalet Dergisi*, Temmuz-Ağustos 1965, S. 7, s. 1003).

¹¹ İçel, *a.g.e.*, s. 176 vd.

¹² İçel, *a.g.e.*, s. 177; Dönmezer, *a.g.e.*, s. 325.

Cevap ve düzeltme hakkı doğuran yazı vs. eserin bir süreli yayının belirli bir bölgeye yönelik baskısında veya ekinde çıkması, hatta bir defaya özgü olarak çıkarılmış bulunan ekinde yayımlanmış olması bile cevap ve düzeltme hakkının varlığını ortadan kaldırmaz.¹³ Süreli yayının birden çok yerde basılması halinde, cevap ve düzeltme yazısı buna sebebiyet veren yazının yer aldığı bütün baskılarda yayımlanır.

Doktrinde Basın Kanunu'nun yayının türü bakımından bir sınırlama getirmemiş olması karşısında, süreli yayınlarda yer alan reklam ve ilan niteliğindeki yazılar için de cevap ve düzeltme hakkının bulunduğu ileri sürülmüştür;¹⁴ *Resmi Gazete* ve *Tutanak Dergisi* gibi resmi içerikli yayınlar bakımından ise cevap ve düzeltme hakkının bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir.

D. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASI İLE İLGİLİ KOŞULLAR

1. Cevap ve Düzeltme Metnine İlişkin Koşullar

Cevap ve düzeltme hakkına sahip olan ilgilinin bu hakkını kullanırken bazı koşullara uygun davranması gerekir. Buna göre cevap ve düzeltme metninin *"suç unsuru içermemesi, üçüncü kişilerin hukukten korunan menfaatlerine aykırı olmaması, cevaba neden olan eserin belirtilmesi, cevaba neden olan yazıdan uzun olmaması veya cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde otuz satırı geçmemesi"* gerekir.

- Cevap metninin suç unsuru içermemesi gerekir. Bünyesinde suç unsuru içeren cevap ve düzeltme yazısı yayımlanmaz. Bu nedenle süreli yayın sahibine veya sorumlu yazı işleri müdürüne ya da üçüncü kişilere yönelik hakaret ve sövme fiillerinin işlenmesi, cevap metninin müstehcen sözler, resimler veya devlet düzenine karşı suç olan beyanlar içermesi gibi durumlarda cevap hakkı kullanılamaz.

- Cevap metninin cevap hakkı doğuran yayımla ilgili olması gereklidir. Nihayetinde cevap hakkı, cevaba neden olan yazıya karşı bir savunma aracı olduğundan yayımla ilgili olmayan konulara değinmemesi

¹³ Dönmezer, *a.g.e.*, s. 325.

¹⁴ İçel, *a.g.e.*, s. 178; Karşı görüş için bkz., Dönmezer, *a.g.e.*, s. 325.

gerekir. Ancak yayının gerçeğe aykırı olduğunu kanıtlamak amacıyla cevap yazısında yeni maddi olayların belirtilmesi mümkündür.¹⁵

- Basın Kanunu'nun 14. maddesi, cevap ve düzeltme metninin genişliği ile ilgili bazı sınırlamalar da getirmiştir. Buna göre cevap ve düzeltme yazısı, buna neden olan yazıdan daha uzun olamaz. Yirmi satırdan az olan yazıların veya resim ve karikatürlerin cevap ve düzeltme yazısı otuz satırdan fazla olamaz. Bu düzenlemenin gereği olarak yayına hedef olan kişiler, ancak yayının kendileri ile ilgili kısmı kadar uzun bir yazı yazabileceklerdir.

2. Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılması Usulü

Kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı bir yayın yapılması halinde bundan zarar gören kişi, yukarıda belirttiğimiz koşullara uygun olarak hazırlayacağı tekzip yazısını, yayım tarihinden itibaren iki ay içinde doğrudan doğruya süreli yayının sorumlu müdürüne gönderecektir.

Kanun'un burada koymuş olduğu iki aylık sürenin başlangıcı yayım tarihi olduğundan ilgilinin yayından haberdar olarak veya olmayarak bu süreyi geçirmesi halinde cevap hakkı artık kullanılamaz. Kanun koyucunun böyle kesin bir süre öngörmesinin nedeni, cevap ve düzeltme hakkının kendisinden beklenen faydayı vermesi bakımından bir an önce yayımlanmasını sağlamaktır.¹⁶

Düzeltilme ve cevap yazısını alan sorumlu müdür, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.

Sorumlu yazı işleri müdürüne, kendisine gönderilen tekzip yazısında herhangi bir değişiklik yapmadan, yazıyı aynı şekilde yayımlama zorunluluğunun getirilmiş olması, cevabı gerektiren yazı ile cevap yazısı arasında paralellik kurmaya ve yayına hedef olanların kendilerini "*eşit silahlarla*" savunmasını sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle sorumlu müdürün, cevap yazısını kısaltmak, içeriğini değiştirmek veya bazı ek-

¹⁵ İçel, a.g.e., s. 185.

¹⁶ Dönmezer, a.g.e., s. 330.

lemeler yapmak gibi bir yetkisi yoktur. Aynı şekilde sorumlu müdürün cevap yazısını süreli yayının herhangi bir yerinde ve dilediği biçimde yayımlama yetkisi de yoktur. Kanun'un bu konudaki hükmü, tekzip yazısının, cevabı gerektiren yazının çıktığı sayfa ve sütunda, aynı şekil, punto ve harflerle yayımlanmasını gerektirmektedir.¹⁷

Düzeltilme ve cevap yazısının kanunda belirlenen süreler içinde yayımlanmaması durumunda yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren; Kanun'da öngörülen usule aykırı yayımlanması durumunda da yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hakiminden yayımın yapılmasına ya da bu yasa hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini talep edebilir. Sulh ceza hakimi, bu talebi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın evrak üzerinde yapacağı incelemeyle karara bağlamak durumundadır.

Görüldüğü üzere burada zarar gören iki durumda sulh ceza hakimine başvurabilmektedir. Bunlardan birincisi, düzeltme ve cevap yazısının 14. maddenin birinci fıkrasında belirlenen süreler içinde yayımlanmaması, ikincisi de bu fıkra hükümlerine aykırı yayımlanması halidir.¹⁸ Bu anlamda zarar gören tarafından gönderilen metin üzerinde düzeltme ve ekleme yapılması, tekzip yazısının ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda aynı puntolarla yayımlanmaması halinde yazılar 14. maddenin birinci fıkrasına aykırı yayın olarak kabul edilmelidir.

Sulh ceza hakiminin inceleme sonrası vereceği karara karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Bu durumda yetkili makam olan Asliye Ceza Hakimi, itirazı üç gün içinde kesin olarak karara bağlamak durumundadır. Sulh ceza hakimi tarafından verilen karara itiraz edilmemesi veya yapılan itirazın mahkeme tarafından reddedilmesi durumunda bu karar kesinleşmiş olur.

Gerek sulh gerekse asliye ceza hakimlerinin burada yapacakları inceleme sınırlı bir incelemedir. Buna göre hakim, talebin zamanında yapılıp yapılmadığına, şekil şartlarına uygun olup olmadığına, tekzip metninin suç unsuru içerip içermediğine veya üçüncü kişilerin haklarını ihlal edip etmediğine bakacaktır. Hakime, bunun dışında bir denetim

¹⁷ İçel, *a.g.e.*, s. 180 vd.

¹⁸ Çetin Erol, *Basın Hukuku*, Ankara 2004, s. 70.

yetkisi örneğin metin üzerinde uygun göreceği değişiklikleri yaparak yayımlanmasına karar verme gibi bir yetki tanınmamıştır. Yeni Basın Kanunu bu yönüyle 5680 sayılı eski Basın Kanunu'nun konu ile ilgili hükmünden farklı bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten 5680 sayılı eski Basın Kanunu'nun 19/3. fıkrasında sulh ceza hakimine, incelemelerini tamamladıktan sonra metnin aynen yayımlanmasına veya uygun göreceği değişiklikleri yaparak yayımlanmasına karar verme gibi bir yetki tanımaktaydı. Ancak az önce de ifade ettiğimiz gibi yeni kanun yargıç denetimini bu noktada kısıtlamış ve hakimın uygun göreceği bir değişiklikle metnin yayımlanmasına karar verme olanağını ortadan kaldırmıştır. Kanaatimizce yeni kanunun bu düzenlemesi daha yerinde bir düzenleme olmuştur. Çünkü, taraflar arasındaki ilişkileri bilmesine imkan olmayan hakime, tekzip yazısının içeriğine müdahale ederek yazı üzerinde değişiklikler yapma imkanı tanımak, zarar görenin bu konudaki tasarrufunu sınırlar ve bu yönüyle de cevap hakkına müdahale niteliği taşır. Oysa gerçekte karşılaştırmalı hukukta da kabul edildiği üzere cevap verenin cevabı üzerinde egemen olması, tasarruf hakkına sahip olması gerekir. Hazırlanan cevap metninde bir suç unsuru bulunması veya cevabın kanunun aradığı biçimsel koşullara aykırı olması gibi hallerde, hakimın uygun göreceği değişiklikleri yapmak yerine cevap ve düzeltme yazısını gerekçeli olarak reddetmesi ve ilgiliye cevabını, kanunun belirlediği koşullara uygun olarak yeniden hazırlama imkanı tanınması daha uygun olur.¹⁹

E. CEVAP VE DÜZELTME YAZISININ YAYIMLANMAMASI HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIM

Basın Kanunu'nun öngördüğü koşullara göre hazırlanmış bulunan cevap ve düzeltme yazısı, zarar gören tarafından doğrudan doğruya süreli yayının sorumlu müdürüne gönderilir. Sorumlu müdürün bu yazıyı aldığı tarihten itibaren kanunda belirlenen süreler içinde yayımlaması veya kanuna uygun olarak yayımlamaması halinde zarar gören, düzeltme ve cevabın yayımlanmasını sağlamak üzere sulh ceza hakimine müracaat eder

Sulh ceza hakimi, yaptığı inceleme sonucunda cevap ve düzeltmenin yayımlanması yönünde karar vermiş ve bu karar kesinleşmişse artık

¹⁹ Dönmezer, *a.g.e.*, s. 333.

sürelî yayın kuruluşunun bu cevap ve düzeltme yazısını yayımlaması gerekir. Aksi halde Basın Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen cezai yaptırımlar söz konusu olur.

Gerçekten 18. maddeye baktığımızda birinci fıkrada yer alan bir hükümle cevap ve düzeltmenin yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hakim kararlarına uymama durumunun suç olarak düzenlendiği görülür. Bu hükme göre cevap ve düzeltmenin yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hakim kararlarına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkili,²⁰ on milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlar bakımından yirmi milyar liradan, yaygın süreli yayınlar bakımından da elli milyar liradan az olamaz.

Maddenin ikinci fıkrası ile yayın sahibi de belirlenen para cezasının ödenmesinden sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

18. maddenin son fıkrasına göre düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14. maddenin birinci fıkrasına aykırı olarak yayımlanması durumunda hakim, masrafları yayın sahibinden alınmak üzere bu yazının, tirajı yüz binin üzerinde olan iki gazetede ilan şeklinde yayımlanmasına da karar verecektir.

Burada dikkat edilecek nokta, sorumlu müdüre verilen cevap ve düzeltme yazısının hiç yayımlanmamasının veya kanuna uygun olarak yayımlanmamasının suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Kanun koyucu burada sadece "*cevap ve düzeltme yazısının yayımlanması yönünde verilen kesinleşmiş mahkeme kararlarının yayımlanmamasını*" suç olarak düzenlemiştir.

III. RADYO VE TELEVİZYON YAYINLARINA KARŞI CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Cevap ve düzeltme hakkı sadece yazılı basının yayınlarına karşı tanınmış bir hak olmayıp radyo ve televizyon yayınlarına karşı da tanınmıştır. TRT kurumuna ait radyo ve televizyon yayınlarına karşı

²⁰ Sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili kavramı, Kanun'un 11/3 fıkrasında geçen yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi kimseleri ifade etmektedir.

tanınan cevap ve düzeltme hakkı, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 27. maddesinde; özel sektör kuruluşlarına ait radyo ve televizyonların gerçekleştirdiği yayınlara karşı tanınan cevap ve düzeltme hakkı da 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 28. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki kanundaki düzenlemeyi aşağıda birbiriyle karşılaştırmalı olarak incelemeye çalıştık.

A. TRT YAYINLARINA KARŞI CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

TRT kurumuna ait radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılabilir olan cevap ve düzeltme hakkı, 2954 sayılı Kanun'un 27. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bir kimsenin TRT yayınlarına karşı cevap ve düzeltme hakkına sahip olabilmesi için yayının, kişinin haysiyet veya şerefine dokunması ya da kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı bir nitelik taşıması gerekir.

TRT yayınlarına karşı kullanılacak cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili usul ve esasları aşağıda ayrıntılı olarak inceleyelim.

1. Cevap ve Düzeltme Hakkının Doğması İçin Gerekli Koşullar

TRT yayınlarına karşı cevap ve düzeltme hakkının doğması için gerçekleştirilen yayında kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisiyle ilgili olarak gerçeğe aykırı hususlar bulunması gibi koşullar aranmıştır.

Cevap ve düzeltme hakkının varlığı için aranan "*haysiyet ve şerefe dokunan yayın*" koşulu bakımından gerçekleştirilen yayının Ceza Kanunu anlamında hakaret veya sövme suçunu teşkil etmesi gerekmez. Gerçekleştirilen yayın, Ceza Kanunu anlamında hakaret veya sövme suçu niteliğinde olmamakla birlikte kişinin şeref ve haysiyetine dokunur nitelikte ise bu durumda pekala buna karşı cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir.²¹

"*Gerçeğe aykırı yayın*" koşulu bakımından, kanundaki ifade karşısında gerçekleştirilen yayının hem "*kişinin kendisiyle ilgili olması*" hem

²¹ Çetin, a.g.e., s. 138.

de “gerçeğe aykırı olması” gerekir. Ancak burada gerçeğe aykırı yayının ayrıca kişinin şeref ve haysiyetine dokunması da gerekli değildir.

Gerçekleştirilen yayınların şekli, cevap ve düzeltme hakkının doğması bakımından pek önemli değildir. Zaten Kanun da bu konuda herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda gerek canlı yayınlar gerekse banttan yapılan yayınlar da cevap ve düzeltme hakkı doğurabilir. Ayrıca yayının haber veya yorum şeklinde olması da önemli değildir.²² Ancak hemen belirtmek gerekir ki siyasi partilerin kendi özel yasaları uyarınca radyo ve televizyonlardan yapacakları seçim propaganda konuşmaları ve 2954 sayılı TRT Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca yayınlanacak hükümet bildiri ve konuşmaları hakkında cevap ve düzeltme hakkı söz konusu olmayacaktır. (2954 S. K. m. 27/son) Başka bir ifadeyle bu tür yayınlar cevap ve düzeltme hakkı doğursa bile bunlara karşı cevap ve düzeltme hakkı kullanılamayacaktır. Ancak koşulları varsa bu yayınlara karşı diğer hukuki yollara başvurmak elbette ki mümkündür.

2. Cevap ve Düzeltme Hakkına Sahip Olanlar

Cevap ve düzeltme hakkına sahip olan kişi, kendisine karşı haysiyet veya şeref kırıcı ya da gerçeğe aykırı yayın yapılan gerçek veya tüzel kişidir. TRT Kanunu’nun 27. maddesinin ikinci fıkrası gereğince “özel hukuk tüzel kişileri” ve TRT Kanunu’nun 19. maddesi uyarınca yapılan yayınlar nedeniyle “TBMM’de grubu bulunan ve hükümete dahil olmayan siyasi partilerin” de cevap ve düzeltme hakkı bulunmaktadır. Kanun’da açıkça özel hukuk tüzel kişilerinden söz edildiği için burada kamu hukuku tüzel kişilerinin cevap ve düzeltme hakkına sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

27. maddenin birinci fıkrasının “h” bendi gereğince cevap ve düzeltme hakkını kullanmadan ölen kişinin bu hakkını, bütün mirasçıları birlikte kullanabileceği gibi bunlardan ilk başvuran mirasçı da kullanabilir.

Gerçekleştirilen yayında kişinin adı belirtilmemiş olmasına rağmen yine de kimden söz edildiği açıkça anlaşılabilirse bu durumda bu şahsın, cevap ve düzeltme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.²³

²² İçel, a.g.e., s. 303.

²³ Çetin, a.g.e., s. 138.

3. Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılması Usulü

Cevap ve düzeltme hakkına sahip olan kişi, yayın tarihinden başlayarak yedi gün içinde cevap ve düzeltme metnini TRT Genel Müdürlüğü'ne göndermek zorundadır. Bu süre geçtikten sonra cevap ve düzeltme hakkı artık kullanılamaz. Zira başvuru için tanınan yedi günlük süre, hak düşürücü süre olup zamanaşımını kesen ve durduran nedenlerle kesilmez ve uzamaz. Sürenin kaçırılması halinde de eski hale getirme isteğinde bulunulamaz.

Cevap ve düzeltme hakkını kullanan kişinin göndereceği cevap metninin 27. maddesinin 1. fıkrasının b ve c bentlerinde belirlenen özelliklere uygun olması gerekir. Bu hükümlere göre, gönderilen metnin, düzeltme ve cevaba esas olan yayının süresinin ilgili bölümünün süresini aşmayacak şekilde hazırlanması gerekir. Ayrıca ilgilinin bu metinde, yayın dolayısıyla şeref ve haysiyetine dokunulduğunu veya kendisine gerçeğe aykırı olarak bir husus atfedildiğini belirtmesi ve bununla ilgili gerçek durumun ne olduğunu da açıklaması gerekir. Hazırlanan cevap metninin 2954 sayılı Yasa hükümlerine aykırı olmaması, suç niteliğinde bulunmaması ve yeni bir düzeltme ve cevap hakkı doğurur nitelikte olmaması da Kanun'un aradığı diğer şartlardandır.

TRT Genel Müdürlüğü, Kanun'a uygun olarak hazırlanmış cevap ve düzeltme metnini aldıktan sonra üç gün içinde yayınlamakla yükümlüdür. Düzeltme ve cevap isteği ve gönderilen metin Kanun'un aradığı özelliklere uygun değilse Genel Müdürlük bu isteği reddettiğini, yayınlamakla yükümlü olduğu üç günlük sürenin bitiminden itibaren iki gün içinde ilgiliye bildirmelidir (TRT Kanunu m. 27/1-c).

İlgili bu ret kararına karşı iki gün içinde Ankara Sulh Ceza Hakimliği nezdinde itirazda bulunabilir. Ancak ilgili, Ankara dışında bulunuyorsa itirazını, Ankara Sulh Ceza Hakimliği'ne gönderilmek üzere bulunduğu yer mahkemesine de verebilir.

Ankara Sulh Ceza Hakimi, en geç iki gün içinde düzeltme ve cevap metnini, suç niteliğinde olup olmadığı, yayın ile ilgisi bulunup bulunmadığı, Kanun'daki koşullara uygun olup olmadığı ve kuruma süresi içinde gönderilip gönderilmediği hususları yönünden inceleyerek bir karar verir.

Hakim, düzeltme ve cevap metninin aynen yayınlanmasına karar verebileceği gibi uygun göreceği değişiklikleri bizzat yaptıktan sonra yayınlanmasına da karar verebilir. Bu kararın bir örneği taraflara gönderilir. Taraflar bu karara, kendilerine tebliğinden itibaren iki gün içinde Ankara Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz edebilirler. Asliye Ceza Hakimî'nin konuyla ilgili olarak verdiği karar kesin olup buna karşı itiraz yoluna gidilemez. Hakimin yayınlanmasına karar verdiği metnin, Genel Müdürlüğe tebliğinden itibaren iki gün içinde yayınlanması zorunludur.

TRT, gönderilen cevap yazısını her ne kadar aynen yayınlamakla yükümlü olsa da bu yazıyı asıl yayının yapıldığı saatte ya da programda yayınlamak zorunda değildir. TRT kendisine tanınan hak ve yetki gereği cevap ve düzeltme ile ilgili yayın saatini istediği şekilde ayarlayabilecektir. TRT'ye tanınan bu hakkın, cevap metninin, yayınların izlenmediği bir saatte yayınlanarak etkisiz bırakılması gibi bir sonuç doğurabileceği bilinmelidir.

B. ÖZEL RADYO VE TELEVİZYON YAYINLARINA KARŞI CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Özel radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılacak cevap ve düzeltme hakkı, 3984 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in²⁴ 38. maddesinde düzenlenmiştir. 3984 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Gerçek ve tüzelkişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkı tanınması için ilgililer yargı yoluna başvurabilirler.*"

Özel radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılacak olan cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili usul ve esasları aşağıda inceleyelim.

1. Cevap ve Düzeltme Hakkının Doğması İçin Gerekli Koşullar

Özel radyo ve televizyon yayınlarına karşı tanınan cevap ve düzeltme hakkının doğması için gerekli olan koşullar, 2954 sayılı TRT Kanunu'nda yer alan koşullardan farklı olarak belirlenmiştir. TRT Ka-

²⁴ Yönetmelik 28.05.1995 tarih ve 22296 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

nunu'nda, yayının "kişinin haysiyetine ve şerefine dokunması veya kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı hususlar içermesi" koşulları aranırken 3984 sayılı Kanun özel radyo ve televizyonlar bakımından "gerçeğe aykırı yayın" koşulunun yanı sıra "kişilik haklarına saldırı oluşturan yayın" gibi sınırları daha geniş olan bir koşul benimsemiştir.

Bilindiği üzere kişilik hakkı, kişisel varlıklar üzerinde söz konusu olan şahsa bağlı mutlak bir hak olup yaşam, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, resim, isim ve his yaşamı gibi kişisel değerleri kapsayan bir haktır.²⁵ Bu anlamda kişilik hakkı, kişisel değerler üzerinde sahip olunan bir hak olduğundan bu değerlerden herhangi birisine yönelen saldırılar, kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. İşte 3984 sayılı Kanun, "kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayın koşulunu" öngörmek suretiyle kişinin sadece şeref ve haysiyetine dokunan yayınların değil yukarda saydığımız diğer kişilik değerlerine saldırı teşkil eden yayınların da cevap ve düzeltme hakkı doğuracağını hükme bağlayarak daha geniş bir çerçeve belirlemiştir. Bu durumda özel radyo ve televizyonlar tarafından gerçekleştirilen ve kişinin kişilik değerlerinden herhangi birine saldırı teşkil eden bir yayının bulunması durumunda ilgili kişi, bu yayına karşı cevap ve düzeltme hakkına sahip olacaktır.

Gerçeğe aykırı yayın koşulu bakımından farklılık gösteren bir durum olmadıgından yukarda TRT yayınları ile ilgili kısımda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

2. Cevap ve Düzeltme Hakkına Sahip Olanlar

Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasına göre, belirtilen koşullara uygun yayınlara maruz kalan gerçek ve tüzel kişiler, cevap ve düzeltme hakkına sahip olacaklardır. Burada Kanun, tüzel kişiler bakımından özel hukuk tüzel kişisi veya kamu hukuku tüzel kişisi şeklinde herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda, TRT Kanunu'ndan farklı olarak kamu hukuku tüzel kişileri de kendileri ile ilgili olarak gerçekleştirilen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkına sahip olacaklardır. Tüzel kişiler adına cevap ve düzeltme hakkını şirketi temsile yetkili olan kişiler kullanır.

²⁵ Akıntürk Turgut, *Medeni Hukuk*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2003, s. 106.

3. Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılması Usulü

Özel radyo ve televizyonlar tarafından gerçekleştirilen yayınlara karşı cevap hakkının kullanılabilmesi bakımından Kanun, yayını gerçekleştiren kuruluşa başvuru şeklinde bir yol öngörmemiş, bunun yerine 28. maddesinde yargıya başvuru yolundan söz etmiştir. Bu nedenle ilgililerin, cevap ve düzeltme başvuruları bakımından yayını gerçekleştiren kuruluşa değil doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak cevap ve düzeltmenin yayınlanması için karar almaları gerekmektedir.

Aslında Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 23. maddesinin *“yayıncı, haber ya da programlarda cevap hakkı doğduğuna inandığı durumlarda, hak sahibi olanların yargı yoluna başvurmalarını beklemeden bu hakkı kullanmalarını sağlayabilir.”* şeklindeki üçüncü fıkrası ile ilgililere dolaylı da olsa ilgili yayın kuruluşuna başvurma olanağının getirildiği düşünülebilir. Ancak yönetmelikte, bu şekilde yapılacak başvurunun usul ve esasları konusunda herhangi bir hüküm bulunmaması ve cevap ve düzeltmenin yayınlanması hususunun tamamen ilgili kuruluşun takdirine bırakılmış olması karşısında yönetmelikteki düzenlemenin başvurana zaman kaybettirmek dışında pratik bir faydası bulunmayacağı düşünülebilir. Bu nedenle cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili olarak TRT Kanunu’nda olduğu gibi doğrudan *“ilgili yayın kuruluşuna başvuru şeklinde bir yola”* işlerlik kazandırılmak isteniyorsa konunun, 3984 sayılı Kanun’da ele alınarak yasal boşluğa meydan vermeyecek şekilde tüm yönleriyle düzenlenmesi daha yerinde bir tutum olacaktır.

Sonuç olarak ilgililerin, özel radyo ve televizyonlar tarafından gerçekleştirilen saldırılar karşısında, yayının gerçekleştirilmesinden itibaren on günlük hak düşürücü süre içinde görevli ve yetkili yargı yerine başvurmaları gerekmektedir.

Başvurulması gereken yargı yeri, ulusal yayın yapan kuruluşlar bakımından Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, bölgesel ve yerel yayın yapan kuruluşlar bakımından da başvuranın ikametgahı sulh ceza mahkemesidir (3984 S. K. m. 28/7).

Haklarında yayın yapılan kişiler, dava açmaya esas olmak üzere yazılı olarak Üst Kurul’a başvurarak yayın bandından bedeli karşılı-

ğında bir kopya talep edebilirler.²⁶ İlgililer yayın bandını, yargıya başvurmadan önce isteyebilecekleri gibi mahkemeye başvurduktan sonra da isteyebilirler.

İlgilinin başvurusu üzerine yetkili sulh ceza mahkemesi, konu ile ilgili gerekli incelemeyi yapar ve üç gün içinde kararını verir. Taraflar bu karara karşı tebliğinden itibaren üç gün içinde asliye ceza mahkemesinde itiraz edilebilirler. Asliye ceza mahkemesi de üç gün içinde karar vermek zorundadır. Asliye ceza mahkemesinin vereceği karar kesindir (3984 S. K. m. 28/4).

Mahkeme, inceleme sonrası başvuruyu yerinde görürse düzeltme ve cevap, mahkeme kararının ilgili kuruluşa tebliğ edildiğinin ertesi gününde, cevaba sebep olan yayının yapıldığı saatte ve aynı program içinde yayınlanır. Yayının süresini ve şeklini, halin icabına ve delillere göre hakim takdir eder.

Cevap hakkına sebep olan program yayından kaldırılmış veya yayına ara verilmişse bu durumda cevap ve düzeltme, mahkeme kararının tebliğini izleyen günde ve programın her zamanki yayın saatinde yayınlanır.²⁷

3984 sayılı Kanun'un 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanun ile değişik 6. fıkrasına göre kesinleşen mahkeme kararına karşı yayın yapmayan veya mahkemenin kararına uygun olarak yapmayan ya da geciktiren radyo ve televizyon kuruluşlarında, yayınlardan sorumlu en üst yönetici ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanına otuz milyar liradan doksan milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

SONUÇ

Son yıllarda giderek etkinleşen ve kimi kişiler tarafından dördüncü kuvvet olarak adlandırılan basın, haber verme, kamuoyunu bilgilendirme gibi işlevlerini yerine getirirken zaman zaman kişi ve kuruluşların

²⁶ 3984 S. Kanun'un 28/2 ve Yönetmeliğin de 23/2. fıkraları uyarınca televizyon yayıncıları tüm yayınlarını görüntü bandına, radyo yayıncıları da ses bandına kaydederek bu bantları bir yıl boyunca muhafaza etmek zorundadırlar. Yayın bantlarını belirtilen şekilde saklamayan kuruluşun yayınları bir aydan üç aya kadar durdurulur ve kuruluşun sahip veya yöneticileri duruma göre çeşitli cezalara çarptırılır.

²⁷ Avşar Zeki - Öngören Gürsel, *Radyo ve Televizyon Hukuku*, (RTÜK Yayını) Ankara 2003, s. 145.

birtakım haklarını ihlal edebilir veya onlara zarar verebilir. Örneğin basın yoluyla kişilerin kişilik değerlerine saldırıda bulunulabileceği gibi haklarında gerçeğe aykırı birtakım yayınlar da gerçekleştirilebilir. İşte kişilerin kişilik değerlerinin basından gelecek bu tür haksız saldırılara karşı korunması için hukuk düzeninde çeşitli tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirlerden önemli bir tanesi de kişi ve kuruluşlara tanınmış olan (tekzip) cevap ve düzeltme hakkıdır.

Cevap ve düzeltme hakkı diğer hukuki yollar saklı kalmak kaydıyla onuru, şerefi, adı ve özel hayatı gibi kişilik değerleri ihlal edilen herkeşe aynı olanaklardan yararlanmak suretiyle kendini savunma imkanı tanıyan bir haktır.

Gerçekten cevap ve düzeltme hakkı sayesinde kişiler, kişilik haklarının ihlal edilmesi veya haklarında gerçeğe aykırı yayınlar yapılması halinde yayını gerçekleştiren basın kuruluşuna karşı aynı araçlarla savunma yapma ve hakkındaki yanlışlıkları düzeltme fırsatı bulmaktadır. Bu anlamda cevap ve düzeltme hakkı, kişilerin haklarının basın organlarına karşı derhal ve etkin bir şekilde korunması açısından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Cevap ve düzeltme hakkı temel kişilik haklarından olup esas olarak kişilerin bireysel çıkarlarını korumakla birlikte kamuoyunun doğru bilgilendirilmesini de sağlayarak kamusal çıkarlara da hizmet etmektedir.

Cevap ve düzeltme hakkı, sahip olduğu önemden dolayı hukukumuzda Anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili 32. maddesinde kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal eden veya kendileri ile ilgili gerçeğe aykırı olan yayınlar karşısında cevap ve düzeltme hakkına sahip oldukları belirtilmiş ve konunun kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bunun üzerine cevap ve düzeltme hakkı, süreli basılı eserler yönünden 5187 sayılı Basın Kanunu'nda; TRT tarafından gerçekleştirilen görsel ve işitsel yayınlar bakımından 2954 sayılı Kanun'da ve son olarak özel radyo ve televizyon kuruluşları tarafından gerçekleştirilen görsel ve işitsel yayınlar bakımından da 3984 sayılı Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda ilgili anayasal ve yasal hükümler doğrultusunda ayrıntılı olarak incelemeye çalıştığımız cevap ve düzeltme hakkı kurumunun, kişilerin basın kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ve kişilik haklarını ihlal eden yayınlara karşı etkin bir şekilde korunması sağlayan bir mekanizma olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız.

ÜST DÜZEY YÖNETİCİLERİN YETİŞTİRİLMESİ İLE İLGİLİ ANASAYA MADDESİNİN İLGİNÇ SERÜVENİ

Dr. Ö. Faruk GÜNAY*

Konuyu oluşturan Anayasa, 1982 Anayasası, madde ise bu Anayasa'nın 128. maddesidir. Maddenin ele alınması ve incelenmesi sonucunda, ilginç bir serüvenin ortaya çıkarılmasının nedeni ise, maddenin son fıkrasında yer alan üst düzeyden yöneticilerinin yetiştirilmesine ilişkin ibare olmuştur. 1982 Anayasası'nın hazırlanması aşamasına gelmeden önce, yönetici ve üst düzey kamu yöneticisine ilişkin anayasal düzenlemelere göz atacak olursak:

Anayasalarımızın incelenmesinde; yönetici yetiştirme, yöneticiler ve üst düzey yöneticilerle ilgili özel bir hükme, 1982 Anayasası hariç rastlanmadığı anlaşılmaktadır. Ancak memurlara ilişkin bölümlerde, kamu hizmetlerine girerken kişiler arasında ayırım yapılamayacağı ve yapılan sınavlarda başarılı olabilenlerin kamu görevlisi olarak atanabileceği hususları yer almaktadır. İlk Anayasa'dan itibaren de kamu hizmetlerine girişte eşitlik ve yeterlik esaslarının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

1876 Anayasası'nda (Kanun-i Esasi 7 Zilhicce 1293) yöneticilerle ilgili özel bir hüküm bulunmamakla birlikte tüm memurların atanma ve çalışma yöntemlerinin belirlendiği üç maddelik "Memurin" başlıklı bir bölüm bulunmaktadır. Bu bölümde yer alan 39. madde de "Bilcümle memurin nizamen tayin olunacak şerait üzere ehil ve müstahak oldukları memuriyetlere intihab olunacaktır ve bu veçhile intihab olunan memurlar kanunen mucibi azil hareketi tahakkuk etmedikçe veya kendisi istifa eylemedikçe veyahut

* İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanı.

*Devletçe bir sebeb-i zaruri görülmedikçe azil ve tebdil olunamaz...*¹ denilerek Devlet memuru olarak çalıştırılacaklara bir takım temel hakların sağlandığı da ortaya konulmaktadır. Bu madde ile öncelikle, memurların, kanunen belirlenen şartları taşımak kaydı ile yeterli oldukları veya hak ettikleri görevlere atanabilecekleri belirlenmektedir. Maddeden yeterlik (liyakat) ilkesinin atamalarda esas alınacağı anlaşılmaktadır. Öte yandan bu madde devamında memurların görevden alınmalarını da üç şekilde mümkün kılarak, bir tür memur güvencesi sağlamaktadır. Bu düzenlemeye göre memurlar ancak;

1. Kanunen görevden almayı gerektirir koşullardan biri gerçekleşirse,
2. Kendi isteğiyle istifa ederse,
3. Devletçe zorunlu bir neden ortaya çıkarsa görevden alınabilecektir.

“Devletçe zorunlu bir neden olması” şartı oldukça geniş yorumlanarak istenilen atamalara veya görevden almalara dayanak teşkil edecek bir ifade olarak görülse de, Anayasaya bu maddenin yazılması dahi memur güvencesi ve yeterlik ilkesi doğrultusunda atılmış önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

Osmanlı, devletin bünyesinde yer alan, farklı etnik ve dini özelliklere sahip kişilere memur olmak için, Osmanlının tebaası olmak, ile yeterli ve yetenekli olmak dışında bir şart koşmamış, bu koşulları taşıyanların devlet memuru olabileceğini çıkardığı ilk Anayasa’da açıkça ifade etmiştir. Kanun-i Esasi’nin 19. maddesinde *“Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar”*² denmektedir. İlk anayasamız olan bu Anayasa’da, temel olarak herkesin nitelikleri ve yetenekleri doğrultusunda kamu görevlisi olabileceği ifade edilmektedir. Devlet memuru olmanın *“umum tebaa”*ya açık olduğu, dolayısıyla kişiler arasında ayırım yapılmayacağı da (ki buna dini ayrımı da dahil etmek gerekir) özellikle vurgulanmıştır.

İlk anayasamız olan 1876 Anayasası, 19 ve 39. maddeleri ile kamu görevine girişte, atama ve görevlerden almalarda eşitlik, yeterlik ve

¹ Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklanmış Türk Anayasaları, Anayasaların Yapılışları-Özellikleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 18.

² Aynı kaynak, s. 15.

memur güvencesi ilkelerini esas alan bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu maddeler ve içeriği, 1908 yılında (II. Meşrutiyet) yapılan değişiklikler sonucunda da aynen korunmuş, dönemin anlayışına ters düşmeyen ve kabul gören ilkeler olarak muhafaza edilmiştir.

1921 Anayasası'nın (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu 20.1.1337) Yönetime ilişkin maddelerine bakıldığında; Ulusal Bağımsızlık Savaşı'nı yürütme sürecinde Mustafa Kemal önderliğinde kurulan ve ülkenin dört bir yanından seçilen üyelerden oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çıkardığı ve bir yandan Kurtuluş Savaşı'nı, bir yandan da yönetim düzenini oluşturmayı amaçlayan bu Anayasa ile, yasama ve yürütme görevlerinin milletin tek temsilcisi olan Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ifade edilmiştir (m. 2). Artık yetkili padişah olmayacaktır ve egemenlik kayıtsız şartsız millettir. Toprak sahipliği, ticaret gibi nedenlerle ortaya çıkan toplumsal güçler; egemenliği padişahın elinden alarak kendilerinin kullanabileceği bir düzenin kurulabilmesi için, asker ve sivil bürokratlar ile ortaklığa razı olmuş, bunun hukuki dayanağı da Anayasa'nın bu hükümleri olmuştur.

Anayasa'da "*idare*" başlığı altında ülkenin, ekonomik ve coğrafi nedenlerle oluşmuş; vilayetler, kazalar ve nahiyelerden oluştuğu, bunlardan meclisleri ve yönetim organları ile Anayasa'da belirlenen görevleri yürüteceği (m. 11-12), bir de ekonomik ve sosyal ilişkileri nedeniyle vilayetlerin birleştirilerek "*umumi müfettişliklerin*" oluşturulacağı belirtilmektedir (m. 22).

Yönetici yetiştirme ile ilgili bir hükmün bulunmadığı 1921 Anayasası'nda üst düzey yöneticilerden vali ve kaymakamlarla ilgili olarak, 14. madde ile vilayetin yöneticisi olarak valinin, "*Büyük Millet Meclisi'nin vekili ve mümessili*" olacağı ve Büyük Millet Meclisi Hükümeti tarafından atanacağı, 15. maddesinde de kazanın, hükümet tarafından atanan ve valinin emri altında çalışacak olan kaymakam tarafından yönetileceği ifade edilmektedir.³

Cumhuriyet'in ilanı da, bu Anayasa'da değişiklik yapan 29.10.1339 (1923) tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun ile gerçekleşmiş olup bu değişiklik ile de yönetici atamalarında ve yetiştirilmesinde özel bir düzenlemeye gidilmemiştir.

³ Aynı kaynak, s. 55.

1924 Anayasası'nın (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu 20.4.1340) Yönetim ile Yöneticiye İlişkin Hükümleri'ne bakılacak olursa; memurlarla ilgili olarak aynen 1876 Anayasası'nda olduğu gibi "Memurin" başlığı altında üç madde ile bir düzenleme yapmış olup bu başlık altında;

91. maddesinde, "*Vilayetler umuru tevsi mezuniyet ve tefriki vezaifesi üzerine idare olunur*" demektedir.⁴ Buna göre vilayetler yetki genişliği ve görevler ayrımı esasına göre yönetilecektir. "*... tevsi mezuniyet devairi merkeziye kudreti karar ve icrasından (merkezi yönetimin karar ve yürütme gücünden) bir kısmını maiyet memurlarına tevdi eylemektir. ... Tevsi mezuniyet ancak memurin hakkında kabili tekliftir. Tefriki vezaif bilakis ahaliye taalluk eder. Tefriki vezaif bir devlette hükümetin deruhte ettiği vezaifi ehemmiyetlerine göre aksanı müteaddiyeye taksim etmek, bunlardan bir kısmını hükümeti merkeziyeye tahsis ile aksanı sairesini lüzum ve ihtiyaç derecesinde vilayetlere ve belediyelere tevdi ve tahmil eylemektir ...*"⁵ Yetki genişliği, merkezi yönetimin kendi temsilcisi olarak çeşitli görevlere atadığı yöneticilere bazı yetkilerini devrederek kullandırması, görevler ayrılığı ise yetki devrine ek olarak, yerel yönetim birimlerine devletin görevlerinden bazılarının devredilmesi anlamına gelmektedir. Bu madde ile yetkiler, vali ve kaymakamlara yetki genişliği ilkesi çerçevesinde, il özel idarelerine de görevler ayrılığı ilkesi doğrultusunda devredilmektedir.

Personel yönetimi esaslarının belirlendiği 92. maddesinde; "*Hukuku siyasiyeyi haiz her Türk ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını haizdir*" diyerek "*ehil olmak ve hak etmek*" olarak belirlenen yeterlik ilkesini esas aldığını vurgulamıştır.⁶ 93. maddesinde de, memurların; nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, göreve alınmaları ve görevden çıkarılmaları, yükselme ve ilerlemelerinin özel bir kanunla belirleneceğini ifade etmiştir. Bunlar dışında 1924 Anayasası'nda üst düzey yöneticilerin nasıl atanacağına dair özel bir hüküm bulunmamaktadır.

⁴ Aynı kaynak, s. 88.

⁵ Meclisi Mebusan Hususi Encümeni'nin Mazbata Muharriri Bay Ferit'in (sabık Dahiliye Vekillerinden) kaleminden çıkan Encümen Raporu; Tönük, Vecihi, *Türkiye'de İdare Teşkilatının Tarihi; Gelişimi ve Bugünkü Durumu*, Ankara, 1945, aktaran GÜLER, Ayman Birgül, "İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon (Kamu Yönetimi Temel Kanunu)" s. 1-34, *Kamu Yönetimi Reformu İncelemeleri: Mülkiye'den Perspektifler*, No: 59, Kasım 2003, s. 18.

⁶ Gözübüyük, A. Şeref, *a.g.e.* Ankara 2002, s. 89.

1961 Anayasası (09.07.1961), 27 Mayıs 1960 tarihinde meydana gelen ve Cumhuriyetin kurulmasından sonra sivil yönetime askerin ilk müdahalesi sonucunda, ihtilal niteliğinde yeni değişiklikleri doğuran, yeni yönetim anlayışı doğrultusunda oluşturulan kurucu meclis tarafından hazırlanan ve halkın oyu ile de kabul edilen önemli yeni düzenlemeler yapan bir anayasadır.

1961 Anayasası, anayasal tarihimize 1876 Anayasası ile giren ve 1921 ile 1924 anayasal düzenlemelerinde de korunan “*illerin idaresi yetki genişliği (tevsi mezuniyet) ve görevler ayrılığı (tefriki vezaiif) ilkesine dayanır*” hükmüne son vermiştir. Böylece yönetim sistemi taşrada il özel idaresi değil, il genel yönetimi üzerine yükselmiştir.⁷

1924 Anayasası'nın 69. maddesinde Türklerin kanun karşısında, eşit oldukları ve her türlü ayrımcılığın yasaklandığı şekli ile belirlenen eşitlik ilkesi, 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde “*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığını gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz*” ifadesi ile daha kapsamlı bir şekilde kabul edilmiştir.

Kamu hizmetlerine girme hakkı başlığı altında 58. maddesinde ise, “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” denilerek, kamu görevlerine girişte eşitlik ve yeterlik ilkesinin esas alındığı kayırmacılığın kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Memurların nitelikleri, atamaları, ödev ve yetkileri, hak ve yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği 117. maddede, memurların yansız olacakları hususu da 119. maddede düzenlenmiştir. Bunların dışında özel olarak yöneticiler ve atamalarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi son Anayasamıza kadar üst düzey kamu yöneticilerinin yetiştirilmelerine ilişkin bir düzenleme anayasalarımızda yer almamıştır.

Yönetime başka bir askeri müdahale dönemi olan 12 Eylül yönetiminin oluşturulan Danışma Meclisi tarafından hazırlanan ve dönemin yasama organınca kabul edilerek halkoyuna sunulan ve onaylanan bu Anayasa ile; daha önce diğer anayasaların da benimsediği eşitlik ilkesi, 10. madde ile kabul edilmekte, ilave olarak “*Devlet organları ve idare ma-*

⁷ Güler, B. A., a.g.m., Ankara 2003, s. 17.

kamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” ibaresi eklenerek kamu yönetimi, eşitlik ilkesini uygulamakla ilgili olarak özel olarak sorumlu hale getirmektedir.

1982 Anayasası, illerin yönetiminde “*görevler ayrılığı*” esasını benimsememiştir. Bu durum, 1961 Anayasası’ndan bu yana böyledir. Çıkarılan yeni İl Özel İdaresi Kanunu’ndan (5302) sonra, bu konuda yasa yapıcının fikir değiştirmeye başladığı söylenebilir.

Kamu hizmetlerinin başlıca özelliklerinden biri, sürekliliktir. Hizmetlerde sürekliliğin güvencelerinden en önemlisi ise yasaları uygulamakla görevli kamu bürokrasisidir. Hizmetlerin sürekli, güvenceli ve tarafsız bir biçimde sürdürülmesi, kamu görevliliği sistemiyle sağlanmaktadır. Çalışma, yurttaşlar için bir “*sosyal ve ekonomik hak*” iken, kamu kesiminde çalışma her yurttaşın “*siyasal hakkı*” olarak kabul edilmektedir. Hakların bu sınıflandırması, 1982 Anayasası’nda da kabul görmüş ve böyle sınıflandırılmıştır. Kamu hizmetine girme hakkı 1961 Anayasası’nda olduğu gibi aynen kabul edilerek 70. maddede yer almış, sadece “*ödevin gerektirdiği*” ibaresi “*görevin gerektirdiği*” şeklinde değiştirilmiştir. Buradan sonuç olarak, kamu hizmetine girmede görevin gerektirdiği niteliklerden başka, koşulun aranmayacağı ve eşitliğin esas alındığı çıkmaktadır.

Memurların nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceğinin de belirlendiği 128. maddenin son fıkrasında ilk olarak “*üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir*” ibaresine yer verilmektedir.⁸ Konumuzu teşkil eden ve bu Anayasa’ya kadar hiçbir anayasada yer almayan bu madde üzerinde ayrıntılı olarak durmak gerekir:

12 Eylül 1980 tarihinde yapılan müdahale sonucunda yönetim yapımızda önemli yapısal değişiklikler gerçekleştirilmiş, bunlara hukuki temel teşkil edecek yeni bir anayasanın hazırlanmasına da karar verilmiştir. Dönemin karar organı olan Milli Güvenlik Konseyi tarafından alınan karar doğrultusunda, Danışma Meclisi kurulmuş ve ilk görevlerinden biri olarak yeni anayasanın hazırlanmasını gündemine almıştır. Danışma Meclisi’nin aldığı kararlar, dönemin karar organının, Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi’nden oluşması nedeniyle,

⁸ Gözübüyük, A. Şeref, *a.g.e.* Ankara 2002, s. 333.

Milli Güvenlik Konseyi tarafından da bir üst karar organı olarak ele alınarak değerlendirilmekte, kabul edilenler hukuki düzenlemeler olarak uygulamaya girmektedir.

Yeni anayasanın hazırlanması amacıyla Danışma Meclisi'nin bir Anayasa Komisyonu kurduğu ve öncelikle bu komisyonda uzun süreli çalışmalar yapıldığı bilinmektedir. Bu genel açıklamalardan sonra konumuzu teşkil eden maddenin, komisyon ve sonraki aşamalarda nasıl ele alındığı ve değerlendirildiğine bakmak gerekmektedir:

“Kamu Görevlileriyle İlgili Hükümler” başlığı altında alt komite tarafından hazırlanan ve Anayasa Komisyonu'na sunulan maddede genel ilkeler olarak;

“Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetleri kamu görevlileri eliyle görülür. Memurlarla diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, hizmete girişleri ve yükselmeleri, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri kanunla düzenlenir.

Kamu görevlileri yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınırlar. Kamu görevlileri, görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirirler.

Üst kademe yöneticisi kamu görevlilerinin nitelikleri, atanma usul ve esasları kanunla özel olarak düzenlenebilir.”

şeklinde sayılmış ve değerlendirmeye sunulmuştur.

Anayasa Komisyonu, madde başlığından içeriğine pek çok konuda değişiklik önerilerinde bulunmuş ve gerçekleştirmiştir. Çalışmaların tamamı bu yazıda incelenmemekte, sadece konumuzu ilgilendirdiğinden, son fıkra üzerinde yapılan çalışmalar ele alınmaktadır.

Komisyon'da madde hakkında değerlendirme yapan üyelerden biri, söz konusu fıkra ile ilgili olarak, metni ifade ettikten sonra; *“Üst kademe yöneticisinin sınırı belli değildir. Bu, müsteşardan ilçe şube başkanına kadar gider. Bunların hiçbirinin de vasfını kanunla tespit etmek imkanı yoktur. Bu, artık idarenin inisiyatifine kalan husustur, öyle yürütülmektedir. Burada, bunu Anayasa maddesi olarak belirtmeye de ne maddeten ne de bilimiz itibarıyla, ne de tatbikat yönüyle imkan göremiyorum.”*⁹ diyerek fıkrayı uygun görmediğini belirtmiştir.

⁹ Meriç, Recep, *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Alaaattin, s. 86.

Bir diğer üye de görüşünü, fıkranın metninden çıkarılmasının ve bu hususun yönetime bırakılmasının uygun olacağı şeklinde ifade etmektedir.¹⁰ Üst kademe yöneticisi memurları, diğer memurlarla birlikte düşünerek 657 sayılı Kanun içinde değerlendirmek ve maddeden çıkarmak yönünde görüş belirten de¹¹ olmuştur.

Maddenin fıkralarının tek tek görüşülüp oylanması sırasında, komisyon başkanı son fıkra ile ilgili konuşurken maddenin gerekçesi olarak, *"Bundan maksat hatırımda kaldığına göre bir bakan geldiği zaman yüksek memurları istediği gibi değiştirmesine engel olmak amacına yönelikti"* şeklinde ifadede bulunmakta, metni hazırlayan Turgut Tan tarafından da bu hususu, *"görüş, komisyonda çoğunluk kazanırsa o görüşü sağlayacak hüküm olarak"* getirdiğini söyleyerek teyit etmektedir.¹² Üyelerden Tevfik Fikret Alpaslan, bu fıkranın maddeden çıkarılarak memurlarla ilgili başka bir maddeye eklenmesi konusunda ısrar etmektedir.¹³

Yapılan değerlendirmeler ve alınan kararlar göz önüne alınarak yeniden yazılan ve tekrar komisyon önüne getirilen madde, değişen *"Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileriyle İlgili Hükümler"* başlığı altında, genel ilkeler olarak;

"Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getiren memurlarla, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, hizmete girişleri ve yükseltmeleri, ödevleri ve hakları, aylık ve ödenekleriyle diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, kanunun gösterdiği istisnalar dışında memurlar eliyle görülür. Memurlar ve işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri, yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınırlar ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirirler."

şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Üst düzey yöneticilere ilişkin fıkra, maddeden çıkarılmış ve bu duruma şaşırın üye Tevfik Fikret Alpaslan, söz konusu fıkranın maddeden çıkarılması talebinin yanlış anlaşıldığının ve üst düzey yöneticilerle ilgili

¹⁰ Alpaslan, Tevfik Fikret, *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Alaattin, s. 91.

¹¹ İbrahimoglu, Rafet, *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Alaattin, s. 95.

¹² *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Alaattin, s. 100-101.

¹³ *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Alaattin, s. 104-105.

maddenin böylece tümüyle Anayasa'dan çıkarılmış olmasının söz konusu olduğunu, talebinin bu olmadığını ifade etmiştir.¹⁴ Buna karşılık, maddeyi yeniden kaleme alan Turgut Tan, ikinci fıkraya “*Kanununun gösterdiği istisnalar dışında*” ibaresini üst düzey yöneticileri genel memur rejiminin dışına çıkarmak amacıyla koyduğunu belirtmiştir.¹⁵ Yapılan tartışmalardan sonra fıkra yeniden ele alınmıştır. Anayasa Komisyonu üyeleri arasında, bir yandan siyasal iktidarın bütün yöneticileri siyasi maksatla görevden alamaması, bir yandan da “*iktidarın, eski iktidarın, bir başka programın adamını kendi programını uygulayacağına emin olmadığı için değiştirme hakkına sahip olmalı*”¹⁶ fikirleri ve ikilemi içinde kalanlar bulunmaktadır. Fıkra da yer alan üst düzey yöneticilerin “*niteliklerini*” belirleme yetkisinin yasamaya verilmesini uygun görmeyen, bunun siyasal iktidarların elini tamamen bağlayacağını ifade eden üye Recep Meriç, bu ibarenin uygun olmadığını iddia etmektedir.¹⁷ Konuyla ilgili görüşünü ifade eden üye Muammer Yazar, “*Nitelik çıkabilir, nitelikte değilim. Asıl olabilmelidir. Üst kademe memurlarını değiştirebilmeli. Aşağısını değiştirmemeli, bir tarafsız memur kadrosu da teessüs etmeli, bir tarafsız memur statüsü olmalı, bir zümresi olmalı, hangi parti gelirse gelsin, ona etkisi olmamalı*” diyerek, niteliğin çıkarılabileceği, siyasal iktidarların üst kademe yöneticilerini değiştirebilmeleri ancak bunların altında çalışanları değiştirmelerinin gerektiği şeklinde görüş ifade etmiştir.

Aynı konu ile ilgili Tefvik Fikret Alpaslan, yeni bir iktidarın gelir gelmez o dönemde görev yapan ve çoğu asker yada asker emeklisi olan kişilerle ilgili olarak, “*siyasal iktidarın kendi telakkisine göre sonuca bağlanacağını*” üst kademedede buna ihtiyaç bulunduğunu ifade ederek desteklemektedir. Ona göre hükümet, “*Bir TRT Genel Müdürünü değiştiremez duruma*” getirilmemelidir.¹⁸

Bu tartışmalar sonucunda metinden “*nitelikleri*” ibaresi çıkarılarak oylanmış ve çoğunlukla kabul edilerek fıkra yeniden maddeye eklenmiştir. Anayasa Komisyonu'nda yapılan çalışmalar sonucunda madde aşağıdaki metinle Danışma Meclisi'nde görüşülmeye başlanmıştır:

¹⁴ *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Cengiz, s. 10.

¹⁵ *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Cengiz, s. 12.

¹⁶ Yazar, Muammer, *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Cengiz, s. 15-16.

¹⁷ Meriç, Recep, *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Cengiz, s. 18-19.

¹⁸ *Anayasa Komisyonu Tutanakları*, 1982, Stenograf Cengiz, s. 24.

*“Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri İle İlgili Hükümler**Genel İlkeler*

Madde 156.- Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getiren memurlarla, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, hizmete girişleri ve yükseltmeleri, görevleri ve hakları, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, kanunun gösterdiği istisnalar dışında memurlar eliyle görülür.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınırlar ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirirler.

Üst kademe yöneticisi kamu görevlilerinin, atanma ve görevden alınma usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.”

Maddenin görüşülmesine 7.9.1982 tarihinde başlanmış olup, dört adet değişiklik önergesi verilmiştir. Bu önergeler ve görüşmelerle değerlendirmeler aşağıdaki biçimde gelişmiştir.:

1. Rifat Beyazıt, Eşref Akıncı, Bekir Tünay ve Recai Baturalp tarafından verilen önergede maddenin aşağıdaki şekilde yeniden yazılması önerilmiştir:

*“Kamu Hizmeti Görevlileri İle İlgili Hükümler**Kamu Hizmeti Görevliliği*

Madde 156.- Devlet, mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yerine getirecekleri hizmetlerde, idari sözleşme dahil idari işlemler yoluyla tayin edilmiş olarak çalışan ve işçi niteliğini taşımayanlar, kamu hizmeti görevlisidirler.

Devletin, mahalli idarelerin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dahil, diğer kamu tüzel kişilerin yürütmekle ödevli oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, kanuna göre belirlenen ve düzenlenen istisnalar dışında, kamu hizmeti görevlileri eliyle yürütülür.

Kanun, kamu hizmeti görevlilerinin niteliklerine, tayinlerine, yükseltilmelerine, ödev ve haklarına, disiplin kovuşturması ve cezalarına, görevleriyle ilgili suçlardan ötürü haklarında ceza kovuşturması açılmasına ve diğer özlük işlerine ilişkin genel hükümleri düzenler.

Kamu hizmeti görevlileri hakkında kanuna göre düzenlenen tezkiye varakaları ile bunların sicillerine ait bütün belgeler gizli olup, kanuna göre yetkili mercilerden başkası bunlara ilişkin hiçbir bilgiyi talep edemez. Bu varaka ve belgeler aleyhinde yargı mercilerine başvurulamaz. Kamu hizmeti görevlileri hizmete başlarken devlete ve Anayasaya sadakat andı içerler.”

Yapılan tartışmalar sonucunda, Anayasa Komisyonu'nca da uygun görülme-
yen değişiklik önergesinin dikkate alınması kabul edilmemiştir.¹⁹

2. Selçuk Kantarcıoğlu tarafından verilen;

“Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlileri İle İlgili Hükümler

Genel İlkeler

Madde 156.- Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getiren memurlarla, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, hizmete girişleri ve yükseltilmeleri, görevleri ve hakları, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

2. fıkra aynen;

Kamu hizmeti görevlileri yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınırlar ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirirler.

Üst kademe yöneticisi kamu hizmeti görevlilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” şeklindeki değişiklik önergesi ele alınmıştır. Önerge sahibi olarak söz alan ve savunan üye Kantarcıoğlu, “memurlar ve diğer kamu görevlileri” ibaresinin yerine “kamu hizmeti görevlileri” ibaresinin yer alması ile işçi ve memur statülerinde görev yapan kamu personeline ilişkin tartışmalı tanımlamaların sona ereceği düşüncesinde olduğunu açıklamıştır. Bu görüş üzerine Anayasa Komisyonu adına görüş ifade eden Feyyaz Gölcüklü'nün önerenin

¹⁹ Danışma Meclisi Tutanakları, 7.9.1982, 145. birleşim 2, oturum, s. 710, 711.

uygun bulunmadığına ilişkin olumsuz yaklaşımına rağmen yapılan oylama sonucunda, önerenin dikkate alınması kabul edilmiştir.²⁰

3. Necmettin Narlıoğlu, Turgut Kunter ve Avni Müftüoğlu tarafından verilen ve maddenin 2. fıkrasını değiştiren önerge;

"Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinin gösterdiği istisnalar dışında, memurlar eliyle görülür." şeklindedir.

Önergeyi verenler adına yapılan açıklamada, devlet memurlarının tanımlanmasında ve maddede geçen *"asli ve sürekli görevler"* ibaresinin çıkarılması talep edilmiştir. Komisyon sözcüsü tarafından, *"memurluk statüsünün asli ve sürekli görev telakki edildiği"* ifade edilerek, önergeye katılmadığı belirtilmiş, ancak yapılan oylama sonucunda bu önerenin de dikkate alınması kararlaştırılmıştır.²¹

4. Cahit Tutum tarafından verilen önergede;

"Devlet, liyakat sisteminin eşit imkanlarla uygulanmasını gözetmek için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." ibaresinin maddeye yeni bir fıkra olarak eklenmesi önerilmiştir.

Önerenin gerekçesini açıklamak üzere söz alan Tutum ifadesinde;

"Sayın Başkan, değerli üyeler; İlave etmek istediğim husus kısaca; memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınmaları ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirmelerine ilişkin fıkranın sonuna; 'liyakat' ilkesini ve 'liyakat' sistemini işletecek mekanizmanın Türkiye'de kurulamadığını ve bu kurulmadığı için de yetenek ve liyakate dayalı bir personel sistemini Türkiye'de yürürlüğe koymadığımızı inanıyorum. Bu nedenle, bu 'liyakat' sisteminin işleyişini ve eşit imkanlarla uygulanmasını gözetecek olan bir merkezi veya birinci derecede merkezi bir organ düşünüyorum ve ona paralel olarak da, yine 'liyakat' sistemini işletecek olan öbür teşkilatların oluşturulmasını öneriyorum."

Bugün mevcut olan teşkilatımız, belki bu direktif çerçevesinde 'liyakat' ilkesini uygulayabilecek niteliğe kavuşturulabilir. Böyle bir direktif, sanıyorum bağlayıcı olur. Bu nedenle küçük bir ibare eklenmesini önerdim. Takdirlerinize sunuyorum." demektedir.

²⁰ Danışma Meclisi Tutanakları, 7.9.1982, 145. birleşim, 2. oturum, s. 712.

²¹ Danışma Meclisi Tutanakları, 7.9.1982, 145. birleşim, 2. oturum, s. 713.

Komisyon tarafından da uygun görülerek olumlu görüş verilen önerge kabul edilmiş ve Meclis Başkanı tarafından, kabul edilen önergeler esas alınarak maddenin yeniden hazırlanması amacıyla madde, komisyona geri verilmiştir.²²

Danışma Meclisi'nde yapılan bu görüşmelerde maddenin son fıkrasında yer alan ve konumuzu teşkil eden üst düzey yöneticilerin, atanma usul ve esaslarına ilişkin hususlar üzerinde her hangi bir tartışma olmamış, fıkra aynen benimsenerek kabul edilmiştir. Bu aşamaya kadar hiçbir aşamada "yöneticilerin yetiştirilmesi" hususu gündeme gelmemiş, fıkra atama ve görevden almayı düzenleyen bir madde durumunda kalmıştır.

Anayasa Komisyonu değerlendirilmesi kabul edilen önergeleri de dikkate alarak maddeyi yeniden aşağıdaki şekilde yazmış ve Meclis önüne getirmiştir:

"Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler

Genel İlkeler

Madde 156.- Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getiren memurlarla, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, hizmete girişleri ve yükseltilmeleri, görevleri ve hakları, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, kanunun gösterdiği istisnalar dışında memurlar eliyle görülür.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınırlar ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirirler.

Üst kademe yöneticisi kamu görevlilerinin, atanma ve görevden alınma usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."

15.9.1982 tarihinde Danışma Meclisi'nde yapılan görüşmesinde, maddenin yeniden düzenlendiği ancak değişiklik önergelerinden Cahit Tutum tarafından verilen önergenin değerlendirmeye alınmadığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine tekrar söz alan Cahit Tutum;

²² Danışma Meclisi Tutanakları, 7.9.1982, 145. birleşim, 2. oturum, s. 713.

“Sayın Başkanım; bu Anayasamız, bütünüyle siyasi müesseselerin karşılıklı konumlarını ve genel olarak statülerini düzenlemeyi büyük ölçüde amaçlamış. Ancak bu arada bir noktayı büyük ölçüde bütünüyle dikkatten uzak tutmuştur.

O da şudur :

Bütün bu siyasi müesseselerin işleyişi ve bu işleyişe getirilen müeyyideler netice itibarıyla bürokrasi dediğimiz, tarafsız işlemesi var sayılan, doğrudan doğruya milletin hizmetinde ve kanunların emrinde olan kamu görevlileri tarafından yürütülen kamu hizmetleri biçiminde ortaya çıkar.

Şimdi, tepeyi büyük ölçüde düzenledik; fakat bütün bu düzenlemelerin düğüm noktası olan bürokrasi, en ufak bir biçimde dikkate alınmamış ve kendi haline terk edilmiştir. Sadece yasaklamalarla, sadece siyasi müesseselerin statülerini belirlemekle sonuç alınacağını var saymak, fevkalade yanlış bir düşüncedir. Burada kamu hizmetlerinde biz, liyakat ilkesini ve özellikle yeteneklerine göre Devlet hizmetlerine kişilerin alınmasını ve partizanlığın bürokrasiden uzak tutulması için bazı direktif kuralların getirilmesini istedik.

Bunlardan bir tanesi direktif kural olarak konulmuş olmakla beraber, bunun nasıl uygulanacağı konusunda bir işaret olmadığı için, belki o da direktif kural olma ötesinde bir özelliği olmayan küçük bir ilave getirmek istedik. O da; kamu hizmetlerinin, liyakat ve ehliyetle yürütecek kamu görevlilerinin seçilmesi, hizmete alınması ve bunların hizmet içinde yetiştirilmesi, nakilleri ve tüm özlük işlerinin tarafsızlık esasına göre objektivite esasına göre yürütecek bir teşkilatın mutlaka kurulup, yetkilerle donatılmasının zorunlu olduğunu düşündük. O küçük fıkra sayın Komisyon tarafından dikkate alınmadı. Dikkate alınmayan fıkrayı okuyorum:

‘Devlet liyakat sistemini eşit imkanlarla uygulanmasını gözetmek için gerekli tedbirleri alır ve teşkilat kurar.’

Devlet bu teşkilatı kuramamıştır, devlet bu gözetimi yirmi beş yıldır, otuz yıldır yapamamaktadır. Sayın Başkanım lütfetsinler bu kuralı kabul etsinler. Teşekkürler.”²³

diyerek eklenmesi istediği fıkra için önerisinde ısrar etmiştir. Komisyon adına yanıtlayan Turgut Tan ise;

²³ Danışma Meclisi Tutanakları, 15.9.1982, 151. birleşim, 1. oturum, s. 385.

“Sayın Başkan, değerli üyeler; Sayın Tutum, kabul edilen bir ilkeyi uygulamaya geçirecek bir mekanizma veya müessesenin kurulmasını sağlayacak bir düzenlemeye de bu madde içerisinde yer verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır ve bu yönde de bir önerge vermiştir; fakat Komisyonumuz bu önerge doğrultusunda bir düzenleme yapmak yoluna gitmemiştir.

Sebebi; maddede yer alan ‘Kamu hizmeti görevlileri yetenek ve liyakat ilkelerine uygun olarak işe alınırlar ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelere uygun olarak yerine getirirler’ şeklindeki bir ilkenin esasen kabul edilmiş olması, maddede yer verilmiş olması, devletin bu ilke doğrultusunda, yani, kamu hizmeti görevlilerini liyakat ve yetenek ilkelerine uygun olarak işe almayı sağlayacak mekanizmayı da bu mekanizmanın parçası olan müesseseleri de kurmayı esasen üstlenmiş olması ve Anayasa’yla bu direktifin kendisine verilmiş olması anlamına gelmektedir. Binaenaleyh, bu ilkeyi hayata geçirecek olan, uygulamaya geçirecek olan diğer hukuki mekanizmaları kurmak veya bunların gerektirdiği müesseseleri yaratmakta esasen bu ilkeyi uygulamak durumunda bulunan devletin görevi olmaktadır.

Binaenaleyh, biz bu ilkenin kabul edilmiş olmasıyla bizatihi bu ilkenin içerisinde sayın Tutum’un önerdiği konuların da var olduğunu ve devlete yönelik bir direktif olarak bulunduğunu varsaymaktayız. Bu nedenle ayrıca bunun belirtilmesine Komisyon olarak bir gerek görülmemiştir. Arz ederim.”²⁴

diyerek fıkranın eklenmesinin gereksiz olduğunu iddia etmiştir. Yapılan tartışmalar sonucunda değişiklik önerisi reddedilmiş ve madde hazırlandığı haliyle kabul edilmiştir.

Kabul edilen haliyle madde ikinci görüşmesi yapılmak üzere 22.9.1982 tarihinde yeniden Danışma Meclisi gündemine gelmiştir. Maddenin okunmasından sonra Başkan bir önergenin bulunduğunu ifade ederek okuma talimatını vermiştir. Önerge konumuz açısından önemli görüldüğünden aynen aşağıya alınmıştır:

“Yüksek Başkanlığa

136 ncı maddenin son fıkrasında ‘Üst kademe yöneticisi kamu hizmeti görevlilerinin’ ibaresinden sonra ‘yetiştirilme ve geliştirilmeleri’ sözcüklerinin eklenmesini arz ve teklif ederiz. Saygılarımızla.”

²⁴ Danışma Meclisi Tutanakları, 15.9.1982, 151. birleşim, 1. oturum, s. 386.

Cahit Tutum, Fikri Devrimsel, Özer Gürbüz, Şerafettin Yarkın, Halil İbrahim Karal, Hayati Gürtan, S. Feridun Güray, Remzi Banaz, Abdülbaki Cebeci, Zeki Çakmakçı, Ayhan Fırat, Mustafa Alpdündar, Feridun Şakir Ögünç.²⁵

Görüldüğü gibi maddenin düzenlenmesi aşamalarından hiç birinde düşünülmemeyen, olması gerekip gerekmediği konusunda hiçbir tartışma ve görüşme yapılmamış bulunan, “üst düzey kamu yöneticilerinin yetiştirilmeleri ve geliştirilmeleri” konusu, son fıkraya eklenmesi önerilen bir ibare ile ilk kez gündeme gelmiştir.

Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı, önergeye ilişkin olarak komisyon görüşünü derhal ve olumlu olarak açıklamış, önergeye katıldıklarını ifade etmiştir.

Başkan tarafından, “bunun redaksiyon mahiyetinde olduğuna iştirak ederlerse, işaret oyuna başvurmak isterim.

Son fıkrasındaki ‘Üst kademe yöneticisi kamu hizmeti görevlilerinin’ ibaresinden sonra ‘yetiştirilme ve geliştirilmeleri’ sözcüklerinin eklenmesi suretiyle; bu tashihle 136 ncı maddeyi oyunuzda sunuyorum: Kabul edenler... Etmeyenler... Kabul edilmiştir.’ şeklindeki ifadeleri ile kabul edildiği tutanaklarda yer almıştır.

Danışma Meclisi ve Anayasa Komisyonu aşamalarından yukarıda belirtilen değerlendirmeler sonucu, “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlığı altında kabul edilerek geçen maddenin son fıkrasında yer alan ve üst düzey yöneticilerin atama ve görevden alınmalarına ilişkin fıkra, yapılan ilave ile yetiştirilmeleri ve geliştirilmelerini de düzenleyen hale dönüşmüştür. Buradan son inceleme ve karar organı olan Milli Güvenlik Konseyi’ne giden ve görüşmesine başlanılan Anayasa’nın söz konusu maddesi metin olarak farklı bir konuma getirilerek ele alınmış ve üzerinde hiç tartışma yapılmadan aşağıdaki şekilde kabul edilmiştir:

“128 inci maddeyi okutuyorum:

D. Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler

1. Genel ilkeler

²⁵ Danışma Meclisi Tutanakları, 22.9.1982, 155. birleşim, 4. oturum, s. 717.

MADDE 128.- Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.

BAŞKAN – 128. madde üzerinde söz almak isteyen?.. Yoktur.

Maddeyi oyluyorum : Kabul edenler... Etmeyenler... Kabul edilmiştir.²⁶

Yapılan bu irade açıklaması ile Anayasa'nın 128. maddesinin hazırlanma süreci sona ermiştir. Bu son aşamada yapılanlar değerlendirilecek olursa; maddenin üçüncü fıkrasında yer alan yetenek ve liyakat ilkesine uygun olarak işe alınma ve görevlerini eşitlik ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak yerine getirmeleri ile dördüncü fıkrasında yer alan üst düzey yöneticisi atama ve görevden alınma usul ve esaslarının kanunla düzenleneceği hususlarının maddeden çıkarıldığı, sadece verilen önerge ile maddeye eklenen üst düzey yöneticilerin yetiştirilmeleri konusu yasa ile düzenlenecektir ilkesinin aynen korunduğu anlaşılmaktadır.

Böylece iktidarların atamalarda siyasal kayırmacılık ve keyfilik yapmalarını önleme amacıyla uzun çalışmalar sonucu hazırlanmış bulunan fıkra bu hedefini değiştirerek, görüşmeler sırasında eklenen “yetiştirilme ve geliştirilmeleri” sözcükleri esas alınarak, “üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir” şeklinde yeniden yazılmış ve yöneticilerin eğitimine dönük bir madde haline gelmiştir.

Ülkemizde çıkarılan anayasalarla yapılan düzenlemelerin; genellikle önceki dönemde yaşanan sorunların, kurallarla düzenleme eksikliğinden dolayı yaşanan karmaşalardan kaynaklandığı düşüncesinin yol açtığı, her konunun ayrıntılı bir şekilde Anayasa'da yer almasının doğru olacağı düşüncesiyle bir tepki anlayışıyla yapıldığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, üst düzey yöneticilerle ilgili bu düzenlemenin Anayasa'ya ilk kez girmiş olmasının arkasında yatan nedenlerin de, 1980

²⁶ Milli Güvenlik Konseyi Toplantı Tutanaqları, 18.10.1982, Birleşim 118, oturum 2, s. 385.

öncesinde aranması gerekmektedir. 1980 öncesi yaşanan ekonomik, siyasi ve toplumsal istikrarsızlık, düzensizlik, ülkeyi genellikle koalisyonlar ile yöneten siyasi iktidarlar, hükümetler ve bunları oluşturan siyasi partilerin iktidar olduklarında gerçekleştirdikleri üst düzey yönetici atamaları ve bu atamalardaki keyfilik, kural tanımazlık, partizanlık, Anayasa'nın 128. maddesine bu fıkranın eklenmesinin temel nedenleri olarak belirlenebilir. Öte yandan bir diğer neden de; gerçekten üst yönetim kadrolarına gelerek ülkenin geleceği ile ilgili temel politikaların belirlenmesinde rol alacak yöneticilerin yetiştirilmelerinin bir gereklilik olarak her kesim tarafından kabul edilmesi olsa gerektir.

Yasa Koyucu, 1982 Anayasası'nın 128. maddesinin üçüncü fıkrası ile üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının "*kanunla özel olarak*" düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Böylece 1982 Anayasası'nın birçok maddelerinde yer alan "*... kanunla düzenlenir*", "*... Kanunda gösterilir ...*", "*... kanunda belirtilir.*" biçimindeki genel ilkelerden ayrılarak, 128. maddenin üçüncü fıkrası için iradesini değişik bir biçimde ortaya koymuştur.

1982 Anayasası'nın 128. maddesi ile ilk kez Anayasa'da yer alan üst düzey yöneticilerin yetiştirilmesi hususu, aslında mevzuatımızdaki bir başka boşluk olan üst düzey yöneticilerin tanımlanması ve bunların hangi kadrolardaki yöneticiler olduklarının da belirlenmesini sağlayacak yasal bir düzenlemeyi gerektirmiştir. Bu çerçevede ilk adım 1984 yılının sonunda atılmıştır. TBMM tarafından kabul edilen 3077 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun, bir kez daha görüşülmek üzere Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmiş, hiçbir değişiklik yapılmadan yeniden kabul edilerek gönderildiğinde de, Cumhurbaşkanlığınca onaylanarak 3149 sayılı yasa olarak yürürlüğe girmiştir. İlk kez üst düzey yöneticiyi tanımlayan bir düzenleme olan ve bunların yetiştirilmesini düzenleyen yasa Cumhurbaşkanı'nın başvurusu üzerine bir çok maddesi itibariyle Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi iptal edilen maddelerden sonra uygulama olanağı kalmadığı gerekçesiyle 18.6.1985 gününde yasayı tamamen iptal etmiştir.²⁷

Böylece üst düzey yöneticileri yetiştirme konusunda ilk defa yasa seviyesinde yapılan bir düzenleme ortadan tümüyle kaldırılmış olmaktadır. Bu tür bir siyasi iradenin kolay oluşmadığı göz önüne alınırsa,

²⁷ <http://www.Anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1985/K1985-08.htm>
18.01.2004

çok noksanlı olarak belki de zorlamalarla bir adım atılmış ve Anayasa Mahkemesi kararı ile de geri çekilmiştir. Üst düzey yöneticileri eğitmek ve atamaları da bu eğitimi görenler arasından yapmak şeklinde düzenlenecek bir yapılanma, gerek yasayı çıkaran gerekse sonraki dönemlerde yönetimi elinde bulunduran siyasal partiler tarafından da uygun görülmemiş, üst düzey yönetici atamalarında keyfilik sürmüş, günümüze kadar bu konuda herhangi bir yeniden düzenleme de yapılmamıştır.

Oysa, Türkiye'nin yönetici yetiştirme geleneği, tarihte yerlerini almış Türk devletlerine ve Osmanlı İmparatorluğu dönemlerine kadar uzanmaktadır. Bugüne kadar gelmiş geçmiş tüm iktidarlar, yöneticilerin yetiştirilmesi sorununun önemine değinmişler; ancak çözüm yolunda köklü tedbirler almaktan özenle kaçınmışlardır. Beş yıllık planlara, hükümet programlarına ve parti programlarına bakıldığında, hepsinde etkin ve verimli bir kamu yönetimine olan gereksinim dile getirilmekte, özellikle yüksek yöneticilerin yetiştirilmesi gereğine yer verilmektedir. Ancak, iktidarlara gelen siyasal partilerin soruna köklü çözüm bulmak yolunda, somut adımlar atmaktan hep kaçındıkları görülmektedir.

Siyasal iktidarların bu konunun üzerine yeterli ağırlıkta gitmek istememelerinin temel nedeni, yönetici yetiştirme sorununun, özünde bürokrasiyle siyasi iktidar arasındaki o nazik çizginin çizilmesi ve sınırlarının ayırt edilmesi ile doğrudan ilgili olmasıdır. Bilindiği gibi siyasal iktidarlar, genellikle üst kademe yönetimine egemen olmak ve bunun için de, iktidara gelir gelmez kilit noktalara kendi adamlarını getirmek istemektedirler. Mümkün olduğu kadar çok sayıda üst düzey görevi, siyasal açıdan önemli sayarak kendi etki alanlarına almak ve istedikleri kişileri bu noktalara atamak istemektedirler. Bu istek, kimi zaman (günümüzde olduğu gibi) bilimsel çalışmalar yapan kurumların üst düzey yöneticilerinin dahi atanmalarının siyasal iktidarlar tarafından yapılması boyutlarına kadar ulaşabilmektedir. Bu konuda gerekçe de "*Her iktidar kendi programını uygulama hakkına sahiptir. Bunun yolu, iktidara gelince kendi ekibini kurmaktır. Bunun için üst kademeleri iktidara yatkın kişilerle doldurmak gerekir*" şeklinde ifade edilmektedir.

Oysa, eğer yönetimde istikrar sağlanmak isteniyorsa, mümkün olduğu kadar üst düzey mevkilerinin kariyer mevkileri olarak muhafaza edilmesi ve iktidarın keyfi tasarruflarının dışında tutulması gerekmektedir. Bunun için üst mevkilere siyaset kulislerinden değil, nesnel ölçütlerin uygulandığı mesleki basamaklardan çıkılarak gelmelidir. Yönetici, ku-

rumu ve yerine getireceği görevleri hakkında bilgi sahibi, yöneticilik bilgi ve deneyimine sahip, bilgi, zeka, kişilik, yargılama yeteneği ve uyum gibi konularda yeterli; planlama, örgütlendirme, insan ve diğer kaynakları sağlama ve değerlendirme, yönlendirme ve denetleme görevlerini yerine getirebilecek güçte olmalıdır. Bu yetenekleri kendisinde bulunduran elemanların yönetim kadrolarına gelmesini beklemek yerine, yönetici nitelikleri olarak belirlenen bu özelliklerin, yönetici adaylarına kurulacak bir yönetici yetiştirme sistemi ile kazandırılması, yönetici olarak yetişen ve deneyim kazanan bu kişilerin arasından da üst düzey yöneticilerin belirlenmesi esas olmalıdır. Yönetici olacak kişileri, yetenek ve nitelikleri açısından geliştirip yetiştirecek bir sistem kurulmalıdır.

Kamu yöneticileri, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla çıkarılan hukuki düzenlemelerin ve yönetsel kararların uygulanmasını sağlamakla yükümlü yöneticilerdir. Her hangi bir örgütün yöneticisinden farklı olarak kamu yöneticileri, bir yandan düzenleyici kurallar ile bağlı durumda, bir yandan da hizmetlerin verildiği konuyu oluşturan insanların yararını gözeten konumdadırlar. Bunlara ek olarak kamudan toplanarak sağlanan kaynakların değerlendirilmesi sırasında, kamu gelirlerinin kar etme değil hizmet verme ve görevleri yapma amacı doğrultusunda harcanması kamu yöneticisi tarafından gözetilmek durumundadır.

Üst düzey yöneticiler için ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Üst düzey yöneticilik görevlerinin çokluğu ve karmaşıklığı dikkate alınır, bu görevlerin hangi meslek grubundan olursa olsun, herhangi biri tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle üst düzey yöneticilerin mutlaka belirli yöntemlerle yetiştirilmesi gerekmektedir. Bu yetiştirme sadece yönetimin gerektirdiği bilgilerin hizmet içinde yöneticilere aktarılması şeklinde olmayıp, buna ilave olarak eğitilen yöneticilerin yönetim görevlerinde yer alarak deneyim kazanmalarını da kapsamak durumundadır.

İnsana yatırım olarak değerlendirilecek eğitim, uzun bir zamanı gerektiren hatta hiç sona ermeyen bir süreç olarak; kısa sürede sonuç ve kazanç sağlayan mal ve hizmet üreten alanlar gibi karlı bir yatırım alanı değil gibi görünse de, aslında en yüksek kazanç sağlayan yatırımdır. Akılcı ve doğru yatırım alanlarının belirlenmesi, yapılması ve sonuçlarının alınması, ancak nitelikli insan kaynağı sayesinde gerçekleşebilmektedir. Bir ülke için değerlendirildiğinde ise, gerek ülkenin kalkınması gerekse insanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi, ancak nitelikli ve

yeterli insanların, karar ve yönetim noktalarında bulunmasına bağlıdır. Bilgi çağına geline dönemimizde bu alanda nitelikli insan kaynağını yetiştiremeyen ülkelerin diğerleri karşısında yetersiz kalacağı, bilgi ve teknolojiyi üretebilen insanlara sahip ülkelere muhtaç olacağı ve görece daha düşük kalkınmışlık seviyelerinde olacağı açıktır. Yeterli insan kaynağına sahip olamayan ülkelerin, zengin kaynaklara sahip olsalar da düzenli ve sürekli gelişmelerini sağlayamamaları ve diğer ülkelerden nitelikli insan gücüne gereksinim duymaları bu durumu ortaya koyan önemli bir kanıt olmaktadır.

Yapılacak yasal düzenleme ile, yöneticileri belirlerken siyasal, nepotik kayırmacılığı büyük ölçüde ortadan kaldıran, bilgisi ve başarısı ile yeterli ve istekli olanların, seçilerek yöneticilik konularında kuramsal açıdan yetiştirilecek ve bunların yönetim görevlerine getirilerek yönetsel becerilerini geliştirecekleri, deneyim kazanacakları bir düzen kurulmalıdır. Bu sistem içinde üst düzey yöneticileri de; yine yöneticilik eğitiminden geçerek yönetimde uzun süre başarı ile görev yapmış yöneticiler arasından nitelikleri değerlendirilerek belirlenmeli, farklı ve üst düzey yöneticilerde bulunması gereken bilgi ve nitelikleri kazanacak şekilde eğitilmeli ve bu eğitimi başarı ile tamamlayabilenler üst düzey yöneticilik görevlerine atanabilmelidir.

Sonuç olarak; yeniden düzenleme çalışmaları çerçevesinde hazırlanan yeni Anayasada bir madde üzerinde yapılan çalışmaların, hangi gerekçelerle başladığı ve nasıl farklı ve ilginç bir şekilde, daha önce tasarlanmamış bir biçimde sonuçlandığı ortaya konulmuştur. Yönetim kültürümüz de dikkate alınır, yöneticileri yetiştirme gibi ülkemiz için özel önem taşıyan bir düzenleme Anayasa'ya, önceden düşünülüp, tasarlanmadan girivermiştir. Katkısı olanlara teşekkür etmek gereklidir. Çünkü TODAİE Genel Müdürlerinden Kemal Fikret Arık, bir konuşmasında dediği gibi; *"İdareci kendi kendine bitmez, idareci yetiştirilir. Ancak muayyen bir programla yetiştirilir ve bu öyle bir yatırımdır ki bire karşı yüz ve bin verir."*²⁸ Yönetici yetiştirmenin çok önemli bir yatırım olduğunu ve ülke için yaşamsal önem taşıdığına ilişkin, yöneticilerin yetiştirilmesinin önemi ve sağlayacağı yararlı sonuçları çarpıcı bir şekilde vurgulayan bu ifadeden de destek alarak, yukarıda incelenen serüven sonucu Anayasa'da yer alan *"üst düzey yöneticilerinin yetiştirilmesi"* emrine sıkıca sarılıp, emrin gereğini yerine getirecek adımların atılması gerekmektedir.

²⁸ Amme İdaresi Enstitüsü 1961, Ankara, Sevinç Matbaası, 1961, s.17

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDA YENİ MÜESSESELER: GİZLİ SORUŞTURMACI VE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME

Ahmet Emrah AKYAZAN*

1. GİRİŞ

Bilindiği gibi ceza muhakemesinin amacı maddi hakikate ulaşmaktır. Maddi hakikat ise gerçeğin, tam doğrunun ta kendisidir. Bunun başlıca sebebi, kişinin özgürlüğünün söz konusu olmasıdır. Bu nedenledir ki, sanığın suçluluğu konusunda tam bir kanıya ulaşılamadığında, onun beraatına karar verilmesi gerekir (AY m. 38/4). Maddi hakikatin ortaya çıkarılması ise ancak suçlarla ilgili olarak elde edilecek “bilgi” ile mümkündür. Bu bakımdan ceza muhakemesinde delillerin serbestliği ilkesi kabul edilmiştir.

Ancak ceza muhakemesinin günümüzde ulaştığı noktada, amaç “ne pahasına olursa olsun” maddi hakikate ulaşmak değildir. Devlet, adli yollardan ve hukuka uygun bir şekilde maddi hakikate ulaşmalıdır. Bu nedenle bir yandan¹ devletin suçlulukla mücadele çabasını mümkün kılmak, diğer yandan ise bireylerin kişisel hürriyetlerine yersiz müdahaleleri önlemek bu hukuk dalının görevidir. İşte suçlulukla etkili bir şekilde mücadele edilebilmesini ve bunun insan hakları ihlallerine yol açmadan, “delilden sanığa” giderek yapılmasını esas alan 5271 sayılı yeni CMK, suçlara ilişkin delil elde etme konusunda birçok yeni düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeler arasında yer alan ve çalışmanın konusunu teşkil eden “gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme” tedbirleri de özellikle organize suçlulukla mücadelede başvurulan yöntemlerdir. Bu

* Ankara Barosu üyesi.

¹ Şahin, Cumhuriyet, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 27, Yetkin Yayınları, Ankara 1994.

bakımdan çalışmada, yürürlükten kaldırılan² 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu hükümlerine de yer verilmiştir.

Gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin içeriklerinin açıkça ortaya konulabilmesi amacıyla çalışmada kavramsal açıklamalara geniş bir şekilde yer verilmiş ve bu tedbirlerin birtakım benzer kavramlardan ayırt edilebilmesine yönelik karşılaştırmalar yapılmıştır. Ayrıca Adalet Komisyonu Raporu'nun konuyla ilgili bölümlerine yer verilmiş ve mukayeseli hukuktaki düzenlemelere de kısaca değinilmiştir. Bunun dışında gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemenin hukuki niteliği üzerinde durulmuş ve bu yöntemlerin Ceza Muhakemesi Hukuku içerisindeki yerinin belirlenmesine çalışılmıştır.

Çalışmada gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen CMK m. 139 ve 140 ile 4422 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinden hareketle, bu tedbirlerin uygulanmalarına ilişkin esaslar belirlenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın son bölümlerinde ise, söz konusu tedbirler yoluyla elde edilen bilgilerin ispat hukuku içindeki yerinin ortaya konmasına ve bu tedbirlere başvurulmasının temel hak ve özgürlükler açısından değerlendirilmesine yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Son olarak da genel bir değerlendirme yapılmıştır.

2. GİZLİ SORUŞTURMACI

I. Kavram

"Gizli soruşturmacı" kavramı, Alman yasa koyucusu tarafından yaratılmış bir kavramdır.³ Al. CMUK m. 110a/2'de gizli soruşturmacı, "kendisine sürekli olarak verilmiş bulunan uydurma bir kimlik altında soruşturma yapan polis memuru" olarak tanımlanmaktadır.⁴ Bu tanıma göre gizli soruşturmacının unsurları, bir polis memuru olması, uydurma kimlik kullanması ve görev süresinin uzunluğudur.

² 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 18/d ile 4422 sayılı ÇASÖMK bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

³ Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 77, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Birinci Baskı, Eylül 2001, Ankara

⁴ Özbek, Veli Özer, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerekli olduğu Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 22, Yetkin Yayınları, Ankara 2003

Türk hukukunda ise söz konusu tedbire ilişkin olarak “gizli soruşturmacı”, “gizli görevli” ve “gizli ajan” gibi terimler kullanılmaktadır.⁵ 1.8.1999 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu m. 5’de “gizli görevli kullanılması” tedbiri düzenlenmiş, ancak gizli görevli kavramına ilişkin bir tanım yer almamıştır. Bununla birlikte, 26.1.2001 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin “Tanımlar” madde başlığı altındaki 4. maddesinde gizli görevli; “Gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre hukukumuzda gizli görevlinin polis memuru olması şart değildir. Ayrıca tanımda gizli görevlinin uydurma bir kimlik kullanmasından söz edilmemektedir. Nihayet tanımda gizli görevlinin görev süresine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Gizli görevlinin uydurma bir kimlik kullanması yaptığı görevin bir gereğidir. Buna rağmen 4422 sayılı ÇASÖMK’de gizli görevliye uydurma kimlik verileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. ÇASÖMK m. 5/5’de sadece gizli görevlinin kimliğinin gizli tutulacağı ifade edilmektedir. Gizli soruşturmacının, 4422 sayılı kanunun deyimiyile gizli görevlinin, görevine ilişkin olarak yaptığı faaliyetlerin son derece gizli olarak yürütülmesi gerekmektedir. Aksi takdirde görevlinin gerçek kimliğinin ortaya çıkması ve bütün operasyonun başarısızlıkla sonuçlanması tehlikesinin yanı sıra gizli görevlinin ve ailesi bireylerinin güvenlikleri de tehlikeye girecektir. Bu gizlilik ise, ancak uydurma bir kimlikle sağlanabilir. 4422 sayılı ÇASÖMKUIY m. 29/4’te, “Gizli görevliye, görevinin gerektirdiği belgelerin temin edilmesi”nden söz edilmekte, ancak yönetmelikte uydurma kimlik kullanılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, gerek 4422 sayılı kanunun gerekse yönetmeliğin konuya ilişkin olarak getirmiş olduğu hükümler genel olarak değerlendirildiğinde, zımnen de olsa uydurma

⁵ Özbek, “gizli görevli” terimini tercih etmiştir. (Özbek, Veli Özer, a.g.e. s. 22) Buna karşılık Erdem’in “gizli soruşturmacı” terimini kullandığı görülmektedir. (Erdem, Mustafa Ruhan, a.g.e. s. 77) Diğer yandan, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı” ismiyle 1999 yılı temmuz ayında İçişleri Bakanlığı tasarısı olarak TBMM’ye sevk edilen tasarı metninin hem genel gerekçesinde, hem de madde gerekçelerinde “gizli görevli” terimi yanında, “gizli ajan” teriminin de kullanılmış olduğu görülmektedir.

kimlik kullanılmasının öngörüldüğü kabul edilmelidir. Öğretideki⁶ yaygın görüş de bu doğrultudadır.

Bu konuyla ilgili olarak uygulamada, gizli soruşturmacıya ve hatta memur olmayan kişilere de uydurma kimlik verilebildiği; öyle ki bu amaçla kimlik belgesi ve pasaportlarda değişiklik dahi yapılabildiği ifade edilmektedir.⁷

Gizli soruşturmacı içine girdiği suç örgütünden gerçek kimliğini gizlemeli ve bu örgüt üyelerinin güvenini kazanmalıdır. Aksi halde örgüt içine girebilmesi, yasanın deyimiyle “sızabilmesi” mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, resmi görevli olan gizli soruşturmacı gerçek kimliğini saklayıp, başka bir isim, görüntü ve hatta hayat tarzı ile suç örgütünün içine girmelidir. Gizli soruşturmacı böylece, yanıltıcı bir statü elde etmek suretiyle, içine girdiği ortamda resmi kimliğini gizleyerek kendisinden beklenen görevleri yerine getirmeye çalışacaktır. Açıklanan nedenlerle kanaatimizce gizli soruşturmacı isim, adres, meslek, vatandaşlık, kişisel durum vb. birçok konuda uydurma bir statü içerisine sokulabilmelidir. Bu anlamda gizli soruşturmacı uydurma kimliği ile görevinin gerektirdiği durumlarda birtakım hukuki işlemler de yapabilmelidir (örneğin; şirket kurmak gibi).

Gizli görevlinin görev süresi ile ilgili olarak 4422 sayılı Kanun m. 8’de m. 2’ye atıf yapılmaktadır. Buna göre gizli görevli kullanılması tedbirine ilişkin kararların alınmasında ve uygulanmasında iletişimin dinlenmesi ve tespitini düzenleyen m. 2’deki usul ve esaslara uyulacaktır. Bu maddenin 6. fıkrasında; “*Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir*” denmektedir. O halde, gizli görevli kullanılmasına ilişkin kararlar da en çok üç ay için verilebilir ve bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir. Yani en fazla dokuz ay olabilir.

Böyle bir düzenlemenin, tedbirin amacı da göz önüne alındığında pek gerçekçi olmadığı söylenebilir.⁸ Bunun nedeni de gizli soruşturmacı

⁶ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 24; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *Organize Suçlarla Mücadelede Gizli Ve Örtülü Yaklaşımlar*, s. 177, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ, 1. Baskı, Mayıs 2003, Ankara; Canak, Erkan, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Ve Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçları*, s. 182 - 183, Vedat Kitapçılık Basım Yayımlarını Dağıtım Ltd. Şti., 1. Bası, Ocak 2005, İstanbul.

⁷ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.*, s. 95.

⁸ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 24.

kullanılması tedbirinin telefon dinleme ve iletişimin tespiti gibi diğer bazı gizli soruşturma tedbirlerinden farklı bir yapıya sahip olmasıdır. Gizli soruşturmacı, örgüt içine sızarak araştırmalarda bulunmak ve suçlarla ilgili delilleri toplayabilmek için öncelikle örgütün güvenini kazanmalıdır. Bütün bu faaliyetlerin de kısa bir sürede gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim,⁹ Alman mevzuatında gizli görevlinin görev süresine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Tedbiri düzenleyen Al. CMUK m. 110a/2' de "*sürekli olarak*" ifadesi kullanılmıştır.

Gizli soruşturmacıyı belirleyen unsurlardan sonuncusu, onun bir kamu görevlisi olmasıdır. 4422 sayılı Kanun m. 5/1' de ve Yönetmelik m. 4' te "*kamu görevlileri*" nin gizli görevli olarak kullanılacağı ifade edilmektedir. Buradan çıkan sonuç gizli soruşturmacının mutlaka bir polis memuru olmasının zorunlu olmadığıdır. Bu anlamda kamu görevlisi olan herkes gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Buradan çıkan diğer bir sonuç ise, özel kişilerin gizli soruşturmacı olarak kullanılmayacağıdır. Bu bakımdan özel kişilerin bilgi kaynağı (muhbir) statüsünde oldukları söylenebilir.

Gizli soruşturmacı genellikle bir kolluk personelidir, ancak herhangi bir kamu görevlisi de olabilir (örneğin vergi veya gümrük memuru gibi). Bu noktada kamu görevlisinin kim olduğu sorusu akla gelmektedir. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun "*Tanımlar*" madde başlığı altındaki 6. maddesinin "c" bendinde: "*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetlerin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır*" denmektedir. Görüldüğü gibi tanımda kamusal faaliyet esas alınmıştır. Maddenin gerekçesinde de kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçütün, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenleyen 139. maddesinde gizli soruşturmacı kavramına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu maddede yer alan hükümlerden hareketle kavramı belirleyen unsurlar hakkında bir değerlendirme yapılabilir. Madde şu şekildedir;

⁹ Özbek, Veli Özer, a.g.e. s. 25

“Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi

MADDE 139- (1) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.

(2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukuki işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.

(3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nda muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.

(4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

(5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

(6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki,yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”

İlk olarak maddenin 2. fıkrasında, gizli soruşturmacının kimliğinin değiştirilebileceği (yani kendisine uydurma kimlik verilebileceği) belirtilmiş ve ardından bu uydurma kimlikle hukuki işlemler yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca maddede kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgelerin hazırlanabileceği, değiştirilebileceği ve kullanılabilmesi belirtilmiştir. Bu anlamda, gerekli görüldüğü takdirde gizli soruşturmacının nüfus kayıtları, TC kimlik numarası, tapu kayıtları, ticaret sicili kayıtları, öğretim kurumları diploma kayıtları gibi hususlar değiştirilebilecek veya bu konularda gereken yeni belgeler hazırlanabilecek ve kullanılacaktır.

Adalet Komisyonu Raporu'nda da; *"Gizli soruşturmacının, içine girdiği örgüt içerisinde uzun süre kalabilmesi, onun 'uydurma kimlik' sahibi olması ve bu kimlik altında bazı işlemlerde bulunabilmesine de bağlıdır"* denmiştir. Buradan da yasa koyucunun, gizli soruşturmacıya uydurma kimlik verilmesini kabul ettiği açıkça anlaşılmaktadır.

İkinci olarak, maddede gizli soruşturmacının görev süresi ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Komisyon Raporu'nda ise gizli soruşturmacının örgüt içerisinde *"uzun süre"* kalmasından söz edilmektedir. Tedbirin amacı ve özelliği dikkate alındığında, yasa koyucunun gizli soruşturmacının görev süresine ilişkin bir sınırlama getirmemesi yerinde bir yaklaşım olmuştur.

Üçüncü olarak da, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişi bir kamu görevlisi olacaktır. Bu husus maddenin ilk fıkrasında ifade edilmiştir.

Sonuç itibarıyla, yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Kanun'da ve bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte *"Gizli görevli kullanılması"* şeklinde düzenlenmiş olan tedbir, yeni CMK'da *"Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi"* olarak yer almıştır.

Öğretide ve uygulamada gizli soruşturmacı kavramı yanında, diğer bazı kavramlar da kullanılmaktadır. Bu bölümde son olarak, gizli soruşturmacı kavramının benzer kavramlarla ana hatlarıyla karşılaştırılmasına yer verilmiştir.

Bu konuda değinilmesi gereken ilk kavram *"kışkırtıcı ajan"* (ajan provokatör) kavramı olmaktadır. Türk Hukuku'nda gizli soruşturmacı kullanılması tedbiri de, genelde kışkırtıcı ajan müessesesi etrafında

gündeme gelmiştir. Kışkırtıcı ajan; “Devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer kişileri bir suç işlemeye teşvik eden” kişidir.¹⁰

Uygulamada yaygın olarak kullanıldığı bilinmekle birlikte,¹¹ kışkırtıcı ajanın hukuki durumu hep tartışılmıştır. Bu konuda kimi yazarlar¹² gizli görevli kullanımının hukuka uygun olduğu yönünde görüş bildirirken, kimileri de bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu görüşünü savunmuşlardır. Bu anlamda polisin suçluları yakalamak amacıyla ajan kullanabileceği, ancak kışkırtıcı ajan kullanmasının asla doğru olmadığı ifade edilmiştir. Kışkırtıcı ajan,¹³ her zaman eleştirilen ancak hiçbir dönemde hiçbir devletin vazgeçemediği bir araç olarak günümüze kadar kullanılagelmiştir.

Kışkırtıcı ajanın, bu kadar çok eleştirilmesinin nedeni, onun suça azmettiren veya teşvik eden durumunda bulunmasıdır. Gizli soruşturmacının, kışkırtıcı ajandan farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Gizli soruşturmacı hiçbir zaman suça azmettiren veya teşvik eden kişi konumunda değildir. Kışkırtıcı ajan ise daha önce suç işleme düşüncesi bulunmayan kişide böyle bir irade yaratmış, yani suç işleme kararı verdirtilmişse ve bu kişi bunun üzerine harekete geçerek suç işlemişse kışkırtıcı ajanın azmettiren olarak cezalandırılması gündeme gelir. Aynı şekilde kışkırtıcı ajan kişide zaten varolan düşünce ve niyeti karar haline getirmişse bu durumda da teşvik eden olarak cezalandırılabilir. Bu yönüyle kışkırtıcı ajan suçun oluşumunda etkin bir rol almaktadır. Buna karşılık gizli soruşturmacı ise sadece içinde bulunduğu ortamın zorunlu kıldığı veya örgüt tarafından zaten işlenmekte olan suça iştirak edebilir.

CMK m. 139’da yer alan gizli soruşturmacı kavramı da kışkırtıcı ajan kavramını içine alacak biçimde yorumlanamayacaktır. Çünkü Adalet Komisyonu Raporu’nda maddeyle ilgili olarak; “Kışkırtıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından büyük sorunlar yaratması karşısında, Batı ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatında tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma yapan bir görevliden yararlanma düşüncesi ortaya çıkmıştır. Gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajan değildir. Bunun kışkırtıcı ajandan en önemli farkı, gizli soruşturmacının hiçbir zaman azmettiren durumunda bulunama-

¹⁰ Bu tanım 1980 yılında Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen uluslararası bir konferansta yapılmıştır. Bilgi için bkz., Özbek, Veli Özer, a.g.e. s. 41.

masıdır.” demek suretiyle bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu ifade edilmiştir.

Gizli soruşturmacıdan ayırt edilmesi gereken bir diğer kavram; *“gizli soruşturma yapan polis memuru”*dur. Bu tür polis memurlarını gizli soruşturmacıdan ayıran kriter, bu polis memurlarının uydurma kimliğe sahip olmamaları¹⁴ ve sürekli olarak kullanılmamalarıdır.¹⁵ Bu polis memurları faaliyet gösterecekleri çevreye uyum sağlamak ve korunmak amacıyla kimliklerini gizli tutmaktadırlar. Buna karşılık gizli soruşturmacı faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgütün karşısına gerçek kimliğinden tamamen ayrı bir hukuki kişilikle çıkmaktadır.

Gizli soruşturma yapan polis memuru genellikle, bazı kısa süreli işlemler sırasında kullanılmaktadır. Örneğin bir uyuşturucu satıcısını suçüstü yakalamak için alıcı kılığına giren bir polis memuru, *“gizli soruşturma yapan polis memuru”* konumundadır. Türk Hukuku’nda genel yetki normları çerçevesinde polis memurlarının bu şekilde görevlendirilmesi mümkündür.

Gizli soruşturmacı kavramını, çıkış yeri Kuzey Amerika Hukuku olan¹⁶ *“yer altı ajanı”* (undercover agent) kavramından da ayırmak gerekir. Yer altı ajanı;¹⁷ kovuşturmaya ilişkin somut bir talimat almaksızın suçlu ortama sokulan, orada serbestçe hareket eden ve gerektiğinde suç da işleyebilen uzun süreli gizlice soruşturma yapan bir polis memurudur. Gizli soruşturmacı ise Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulama alanı bulan yer altı ajanı kavramından farklıdır. Yer altı ajanı gizli soruşturmacının aksine somut bir soruşturma emri almaksızın suç ortamına sokulmakta, burada geniş ölçüde özgürce hareket etmekte ve gerektiğinde suç da işleyebilmektedir. Gizli soruşturmacının ise yetki ve sorumlulukları ile çalışma ilkeleri önceden belirlenmiştir. Ayrıca gizli soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işlemeyecektir (CMK m. 139/5, ÇASÖMK m. 5/4, ÇASÖMKUIY m. 28/2).

¹¹ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 40.

¹² Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 184.

¹³ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 41.

¹⁴ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 80.

¹⁵ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 38.

¹⁶ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 45.

¹⁷ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 84.

Gerek öğretide gerekse uygulamada yukarıda açıklanan kavramlar dışında, bilgi kaynağı (muhbir),¹⁸ bilgi veren (informant), güvenilir kişi, kamu tanığı, endikatör¹⁹ gibi diğer bazı kavramlar da kullanılmaktadır. Gizli soruşturmacı kavramı, sayılan bu kavramlardan diğerlerine oranla daha kolay ayırt edilebildiğinden bunların ayrıntısına girilmemiştir.²⁰

II. Hukuki Nitelik

Çalışmada, gizli soruşturmacının Ceza Muhakemesi Hukuku içerisindeki yerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuya ilişkin açıklamalar da bu bölümde yer almaktadır.

5271 sayılı CMK'nın gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen 139. maddesi, Kanun'un Birinci Kitap'ının "*Koruma Tedbirleri*" başlığını taşıyan dördüncü kısmında, "*Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme*" başlıklı altıncı bölümünde yer almıştır. Ceza yargılaması²¹ faaliyetinin yapılabilmesini kolaylaştıran bazı önlemlere başvurulması, henüz yargılama sürerken, hatta daha yargılama başlamadan zorunlu olmaktadır. İşte yeni CMK'da da "*koruma tedbirleri*" olarak yer alan bu tedbirlerden maksat²² ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılabilmesini, uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesini ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamaktır. Bu tedbirler öğretide değişik terimlerle adlandırılmaktadır. Bunlar arasında

¹⁸ Bu kavram yürürlükten kaldırılan ÇASÖMKUİY m. 4'te; "Suçlar veya suçların failleri,iz,eser,emare ve delilleri hakkında yardım sağlayan, geçici olarak istihbarat işlerinde kullanılan veya yardımlarından, verdikleri bilgilerden yararlanan kişileri ifade eder" şeklinde tanımlanmaktaydı.

¹⁹ Fransa'da polislerin endikatörleri vardır. Endikatör, polise küçük yararlar karşılığında bilgi aktaran kişidir. Bunlar genellikle, ufak birtakım suçları işleyen, örneğin sadece uyuşturucu maddeyi kullanan kişilerdir. Polis bu kişilerden bilgi alır ve bunun karşılığında onlara dokunmaz. Küçük suçlarına göz yumar, bunlara para da ödeyebilir. Bkz. Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 187.

²⁰ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 31 - 38, 45 vd., Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 81 - 90.

²¹ Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 300, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 11. Baskı, Ocak 2005, İstanbul.

²² Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 193, Savaş Yayınevi, 3. Bası, Ağustos 2001, Ankara.

koruma tedbiri,²³ ihtiyat tedbiri,²⁴ ceza muhakemesi tedbirleri²⁵ ve ceza yargılaması önlemleri²⁶ sayılabilir.

Klasik koruma tedbirleri zorlayıcı tedbirlerdir, bunların uygulanabilmesi için ilgilinin rızası aranmaz. Ayrıca bu tedbirler “açık” tedbirlerdir, yani tedbire maruz kalan çoğu kere böyle bir tedbire maruz kaldığını bilir ve bu tedbire boyun eğme zorunluluğu, yani zorlama hisseder (örneğin; yakalama, tutuklama, arama gibi). Ancak klasik anlamdaki koruma tedbirleri yanında öğretide “gizli soruşturma tedbirleri” olarak ifade edilen²⁷ bazı tedbirler de vardır. Bu tür tedbirler esas olarak gizli yollarla bilgi elde etmeye yönelik faaliyetleri içerirler. Bunlara örnek olarak iletişimin dinlenmesi ve tespiti gösterilebilir. İşte gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin tedbir de hukuki niteliği itibarıyla bir gizli soruşturma tedbidir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini diğer tedbirlerden ayıran ve ona özelliğini veren şey gizliliğidir. Gizlilik, açıklığın karşıtıdır,²⁸ mevcut soruşturma organları zaten bu vasıflarıyla soruşturma yapabilirler. Ancak gizli soruşturmacı gizli soruşturma tedbirlerinin bir parçası olarak gizli bir şekilde veri, bilgi ve delil elde etmeyi amaçlar.

III. Görevlendirilmesi

Gizli soruşturmacının görevlendirilmesi ile ilgili olarak CMK m. 139/1’de; “Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde yer alan bazı kavramlardan ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. İlk olarak maddede, soruşturma konusu

²³ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 29; Şahin, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Yakalama Ve Gözaltına Alma*, s. 23, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ, Birinci Baskı, Ekim 2003, Ankara; Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku*, s. 209, Yetkin Basımevi, 2000, Ankara.

²⁴ Erman, Sahir, *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım Ve Usul*, s. 440, Üçdal Neşriyat, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1983.

²⁵ Toroslu, Nevzat, *a.g.e.* s. 193.

²⁶ Yurtcan, Erdener, *a.g.e.* s. 300.

²⁷ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 29 vd., Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 48.

²⁸ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 30.

suçun işlendiği konusunda “*kuvvetli şüphe sebeplerinin*” bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Yani öncelikle ortada bir soruşturma olmalı ve bu soruşturmanın konusunu teşkil eden suçun işlendiği yönünde birtakım karineler bulunmalıdır. Ancak maddede belirtilen kuvvetli şüphe sebebi deyiminden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bununla birlikte soruşturma konusu suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunup bulunmadığı her somut olayın kendi yapısı içerisinde değerlendirilmelidir. Yine de kuvvetli şüphe sebebi deyiminin genel bir ifadeyle, somut ve fiili unsurlarla belirlenen bir suç işlendiği şüphesi olarak anlaşılması gerektiği söylenebilir.

İkinci olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine “*başka surette delil elde edilememesi halinde*” başvurulacaktır. Burada getirilen koşul, diğer tedbirlerin sonuç alınması bakımından yeterli olmamasıdır. Eğer alternatif tedbirlerle delil elde etmek mümkün ise gizli soruşturmacı kullanılmayacaktır.

Üçüncü olarak da, gizli soruşturmacı hakim veya “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” Cumhuriyet Savcısı kararı ile görevlendirilecektir. Fıkarda yer alan “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” kavramı ile ne anlatılmak istendiği açık değildir. Bu kavrama ilişkin bir tanım, Hükümet Tasarısı’nın 2. maddesinde yer almış olmasına rağmen, tanımın belirsiz olduğu ve tanımlar maddesinde böyle bir kavrama yer vermenin uygun olmayacağı düşüncesiyle²⁹ kavram tasarı metninden çıkarılmıştır. Hükümet Tasarısı’nda gecikmesinde sakınca bulunan hal; “*Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz, eser ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması hali*” olarak tanımlanmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan halin somut olayın şartlarına göre ilgililerce takdir edileceği muhakkaktır, ancak bu takdirin ölçüsünün belirlenmesi açısından kavrama ilişkin tanımın maddede yer alması gerekirdi. Ayrıca söz konusu kavram sadece 139. maddede değil, Yasa’nın diğer maddelerinde de kullanılmaktadır (örneğin; m. 135/1 ve m. 140/2 gibi).

Belirtilen nedenlerle gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının yasa tarafından belirlenmiş bazı tutamak noktalarına bağlanmamış olmasının uygulamada farklı değerlendirmelere yol açacağı ve bu durumun da hukuk birliğinin sağlanmasını olumsuz yönde etkileyeceği düşünülmektedir.

²⁹ Bu husus Adalet Komisyonu Raporu’nun maddeyle ilgili kısmında belirtilmiştir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus da şudur; m. 139/1'e göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararı ile gizli soruşturmacı görevlendirilebilecektir. Ancak Cumhuriyet Savcısı'nın, verdiği bu kararı belirli bir süre içinde hakimın onayına sunacağına ilişkin bir hüküm maddede yer almamaktadır. Oysa yasa koyucu benzer gizli soruşturma tedbirlerini düzenlerken bu konuyla ilgili olarak da hüküm getirmiştir. Örneğin; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin 135. maddede tedbirin uygulanabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın da karar vermeye yetkili olduğu belirtilmiş, ancak Cumhuriyet Savcısı'nın kararını derhal hakimın onayına sunacağı ve hakimın de kararını en geç yirmi dört saat içinde vereceği hükme bağlanmıştır. Maddeye göre bu sürenin dolması veya hakimın aksi yönde karar vermesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılacaktır. Aynı şekilde, teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen 140. maddenin 2. fıkrasında da Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen izleme kararlarının yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulacağı belirtilmiştir. Yasa koyucunun, en az bu tedbirler kadar önemli olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenlerken bu konuda herhangi bir hüküm getirmemiş olması, kanaatimizce maddenin oluşturulması sırasında gözden kaçan bir husus olarak değerlendirilmelidir.

CMK m. 139/3'e göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nda muhafaza edilecektir. Fıkra da ayrıca, gizli soruşturmacının kimliğinin görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulacağı ifade edilmiştir.

139. maddenin uygulama alanı ile ilgili olarak 7. fıkrada hüküm bulunmaktadır. Buna göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen 139. madde hükümleri ancak maddede sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir. Yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak gizli görevli kullanılması ise, bu kanunda ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte belirlenmiş olan esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmekteydi.³⁰

Gizli soruşturmacı olarak kullanılacak kamu görevlisinin birtakım kişisel özelliklere sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.³¹ Bu bölümde son olarak bu hususlara yer verilmiştir.

³⁰ Bu konuyla ilgili olarak bkz. 4422 s.k. m. 5, 8 yönetmelik m. 26 - 30

³¹ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 178 vd. Eserde ayrıca, ülkemizde 4422 sayılı Kanun kapsamında gizli görevli olarak çalıştırılacak personelin özel olarak seçilip eğitildiği ifade edilmiştir.

Gizli soruşturmacının görevini gereği gibi yapabilmesi için sahip olması gereken temel vasıflar ve özellikler şu şekilde sıralanabilir:

1. Adapte olabilmek,
2. İyi rol yapma,
3. Akıcı olma,
4. İyi bir dinleyici olma,
5. İyi bir hafızaya sahip olma,
6. Kendine güven duyma,
7. İyi bir değerlendirme ve yargılama yeteneğine sahip olma,
8. Yaratıcı olma,
9. Gizli bilgi toplama teknik ve materyallerini kullanma konusunda uzman olma,
10. Farklı kılıklara girme konusunda yetenekli ve istekli olma,
11. Stresi kontrol etme,
12. Göreviyle ilgili hukuki konularda bilgili olma.

IV. Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği

Suç ve suçlulukla mücadelede gizli soruşturmacı kullanılması, gizli soruşturmacının “görevin gerektirdiği suçlar bakımından” sorumlu olup olmadığı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Gerçekten, gizli soruşturmacıya, bulunduğu ortamın bir gereği olarak ve kendisinden beklenen görevleri yerine getirebilmesi için suç işleme yetkisi verilecek midir? Yoksa hukuk devletindeki her görevli gibi gizli soruşturmacı da görev ve faaliyetlerini ancak, hukuk kurallarıyla belirlenmiş olan sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla mı gerçekleştirecektir? Bu ve benzeri sorular “görevin gerektirdiği suç” kavramını yaratmıştır.³²

Gizli soruşturmacı öncelikle organize suçlulukla mücadele amacıyla görevlendirilmektedir.³³ Bu bakımdan bulunduğu ortam veya

³² Öğretide ayrıca bu kavram dışında, “görevlendirmenin gerekli kıldığı suçlar”, “ortamın haklı kıldığı davranışlar”, “görevin kapsadığı suçlar”, “ortama uygun veya ortamın gerektirdiği suçlar” gibi kavramların da kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz., Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 78 vd.; Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 196.

³³ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 197.

topluluk onu sadece “polis memuru olmayan” birisi olarak değil, daha ziyade kendileri gibi biri olarak, yani buldukları ortamın bir parçası olarak da kabul etmelidir. Bu durum ise sadece uydurma bir kimlik ve dış görünüş bakımından ortama uygun bir statü ile sağlanamaz. Gizli soruşturmacı girmiş olduğu suçlu ortamın zorunlu kıldığı ve büyük olasılıkla suç oluşturacak birtakım davranış şekillerini de benimsemek zorunda kalacaktır. Organize suçlulukta, yasa dışı kumar, tehdit, yağma ve adam öldürme gibi suçların sistematik olarak işlendiği düşünülürse, örgüte ilişkin araştırmalar yapmak ve örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü olan gizli soruşturmacının bu görevlerini suç işlemek zorunda kalmaksızın yapabileceğini düşünmek mantıklı değildir. Kaldı ki suç örgütlerinin, örgüte kabul etmek istedikleri kişinin güvenilir olup olmadığını denemek için çoğu zaman ondan bir suç işlemesini talep ettikleri de bilinmektedir. Dolayısıyla daha işin başında kaçınılmaz olarak suç işlemek zorunda kalan gizli soruşturmacı kimliğinin ortaya çıkmasını engellemek ve hatta hayatını korumak için bu suçu işlerse suçlu durumuna düşecek midir? İşte gizli soruşturmacının “görevin gerektirdiği suçlar” bakımından cezalandırılıp cezalandırılmayacağı probleminin özü de böylece ortaya çıkmaktadır.

Problemin çözüme kavuşturulması bakımından öncelikle, konuyla ilgili yasal düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir. 5271 sayılı yeni CMK'nın gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen 139. maddesinin 5. fıkrasında; “Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Aynı hüküm 4422 sayılı ÇASÖMK m. 5/4’te de yer almaktaydı. Burada yasa koyucunun “Soruşturmacı, ... görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz” ifadesi ile, gizli soruşturmacıyı örgüte katılmış olmaktan dolayı cezalandırmamak yönünde bir hukuka uygunluk sebebi yaratmak istediği belirtilmektedir.³⁴ Gerçekten TCK m. 220/2’ye göre, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca 4422 sayılı Kanun m. 1’e göre de, çıkar amaçlı suç örgütüne üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası öngörülmüş idi. Ancak ne var ki, örgüte üye olmak örgütün işlemekte olduğu bir suç değildir. Dolayısıyla eğer bir hukuka uygunluk

³⁴ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 108; aynı yönde Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 204.

sebebi yaratılmak isteniyorsa CMK m. 139/5'te yer alan bu hükmün ifade tarzı değiştirilmeli ve hüküm örgüte üye olmayı da kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmelidir.³⁵

Yasa koyucunun, "örgütün işlemekte olduğu suç" kavramı ile sadece örgüte üye olmayı görevin gerektirdiği bir suç olarak kabul etmek suretiyle bir hukuka uygunluk sebebi yaratmak istediği yönündeki bir kabul, hükümde yer alan; "Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez" ifadesi ile de bağdaştırılabilecektir.

Sonuç olarak, hem ÇASÖMK'da hem de CMK'da yer alan bu hüküm gizli soruşturmacı için yalnızca suç örgütüne katılma fiili bakımından bir hukuka uygunluk nedeni yaratmaktadır. Bu nedenle gizli soruşturmacı içine girdiği örgütün işlemekte olduğu "suçlara katılmışsa" söz konusu yasal düzenlemelerde gizli soruşturmacının katıldığı bu fiiller bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmediği için, gizli soruşturmacı işlediği bu suçlardan sorumlu tutulacaktır.³⁶

Mevcut yasal durum bu olmakla birlikte, öğretide gizli soruşturmacının örgüt içerisinde deşifre olmamak, kendisine güven duyulmasını sağlamak ve görevini başarıyla yapabilmek için, içinde bulunduğu çevrenin zorunlu kıldığı suçları, özellikle de organizasyonun zaten işlemekte bulunduğu suçları işleyebilmesi gerektiği görüşü öne sürülmektedir.³⁷ Buna göre, bu gibi durumlarda işlemek zorunda kalınacak suç ile, elde edilecek menfaati iyi ayarlamak gerekir. Örneğin; adam öldürme suçuna zorlanan gizli soruşturmacı, nitelikli olmayan yaralama (TCK m. 86/1) suçunu işleyip, hem bu insanın hayatını kurtarmış hem de örgütün güvenini kazanmış olabilir. Ancak, her ne pahasına olursa olsun soruşturmaya devam edilebileceği düşüncesi de yanlıştır. Gizli soruşturmacının işleyeceği suçun zararı tahammülü mümkün

³⁵ 5271 sayılı CMK'nın TBMM Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında 139. madde ile ilgili olarak ileri sürülen görüşler incelendiğinde, konuyla ilgili olarak gizli soruşturmacının faaliyetlerinin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği, bu nedenle 4422 sayılı Kanun'da yer alan hükmün aynen bu maddeye de alındığının ifade edildiği görülmektedir. Komisyon tutanakları için bkz., Yılmaz, Zekeriya, *Noğlu - Gerekeçli - Genel Açıklamalı - Karşılaştırmalı Ve Tutanaklı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve İlgili Mevzuat*, s. 496 vd., Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ, Birinci Baskı, Ocak 2005, Ankara.

³⁶ Aynı yönde Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 204 - 205; Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 108 - 109, 195, 218 - 219.

³⁷ Bkz. Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 187 - 188, aynı yönde Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 185 - 186.

olmayan bir şekilde yararından çok olacaksa (örneğin; birisinin ölmesi gerekiyorsa) daha fazla ileri gidilmeden olaya müdahale edilmeli ve soruşturma kesilmelidir.

Gizli soruşturmacının, görevin zorunlu kıldığı suçları işleyebilmesi kabul edildiğinde, bu fiiller bakımından görevin ifası (TCK m. 24) gibi hukuka uygunluk sebeplerinden istifade ile bu konunun çözümlenebileceği, aksi halde böylesine riskli bir işi üstlenecek görevli bulmanın imkansız olacağı ifade edilmekle birlikte,³⁸ kanaatimizce böyle bir çözüm yasal dayanaktan yoksundur. Yasa koyucu hem yeni CMK'nda, hem de 4422 sayılı Kanun'da gizli soruşturmacının yetkilerini kesin bir şekilde düzenlemiştir (CMK m. 139/5 ve 4422 s.k. m. 5/4). Bu kural görevin gerektirdiği suçları da içine alır. Kanun görevin gerektirdiği ya da gerektirmediği ayrımı yapmaksızın gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği düzenlemesini getirmektedir.³⁹

Konuyla ilgili olarak yargı kararları incelendiğinde, yüksek mahkemenin ulaşılabilen kararlarında ajan provokatörün ya da polis memurunun cezalandırılabilip cezalandırılmayacağı noktasından ziyade, gizli ajan kullanımının asli maddi failin irade ve hareketleri üzerindeki etkilerinin değerlendirildiği görülmektedir. Bu bakımdan Yargıtay'ın genellikle gizli soruşturmacının cezai sorumluluğunu tartışmamış olduğu söylenmelidir.⁴⁰

Son tahlilde, yapılan açıklamalardan gizli soruşturmacının görevinin gerektirdiği suçlara mevcut ceza ve ceza muhakemesi hukuku ilkelere uygun bir çözüm bulabilmenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak 5271 sayılı CMK ile ceza muhakemesine getirilen yeni bir kurum, kanaatimizce bu sorun bakımından değişik bir çözüm yolunu da beraberinde getirmektedir. CMK'nın "*Kamu davasını açmada takdir yetkisi*" madde başlığını taşıyan 171. maddesinde: "*Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı kamu davasını açmayabilir*" hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, gizli soruşturmacının görevinin gerektirdiği suçları işlemesi halinde, bu

³⁸ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 187 - 188; Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 185.

³⁹ Aynı yönde Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 196 - 201, 218 - 219 ve 281.

⁴⁰ Bununla birlikte uygulamada, gizli polis, sivil polis ve MİT mensubu gibi görevlilerin gizli soruşturmacı olarak gerçekleştirdikleri faaliyetler sırasında işledikleri suçlardan dolayı sorumlu tutulmadıkları ifade edilmektedir.

hüküm anlamında bir şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğundan bahisle Cumhuriyet Savcısı kamu davasını açmayabilecektir. Ancak böyle bir çözüm ile görevin gerektirdiği suçun tayini Cumhuriyet Savcısı'na bırakılmış olmaktadır. Bu da, hukuki yeknesaklığın sağlanmasını olumsuz yönde etkileyebilecek bir husustur. Ayrıca Kanun'un 173. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hüküm bu endişeyi artırmaktadır. Bu hükme göre Cumhuriyet Savcısı'nın kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde bu yöndeki karar aleyhinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara karşı başvurulabilen itiraz yoluna da gidilemeyecektir. Bu konuda hiç olmazsa Cumhuriyet Başsavcısı'na yetki verilerek bir hukuki denetim imkanı sağlanabilirdi.⁴¹

3. TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME

I. Kavram

Öğretide elektronik izleme ve gözleme⁴², teknik takip⁴³, teknik araçlar kullanmak suretiyle takip⁴⁴, teknik araç kullanma⁴⁵, gizli izleme⁴⁶ gibi isimlerle de ifade edilen "teknik araçlarla izleme" kavramı; belirli bir süre devam eden ve kişilerin hareket, ilişki veya başkalarıyla yaptıkları konuşmaların tespiti amacını güden ve çeşitli teknik cihazlar vasıtasıyla gerçekleştirilen işlemler olarak tanımlanabilir. İlgilinin⁴⁷ akustik ve optik olarak gözetlenmesi amacıyla kullanılan teknik araçlar, insanın duyu organlarının algılama yeteneğinin sınırlarını aşmaya yardım etmektedir. Günümüzde bu amaçla kullanılan teknik araçlar oldukça gelişmiş özel-

⁴¹ Örneğin Cumhuriyet Başsavcısı'na, Cumhuriyet Savcısı'nın CMK m. 171'e göre kamu davasını açmaması halinde, ondan bu kararı yeniden gözden geçirmesini isteme yetkisi verilebilir. Ya da böyle bir durumda Cumhuriyet Başsavcısı'na, Cumhuriyet Savcısı'na kamu davasını açması yönünde emir verebilme yetkisi tanınabilir.

⁴² Yücel, Mustafa Tören, *Türk Ceza Siyaseti Ve Kriminolojisi*, s. 62, Editör: Av. Yonca Yücel, Geliştirilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1999.

⁴³ Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 177.

⁴⁴ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 132.

⁴⁵ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 60.

⁴⁶ Köroğlu, Hasan, *Örgütlü Suçluluk Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak*, s. 68, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ, Birinci Baskı, Ekim 2001, Ankara; Üzeltürk, Sultan, *1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, s. 197, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, 1. Bası, Mayıs 2004, İstanbul; Mıhçak, Muhittin, *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak Suçları*, s. 58, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ, Birinci Baskı, Ağustos 2003, Ankara.

⁴⁷ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 60 vd.

liklere sahiptir. Bunlar arasında⁴⁸ çok küçük mikrofonlar, tıpkı bir silah gibi, dinlenmek istenen yere dışarıdan yönelttiklerinde oradaki sesi dinleme olanağı veren “yöneltir mikrofonlar”, duvara veya eşyaya takılıp içerideki konuşmaları duyma olanağı veren “duvar aşan mikrofonlar” örnek olarak gösterilebilir. Bunlar dışında optik gözetleme için küçük video kameralar,⁴⁹ küçültülmüş ve çeşitli objelere benzetilmiş (kalem, çakmak vs.) fotoğraf makineleri, dürbünler, gece görüşü sağlayan kızıl ötesi araçlardan da yararlanılabilmektedir. Hatta gözetleme, kapalı bir mekana herhangi bir cihaz yerleştirmeksizin, ses dalgalarının pencere camında oluşturduğu titreşimleri kaydeden ve bunu konuşmaya dönüştürebilen akustik aletler ve dalga taşıyıcılarının yardımıyla dışarıdan da yapılabilen ve bu durumda konuşmanın dışarıdan dinlenmesine pencerenin kapatılması suretiyle de engel olunamamaktadır.

Görülüyor ki⁵⁰ teknik araçlar fonksiyon olarak ikiye ayrılmaktadır, teknik araçların bir kısmı optik, bir kısmı ise akustik gözetlemeye yaramaktadır. Hatta her ikisi açısından ek bir fonksiyon olarak ses ve görüntüyü kaydetmeden de söz edilebilir. Böylelikle,⁵¹ ilk başta unutulmuş bir nokta, bu kayıtların daha sonra tekrar izlenmesi veya dinlenmesi sonucunda ortaya çıkarılabilir. Ayrıca kullanılan cihazın teknik kapasitesine göre, değişik seçenek ve kombinasyon olanakları da ortaya çıkmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde teknik araçlarla izleme tedbirine çok geniş ölçüde başvurulduğu ifade edilmektedir.⁵² Buna göre⁵³ söz konusu tedbire hangi suçlar için, hangi koşullar altında ne şekilde başvurulabileceği 1968 tarihli Suçların Kontrolü ve Sokak Güvenliği Hakkında Toplu Kanun’da düzenlenmiştir. Tehlikeli olarak nitelendirilen 100’den fazla suç ve bunlara hazırlık mahiyetindeki fiiller katalog biçiminde sayılmaktadır. Bunlar arasında özellikle devlet güvenliğine karşı suçlarla, organize suçluluk için tipik olan uyuşturucu madde ticareti, yasa dışı

⁴⁸ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 132 vd.

⁴⁹ Bunlar arasında “fiber-optik kamera” adı verilen ve çapı 0,42 inç’e kadar ($\approx 1,07$ santimetre) küçülebilen kameralar da bulunmaktadır. Bunlar genelde 12 voltluk enerjiyle çalışmakta ve radyo, saat, kitap gibi eşyaların içine yerleştirilmek suretiyle kamufle edilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.best-bay-hidden-cameras.com

⁵⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 61.

⁵¹ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 133.

⁵² Köroğlu, Hasan, *a.g.e.* s. 69; Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 177.

⁵³ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 70.

kumar gibi suçlar yer almaktadır. Tedbire karar verme yetkisi hakime tanınmış olup, kararın ayrıntılı olarak gerekçelendirilmesi aranmaktadır. Bununla birlikte⁵⁴ gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başsavcı veya yardımcısının da karar vermeye yetkili olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca konuyla ilgili olarak, öğretilerde de herkese açık olmayan konuşmaların konut içinde de gizlice dinlenebileceği ve kaydedilebileceği konusunda hemen hemen görüş birliği olduğu belirtilmektedir.⁵⁵

Almanya'da ise⁵⁶ bu konu ile ilgili yasa teklifi parlamentoda reddedilmiş ancak çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadelede başarısız kalınca parlamentoya yeniden yasa teklifi verilerek tedbir kabul edilmiştir. Bununla birlikte⁵⁷ tedbire ilişkin düzenlemenin kabulü sırasında çok uzun tartışmalar yapılmış ve konu iki yıl müzakere edilmiş, neticede kabul edilmiştir. Tedbiri düzenleyen⁵⁸ Al. CMUK'nun 100c maddesi "*İlgilinin bilgisi dışında yapılacak araştırma işlemleri*" başlığını taşımaktadır. Tedbire⁵⁹ kural olarak hakim karar verir, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı veya savcı yardımcılarını da karar verebilmektedir.

Konunun Türk Hukuku'ndaki gelişimine bakıldığında, ilk olarak ÇASÖMK'den önce ceza kovuşturması amacıyla teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabileceği hakkında açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı söylenmelidir. Bununla birlikte⁶⁰ PYSK Ek 7. maddeye dayanarak polis optik ve akustik denetleme yoluna gidebilmekteydi. Söz konusu hükme göre, polis, "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere; ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar*". Ancak⁶¹ bu hüküm yalnızca polisin önleyici nitelikteki faaliyetlerini kapsamaktadır. Dolayısıyla bir suçun işlendiği şüphesi üzerine başlayan kovuşturma faaliyeti açısından hükmün uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki burada polise verilen yetki genel bir

⁵⁴ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 136.

⁵⁵ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 70.

⁵⁶ Canak, Erkan, *a.g.e.* s. 177.

⁵⁷ Köroğlu, Hasan, *a.g.e.* s. 69.

⁵⁸ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 134 vd.

⁵⁹ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 63; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 135.

⁶⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 74; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 137.

⁶¹ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 190; aynı yönde Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 62 vd.

istihbarat yetkisidir. Bu düzenlemeden bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin kapsam ve koşulları açıkça ortaya çıkmadığı için, söz konusu hükmü gizli soruşturma tedbirlerine başvurmak konusunda bir yetki normu olarak ele almak mümkün değildir.

ÇASÖMK'den önceki dönemde öğretilerde de teknik araçlarla izleme tedbirinin özel yaşama ve hatta yaşamın gizli alanına⁶² müdahale oluşturması nedeniyle CMUK'da açık bir biçimde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş, buna rağmen tedbire başvurulacak olursa bu yolla elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde kullanılmayacağı ifade edilmiştir. Bu dönemde uygulamada da optik ve akustik gözetleme sonucu elde edilen bilgilerin CMUK m. 254/2 uyarınca değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir.⁶³

Nihayet, çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadelenin, özel mücadele yöntemlerini içeren bir kanunla desteklenmesi gerektiği düşüncesiyle hazırlanan 4422 sayılı ÇASÖMK 1999 yılında yürürlüğe girmiştir. Söz konusu tedbir kanununun "Gizli izleme" başlığını taşıyan 3. maddesinde yer almaktadır. Maddede; "Bu kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların mesken, ikametgah, işyeri veya kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyetleri, teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydına alınabilir" hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca 2001 yılında yürürlüğe giren ÇASÖMKÜİY'in dördüncü bölümünde, 16 - 19. maddeler arasında gizli izlemeye ilişkin hükümler yer almıştır. ÇASÖMK'da ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte "gizli izleme" adı altında düzenlenmiş olan tedbir 5271 sayılı yeni CMK'nın 140. maddesinde de "Teknik araçlarla izleme" başlığı altında yer almıştır. Madde şu şekildedir;

"Teknik araçlarla izleme

Madde 140- (1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

⁶² Hukuk devleti esasını benimsemiş toplumlarda, sadece bireyin kendisini ilgilendiren ve ondan başkasının girmesinin kabul edilemeyeceği "hayatın gizli alanı" dokunulmaz sayılıp mutlak bir şekilde korunmaktadır. Bkz., Şahin, Cumhuriyet, a.g.e., s. 81,

⁶³ Erdem, Mustafa Ruhan, a.g.e. s. 74 - 75

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten adam öldürme (madde 81, 82, 83),
3. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
4. Parada sahtecilik (madde 197),
5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
6. (Ek alt bent: 25.05.2005 – 5353/19. m.) Fuhuş (madde 227, fıkra 3)
7. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
8. Rüşvet (madde 252),
9. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
10. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
11. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

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

(2) Teknik araçlarla izlemeye hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur.

(3) Teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. (Ek cümle: 25.05.2005 – 5353/19. m.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir haftadan fazla olmamak

üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısı'nın gözetiminde derhal yok edilir.

(5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz."

Bu bölümde son olarak, teknik araçlarla izleme tedbirine benzeyen ama aslında ondan farklı özelliklere sahip olan bazı tedbirlerin genel olarak açıklanmasına yer verilmiştir.

İlk olarak, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan; "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbirinden⁶⁴ bahsetmek gerekir. Bu maddede şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği ve kayda alınabileceği ifade edilmektedir. İletişim kavramı, teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı veya çıkaracağı tüm haberleşme vasıtalarını kapsamaktadır. İletişimin dinlenmesi de, bu vasıtalar ile yapılan her türlü sözlü ve yazılı haberleşmenin dinlenmesi, takip altında tutulması ve denetlenmesi, tespiti ise, bu haberleşmelerin gerektiğinde kayda alınmasıdır.⁶⁵ Bu çerçevede telefon, telsiz, faks, teleks gibi araçlar yoluyla yapılan haberleşmeler yanında, Adalet Komisyonu Raporu'nun 135. maddeyle ilgili kısmında da belirtildiği gibi internet üzerinden yapılan iletişim açısından da bu madde hükümleri uygulanabilecektir. Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere iletişimin dinlenmesi ve tespitine ilişkin tedbir, "teknik araçlarla izleme" tedbirinden farklılık göstermektedir. İletişimin dinlenmesi ve tespitinde, araya bir vasıta sokulmak suretiyle, gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin dinlenmesi ve gerektiğinde kayda alınması söz konusu iken,⁶⁶ teknik araçlarla izlemede ise, daha önce de ifade edildiği gibi, ilgili kişilerin hareket, ilişki ve başkalarıyla yaptıkları konuşmaların çeşitli akustik ve optik cihazlar vasıtasıyla izlenmesi ve tespiti söz konusudur.

⁶⁴ Tedbir öğretide "uzakla haberleşmenin denetlenmesi", bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, a.g.e. s. 99, "haberleşme araçlarının dinlemeye alınması", bkz., Yurtcan, Erdener, a.g.e. s. 356, gibi isimlerle de ifade edilmektedir.

⁶⁵ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, a.g.e. s. 104.

⁶⁶ Erdem, Mustafa Ruhan, a.g.e. s. 99.

Teknik araçlarla izleme, “kolluk tarafından gözetlemeye alma” olarak ifade edilen⁶⁷ diğer bir tedbirden de ayırt edilmelidir. Bu kavram ile anlatılmak istenen, sanığın kimliğine ilişkin bilgilerin veya taşıt aracı gibi bir objenin ayırıcı özelliklerinin, bunların tespitine olanak veren bir kontrol sistemine girilmesidir. Bir polis kontrolü sırasında karşılaşılan kişi ve objeler fişlenir ve böylece elde edilen bilgiler bir araya getirildiğinde ortaya bir hareket profili çıkar. Burada tedbire maruz kalan kişinin hareketleri kapsamlı bir biçimde, planlı ve esas itibariyle gizli olarak gözetlenmektedir. Bunu sağlamak için de, kişi veya objeler, gerektiğinde elektronik gözetleme sistemleri ile de donatılan kontrol noktalarından geçtiklerinde, geçişleri kayıt ve tespit edilir. Burada kovuşturma organı, yalnızca gözetleme ile yetinmektedir. Tedbir uygulanırken, öncelikle kovuşturma organı nezdinde kişilerin izini sürmek amacıyla oluşturulmuş merkezi bir sisteme bu kişiler hakkındaki bilgilerin girilmesi söz konusudur. Daha sonra ilgili yukarıda belirtilen yöntemlerle veya kolluk tarafından yapılan bir kontrol vesilesiyle kendisine rastlandığında, hangi seyahat yolunu tercih ettiği, yanında kimlerin bulunduğu, hangi eşyaları beraberinde götürdüğü vs. konularda ikinci bir fişlemeye maruz kalmaktadır.

Bu tedbir, esas itibariyle o ana kadar işlediği suçlar dikkate alındığında, ileride suç işleyeceği izlenimini uyandıran tehlikeli kişiliğe sahip veya organize suçluluk alanında faaliyet gösterdiği şüphesi taşıyan kişilere yönelik olarak uygulanmaktadır. Bu noktada tedbirin önleyici niteliği ortaya çıkmaktadır. Teknik araçlarla izleme ise bir soruşturmaya istinaden uygulanan bir tedbirdir. Ayrıca açıklamalardan da anlaşıldığı gibi her iki tedbirin içerdiği yöntemlerde de farklılık söz konusudur.

Kolluk tarafından gözetlemeye alma ülkemizde bilinmeyen bir tedbirdir. Dolayısıyla uygulamaya da geçmemiştir. Ayrıca tedbiri uygulamak için her an bağlantı kurulabilecek merkezi bir veri bankasına ihtiyaç olduğu düşünülürse, yeterli altyapının bulunmadığı ülkemizde söz konusu tedbirin uygulandığını söylemek olanaksızdır. Kolluk tarafından gözetlemeye alma tedbirinin Fransa ve Avusturya’da yasal düzenlemeye kavuşturulduğu Almanya’da ise bazı eyaletlerin polis

⁶⁷ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 53.

kanunlarında yer aldığı ifade edilmektedir. Bunun dışında Amerika Birleşik Devletleri'nde de, polis kontrolü vesilesiyle karşılaşılan kişiler gözetlemeye almak için fişlenmektedir.⁶⁸

Açıklanması gereken sonuncu tedbir, “uzun süreli observasyon”dur. Bu kavram, bir plan çerçevesinde uzun süreli olarak, ilgilinin, yaşam ilişkilerini kapsamlı olarak inceleyebilmek amacıyla geceli - gündüzlü gözetlenmesi anlamına gelmektedir. Burada observe edilen kişinin, yaşam koşulları ve ilişkileri hakkında geniş bilgi edinilmesi amaçlanmaktadır.⁶⁹ Bu tedbir, genellikle gizlice, yani ilgili tarafından fark edilmeksizin fakat aynı zamanda açık biçimde de gerçekleştirilebilmektedir. Bu tedbirin belirleyici özelliği “uzun süreli” olmasıdır. Ancak öğretide bunun için kesin bir süre verilememektedir.⁷⁰ Uzun süreli observasyon çıplak gözle yapılabildiği gibi dürbün, teleskop gibi araçlarla ya da ses ve görüntü kaydeden cihazlarla da yapılabilmektedir. Fakat observasyona teknik bir aracın eşlik etmesi durumunda artık teknik araçlarla izleme çerçevesinde tedbiri ele almak gerektiği ifade edilmektedir. Teknik araçlarla izleme belirli bir süreye bağlı olması yönüyle bu tedbirden ayrılmaktadır. (Örneğin; CMK’da, teknik araçlarla izleme kararının en çok dört haftalık bir süre için verilebileceği ve bu sürenin bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabileceği belirtilmiştir).⁷¹ Ayrıca teknik araçlarla izleme tedbirinde gizlilik şarttır, yani uzun süreli observasyonda olduğu gibi açık biçimde de gerçekleştirilemez.

Söz konusu tedbirin Belçika, Lüksemburg, Hollanda ve Avusturya gibi Batı ülkelerinde uygulamaya geçmiş olduğu ifade edilmektedir. Türk Hukuku’nda ise düzenlenmiş değildir.

⁶⁸ Örneğin Başkan Reagan zamanında, kendisine yönelik başarısız suikast girişiminden sonra, polisin başkanlar ve diğer yüksek kamu görevlileri için bir riziko olarak değerlendirdiği kişilerin adları Amerikan Federal Soruşturma Bürosu’nun (FBI) bilgisayarına girilmiştir. Eğer bu kişilerden birisiyle polis kontrolü sırasında karşılaşırsa, başkanın korunması için yetkili olan polis makamına haber verilmektedir. Bugüne kadar bu dosyada adları kayıtlı kişi sayısı 28’dir. Bazen kayıttan önce ilgiliyle bir konuşma yapılmaktadır. Başkanın korunması konusunda yetkili olan Gizli Servis (Secret Service) tarafından tedbirin uygulanmasına karar verilmektedir. Bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 55

⁶⁹ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 49, 54.

⁷⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 165.

⁷¹ Bununla birlikte 25.05.2005’te yapılan değişiklikle, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak tedbirin süresinin hakim tarafından bir haftadan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

II. Hukuki Nitelik

Ceza muhakemesinde soruşturma evresinin anlam ve amacı, savcının kamu davasını açmak veya açmamak hususunda bir karar verebilmesini sağlamaktır. Bu nedenle soruşturma evresinde, işlendiği şüphesi bulunan fiil hakkında bilgi toplanması söz konusudur. Toplanan bu bilgiler, işlendiği düşünülen fiilin mevcudiyeti konusunda bir kanaat yaratılmasına hizmet ettiği ölçüde de, kamu davasının açılabilmesi için yeterli delil bulunduğu sonucuna varılabilecektir.

İşte teknik araçlarla izleme tedbiri de, ceza muhakemesinde delil elde etmek amacına hizmet eden bir araç olarak değerlendirilmektedir. Gizli soruşturmacı kullanılması tedbirinde olduğu gibi, teknik araçlarla izlemede de bilgi toplamanın özel bir biçimi söz konusudur.

Bu tedbirde dikkat çeken ve onu diğer soruşturma tedbirlerinden ayıran özellik, tedbirin şeklinde ve tarzında ortaya çıkar. Burada söz konusu olan ilgilinin çeşitli akustik ve optik cihazlarla izlenmesidir. Bu bakımdan teknik araçlarla izleme tedbirinde de, gizli soruşturmacı kullanılmasında olduğu gibi gizlilik esastır, kovuşturma organları gizli yollarla bilgi elde etmeye yönelik faaliyetlerde bulunmaktadır. O halde, teknik araçlarla izleme tedbiri de hukuki niteliği bakımından bir gizli soruşturma tedbiridir.

III. Uygulanması

Teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak CMK m. 140/1'e göre, maddede sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilecek, ses veya görüntü kaydı alınabilecektir. Bu düzenleme uyarınca tedbirin uygulanabilmesi için, öncelikle maddede sayılan suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphe sebepleri bulunmalıdır. Gizli soruşturmacı kullanılması tedbirinde olduğu gibi burada da, bu deyimden anlaşılması gereken, somut ve fiili unsurlarla belirlenen bir suç işlendiği şüphesidir. Yasa, bu tedbirlere başvurulabilmesi için basit bir başlangıç şüphesinden daha ağır bir şüphe derecesi aramıştır.

Tedbire başvurulabilmesi için öngörülen ikinci koşul, başka surette delil elde edilememesidir. Yasada düzenlenmiş olan diğer tedbirlerle delil elde edilebilmesi mümkün ise teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamayacaktır.

Fıkraya göre yukarıda belirtilen koşulların bulunması halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilecek, ses veya görüntü kaydı alınabilecektir. Burada ilk dikkati çeken husus, kişinin konutunun tedbirin uygulanmasından muaf tutulmuş olmasıdır. Ayrıca maddenin 5. fıkrasında da; *“Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz”* demek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir. Bu noktada CMK m. 140/1 ile, ÇASÖMK m. 3 arasında farklılık olduğu söylenmelidir. ÇASÖMK m. 3’e göre gizli izleme tedbiri ilgililerin mesken ve ikametgahları açısından da herhangi bir sınırlama olmaksızın uygulanabilmekteydi.

Maddenin 2. fıkrasında; *“Teknik araçlarla izlemeye hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur”* hükmüne yer verilmiştir. Gizli soruşturmacı kullanılması tedbirinde olduğu gibi burada da *“gecikmesinde sakınca bulunan hal”* kavramından ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Fıkra da ayrıca, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararların yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulacağı belirtilmiştir. Ancak yirmi dört saatlik sürenin dolması ya da hakimin aksi yönde karar vermesi halinde ne olacağı belli değildir. Oysa iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin 135. maddenin 1. fıkrasında, Cumhuriyet Savcısı’nın kararını derhal hakimin onayına sunacağı ve hakimin de kararını, en geç yirmi dört saat içinde vereceği belirtilmiş, ardından bu sürenin dolması veya hakimin aksi yönde karar vermesi halinde tedbirin Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılacağı hükme bağlanmıştır. Burada kıyas yoluyla benzer bir çözüme ulaşılabileceği kabul edilse bile, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan böylesine önemli bir gizli soruşturma tedbiri düzenlenirken, bu konuda da gereken düzenleme maddede açıkça yer almalıydı.⁷²

⁷² Nitekim, gizli izlemeyi düzenleyen ÇASÖMKÜİY’in 16. maddesinin 2. fıkrasına göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da gizli izleme kararı verebilir. Ancak bu halde, yönetmeliğin 8. maddesine yapılan atfı dolayısıyla, Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen bu karar yirmi dört saat içinde mutlaka hakime karar vermesi için sunulacaktır. Bu sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde ise tedbirin, Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Maddenin 3. fıkrasına göre, teknik araçlarla izleme kararı en çok dört haftalık süre için verilebilir, ancak bu süre gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilecektir. Burada iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri için belirlenen azami süreden daha az bir sürenin öngörölmüş olduğu görölmektedir. Gerçekten iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasını düzenleyen 135. maddenin 3. fıkrasında, tedbir kararının en çok üç ay için verilebileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği ifade edilmiştir.⁷³ Teknik araçlarla izleme tedbirinin müdahale niteliğinin ağırlığı düşünöldüğünde, yasa koyucunun bu tedbir için en fazla sekiz haftalık bir süre öngörmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak ne var ki, 25.05.2005 tarihinde 5353 s.k. ile yapılan değişiklikle maddenin 3. fıkrasına bir ek cümle eklenmiş ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulması durumunda, tedbirin süresinin hakim tarafından bir haftadan fazla olmamak üzere, müteaddit defalar uzatılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Konuyla ilgili olarak eski hükümler incelendiğinde, ÇASÖMKUIY m. 19'da yönetmeliğın 13. maddesine atıf yapılmakta ve gizli izlemenin süresi hakkında bu madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. 13. maddenin 1. fıkrasında da; iletişimin dinlenmesine veya tespitine en fazla üç ay için karar verilebileceği ve bu sürenin en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla gizli izlemenin süresi de bu hükme göre en fazla dokuz ay olabilir. CMK m. 140/3'e eklenen cümle ile, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından tedbirin süresinin müteaddit defalar uzatılabileceği hükmünün getirilmesi tedbirin, yürürlükten kaldırılan ÇASÖMK dönemindeki uygulamaya kıyasla daha ağır bir şekilde uygulanabilmesine imkan vermektedir. Kanaatimizce bu noktada hakimlere önemli bir görev düşmektedir. Hakim kendisine gelen her uzatma talebini titizlikle inceleyerek uzatma isteminin nedenlerini araştırmalı, vardığı sonuca göre tedbirin uzatılmasına ya da talebin reddine karar vermelidir. Ancak her iki halde de verilen kararın mutlaka gerekçeli olması anayasal bir zorunluluktur (AY m. 141/3).

⁷³ Bununla birlikte, 25.05.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanun ile CMK m135/3'e bir ek cümle eklenerek bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görölmesi halinde, tedbirin süresinin hakim tarafından bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Netice itibariyle, tedbirin süresinin müteaddit defalar uzatılabileceği hükmü ile sürenin böyle ucu açık bir şekilde düzenlenmesini, temel hak ve özgürlükler açısından yerinde bir düzenleme olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çalışmanın giriş kısmında da belirtildiği gibi Ceza Muhakemesi Hukuku'nun bir görevi de, bir taraftan devletin suçlulukla mücadele edebilmesini sağlamak, diğer taraftan ise bireyin kişisel hürriyetlerine karşı yersiz müdahaleleri önlemektir. Bu bakımdan teknik araçlarla izleme tedbiri de ancak belirli bir süre ile sınırlı olarak uygulanmalıdır. O halde CMK m. 140/3 yeniden düzenlenmeli ve tedbirin uygulanması bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından da belirli bir süre ile sınırlanmalıdır.

Son olarak, maddenin 4. fıkrasına göre teknik araçlarla izleme sonucunda elde edilen deliller, maddede sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamayacaktır. Ayrıca ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde, bu deliller Cumhuriyet Savcısı'nın gözetiminde derhal yok edilecektir.

4. GİZLİ SORUŞTURMA TEDBİRLERİ YOLUYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Delil, meydana gelen bir suçun aydınlatılmasına ve suç sanıklarının tespit edilmesine yarayan her türlü ispat vasıtasıdır.⁷⁴ Soruşturma evresinde elde edilen ve dosyada yer alan bilgiler birer "hazır" delil olmayıp, duruşma açısından şüphe sebebidir. Delil, asıl olarak kovuşturma aşamasında mahkeme açısından geçerli bir terimdir.⁷⁵

Yargıca gerçeği gösterecek veya onu gerçeğe götürecek her şey delil olabilir. Bu bakımdan yargıcın uyumsuzluğun çözümünde önemli gördüğü bütün olgular ispatlanacaktır. Ceza muhakemesinde ispat ise, doğrudan doğruya ve önemli olgularla olabileceği gibi dolaylı olgularla da (belirtilerle) olabilir. Doğrudan doğruya deliller, bir hususu tek başına ispatlayabilecek güce sahip olan delillerdir. Bunlara örnek olarak tanık beyanı gösterilebilir. Tanığın yargıç önündeki açıklamaları, yargıç için inandırıcılık niteliğine sahip ise bu durumda sanığın suçluluğu ya da suçsuzluğu konusunda kanaat sahibi olunabilecektir. Doğrudan

⁷⁴ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 223

⁷⁵ Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi)*, s. 33, Yetkin Basımevi, Ankara 2001

doğruya deliller dışında, ispat konusunda sınırlı bir güce sahip olan ve ancak doğrudan doğruya delilleri destekleyerek sağlıklı bir sonuca ulaşılmasına yardımcı olan delillere ise dolayısı ile delil veya belirti adı verilmiştir. Bunlar nitelikleri bakımından bir olguyu tek başına ispatlamak kuvvetine sahip değildirler. Örneğin,⁷⁶ bir adam öldürme eyleminden sanık olan ve yargılanan A'nın olaydan sonra yakalandığında, pantolonunun üzerinde tespit edilen kan lekelerinin B'nin kan grubu ile uyduğu belirlendiğinde, bu kan lekeleri A'nın suçluluğu konusunda ancak bir dolaylı delil, yani belirti gücüne sahiptir. Bu durum, tek başına A'nın B'yi öldürdüğünü ispatlamaya yetmez, bir rastlantı da olabilir.

Gizli soruşturma tedbirlerine başvurmak suretiyle elde edilen bilgiler, esas itibarıyla kayıtların keşif konusu olarak ele alınması, tutanakların okunması veya tedbiri uygulayan kolluk görevlisinin (örneğin dinlemeyi yapan görevlinin, ya da gizli soruşturmacının) tanık olarak dinlenmesi suretiyle değerlendirilmektedir. Elde edilen kayıtların bilirkişi incelemesi yoluyla değerlendirilmesi de mümkündür.⁷⁷ Ancak, gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanması sonucu elde edilmiş olan bilgilerin muhakemede değerlendirilebilmesi için bunların hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması gerekir.⁷⁸ Bu noktada belirtmek gerekir ki, yeni CMK m. 289/1-i'de, "*Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması*" mutlak bozma nedenleri arasında sayılmıştır. Bu bakımdan gizli soruşturma tedbirlerine başvurulması durumunda da, bu tedbirleri düzenleyen yasa hükümleriyle belirlenmiş olan kurallara ve sınırlamalara tam olarak uyulması, yargılamanın sağlıklı bir biçimde yapılabilmesine ve sonuçta, hükmün, maddi hakikatin ortaya koyduğu duruma uygun bir şekilde verilebilmesine de hizmet edecektir. Örneğin, gizli görevlinin kışkırtıcı ajan sıfatıyla hareket edip, kişileri suç işlemek için azmettirdikten sonra onları yakalaması ve suç delilleri elde etmesi halinde, bu deliller hukuka aykırı kabul edilip değerlendirilmeyecek, dolayısıyla da suç işleyen bu kişiler cezalandırılmayacaktır. Nitekim YCGK 14.4.1973 tarihli bir kararında, kışkırtıcılık yapan gizli görevli tarafından, kişilerin suç işlemek için kışkırtıldıktan sonra, bu kişiler aleyhinde toplanan delilleri, hukuka uygun delil olarak kabul etmemiştir.⁷⁹

⁷⁶ Yurtcan, Erdener, *a.g.e.* s. 250.

⁷⁷ Bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 360 - 361 ve 390.

⁷⁸ Bkz., AY m. 38/6 (Ek: 3.10.2001 - 4709/15 m.) ve CMK m. 217/2.

⁷⁹ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 189 - 190.

AIHM de, 9.6.1998 tarihli “Francisco Teixeira de Castro” kararında, gizli soruşturmacının provokatör olarak faaliyette bulunması sonucu elde edilen delillerin yargılamada kullanılamayacağını belirtmiştir.⁸⁰

Gizli soruşturmacı kullanılması yoluyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi açısından belirtilmesi gereken diğer bir husus da, gizli soruşturmacının bizzat tanık olarak dinlenmesidir. Tanıklık,⁸¹ olayın aydınlatılmasında ve gerçeğin bulunmasında mahkemeye doğrudan doğruya ışık tutan, bir kamu görevidir. Tanık beş duyusu ile elde ettiği gözlemleri hakim önünde açıklayan kişidir. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, özellikle suç örgütü içine sızarak bilgi toplayan gizli soruşturmacı açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu görevlilerin herhangi bir tanık gibi duruşmada doğrudan dinlenmesi kimliklerinin açığa çıkmasına, böylece daha sonraki işlerde kullanılma olasılıklarının hemen hemen ortadan kalkmasına, daha da önemlisi kendilerinin ve aile bireylerinin yaşam ve güvenliklerinin tehlikeye atılmasına neden olur. Bu sebeple gizli görevlilerin kimliklerini açığa çıkarmadan ifadelerini muhakemeye dahil etme imkanının bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Konuyla ilgili olarak CMK m. 139/3’ün son cümlesinde soruşturmacının kimliğinin, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulacağı belirtilmiştir. Ayrıca hem yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Kanun’da, hem de bu Kanun’un uygulama yönetmeliğinde gizli görevlinin kimliğinin saklı tutulacağına ilişkin hükümler yer almıştır (ÇASÖMK m. 6/5, ÇASÖMKÜY m. 29/3). Bunun dışında tanığın korunması ile ilgili olarak yeni CMK m. 58 ile getirilen düzenlemeler de önem taşımaktadır. Özellikle maddenin 3. fıkrası ile tanığın hakim tarafından gizli olarak dinlenmesine imkan verilmiştir. Ayrıca 3. fıkranın son cümlesinde; “Soru sorma hakkı saklıdır” hükmüne yer verilmiştir. Kanaatimizce bu hüküm, savunma hakkının kısıtlanmasını önleyici bir nitelik taşıması nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesi ile AIHS’nin 6. maddesine uygun bir düzenleme olmuştur. Çünkü savunma makamının, ifade alma sırasında hazır bulunma ve tanığa sorular yöneltebilme hakkı hem Anayasa ile hem de AIHS ile sanığa tanınmış

⁸⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 148 ve 204.

⁸¹ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 239.

olan bir haktır. AİHM'ye göre de;⁸² "savunma hakkı" kural olarak sanığa, bir iddia tanığının beyanlarını ret ile bu beyanları tartışıp çürütmek ve ona gerekli soruları yöneltebilmek için uygun ve yeterli bir fırsatın verilmesini gerektirmektedir.

Bu konu ile ilgili olarak ifade edilen bir diğer çözüm yolu da gizli soruşturmacı olan tanığın ifadesinin, yeminli bir kolluk mensubu tarafından alınarak duruşmada okunmasıdır.⁸³ Ancak bu durumda kimliği gizli tutulan gizli soruşturmacının ifadesinin delil değerinin zayıf olduğu ve başkaca önemli delillerle desteklenmediği sürece mahkumiyet kararına esas alınmaması gerektiği de ifade edilmektedir.⁸⁴ Buradaki sorun, kimliği gizli tutulan tanığın, mahkeme ile muhatap olmayacağını bildiği için ifadesini rahatlık içinde vermesi ve bu nedenle göreviyle ilgili kendisini rahatsızlığa uğratabilecek nitelikteki birtakım bilgileri saklayabilecek olmasıdır.

Gizli soruşturma tedbirleri yoluyla elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle ilgili olarak incelenmesi gereken diğer bir konu da, iletişimin dinlenmesi ve tespiti ile teknik araçlarla izleme gibi tedbirler yoluyla elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının delil sistemi içerisindeki yeridir. Hukuka uygun olarak doldurulup, usulüne uygun şekilde mahkemeye sunulan ses ve görüntü kasetlerinin delil sistemi içindeki yeri konusunda hakim görüş, bunların keşif konusu nesne⁸⁵ bir başka ifadeyle belirti delili, yani dolaylı delil⁸⁶ olacağı yönündedir. Ancak bunların, üzerinde herhangi bir tahrifat yapılmamış ve hukuka aykırı bir şekilde elde edilmemiş olmaları gerekir. Eğer üzerinde tahrifat yapıldığı veya montaj olduğu iddiaları varsa, kayıtların bilirkişi incelemesi yoluyla delil olarak ele alınıp alınamayacağı belirlenebilir.⁸⁷ Bu görüşe göre keşif konusu nesne olarak kabul edilen bu kayıtlar ceza muhakemesinde sınırlı bir ispat gücüne sahiptirler, dolayısıyla tek

⁸² Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 243 Ancak, AİHM'nin, sanığın iddia tanığına soru sormak veya sordurmak hakkına sahip olduğunu ifade eden AİHS m. 6/3-d hükmünün uygulanması bakımından, kesin bir kural koymaktan kaçındığı da belirtilmektedir. Bkz., Şahin, Cumhuriyet, *İspat*, *a.g.e.* s. 130.

⁸³ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 240.

⁸⁴ Konuyla ilgili olarak bkz., Şahin, Cumhuriyet, *İspat*, *a.g.e.* s. 128 - 129; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 240, 242.

⁸⁵ Şahin, Cumhuriyet, *İspat*, *a.g.e.* s. 148; Toroslu, Nevzat, *a.g.e.* s. 182; Yurtcan, Erdener, *a.g.e.* s. 297; Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 360.

⁸⁶ Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 227.

⁸⁷ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 361; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 227.

başlarına bir şey ifade etmezler. Bu nedenle, başka delillerle de desteklendikleri taktirde kabul edilmelidirler.

Konuyla ilgili olarak öğretide bir diğer görüşe göre ise, ses veya görüntü kayıtları bir çeşit yazılı açıklama, yani bir belge delili olarak kabul edilmektedir. Buna göre, hukuka uygun bir şekilde kaydedilip, mahkemeye sunulan ses ve görüntü kasetleri muhakeme konusu olay hakkında delil olabilecek unsurları içeriyorsa bunların belge olduğundan şüphe etmemek gerekir. Ancak bunlar tek başına mahkumiyet kararı verilmesine yetmez, bunun için başka delillerle de desteklenmeleri gerekir.⁸⁸

Uygulamada bant kayıtlarının ispat gücü sorunu Anayasa Mahkemesi'nin 1971 tarihli bir kararına konu olmuştur.⁸⁹ Kararda özetle; ses alma alanındaki gelişmeler sonucunda, birtakım montaj yollarıyla ve ses taklit etmede usta kişilerin yardımıyla bantların istenildiği gibi doldurulabildiği belirtilmiş ve bir toplantıya ilişkin olduğu ileri sürülen ses bantlarına, o toplantıya katılanlarca da usulüne uygun bir şekilde tutanakla saptanmak suretiyle, güç ve destek kazandırılmadıkça, bu kayıtlara hukuk yönünden tam bir güvenle dayanılamayacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde Yüksek Mahkeme kararda; *"Başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça, yalnızca ses bantlarının ve gizli ajan raporlarının, bir yurttaşta yapılan suç isnadına ciddilik kazandırabilmesi, hukuk devleti prensiplerine uygun değildir"* sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi 16.1.1998 tarihli, Refah Partisi'nin kapatılma davasıyla ilgili kararın gerekçesinde ise şu görüşlere yer vermiştir:⁹⁰ *"Öğretide ve uygulamada doğruluğu her zaman kontrol edilebilen video bantlar, yasa dışı yollarla elde edilmediği sürece, yargıda kanıt olarak kabul edilmektedir. Video bantlarının, yasa dışı yollarla sağlanmadığı ve konuşmaların da görüntü ve içerik bakımından bunları yaptığı iddia edilen kişilere ait olduğu dosyada bulunan belgeler ve bilirkişilerce yaptırılan çözümle sabit olduğundan, video bantlar delil olarak kabul edilmiştir."*

⁸⁸ Bilgi için bkz. Yurtcan, Erdener, *a.g.e.* s. 297 - 298; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 228; Şahin, Cumhuriyet, *İspat*, *a.g.e.* s. 147 vd.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 19.8.1971 tarih ve E. 1971/41, K. 1971/61 sayılı kararı, bilgi için bkz., Yurtcan, Erdener, *a.g.e.* s. 298 - 299; Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 137 ve 229.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1997/1, K. 1998/1 sayılı kararı, bilgi için bkz., Geleri, Aytekin - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 229 vd.

YCGK'da 1973 tarihli bir kararında, usulüne göre alınan hakim kararına dayanarak ilgili memurlarca dinlenip, kaydedilen ve metinleri suç dosyasında bulunan konuşmaları, diğer delillerle de desteklenmesi neticesinde, delil olarak kabul etmiştir. Ayrıca Yargıtay 9. CD de 1984 yılında vermiş olduğu bir kararda teyp bantlarının tek başına delil vasfına haiz olamayacağını vurgulamıştır.⁹¹

Sonuç itibariyle, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmedikleri ve üzerlerinde herhangi bir tahrifat yapılmadığı sürece, ses ve görüntü kasetlerinin delil sistemi içerisinde birer "keşif konusu nesne" olarak kabul edildiği ve diğer delillerle de desteklendikleri taktirde hükme esas alınabilecekleri söylenebilir. Ancak bu tür kayıtlar bakımından en önemli sakınca, bunlar üzerinde kolayca⁹² değişiklik yapılabilmesidir. Hatta⁹³ bir belgeyle karşılaştırıldığında, bunun çok daha kolay olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca günümüzde, bu tür tahrifat ve taklitlere imkan sağlayan teknolojik araç gereçlerin kolaylıkla elde edilebildiği düşünülürse, bu konuda uzman kişiler tarafından yapılan tahrifatların bilirkişi incelemesiyle dahi fark edilemeyebileceği tehlikesi de göz ardı edilmemesi gereken bir husus olmaktadır.

5. GİZLİ SORUŞTURMA TEDBİRLERİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gizli soruşturma tedbirleri ile ilgili olarak incelenmesi gereken diğer bir konu da, bu tedbirlerin temel hak ve özgürlükler karşısındaki durumu olmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu bakımdan gerek⁹⁴ klasik koruma tedbirleri (ya da açık tedbirler) gerekse tüm gizli soruşturma tedbirlerinin ortak özelliği ve ana karakteristiği her birinin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyor olmasıdır. Ancak gizli soruşturma tedbirleri bakımından dikkat çeken terim "gizli" terimidir. Devletin gizli yollarla veri elde etmesi, zorunlu olarak, ilgilinin bu durumdan haberdar olmamasını gerektirir. Bu bakımdan ilgili, kendisi⁹⁵ hakkında kimin, neyi, ne zaman ve hangi durumda bildiğini denetleme olanağından da yoksun olmaktadır. Gizli soruşturma tedbirlerinin hukuka uygunluğunu denetleme ve gerektiğinde denetim muhakemesi yollarına başvurma olanağının,

⁹¹ Geleri, AYTEKİN - İleri, Hakan, *a.g.e.* s. 229.

⁹² Toroslu, Nevzat, *a.g.e.* s. 182.

⁹³ Yurtcan, Erdener, *a.g.e.* s. 298.

⁹⁴ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 30.

⁹⁵ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 161.

soruşturma işlemlerinin gizliliği nedeniyle ortadan kalkması, buradaki müdahalenin “yoğun” olarak ele alınmasını gerektirir. Gerçekten ilgili açıdan, açık olanlara göre, gizli soruşturma tedbirlerinde daha ağır bir müdahale söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, genel kişilik hakkına bağlı olarak bireyin kişiliğini geliştirme hakkı, kişisel nitelikli verilerin sınırsız olarak elde edilmesi, depolanması ve kullanılmasına karşı da bireyin korunmasını gerekli kılar. Bu bakımdan “bireyin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkı”na sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu hak,⁹⁶ ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde kişisel yaşam ilişkilerinin açıklanacağına bireyin kendisinin karar vermesi yetkisini içermektedir. Bireyin kendisi hakkında, kimin neyi, ne zaman ve hangi durumda bildiğini öğrenme olanağından yoksun olması, söz konusu hakla bağdaşmaz. O halde, bireyin kendisine ait verilerin kaderini belirleme hakkı, veri elde etmeye yönelik müdahalelere karşı bireye bir özgürlük bahşetmekte ve ona, kendisine ait veriler üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma olanağı tanımaktadır.

Gizli soruşturma tedbirlerinin müdahale niteliği, bireyin hem özel hayatı ve aile hayatı hem de konuta saygı hakkı ile haberleşme hürriyeti açısından ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan tedbirlerin uygulanması, normun açıklığı, belirlilik ve oranlılık ilkelerine uygun yasal bir dayanağı gerekli kılmaktadır. Gerçekten⁹⁷ verilerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi, genel kişilik hakkına (AY m. 17) bir müdahale oluşturduğu için Anayasa’da öngörülen sınırlama nedenlerine (Any. m. 13, 14) bağlı olarak, yasayla düzenleme konusu yapılabilir. Ayrıca gizli soruşturma tedbirlerine başvurulabilmesi için, oranlılık ilkesinin somutlaşmış bir biçimi olan, ikinci derecede uygulanabilirlik⁹⁸ veya ikincillik⁹⁹ ilkesi öngörülmüştür. Bu ilke, gizli soruşturma tedbirlerine diğer tedbirlerin yeterli olmadığından anlaşılması, yani ancak yasada yer alan diğer tedbirlerle bir sonuca ulaşamaması halinde, ikincil olarak başvurulabilmesini ifade etmektedir. Söz konusu ilke yeni CMK’da, gerek gizli soruşturmacı kullanılmasını düzenleyen 139. maddede, gerekse teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen 140. maddede yer almıştır. Buna göre bu tedbirlere, “başka surette delil elde edilememesi halinde” başvurulacaktır.¹⁰⁰

⁹⁶ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 122.

⁹⁷ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 126.

⁹⁸ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 386.

⁹⁹ Özbek, Veli Özer, *a.g.e.* s. 76.

¹⁰⁰ İkincillik ilkesi ÇASÖMK’de de yer almaktaydı. Bkz. m. 2/3, m. 5/1. Ayrıca, söz konusu ilkenin yeni CMK’da yer almasının AİHM içtihatlarına son derece uygun bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Bkz., *Güncel Hukuk Dergisi*, s. 20, Sanat Matbaacılık AŞ, S. 12, Aralık 2004, İstanbul.

Gizli soruşturma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri önemli ölçüde sınırlaması, tedbirlerin uygulanmasının belirli bir süreyle sınırlı tutulmasını da gerektirmektedir. Ancak bu süre¹⁰¹ ne tedbiri uygulayacak kişilerin elini kolunu bağlayacak kadar az ne de oranlılık ilkesinin gereklerini aşacak ölçüde fazla olmalıdır. Bu bakımdan gizli soruşturmacı¹⁰² kullanılması haricindeki diğer gizli soruşturma tedbirlerinin makul bir süreyle sınırlı olarak uygulanması öngörülmüştür (CMK m. 135/3, m. 140/3).¹⁰³

Nihayet, gizli soruşturma tedbirleri hakim kararı ile uygulanabilecektir. Bu koşul da, tedbirlerin temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale oluşturması karşısında özel bir koruma sağlar. Ancak, karşılaştırmalı hukukta genel kural bu olmakla birlikte gecikmede tehlike durumunda savcı da tedbire karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Savcının tedbire karar vermesi durumunda, kararın derhal ya da belli bir süre içinde hakim onayına sunulması aranmakta, aksi taktirde kararın hükümsüz kalacağı öngörülmektedir. Bununla birlikte CMK'nda yer alan "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" kavramının içeriği belirsizdir. Ayrıca, gizli soruşturmacı kullanılmasını düzenleyen 139. maddede, tedbirin uygulanmasına savcının karar vermesi halinde, bu kararın hakim onayına sunulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Teknik araçlarla izlemeye ilişkin 140. maddede de, savcının kararını yirmi dört saat içinde hakim onayına sunacağı belirtilmekle yetinilmiş, bu sürenin dolması, ya da hakim aksi yönde karar vermesi halinde, tedbirin derhal kaldırılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenlerle kanaatimizce, söz konusu maddelerde yer alan düzenlemeler normun açıklığı ve belirliliği ilkelerine uygun düşmemektedir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus da şudur; CMK m. 141 - 144 arasında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde yakalama, tutuklama, arama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin hükümler yer alırken, gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin hiçbir düzenleme yer almamıştır. Gizli soruşturma tedbirleri zaten bu nitelikleriyle temel hak ve özgürlüklere ağır bir şekilde müdahale et-

¹⁰¹ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 388.

¹⁰² Gizli soruşturmacı kullanılması tedbiri, amacı ve özelliği itibarıyla "sürekli olarak" uygulanması gereken bir tedbirdir.

¹⁰³ Ancak daha önce de belirtildiği gibi, m. 140/3 ve 135/3'te sonradan yapılan değişiklikle, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından bu tedbirlerin süresinin müteaddit defalar uzatılmasına karar verilebileceği hükmüne bağlanmıştır.

mektedir. O halde tedbirlerin belirlenen yasal sınırlar dışına çıkılarak uygulanması durumunda, ilgililer açısından çok daha yoğun bir müdahalenin söz konusu olacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle kanaatimizce yasa koyucunun gizli soruşturma tedbirlerin uygulanması sürecinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar bakımından da birtakım tazminat hükümleri getirmesi gerekirdi.

Gizli soruşturma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükler açısından değerlendirilmesi bağlamında, son olarak bu konuyla doğrudan ilgili olan AİHS¹⁰⁴ m. 8'den kısaca bahsetmek gerekmektedir. Bu hüküm "özel yaşama saygı hakkını" güvence altına almıştır. Maddenin 1. fıkrasına göre, her şahıs özel hayatına ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hüküm karşısında, gizli soruşturma tedbirlerinin bireyin özel yaşamına müdahale oluşturduğu açıktır. Ancak böyle bir müdahale, maddenin 2. fıkrasında belirtilen hallerden birinin varlığı halinde söz konusu olabilecektir. Buna göre, devlet organları özel yaşama, "ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya bir başkasının özgürlük ve haklarının korunması için" gerekli ise ancak bu takdirde, bu gereklilik ölçüsünde müdahale edebilirler. Burada konuyla en fazla ilgili olan kavram "suçların önlenmesi"dir. Kavramın daha çok önleme amaçlı müdahaleleri içermesi yanında, ceza muhakemesi amacıyla gizli soruşturma tedbirlerinin de bu kavram altında ele alınabileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Bununla birlikte müdahalenin, "demokratik bir toplumun korunması için zorunlu olması" durumunda kabul edilebileceği de belirtilmektedir. AİHM "Klass kararı"nda bu hususu vurgulamıştır.¹⁰⁶ Kararda ayrıca kanunun, kötüye kullanmalara karşı yeterli denetim mekanizmalarını da içermesi gerektiği ifade edilmektedir.

Sonuç olarak AİHS m. 8 açısından gizli soruşturma tedbirlerine ancak, demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması, tedbirin kötüye kullanılmasına karşı etkili ve uygun garantiler öngörülmesi ve koşullarının kanunda açıkça düzenlenmesi durumunda başvurulabilecektir.

¹⁰⁴ Türkiye AİHS'yi 18.5.1954 tarihinde onaylamıştır. Bkz. 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun, RG, 19.3.1954.

¹⁰⁵ Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 151, aynı yönde Üzeltürk, Sultan, *a.g.e.* s. 190.

¹⁰⁶ Karar için bkz., Üzeltürk, Sultan, *a.g.e.* s. 197 vd.; Erdem, Mustafa Ruhan, *a.g.e.* s. 151 vd.

6. SONUÇ

Gizli soruşturmacı kullanılması ve teknik araçlarla izleme hem Türkiye’de hem de Kıta Avrupası ve Anglo - Sakson ülkelerinde, özellikle organize suçlulukla mücadelede başvurulan gizli soruşturma tedbirleridir. Hatta söz konusu tedbirler öğretide organize suçlulukla mücadelenin olmazsa olmaz öğeleri arasında sayılmış¹⁰⁷ ve bu yöntemlere başvurulmaksızın organize suçlulukla mücadelenin adeta imkansız olacağı ifade edilmiştir. Ancak gizli soruşturma tedbirlerinin haklılığı, organize suçlulukla mücadele amacına dayandırıldığına göre, bu tedbirlerin uygulama alanının da organize suçlulukla mücadele amacıyla sınırlı olması gerekir. Buna ilaveten söz konusu tedbirlerin temel hak ve özgürlükler açısından ortaya çıkaracağı tehlike, tedbirlerin uygulama alanına girecek suçların da olabildiğince sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Buna karşılık, gizli soruşturmacı kullanılması ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin 5271 sayılı yeni CMK’da yer alması, bu tedbirlerin uygulama alanlarının genişlemesi anlamına gelmektedir. Kanun’un, tedbirleri düzenleyen 139 ve 140. maddelerinde bu tedbirlerin hangi suçlarla ilgili olarak uygulanabilecekleri liste usulü ile sayılmıştır. Bu bakımdan bir sınırlama söz konusu olsa bile, 4422 sayılı ÇASÖMK döneminde sadece bu kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında uygulanan gizli soruşturmacı kullanılması ve teknik araçlarla izleme tedbirleri bundan böyle, CMK m. 139 ve 140’da sayılan bütün suçlar bakımından uygulanabilecektir.

Diğer taraftan, gizli soruşturmacı kullanma ve teknik araçlarla izleme maliyeti yüksek olan yöntemlerdir. Günümüzde giderek artan ve toplumun hemen her kesimini etkileyen organize suç ve suçlulukla mücadele son derece hassas ve profesyonel bir organizasyonu gerektirir. Bir suç örgütünün içine sızarak *“örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamak”* bu konuda özel olarak eğitilmiş olmayı zorunlu kılmaktadır. Ayrıca ilgilinin gözetlenmesi amacıyla kullanılan optik ve akustik araçların maliyetleri de oldukça yüksektir. Buna ek olarak, bu ekipmanları kullanacak personelin de bu konuda özel eğitim almış olması gerekmektedir.

Son tahlilde, CMK’da söz konusu tedbirler hakkında düzenlemelerin yapılmış olması, kanunda öngörülen bazı suçların daha etkin bir

¹⁰⁷ Yücel, Mustafa Tören, a.g.e. s. 62.

şekilde takip edilmesini sağlayabilecektir. Ancak bu pahalı suç takip yöntemleri için gerekli bütçe kaynaklarının ayrıldığına dair bir bilgi verilmemiştir. Polis otomobillerine kaynak yetersizliği nedeniyle günlük çok az miktarda benzin verilebildiği için, suçluların bulunduğu araçların polis araçları tarafından takibinin yapılamadığı zaman zaman ifade edilmektedir. Polise ayrılan bütçe imkanlarındaki yetersizlikler bilinirken, gizli soruşturmacı kullanılması ve teknik araçlarla izleme yöntemlerine nasıl kaynak bulunabileceği düşünülmesi gereken bir husustur.

Soruşturma aşamasında böyle pahalı takip yöntemleri kanunda yer alırken, dava aşamasında mahkemelerdeki maddi imkansızlıklardan kaynaklanan çalışma aksamaları da hatırlanmalıdır. Gerçekten, Bütçe'den sadece %1 civarında pay alabilen Adalet Bakanlığı'nın mahkemelere tahsis ettiği ödeneğin yetersizliği nedeniyle, mahkemelerde yaşanan demirbaş eşya, kırtasiye yoklukları ve hizmet aksamaları bilinen gerçeklerdir.

Gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi pahalı yöntemler getirilirken, iyi bir fayda - maliyet analizi yapılmış olmalıdır. Bu yeni yöntemlere ayrılacak ek kaynak var mıdır? Eğer varsa, bu kaynak bu yöntemlere mi, yoksa soruşturma, kovuşturma ve mahkeme faaliyetlerindeki yetersizlikleri gidermek için mi tahsis edilmelidir? Bu da üzerinde durulması gereken bir meseledir.

HAYVAN HAKLARINA BAKIŞ

Halil YILMAZ*

I. GİRİŞ

Son yıllarda dünyadaki ekonomik, toplumsal ve siyasal yapılanmalarda büyük değişimler yaşanmasıyla birlikte, bu değişimin kuramsal ve pratik gerekçelerini açıklamak açısından bazı kavramlar anahtar rolü üstlenerek öne çıkmaya başlamıştır. Bu bağlamda bazı kavramlar, farklı alanlara ilişkin sorunları gündeme getirmek bakımından baskın konuma gelmektedir. Çevre bu kavramların başında gelmektedir. Geniş bir çevre tanımının içine, yeryüzünün tüm alanları ve işleyen süreçlerinin girdiği söylenebilir. Bu alan ve sürecin içine, tüm canlı cansız varlıklar ile canlı varlıkların eylemlerini etkileyen fiziksel, kimyasal biyolojik ve toplumsal etmenlerin girdiğini kabul etmek gerekir.¹

Yeryüzü çevresinin bir unsuru olan hayvanların bazı haklara sahip olması ve bunların hukuk alanında korunması düşüncesi görece olarak yeni olup, doğanın özgün yapısının bozulmasının insan yaşamını doğrudan etkilemesi nedeniyle gündeme gelmeye başlamıştır. Çevrenin sahibi yada unsuru olan hayvanların korunmasının gerekliliği, hukukun genel amaçları içindedir. Ancak, hayvanlar insanlar için mi yoksa çevrenin bir unsuru olarak mı korunmalıdır? İnsanı evrenin merkezine oturtan çağdaş batı düşüncesi, insanı her türlü değer ve etkinliğin de kaynağı olarak görmektedir. Bu nedenle hayvanlar, sırf etik değerler için mi,

* Hakim.

¹ Keleş, Ruşen - Ertan, Birol, *Çevre Hukukuna Giriş*, Ankara 2002, s. 14.

bir canlı kategorisi ve doğanın ayrılmaz bir parçası olarak mı yoksa ekonomik geleceğe ilişkin çıkarlar böyle gerektirdiği için mi korunması gereklidir sorusu yeniden sorulabilir?

II. HAYVANLARIN KORUNMASININ GEREKLİLİĞİ

Her gün binlerce canlı hayvan üzerinde gerçekleştirilen tıbbi ve kozmetik deneyler, spor amacıyla yapılan avlanmalar, beslenme amacıyla yetiştirilen hayvanlara karşı yapılan davranışlar, fabrikasyon üretimi canlı tavuklar, sirk ve hayvanat bahçelerinde tutulup hapsedilen ve bazı davranışları yapmaya zorlanan hayvanların maruz kaldıkları eylemlerin, hayvanlar açısından işkence boyutuna varması,² okul ve araştırma enstitülerinde acı çekerek ölmesi karşısında, insanlar etik düşüncelerle hayvanları koruma gereğini hissetmişlerdir.

Eski çağ insanları hayvanlara zalimce davranmakla birlikte, yinede onları tek başına varlıklar olarak görmekteydiler. Ancak, sahip olunan hayvan sayısı arttıkça hayvanlar ayrı ayrı varlıklar olarak görülmekten çıkarak sürü haline gelmişlerdir. Artan nüfusun beslenmesinde gerekli olan gıdanın sağlanması, sürü olarak görülen hayvanların tüketimini bir endüstri kolu durumuna getirmektedir. Böylece birbirinin neredeyse tıpa tıp aynısı biçiminde yetiştirilen hayvanların birer canlı sebze gibi kesilip biçilmeleri insanların hayvanlar hakkındaki anlayış ve görüşlerinin daralmasının da bir göstergesi olmaktadır.³

Bütün bunların yanında, hayvanların korunması eyleminin altında yatan en önemli temel düşüncelerden biri de deney hayvanlarına karşı yapılan davranışlardır. Deney hayvanlarının yüzde 44'ü ilaç ve kimya sanayinde kullanılmakta, üzerlerinde yeni ilaç, kimyasal madde, deterjan, temizlik maddeleri, yeni gıda maddeleri bağımlılık yapıcı maddeler denenmekte,⁴ mücevherat hammaddesi olarak kullanılmakta hatta seks endüstrisine bile malzeme olmakta dolayısı ile hayvanlara dayalı küresel endüstrinin boyutu milyarlarca doları bulmaktadır.⁵ Bu konuda

² Ertan, Birol, "Hayvan Hakları ve Türkiye", *Cevat Geray Armağanı*, Mülkiyeliler Birliği Yayınları : 25, Ankara 2001, s. 401.

³ Clutton-Brock, Juliet, "Yaban Hayvanları Nasıl Evcilleştirildi?", *Bilim ve Teknik Dergisi*, Ağustos 1992, s. 39.

⁴ Gericke, Corina, *Hayvan Deneyleri-Sorunsala Giriş*, (Çev. Sertan Batur), <http://www.tierrechte.de>

⁵ "Hayvanlar, Zaferin Yarısını Kazandı", *Hürriyet*, 24. 7. 2005.

bazı rakamlar verilecek olursa, Amerika'da yılda; 50 bin kedi, 60 bin maymun, 200 bine yakın köpek, 500 binden çok tavşan ve milyonlarca farenin bilimsel deneylerde kullanıldığı resmi makamlarca açıklanmakla birlikte, bu rakamın 100 milyonun üzerinde olduğu tahmin edilmektedir. Yine Fransa'da her yıl; 1.5 milyon hayvan bilimsel araştırmalarda, 3.5 milyon hayvan ise gıda sanayiinde ve diğer araştırma kollarında öldürülerek tüketilmektedir. Alman ekonomi bakanlığının verilerine göre 2001 yılında 2.1 milyon hayvanın araştırmalarda acı çektiği ve öldüğü tahmin edilmektedir. Bu sayının bütün dünyada 300 milyonu aştığı iddia edilmektedir.⁶

Ortaya çıkan bu rakamlardan çıkarılan sonuç, insanlığın hayvan kıyımı konusunda ne denli ileriye gittiğini açıklamaktadır. Yukarıda verilen rakamlara, yollarda araç kazalarına maruz kalarak ölen hayvanlar dahil değildir. Bu kazalar sonucu ölen hayvanların sayısı da azımsanmayacak boyuttadır.⁷

İnsanların insan olmaktan kaynaklanan hakları gündeme geliyor ve bu hakların korunması konusu ne denli haklılık kazanıyorsa, ortada görünen işlem ve rakamlar hayvanların da hayvan ve canlı olmaktan kaynaklanan hakları olduğu düşüncesini gündeme getirerek bu varlıkların korunması gerektiğine haklılık kazandırdığı yolunda düşünceleri ortaya çıkarmaktadır.

III. HUKUKTA HAK KAVRAMI

Hukukun temelini haklar oluşturmaktadır. Hak, yararlanıp yararlanmamak sahibinin iradesine bağlı olmakla birlikte, toplum çıkarları ile sınırlandırılmış, hukukça korunan çikardır.⁸ Konusu ne olursa olsun, hak sahibi yönünden ortada meşru bir çıkarın olması gerekir. Haklar; malvarlığına ilişkin (parayla ölçülebilen) ve onur saygınlık gibi parayla ölçülemeyen manevi değerlere ilişkin olabilir.

Hukuk dilinde hak sahibine, hakkın öznesi olan varlığa kişi denir. Kişi kavramı, somut bir varlığın ifadesi değildir. Ancak hukuk düzeni

⁶ Ertan, s. 406; Gericke, Corina, *Hayvan Deneyleri-Sorunsala Giriş*, (Çev. Sertan Batur), <http://www.tierrechte.de> (11.02.2005).

⁷ Keleş - Ertan, s. 149.

⁸ Zevkliiler, Aydın - Havutçu, Ayşe, *Medeni Hukuk*, Ankara 2002, s. 73.

içerisinde tanınmış olan haklardan yararlanmasına izin verilmiş olan varlıkları belirlemeye yarar. Bir hukuk düzeninde o hukuk düzeni tarafından tanınmış haklardan yararlanacakları ve ne oranda yararlanacaklarını belirlemek o hukuk düzeninin yasa koyucusuna aittir. Böyle olunca, kurulu hukuk düzeninde hukuku koyan organ, hakkın doğumuna da kaynaklık etmektedir.

Hukukta iki tür kişi vardır. Gerçek kişi ve tüzel kişi. Gerçek kişiler yalnızca insanlardan oluşmaktadır. Hak ve borçlara sahip olabilecek daha doğrusu kişi denilince akla gelen varlık insandır. Hukuk yapıcı güçler, günlük gereksinimleri göz önüne alarak insan dışında bazı topluluklara da kişilik verme gereğini hissetmiştir. Tüzel kişi olarak insandan ayrı hukuksal bir kişilik oluşturulmuştur. Dolayısı ile somut bir varlık olmamakla birlikte tüzel kişiler de bir hakkın sahibi olabilirler. Bu anlamda hayvanlara ve bitkilere bir kişilik verilmemiştir. Zira hukuk kuralları insanlar tarafından düzenlenmiştir. İnsanlardan oluşan yasa koyucu, hayvanları borçlara sahip olabilecek ve haklardan yararlanabilecek varlıklar arasında saymamıştır. Eski devirlerde de köle olarak diğer insanlar tarafından kullanılan insanlar o zamanki hukuk sistemi tarafından kişi sayılmamışlardır. Hayvanların kişi olmamalarının doğal sonucu olarak, hayvanların hak ve borçlarından söz edemeyiz.

Hukukta hayvanların korunmasına ilişkin bazı kurallar var ise de, bu kurallar hayvanları hak sahibi yapmamaktadır. Bu kurallar hayvanlara yaşama, onlara insafsızca davranılmasının önlenmesi dolayısı ile işkence konusu edilmeme⁹ böylece toplum vicdanının tatmin edilmesi amacını gütmekte olup, hayvanları hak sahibi kılma amacını taşımaz. Kaldı ki son olarak çıkarılan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Yasası da, hayvanları herhangi bir hakkın sahibi yapmamaktadır. Yasa içerik itibarı ile insan ve kuruluşlara görev ve sorumluluk yükleyerek insan davranışlarına düzenleme getirmeyi amaçlamaktadır (m. 1). Zira, hayvanlara insanlara tanınan hak anlamında hak tanınması demek, hakka ilişkin iradenin kendisi dışındaki bir kişiye yöneltilebilmesini gerektirir ki, hayvanların insanlar gibi hakka ilişkin irade ileri sürebilmeleri ve bu iradeye muhatap bulmaları mümkün görünmemektedir. Açıkçası, hayvanlar hakka sahip bir varlık olarak kabul edilseler dahi bu hakkı kullanma ehliyetinden yoksundurlar. Bu anlamda, akıl hastası olan veya yeni doğmuş insanların da hakkı kullanma iradesine sahip olmadıkla-

⁹ Keleş - Ertan , s. 141.

rı düşünülürse, akıl hastalarının ve küçüklerin haklarının olmadıkları sonucuna varılabilir. Bu durumda, hakkın kullanılabilmesinin değil, o hakka sahip olmaktan kaynaklanan çıkarın varlığının hakka kaynaklık etmesi söz konusu olur. O halde hukukun akıl hastasının çıkarlarını da normal insan gibi koruduğu göz önüne alındığı takdirde, bunun nedeninin hakkı korunanın çıkarının olduğu gerçeğidir. Bu çıkar, canlının varlığını varlığının gereği olarak sürdürebilmesidir.

Hak kavramının kaynağı konusunda çıkar teorisini savunan Singer, hayvan haklarını bu teoriden çıkarmaya çalışmıştır. Singer, acı çekmek bir gerçeği ve çıkarı ifade edebilmek için gerekli bir koşuldur. Bir darbeyle maruz kalan hayvanın acı duyacağını, dolayısı ile hayvanın böyle bir darbenin mağduru olmamakta çıkarı olduğunu belirterek, hayvanların da hak sahibi olduğunu iddia etmektedir.¹⁰

Bu konuda Nutall ise, insanların akıllı ve bilinçli oldukları için hakları olduğunu, hayvanların ise bu niteliklere sahip olmadıkları için hakları olmadığını düşüncesini kabul etmemektedir. Bu düşünürü göre, akıllı ve bilinçli olmayan insanların da haklarının hukukça kabul edildiğinden hareketle hayvanların da hakları olabileceğini iddia etmektedir.¹¹

IV. HAYVAN HAKLARININ ÖZELLİKLERİ

Hayvanların maruz kaldıkları eylem ve işkenceler insanlarda hayvan haklarına ilişkin düşüncelerin yoğunluk kazanmasına neden olmuştur. Bu düşünce 21-23 Eylül 1977 tarihinde İngiltere'nin başkenti Londra'da, uluslararası hayvan hakları birliği ve bu birliğe bağlı diğer ulusal birlikler tarafından hayvan hakları konusunda uluslararası bir toplantı yapılması sonucuna götürmüştür. Bu toplantıda Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi adı altında bir bildirge yayınlanmış, hayvanların da bir takım hakları olduğu açıklanmıştır. Bu bildirgede yazılı ilkeler 5199 sayılı Yasa'ya da aktarılmıştır (m. 4). Herhangi bir bağlayıcılığı olmayan bildirge 15 Ekim 1978'de ilan edilmiştir. Hayvanlara bir bildirge ile tanınan haklardan çıkan sonuçlara göre, klasik olarak bildiğimiz insan haklarına göre bazı özellikler içerdiği görülmektedir. Şöyle ki; Hayvanlar bir kişi olmadıklarına dolayısı ile hak talebinde bulunabilme

¹⁰ Ertan, s. 403.

¹¹ Ertan, s. 404.

ehliyeti olmadıklarına göre, onların hakları insanlar tarafından korunur (5199 sayılı Yasa'nın 16/a maddesi). Hayvan hakları, hayvanlara insanlar tarafından verilen hakları yansıtmaktadır.¹² Hayvanlara verilen haklar onları bireysel olarak korumaya yönelik olmayıp tür olarak korunmalarına yöneliktir. Hayvanlara tanınan hakların bireysel olmaması bazen bu hakların belirsizliği sonucunu doğurabilir. Bir hakkın varlığı ve kullanılmasındaki belirsizlik bu hakların ihlaline meşruluk zemini hazırlayan açık kapı olabilmektedir. Hayvan hakları listelenmiş bir haklar dizgesi değildir. Bütün hayvanlar eşit doğar ve en doğal temel hakları da yaşama hakkıdır (5199 sayılı Yasa'nın 4/a. maddesi). Hayvanlara tanınan haklar, bütün canlıların yaşam topluluğunun ortak yaratılmış unsuru olmalarının ve insanların doğayla uyum içinde yaşaması gerektiği gerçeğinin bir sonucudur. Dolayısı ile ekolojik dengeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu denge, insan merkezli olmaktan çok çevre merkezli yaklaşımın bir görünüşüdür. Bu yaklaşımın bir neticesi olarak, insan da doğanın bir parçasıdır.¹³

Hukuksal ve normatif anlamda, insan hakkı gibi bir hayvan hakkından bahsedilemez. Hayvanlar da insanlar gibi sevince, acıya, ağrıya, korkuya ve diğer duygulara sahiptirler.¹⁴ Maruz kaldıkları şiddet ve keyfi davranışlara karşı korunmaları gerektiğine ilişkin bir temel hakka sahip oldukları düşünülebilir.¹⁵ Bu nedenle hayvanlar üzerinde yapılan deneylerin etik değerlere uygun olmadığı sonucuna varılabilir. Buna karşılık hayvan hakları, etik değerlerin belki de ekolojik dengenin sağlanması ve sürdürülmesindeki insan çıkarlarının bir yansımasıdır. Yapılan araştırmalar, hayvanlar hakkında yeni yetenekler keşfetse de, bütün bunlar insanlardaki ahlaki değerleri güçlendiren unsurlar olmuştur. Hayvanlar bu hakların muhatabı değildir. Hakkın bir irade ile kendisi dışında bir varlığa yöneltildiği göz önüne alınırsa, hayvan haklarının muhatabı hayvanlar değil insanlardır.

¹² Keleş - Ertan, s. 141.

¹³ Keleş - Ertan, s. 142, Gericke, Corina, *Hayvan Deneyleri-Sorunsala Giriş*, (Çev. Sertan Batur), <http://www.tierrechte.de>

¹⁴ "Hayvanlar, Zaferin Yarısını Kazandı", (İnsan - hayvan ilişkilerini konu alan bilimsel araştırmalara Antrozoloji denilmektedir.) *Hürriyet* 24.7.2005.

¹⁵ Gericke, Corina

V. HAYVAN HAKLARI İLE İLGİLİ POZİTİF HUKUK DÜZENLEMELERİ

A. Dünyada

a. Geçmişte

İlk defa İngiltere'nin Amerika'daki Massachusetts kolonisinde 1641 yılında hayvan haklarına ilişkin denilebilecek hukuksal düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre; *"Hiç kimse, genellikle insanların yararlandığı bir hayvana kötü davranamaz"*. İngiltere'de parlamento üyesi Richard Martin, hayvanların korunmasına ilişkin yasa teklifinde bulunmuştur. Almanya'da 1871 yılında çıkarılan ceza yasasında, hayvanlara işkence yapmak ve kötü davranmak yasaklanmıştır. Yine Almanya'da Hitler döneminde 1933'de yapılan hukuksal düzenlemelere göre, bayılmadan hayvan kesimi yasaklanmıştır.¹⁶ 19. yüzyılda Saksonya krallığı, hayvanlara eziyet edenleri cezalandıran bir yasa çıkarmıştır. Bu yasada; hayvanlara bilerek zarar verenlere 4 haftalık hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.¹⁷ Hollanda'da 1780'de çıkarılan yasaya göre, hayvanların sağlık ve refahının korunması amaçlanmıştır.¹⁸

b. Günümüzde

Bugün için Avrupa ülkelerinden; Almanya, Avusturya, Hollanda, İsveç ve İsviçre gibi ülkelerde hayvanları korumaya yönelik yasalar vardır. Almanya'da yetkili makamlarca alınan kararlara göre; besi hayvanlarının yetiştirilme koşullarının iyileştirilmesi amaçlanmıştır. Örneğin, tavukların araçlarla nakillerinde 4 saatlik zaman sınırlaması getirilmiştir (5199 sayılı Yasa'nın 4/1. maddesi). Açık alanlarda doğal yaşamlarına uygun ortamlarda yetiştirilmeye başlanmıştır. Uzak ülkelerden Yeni Zelanda'da 1996 yılında hükümetçe alınan kararlara göre; maymunların barınma koşulları düzeltilerek güvence altına alınmış, primatlara işkence yapılması ve bunların tıbbi araştırmalarda kullanılmaları yasaklanmıştır.¹⁹

¹⁶ Ertan, s. 407.

¹⁷ Keleş - Ertan, s. 150.

¹⁸ Keleş - Ertan, s. 151.

¹⁹ Keleş - Ertan, s. 151.

c. Uluslararası Antlaşmalarda

Kuşların Korunmasına Dair Uluslararası 1950 Paris Sözleşmesi (RG 17.12.1966), Su Kuşlarının Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öne Sahip Sulak Alanların Korunmasına Dair 1971 Ramsar Sözleşmesi (RG 17.5.1994), Nesli Tükenmekte Olan Hayvan Ve Bitkilerin Ticaretine İlişkin 1973 Washington Sözleşmesi (4041 sayılı Yasa ile onay), Avrupa Yaban Hayatı Ve Yaşama Ortamlarını Koruma Konusunda 1979 Bern Sözleşmesi (RG 20.2.1984), Uluslararası Taşımada Hayvanların Korunmasına İlişkin 1968 Tarihli Avrupa Anlaşması, Tarımsal İşletmelerdeki Hayvanların Korunmasına İlişkin 1979 Tarihli Avrupa Anlaşması, Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunmasına Ait Sözleşme, Dünya Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme, Akdeniz'in Özel Koruma Alanlarına İlişkin Protokol gibi uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır.

B. Türk Hukukunda

Türk hukukunda hayvanları korumaya yönelik temel yasalarda doğrudan bir hüküm yoktur. Korumaya yönelik olarak TCK'nın 151, 181 ve 182. maddelerinde hüküm vardır. Dolaylı olarak ise Anayasa'nın 56. maddesi ile 169. maddelerinde konuya temas edilmektedir. Bu konuda 5199 sayılı Hayvanları Koruma Yasası ise amacı ve konusu doğrudan hayvanlar olan özel bir yasadır.

a. Anayasa'da

1. 56. madde

Anayasa'nın 56. maddesi; *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir"* hükmünü içermektedir. Aslında Anayasa'daki bu madde hayvan haklarına ilişkin doğrudan hüküm içeren bir düzenleme değildir. Hayvan haklarına ilişkin açık bir hüküm değildir. Çevre hakkından bahseden bu maddenin yorum yoluyla hayvan haklarını da içerdiği sonucuna varıyoruz. Anayasalar devletin yönetim biçimini ve temel hak ve ödevleri belirleyen yasalar olduğu için, her şeyin ayrıntılı düzenlenmesi mümkün değildir. Öyleyse Anayasa'nın bu hükmünden şu sonuca varıyoruz. Hayvanlar, doğanın bir parçası ve vazgeçilmez bir unsurdur. Sağlıklı ve dengeli bir çevre ancak, hayvanların varlıklarının kabul edildiği ve yaşam sürdürdükleri bir ortamda sağlanabilir.

Hayvanlar olmadan doğadan ve çevreden önemli bir unsurun eksileceği ve doğanın dengesinin bozulacağı muhakkaktır. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak, ekolojik dengeyi sağlamak hayvanların da korunmasını gerektirir. Bu nedenle, Anayasa'nın 56. maddesinin hayvan haklarına ilişkin bir hüküm içerdiğini söyleyebiliriz.

2. 169. madde

Anayasa'nın 169. maddesi; *"Devlet, ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır ... Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez ... "* hükmünü içermektedir.

Anayasa'nın bu maddesi doğrudan ve içerik olarak ülkenin orman varlığının korunmasına yönelik hükümler taşımaktadır. Anayasa'nın 56. maddesi kadar elverişli olmamakla birlikte, bu hükümden de hayvanlar hakkında kısmen bazı sonuçlar çıkarılabilir. Bu sonuç belki biraz zorlama bir yorum olacaktır. Şöyle ki; Ormanların yalnızca ağaçlardan ibaret olmadığı ağaçlarla birlikte temiz hava, su, toprak, bitki örtüsü ve mikroorganizma ile hayvan topluluklarının birlikte ormanı oluşturduğu söylenebilir.²⁰ Bu ortam kendine özgü bir eko sistemdir. Ekolojik dengenin sağlanmasında önemli bir unsur olan hayvanlar, çevrenin bir unsuru değil çevrenin sahipleri arasındadır.²¹ Devlet orman varlığının korunmasını, ormana zarar verebilecek eylemleri önleyecek tedbirleri almayı görev saymıştır. Ormanın korunması demek, ormanın bir bütün halinde korunmasını gerektirir. O halde bütün halinde korunması gereken orman, içinde barındırdığı canlılarla birlikte korunmalıdır. Dolayısı ile ormanda yaşayan hayvanların da korunmasını hedef alan, ormanlara zarar veren eylemleri ormanda yaşayan hayvanlara zarar veren eylemler olarak niteleyip yasaklayan bir hüküm içerdiği sonucuna varılabilir.

b. Türk Ceza Yasasında

Ceza yasası hayvanların korunmasına yönelik 151, 181, ve 182. maddelerinde hüküm getirmiştir. Hayvanlarla ilgili diğer bazı maddelerde de düzenlemeler yapılmış ise de, bu hükümler doğrudan hayvanların

²⁰ Şen, Ersan, *Çevre Ceza Hukuku*, İstanbul 1994, s. 10.

²¹ Şen, s. 10-11.

korunmasına ilişkin olmayıp, onların bilimsel deneylerin konusu olması (m. 90/2b), mal olarak hırsızlığın konusu olması (m. 142/2g) ve tehlike doğuracak şekilde serbest bırakılmalarından doğan cezai sorumluluğa (m. 177) ilişkin düzenlemelerdir.

1. Hayvanın Mal Olarak Korunması (151. madde)

Türk Ceza Yasası'nın 151. maddesi mala zarar verme başlığını taşımaktadır. Maddenin ikinci fıkrası, haklı bir neden olmaksızın sahipli hayvanın öldürülmesi, işe yaramayacak hale getirilmesi yada değerinin azaltılmasına neden olan kişi hakkındaki cezai sorumluluğu düzenlemektedir. Maddenin yollamada bulunduğu birinci fıkra cezalandırmayı mağdurun şikayetine bağlamıştır. Sahibi olmayan hayvanlara karşı aynı eylemlerin yapılması suç sayılmamıştır. Sahipsiz hayvan, evcil hayvan olabileceği gibi yabani hayvan da olabilir. Ancak genellikle bu tür hayvanlar yabani hayvanlardır. Diğer taraftan yasa sayılan eylemleri haklı sebep olmaksızın işleyenleri cezalandırmaktadır. Haklı sebebin ne olduğu belli değildir. Ancak, failin canına ve malına karşı hayvanın vereceği zararlara karşı, zaruret hali ve meşru müdafaa durumunda kalınması haklı sebep olarak sayılabilir.

Önemli olan bir husus ise faile verilecek cezanın mağdurun şikayetine bağlı kılınmış olmasıdır. Yasa, sahipli hayvana karşı yapılan bir eylemden bahsettiğine göre, mağdur her halde hayvanın sahibidir. Önceki ceza yasasına göre önemli bir değişiklik yapılmamıştır.

Burada hayvan hakları bakımından olumlu bir hüküm yoktur. Aslında hayvan hakkını olumsuz yönde ilgilendiren hüküm vardır. Madde de, başkasına ait hayvanı sebepsiz yere öldüren veya işe yaramayacak hale getiren kişinin, sahibinin şikayeti üzerine cezalandırılacağından bahsediyor. O halde, davaya konu hayvanın sahipli bir hayvan olması gerekiyor. Sahipsiz olan, bunun da genel olarak yabani bir hayvan olduğu sonucu çıkarsa yabani hayvanları öldürmek suç sayılmamıştır. Sahipli hayvanları öldürmek veya yaralamak da ancak şikayet üzerine cezalandırılacaktır. Diğer yandan taşınmaz sahibi, tarla veya araziye giren kuş yada kümes hayvanını zarar verirken görmesi halinde öldürmeye hak kazanmış olmaktadır. Hayvan tarla ve araziye girerek en doğal ihtiyacı olan gıda ihtiyacını gidermek için ekinde bir parça koparır bunu da tarla sahibi görürse, hayvanı öldürme hakkı doğuyor.

Burada hayvanlar açısından olumsuz hüküm var. Yasadaki düzenleme ekonomik amaçları, hayvanların yaşam hakkından üstün tutan bir düzenlemedir.

Sahipsiz aç ve yorgun bir hayvan, dinlenmek yada yiyecek bir şeyler bulmak umuduyla, ekine yada binaya girecek olursa, mülk sahibinin ekininin zarar görmesi yada vahşi hayvanı görmekten korkuya kapılması ona zarar vermek için haklı neden sayılabilecektir. Örneğin, tarlaya giren kuş yada kümes hayvanlarına zarar verilmesi suç sayılmayacaktır.

2. Hayvanın Çevresel Bir Değer Olarak Korunması (181. madde)

Toprağa, suya, havaya çevreye verilen zararlı atık veya artıkların hayvanların sağlığına zarar vermesi halinde bu atık veya artıkları çevreye veren kişinin eyleminden dolayı cezalandırılması öngörülmüştür. Eylemin kasıtlı işlenmesi halinde 181/4. maddeye göre, taksirle işlenmesi halinde 182/2. maddeye göre ceza verilecektir. Yasa, suçun mağduru olması açısından insan ve hayvanları aynı değerde tutmuştur.

Sahipli hayvanların ekonomik değer ifade etmeleri nedeniyle, sahipleri onlara gelecek zararlar açısından her zaman koruyacaktır. Hayvanlar açısından daha çok doğada serbest dolaşan hayvanların doğal yaşam ortamlarının bozulmasını cezai yaptırımlarla önlemeyi amaçlamaktadır. Bu düzenleme çevresel değerleri ön plana çıkaran bir düzenlemedir. Hayvan hakları açısından olumlu hükümler içermektedir. Ancak, uygulaması ve ispatı zor olan hükümdür.

c. Borçlar Yasası'nda

Borçlar Yasası'nda hayvanlar hakkında değişik düzenlemeler vardır. Bu düzenlemeler, genellikle hayvanları bir eşya olarak görüp, onların alınıp satılmaları konusunda çıkacak uyuşmazlıklarda nasıl bir yol izleneceğine ilişkin düzenlemelerdir.²² Dolayısı ile hayvan haklarına olumlu yada olumsuz katkısı olacak hükümler içermemektedirler.

²² Davacının beş aylık buzağısı ile cinsel ilişkide bulunması nedeniyle etinden ve sütünden yararlanamayacağını iddia ederek açtığı maddi ve manevi tazminat davasında, örf, teamül, dini ve ahlaki inanç ve telakkiler eğer iddia doğrultusunda ise o takdirde zararın varlığı kuşkusuzdur (Y. 3. HD'nin 24. 3. 1998, 1998/2632-3249, YKD 1998/6, s. 834).

1. 56. madde

Bu madde, bir hayvan tarafından başkalarına verilecek zararın nasıl tazmin edileceğini düzenliyor. Hayvanı idare eden hakkında, verilen zararı tazmin konusunda kusursuz sorumluluk getiriyor. Yani hayvanı idare eden, bütün önlemleri aldığını ve buna rağmen zararı önleyemeyeceğini ispat etmedikçe verilen zararı tazminle yükümlüdür. Köylerde ekinlere giren sürüler, başkasını ısırın köpekler, kirleten, kıran, döken hayvanlar hakkında bir hükümdür. Ancak her türlü hayvanın verdiği zararda bu hükmün uygulanırlığı yoktur. Zararlarından (yasanın anladığı anlamda tutucusunun) sorumlu tutulabilecek hayvanın üzerinde hakimiyet kurulabilen ve eylemsel olarak kontrol altında tutulabilen bir hayvan olması gerekir. Bu tür bir hayvan genellikle evcil dolayısı ile sahipli bir hayvandır. Yasada açıkça sahipsiz hayvanlar için bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak tutulmuş bir vahşi hayvan için de aynı hükümlerin uygulanması mümkündür.

2. 57. madde

Burada da hayvanlar hakkında olumsuz bir hüküm vardır. Buradaki düzenlemeye göre, bir kimsenin hayvanı diğer bir kimsenin taşınmazı üzerinde bir zarar meydana getirirse (daha çok ekili alanlara giren hayvanlar düşünülerek konulmuş bir hüküm), taşınmazın sahibi hayvanı kendi eli altında zapt edip hapsedebilecektir. Hapsedilen hayvanın yiyeceğinin karşılınıp karşılanmayacağı belli değildir, hapseden bu hayvanı aç bırakabilir. Eğer durum öyle gerektiriyorsa, taşınmaz zilyedi zarar veren hayvanı öldürebilir. Yasadaki hal ve maslahat icap etmesi ifadesi, keyfi yoruma açık bir hükümdür. Bu hüküm, yasanın çıktığı dönem itibarı ile nüfusun az, otlakların geniş, yerleşimin az olduğu yıllarda hayvanların başıboş gezmelerinin önüne geçmek için konulmuştur.

d. Özel Yasalarda

Sahipsiz yaban hayvanları ile ilgili düzenlemeler, hayvanların bir hak süjesi olarak görülmesinden dolayı değil, ekonomik kaygılarla bu hayvanların neslinin tükenmesini engellemek için çıkarılmıştır. Bu anlamda ülkemizde 5199 sayılı Yasa ve 2872 sayılı Çevre Yasası kapsamında tür olarak, 2873 sayılı Milli Parklar Yasası kapsamında ise yaşadıkları

alan itibarı ile hayvan varlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısı ile kara avcılığı yasası ve su ürünleri yasası da hayvan hakları düşünülerek yada dikkate alınarak çıkarılmış yasalar değildir. Kara Avcılığı Yasası ve Su Ürünleri Yasası, yabani kara hayvanlarının ve suda yaşayan av hayvanlarının neslinin tükenmesinin önlenmesi amacıyla çıkarılmıştır. Bu yasalar avlanmanın hangi mevsimde, hangi yöntemle, hangi vasıta ile ve yasak avlanma halinde verilecek cezaları düzenlemektedir. Dolayısı ile yaban hayvanları ile ilgilidir. Hayvanlar yasada bir hak süjesi olarak değil, ekonomik amaçlarla neslinin tükenmesini engellemek için korumaya alınmıştır.

VI. HAYVAN HAKLARININ YARARLANICILARI

1. Hayvanlar

Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hayvanların da hakkıdır. Yaşayan hayvanlar bu hakların yararlanıcılarıdır. Ancak sadece yaşayan hayvanlar değil, henüz dünyaya gelmemiş olan gelecek kuşak hayvanlar da bu hakların sahibidir. Hatta belki de denilebilir ki, son olarak çıkarılan 5199 sayılı Yasa'nın amacı bu gelecek kuşakları güvence altına almaktır. Bu yararlanıcıların birey mi yoksa topluluk olarak mı yararlanıcı konusunda oldukları önemlidir. Hiçbir hukuksal düzenlemenin hayvanlara kişilik kazandırmadığı göz önüne alınırsa, hayvanlar birey olarak değil tür olarak bu hakkın yararlanıcıları durumundadırlar.

2. Bireyler

Hayvanların sağlıklı yaşamlarını ve iyi işlem görmelerini temin etmek, acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını ve mağduriyetlerini önlemek, kendi aralarında ve cansız çevreyle ilişkilerini bir düzen içinde yürüttükleri biyolojik, fiziksel ve kimyasal sistem içinde yaşamlarını sürdürmeleri doğal dengenin sağlanması açısından gereklidir. Doğal dengenin sağlanmasında bireylerin yararı vardır. Dolayısı ile hayvanlara tanınan haklardan bireylerde yararlanıcı durumundadır.

VII. HAYVAN HAKLARININ SORUMLULARI

Hukuk düzeninin belirli bir kişi için tanıdığı hak, başka bir kişi için yükümlülük doğurur. Hak sahibi hakka ilişkin yetkisini kullandığı takdirde bir başka kişi tarafından bu haktan kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekir. Hayvanlara haklarının verilmesine ilişkin yükümlülüğü kim yerine getirecektir?

Hak iki süjeyi karşı karşıya getiren hukuksal bir ilişkidir.²³ Hak sahibi olan aktif süje ile bu hakkı yerine getirmekle yükümlü hale gelen pasif süje bu ilişkinin taraflarını oluşturur. Hayvanlar kendilerine hak verilmekle hak ilişkisinde aktif süje haline getirilirken bu hakkın karşısındaki pasif süjenin kim olacağı sorusu akla gelmektedir. Hayvanlara tanınan hakkın karşısındaki pasif süje bazen devlet, bazen kamusal ya da özel topluluklar, bazen bireyler bazen de bunların hepsidir. Hayvanlara tanınan haklar hayvanlar tarafından kullanılmadığı dolayısı ile bunlar adına insanlar tarafından kullanıldığına göre, insanlar hayvanlar adına insanlara karşı hak iddiasında bulunmuş olmaktadır.

1. Bireyler

Bireyler, çevrenin bir unsuru ve ayrılmaz parçası olan hayvanlara verilen zararlar nedeniyle kendileri bir zarar gördükleri takdirde, ayrıca dava açma hakları mevcuttur. Kaldı ki çevreyi korumak devletin ve vatandaşların ödevidir (AY 56, Çevre K. m. 3). Kimsenin sahibi olmayan yabani hayvanların öldürülmesi yada sakat bırakılması sonucu doğanın dengesinin bozulacağı muhakkaktır. Zira, doğanın bütün unsurları başlangıçta bir denge halindeyken bu denge halinin bozulması, doğadaki bir unsurun yok edilmesi başka zararlı unsurların çoğalmasını yada artması sonucunu doğurabilir. Bundan da bireyler zarar görebilirler. Örneğin tilki yada yılanların çok sayıda öldürülmesi ile farelerin artarak bitkilere zarar vermesi dolayısı ile çiftçilerin bundan zarar görmüş olmaları mümkündür.²⁴ Öyleyse, hayvanlara haklar verilmesinde ve yerine getirilmesinde bireyler en başta gelen sorumlulardır.

²³ Özdek, Yasemin, *Çevre Hakkı*, Ankara 1992, s. 19.

²⁴ O halde çiftçiler Çevre Kanunu'nun 30. maddesi gereğince idari makamlara başvurarak bunun önlenmesini isteyebileceklerdir. İdarenin bu istem karşısında bir işlem tesis etmemesi halinde ise İYUK 2. maddesi gereğince çiftçiler menfaatleri ihlal edildiği için idare mahkemelerine başvurabileceklerdir.

2. Devlet

Bir ülkede uygulanmakta olan hukuk düzeni gerçek ve tüzel kişilerin hak ve sorumluluklarını belirler. Dolayısı ile devlet yasama organı aracılığı ile hak ve yetkiler tanırken diğer kamu tüzel kişiliğine sahip organları ile de bunun uygulanmasını sağlar. Bu anlamda 5199 sayılı Yasa'ya göre idari para cezalarını vermek yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığı'na aittir (m. 17). Bu yetki bakanlık tarafından mahallin en büyük mülki amirine (vali, kaymakam) devredilebilir. Kamu organları hayvan haklarının sağlanmasında mevzuatın kendilerine yüklediği görevleri yerine getirmekle sorumludurlar (5199 sayılı Yasa 5/5).

3. Topluluklar

Yasa, çoğu kere evcil yada yabani hayvan olmalarına bakmaksızın hayvanlara yapılan kötü muamele ve davranışlardan söz etmekte ve bunları yasaklamaktadır. Örneğin; 21. madde de *"Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır"* hükmünü getirmiştir. Bu eylemin kasıtlı ya da taksirli bir eylem olduğu açık olmamakla birlikte yasanın trafik kazası sonucu meydana gelen yaralanmaları amaçladığı anlaşılmaktadır. Sürücü kendisine yüklenen sorumluluğu yerine getirmezse ne olacaktır. Buna karşı cezai yaptırım 28/m maddesinde düzenlenmiştir. Bu cezai sorumluluğun yanında, yaralanan yabani hayvanın tedavisine ilişkin giderleri kim talep edecek ve dava yoluyla kim takip edecektir. Yasa'nın 16/a maddesinde İl Hayvan Koruma Kurulları'nın görevleri arasında, hayvanların korunması ve kullanılmasında onların yasal temsilciliği nitelmesi ile yasada belirtilen görevleri yerine getirmek şeklinde sayılmıştır. O halde bu kurullar istisnai hükümler saklı kalmak üzere, tazmini nitelikte dava ve talepleri yerine getirecektir. Bu nedenle bir kısım kuruluşlar yasa ile bu konuda yükümlü kılınmakla birlikte, toplum ve topluluklar da etik olarak hayvanların korunmasında sorumlu konumundadırlar.

VIII. DEĞERLENDİRME

Doğadaki yaban hayatına ilişkin alanlar gittikçe daralmaktadır. Dolayısı ile buralarda yaşayan hayvanların yaşama şansları da gittikçe

zorlaşmaktadır. Yaşama alanları gittikçe daralan yabani hayvanlar, kendi varlıklarından gelen yeteneklerini kullanamamaktadırlar. Bu durum onların açlık ve yaşama zorlukları ile yüz yüze kalmaları anlamına gelmektedir. Buna karşılık ev hayvanlarının sayısı gittikçe artmaktadır. Çünkü bu hayvanların varlık ve sayıları, insanların gıda gereksinimleri açısından önemlidir. Diğer taraftan gittikçe kendi dünyası içinde yalnızlaşan fazla gelire sahip olan ve sosyal ortamlardan gittikçe uzaklaşan insanoğlu, bazı ev hayvanlarını dost edip onları besleyerek onlarla birlikte yaşamak gibi bir yol seçmekte, hayvanlar aşırı insani davranış biçimlerine zorlanmaktadır. Örneğin Fransa'da 35 milyon ev hayvanı sayısının 10 milyonunu köpek, 7.5 milyonunu kediler oluşturmaktadır. Sahipleri bunların bakımı için her yıl 30 milyar franklık bütçe ayırmaktadırlar. Bu konuda 378 milyon evcil hayvan barındıran Amerika dünyada en çok evcil hayvanı barındıran ülkedir. Bu rakam nüfusun 100 milyon üzerindedir. Bu hayvanlar için yiyecek üretimi konusunda pek çok fabrika kurulmakta, sağlık kuruluşları ve bakım yuvaları oluşturulmaktadır. Bu nedenle evcil hayvanlara dayalı ayrı bir endüstri kolu ortaya çıkmıştır. Evcil hayvan endüstrisi Amerika'da 35.9, İngiltere'de 3.9 milyon doları bulmaktadır.²⁵ Ülkemizde son olarak çıkarılan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Yasası da daha çok evcil hayvanları koruyucu hükümler getirmektedir. Yabani hayvanlara yönelik bir takım müdahalelerin (m. 7, 8, 9, 14) yasaklanmasına ilişkin hükümler getirilmiş, yapılan müdahaleler sonucunda cezai yaptırımlar uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak oluşan zararın tazminine yönelik herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Kişi kendi mülkünde olan hayvana zarar vermesi halinde bu eyleminin cezai yaptırımları ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bu kötü davranışa maruz kalan hayvanın yeniden iyileşme ve eski güç ve sağlığına kavuşmasının sağlanması için zarar verici eylemin failini tazminatla yükümlü kılan hüküm mevcut değildir. Bir kişinin mülkünde olan bir hayvana karşı böyle bir davranışın üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde Borçlar Yasası'nın genel hükümlerine göre hayvanın maliki tazminat talebi ile mahkemeye başvurabilir. Ancak, hayvanın maliki tarafından gerçekleştirilen kötü eylem neticesi hayvanın sağlığına kavuşması için tazminat talep edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi ortada tazminat talep edebilecek kişi de yoktur. Yasadaki hükümler, hayvanlara kötü eylemde bulunan kişiyi cezalandırmaya yönelik hükümler olup, hayvan üzerinde ortaya

²⁵ "Hayvanlar, Zaferin Yarısını Kazandı", *Hürriyet*, 24. 7. 2005.

çıkan zararın telafisine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Yasada hayvanlara iyi davranışta bulunulması gerektiğine dair hükümler var ise de, bu hükümler varlık sahibi kimselerin karşılığını ödemek suretiyle hayvanlara kötü davranışta bulunmasını önlemeye yeterli hükümler değildir. Örneğin, hayvanları bir başka hayvan ile dövüştürmek (m. 11) suretiyle büyük paralar kazanan kişilere verilecek idari para cezaları (m. 28/h) bu kişilerce ödenerek aynı eylemin yapılmasına devam edilmesi mümkündür. Parasını ödüyorum o halde hayvanı öldürebilirim şeklinde kötüye kullanılmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan Yasa'nın 16/b. maddesinde, il hayvanları koruma kuruluna, "... hayvanların korunması amacıyla her türlü önlemi almak" yetkisi verildiği halde, alınacak önlemlere uymamanın yaptırımını cezai hükümleri düzenleyen 28. maddede gösterilmemiştir. Kurulun aldığı önlemler kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla alınmış²⁶ ise bu önlemlerin yerine getirilmesine ilişkin emirlere uymamanın yaptırımını 5236 sayılı Kabahatler Yasası'nın 32. maddesinde gösterilmiştir. Bu idari para cezasına emri veren makam karar verecektir.

IX. SONUÇ

Aslında hayvan hakları insan haklarının ayrılmaz bir parçası, onun tamamlayıcısıdır. Zira, Anayasa'nın 56. maddesi herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirterek çevre hakkının hukuksal dayanağını göstermektedir. Hayvanlar doğanın bir unsuru ve dengesidir. Hayvanların kendilerine tanınacak haklar yoluyla korunması, doğanın dengesinin korunmasını sağlayacak, doğadaki denge ise insan sağlığının ve hakkının korunması anlamına gelecektir.

Çevre ve canlıların korunmasına ilişkin sorun bir kültürel kimlik sorunudur. Bu kültürel kimlik sorunu doğa, toplum, insan, kültür bağına kavrayamayan, çevresini anlamaya yetecek kendi çevresini oluşturamamış, dolayısı ile de çevre sorunlarının ne demek olduğunu anlayamamışlık sorunudur. Bu nedenle kendi kültürel kimliğini yitirmiş, kendine özgü duyma, düşünme yeteneğini kaybetmiş insanların çevre sorunundan da bahsedilemez.²⁷

²⁶ Yılmaz, Halil, *Yetkili Mercilerin Kararlarına Uymama*, Ankara 1999.

²⁷ İnam, Ahmet, "Kıyamet Nasıl Kopacak?", *Bilim ve Teknik Dergisi*, Mart 1993, s. 176.

İnsanoğlunun yeryüzü ve hayvanlarla kurulan ilişkisi her şeye rağmen ekonomik olmaktan öteye gidememiştir. Çevreye ve canlılara ilişkin sorun insanın yaşadığı çağa ilişkin yaşama sorunudur. Kendini tanımayan insanın çevresini tanimasından da söz edilemez. Dolayısı ile ekonomik amaçlarına varmak ve doğaya egemen olmak için yürüttüğü mücadelede hayvanları öldürüp yok edebilmektedir. Doğayla ve hayvanlarla sözleşmek yerine ekonomik amaçlarına hizmet için kavgalı bir yaşam sürdürmektedir. Protagoras'ın, *"her şeyin ölçüsü insandır"* ifadesindeki gibi, her şeye kendi ölçüsü ile bakan insanlar için, hayvanların korunması doğayla ilgili bir sorun değildir. Yine insanlıkla ilgili bir sorundur.

CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN'DA BESLENMENİN REDDİ

Dr. Ahmet TAŞKIN*

GİRİŞ

13.12.2004 Tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82/1 ve 2. fıkralarında, beslenmenin herhangi bir nedenle reddedilmesi halinde yapılması gereken işlemler anlatılmaktadır. Beslenme, açlık grevi veya herhangi bir nedenle reddedilebilir. Fakat uygulamada beslenmenin reddi, açlık grevi şeklinde olmaktadır. Çünkü verilen yiyecek ve içeceklerin sürekli olarak reddi ya intihar ya açlık grevi ya da akıl hastalığı nedenlerinden birisine dayanır. Bunların dışında bir nedenle beslenmenin reddi söz konusu olamaz.

Açlık grevleri, açlık grevcisine müdahale ve hekimin tutumu "*Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi*" başlıklı 82. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Kanun'da "*açlık grevi*" yerine "*beslenmenin reddedilmesi*" şeklinde daha üst kavram kullanılmak istenmiştir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82/3. maddesi muayene ve tedavinin reddedilmesi halini düzenlemektedir. Bu nedenle konuyu ikili bir ayrıma giderek incelemek gerekir. Yani, beslenmenin reddi ile muayene ve tedavinin reddi.

* Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi.

I. HÜKÜMLÜNÜN BESLENMEYİ REDDETMESİ

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesi açlık grevlerini düzenlemektedir. Madde başlığı "*Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi*" ise de madde içeriği ceza infaz kurumlarında yapılan açlık grevleri ile grevci durumundaki hükümlü ve tutuklulara yönelik tıbbi müdahaleyi düzenleme altına almaktadır. Bu başlık altında, açlık, beslenme, zorla beslenme, tıbbi müdahale ve bu müdahalenin hukuka ve insan haklarına uygunluğuna değinmek gerekir.

A. Açlık ve Beslenme Kavramları

1. Açlık

Açlık, ortam şartları içinde günlük faaliyetler, büyüme ve yara iyileşmesi için yeterli olmayan kalori, protein, makro ve mikro element ile vitamin alımıdır.¹ Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre açlık, besinden yoksun kalmış insanı ya da hayvanı yiyecek aramaya yönelten ve besin alındıktan sonra kaybolan duyuların tümüdür. Fizyolojik olarak zorlu bir yemek yeme ihtiyacıdır. Açlıkta yetersiz bir beslenme söz konusudur. Ancak bu yetersizlik, kişinin normal koşullardaki günlük faaliyetlerini yerine getirmesine, büyüme çağındakiler için normal büyümesine ve yara iyileşmesine engel olacak veya bu hususları geciktirecek boyuttadır. Açlık kavramı yetersiz veya dengesiz beslenme ile karıştırılmamalıdır. Açlık kavramını, tam ve kısmi açlık şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

a. Tam Açlık

Tam açlık vücut için gerekli olan besinlerin hiç alınmamasıdır. Tam açlık durumu, canlı varlığın kendi bünyesinden beslenmesine yol açar. Tam açlık, kimi durumlarda kırk beş gün kadar sürer ama su içmeye izin varsa bu süre daha da uzayabilir. Açlığın başlangıcında, besinlerin sağladığı özgün dinamik etkiler ortadan kalktığı için vücuttaki madde

¹ Aydınтуğ, Semih, "Açlıkta Beslenme", *Cezaevi Doktorları, İdarecileri ve Sosyal Çalışmacıları İle İlgili Hizmet İçi Eğitim Semineri*, Ankara, 2002, s. 1.

² Taşkın, Ahmet, *Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri*, Ankara, 2005, s. 13. (Açlık Grevleri).

akış ve değişimlerinde bir azalma görülür. Bununla birlikte ana metabolizma değişmez ve açlık süresince aynı kalır. Vücut sıcaklığı 0,31 derece düşer, güç kaybı, sinir bozuklukları, baş dönmeleri, sanrılar ve zeka bozuklukları görülür.²

b. Kısmi Açlık

Kısmi açlık, vücut için gerekli olan bazı besin maddelerinin tamamı ya da kısmi alınmamasıdır. Burada, genel olarak besin alımı vardır, ancak bazı besin maddelerinin hiç alınmaması veya eksik alınması söz konusudur.

2. Beslenme

Beslenmenin tanımından önce "*besin*"in ne olduğunu belirtmek gerekir. Genel ve basit bir ifadeyle besin, canlı varlıkların büyümelerine ve bünyesel kayıplarının giderilmesine yarayan, sindirilmeye ya da özümlemeye elverişli katı veya sıvı her çeşit maddedir. Enerji veren ve çok miktarda alınması gereken organik besinler (proteinler, lipitler, glisitler) makro besin, enerji verme yeteneği olmayan, ama az miktarda alınması hücrelerin enzimsel çalışması için gerekli olan (vitaminler) besinler ise mikro besin olarak tanımlanır.

Kelime olarak beslenme, vücut için gerekli olan besin maddelerinin alımı;³ diğer bir ifadeyle, gerekli enerji ve yapı maddelerinin organizmaya sokulması ve organizmacıya kullanılmasıdır. Bir tanıma göre beslenme; büyümek, vücut işlevlerini yerine getirmek, yaşamı sağlıklı ve mutlu olarak sürdürebilmek amacıyla vücudun besinlerden yararlanması,⁴ bir tanıma göre de; büyüme, yaşamın sürdürülmesi ve sağlığın korunması için besinlerin kullanılmasıdır.⁵ Beslenmeyi, "*ortam şartları içinde, günlük faaliyetler, büyüme ve yara iyileşmesi için gerekli olan kalori, protein, makro ve mikro element ile vitamin alımıdır*" şeklinde tanımlayabiliriz.

Beslenme, sağlıklı olmanın en önemli ön koşullarından birisidir. Biyolojik varlığın normal gelişmesi ve işlevlerinin yerine getirilebilmesi

³ *Türkçe Sözlük*, s. 174.

⁴ Kavas, Aysel, *Sağlıklı Yaşam İçin Doğru Beslenme*, 2. Baskı, Literatür Yayınları, (TY) s. 6.

⁵ Baysal, Ayşe, *Beslenme*, 9. Baskı, Hatiboğlu Yayınları, Ankara, 2002, s. 1.

için besinlerin organizmaya yeterli, dengeli ve nitelikli olarak alınması gerekmektedir.⁶ Beslenmeyi, iradi ve zorla beslenme ile yetersiz ve kötü beslenme olarak ele almak gerekir.⁷

a. İradi Beslenme

Vücutun, günlük faaliyetlerini devam ettirebilmesi, büyümesi, varsa yaralarının iyileşebilmesi için ihtiyaç duyduğu kalori, protein, makro ve mikro element ile vitaminin kişinin özgür veya varsayılan (mefruz) iradesi ve isteği ile alınmasıdır. Kişi, dilediği şekilde beslenme özgürlüğüne sahip olduğu gibi, besin almama özgürlüğüne de sahiptir.

b. Zorla Beslenme

Özellikle açlık grevlerinde zorla beslemenin yapılamayacağı haklı olarak vurgulanırken “zorla besleme”nin ne olduğu konusunda herhangi bir açıklama ve tanım getirilmemiştir. Bize göre; zorla besleme, vücudun, günlük faaliyetlerini devam ettirebilmesi, büyümesi ve varsa yaralarının iyileşebilmesi için ihtiyaç duyduğu kalori, protein, makro ve mikro element ile vitaminin kişinin özgür iradesi dışında vücuduna zorla verilmesidir. Kişinin, vücudu için gerekli olan besin maddelerini almama şeklindeki özgür iradesinin kötü muamele, tehdit, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet kullanma ve bazı araçları tatbik etme gibi yöntemlerle ortadan kaldırılarak besleme yapılması zorla besleme kavramını oluşturur. Zorla besleme, herhangi bir kimse tarafından yapılabilir. Zorla beslemenin herkes tarafından yapılabilir olması, bu eylemi tıbbi müdahaleden ayıran en önemli hususlardan birisidir.⁸

Alman Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun Sağlık sorunu olanlar hakkında zorlayıcı tedbirler başlıklı 101. paragrafına göre “Sadece mahkumun hayatının ya da sağlığının önemli ölçüde tehlike içinde bulunması ya da diğer kişilerin sağlığı için tehlike arz eden bir durumun varlığı halinde tıbbi araştırma, tedavi ve aynı şekilde beslenme gibi önlemlere zoraki başvurmak mümkündür”.

⁶ Kaynak - Akar, 1978, 27.

⁷ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 14.

⁸ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 15.

c. Yetersiz Beslenme

Besinlerle alınan günlük enerji (yaklaşık 2600 kaloriden az) miktarı ihtiyacın altında ise yetersiz beslenme vardır.⁹ Yetersiz beslenmede önemli olan besinlerin kalitesi değil kalorisidir. Yetersiz beslenmeyi kötü beslenmeden ayıran husus alınan kalorinin az oluşudur. Kişi tek yönlü beslense bile aldığı kalori miktarı yeterli ise yetersiz beslenmeden söz edilemez. Bu durumda kötü beslenmenin varlığı kabul edilir.¹⁰

d. Kötü Beslenme

Besinlerle alınan enerji miktarı yeterli, ancak yiyecekler, vitamin, hayvansal protein vb. bakımdan fakirse kötü beslenme söz konusudur.¹¹ Kötü beslenmede dengesiz veya tek yönlü beslenme vardır. Kişi, yeterli kalori almakta ise de söz konusu kaloriyi alelade temin etmektedir. Alınan besinlerde vitamin, protein, makro ve mikro elementlere yer verilmemiş, tek yönlü kalori alınmış ise kötü beslenme vardır.¹²

B. Açlık Grevinin Tanımı ve Türleri

Açlık grevini diğer kavramlardan ayırt edebilmek, bu kavramlara yakınlığını veya uzaklığını belirleyebilmek için öncelikle tanımlamak gerekir. Çünkü sözlük anlamıyla kullanılan açlık grevine değişik anlamlar yüklenmektedir.

1. Açlık Grevinin Tanımı

Kelime anlamıyla açlık grevi, kendisine veya başkalarına yapılan bir haksızlığı protesto için bir kimsenin aç durarak gösterdiği tepkidir.¹³ Açlık grevini, *“belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini almayarak kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemi”* şeklinde tanımlayabiliriz.¹⁴

⁹ *Büyük Larousse*, 1992, s. 74.

¹⁰ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 15.

¹¹ *Büyük Larousse*, 1992, s. 74.

¹² Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 15.

¹³ *Türkçe Sözlük*, s. 11.

¹⁴ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 16.

Bir tanıma göre açlık grevi, belirli bir hedefe ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak için kamuoyu yaratmak düşüncesi ile kişinin tek başına veya bir grup şeklinde yemek yemeyi durdurarak ve/veya sıvı almayarak aç kalma eylemidir.¹⁵ Açlık grevcisi ise, zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesiyle karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişidir (DTB Malta Bildirgesi).

Bir protesto yolu olarak açlık grevi ile zihinsel bir rahatsızlık ya da hayata özgür iradesi ile son verme istemiyle yemek yemeyi reddetmek arasında bir ayırım yapmak gerekir. Yemeği reddetmek genellikle intihar girişiminden daha çok bir protesto yolu olarak kullanılır. Durum bu olduğunda başlangıçta tıbbi bir sorun değil, ancak sosyal ya da politik bir meseledir. Bunu kavramak öncelikli öneme sahiptir. Açlık grevinde olan bir mahpusu muayene etmek ve hakkında rapor yazmak, zorla beslenmesi sonucunu doğurabilir. Bu muayene ve rapor, doktorun bizzat kendisinin mahpusun iradesi hilafına onu serumla beslemesi talimatı almasına yol açabilir ki, bu da mahpusun protestosunun ortadan kaldırılması ve protesto ettiği şeyin görmezden gelinmesi sonucunu doğurabilir. Bu kesinlikle adil değildir.¹⁶

Açlık grevinde vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddeleri ya hiç alınmaz veya sınırlı olarak alınır. Dünyada bireysel amaçlarla açlık grevleri yapılmakla birlikte, bu yöntem özellikle siyasi ve terör hükümlü ve tutukluları ile onların cezaevi dışındaki destekleyicileri tarafından uygulanmaktadır. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine kalkışmaları için kişi hak ve özgürlüklerinin hukuka aykırı bir biçimde kısıtlanması, hürriyetten yoksunluk süresince hukuka aykırı uygulamalara maruz bırakılmaları zorunlu ve şart değildir.¹⁷

Grevciler, hukuka ve insan haklarına aykırılık olmasa bile bir takım hukuk dışı taleplerinin gerçekleştirilmesi için de açlık grevine başvurabilmektedirler. Cezaevlerimizde az sayıda da olsa sevk amaçlı açlık grevine giden adli ve terör vasıflı hükümlüler olmuştur. Oysa bu

¹⁵ Feyzioğlu, Metin, "Açlık Grevi", *AÜHFD*, C. 43, Ankara, 1993, s. 1.

¹⁶ *Uluslararası Ceza Reformu, Standartları İşler Kılmak, Cezaevlerinde Doğru Uygulamalar Üzerine Uluslararası El Kitabı*, (Çev. O. Kemal Cengiz), 2001, s. 121.

¹⁷ Sevimli, Zekeriya, *Ceza İnfaz Kurumlarında Güvenlik, Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Başkanlığı Yayınları*, Ankara, 2000, s. 52.

eylemcilerin istedikleri cezaevine sevklerinin mevzuata uygun olmadığı kendilerine yazı ile bildirilmiştir. Söz konusu hükümlü ve tutuklular, taleplerinin reddedilmesi üzerine sevk oluncaya kadar açlık grevine başladıklarını bildirmişler, isteklerinin yerine getirilmeyeceğini anladıklarında da bu eylemlerinden vazgeçmişlerdir. Açlık grevinde amaç ölüm olmamakla birlikte ölüm tehlikesi her zaman mevcuttur.¹⁸

Siyasi amaçla yapılan açlık grevlerinde grevcilerin amacı, bir insanın açlıktan ölümüne seyirci kalmak istemeyen yetkililerin vicdanlarını etkilemek suretiyle, belirli isteklerinin yerine getirilmesini sağlamaktır. Açlık grevi toplum vicdanını da etkilemekte, savundukları görüşler uğruna ölümü göze almış gibi görünen grevcilere toplumun dikkatini çekmektedir. Özellikle demokratik ülkelerde hükümetler, grevcilerin içinde buldukları şartları iyileştirmek ve hatta onların istekleri doğrultusunda bazı tavizler vermek zorunda kalabilmektedirler. Ancak günümüzde açlık grevinin hedeflenen amaçları gerçekleştirebilmesi için grevin arkasında organize olmuş bir gücün ve etkili bir örgütün bulunması gerekmektedir.¹⁹

Açlık grevleri, tamamen insani ve hukuka uygun taleplerle sınırlı olmak ve organize olmuş etkili sivil toplum örgütleri ile kamuoyu tarafından desteklenmek şartıyla hedefine ulaşabilir. Terör boyutuna vardırılan bir eylemin genel destek görmeyeceğini ve hedefine ulaşamayacağını belirtmek yanlış olmaz.

Açlık grevi ile protesto arasındaki benzerlik bir noktaya kadardır. Diğer bir ifadeyle açlık grevi bir noktaya kadar protesto niteliği taşır ve bu aşamadan sonra vasfını değiştirir. En genel ifadeyle protesto, hedefe ulaşılması ile değil, mesajın karşı tarafa iletilmesi ile son bulur. Açlık grevi şeklinde ortaya çıkan protesto, belli sınırlar içinde kalıyorsa meşru veya hukuka uygun; belli bir noktadan sonra ise gayri meşru ya da hukuka aykırı olarak kabul edilir. Örneğin, ölümle veya sakat kalmayla sonuçlanması göz önüne alınarak isteklerin kabulüne kadar kadar sürdürülen açlık grevi protesto değil, eylem ve mücadele vasfını kazanır. Sözlük anlamıyla mücadele; *“iki taraf arasında, birbirlerine isteklerini kabul ettirmek için yapılan zorlu çatışma ve savaş; herhangi bir amaca erişmek veya bir kuvvete karşı koyabilmek için bir kişi veya topluluğun güçlü*

¹⁸ Feyzioğlu, s. 157-158.

¹⁹ Feyzioğlu, s. 158.

ve sürekli çabası" anlamlarına gelir. Temel olarak süreklilik protestoyu mücadeleden ayırır.²⁰

Cezaevi yönetimi açısından sağlığı bozulan açlık grevcisi hastalanmış hükümlü veya tutuklu; hekimler açısından tutuklu veya hükümlü hasta, terör örgütleri açısından ölümü göze almış direnişçi, devrimci tutsak ve savaştıdır.

İşlemiş oldukları terör suçu nedeniyle cezaevlerinde bulunan bazı hükümlü veya tutuklular kendilerini siyasi tutsak, savaştı, devrimci ve direnişçi, eylemlerini ise mücadele, direniş ve savaş olarak nitelemektedirler. Oysa hukuksal açıdan tutuklu, suç işlediği iddiasıyla yetkili hakim önüne çıkarılan ve yargılama tedbiri amacıyla kanuna uygun olarak özgürlüğü sınırlandırılmış kişi; hükümözlü, yetkili mahkeme tarafından hakkında kesinleşmemiş mahkumiyet kararı bulunan tutuklu; hükümlü ise, hakkında yetkili mahkeme tarafından kanunlara uygun olarak verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunan kişidir. Tutuklu, hükümözlü ve hükümlü mutlaka ceza infaz kurumlarında bulunmak zorundadır. Tutukluların genel olarak tutuk evinde barındırılmaları gerekir; eğer tutuk evinde doluluk nedeniyle boş yer yoksa cezaevlerinin kendileri için ayrılmış özel kısımlarında da kalabilirler.²¹

2. Açlık Grevinin Türleri

Cezaevlerinde meydana gelen açlık grevini, "yemek boykotu", "sürekli açlık grevi", "süresiz açlık grevi", "dönüşümlü açlık grevi", "destek amaçlı açlık grevi" ve "ölüm hedefli açlık grevi" şeklinde gruplandırmak mümkündür.

a. Yemek Boykotu

Mutfak teşkilatı bulunsun ya da bulunmasın, tutuklu veya hükümlünün devlet tarafından verilen işeyi almayarak, beslenmesini kendi kaynaklarından sağlamasına yemek boykotu denilir. Aslında bu eylem, bir açlık grevi türü değildir. Çünkü grevciler kendi kaynakları ile beslenmeyi sürdürürler. Sadece devletin verdiği işeyi protesto amaçlı redde-

²⁰ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 19.

²¹ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 20.

derler. Bazı mahkumların bu eyleme açlık grevi olarak bakması, cezaevi idaresinin de olayı bu şekilde değerlendirmesi nedeniyle uygulamada açlık grevi olarak kayıtlara geçmektedir. Ancak, devletin verdiği işeyi almayan hükümlü ve tutuklular, kendi kaynaklarından beslenmeyi de bırakmış iseler, bu durumda açlık greviden bahsedilir.²²

b. Süreli Açlık Grevi

Hükümlü veya tutuklunun devlet tarafından verilen işeyi reddedererek kendi kaynaklarından beslenmeyi de belirli bir süre için kabul etmemelerine süreli açlık grevi denir. Eylemin süresi ve görünürdeki sebebi bu eyleme giden hükümlü veya tutuklu tarafından dilekçesinde bildirilir. Sürenin ne kadar olduğu önemli değildir. Bu süre, 1-2 gün, birkaç hafta veya 1-2 ay olabilir. 20.10.2000 tarihinde ülkemizdeki cezaevlerinde başlatılan açlık grevlerinde 30-60 gün süreli eyleme giden hükümlü ve tutuklular olmuştur. Uzun süreli açlık grevlerinde eyleme giden hükümlü ve tutuklunun hiçbir şey yemeden ve içmeden eylem yaptığı söylenemez. Gerçekte, eylemci durumundaki hükümlü ve tutuklu, sağlığını bozmayacak ve hayatını tehlikeye sokmayacak şekilde gıda alımını azaltmıştır.²³

c. Süresiz Açlık Grevi

Hükümlü veya tutuklu, devlet tarafından verilen işe ya da kendi kaynaklarıyla temin edeceği gıda ile beslenmeyi süresiz reddetmiş ise, yapılan eyleme süresiz açlık grevi denir. Süresiz açlık grevlerinde de kişi sıvı ve katı gıda almaktadır. Ancak, beslenmesini hayatta kalacak ölçüde sınırlamıştır. Bu eylem türünde, açlıktan ölüm hedeflenmemektedir. Amaç ve hedef bu olmamakla birlikte eyleme giden kişilerde yetersiz beslenmeden kaynaklanan ve ani gelişen komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği de söz konusu olabilmektedir.²⁴

²² Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 22.

²³ Taşkın, Ahmet, "Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri", *Adalet Dergisi*, S. 11, (Nisan-2002), s. 11; Taşkın, Ahmet, "Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti", *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 516.

²⁴ Taşkın, *Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri*, s. 69.

d. Dönüşümlü Açlık Grevi

Bir grup mahkumun, belirli bir süre açlık grevi yaptıktan sonra, aynı sürede eyleme gidecek başka bir gruba bu eylemi devretmesi ve söz konusu eylemin aynı veya ayrı gruplar tarafından sürdürülmesine dönüşümlü açlık grevi denir. Eyleme gidecek hükümlü ya da tutuklular önceden bellidir ve dönüşümlü olarak hareket etmektedirler. Açlık grevine gidecek gruplar aynı cezaevinde olabileceği gibi farklı cezaevlerinde de olabilirler. Ülkemizdeki cezaevlerinde dönüşümlü açlık grevleri, genel olarak üç gün süreli yapılmıştır. Grevciler üç günlük açlıktan sonra eylemi bırakmışlar, bıraktıkları gün bir başka gruba eylemi devretmişlerdir. Grevciler, üç günlük açlıktan sonra besin almaya başlayıp eski dirençlerine kavuşup tekrar eyleme başladıkları için bu eylem şekli çok uzun yıllar sürdürülebilir.²⁵

e. Destek Amaçlı Açlık Grevi

Bir cezaevindeki hükümlü veya tutuklunun başka bir cezaevinde devam eden açlık grevini desteklemek amacıyla yaptığı açlık grevine destek amaçlı açlık grevi denir. Eylemin amacı, açlık grevine giden diğer mahkumları psikolojik olarak desteklemek ve eylemlerini sürdürmeleri için onlara moral vermektir. Ülkemizde de, 20.10.2000 tarihinde 3 örgüte mensup 376 hükümlü ve tutuklu tarafından 8 cezaevinde başlatılan açlık grevlerine terör örgütü mensubu olan bazı mahkumlar tarafından üçer günlük açlık grevleriyle psikolojik ve moral destek verilmiştir.²⁶

f. Ölüm Hedefli Açlık Grevi (Ölüm Orucu)

Açlık grevine giden mahkumların belli bir amaçla vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini ölünceye kadar almayarak kendilerini aç bırakmalarına ölüm hedefli açlık grevi denir. Süresiz açlık grevine giden mahkumlar belli bir süre sonra eylemlerini ölüm hedefli açlık grevine de çevirebilirler.²⁷ Kamuoyunda ve bu eyleme giden mahkumların dilekçelerinde ölüm orucundan bahsedilse de, "ölüm hedefli açlık grevi"

²⁵ Taşkın, *Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti*, s. 518.

²⁶ Taşkın, *Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti*, s. 518.

²⁷ Sağlam, M. Yılmaz, "Terör Cezaevlerinde Gerçekleştirilen Açlık Grevleri ve Adalet Bakanlığına Alınan Önlemler" başlıklı yayımlanmamış rapor, Ankara, 1993.

ifadesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un, 82/2. maddesinde "açlık grevi ve ölüm orucu" tabiri kullanılmıştır. Oysa ülkemiz dışında dünyanın hiç bir yerinde "ölüm orucu" terimi kullanılmamaktadır.

Ölüm hedefli açlık grevleri, bu eyleme giden hükümlü ve tutukluların isimlendirmesi ile kamuoyunda ölüm orucu olarak bilinmekte ve kullanılmaktadır. Kişinin ölünceye kadar yeme ve içmesini azaltmasına veya besin alımını tamamen kesmesine hatalı olarak ölüm orucu denilmektedir. Sözlük anlamıyla oruç, Tanrı'ya ibadet amacıyla yeme ve içme gibi birçok şeylerden belli bir süre veya biçimlerde kendini alıkoymadır.²⁸ Biz, Tokyo ve Malta Bildirgeleri ile dünyadaki kabul görmüş tanımlama doğrultusunda söz konusu eylemlere "açlık grevi" denilmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz.

Ölüm hedefli açlık grevinde, eyleme giden hükümlü ya da tutuklu ölünceye kadar hiçbir şey yemez ve içmez; bazen de katı gıda almayı sadece limonlu su, şekerli su ve meyve suyu gibi sıvı gıdalar alır. Bu eylem türünde ölümlerin ne zaman meydana geleceği konusunda herhangi bir şey söylenemez. Grevcinin direnci, vücut ağırlığı, yeme alışkanlığı, eylemi sırasında almış olduğu besinlerin miktar ve türüne göre ölümün meydana geliş süresi çok değişkenlik gösterir. Örneğin; 1981'de İngiltere'deki bir cezaevinde terör suçundan hükümlü olarak bulunan 10 IRA örgütü mensubundan Martin Hurson isimli mahkum açlık grevinin 46., F. Hughes 59., M. Devine 60., P. O Hara, R. Mc. Cressh ve J. Mc. Donnell isimli mahkumlar 61., B. Sands 66., K. Lynch 71. ve K. Doherty ise 73. gününde ölmüştür.²⁹ Gerçek şekliyle uygulanan bir açlık grevinde yaşam süresi yukarıdaki rakamlara yakındır. Genel olarak 60 ila 70. günler içinde ölüm meydana gelir.

Eylemcilerin amacı, isteklerinin yerine getirilmesi olup bizzat ölüm değilse amaçlarına ulaşmak için ölümü göze almışlardır. Kendileri açısından, isteklerinin kabul edilmesi, seslerinin kamuoyu tarafından duyulması ve haklı bulunması amacıyla bu eyleme girişmişlerdir.

²⁸ *Türkçe Sözlük*, s. 119.

²⁹ www.spartacus.schoolnet.co.uk, (Erişim Tarihi: 6.12.2002).

3. Malta Bildirgesi'nde Açlık Grevleri

1991 tarihli Dünya Tabipler Birliği'nin Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi açlık grevleri ile ilgili olarak bir dizi kararlar almıştır.³⁰ Malta Bildirgesi'ne göre, açlık grevcisi aklen ehliyetli olan, açlık grevine kendi iradesiyle almaya karar verdiğini belirten, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddetmiş olan kişidir.³¹

a. Hekimin Açlık Grevcisi Mahpusa Yaklaşımı

Açlık grevcisini tedavi etmekte olan hekimler aşağıda belirtilen ve birbiriyle çatışan değerlerle karşı karşıya gelirler:

Her insan üzerinde, yaşamın kutsallığına saygı gösterme gibi etkin bir yükümlülük bulunmaktadır. Bu konu, özellikle hastanın yaşamını kurtarmak için mesleki hünerlerini kullanmak ve onun yüksek yararı için hareket etmek durumunda olan hekim için daha da önem taşımaktadır (hasta yaran). Hastanın serbest iradesine saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, hastaya yardım için herhangi bir mesleki hünerini uygulamadan önce hastanın izni alınmalıdır. Ancak acil durumların ortaya çıkması halinde hekim hasta için en yararlı olanı yapmalıdır.

Söz konusu çatışma, özellikle yaşama döndürülmeyi açık bir beyanla reddeden açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzere olduğunda ortaya çıkar. Etik yükümlülükleri bakımından hekim hastanın iradesine aykırı da olsa onu yaşama döndürmek zorundadır; diğer taraftan görevi bakımından ise hastanın serbest iradesine saygı göstermek durumundadır. Müdahale yönünde karar almak, hastanın serbest iradesine aykırı olabilir. Müdahale etmeme yönünde karar almak ise, hekimin bertaraf edilmesi mümkün olan bir ölüm trajedisine karşı karşıya gelmesine yol açabilir.

Görev başında bulunan bir hekim ile hasta arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim ahlaki yükümlülüğü gereği herhangi bir kişiye mesleki hünerlerini uygularken bunu tavsiye ya da tedavi biçiminde

³⁰ Kasım 1991'de Malta'da yapılan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilmiş, Eylül 1992'de Marbella-İspanya'da toplanan 44. Dünya Tıp Kongresi'nde tekrar gözden geçirilerek düzeltilmiştir.

³¹ Nursal, Necati, *Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Yayınları, Ankara, s. 430 vd.

yerine getirir. Bu ilişki, hastanın belirli müdahale ve tedavi biçimlerine izin vermemesi halinde dahi yürütülebilir. Bir hekim açlık grevcisinin tedavisini kabul eder etmez bu kişi hekimin hastası olur. Bu durum rıza gösterme ve gizlilik de dahil olmak üzere, hasta-hekim ilişkisinden kaynaklanan tüm etkileşim ve sorumlulukları kapsar.

Müdahale etme ya da etmeme konusundaki nihai karar, önceli amaçları hastanın iyileşmesi olmayan üçüncü kişilerin müdahalesinden uzak tutularak hekime bırakılmalıdır. Bununla birlikte hekim, tedaviyi reddetme kararına katılıp katılmadığını ya da koma durumuna, yapay beslenmeye böylece ölüm riskine maruz kalacağını hastaya açıkça anlatmalıdır. Eğer kim hastanın tedaviyi reddetme kararına katılmıyorsa, bu durumda hasta bir başka hekim tarafından takibi sağlanır.

b. Açlık Grevinde Hekimin Görevi

Tıp mesleğinin uygulamalarındaki temel ilkesi yaşamın kutsallığı olduğundan, açlık grevinde bulunanların tedavisini üstlenen hekimlere aşağıdaki pratik yollar tavsiye edilmektedir: Bir hekim mümkün olan her durumda hastanın ayrıntılı tıbbi öyküsünü alacak ve açlık grevinin başında kişinin tam bir muayenesini yapacaktır. Hekim ya da diğer sağlık personeli açlık grevine son vermesi için hastaya gereksiz herhangi bir baskı uygulayamaz. Tedavi ya da bakım, açlık grevine son vermenin koşulu olmamalıdır.

Açlık grevinin klinik sonuçları ve kendi özel durumuna ilişkin belirli tehlikeleri açlık grevcisine hekim tarafından profesyonel bir biçimde anlatılmalıdır. Bilinçli bir karar sadece açık seçik bir iletişim ile alınabilir. Eğer talep edilmiş ise bir çevirmen kullanılmalıdır. Eğer açlık grevindeki kişi, ikinci bir tıbbi mütealaa almak isterse bu sağlanmalıdır. Açlık grevcisi tedavisinin ikinci hekim tarafından yürütülmesini tercih ederse, buna izin verilmelidir. Eğer açlık grevcisi tutuklu veya hükümlü ise, buna ancak cezaevi hekiminin organizasyonu ile ve bu hekimle yapılacak istişare sonucunda izin verilmelidir.

Açlık grevcileri, enfeksiyonlarının tedavi edilmesini ve ağızdan alınan sıvıları arttırmaları yönündeki tavsiyeleri (veya damardan serum verilmesini) genellikle kabul ederler. Bu tür bir müdahalenin reddi hastanın sağlık bakımının herhangi bir diğer cihetine zarar vermemelidir. Uygulanan her, tedavide hastanın rızası alınmalıdır.

Hekim, hastayı her gün kontrol ederek açlık grevini sürdürmek isteyip istemediğini tahkik edecektir. Hekim ayrıca, günlük olarak hastayı ziyaret ederek, bilinçli bir karar veremez hale gelmesi durumunda tedavinin ne olacağı konusundaki isteklerini öğrenmelidir. Bu bulgular hekimin kişisel tıbbi kayıtlarına yazılmalı ve gizli tutulmalıdır.

Hasta tarafından özellikle men edilmemişse, onun açlık grevine başladığını ailesine bildirme sorumluluğu hekime aittir.

c. Açlık Grevcisinin Yapay Beslenmesi

Eğer açlık grevcisinin bilinci bozulur ve bu nedenle sağlıklı karar verme yeteneğini kaybeder ya da komaya girerse, hekim, açlık grevi sırasında hastaya daha önce uyguladığı bakıma ilişkin kararı her zaman hesaba katarak ve bu Bildirge'nin önsözünün 4. maddesini göz önünde bulundurarak, ileri tedavisi için hastanın yararına olduğunu düşündüğü en doğru kararı vermekte serbest olacaktır. Açlık grevinde bulunan kişi baskı altında tutulabileceği ortamlardan korunmalıdır. Bu durum onun diğer açlık grevi yapanlardan ayrılmasını da gerektirebilir.

4. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararında Açlık Grevi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere R (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararına Ek olarak aldığı kararda açlık grevcisine tıbbi müdahaleye değinilmiştir. Bu karara göre;

“Tedavinin reddedilmesi durumunda, doktor bir tanığın mevcudiyetinde hastadan bu konuda bir yazılı belge imzalamasını isteyecektir. Doktor hastayı ilaçların muhtemel faydaları ile mümkün olan şifa verici alternatifleri hakkında tam bilgilendirecek, tedaviyi reddetmesiyle birlikte oluşacak riskler konusunda onu ikaz edecektir. Hastanın da içerisinde bulunduğu durumu tamamen anladığından emin olunacaktır. Eğer mahkumun kullandığı dilden dolayı, anlaşma güçlükleri varsa uzman bir çevirmenin hizmetine başvurulmalıdır.

Açlık grevinde olan kişinin herhangi bir psikiyatri servisine transfer edilmesini gerektirir ciddi mahiyette bir akli dengesizliği olmadığı sürece, klinik değerlendirmeleri kendisinin sözlü izniyle yerine getirilmelidir.

Açlık grevindekiler, yapmakta oldukları hareketin kendi fiziki durumları üzerinde yol açacağı zararlı etkiler konusunda tarafsız bir anlatımla bilgilendirilmeli, bu suretle sürdürdükleri açlık grevinin tehlikelerini anlamalıdır.

Eğer doktora göre açlık grevcinin durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibarıyla bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir."

5. Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi'nde Açlık Grevi

Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları İçin Kılavuz 29. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda Ekim 1975'te benimsenmiş olan Tokyo Bildirgesi'nde açlık grevleri ile ilgili düzenleme getirilmiştir. Buna göre;

"Tıbbi insanlığın hizmetine uygulamak, kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmadan beden ve ruh sağlığını korumak ve iyileştirmek, hastalarının acılarını dindirmek ve onları rahatlatmak, tıp doktorlarına tanınmış bir ayrıcalıktır. İnsan yaşamına duyulan en yüksek saygı tehlike altında bile sürdürülmeli ve herhangi bir tıbbi bilginin insanlık yasalarına aykırı biçimde kullanılmasına fırsat verilmemelidir. Bu bildirgenin amacına yönelik olarak şu tanım yapılmıştır: İşkence, yalnız başına ya da bir yetkilinin emri altında davranan bir ya da birden çok sayıda kişinin, bilgi edinmek, itiraf almak ya da bir başka nedenle, kasıtlı, sistemli ya da düşüncesiz biçimde, bir başka kişiye zor kullanarak, ona fiziksel ya da ruhsal yönden acı çektirmesidir.

1. Silahlı çatışma ya da sivil kaotikler da içinde, hiçbir durumda hekim, işkenceyi ve zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı başka hiçbir işlemi onaylamayacak, hoş görmeyecek ve bunlara katılmayacaktır; suçu her ne olursa olsun, bu işlemlerle karşılaşan mağdurun inançları ve güdüleri ne olursa olsun, ister kuşkulanan kişi, ister sanık, isterse suçlu olsun bu durum değişmez.

2. Hekim, işkence ya da zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı öteki işlemlerin uygulanmasına yarayacak ya da mağdurun böyle bir işleme dayanma yeteneğini azaltacak herhangi bir yer, araç, madde ya da bilgi sağlayacaktır.

3. Hekim, işkence ya da zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı öteki işlemlerin uygulandığı ya da böyle bir gözdağının verildiği yerlerde bulunmayacaktır.

4. Hekim, tıbbi açıdan sorumlu olduğu kişinin bakımıyla ilgili bir karar verirken klinik yönden bütünüyle bağımsız olmalıdır. Hekimin temel görevi, izlediği kişilerin sıkıntısını azaltmaktır; kişisel, toplumsal ya da politik hiçbir güdü, bu yüce amaçtan daha üstün sayılmayacaktır.

5. Bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir.

6. Dünya Tabipler Birliği, işkenceye ya da zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı öteki işlemlere göz yummamaları yüzünden karşılaşabilecekleri tehdit ya da misillemelere karşı hekimleri ve ailelerini destekleyecek ve hekim meslektaşlarını da bu yolda isteklendirecektir.”

II. BESLENMENİN REDDİ HALLERİ

Bir şeyin reddi, o şeyin bilerek ve istenerek kabul edilmemesidir. O halde iradiliğin “ret” terimi içinde zorunlu olarak varlığı kabul edilir. Beslenme iradi olarak iki sebeple reddedilir. Birincisi protesto, ikincisi ise intihardır. Kanun, 82/1. maddesinde beslenmenin sürekli ve iradi reddini düzenlemiştir. Diğer bir ifade ile Kanun bu fıkrasında beslenmenin açlık grevi ile intihar amaçlı reddinden bahsetmektedir. Beslenmenin reddinin protesto veya intihar amaçlı olup olmadığı ceza hukuku açısından önemlidir. Beslenmeyi protesto (açlık grevi) amaçlı reddeden hükümlü veya tutukluyu bu eyleme teşvik veya ikna edenin ya da bu yolda talimat verenin TCK'nin 298/2. maddesinde cezai sorumluluğu vardır. Buna karşılık intihar amacıyla beslenmeyi reddeden kişiyi bu eyleme teşvik veya ikna ya da bu yolda talimat verme 298/2. madde kapsamında değerlendirilemez.

A. Beslenmenin Protesto Amaçlı Reddi

1. Açlık Grevi ve Protesto Kavramı

Açlık grevi, belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini almayarak kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemidir.³²

³² Taşkın, Açlık Grevlere, s. 16.

Protesto ise, bir davranışı, bir düşünceyi, bir uygulamayı haksız, yersiz ve gereksiz bularak karşı çıkma ve reddetmedir.³³

Türk Ceza Kanunu'na göre; hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır (TCK m. 298/2). Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur (TCK m. 298/3).

2. Beslenmenin Protesto Amaçlı Reddi Halinde Önlem

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 81/1. maddesi beslenmenin (intihar veya protesto amacıyla) reddi halinde ortak bir düzenleme getirmiştir. Bu maddeye göre; *"Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır."* Bu nedenle bu başlık altında söylenenler *"Beslenmenin intihar amacıyla reddi halinde önlemler"* başlığı altındakilerle aynıdır. Kısaca, cezaevi hekimi hasta mahpusu eyleminin tıbbi sonuçları konusunda bilgilendirir, cezaevi psiko-sosyal hizmet birimi de eyleminden vazgeçmesi için gerekli çalışmaları yapar.

Beslenmenin protesto amaçlı reddi halinde hekimin eylem yapan hükümlü veya tutukluyu bilgilendirmekle yükümlü olabilmesi ve tıbbi müdahalede bulunabilmesi için eylemcinin hasta olması gerekir. Çünkü hastanın veya hastalığın olmadığı yerde hekimlik görevi söz konusu olamaz. Aksi takdirde hükümlü psiko-sosyal hizmet biriminin ilgi ve görev alanına girer. Burada *"hasta"* ve *"tıbbi müdahale"* kavramlarını açıklamak gerekir.

³³ Türkçe Sözlük, C. 2, s. 1201.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre; hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi; Tıbbi müdahale ise, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Diğer bir ifadeyle; tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığın, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir.³⁴ Doğrudan fiziksel tamlığa ilişkin olmamakla birlikte, ruh sağlığına yönelik girişimler de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bu nedenle hekimin sözleri, önerileri, davranışları, hastayla ilişkisinde kullandığı yaklaşım metodu bile bu kavram içinde değerlendirilebilecektir.³⁵ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre; *"Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mu-kavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz."* diyerek tıbbi müdahalenin amacı ve kapsamı ortaya koyan bir düzenlemede bulunmuştur.

Tedavi ise belirli bir hastalığın iyileştirilmesi için hekimin uyguladığı önlemlerin tümüdür.³⁶ Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. maddesi ile Tıbbi Hizmetlerin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın üçüncü maddesinde de *"hasta"* kavramı için aynı tanım yapılmıştır.

Bir davranışın *"tıbbi müdahale"* olarak nitelendirilebilmesi için dört ayrı unsur bünyesinde taşınması gerekir. Bunlardan birincisi *"müda-*

³⁴ Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 15; Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 5; Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s. 24.

³⁵ Süttaş, Mustafa, *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, Çiviyazıları, İstanbul, 2000, s. 42.

³⁶ *Medicana*, 1993, s. 420.

halenin tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması”, ikincisi “doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması”, üçüncüsü “tıp biliminin kabul edilen veya edilebilecek olan bilimsel yöntemlerin uygulanması”, dördüncüsü ise “hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması”dır.³⁷

B. Beslenmenin İntihar Amaçlı Reddi

1. İntihar Kavramı

Kısaca intihar, bir kimsenin bilerek ve isteyerek kendisini öldürmesidir. İntiharın pek çok tanımı yapılmıştır.³⁸ Bazı yazarlar intiharı “hayatın tehlikelerine karşı gerek pozitif ve aktif bir katılma veya negatif pasif bir tutumla kişinin hayatına kasıtsız müdahale sonucu ortaya çıkan anormal tip ölümler” şeklinde geniş olarak; bazıları ise, “kişinin isteyerek kendi yaşamına son vermesi” şeklinde dar olarak tanımlamıştır. Ölümün çabuk sonuçlanması intiharın yegane belirtisi değildir. İnsan ölümünü yavaş yavaş da arayabilir. İntihar hareketine kişisel katılma şart değildir. Diğer bir ifadeyle, yaşamın tehlikelerine karşı negatif ve pasif bir tutum takınmak da intihara götürür.

Psikiyatrik açıdan intihar; insanın özbenliğine yönelmiş bir saldırganlık ve yok etme eylemi olup, bireyin yaşamına istemli olarak son vermesidir. Bu tip bir davranışın ortaya çıkmasında ve eyleme dönüşmesinde “benlik” ve “üstbenlik” arasındaki çatışma önemli rol oynadığı öne sürülmektedir. İntihar edenlerde benlikten gelen dürtülere bağlı davranış kalıplarıyla cezalandırıcı, suçlayıcı üst benliğin davranış kalıpları çatışır. Bu çatışmanın yarattığı kaygı saldırgan dürtüleri, eğilimleri harekete geçirir. Bunlar üstbenlik tarafından bastırılır ve bu güçler kişinin kendi özbenliğine yönelir. Kişinin kendi kendini yok etmeyi amaçlayan yani intihar davranışı ortaya çıkar. İntiharlar sonucu ölüm

³⁷ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 123; Sütlaş, s. 42; Çakmut, Özlem Yenerer, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayınları, İstanbul, 2002, s. 26 vd.

³⁸ Durheim’a göre; “Mağdurun kendi tarafından yapılan ve ölüm neticesini doğuracağı onun tarafından bilinen icabi veya selbi bir hareketten doğan her ölüm olayı; bir kimsenin sonucun ne olacağını bilerek olumlu ya da olumsuz bir davranışla doğrudan veya dolaylı olarak kendini ölüme sürüklemesi”, Altavilla’ya göre; kendini isteyerek öldürmek, Polat’a göre; “kişinin kendi yaşamına son vermesi şeklinde kendine yönelik olan en büyük şiddet davranışı”, Soyaslan’a göre “kişinin öldürmek amacıyla kendisine yönelttiği şiddettir”.

meydana gelmiş ise, bu gruba giren olgular tamamlanmış intiharlar, ölüm sonucu doğmadan durdurulan olgular ise intihara kalkışma veya intihar girişimi olarak isimlendirilmektedir.³⁹ Her intiharda veya intihar girişiminde ayrı bir kişilik ve ayrı bir hikaye mevcuttur.⁴⁰

İntiharı açlık grevinden ayıran unsur, “sebeb”, “amaç” ve “yöntem” unsurudur. Çünkü bir kimsenin ölümle sonuçlanabilecek bir fiili yapması başka şey, ölmek istemesi başka şeydir. Açlık grevine giden kişi ölümü istemez; fakat isteklerinin yerine getirilmesi için ölümü göze alır ve bu konudaki kararlılığını sürdürür. Açlık grevi, bir intihar türü olmadığı için bu eylemi teşvik etmek “intihara teşvik veya ikna” suçunu oluşturmaz.

Açlık grevinin ölümle sonuçlanabilmesi onun intiharla aynı nitelikte sayılmasına sebep olmaz. Çünkü intihar, isteğe veya depresyona bağlı bir dürtü sonucu hayatı sona erdirmeyi amaçlayan bir fiildir. Oysa açlık grevinde başlangıçtaki amaç ölüm değildir, ama ölüm amaca giden yolda her zaman gerçekleşebilecek bir sonuçtur.⁴¹

Türk Ceza Kanunu’nun 84. maddesine göre; “Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiilin basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”

Sonuç olarak, hükümlü veya tutuklu intihar amacıyla beslenmeyi sürekli reddetmiş ise onu azmettiren, intihar etmesi için teşvik eden veya kararını kuvvetlendiren kişi TCK’nın 84. maddesi uyarınca cezalandırılır.

³⁹ Polat ve ark. *Adli Tıp*, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 251.

⁴⁰ Arslanoğlu, Kaan, *Psikiyatri El Kitabı*, Adam Yayınları, İstanbul, 2002, s. 186.

⁴¹ Britanya Tabipler Odası, *İhanete Uğrayan Tıp, Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Karışması*, İstanbul, 1996, s. 138.

2. Beslenmenin İntihar Amaçlı Reddi Halinde Önlem

Beslenmenin intihar amacıyla reddedilmesi durumunda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82/1. maddesi hükümleri uygulanır. Yani, hükümlüye yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddetmesi halinde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgi verilir. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

Hekimin görevi, hasta olarak muayene ettiği bir mahpusu hastalığı konusunda bilgilendirmektir. Yaptığı eylemin tıbbi sonuçlarını hasta mahpusun anlayacağı bir dilde kendisine anlatır. Bu husus aynı zamanda hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünü oluşturur. Hekim, intihar amacıyla beslenmeyi reddeden mahpusa eylemini bırakması için baskı yapmaz. Bu yöndeki ikna veya baskı onun görevi içine girmez. Zaten Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi ile hekime sadece bilgilendirme görevi vermiştir. Aynı fıkranın ikinci cümlesi ise beslenmeyi reddeden hükümlüyü ikna görevini cezaevi psiko-sosyal hizmet birimine yüklemiştir. Bu birim beslenmeyi reddeden hükümlüyü ikna etmek ve eyleminden vazgeçirmek için gerekli her türlü çalışmayı yapar.⁴²

C. Beslenmeyi Reddeden Hükümlünün Aydınlatılması

Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır (CGTİHK, m.82/1). Beslenmeyi reddeden ve sağlığı bozulduğu için hasta konumunda olan mahpus ile hekim arasında hasta-hekim ilişkisi vardır. Bu nedenle hekim hem

⁴² Ayrıntılı açıklama "Beslenmeyi Reddeden Hükümlünün Aydınlatılması" başlığı altında verilmektedir.

tıbben hem de yasal ve etik olarak üzerine düşeni yapmak zorundadır. Tıbbi girişimin hukuka uygun olması için tedavi amacına yönelik olması ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

Aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastayı, uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmesidir. Sadece yeterince bilgi sahibi yapılan hasta önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir. Olumlu ya da olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hastanın kendi serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Serbest iradeye dayanan bir rıza ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için vazgeçilmez bir şarttır. Yapılacak açıklamalar hastanın kültürel, toplumsal ve psişik durumuna uygun olmalıdır. Onun tarafından anlaşılabilir bilgiler verilmelidir.⁴³

Hekim, hastasının şimdiki sağlık durumunu ve konulan tanıyı, önerilen tedavi yönteminin türünü, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkanı varsa bunların şanslarını, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresini, amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskleri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçları ve risklerini açıklamalıdır. Hastanın acil durumu yoksa ve şuuru yerinde ise vereceği karardan sonra hekim tıbbi müdahaleyi yapabilir. Hekim hastayı aydınlatma görevini yapmadan hasta üzerinde tıbbi müdahale yaparsa izinsiz olarak kişinin vücut bütünlüğünü bozmuş olur.⁴⁴

Hekimin aydınlatma göreviyle ilgili bir hüküm Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesinde yer almaktadır. Buna göre "*hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artma ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim yönleri, akıbet ve seyrinin saklanması uygundur*".

⁴³ Hancı, İ. Hamit, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazimnat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 52.

⁴⁴ Hancı, s. 53; Sarıal, M. Enis, *Salararası Organ Nakillerinden Doğan Hukukuksal İlişkiler*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1986, s. 56-57.

D. Beslenmenin Reddi Halinde Alınacak Tedbir

Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenmeler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır (CGTİHK, m. 82/2).

Beslenmenin reddi halinde alınması gereken tedbirler iki kısımdır:

1. Mahpusun Hastalanmasından Önceki Tedbirler

Ceza infaz kurumlarında istenmeyen her türlü olayın en güzel tedbiri, mevzuata, hukuka ve insan haklarına uyarak cezaevini yönetmektir. Adalet ve hakkaniyetin bulunduğu yerde eylemler asgari düzeye iner. Hükümlünün, beslenmeyi reddetmesi nedeniyle hastalanmasından önce alınması gereken tedbirler, "ikna çalışmaları" ve "zorla besleme"den oluşur.

a. İkna Çalışmaları

Ceza infaz kurumuna bilgi vermeden veya dilekçe ile bilgi vererek beslenmeyi reddeden hükümlünün bu eylemini sonlandırması için ceza infaz kurumu psiko-sosyal hizmet birimi gerekli çalışmalara başlar. Çalışmalar, beslenmeyi reddeden hükümlünün kişiliği, suçu, eylem amacı, eylem gerekçesi, konumu, eğitim ve kültür düzeyi dikkate alınarak ikna amacıyla eylem bitirilinceye kadar sürdürülür. Kanun'da psiko-sosyal hizmet biriminin ikna çalışmalarını ne kadar süreyle devam ettireceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Kanaatimizce beslenmeyi reddeden hükümlü kendi iradesiyle beslenmeye başlayıncaya kadar ikna çalışmaları devam eder. İkna çalışmaları başarılı olur ve hükümlü kendi isteğiyle beslenmeye başlarsa diğer tedbirlere geçilmesine gerek kalmaz.

b. Zorla Besleme

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, beslenmeyi reddeden hükümlülerin zorla besleneceklerine dair açık bir hüküm

getirmemektedir. Ancak 82/1. maddenin 2. cümlesinin yorumundan böyle bir sonuca varmak mümkündür. Fıkranın 2. cümlesi, psiko-sosyal hizmet biriminin çalışmalarına rağmen beslenmeyi kabul etmeyen hükümlülerin beslenmelerine, kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanacağını düzenlemektedir. Bunun anlamı şudur: Hükümlü, cezaevi psiko-sosyal hizmet biriminin tüm çabalarına rağmen beslenmeyi kabule yanaşmamışsa cezaevi hekiminin belirleyeceği rejime göre uygun bir ortamda zorla beslenir. Kanun zorla beslemeyi kimin yapacağını belirtmediğinden herhangi bir personel tarafından yapılabilecektir. Kanaatimizce, henüz hasta olmayan bir hükümlünün zorla beslenebileceğine ilişkin yasal düzenleme yerinde değildir. Uygulamada bu hususun mutlaka hekim tarafından yerine getirilmesi son derece yerinde olur. Burada “zorla besleme” kavramına kısaca değinmekte yarar vardır:

Türk Ceza ve İnfaz Hukuku’nda “zorla besleme” ile “tıbbi müdahale” kavramlarının ayrımına gidilmemiştir. Gerek TCK ve gerekse CGTİHK, zorla besleme ile zorla tıbbi müdahaleyi eş olarak değerlendirmiş ve aynı düzenlemeye tabi tutmuştur. Oysa zorla besleme ile zorla tıbbi müdahale birbirinden farklı kavramlardır.

Zorla besleme, vücudun, günlük faaliyetlerini devam ettirebilmesi, büyümesi ve varsa yaralarının iyileşebilmesi için ihtiyaç duyduğu kalori, protein, makro ve mikro element ile vitaminin kişinin özgür iradesi dışında vücuduna zorla verilmesidir. Kişinin, vücudu için gerekli olan besin maddelerini almama şeklindeki özgür iradesinin kötü muamele, tehdit, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet kullanma ve bazı araçları tatbik etme gibi yöntemlerle ortadan kaldırılarak besleme yapılması zorla besleme kavramını oluşturur. Zorla besleme, herhangi bir kimse tarafından yapılabilir. Zorla beslemenin herkes tarafından yapılabilir olması, bu eylemi tıbbi müdahaleden ayıran en önemli hususlardan birisidir.⁴⁵

Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığın, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince

⁴⁵ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 15.

genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir.⁴⁶ Zorla tıbbi müdahale de; söz konusu tıbbi faaliyetlerin kötü muamele, tehdit, işkence, yorma, aldatma, hukuka aykırı vaatte bulunma, bedensel cebir ve şiddet kullanma ve bazı araçları tatbik etme gibi yöntemlerle kişinin iradesinin ortadan kaldırılarak yerine getirilmesidir.

Bir davranışın “tıbbi müdahale” olarak nitelendirilebilmesi için dört ayrı unsuru bünyesinde taşıması gerekir. Bunlardan birincisi “müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması”, ikincisi “doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması”, üçüncüsü “tıp biliminin kabul edilen veya edilebilecek olan bilimsel yöntemlerin uygulanması”, dördüncüsü ise “hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması”dır.⁴⁷

Zorla besleme ile zorla tıbbi müdahale arasındaki farklar kısaca şunlardır:

1. Zorla besleme herkes tarafından, tıbbi müdahale ise yalnızca tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından yapılabilir.

2. Zorla beslemede amaç kişinin vücuduna gıda verilmesi, tıbbi müdahalede amaç kişinin sağlığına kavuşmasıdır.

3. Tıbbi müdahalede tıp biliminin kabul edilmiş veya kabul edilebilecek yöntemler kullanılır. Zorla beslemede ise böyle bilimsel bir temel yoktur.

4. Zorla beslemede besin verilen kişi hasta olmak zorunda değildir. Buna rağmen tıbbi müdahale hastaya karşı uygulanır.

5. Zorla besleme cezaevinin uygun bir yerinde, zorla tıbbi müdahale ise tıbbi müdahaleye elverişli medikal bir ortamda yapılır.

⁴⁶ Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 15; Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 5; Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s. 24.

⁴⁷ Taşkın, *Açlık Grevleri*, s. 123; Sütlaş, s. 42; Çakmut, Özlem Yenerer, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayınları, İstanbul, 2002, s. 26 vd.

Türk infaz hukukunda ise zorla besleme için hükümlünün hayati tehlike altında olması veya şuurunun kapanması gerekmemektedir. Beslenmeyi reddeden hükümlünün psiko-sosyal hizmet biriminin çabalıranı olumlu yanıt vermemesi ve eylemini sürdürmesi zorla besleme için yeterlidir. Değil hayati tehlike altına girmesi, hasta olmasına bile gerek yoktur.

2. Mahpusun Hastalanmasından Sonraki Tedbirler

Beslenmeyi reddeden hükümlünün hastalanması durumunda cezaevi hekimi devreye girer ve bu aşamada hasta-hekim ilişkisi başlar. CGTİHK'nın 82/1. maddesinin 1. cümlesinde, hükümlülerin, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddetmeleri halinde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu bilgilendirme eylemin bırakılmasına yönelik ikna amacı taşımaz. Hekim, hastanın sağlık durumuyla ilgilenecek ve eylemi bitirmemesi halinde bunun meydana getireceği tıbbi sakıncalar ve riskler konusunda hastayı bilgilendirecektir. Önüne hasta olarak gelen mahkumun eylemini öven ve onu teşvik eden bir hekim TCK'nin 298. maddesi uyarınca yargılanabilecektir.

CGTİHK'nın 82/2. maddesi, beslenmeyi reddeden hükümlünün hastalanması, daha doğrusu hayati tehlike altına girmesi veya bilincinin bozulması halinde yapılacak müdahaleden söz etmektedir. Bu düzenlemeye göre; *“Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.”*

82. maddenin 2. fıkrasından çıkan anlam şudur:

1. Psiko-sosyal hizmet birimince alınan tedbirlere ve çalışmalara rağmen beslenmeye başlamayan hükümlülerden ancak hayati tehlike altına girenlere veya bilincini kaybedenlere isteklerine bakılmaksızın müdahale yapılabilir.

2. Hükümlünün hayati tehlike altına girdiğinin veya bilincini kaybettiğinin hekim tarafından belirlenmesi gerekir. Bu hekim, maddenin birinci fıkrasının yorumuyla ceza infaz kurumu hekimidir.

3. Ceza infaz kurumu hekiminin beslenmeyi reddeden ve sağlığı bozulan hükümlüye müdahalesi tıbbi müdahaledir.

4. Tıbbi müdahale, ceza infaz kurumunun medikal ortamında, böyle bir ortam bulunmuyor ise hastanede yapılır. Kanun'da "... *derhal hastaneye sevk edilir*" ibaresi olduğundan bu hastanenin neresi olduğu belirtilmemiştir. Kanaatimizce, hükümlünün sevk edileceği hastanenin CGTİHK'nın 78/2. maddenin yorumuyla Sağlık Bakanlığı ve Çalışma Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları olması gerekir. Bu bağlamda, özel hastanelere veya beslenmeyi reddeden hükümlünün tehlikeli olması halinde yüksek güvenlikli mahkum koğuşu bulunmayan hastanelere sevki düşünülemez.

5. Nitelikleri yukarıda belirtilen hastanelere sevk işlemi, hükümlünün muayene ve teşhisine yönelik araştırma, tedavi ve beslenme amacıyla yapılır. Kanaatimizce buradaki beslenmeden maksat tıbbi müdahale çerçevesindeki tıbbi işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle tıbbi müdahale tanımına uygun olarak yerine getirilen beslenme, tedavi amaçlı tıbbi faaliyettir.

6. Muayene ve teşhisine yönelik araştırma, tedavi ve beslenme, hükümlünün sağlığı ve hayatı için tehlike teşkil etmemek şartıyla uygulanır.

III. MUAYENE VE TEDAVİNİN REDDİ

A. Muayene ve Tedavinin Reddi Halinde Yapılacak İşlemler

Bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde isteklerine bakılmaksızın kurumda, olarak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır (CGTİHK m. 82/3).

Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur (CGTİHK m. 82/4). Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır (CGTİHK m. 82/5).

CGTİHK'nın 82. maddesinin 3. fıkrasından çıkan anlam şudur:

1. Beslenmeyi reddettiği için hasta olanlar bu fıkra hükmü dışındadır. Çünkü maddenin ilk iki fıkrası herhangi bir nedenle beslenmeyi reddeden hükümlülere yapılacak muameleyi belirtmektedir. 3. fıkra "Yukarıda belirtilen haller dışında ..." diye başlamakta, yani beslenmenin reddi dışındaki bir nedenle sağlığı bozulanlar kastedilmektedir.

2. Hükümlünün her türlü hastalığında değil, sadece ciddi veya hayati tehlike teşkil eden hastalığı halinde isteğine bakılmaksızın muayene ve tedavisi mümkündür.

3. Hayati tehlike teşkil edecek derecede veya ciddi şekilde hastalığı olanların ceza infaz kurumunda, kurumun medikal olarak elverişli yeri bulunmaması halinde Sağlık Bakanlığı ve Çalışma Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşlarında tedavileri yapılabilir.

4. Sağlık durumu ciddi şekilde bozulmayan bir hükümlü, kurumda veya sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmaz. Bu konuda hastanın izni şarttır.

5. Tedaviyi reddeden hükümlünün sağlık durumunun ciddi şekilde bozulup bozulmadığına veya hayati tehlike altına girip girmediğine ceza infaz kurumu hekimi karar verir.

B. Zorla Tıbbi Müdahalenin Onur Kırıcı Olmaması

Beslenmeyi reddedenlere, beslenmeyi reddettiği için veya başka nedenlerle sağlığı ciddi şekilde bozulanlara ya da beslenmeyi reddettiği için bilincini kaybedenlere tedavi amacıyla uygulanacak zorlayıcı tedbirlerin onur kırıcı olmaması yasal bir zorunluluktur. Kanun'un 82/son fıkrasında belirtilen "onur kırıcı" kavramı yoruma muhtaçtır. Hükümlünün iradesine rağmen zora dayalı tedavinin onur kırıcı hali

nasıl olur? Diğer bir ifadeyle onur kırıcı olmayan zorla tedavi ne şekilde yapılacaktır? Buradaki onur, “*insan onuru*”dur ve bu nedenle “*onur*” kavramını açıklamak gerekir.

Her şeyden önce onur kavramı, insan hakları ve özgürlükleriyle karıştırılmamalıdır. İnsan onurunun neyi ifade ettiği, insan haklarıyla ilişkisi, hukuk biliminin ve felsefenin konusu olmuştur. Onur kavramına yüklenen anlam, insanı kavrayışla doğrudan bağlantılıdır.⁴⁸ Kelime anlamıyla onur; insanın kendisine karşı duyduğu saygı, öz saygı, haysiyet, izzeti nefis; başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, gurur ve şeref anlamına gelir.⁴⁹

İnsanın onuru derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yeri anlaşılır. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünü ve onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünler olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar “*insanın değerini*” ya da “*onurunu*” oluşturur.⁵⁰ İnsanın irdelenmesi halinde bütün hakların insan onuruna dayandığı görülür. İnsan onuru tüm hakların temelidir;⁵¹ eşiti ya da benzeri değildir. Çünkü hak ve özgürlük kavramı “*onur*” kavramından tamamen farklıdır.

İnsan onuru kavramını ilk olarak 1789 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin birinci maddesinde yer almıştır. Orada tüm insanların özgür, onurda ve haklarda eşit olarak doğdukları yazılıdır. Somut bir durum değil de bir dilek olarak belirtilmiş olsa bile temel insan haklarının tümü buna dayanır.

Aynı kavram Anayasa'da da yer almaktadır. Anayasa'nın 18. maddesinde; “*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*”, denilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, insan onurundan “*insan haysiyeti*” olarak söz edilerek; “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelelere kimse tabi tutulamaz*” denilmektedir.

Her ne kadar, bu kavramın içeriği net olarak tanımlanmamışsa da, buna, her toplumda, sistemde ve dönemde değişik anlamlar yüklemek

⁴⁸ Öndül, Hüsnü, *İnsan Onuru*, www.ihd.org.tr/ 2002

⁴⁹ *Türkçe Sözlük*, s. 1111.

⁵⁰ KUÇURADİ, Ioanna, “Felsefe ve İnsan Hakları”, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara, 1996, s. 49.

⁵¹ Sütlaş, Mustafa, *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, Çiviyazıları, İstanbul, 2000, s. 34.

olasıdır. Gerek ilahi, gerek laik, gerek ateist metinlerde çok değişik içerikler ve anlamlar yüklendiği görülecektir. Örneğin; ateist metinlerde genellikle ampirik olarak temellendirilmiştir. İlahi metinlerde ise tanrının bir yansıması olarak görünür. Laik metinlerde “*insan düşünen bir varlıktır*” saptamasından kaynaklanan düşünce özgürlüğü temelinde bir dokunulmazlığa sahip olduğu görülür.⁵²

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (1945) başlangıç bölümünde insan onuru kavramı, resmi çeviride şöyle geçer “... *İnsanın ana haklarına, şahsın haysiyet ve değerine, erkek ve kadınlar için olduğu gibi büyük ve küçük milletler için de hak eşitliğine olan imanımızı yeniden ilan etmeğe*”.⁵³ Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri de, insan haklarının “*insan kişinin özündeki onurdan türediği*”ni belirtmektedir.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin Başlangıç kısmında “*İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve bunların eşit ve devredilmez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlüğün, adaletin ve barışın temeli olduğuna, ... Birleşmiş Milletler halklarının Şartta, temel insan haklarına, insanın onur ve değerine ve erkek ve kadınların eşit haklarına olan inançlarını yeniden teyit ettiklerine ve daha geniş özgürlük içerisinde sosyal ilerlemeyi geliştirmek, daha iyi yaşama standartlarını oluşturmak hususlarında karar vermiş bulduklarına göre Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, bu Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ni, ilan eder*” demektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, hiç kimsenin işkenceye, gayri insani yahut haysiyet (onur) kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmektedir.

Uluslararası belgelerden başka, her siyasi rejim zımnen belli bir insan onuru anlayışını yansıtır. Bununla beraber, insan hakları ve insan onuru tamamen farklı kavramlardır. İnsan onuru anlayışları, sosyal ve siyasal yönleri bakımından, insan kişiliğinin iç (ahlaki) doğası ve değeri hakkında olduğu kadar, kişinin toplumla olması gereken (siyasi) ilişkileri hakkında da belli anlayışları ifade ederler. Oysa insan hakları, tersine, her bir kişinin sırf bir insan olmak itibarıyla sahip olduğu (devlete karşı güçlü iddialara dayanak oluşturan donanımlar anlamında) eşit ve vazgeçilmez haklardır. İnsan hakları, insan onuruna ilişkin ayırt edici bir esaslı anlayışı gerçekleştirmeyi amaçlayan özgül bir toplumsal

⁵² Sütlaş, s. 34-35.

⁵³ Öndül, 2002.

pratiktir. İnsan onuru anlayışları toplumdan topluma esaslı farklılıklar göstermekte olup, bu farkların çoğu insan haklarının altında yatan eşitlik ve özerklik değerleriyle bağdaşmamaktadır. Çoğu rejimler ve bunların arkasındaki insan onuruna ilişkin toplumsal anlayışlar, insan hakları düşünce ve uygulamasını zorunlu olarak tahrip edicidir.⁵⁴

Kişi açısından onur, bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili kavram olup⁵⁵ kişinin o ana dek kendi imgesine uygun davranmanın, kendi imgesine uygun yaşamının bilince ve böyle yaşamaktan dolayı kendine layık gördüğü belirli bir muamele beklentisidir. Böylece “onur” denilen şey, kişinin kendi imgesine uygun düşmesi sonucu kendine biçtiği değer olmaktadır.⁵⁶

Onur, çok değerli kılınmış bir şeyin özelliğidir, insan onuru insanın hakkı olan şeyleri alması sonucu ortaya çıkabilir. Ancak insanın da bu haklara layık olduğunu göstermesi gerekir. Bu da, insanın bu haklara sahip olmaktan ötürü övünmemesi, tam tersine, bu onur durumuna erişmiş olmaktan ötürü müteşekkir olması gerekir. Bu ise, onurun insanın son bir aşaması olarak tek başına olmadığı, tamamlayıcı bir koşulla birlikte bulunduğu anlamına gelir.

Böbürlenmenin tam karşıtı olan başarı konusunda gösterişsizlik (modesty) tevazu göstermenin (humbleness) veya alçakgönüllülüğün (humility) bir uç noktası olduğundan, onurun tamamlayıcı koşulu alçakgönüllülüktür. İnsanın durumuna onurdan dolayı hiçbir zaman zarar gelmez, yeter ki insanın kendisi bu alçakgönüllülüğü göstere. Oysa çok farklı bir durum olan aşağılanma (humiliation) insan olma durumuna zarar getirir. Çünkü bir kişinin aşağılanması, o kişinin dışında olan bir çevrenin ona bazı hakları tanımaması sonucunda ortaya çıkar ki bu, insan olma durumuna zarar verir. Aynı şey ama karşıt açıdan dile getirilirse, insanın durumu onurdan ötürü hiçbir şekilde yücelmez; belki bu, olumsuz anlamda bir yücelme olur; yani o kişinin özel bir şekilde onurlandırılmasıyla, şunu veya bunu yapmayı kendine “yakıştırmaması”, onun yapay bir şekilde yüceltildiği anlamına gelir, öte yandan, belirli bir şekilde onurlandırılan ve bundan dolayı daha çok alçakgönüllülük

⁵⁴ Donnelly - Howard, “İnsan Onuru, İnsan Hakları ve Siyasi Rejimler”, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, TFKY, Ankara, 1996, s. 74-75.

⁵⁵ Sütlaş, s. 36.

⁵⁶ Kuçuradi, s. 162.

gösteren bir insan, genel saygınlığa layıktır. Çünkü bütün insanlar eşittir ve eğer bir kişi, onu diğer insanların yapay bir şekilde üstüne çıkararak bir şeye sahip olursa, elde ettiği şeyin bedelini reddetmeyi kabul ederek, diğer insanlarla eşit kalabilir. Yine aynı şekilde aşağılanma sonucu bir insan yapay bir şekilde diğer insanlardan aşağı görülüyorsa, bu eşitsizlik ancak uygun bir karşılıkla ortadan kaldırılarak, o kişinin diğer insanlarla eşit olması sağlanabilir.⁵⁷

İnsan hakları ile rejimlere göre değişen insan onuru anlayışları arasındaki ilişkilerin incelenmesinde, bizim buradaki tahlilimiz büyük ölçüde, ideal tiplerin “gerçekliğin belirli unsurlarının mantiki bütünlüğü olan bir anlayış içinde inşası”,⁵⁸ özellikle insan kişiliği ile onun toplum ve devlete karşı ödevleri ve ondan taleplerine ilişkin ideal tip anlayışların kullanılmasına dayanmaktadır.

⁵⁷ Mercier, Andre, “İnsan Haklarının Temelleri”, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, TFKY, Ankara, 1996, s. 15.

⁵⁸ Weber, Max, From Max Weber, *Essays in Sociology*. Edited by Hans Heinrich Gerth and C. Wright Mills. Oxford University Press: 1996, New York, 1946, s. 59.

VERGİ DAVALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Serkan AĞAR*

*“Cevizin kabuğunu kırıp özünü görmeyen,
cevizin hepsini kabuk sanır.”
Gazalî*

I. GİRİŞ

Öncelikle ifade etmek gerekirse, bu çalışmada “vergi davası” kavramı, çözümünde vergi yargısının¹ görevli olduğu uyuşmazlıkları gösterir biçimde kullanılmıştır. Vergi davalarının kuramsal niteliği belirlenmeye çalışılırken, öncelikle, Türk idari yargı kodunu oluşturan “2575 sayılı Danıştay Kanunu”, “2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun” ile “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun” dikkate alınmalıdır; ancak, bu çaba içerisinde “213 sayılı Vergi Usul Kanunu” da sayılan yasal düzenlemeler ile birlikte değerlendirilmelidir.

2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlar ile “vergi davası” kavramı, idari dava türleri içinde açıkça belirlenemeyen bir konuma yerleştirilmiştir.^{2,3} Bu nedenle mevzuat hükümleri, vergi davasının kuramsal niteliği konusunda, öğretici ve yargı kararlarının katkısına büyük ölçüde gereksinim duyar.

* Avukat, A. Ü. Vergi Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

¹ Vergi yargısı, bu özel görevli yargı koluna ait organların kuruluş ve işleyişleri ile uygulanacak usul kurallarının bir bütünüdür.

² 1982 Anayasası m. 125/4 ile 2577 sayılı Kanun m. 2/2'nin, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilmesini yasaklayan hükmü karşısında, vergi uyuşmazlığında yargıcın vereceği kararın niteliğinin belirlenmesi önem kazanır; vergi mahkemesi yargıcı, yalnız dava konusu işlemi iptal ederek işin esasına giremez mi, yoksa iptalle birlikte davanın esası hakkında da karar verebilir mi? Bu soruna, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca değinilecektir, bkz., infra.

³ 2577 sayılı Kanun m. 2'de, vergi davasına idari dava türleri içerisinde yer verilmemiştir. 2576 sayılı Kanun m. 13/b'de, eski yasalarda yer alan “vergi ihtilafı” ifadesinin “vergi davası” anlamını taşıyacağı belirtilmiş ve 2577 sayılı Kanun m. 3/1-d, 7/2-b, 17/1, 27/3, 37'de, “vergi davası” için farklı bir yargılama yöntemi öngörülmüştür.

Öğretide, vergi uyuşmazlıklarının idari dava türlerinden hangisini karşıladığı ya da tamamen kendine özgü bir dava türü mü olduğu tartışmasının, idari dava türleri arasında kesin ve doğru bir ayırım bulunmaması gerekçesi ile pratikte bir yararının bulunmadığı savunulmuş⁴ olsa bile, kanımızca, bu çaba, dikkate değer kuramsal ve pratik sonuçları beraberinde getirerek hukuk düzenimizde vergi uyuşmazlıklarının karmaşık bir nitelik arz ettiğine ilişkin genel kanıyı ortadan kaldırmaya yardımcı olabilir.

Vergi davasının, idari dava türlerinden iptal davası ve tam yargı davasının tek başlarına kimi özelliklerini dışarıda bırakmayı göze almadan karşılayamayacakları nitelikte bir dava olması⁵ ve vergi davasının ayırt edici özelliğinin, çözdüğü uyuşmazlığın niteliği yönünden iptal davasının, yargıcın yetkileri açısından ise tam yargı davasının unsurlarını bünyesinde barındırması çalışmanın kuramsal çerçevesini belirler niteliktedir.⁶

Bu çalışmada, öncelikle, idari dava türlerine değinilecek, ardından vergi davasının idari dava türleri karşısındaki konumunun saptanmasına çalışılarak sonuçta davanın konusu/özü bakımından bir nitelemede bulunulacaktır.

II. İDARİ DAVALAR

A. Genel Olarak

İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri değişik biçimlerde ortaya çıktığından, bunların yarattığı hukuka aykırı durumu gidermeyi sağlayacak dava türleri de buna göre farklı özellikler gösterir.⁷ İdari

⁴ Duran, L., "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü", *AİD*, C. 21, S. 1, s. 71-72.

⁵ Turmangil, C., "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", *AÜHF Dergisi*, C. XXXIX, S. 1-4, 1982-1987, s. 155.

⁶ Yükümlü, vergi davası açarken hem iptal hem de tam yargı davasına ilişkin istemlerde bulunarak, ilkin idarenin öznel vergilendirme işleminin, kanunun düzenlediği yükümlülük statüsüne (objektif hukuka) aykırı olduğu gerekçesi ile iptalini; ikinci olarak da, vergi mahkemesi yargıcının tam yargı yargıcının yetkilerini kullanarak yükümlü ile devlet arasındaki borç ilişkisinin durumunun objektif yükümlülük statüsüne göre belirlenmesini, yani ibra edilmesini, vergi borcunun azaltılmasını vb. isteyebilir, *ibid*, s. 155.

⁷ Kumrulu, A., *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri, İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik (Vergi Yargılama)*, Ankara, 1989, s. 118-119.

yargıda davalara, genel olarak, “*idari dava*” denir;⁸ bu tür davalar, idarenin idare hukukuna dayanarak yaptığı işlem ve eylemlerden doğan davalardır.⁹

İkili ayırım¹⁰ esas alındığında idari davaların, “*objektif davalar*” ile “*sübjektif davalar*”dan oluştuğu kabul edilir.^{11, 12} Hukuk kuralının ya da nesnel hukuksal durumların ihlaline dayanan idari davalar “*objektif*”, öznel bir hukuksal durumun ihlaline dayanan davalar ise “*sübjektif*” dava kümesi içinde yer alır.¹³ Objektif davalar; iptal davaları, temyiz davaları¹⁴ ile idari ceza davalarını,¹⁵ sübjektif davalar ise, sözleşmeden doğan davalar ile tam yargı davalarını kapsar.¹⁶

Objektif dava kümesi içinde kabul edilen “*iptal davası*” ile sübjektif mahiyetteki “*tam yargı davası*” arasındaki asıl ayırım, bu noktadan kay-

⁸ Fransa’da idari davalar; iptal davası, tam yargı davası, yorum davası ve idari ceza davası olmak üzere dörde ayrılır, Vedel, G. - Delvolvé, P., *Droit Administratif*, C. II, Paris, 1992, s. 51-61, nak. Gözler, K., *İdare Hukuku*, C. II, Bursa, 2003, s. 176.

⁹ İdarenin özel hukuk alanındaki etkinliklerinden doğan davalar ile idare hukukundan doğmakla birlikte yasa ile açıkça medeni yargının görevli sayıldığı davalar idari dava kavramının dışında kalır.

¹⁰ Klasik ayırım, ikili ayırımın aksine, iptal davaları, tam yargı davaları, yorum davaları ile ceza davalarından oluşan dördümlü bir idari dava kategorisi öngörür.

¹¹ Gözübüyük, A. Ş. - Tan, T., *İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku*, C. 2, Ankara, 1999, s. 257; Eroğlu, H., *İdare Hukuku, Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 4. Bası, Ankara, 1984, s. 387.

¹² 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 96 ile yürürlükten kaldırılan 521 sayılı Danıştay Kanunu’nda “iptal davası”, “tam yargı davası”, “yorum davası” ve “temyiz davası” adı altında dört idari dava türü benimsenmişti. 2577 sayılı Kanun’da iptal davası ile tam yargı davasına yine yer verilmiş, yorum davası kaldırılmış, temyiz davası ise temyiz yoluna dönüştürülmüştür, Gözübüyük, Tan, op. cit., s. 258.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Temyiz davaları, ilk derece mahkemesinde açılan davanın niteliğine göre sınıflandırılmaktadır; ilk derece mahkemesinde açılan dava iptal davası ise temyiz davası objektif dava kümesi içinde, eğer tazminat davası ise sübjektif dava kümesi içinde yer almaktadır.

¹⁵ İdari ceza davası, idarenin ceza verme yetkisinin kullanımından doğan uyuşmazlıklardan oluşur, Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul, 1966, s. 1774. Fransa’da, kamu malına yapılan tecavüz üzerine idare tarafından para cezası verilmesi üzerine açılan davalar, ceza davası sayılmıştır, Eroğlu, op. cit., s. 440.

¹⁶ Yorum davası, adli yargıda görülmekte olan bir davada, bu dava ile ilgili idari bir kararın anlamı ve kapsamının belirlenmesi konusunda çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için mahkemenin ön mesele (meselei müstehire) kararı üzerine idari yargıda açılan davadır. Kabul ettiğimiz ikili ayırım çerçevesinde yorum davaları, işlemin niteliğine göre objektif ya da sübjektif olabilir; örneğin, bir yönetmeliğin yorumlanmasında objektif, bir sözleşmenin yorumlanmasında ise sübjektif nitelik ağır basar.

naklanmakla birlikte, her iki idari dava türünün işlevi bakımından ortak bir yön bulunur; anılan idari dava türlerinin asıl işlevi, idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak bağlamında hukuka aykırılıkları gidermektir.¹⁷ Tam yargı davası ile giderilmek istenen hukuka aykırılık bireyin sübjektif haklarını daha yakından ilgilendirir; bu anlamda tam yargı davaları sübjektif öge taşımakla birlikte sübjektif işlemlere yönelik iptal davaları ile objektif hukuka uygunluk amacı yerine getirilmek istenir.¹⁸

İptal ve tam yargı davalarının özelliklerine değinmeden önce, geleneksel anlamda dava türlerinden söz etmek çalışmanın açılımı bakımından yararlı olacaktır.

B. Geleneksel Anlamda Dava Türleri

Geleneksel ayrıma göre davalar çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılabilir; ancak bu ölçütlerden en önemlisi davaların mahkemeden istenilen hukuki korunmaya göre sınıflandırılmasıdır.¹⁹ Bu ölçüte göre davalar, eda (edim) davaları, tespit davaları ve inşai (yenilik doğuran) davalar olmak üzere üçe ayrılarak incelenir.²⁰

Eda (edim) davasında davacı, davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye ya da bir işi yapmamaya mahkum edilmesini ister.²¹ Eda (edim) davasının mahkemece kabulü durumunda verilen hüküm, davanın dayandığı hakkın ya da hukuki ilişkinin var olduğunun tespiti ile davacının istediği edanın yerine getirilmesi konusunda davalıya yöneltmiş bir emri içerir. Medeni yargıda görülen davaların büyük bir bölümü eda (edim) davası niteliğini taşır.²²

¹⁷ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 119.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Bu ölçütün yanı sıra, dava konusu hakkın niteliğini, dava konusu edilen malı, dava konusunun aynı hak veya zilyetlik olmasını ya da istem sonucunun niceliğini temel alan çeşitli ölçütler kullanılır.

²⁰ Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *Medeni Usul Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, 2000, s. 322-333.

²¹ Tam yargı davaları, ilgililerin sübjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan her türlü ihlalin giderilmesini amaçlamaları nedeniyle edim davalarına benzemekle birlikte, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması olan temel amaç itibarıyla özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan edim davalarından farklılık göstermektedirler, Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 123.

²² "(...) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da, kural olarak, eda (edim) davaları göz önünde bulundurulurken hazırlanmıştır.", Kuru - Arslan - Yılmaz, op. cit., s. 324.

Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanmasına yönelik davalardır.^{23,24} Tespit davası, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir; ancak kimi tespit davalarını düzenleyen özel hükümler vardır. Tespit davasında, yalnız tespit hükmü verilir; bu tespit hükmü kesin hüküm (1086 sayılı Kanun m. 237) ve kesin delil teşkil eder.²⁵

İnşai (yenilik doğuran) davalar ise, davacının, var olan bir hukuki durumun değiştirilmesi, kaldırılması ya da yeni bir hukuki durumun yaratılması istemini içeren davalardır.²⁶ İnşai (yenilik doğuran) davalar, kural olarak, kanunun açıkça öngördüğü durumlarda açılabilir, bu durumlar ise, genellikle maddi hukuk tarafından belirlenir. İnşai (yenilik doğuran) davalarda, hukuksal durumun değiştirilmesi konusunda karşı tarafın iradesini olumlu olarak açıklaması yetmez, bu hususun mahkemece ayrıca hüküm altına alınması gerekir.

Vergi yargısının, idari yargı kolunun içinde özel görevli yargı organı olarak bulunması, vergi davasının bu yargı kolunun dava ayrımı içindeki konumunun belirlenmesini zorunlu kılar.²⁷ Bu bakımdan, vergi davasının kuramsal niteliğinin sağlıklı bir biçimde saptanabilmesi için, iptal davası ile tam yargı davasının temel özelliklerinin incelenmesi ve bu çerçevede idari dava kuramı yönünden söz konusu ayrımın kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

²³ "Tespit davası, eda davasının öncüsü durumundadır. Henüz şartları tamam olmadığı için açılmayan eda davası için ilerideki hukuki ilişkinin belli edilmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir.", Yar. İBK, 07.07.1965, 1965/5-5, RG, 21.07.1965, 12054.

²⁴ Bir hukuki ilişkinin var olduğu için açılan davaya "müspet (olumlu) tespit davası", davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açılan davaya da "menfi (olumsuz) tespit davası" adı verilmektedir.

²⁵ İptal davasında bir işlemin yokluğuna karar verildiğinde, söz konusu hüküm bir tespit niteliği taşır; iptal davası reddedildiğinde ise ret kararı ile dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu tespit edilmiş olur.

²⁶ İptal davasında, dava konusu işlemin hukuka aykırı olması nedeniyle verilen iptal kararı, inşai sonuç doğurmaktadır; iptal kararı ile kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem geriye etkili olarak hukuken ortadan kaldırılmaktadır, öyle ise iptal kararı bu etkisi itibarıyla yeni bir hukuki durum yaratmaktadır, bunun sonucunda ise iptal davası inşai dava niteliğini kazanmaktadır; Kumru, Vergi Yargılama, s. 120. "İnşai sonuç, Danıştay'ın iptal kararıyla doğmakta, idarenin bu karar doğrultusunda daha sonra yapacağı işlemler ise inşai nitelik taşımamaktadır.", Önen, E., *İnşai Davası*, Ankara, 1981, s. 162.

²⁷ Akkaya, M., "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", *AÜHF Dergisi*, C. 46, S. 1-4, Ankara, 1997, s. 195.

C. İdari Yargılamada Dava Türleri

1. İptal Davası

İptal davası, hukuka aykırı bir idari işlemin, idari yargı organları tarafından iptal edilerek ortadan kaldırılmasını sağlayan bir dava türüdür.²⁸ Bir başka deyişle, iptal davası, idare tarafından tesis edilen icrai bir karardan kişisel, hukuka uygun ve güncel bir menfaati etkilenen kişinin, idari yargıya başvurarak bu idari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğelerinden biriyle hukuka aykırılığından ötürü iptalini istemesidir.²⁹

İptal davasında, kişinin ihlal edilen hakkını tazmin ve telafi etmek yönünden bir amacı yoktur; zira iptal davası, kamu düzeni yönü öne çıkan³⁰ ve hukuk devletinin garantisi olan bir davadır.³¹ İdari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi yasada açıkça belirtilmemiş olsa bile genel bir hak olan iptal davası yolu açıktır.³² İdari işlemlere karşı iptal davası yolunu kapatan bir kanun hükmü, "(...) herhangi bir hukuk metnine dayanmamış (sans texte) olsa bile, her türlü idari işleme karşı açılan ve hukukun genel ilkelerine göre hukuk düzenine riayeti sağlamak amacıyla sahip olan iptal davasını ortadan kaldırmaz";³³ zira, iptal davasının varlığı hukukun genel ilkelerinin bir sonucu³⁴ ve iptal davasının genellik niteliğinin bir göstergesidir.³⁵

Yukarıda da belirtildiği üzere, iptal davası, tümüyle idare hukukuna özgü bir dava türü olmak üzere, idari işlemin hukuka aykırılığı dolayısıyla iptalini, bir başka deyişle, 1982 Anayasası m. 125/1-c.1

²⁸ "İptal davası, umumî, afakî ve tanzimî mahiyette muayyen bir idari karar aleyhine bu karardan menfaati haleldar olan bir kimsenin bu kararın salâhiyet, şekil, esas ve maksat cihetlerinden kanuna mugayereti hasebiyle iptal talebiyle açılan bir davadır", Danıştay 5. Dairesi'nin 04.03.1941 günlü kararındaki "Müddeiumumi mütalâası", DKM, S. 17, s. 60, nak. Derbil, S., *İdare Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 1959, s. 179.

²⁹ Sarıca, R., *İdari Kaza, C. I, İdari Davalar*, İstanbul, 1949, s. 10.

³⁰ Chapus, R., *Droit du Contentieux Administratif*, Paris, 1990, s. 131, nak. Sezginer, M., *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara, 2000, s. 18.

³¹ Vedel, G. - Delvolvé, P., *Droit Administratif*, C. II, Paris, 1992, s. 241; nak. *ibid.*

³² Vedel, Delvolvé, C. II, op. cit., s. 240, nak. *ibid.*

³³ CE, 17 Fév. 1950, Dame Lamotte, Rec. s. 110, nak. Sezginer, op. cit., s. 18.

³⁴ Jeanneau, Le Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative, Paris, 1954, s. 69, nak. *ibid.*, s. 19.

³⁵ *Ibid.*

uyarınca³⁶ idarenin hukuka aykırı işlemlerini tüm sonuçları ile ortadan kaldırmayı amaçlayan ve bu bakımdan “objektif dava” olarak nitelenen bir davadır.³⁷

2577 sayılı Kanun m. 2/1-a’da iptal davası; “idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı³⁸ olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan dava” biçiminde tanımlanmıştır. Genel/düzenleyici işlemlerin yanı sıra bireysel işlemler de iptal davasına konu olabilir; ancak davaya konu edilen işlemin kesin ve yürütülebilir bir nitelik taşıması gerekir (2577 sayılı Kanun m. 14/3-d).

İptal davası bakımından “menfaat” koşulu, davacı sıfatı ile ehliyet yönünden yeterlidir. Davacı ile iptali istenen işlem arasındaki ilgiyi ifade eden “menfaat” kavramı, davacı bakımından kişisel, meşru ve güncel bir özellik arz etmelidir.³⁹ İptal davası ile, gerçekte, davacının menfaatinin korunması değil, kamu yararının himayesi söz konusudur; zira, hukuk devletinde, idarenin, işlemlerinde daima hukuka uygun davranmasında tüm toplum fertleri bakımından yarar vardır.⁴⁰ Bu nedendir ki, iptal davası sonucunda (genel nitelikte)⁴¹ bir idari işlemin

³⁶ 1982 Anayasası m. 125/1-c. 1: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”

³⁷ Akyürek, A., “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru”, *DD*, S. 81, s. 29; Azrak, A. Ü., “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, *Onar Armağanı*, İstanbul, 1977, s. 146 vd.; Gökalp, A. S., “İptal Davaları”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara, 1968, s. 443.

³⁸ 2577 sayılı Kanun, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 521 sayılı Danıştay Kanunu’ndan farklı olarak, “kanuna aykırı” ifadesi yerine “hukuka aykırı” ifadesini tercih etmiştir.

³⁹ “Hak ile menfaat arasında fark vardır. Hak, ferdin haiz olduğu bir kudrettir. Yani hak sahibinin başkalarından bir şey talep edebilmek kudretidir. Hak hukuken himaye edilir, dava ile teyit olunur ve korunur. Hak sahibi zorla hakkına başkalarını riayet ve hürmet ettirebilir. Halbuki, alelade menfaat, şahsa tanınmış bir kudret değildir. Bir şahıs, alelade menfaatine dayanarak başkalarından bir şey talep edebilmek kudretinde değildir. Alelade menfaat, dava hakkı ile teyit olunmamakta ve himaye edilmemektedir. Bir menfaat sahibi, zorla menfaatine riayet ve hürmet ettiremez.”, Sarıca, op. cit., s. 29-30.

⁴⁰ Sarıca, R., *Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Ankara, s. 18-19, nak. Eroğlu, op. cit., s. 394.

⁴¹ İptal kararının sonuçlarının herkes için geçerli olması (erga omnes) ilkesi, iptal edilen işlemin birel ya da genel işlem olmasına göre farklıdır; iptal kararının üçüncü kişiyi etkileyebilmesi için iptal edilen kararın genel nitelikte bir işlem olması gerekir, Gökalp, op. cit., s. 443.

iptaline karar verilmesi, sadece davanın tarafları için değil, herkes için geçerli (erga omnes) olur.⁴²

2. Tam Yargı Davası⁴³

Tam yargı davası, kişilerin, bir idari eylem ya da işlemle subjektif haklarının ihlal edilmesi nedeniyle hak ihlalinin ve ortaya çıkan zararın giderilmesini sağlamaya yönelik olarak açtıkları bir idari dava türüdür; ancak, iptal davaları gibi idare hukukuna özgü değildir. Tam yargı davaları, medeni yargının görevine giren tazminat davalarına benzer.⁴⁴ İşte bu özelliği gereği olsa gerek, tam yargı davaları, kural olarak, idareye bir hareket şekli göster(e)mez ve yükle(ye)mez.⁴⁵

2577 sayılı Kanun m. 5/1-b' de, "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar" biçiminde tanımlanan tam yargı davası, sadece ilgilinin zararının hesaplanması uğraşı değil, idarenin hukuk kurallarına bağlı olmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım aracıdır; bu araç, ne kadar hızlı ve etkin işlerse, hukukun üstünlüğünü reddeden idari makamların tutum ve davranışları yaptırımla karşılaşılabileceği gibi, önceden uyarıcı, caydırıcı sonuçlar da yaratır.⁴⁶

Tam yargı davaları, hem idari işlemlere hem de idari eylemlere karşı açılabilir; idari işlemlere karşı doğrudan doğruya tam yargı davası açılabilir halde, idari eylemlere karşı açılacak davalar bakımından idareye başvurma koşulunun (ön-karar) yerine getirilmesi gerekir.⁴⁷ Buna göre,

⁴² Azrak, op. cit., s. 44; Uler, Y., *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara, 1970, s. 44.

⁴³ İdarenin hukuki sorumluluğu perspektifinden tam yargı davaları ile ilgili olarak bkz., Özgüldür, S., "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", *Günüşünde Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 709-801.

⁴⁴ AY Mah., K. 1964/19, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S. 2, s. 88-95.

⁴⁵ Telli, S. T., "İdari Yargıda Kesin Hüküm", *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler III*, Ankara, 1980, s. 126.

⁴⁶ Güran, S., "Türk İdare Hukukunda Tam Yargı Davalarının Hedefi ve İşlevi", *Yargı*, S. 10, Ağustos, 1979, s. 22.

⁴⁷ 2577 sayılı Kanun m. 13: "1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin

idari eylemlerden dolayı hakları ihlal edilmiş olanlar, tam yargı davası açmadan önce, söz konusu idari eylemleri öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeli ve bu taleplerinin kısmen ya da tamamen reddi durumunda bu konudaki idari işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış günlük zımni ret süresinde⁴⁸ yanıt verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içerisinde dava açmalıdırlar.⁴⁹

İlgililer, haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla idari yargı organlarına doğrudan doğruya tam yargı davası açabilecekleri gibi iptal ve tam yargı davasını birlikte de açabilirler ya da ilk önce iptal davası açıp bu davanın karara bağlanmasının ardından bu konudaki kararın veya kanun yollarına başvurulmuşsa verilecek kararın tebliğinden itibaren dava süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.⁵⁰

İptal davasının konusu idari işlemler olduğu halde, tam yargı davasında konu idari eylem ya da işlemde doğan zarardır ve tam yargı davasında kişisel yarar ağırlıktadır,⁵¹ ancak, her iki idari dava türünün

bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir. 2. Görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.”

⁴⁸ 2577 sayılı Kanun m. 10/2: “Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay’a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.”

⁴⁹ 2577 sayılı Kanun m. 7/1’e göre bu süre, Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz gündür.

⁵⁰ 2577 sayılı Kanun m. 12: “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay’a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11’inci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.”

⁵¹ Tam yargı davası ile hakkın ihlali ile ortaya çıkan zararın tazmin ve telafisi talep edilir.

de nihai amacının idarenin hukuka uygunluğunu sağlamak olduğu gözden irak tutulmamalı ve genel yarar unsurunun her iki davada da bulunduğu unutulmamalıdır.

Tam yargı davalarında amaçlanan hakkın tamiridir; bir başka deyişle, bu tür davalarda yargıç, hem zararı doğuran eylemleri ve hem de bundan çıkabilecek hukuksal sonuçları belirler. İptal davalarında iptal nedenlerinin sınırlandırılmasına karşın tam yargı davasına bakan yargıç, idarenin sorumluluğunu belirlemede çeşitli ölçütler kullanır.⁵²

Tam yargı davalarının başlıca çeşitleri, tazminat davaları ve istirdat (geri alma) davalarıdır.⁵³ İdarenin mali sorumluluğuna dayanan tazminat davaları, genellikle idarenin vermiş olduğu zararın giderilmesi için açılan davalardır; istirdat (geri alma) davaları ise, haklı bir neden olmaksızın idarenin malvarlığına geçmiş olan malın ya da paranın geri alınmasını sağlamak için açılan davalardır.⁵⁴

İptal davasında verilen kararın aynı durumda bulunan tüm bireyleri ilgilendirmesine karşın tam yargı davasının sonucu sadece davacıya özgülenir. İptal davasında idari yargı organı hukuki uyuşmazlığı çözdüğü halde tam yargı davasında hukuki uyuşmazlığı çözmekle kalmaz, zarar doğurucu eylemleri ve maddi olayları da inceledikten sonra ihlalin giderilmesi yolunda hüküm tesis eder; hukuki sorumluluğun yaptırımı olan tam yargı davasının amacı, idari faaliyetler nedeni ile bozulan mali dengenin düzeltilmesidir.⁵⁵

İptal davasında idare, taraf olarak gösterilmekle birlikte, bu, görünüşte bir davalı sıfatıdır. Gerçekte yargılanan idare değil, idarenin dışında objektif bir gerçeklik taşıyan ve iptal istemine konu yapılan "işlem" dir. Oysa, tam yargı davalarında, kendisinden bir edimde bulunulması istenen idare, bu kez, gerçek bir davalı sıfatını taşır.⁵⁶

İdari davalara ilişkin olarak çizilmeye çalışılan bu genel çerçeveye ek olarak, yargılama usulüne ilişkin kurallar bakımından tam yargı

⁵² Eroğlu, op. cit., s. 431.

⁵³ Gözübüyük, Tan, op. cit., s. 612.

⁵⁴ Örneğin, fazla ödenen bir verginin geri alınması için açılan dava gibi, bkz., *Dan. DDGK*, 07/11/1952, 1951/285-284, DKD, S. 34, s. 208 vd.

⁵⁵ Başpınar, R., "Tam Yargı Davaları", *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, 2. Bası, Ankara, 1986, s. 482.

⁵⁶ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 125.

davaları ile iptal davaları arasında önemli bir fark bulunmadığını anımsatmakta yarar vardır; ancak, yine de idari yargı organları tam yargı davasında “*kişisel hak*”, iptal davasında ise “*menfaat*” koşulunun varlığını araştırmak zorundadır.^{57, 58}

İdari yargının en temel işlevi/amacı, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasıdır. Hukuka uygunluğun sağlanması suretiyle kamu yararının gerçekleştirilmesi biçiminde formüle edilebilecek olan temel ve ortak işlev/amaç dikkate alındığında, iptal davası ve tam yargı davası ayırımına gitmek bir anlamda önemini yitirir.^{59, 60}

III. VERGİ DAVALARI

A. Kapsam

1. Genel Olarak

Hukukumuzda, tüm idari eylem ve işlemleri kapsayan genel nitelikte bir idari usul kanunu yoktur; ancak, tipik birer idari işlem niteliğinde olan vergilendirme işlemlerinde vergi idaresinin uyması gereken usul kurallarını içeren özel bir idari usul yasası olarak “*213 sayılı Vergi Usul Kanunu*” bulunur. Böylece, ülkemizde, idare hukukuna özgü, genel bir usul kodu bulunmamasına karşın, vergi hukuku tümüyle kodlaştırılmış bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkar.⁶¹

2576 sayılı Kanun m. 6 muvacehesinde vergi davalarının konusunu, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harç-

⁵⁷ Menfaat ihlalinin iptal davasına konu edilebilmesi için menfaatin kişisel, meşru (hukuken himaye görebilmesi) ve aktüel (güncel) olması gerekmektedir

⁵⁸ “(...) iptal davasına konu olan işlemin davacıyı etkilemesi, yani davacının kişisel menfaatini ihlal etmesi, işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkinin olması gerekmektedir.”, Dan. 10. D., 21/05/1990, 1990/1213-1115, DD, S. 81, s. 257-358. “Vergi davaları için, özel bir yargılama usulü kuralı getiren 213 sayılı Kanun m. 377'nin dava açmaya yetkili olanları açıkça belirlemesi karşısında, sayılan kişilerin genel yargılama usulü kuralı olan 2577 sayılı Kanun m. 2'ye göre menfaatlerinin ihlal edilip edilmediği araştırılmaz (...) (bunun) araştırılması, özel hüküm bulunan bir durumda genel hükmün uygulanamayacağı ilkesinin ihlali olur.”, Akkaya, op. cit., s. 196-198.

⁵⁹ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 128.

⁶⁰ “(...) bu iki dava türü, sadece yargı görevi ifasında pratik zaruretten doğmuştur.”, Özyörük, M., *İdari Yargı Ders Notları (Çoğaltma)*, Ankara, 1977, s. 235, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 128.

⁶¹ Akkaya, op. cit., s. 192-193.

larla benzeri mali yükümlülükler ve bunlara ilişkin zam ve cezalar ile tarifeler dolayısıyla ortaya çıkacak uyuşmazlıklarla sayılan hususlarda 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar oluşturur.

Vergi mahkemelerinin görev alanını belirleyen 2576 sayılı Kanun m. 6, 3410 sayılı Kanun⁶² ile değiştirilmeden önce, vergi mahkemelerinin genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunlara ilişkin zam ve cezalar ile tarife uyuşmazlıklarını, 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları ve diğer kanunlarla verilen işlere bakacağını hüküm altına almıştı. Bu şekilde, 213 sayılı Kanun kapsamına giren vergi, resim ve harçlar ile gümrük vergileri ve yerel yönetimlerin gelirleri bakımından tarh, tahakkuk ve tahsil aşamalarında doğan uyuşmazlıklar vergi davasının konusunu oluşturmakta ve bu hali ile vergi davası, sayılan gelirlerin hem aslını hem de bunlara ilişkin ceza ve zamları kapsamakta idi. 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıklar⁶³, anılan maddenin ilk şekline göre vergi mahkemesinin görev alanına girmekte, dolayısıyla vergi davasına konu olmaktaydı.⁶⁴

6183 sayılı Kanun, kapsam itibarıyla, 213 sayılı Kanun'dan daha geniştir; vergi ve benzerlerinin yanı sıra her türlü kamu alacağının tahsil aşamasını düzenler.⁶⁵ 3410 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten sonra 2576 sayılı Kanun m. 6, 6183 sayılı Kanun uygulanması bakımından sadece, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar bakımından vergi mahkemelerini görevlendirmiş ve böylece vergi davasının konusunun belirlenmesinde yaşanan kimi duraksamalar⁶⁶ giderilmiştir.

⁶² RG, 02.03.1988, 19742.

⁶³ Bu uyuşmazlıklara örnek olarak, tahsil aşamasına ilişkin ödeme emrine karşı açılan davalar ile haciz, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk gibi işlemlerden doğan davalar gösterilebilir.

⁶⁴ 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen istirdat ve iptal davaları, adli yargının görev alanı içerisindedir.

⁶⁵ 6183 sayılı Kanun, devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza soruşturması ve takiplerine ait yargılama giderleri, vergi cezası, para cezası gibi birincil, gecikme zammı, faiz gibi ikincil kamu alacakları ve adı geçen idarelerin sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğanlar dışında kalan ve kamu hizmetleri uygulamasına ilişkin olan diğer alacakları ile bunların takip giderleri hakkında uygulanmaktadır.

⁶⁶ Önceki düzenleme, vergi, resim, harç gibi kamu gelirleri dışında geniş anlamı ile tüm kamu alacaklarının vergi davasına konu olup olmayacağı tartışmasının yaşanmasına

Özetle, vergi davasının konusu ve kapsamı, vergi yargısının görev alanına giren vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin tahsil aşamasındaki uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmıştır. Bu bakımdan, “*vergi davası*” ifadesi, ikmalen, re’sen, idarece tarh edilen ya da bir başka şekilde ek tahakkuk konusu yapılan vergilerle bunlara ait ceza, faiz ve zamlara karşı açılan davaları gösterir. Vergilendirme sürecinde sayılanlar dışında pek çok durumda vergi davası ile karşılaşılabilir; bu kapsamdaki vergi davaları, aşağıda “*Özel Durumlar*” başlığı altında incelenecektir.

2. Özel Durumlar

Vergi uyuşmazlığının niteliği, kimi zaman, yukarıda çizilen genel çerçevenin dışında gerçekleşen özel durumlara vücut verebilir. Örneğin; “*takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalar*”, “*vergi ve cezadaki hataların şikayet yoluyla düzeltilmesi isteminin reddi üzerine açılan davalar*”, “*uzlaşma komisyonlarının uzlaşma başvurusunu yetkisizlik veya süreaşımı nedeniyle reddetmesi üzerine açılan davalar*” ile “*uzlaşmanın vaki olmaması ya da temin edilememesi üzerine açılacak davalar*” gibi kimi uyuşmazlıklar “*özel durumlar*” başlığı altında incelenmeyi gerektirir.⁶⁷

a. Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılan Davalar

Türk vergi uygulamasında, vergi idaresinin re’sen yapacağı tarhiyatın dayanağını oluşturan takdir komisyonu kararlarına karşı vergi davası yoluna, ancak, bu kararın vergi idaresince re’sen vergi tarhı biçiminde bir idari işlem durumuna getirilmesi ile gidilebilir. Kimi durumlarda ise, takdir komisyonu kararına karşı doğrudan vergi davası açılması olanaklıdır. Bu durumlar, şu şekilde sayılabilir:

- 213 sayılı Kanun mük. m. 49 gereğince⁶⁸ arsa ve araziye ait asgari ölçüde birim değer ve bina metrekare normal inşaat maliyet bedelleri

neden olmuştu. Böyle bir sonucun kabul edilmesi durumunda, idari yargıda genel görevli idare mahkemeleri ile özel görevli vergi mahkemelerinin görev alanlarının belirlenmesi oldukça zorlaşmakta idi.

⁶⁷ Vergilendirme sürecinde, sayılanlar dışında pek çok durumda vergi davası açılması olanaklı görünse de, çalışmanın hacmi, bu davaların tümünü saymayı engeller. Bu bakımdan, burada, istisna niteliğindeki belli başlı vergi davası türlerine değinilecektir.

⁶⁸ 213 sayılı Kanun mük. m. 49: “a) Maliye ve Bayındırlık ve İskan Bakanlıkları 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu’nun 29. maddesi hükmü ile aynı Kanun’un 31. maddesi uyarınca hazırlanan tüzük hükümlerine göre bina metrekare normal inşaat maliyet

takdirlerine karşı belli kuruluşlar ve vergi daireleri tarafından açılan davalar,

- 213 sayılı Kanun m. 267' de öngörülen⁶⁹ emsal bedeli takdirlerine karşı vergi daireleri ile yükümlüler tarafından açılan davalar.

Sayılan durumlarda, vergi mahkemesi, istem konusunun en üst sınırı ile bağlı olmak kaydıyla yeni bir değer belirler; bir başka deyişle, bu hallerde “*tadilen tasdik kararı*” verilir. Bu nedenle, takdir komisyonu kararlarına karşı açılan vergi davaları, kural olarak, ikmalen tarh işlemine karşı açılan davalardan bir farklılık göstermez.⁷⁰

bedellerini, uygulanacağı yıldan dört ay önce müştereken tespit ve Resmî Gazete ile ilan eder. Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği bu bedellere karşı Resmî Gazete ile ilanını izleyen on beş gün içinde Danıştay’da dava açabilir. b) Takdir komisyonlarının arsalar ve araziye ait asgari ölçüde birim değer tespitine ilişkin dört yılda bir yapacakları takdirler, tarh ve tahakkuk işleminin (Emlak Vergisi Kanunu’nun 33. maddesinin (8) numaralı fıkrasına göre yapılacak takdirler dahil) yapılacağı sürenin başlangıcından en az altı ay önce karara bağlanarak, arsalarla ait olanlar takdirin ilgili bulunduğu il ve ilçe merkezlerindeki ticaret odalarına, ziraat odalarına ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları ile belediyelere, araziye ait olanlar il merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarına ve belediyelere imza karşılığında verilir (...) Büyükşehir belediyesi bulunan illerde takdir komisyonu kararları, (...) merkez komisyonuna imza karşılığında verilir. Merkez komisyonu kendilerine tebliğ edilen kararları on beş gün içinde inceler ve inceleme sonucu belirlenen değerleri ilgili takdir komisyonuna geri gönderir (...) Takdir komisyonlarının bu kararlarına karşı kendilerine karar tebliğ edilen daire, kurum, teşekküller ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları on beş gün içinde ilgili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilirler. Vergi mahkemelerince verilecek kararlar aleyhine on beş gün içinde Danıştay’a başvurulabilir (...) c) Yukarıdaki fıkralara göre, Danıştay ve vergi mahkemelerinde dava açılması halinde, davalının on beş gün içinde vereceği tek savunma ile dosya tekemmül etmiş sayılır. Danıştay ve vergi mahkemelerince bu davalar, dosyanın tekemmül ettiği tarihten itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır.”

⁶⁹ 213 sayılı Kanun m. 267: “Emsal bedeli, gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tespit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değerdir. Emsal bedeli sıra ile, aşağıdaki esaslara göre tayin olunur (...) Üçüncü sıra (Takdir Esası): Yukarıda yazılı esaslara göre belli edilemeyen emsal bedelleri ilgililerin müracaatı üzerine takdir komisyonunca takdir yolu ile belli edilir (...) Takdir edilen bedellere mükelleflerin vergi mahkemesinde dava açma hakkı mahfuzdur. Ancak, dava açılması verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmaz (...) Yukarıdaki esaslarla mukayyet olmaksızın kaza mercilerinin re’sen biçtikleri değerler ile zirai kazanç ölçülerini tespit eden kararnamelerde yer alan unsurlar emsal bedeli yerine geçer.”

⁷⁰ Özbacı, Y., *Vergi Davaları*, Ankara, Ağustos, 2004, s. 68.

b. Vergi ve Cezadaki Hataların Şikayet Yoluyla Düzeltilmesi İsteminin Reddi Üzerine Açılan Davalar

Vergiler bakımından 213 sayılı Kanun m. 117 (hesap hataları)⁷¹ ve m. 118 (vergilendirme hataları),⁷² vergi cezaları ile ilgili olarak da 213 sayılı Kanun m. 375’de sayılan bir hatanın varlığı durumunda, yükümlü, ilgili vergi dairesinden hatalı işlemin düzeltilmesi isteminde bulunur. Düzeltme istemi, otuz günlük dava açma süresi içinde yapıldığında vergi idaresinin ret yanıtı üzerine vergi davası açılabilir; ancak, dava açma süresinin geçmesinden sonra yapılan düzeltme başvurularının reddi üzerine önce şikayet yolu ile Maliye Bakanlığı’na, ret yanıtı alınması üzerine de bu ret işlemine karşı vergi davası açılacaktır.

c. Uzlaşma Komisyonlarının Uzlaşma Başvurusunu Yetkisizlik veya Süreaşımı Nedeniyle Reddetmesi Üzerine Açılan Davalar

213 sayılı Kanun Ek m. 7,1 hükmüne göre, vergi yükümlüsü veya ceza muhatabı, uzlaşma isteminde bulunduğu vergi ve ceza hakkında, ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava yoluna başvurabilir. Yine, 213 sayılı Kanun Ek m. 7,3 hükmüne göre, uzlaşmanın vaki olması durumunda yükümlü, uzlaşılan vergi ve cezaya (bunlardan biri üzerinde uzlaşılrsa bile her ikisine), adına sadece ceza kesilmiş bulunan ceza muhatabı ise uzlaşılan cezaya karşı dava açamaz. Yükümlü ya da ceza muhatabı aynı vergi ve/veya ceza için uzlaşma isteminden önce dava açmışsa dava,

⁷¹ 213 sayılı Kanun m. 117: “Hesap hataları şunlardır: 1. Matrah hataları: Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, tekalif cetveli ve kararlarda matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş veya hesaplanmış olmasıdır. 2. Vergi miktarında hatalar: Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların yapılmamış veya yanlış yapılmış olması birinci bentte yazılı vesikalarda verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olmasıdır. 3. Verginin mükerrer olması: Aynı Vergi Kanunu’nun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır.”

⁷² 213 sayılı Kanun m. 118: “Vergilendirme hataları şunlardır: 1. Mükellefin şahsında hata: Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır; 2. Mükellefiyette hata: Açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasıdır; 3. Mevzuda hata: Açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır; 4. Vergilendirme veya muafiyet döneminde hata: Aranılan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibarıyla eksik veya fazla hesaplanmış olmasıdır.”

⁷³ RG, 03.02.1999, 23600.

vergi mahkemelerinde uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce incelenmez; incelenip karara bağlansa bile hükümsüz sayılır.

Kimi zaman uzlaşma başvurusu, ön inceleme aşamasında reddedilir. Uzlaşma Yönetmeliği⁷³ m. 10 hükmüne göre ön inceleme, uzlaşma başvurusunun, Uzlaşma Yönetmeliği m. 7 çerçevesinde şekil (yazılı olarak yükümlü tarafından bizzat ya da resmi vekaletnameye sahip vekili ya da yasal temsilcisi tarafından yapılması) koşuluna uygun olarak otuz günlük süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı ve uzlaşma komisyonunun yetkisi bakımından incelenmesidir. Uzlaşma Yönetmeliği m. 7'ye uygun olarak yapılmadığı saptanan ya da yapıldığı komisyonun yetkisine girmediği görülen⁷⁴ uzlaşma başvurusu, esası incelenmeksizin reddedilir.

İdari işlemler kuramı bakımından ön incelemede verilen uzlaşma başvurusunun reddine ilişkin kararlar “tek yanlı, kesin ve yürütülebilir” niteliktedir ve dolayısıyla vergi davasına konu edilebilirler.⁷⁵ Danıştay’ın içtihadı da bu yöndedir.⁷⁶

⁷⁴ Uzlaşma başvurusunun ön inceleme aşamasındaki reddi gerekçelerine örnek olarak; uzlaşma başvurusunun vergi yükümlüsü tarafından bizzat, vekili ya da yasal temsilcisi tarafından yapılmaması, vergi yükümlüsünün yasal temsilcisi gibi hareket eden kişinin bu niteliğinin usulüne uygun biçimde belgelendirilememesi, uzlaşma başvurusunun otuz günlük yasal başvuru süresi geçirildikten sonra yapılması ya da otuz günlük süresi içerisinde yetkisiz uzlaşma komisyonuna yahut idari makama yapılan başvurunun bu süre geçtikten sonra intikal ettirilmesi ve bu nedenle başvuru süresinin geçmiş bulunması, uzlaşma başvurusunun adi postayla yapılması nedeni ile komisyonun kayıtlarına otuz günlük süre dolduktan sonra geçmesi, uzlaşmanın konu, yer ve miktar itibarıyla komisyonun yetkisine girmemesi ya da üzerinde uzlaşılacak istenen vergi ve cezasının (ya da her ikisinin) tarh yöntemi ve ceza türü bakımından uzlaşmanın konusuna girmemesi gösterilebilir, Candan, T., *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma (Uzlaşma)*, Ankara, Ocak, 2001, s. 282.

⁷⁵ Ret kararı yürürlükte kaldığı sürece yeniden uzlaşma başvurusunda bulunulamaz; ancak, 30 günlük süresi içerisinde olmak kaydı ile uzlaşma başvurusunun; vergi yükümlüsü tarafından bizzat yapılmadığı gerekçesi ile reddi durumunda, vergi yükümlüsü tarafından bizzat ya da resmi vekaletnameye sahip vekili ya da yasal temsilcisi aracılığıyla vekilin, vergi yükümlüsünün resmi vekaletnamesine sahip olmadığından bahisle reddi durumunda, resmi vekaletname ile tayin edilecek vekil aracılığıyla veya bizzat ilgili tarafından ya da yasal temsilcisi vasıtasıyla, yasal temsilci niteliğinin belgelendirilmemiş olunması nedeni ile reddi durumunda, bu durum belgelendirilerek, uzlaşma komisyonunun konu, yer ve miktar itibarıyla yetkisi dışında bulunması nedeni ile reddedilmiş bulunması durumunda, konu, yer ve miktar itibarıyla yetkili uzlaşma komisyonuna başvuru suretiyle yeniden uzlaşma başvurusunda bulunulabilir, Candan, *Uzlaşma*, s. 285-286.

⁷⁶ Bkz., Dan. 3. D., 21/05/1986, 1986/1079-1373; Dan. 4. D., 22/02/1990, E. 1987/3627, K. 1990/660; Dan. 9. D., 15/10/1985, 1985/1674-795; Dan. 4. D., 24/06/1996, 1996/842-2765, nak. *ibid.*, s. 284.

Ret kararının dava açma hakkı üzerinde birtakım etkileri bulunur: Ret kararının ilgiliye tebliği tarihinde, “uzlaşma başvurusu ve vergi davası açma süreleri henüz dolmamış ise”, ilgili, kararda dayanılan aykırılığın giderilmesi olanaklı ise bu aykırılığı gidererek yeniden uzlaşma başvurusunda bulunma ya da tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezasını vergi davasına konu etme bakımından seçimlik hakka sahiptir. Ret kararının ilgiliye tebliği tarihinde “hem uzlaşma başvurusunda bulunma hem de vergi davası açma süresi dolmuş ise”, ilgilinin, ne uzlaşma başvurusunu yenileme ne de bu başvuruya konu ettiği vergi ve vergi cezasına karşı vergi mahkemesinde dava açma olanağı vardır. Uzlaşma görüşmeleri yapıлып uzlaşmanın vaki olmaması ya da temin edilmemiş sayılması durumu da ortaya çıkmadığından 213 sayılı Kanun Ek m. 7’de öngörülen on beş günlük ek dava açma süresinin kullanılması da olanaklı değildir; ancak, bu durumda bile ilgili, verilen ret kararının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğelerinden biri ya da birkaçı bakımından hukuka aykırı olduğu iddiası ile genel görevli “idare mahkemesinde” dava açabilir.⁷⁷

d. Uzlaşmanın Vaki Olmaması ya da Temin Edilememesi Üzerine Açılacak Davalar

Türk vergi uygulamasında, uzlaşma başvurusunda bulunan uzlaşma komisyonunun çağrısına uymayarak toplantıya haklı bir neden olmaksızın gelmezse, çağrıya uyararak toplantıya gelmesine karşın düzenlenen tutanağı imzalamazsa ya da tutanağı “ihtirazi kayıtle” imzalamak isterse, uzlaşma temin edilememiş sayılır. Uzlaşmanın vaki olmaması ise, “uzlaşmaya varılamaması” anlamına gelir ve “komisyon teklifinin mükellefçe kabul edilmemesi” durumunu belirtir. Bu durumda komisyon nihai teklifini tutanağa geçirir. Tutanağın düzenlenmesi uzlaşma olanağının tamamen tükendiği anlamına gelmez. Buna göre, ilgili, isterse, “dava açma süresinin son gününe kadar” komisyonun nihai teklifini kabul edebilir. Bu durumda, kabule ilişkin dilekçenin vergi dairesine verildiği tarihte uzlaşma vaki olmuş sayılır.

Uzlaşmaya varılamaması durumunda yükümlü ya da ceza muhatabı, tarh olunan vergiye veya kesilen cezaya karşı, uzlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın kendilerine tebliğinden itibaren genel hükümler

⁷⁷ Ibid., s. 286-287.

daresinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilir.⁷⁸ Uzlaşma başvurusuna konu edilen vergi ve/veya vergi cezasına karşı daha önce dava açıldığı hallerde, uzlaşma başvurusunda bulunulması durumunda mahkemece yargılama durdurulur ve açılan dava uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasına kadar incelenmez. Uzlaşmaya varılamaması halinde durdurulan yargılamaya, vergi dairesinin işarı üzerine devam edilir.

Uzlaşmaya varılamaması dolayısıyla uzlaşma başvurusunda bulunana tanınan ek dava açma süresi 213 sayılı Kanun Ek m. 7, IV'te on beş gün olarak belirlenmiştir. Uzlaşmanın vaki olmadığına (temin edilememiş sayıldığına) dair tutanağın uzlaşma başvurusunda bulunana tebliğinden itibaren işleyecek olan ek dava açma süresinin varlığı, anılan tebliğin yapıldığı tarih itibarıyla genel dava açma süresinin bulunduğu duruma bakılarak belirlenir: Tebliğ tarihinde, otuz günlük vergi davası açma süresinin dolmasına on beş gün veya on beş günden fazla zaman varsa ek dava açma süresi işlemez. Dava, kalan süre içinde açılmalıdır. Tebliğ tarihinde otuz günlük vergi davası açma süresi dolmuş veya dolmasına on beş günden az bir zaman kalmışsa tebliğden itibaren ek on beş günlük süre içinde dava açılabilir.⁷⁹

Vergi davasının kapsamını bu şekilde belirledikten sonra, yargılama usulünden de kısaca söz etmek yararlı olacaktır.

B. Yargılama Usulü

Öncelikle ifade etmek gerekirse, 2577 sayılı Kanun ile 213 sayılı Kanun arasında belirli noktalarda uyumsuzluk bulunur; bunun temel nedeni, yargılama usulüne ilişkin kuralları içermesi gereken 2577 sayılı Kanun'da idari usule, özel bir idari usul yasası olan 213 sayılı Kanun'da ise yargılama usulüne ilişkin kuralların bulunmasıdır.⁸⁰

⁷⁸ "(...) Uzlaşma temin edilemediği takdirde bu hususun ilgiliye tebliğ olunacağı (213 sayılı Kanun Ek m. 5'te) belirtilmiştir. Bu bildirim uzlaşma isteminde bulunan kişinin hukukunu etkileyen idarenin tek yanlı ve icrai bir işlemi niteliğinde olduğundan iptal davasına konu yapılabilir.", Dan., 11. D., 07/04/1999, E. 1997/4611, K. 1999/1172, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 14/12/2005.

⁷⁹ Candan, *Uzlaşma*, s. 306-307.

⁸⁰ Akkaya, op. cit., s. 193; "Gerçekten ayrı bir usul kodu bulunmadığından, kural olarak, 2577 sayılı Kanun'da yer alan idari usul kuralları tüm idari işlemler için geçerlidir, ancak idari işlem niteliğinde olmalarına karşın, vergilendirme işlemlerine ilişkin usuller 213 sayılı Kanun'da düzenlenmediğinden, özel kural-genel kural ayrımı yapılmalı ve özel kural uygulanmalıdır. İdari süreçte uygulanacak kuralın saptanmasına

Vergi davası, 2577 sayılı Kanun m. 37’de öngörülen yetkili mahkemede açılır.⁸¹ Buna göre, vergi davasında yetkili mahkeme, uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren, zam ve cezaları kesen, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’na⁸² göre alınması gereken vergiler ile kanun gereğince şikayet yoluyla vergi düzeltme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren, 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasında ödeme emrini düzenleyen vergi dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir.

213 sayılı Kanun m. 378 ve 6183 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerine göre vergi davasında istemin konusu; işlemin iptali, tarhiyatın terkinini, tahsil edilmemiş vergilerde iade, haciz, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk işlemlerinin kaldırılmasına ilişkin olabilir;⁸³ ancak 213 sayılı Kanun m. 378/2’ye göre yükümlüler, vergi hataları dışında, kural olarak, kendi beyanlarına karşı dava açamazlar.⁸⁴

Vergi davalarında dava açma süresi, 2577 sayılı Kanun m. 7’de kural olarak⁸⁵ otuz gün olarak belirlenmiştir. 2577 sayılı Kanun m. 2/ b’ye göre bu süre, ilke olarak, tebliği izleyen günden itibaren başlasa

yönelik bu belirleme, yargısal süreç için de geçerlidir; 213 sayılı Kanun’da yer alan bir yargılama usulü kuralı, özel kural olması nedeniyle -salt vergi yargılaması ile sınırlı olarak- 2577 sayılı Kanun’daki yargılama usulü kuralından önce uygulanır”.

⁸¹ 2577 sayılı Kanun m. 3/1 muvacehesinde vergi davası da yazılı şekle tabidir ve bir dilekçe ile açılır. Dilekçelerin verileceği yerler, 2577 sayılı Kanun m. 4’de belirtilmiştir. Buna göre vergi davasına ilişkin dilekçeler, Danıştay ya da ilgili mahkeme başkanlığı veya bunlara gönderilmek üzere idare ve vergi mahkemesi başkanlıkları, bunların bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına verilebilmektedir.

⁸² RG, 04.11.1999, 23866.

⁸³ “(...) vergi mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi (gerekir) (...) vergi tarhından önce yönetimin bu işleme dayanak oluşturmak üzere yaptığı işlemler, tarh işleminden ayrılarak bağımsız olarak yönetsel davaya konu yapılabilecek nitelik taşıma(z)”, Dan. 4. D., 18/04/1988, E. 1986/2004, K. 1988/1564, DD, S. 72-73.

⁸⁴ Bu hükmün, vergi hatalarına karşı açılan davalar yanında bir diğer istisnası, 2577 sayılı Kanun m. 27/3’te kabul edildiği üzere, ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlere karşı dava yoluna başvurulabilmesidir.

⁸⁵ 6183 sayılı Kanun m. 15’e göre ihtiyati haciz uygulamalarına ve m. 58’e göre ödeme emirlerine karşı açılacak davalar bakımından dava açma süresi 7 gün, 213 sayılı Kanun m. 49/b’ye göre emlak vergisine ait bedel ve değerlerin tespiti dolayısıyla kendilerine takdir komisyonu kararı tebliğ edilen daire, kurum ve teşekküllerin yapılan tespitlere karşı dava açma süresi ise 15 gün olarak belirlenmiştir.

da, tahakkuku tahsile bağlı vergilerde tahsilatın, kesinti yoluyla alınan vergilerde hak sahibine ödemenin, tescile tabi vergilerde ise tescilin yapıldığı tarihi izleyen gün otuz günlük dava açma süresinin başlangıcı olarak kabul edilir; vergi idaresinin dava açması gereken konularda ise dava açma süresi, ilgili merci ve komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen gün başlar.

Vergi davasında kimlerin davacı olabileceği, 213 sayılı Kanun m. 377’de hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre, yükümlüler ve vergi cezası kesilenler davacı olabileceği gibi, vergi daireleri de tadilat ve takdir komisyonlarının kararlarına karşı dava açabilir. *“Vergi dairelerinin, vergi davası bakımından davacı sıfatını alabilmesi, idari yargıda, kural olarak, idarenin davalı olması kuralına istisna teşkil eder”*.⁸⁶

Vergi davası, açılması ile birlikte önemli etkiler yaratır; verginin tahakkuku karara göre dava sonuna ertelenmiş, dolayısıyla tahsil işlemleri durmuş olur.⁸⁷

2577 sayılı Kanun m. 31/2 uyarınca, 2577 sayılı Kanun m. 31/1 ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atıfta bulunulan haller⁸⁸ saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde 213 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.⁸⁹ Örneğin; 213 sayılı Kanun m. 3/B tanık ifadeleri

⁸⁶ Öncel, M., Kumrulu - A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ankara, 2005, s. 192.

⁸⁷ Tahsil aşamasında açılan davalar ile ihtirazi kayıtla verilen beyannamelere ilişkin davalarda tahsil durmamaktadır. Anılan durumlarda da tahsil işlemlerinin durmasını sağlamak için bunlar hakkında 2577 sayılı Kanun m. 27/3’e göre ayrıca yürütmenin durdurulması talebinde bulunmak gerekmektedir.

⁸⁸ Bunlar, hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri ve adli yardım halleridir.

⁸⁹ *“(İdari Yargılama Usulü) Kanunun(un) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Vergi Usul Kanunu hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili 31. maddesinin 2. fıkrasında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılan haller dışında vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Vergi Usul Kanunu’na yapılan bu göndermenin 377, 378 ve mükerrer 378. maddesiyle ilgili olduğu kuşkusuzdur.”*, Dan. VDDGK, 17/11/2000, 2000/316-371, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16/12/2005. *“İdari Yargılama Usulü Kanununda yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasap (...)’ın vergi mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenilmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar*

ile ilgili olarak “vergiyi doğurana olayla ilgisi açık ve tabii bulunmayan tanık ifadesi”nin⁹⁰ delil olarak kullanılmayacağını hükme bağlamıştır.⁹¹

Yükümlü tarafından açılan dava sonunda verilen hüküm, davanın kabulü yolunda ise, vergi dairesinin işlemi iptal edilerek tarhiyatın terkinini, ödenmiş verginin iadesi, haciz vb. işlemlerin kaldırılması yönünde hüküm verilir, vergi dairesince açılan dava kabul edildiğinde ise, takdir ve tadilat komisyonları tarafından yapılan değerlendirme geçerliliğini yitirir.⁹² Yükümlünün davasının reddedilmesi, tarh edilmiş verginin tahakkuk etmesi sonucunu doğurur ve taksit süresi geçmemiş olanlar bu süre içerisinde, 2577 sayılı Kanun m. 27/3 gereğince tahsili durdurulan vergilerden taksiti geçmiş olanlar ise, mahkeme kararına göre hesaplanan verginin ihbarname ile yükümlüye tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir (213 sayılı Kanun m. 112/3).

Vergi mahkemesi (ayrıca vergi uyuşmazlıkları ile ilgili olarak bölge idare mahkemeleri ve Danıştay) tarafından verilen karar yükümlü lehine ise, 2577 sayılı Kanun m. 28 gereğince bu kararın ilgili idarece uygulanması zorunludur; idarenin aksi davranışı tam yargı davasına

verilmesinde kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.”, Dan. 3. D., 24/12/1986, 1986/1201-2706, DD, S. 66-67, s. 187-191.

⁹⁰ “Olayla ilgisi açık ve tabii bulunmayan kişilerin verecekleri ifadeler tek başına ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı gibi genel kanaate ve varsayımlara dayalı olarak vergilendirme yapılması mümkün değildir.”, Dan. 4. D., 28/09/1990, E. 1988/1356, K. 1990/2491. “Vergi Usul Kanunu’nun 140 ve 141. maddesiyle; (...) tutanaklar, vergi incelemesinde delil olarak kullanılabilen ölçütler arasında yer almıştır (...) kurum yetkilisinin ifadesi tutanağa alınarak söz konusu tutanak ihtirazi kayıt konulmadan imzalanmış olup defter kayıtları ihticaca salih bulunmayan kurum adına temsilcinin anlatımını içeren tutanak delil kabul edilerek ve tamamen tutanaktaki ifadeler doğrultusunda matrah farkı hesaplanmasında yasaya aykırılık (yoktur).”, Dan. 3. D., 28/05/2003, E. 2000/2778, K. 2003/3288, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 14/12/2005.

⁹¹ Vergi idaresi ile yükümlüler arasında çıkan vergisel uyuşmazlıklarda iki tarafın kullanabileceği delillerin geçerliliği önem arz ettiğinden ve uyuşmazlık konusu olay ya da işlemin gerçek mahiyeti yemin dışında her tür delil ile ispatlanabildiğinden, yargılama aşamasında, vergilendirme sürecinde başvuru tanık ifadeleri değerlendirilebilmekte; ancak bu aşamada tanık doğrudan dinlenememektedir, “Davacının kayıtlarına intikal ettirdiği faturaları düzenleyen, dolayısıyla olayla ilgileri açık olan şahısların ifadelerinden, söz konusu faturaların gerçekte tüccardan alınan ürünler nedeniyle değil, doğrudan müstahsilden ürün alındığı halde stopaj vergi mükellefiyetinden kaçınmaya yönelik olarak düzenlendiği, yani içeriği itibarıyla yanıltıcı oldukları anlaşılmaktadır.”, Dan. 4. D., 17/10/1991, E. 1988/4717, K. 1991/3180.

⁹² Öncel - Kumrulu - Çağan, op. cit., s. 193.

neden olur. Vergi dairesi, 2577 sayılı Kanun m. 28/1 gereğince en geç otuz gün içerisinde işlem tesis etmelidir.

Bu noktada, tartışmalı bir konuya dikkat çekmekte yarar vardır; 2577 sayılı Kanun m. 28 ile 213 sayılı Kanun m. 112/4 birbiri ile çelişen hükümler içerir. Vergi mahkemesi, uyuşmazlık konusu verginin yükümlüden fazla veya yersiz olarak tahsil edildiğine ve iadesine karar verdiğinde, vergi dairesi söz konusu vergiyi 2577 sayılı Kanun m. 28/1 gereğince en geç otuz gün içinde iade etmeliyken, 213 sayılı Kanun m. 112/4’de bu süre üç ay olarak belirlenmiştir. Bu konuda hangi sürenin uygulanacağı bir sorun olarak görünse de, 2577 sayılı Kanun’a göre özel bir kanun niteliğinde olan 213 sayılı Kanun’un değinilen hükmüne riayet etmek gerekir. Ayrıca yine, 2577 sayılı Kanun m. 28/6’da tazminat ve vergi davalarında infazın gecikmesi nedeni ile kararın idareye tebliğinden itibaren yasal gecikme faizi hesaplanırken, 213 sayılı Kanun m. 112/4’te yasal gecikme faizi yerine 6183 sayılı Kanun’a göre tecil faizi uygulanması öngörülmüş ve söz konusu tecil faizinin yukarıda değinilen üç aylık sürenin sonundan düzeltme fişinin yükümlüye tebliğ edildiği tarihe kadar hesaplanacağı hükme bağlanmıştır.

C. Kuramsal Ayrım

Türk idare hukuku öğretisinde, vergi davasının, tam yargı davalarının türlerinden biri olarak sayılmasının yanı sıra, mevcut idari dava türleri arasında en kolay ve en uygun biçimde yerleştirilebileceği kategorinin iptal davası olduğunu savunanlar da vardır.⁹³ Bu görüşlerin yanında, vergi idaresinin faaliyetinin idari işlem ya da eylem biçiminde olup olmamasına göre vergi uyuşmazlıkları konularına göre ayrılarak, verginin tarhuna ilişkin işlemler hakkındaki uyuşmazlıkların iptal davası niteliği taşıdığı, tahakkuku tahsile bağlı vergilerle ilgili uyuşmazlıkların ise iptal davası ile birlikte tam yargı davasına da konu olabileceği savunulmuştur.⁹⁴

Öğretide, vergi davasının, temel nitelikleri itibariyle, tam yargı davası kategorisinde yer aldığı kabul edilmiş;⁹⁵ ancak, özü itibariyle tam

⁹³ Duran, op. cit., s. 71.

⁹⁴ Candan, T., “Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar (Vergi Uyuşmazlıkları)”, *DD*, S. 54-55, s. 38-39.

⁹⁵ Gözübüyük, A. Ş., *Yönetmelik Yargı*, 1996, s. 232; Derbil, op. cit., s. 194.

yargı davasından ziyade iptal davası niteliğine daha yakın durduğu da ileri sürülmüştür^{96, 97}

1. İptal Davası Görüşü

Vergi davasının, iptal davası niteliğinde olduğunu öne süren görüşe göre, vergi yargıç her durumda, idarenin, vergi kanunlarının belirlediği matrah ve oranlara uyup uymadığını inceler, bir başka deyişle, vergi davasında yargıç, iptal davasında yaptığı gibi objektif nitelikte bir araştırmaya girişir.⁹⁸ Bu görüşe göre, vergi davaları, kural olarak, iptal davası niteliği taşır;^{99,100} ancak belli durumlarda tam yargı davası niteliğine de bürünebilir. Bu durumda, iptal ve tam yargı davası birlikte açılabilmesi gibi, ayrı ayrı dava açma yoluna da gidilebilir; sonuçta, vergi davasının, ayrı bir dava türü sayılmayı gerektirecek kuramsal bir niteliği yoktur. Dolayısıyla, vergi davalarını, tümüyle idare hukukuna özgü bir dava türü olan iptal davası kategorisine dahil etmek gerekir.

Vergi davasının iptal davası olduğunun ileri sürülmesinde, davanın konusu önem arz eder; bu görüşe göre, *“vergi yargıcının önündeki sorun gerçekte, her şeyden önce bir vergilendirme işleminin vergide yasallığa aykırı olup olmadığının araştırılmasıdır (...) Vergi davasının iki unsur,, yükümlünün statüsü ve vergilendirme yetkisinin denetlenmesidir”*.¹⁰¹

Vergi davası, iptal davası ile tümüyle örtüşmez; vergi davasını diğer iptal davalarından ayıran nokta, vergi yargıcının, dava konusu yapılan işlemi sadece iptal etmekle yetinmemesi ve uyuşmazlığın esası

⁹⁶ Akkaya, op. cit., s. 195, Atar, Y., *Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Konya, 2004; Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 131;

⁹⁷ Vergilendirme alanında yürürlüğe konulan objektif düzenleyici işlemlere karşı açılan vergi davalarının iptal davası niteliğini taşıdığı kuşkusuzdur; tartışılmaya gereksinim duyan temel mesele, vergisel anlamda subjektif işlemlere karşı açılan vergi davalarının mahiyetinin ne olacağıdır.

⁹⁸ Turmangil, op. cit., s. 152.

⁹⁹ Alan, N., “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *DD*, S. 50-51, s. 34-39.

¹⁰⁰ Fransız öğretisinde, vergi davalarının iptal davası niteliği taşıdığına ilişkin ilk görüş, idare ve vergi hukukçusu L. Trotabas tarafından ileri sürülmüştür; Trotabas, vergi yargısının hukuki mahiyetini incelerken bunun genelde objektif yargı niteliğini taşıdığını, dolayısıyla vergi davalarında yasallık denetiminin geçerli olduğunu ileri sürmektedir, bkz., Trotabas, L., “La nature Juridique du Contentieux Fiscal en Droit Français”, *Mélanges Maurice Houriou, Recueil Sirey*, Paris, 1929, s. 709-762, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 144-145.

¹⁰¹ Trotabas, op. cit., s. 744, nak. *ibid.*, s. 145.

hakkında da hüküm kurmasıdır.¹⁰² Vergi davasına iptal davası niteliği atfedene göre vergi davası, özünde, objektif bir dava niteliğini taşır; ancak, usulde tam yargı davası gibi işlem görür.¹⁰³ Özetle, vergi davası, duruma göre tam yargı davalarındaki yargılama usulünün de geçerli olduğu bir iptal davası niteliği taşır; ancak, bu kabul, vergi davasının, kural olarak, iptal davası niteliği taşıdığı görüşünü zayıflatmaz.¹⁰⁴

Bu görüşü savunanlara göre, vergi uyuşmazlıklarının, idari dava türleri arasında en kolay ve uygun biçimde yerleştirilebileceği kategori iptal davasıdır; vergi uyuşmazlıkları, mutlaka idarenin aldığı bir kararın ilgilinin hak ve yararlarını zedelemiş olmasından kaynaklanır ve genellikle bunun hukuka ve mevzuata aykırılığı iddiasına dayanır.¹⁰⁵

Vergi idaresinin vergilemeye ilişkin eylemi, bir idari işlem¹⁰⁶ tesisi suretiyle olmuşsa açılacak dava, kural olarak, iptal davası niteliğini taşıyacak ve vergi mahkemesinin vereceği karar ya idari işlemin hukuka aykırı bulunarak iptali ya da davanın reddi yönünde olacaktır.¹⁰⁷

2577 sayılı Kanun m. 2/1-a' da idari işlemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak davaların iptal davası olarak nitelendirilmesi, vergi davasının iptal davası niteliğine gerekçe olarak gösterilir; ancak, bu noktada, sübjektif nitelikteki vergilendirme işleminin menfaat ihlali mi, yoksa hak ihlali mi yaratacağı konusunun tartışılması gerekir. Bilindiği gibi, 2577 sayılı Kanun m. 2/1-b' de tam yargı davalarının, idari eylem ve işlem den dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır; ancak, kişisel hak ihlali kavramı ile menfaat ihlali kavramı iç içe geçmiştir, daha doğru bir deyişle, içeriği menfaat olmayan bir sübjektif hakkın varlığından söz edilemez. Bu nedenle, vergi davası, ancak hazineye haksız transferler bakımından tam yargı davası niteliği gösterecek, bunun dışında iptal davası özelliğine

¹⁰² Trotabas, L. - Cotteret, J. M., *Droit Fiscal*, 3. éd., Dalloz, Paris, 1977, s. 300, nak. *ibid.*, s. 148.

¹⁰³ Trotabas, Cotteret, op. cit., s. 301, nak. *ibid.*, s. 148.

¹⁰⁴ "(...) yargılama usulü, (vergi davalarını) tam yargı davasına yaklaştırırsa dahi, bunlar nitelik itibarıyla objektif davalardır.", Gaudemet, P. M., *Finances Publiques*, Editions Montchrestien, Paris, 1975, s. 350-351, nak. *ibid.*, s. 150.

¹⁰⁵ Duran, op. cit., s. 71; Atar, op. cit., s. 168.

¹⁰⁶ Örneğin, verginin tarhuna ve tahakkukuna ilişkin işlemler ile ödeme emri çıkarılması, ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz uygulanması, vergi hatalarının düzeltilmesi taleplerinin reddi gibi işlemler.

¹⁰⁷ Uluatam, Ö. - Methibay, Y., *Vergi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2000, s. 242.

sahip olacaktır. Özetle, 2577 sayılı Kanun m. 2/1-a hükmü ile özellikle 2/1-b'de yer alan “*kişisel hakkın doğrudan muhtel olması*” unsuru, vergi davasına doğrudan tam yargı davası niteliği tanınmasına yol açmaz; aksine, vergi davasının iptal davası karakterini vurgular.¹⁰⁸

Vergi davasının iptal davası niteliğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğine başka bir örnek olarak “*yürütmenin durdurulması*” kurumu gösterilir; zira, yürütmenin durdurulması bir iptal davası kurumudur ve bu kurumu düzenleyen 2577 sayılı Kanun m. 27’de vergi davalarına da yer verilmiştir.¹⁰⁹

2. Tam Yargı Davası Görüşü

Bir idari işlemin iptali sonucunu doğuracak yargılama yetkisi, tam yargı davalarının bir çeşidi olarak görülen vergi davalarında olduğu gibi,¹¹⁰ özel bir yargıca verilebilir. Vergilendirme işlemine karşı iptal davası ile ulaşılabilecek bir sonucu elde etmek için vergi yargıcına başvurmak gerekir. Bir başka deyişle, vergi davaları bakımından genel görevli idare mahkemesi yargıcına başvurmak olanaklı değildir. Vergi davasında, iptal davası yargıcının yetkisin kapsamındaki bir konu, tam yargı davası yargıcı olarak nitelendirilen vergi yargıcının yetkisine girebilir.¹¹¹

Vergi davasının tam yargı davası niteliğinde olduğunu savunanlara göre, vergi davasında da, tam yargı davasında olduğu gibi, vergi yükümlüsü salınan bir verginin esasına ya da tutarına itiraz eder.¹¹² Vergi davasına tam yargı davası niteliğini atfeden görüşün temelinde, vergi davasının konusunun paraya ilişkin olması, bir başka deyişle, davanın özü itibarıyla bir sübjektif hakkı tartışma konusu yaptığı inancı yer alır.^{113, 114} Fransız idare hukuku öğretisinde de vergi davası, genel olarak, tam yargı davası sayılır.¹¹⁵

¹⁰⁸ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 203.

¹⁰⁹ Ancak, unutulmamalıdır ki, vergi davasının niteliğinin kaynağı mevzu hukuk değil, kuramsal yapıdır.

¹¹⁰ Gözübüyük, Tan, op. cit., s. 614.

¹¹¹ Sezginer, op. cit., s. 31.

¹¹² Onar, op. cit., C. III, s. 1771.

¹¹³ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 141.

¹¹⁴ “Her ne kadar, doktrinde vergi davalarının, idare hukukuna özgü tam yargı davaları içinde sayılması gerektiği yolunda görüşler var ise de, bu düşünce, daha doğru bir ifade ile böyle bir sınıflandırma, vergi davalarında rakamla ifade edilen bir miktarın söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Yoksa, vergi davalarında tam yargı

Vergi davasının, tam yargı davası olarak nitelenmesinde Fransız idare hukukçusu Duguit'in ikili ayrımı etkili olmuştur; Duguit, dava konusunun objektif hukuku ya da sübjektif hukuku ilgilendirmesine göre "objektif yargı-sübjektif yargı" ayrımı yapar, söz konusu bu ayrıma göre vergi davasında bir borç söz konusu olup salt bir sübjektif hukuk sorunu bulunur.¹¹⁶

Duguit'in görüşü eleştirilmiştir; yükümlü, verginin kaldırılmasını ya da indirilmesini isterken salt verginin matrahını ve oranını belirleyen objektif yasanın ihlal edildiğini ileri sürebilir, eğer yükümlü kişisel özelliklerine ilişkin sübjektif iddialar ileri sürerse, bu daima objektif yasanın koyduğu kurallara göre olacaktır.¹¹⁷

Vergi davasının, tam yargı davası niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre, vergi yargı, uyuşmazlık konusu vergilendirme işlemi iptal etmekle yetinmez, tam yargı davasında olduğu gibi işin esası hakkında da bir karar verir. İdarece haksız yere tahsil edilmiş verginin iadesine ilişkin olan vergi davaları yanında, vergi idaresi, bir idari eylem¹¹⁸ ile ilgilileri zarara uğratmışsa, bu zararların telafisi için açılacak davalar kuşkusuz tam yargı davası niteliğini taşır.

Bu görüşe göre, 2577 sayılı Kanun m. 3/d hükmünde vergi uyuşmazlıkları ile tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterilmesi zorunluluğunun yer alması, vergi davasının tam yargı davası niteliğinde olduğunu kanıtlayan en önemli pozitif

davalarının esas unsurlarından olan bir zararın giderilmesi ve ihlal edilen bir hakkın yerine getirilmesi bahis konusu olmamaktadır. Bu nedenle vergi davalarında, idare hukukunun tam yargı ile ilgili genel hükümlerini de uygulama olanağı bulunmamaktadır (...) verginin geri verilmesi isteğinin reddine ilişkin idari işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi, bu verginin, özel yasasında belirtilen usulde ret ve iadesinin gerektiği hususunu da beraberinde getirmektedir.", Dan. 7. D., 18/03/1983, E. 1982/2796, K. 1983/445, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 14/12/2005.

¹¹⁵ Debbasch - Ricci, *Contentieux Administratif*, 1985, s. 916; Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, 1996, s. 183, nak. Gözübüyük, Tan, op. cit., s. 614, d.n. 729. Ayrıca bkz. CE, 20 Juill 1971, CE, 29 Juin 1962, *Société Biscuiterie Azur*, Rec. s. 556, *Sociétés des Aciéries de Pompey*, Rec. s. 348, nak. Sezginer, op. cit., s. 31.

¹¹⁶ Duguit, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, 3^e éd., 1928, T. II, s. 458, nak. Turmangil, op. cit., s. 141.

¹¹⁷ Auby, J. M. - Drago, R., *Traité de contentieux administratif*, T. III, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1960, s. 1233, nak. *ibid.*, s. 144.

¹¹⁸ Örneğin, 6183 sayılı Kanun'a göre, haczedilen malları muhafaza etme görevindeki vergi dairelerinin, söz konusu bu görevlerini ihmal etmelerinden doğacak zararlar gibi.

hukuk düzenlemesidir. Ayrıca, 2577 sayılı Kanun m. 28/5, 213 sayılı Kanun m. 112/3, 6183 sayılı Kanun m. 58/V ile Harçlar Kanunu'na ekli 3 sayılı tarifede vergi miktarından söz edilmesinin, vergi davasının tam yargı davası niteliğini gösterdiği kabul edilir.

Vergi davalarının tam yargı davası olduğunu savunan görüşün pozitif hukuk dayanaklarından biri olan 2577 sayılı Kanun m. 28/5'e göre, "Vergi uyumsuzluklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir." Bu hüküm, "(...) vergi davasının, tarh edilen vergi ve kesilen cezanın miktarı konusunda da olabileceğini ve mahkemenin tarh edilen vergi ve kesilen ceza miktarını değiştirebileceğini göstermektedir".¹¹⁹ Aynı şekilde, 213 sayılı Kanun m. 112/3 hükmü, "Vergi mahkemesinde dava açma dolayısıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 3 numaralı fıkrası gereğince tahsili durdurulan vergilerden taksit süreleri geçmiş olanlar, vergi mahkemesi kararına göre hesaplanan vergiye ait ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir." biçimindedir. Her iki hüküm de, vergi mahkemesi kararına göre yükümlüden istenecek vergi ve cezanın ilk tarhiyattan farklı olabileceğini, bir başka deyişle, "tadilen tasdik kararı"¹²⁰ verilebileceğini göstermesi açısından önemlidir.

"Ödeme Emrine İtiraz"¹²¹ başlıklı 6183 sayılı Kanun m. 58'de ise, "(...) İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı %10 zamlı¹²² tahsil edilir (...) Borcun tamamına bu madde gereğince vaki itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir (...)" Anılan madde, ödeme emrine karşı açılan davalarda işlemin kısmen tasdik edilebileceğini ya da reddolunacağını gösterir. Yine, vergi yargısı harçlarını düzenleyen

¹¹⁹ Dan. VDDGK, 08.04.1988, E. 1987/35, K. 1988/25, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 195.

¹²⁰ Bkz., supra.

¹²¹ 2576 sayılı Kanun m. 13 uyarınca, vergi mahkemelerinin göreve başlamasıyla bu mahkemelerin görev alanına giren konularla ilgili olarak diğer kanunlarda yer alan itiraz komisyonu, vergiler temyiz komisyonu, gümrük hakem kurulu deyimleri "vergi mahkemesi"; vergi ihtilafı deyimi "vergi davası"; itiraz deyimi ise "vergi mahkemesinde dava açılması" anlamına gelir.

¹²² Kamu alacağına eklenen bu para, öğretide, "haksız çıkma zammı" olarak adlandırılır.

Harçlar Kanunu'na ekli 3 sayılı tarifede, nispi harçların, "Vergi mahkemesi ile bölge idare mahkemesi kararlarında; tarhiyata ve ceza kesme işlemlerine karşı mükellefin dava açması üzerine vergi mahkemesinin nihai kararları ile bölge idare mahkemesinin kararlarında, karar altına alınan uyuşmazlık konusu (...); Danıştay kararlarında; karar altına alınan uyuşmazlık konusu (...)" miktar üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, dava tarihinde uyuşmazlığa konu miktar ile karar altına miktarın farklılık taşıyabileceğidir.

2577 sayılı Kanun m. 28' de, vergi uyuşmazlıklarında istisnai olarak vergi mahkemesi tarafından incelenecek iki tam yargı davası düzenlenmiştir; bunlar, vergi mahkemesi kararlarını uygulamayan idare aleyhine açılacak tazminat davaları ile vergi dairesi tarafından kararın gereğinin yerine getirilmesinin geciktirilmesi nedeni ile yasal olarak öngörülen gecikme faizine ilişkin davalar olup, asıl (ilk) davaya bakan vergi mahkemesinde görülür.

Yukarıda, vergi davasının tam yargı davası olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşün pozitif hukuk dayanaklarına örnek olarak belirtilen tüm hükümler, aynı zamanda, vergi mahkemesinin hukukilik denetiminin sınırını aşarak, vergi davasına konu idari işlem ile ilgili yerindelik denetimi yapıp yapamayacağı sorusunu da akla getirir.

1982 Anayasası m. 125/4'te; "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez." hükmüne yer verilmiştir.¹²³ 1982 Anayasası'nın bu hükmüne, 2577 sayılı Kanun m. 2/2'de de aynen yer verilmiş, ancak anılan maddenin ikinci cümlesinde, anayasal hükme ek olarak, "İdari mahkemeler¹²⁴ yerindelik denetimi yapamazlar (...)" ifadesi de yer almıştır.¹²⁵

¹²³ Bu hüküm, anayasanın kabul ettiği kuvvetler ayrılığının bir yansımasıdır.

¹²⁴ "İdari mahkemeler" ifadesi, idare ve vergi mahkemelerinin ortak adı olarak kullanıldığı kadar, aynı zamanda, bölge idare mahkemesi ile Danıştay'ı da kapsar, Günday, M., *İdari Yargı Temel Kanunları*, 6. Baskı, Ankara, 2001, s. 62.

¹²⁵ "(Bu cümlede), idari yargı yetkisinin, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. İdari yargı yetkisinin sınırını oluşturan hukuka uygunluk denetimi, idarenin faaliyetlerinin (eylem ve işlemlerinin), 'hukuka uygunluk bloku'nda yer alan normlara (kurallara) uygunluğunun araştırılması suretiyle yapılan denetimdir.", Candan, T., *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İdari Yargılama)*, Ankara, Ekim, 2005, s. 227-228.

Bu hükümler karşısında, vergi mahkemelerince verilen “*tadilen takdir kararı*”nın niteliği tartışılmaya değerdir. Türk vergi hukuku öğretisinde bu konu ile ilgili olarak bugüne kadar ayrıntılı bir değerlendirme yapılmamış; ancak, sorunun varlığına işaret edilmiştir.¹²⁶ Bu konuda, çalışmanın hacmi izin verdiği ölçüde, kısa bir değerlendirmede bulunulacaktır.

Vergi yargısı organının, yerindelik denetimi yapıp yapamayacağı tartışılırken, öncelikle, dava konusu olayı vergi idaresinden farklı nitelendirip nitelendiremeyeceği¹²⁷ ve sebep ikamesi ile vergi idaresinin gösterdiğinden farklı bir gerekçe ile karar verip veremeyeceği¹²⁸ hususları irdelenmelidir.

2577 sayılı Kanun m. 20’de mahkemenin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliğinden yapacağı hükme bağlandığından, vergi mahkemesinin yapacağı araştırma, soruşturma ve bilirkişi incelemesi sonucu edindiği kanıya varırken kanuna aykırı gördüğü takdir komisyonu kararının iptali ile yetinmeyip daha da ileri giderek uyuşmazlığı çözmesi gerekir.

Vergi uyuşmazlıklarının, iptal ve tam yargı davalarına benzer yönleri bulunmakla beraber kendine özgü ilkeleri ve idari dava türlerine benzemeyen özellikleri vardır. Vergi uyuşmazlıklarının bu niteliği, maddi değerlerin saptanması göz önüne alındığında, vergi mahkemesinin yapacağı araştırma, soruşturma ve bilirkişi incelemesi sonucu edildi-

¹²⁶ Öncel - Kumrulu - Çağan, op. cit., s. 191.

¹²⁷ Tarh işleminin, menkul kıymet alım satımının devamlı, bir başka deyişle ticari bir organizasyonun doğmuş sayılmasını gerektirecek biçimde yapıldığı, bu nedenle ticari kazanç elde edilmiş olduğu gerekçesine dayandırıldığı bir durumda, vergi mahkemesi, olayın maddi koşulları itibarıyla ticari organizasyonun doğmuş olduğunun kabul edilemeyeceği; ancak, elde edilen kazancın 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun diğer kazanç ve iratlarla ilgili hükümlerine göre vergilendirilmesi gerektiği, sonuç olarak tarh işleminin yerinde olduğu, esasında diğer kazanç ve irat olarak vergileme ile ilgili yasal koşulların ve matrahı etkileyen unsurların bulunup bulunmadığını da bizzat belirleyerek karar verebilir, Özbacı, op. cit., s. 72.

¹²⁸ Örneğin; zayı olan bir mal hakkında il idare kurulundan hasar tespiti yapılmadığı gerekçesi ile yapılan bir tarh işleminde vergi mahkemesi, il idare kurulundan karar alınmasına gerek olmadığı, ancak bu hallerde 213 sayılı Kanun m. 287 uyarınca takdir komisyonu kararına ihtiyaç olacağı, bu hususta yükümlünün başvurusu ve dolayısıyla takdir kararı bulunmadığı gerekçesi ile tarh işlemini sonucu itibarıyla doğru bulmak suretiyle tasdik kararı verebilir. Bu örnekte, vergi mahkemesi, vergi idaresinin gösterdiğinden farklı bir gerekçe göstererek sebep ikamesinde bulunmuştur, *ibid.*

ği kanuya göre uyuşmazlığın çözümü hakkında verdiği kararın, vergi idaresinin yerine geçerek karar verme anlamına gelmeyeceği açıktır;¹²⁹ zira, idari rejimin ve dolayısıyla idari yargı yolunun kabulü ile, idari yargı yerlerinin idarenin takdir yetkisini kısıtlayıcı kararlar vermesi, katlanılması zorunlu bir sonuç olarak ortaya çıkar.¹³⁰

Uygulamada vergi mahkemeleri, takdir komisyonlarınca takdir edilen matrahlara karşı açılan davalarda, vergi idaresinin inceleme ile tespit ve mahkemeden talep ettiği miktar üzerinde matrah takdir etmemek koşulu ile matrahı kendisi belirleyebilir; Danıştay, vergi mahkemesince bu belirlemenin yapılmayıp yalnızca takdir komisyonu kararının iptal etmesini bozma nedeni saymıştır.¹³¹

Yine, adına salınan bir vergi ya da kesilen cezayı ihbarname ile öğrenen yükümlünün, bu vergi ve cezanın yasal dayanağının bulunmadığı ya da vergi idaresinin tarh ve ceza kesme işlemine esas aldığı dayanağın, yasal düzenlemelerle korunan haklarını ihlal ettiği iddiası ile açtığı dava, kural olarak, tam yargı davası niteliğini taşıdığından vergi mahkemesince karar verilirken, iptal davasında olduğu gibi vergi idaresinin yapması gereken işlemin gerçekte ne olduğunun gösterilmesi yeterli olmayıp, işlemde bir haksızlığın saptanması durumunda bunun giderilmesi için gereken ne ise ona da hükmedilmesi gerekir. Bir başka deyişle, böyle bir durumda vergi mahkemesi, yükümlü adına tesis edilecek tarh işlemine konu vergi ve cezasının türü ve miktarı hakkında da karar vermelidir. Vergi mahkemesi, yükümlünün talebini aşarak vergi idaresinin başta yapmadığı işlemi yapması yönünde bir karar

¹²⁹ Dan. VDDGK, 14/11/1986, 1986/16-18, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 16/12/2005.

¹³⁰ Alan, N., "Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi", *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara, 1982, s. 58.

¹³¹ Dan. 4. D., 24/04/1985, E. 1983/2799, K. 1985/1246, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12/12/2005. Bunun yanında Danıştay, tipik bir idari işlem olan tarh işleminin iptaline ilişkin davada vergi mahkemesinin yeni matrah farkı yaratarak tarh işlemini değiştirmesinde isabet görmemiştir: "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan (...) hükmü (...) işlemin değiştirilmesi, yeni bir işlem haline getirilmesi veya idarenin takdir yetkisinin kaldırılması yolunda karar verilmesi ve yargı yerinin idarenin yerine geçerek işlem tesis etmesi önlenmek istenilmiş olup, vergi mahkemesince tutanakta tenkit edilmeyen konularla ilgili yeni matrah farkı yaratılarak tarh işleminin değiştirilmesinde isabet görülmemiştir.", Dan. 3. D., 15/12/1989, 1989/1325-2825, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 12/12/2005.

alamayacağından, bu uygulama, vergi mahkemesinin idarenin yerine geçerek onun adına karar alması biçiminde yorumlanamaz.¹³²

3. Kendine Özgü Dava Görüşü

Vergi mahkemelerinin görevleri ve vergi uyuşmazlıklarının niteliği incelendiğinde, vergi uyuşmazlıklarının bir bölümünün tam yargı, bir bölümünün de iptal davası niteliğinde olduğu görülür. Egemen görüş, vergi davasının, kural olarak, tam yargı davası niteliğinde olduğu; ancak, kimi zaman tam yargı davasından ayrıldığı, dolayısıyla kendine özgü bir nitelik taşıdığıdır.¹³³ Vergi davasının kendine özgü bir dava olduğunu savunan görüşe göre, vergi davası, objektiflik ve yasallık öğeleri nedeniyle iptal davasının unsurlarını, yargıcın yetkilerinin genişliği nedeniyle de tam yargı davasının unsurlarını birlikte barındıran "karmaşık"¹³⁴ bir dava türüdür.¹³⁵

Bu görüşe göre, vergi yükümlüsünün vergi düzenlemeleri karşısındaki objektif durumu, yükümlü hakkında tesis edilen şart işlemle bireyselleştirilir. Vergi yargıcının önüne getirilen uyuşmazlığın niteliği, kural olarak, objektif hukuktan kaynaklanır, bu nedenle vergi davasında yargıç, yükümlünün durumunu soyutlayarak inceler ve sonuçta davayı objektif hukuka ilişkin bir yasallık denetimi biçiminde ele alır. Özetle, vergi davasında yükümlünün özel durumu ve haklarının korunması söz konusu olmaksızın, vergilendirme işleminin geçerliliği incelenir. Vergilendirme işlemi, hazine ile yükümlü arasındaki ilişkiyi geleceğe dönük olarak bireyselleştirdiğinden, sübjektif öğeler de taşır ve işlemin bu özelliği dava konusu edildiği vergi yargısına sübjektif bir nitelik verir; ancak vergi davasının, konusunun bir hukuk kuralının ihlaline ilişkin bulunması nedeniyle, objektif bir yanı da bulunur.

¹³² "Yükümlü kurumun vergi kaybına yol açtığı olayda kasıtlı davranmadığının anlaşıldığı ve adına salınan vergilerle kusur cezası uygulanması gerektiğini saptayan mahkemenin vergi dairesi müdürlüğüne kesilen kaçakçılık cezasını kusur cezasına çevirmesi gerekirken davacı adına kesilen kaçakçılık cezasına ilişkin ihbarnamenin iptaline karar vermesi yasaya uygun görülmemiştir.", Dan. 4. D., 23/11/1983, 1983/2202-9134, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 14/12/2005.

¹³³ Özbacı, op. cit., s. 64.

¹³⁴ "(...) vergi yargısının (...) 'karmaşık' yargı türü olduğu sonucuna varmak, bu konudaki karışıklığı gidermekten uzak, bir betimlemeden ibarettir.", Duran, op. cit., s. 72.

¹³⁵ Turmangil, op. cit., s. 154, ayrıca benzer görüşler için bkz., Tekgündüz, M., "İdari Dava Türleri ve Vergi Davası", DD, S. 50-51, s. 56-59.

Vergi davasında incelenen hukuksal sorun, objektif hukuku ilgilen-dirmekle beraber, yükümlü ile vergi idaresi arasında kurulan özel bir ilişki özelliğine de sahiptir. Bu biçimi ile vergi davası, bireyselleştirilmiş bir objektif yargı olarak düşünülür ve kural olarak objektif olmakla birlikte, sübjektif yargının niteliklerini de taşıyan, kendine özgü bir dava türü olarak kabul edilir.¹³⁶

Vergi davasının kendine özgü (orijinal) bir dava niteliğinde olduğunu savunanlara göre vergi davası, kural olarak, iptal davası niteliği taşır; ancak, hukukilik (yasallık) denetimi hazineyi yükümlülere bağ-layan ilişkilerin dar çerçevesinde yürütülür ve bu ilişkiler aracılığı ile iki tarafın karşılıklı durumu gündeme gelir, böylece, vergi davası tam yargı davası niteliğini de kazanır.¹³⁷

Bu görüş, pozitif hukuktan kimi hükümleri gerekçe olarak gösterir; örneğin, 2577 sayılı Kanun m. 3/e, 17/1, 28/1-c.3, 28/6' da doğrudan "*vergi davası*" ifadesi kullanılmış, yine, 2577 sayılı Kanun m. 37 hükmü ile vergi uyuşmazlıklarına bakmakla yetkili mahkeme bakımından özel düzenlemeler getirilmiştir; bu görüşe göre, idari yargı kolu içerisinde özel görevli vergi mahkemelerinin kurulmuş olması, kanun koyucu-nun vergi davasını ayrı ve kendine özgü bir dava türü olarak gördüğü anlamını taşır.¹³⁸

4. Karma Nitelikli Görüş

Vergi davalarının konusu, sonuç olarak, bir idari işlemdir, bu nedenle vergilendirme işlemlerine ilişkin davalar, idari yargının temel kategorileri içinde düşünülmelidir; vergilendirmede, dava edilen işlemin konusundaki özellikten hareketle, yeni bir dava türü yaratılması sakıncalı ve gereksizdir.¹³⁹ İdari yargının temel kategorilerinden vazgeçmek gerektiğinde, idari dava türü olarak 2577 sayılı Kanun m. 2' de, örneğin, konusu öğrenci işi olan davaları "*öğrenci davaları*", aynı şekilde kamulaştırma ile ilgili olarak "*kamulaştırma davaları*", konusu memur işi

¹³⁶ Castagnede, B., "Remarques sur la nature juridique du contentieux fiscal", *Revue de Science Financière*, 1970, s. 19, 21-23, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 156.

¹³⁷ Castagnede, op. cit., s. 28-29, nak. *ibid.*, s. 157.

¹³⁸ "2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlar topluca incelendiğinde, kanun koyucunun vergi uyuşmazlıklarını tam yargı davalarından özenle ayırdığı görülmektedir.", Yenice, K. - Esin, Y., *İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983, s. 73.

¹³⁹ Candan, *Vergi Uyuşmazlıkları*, s. 34.

olan davaları “memur davaları” ya da emeklilik ile ilgili olarak “emeklilik davaları” gibi dava türlerini saymak gerekir; işlemin konusunun özelliği, buna ilişkin davanın idari yargının temel dava türleri dışında düşünülmesine neden olmamalıdır.¹⁴⁰

Karma nitelikli görüşleri iki grupta toplamak olanaklıdır; buna göre ilk görüş, vergi davasının ağırlıklı olarak tam yargı davası niteliğini taşıdığını savunur, buna karşın ikinci görüş, ağırlığı iptal davasına verir.¹⁴¹ Bu görüşler arasındaki fark, idari dava türlerinden hangisine ağırlık verileceği, hangisinin istisnai nitelik taşıyacağı konusundadır.

İptal davasına ağırlık veren görüş dikkate alındığında vergi davası, temelde, objektif hukuki durumun yasallık denetiminin asıl olduğu bir dava türü olarak ortaya çıkar, ancak diğer iptal davalarına göre vergi davalarının ayırıcı bir özelliği vardır ki bu, “vergi hukukunun özerkliği”nin yargılama hukukuna yansımalarının bir sonucudur; vergilendirme işleminin yasallığı denetlendiği sırada vergi yargıcı, önüne getirilen uyuşmazlıkta söz konusu olan öğelerin tümünün yasallığını saptamak durumundadır, bir başka deyişle, bu durumda yargıç, tam yargı yetkisi ile çalışır, bunun sonucunda ise yargıcın, dava sırasında yaptığı araştırmaların ötesine geçip etkin idare yerine takdir yetkisini ikame etmesi gerekebilir.¹⁴²

IV. SONUÇ

Vergi davasının kuramsal niteliği saptanmaya çalışılırken, pozitif hukukta somut hükümler bulmak yerine, konunun esası irdelenmelidir.¹⁴³ 2577 sayılı Kanun’da idari dava türlerine hiç yer verilmemiş olması durumunda da bu belirleme yapılacağından, asıl belirleme kuramsal bir nitelik taşınmalı ve davaya kuramsal niteliğini veren konu unsuru vergi davasının nitelendirilmesinde ölçüt olarak kullanılmalıdır.¹⁴⁴

Vergi davasının konusunu ya da vergi yargıcının hüküm kurarken kullandığı yetkileri ölçüt olarak kullanarak, vergi davasının idari dava kategorilerinden hangisine dahil edileceği konusunda bir karar vermek başlı başına bir saptamadır; ancak, yargılama sırasında yargıcın

¹⁴⁰ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 161.

¹⁴¹ Venezia, J. C., “L’application de la théorie des nullités aux actes d’imposition”, *Revue de Science Financière*, 1960, s. 736-737, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 169.

¹⁴² Vergi davasında yerindelik denetiminin tartışılması hk. bkz. supra.

¹⁴³ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 206.

¹⁴⁴ *Ibid.*

araştırma ve inceleme konusunda sahip olduğu yetkileri belirlemek bir başka konudur.¹⁴⁵

Vergi yargıcının yetkileri yönünden bir değerlendirmede bulunurken dikkat edilmesi gereken nokta, yargıcın vergi davasının esasına ilişkin bir karar verip vermediği ya da böyle bir hüküm kurup kuramayacağıdır; yargılama sırasında geçerli olan re'sen araştırma ve inceleme ilkesinin¹⁴⁶ sonucunda ya da bu ilke geçerli olmaksızın vergi yargıcı tam yargı niteliğinde hüküm kurabilir ya da kuramaz.¹⁴⁷ Bu nedenle, yargıcın kullandığı yetkiler konusunu yargılama aşamasından soyutlayıp, kurulan hükmün içeriğini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmak gerekir.¹⁴⁸

Vergi davasının niteliğinin saptanması çabası içerisinde idari dava türlerinden birinin değişmez dava kalıbı olarak seçilmesi gerekmez; dava türünün belirlenmesinde doğru olan yaklaşım, uyumsuzluğun kaynağını, davacının dava ile elde etmek istediği sonucu, bu sonucun sağlanması için anayasa ve kanunlarla vergi yargıcına verilen yetki ve güçleri ve sonuç olarak "*idare ile idari yargının yetki ve görevlerinin ayrılığı ilkesi*"nin esas alınmasıdır.¹⁴⁹

Vergi kanunları kamu düzenine ilişkin olduklarına göre, bu kanunlara aykırı bir vergilendirme işlemi vergi idaresi ile yükümlü arasındaki bir sözleşme ile değiştirilemez; bir başka deyişle, bir sübjektif hukuk işlemi ile bir objektif hukuk statüsünün değiştirilmesi olanaklı değildir. Vergi kanunlarının sözleşme ile değiştirilememesi kuralı, vergilendirme işleminin kamu düzenine ilişkin niteliğine vurgu yapar. Ayrıca, vergilendirme işlemi bir objektif hukuk işlemi olduğuna göre bu işlemle ilgili bir uyumsuzlukta menfaati olan herkesin davaya katılması olanağının bulunduğu kabul edilmelidir;¹⁵⁰ sorun, bir kişinin devlete ne kadar borcu olduğunun saptanması değil, hukuki/yasal bir statünün vergi idaresi tarafından hukuka aykırı olarak uygulanmasının önüne geçilmesidir.

¹⁴⁵ *Ibid.*, s. 172-173.

¹⁴⁶ "2577 sayılı Kanun m. 20 ile idari yargı mercilerine tanınan kendiliğinden inceleme yapma yetkisi, bu nitelik ve etkide hüküm tesis etme imkanını vermez. Çünkü bu madde, idari yargılamanın hüküm aşamasında değil, tahkikat evresinde kullanılacak bir yetki tanımakta ve onun, ceza yargılaması gibi, 'inquisitoriale (tahkiki)' niteliğini belirlemektedir.", Duran, op. cit., s. 73.

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 173.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Candan, *Vergi Uyuşmazlıkları*, s. 40.

¹⁵⁰ Turmangil, op. cit., s. 156; örneğin, mesleki kuruluşlar, temsil ettikleri yükümlüler nedeniyle uyumsuzluğun çözümünü ile ilgileniyorlarsa davaya katılabilmelidirler.

Öte yandan, yükümlünün, (ihtirazi kayıtla verdiği) kendi beyanname-sine karşı dava açabilmesi, vergi yargısının objektif niteliğini gösterir.

Vergi davası, konusunun parasal bir miktara ilişkin olması nedeni-yle, genel olarak, tam yargı davası olarak kabul edilir;¹⁵¹ ancak, bu görüşe itibar edilmemelidir. Herhangi bir davada parasal bir miktar söz konusu olduğunda, zorunlu bir biçimde, zımnen sübjektif hak ihlalinin gerçekleştiği kabul edilemez; bu anlayış, idari işlemlere ilişkin olan, fakat zorunlu olarak belli miktarları da içeren kimi iptal davalarını, tam yargı davası olarak kabul etmek sonucuna götürür.¹⁵²

Tam yargı davasının kuramsal niteliği bir yana, idari yargı ile ilgili pozitif hukuk düzenlemeleri dikkate alındığında, vergi davalarının tam yargı davaları kategorisi dışında tutulması gerektiği görülür; zira, kanun koyucu, vergi uyuşmazlıklarını tam yargı davalarından özenle ayırmıştır.¹⁵³ Örneğin; idare mahkemelerinin görevini düzenleyen 2576 sayılı Kanun m. 5 ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davaları gösteren 2575 sayılı Kanun m. 24 açıkça tam yargı davalarından söz ettiği halde, vergi mahkemelerinin görevini düzenleyen 2576 sayılı Kanun m. 6'da bu dava türüne yer verilmemiş ve aynı ayırım tek yargıyla çözümlenecek davaları belirleyen 2576 sayılı Kanun m. 7'de de yapılmıştır.¹⁵⁴ Yine, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin dava açma süresi 2577 sayılı Kanun m. 7/2-b'de düzenlenmişken tam yargı davalarında dava açma süresi 2577 sayılı Kanun m. 12 ve 13'de ayrıca hükme bağlanmıştır; bunun gibi, tam yargı davalarında yetki 2577 sayılı Kanun m. 36'da düzenlenmişken, vergi uyuşmazlıklarında yetki konusunda 2577 sayılı Kanun m. 37 sevk edilmiştir. Aynı şekilde, 2577 sayılı Kanun m. 3 ile m. 28'de de vergi davası ile tam yargı davası birbirinden ayrılmıştır.¹⁵⁵ Tüm bu hükümler göstermektedir ki, kanun koyucu, vergi davaları ile tam yargı davalarını birlikte düzenlemekten kaçınmak suretiyle farklı hükümler sevk etmiştir.

Öte yandan, vergi mahkemeleri, vergi daireleri tarafından yapılan tarhiyat ve kesilen cezalar ile takdir komisyonlarının kararlarında yer alan matrahları değiştirebilir ve hüküm fıkrasında matrah belirleyebilir. Bu gibi durumlarda, vergi dairelerinin uyuşmazlık konusuna ilişkin hesaplamaları mahkeme kararı doğrultusunda olur. Vergi mahkemesince

¹⁵¹ Bkz., supra.

¹⁵² Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 192-193.

¹⁵³ Yenice, Esin, op. cit., s. 73.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, s. 74.

davacının kısmen haklı bulunması durumunda ise tarh, ceza kesme ya da takdir komisyonu kararının tümüyle iptali yerine kısmen iptali söz konusu olur ve vergi dairesi yeniden bir işlem tesis etmeksizin mahkeme kararına göre hesapladığı vergi ve cezaları yükümlüye bildirmekle yetinir.¹⁵⁶ Matrahın vergi mahkemesi tarafından saptanarak karar verildiği durumlar¹⁵⁷ bakımından bu tip kararların idari işlem niteliğinde olup olmadığı, 1982 Anayasası m. 125/4- c.2 ve 2577 sayılı Kanun m. 2/2' de yer alan “*idari eylem ve işlem niteliğinde (...) yargı kararı verilemez*” hükmü karşısında tartışmalıdır.

Öğretide, yukarıda değinilen kuramsal bağdaşmazlığı önlemek açısından bizim de itibar ettiğimiz görüş çerçevesinde, yerindelik denetimini yasaklayan hükümlerin pozitif hukukumuzdan çıkarılması gerektiği; aksi halde, idari yargı ve vergi yargısından vazgeçilmesinin gündeme gelebileceği, zira, ister tam yargı davası olsun ister iptal davası olsun, idari yargının vereceği kararların her halükârda bu yasağı ihlal edeceği savunulmuştur.¹⁵⁸

Vergi davası, ilke olarak, iptal davası niteliğini taşır ve bu niteliği ile inşai dava kimliğini kazanır, istisnai olarak da tam yargı davası niteliğine bürünür; son durumda vergi davası aynı zamanda bir edim davasıdır;¹⁵⁹ ancak, kuramsal niteliği bakımından asıl tartışılması gereken vergi uyumsuzlukları, vergi borcunun esası ile cezasına ilişkindir.¹⁶⁰

Sonuç olarak, tarh işlemi ve tahsil aşamasındaki çeşitli işlemlere (örn. haciz, ihtiyati haciz, ödeme emri) karşı açılan davalar ile vergi yargıcının esasa ilişkin karar verdiği davaların “*iptal davası*”, tahsilden sonra açılan davaların (iade davaları) ise, kural olarak, “*tam yargı davası*” niteliğini taşıdığı söylenebilir. Bu nitelermeler kabul edildiğinde, vergi davalarının kuramsal yapısı, “*iptal davası ağırlıklı karma model*”¹⁶¹ olarak ortaya çıkar.

¹⁵⁶ Uluatam, Methibay, op. cit., s. 246.

¹⁵⁷ Örneğin, emlak vergisinde, saptanan arsa asgari birim değerlerine karşı açılacak davalarda vergi mahkemesinin vereceği karar, bkz. supra.

¹⁵⁸ Kumrulu, A., “Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği Üzerine Düşünceler”, *Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Üçüncü Kitap, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, 1992, s. 974.

¹⁵⁹ Kumrulu, *Vergi Yargılama*, s. 132.

¹⁶⁰ Anılan türdeki vergi davalarının yanında, vergilendirme işlemlerine dayanılarak açılan tazminat istemli davalar ya da vergi yargısı organlarının verdiği kararların uygulanmamasından (veya geç uygulanmasından) doğan “tazminat davaları” bulunur ve bunlar “tam yargı davası” niteliğindedir.

¹⁶¹ Bkz. supra.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 21.01.2004

E. 2004/10-44

K. 2004/19

*Alacak

*Borçlanmanın geçerliliği için
yurda kesin dönüş şartı

*Sosyal güvenlik hakkı

*Anayasa Mahkemesi'nin
iptal kararları

(3201 sayılı K. m. 6; Anayasa
m. 60, 153; 1086 sayılı HUMK
m. 76; 506 sayılı K. m. 6)

Direnme konusu karar; 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un borçlanmanın geçerliliği için yurda kesin dönüşü şart kılan 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2002 gün ve 36/198 sayılı iptal kararı ve özel Daire bozma kararında özetlenen 5.2.2003 gün ve 21-790/61 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı ve özellikle iptal kararının *Resmi Gazete'* de yayımlandığı 25.4.2003 tarihinden önce ve dava tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre verilmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamamakta ve ancak *Resmi Gazete'* de yayımlandıktan sonra yürürlüğü girmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıktır. Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 76. maddesinde "*Hakim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm*" vereceği yönündeki yasal

ilke gözetildiğinde; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının bu gibi kesin hüküm halini almamış derdest dosyalar yönünden uygulanmasının zorunluluğu ortadadır.

Anayasa'nın, sosyal güvenlik hakkını düzenleyen ve herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alıp teşkilatını kuracağı yönündeki 60. maddesi ve 506 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde yer alan "*Sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği*" hükmü dikkate alındığında anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkının, mahkemece aleyhe bozma yasağından söz edilerek, ortadan kaldıracak şekilde hüküm kurulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, usulü kazanılmış hakkın istisnasını teşkil ederler. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, kanun yoluna başvurma, kanun yoluna başvuranların durumu ağırlaştırmaz (Reformatio in peius) şeklinde özetlenen kuralın ve aleyhe bozma yasağının istisnasını teşkil ederler. Bu ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni durum dikkate alınarak davanın incelenip karara bağlanması gerekir.

O halde mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.05.2004

E. 2004/9-255

K. 2004/290

***Alacak**

***Sendikal tazminat**

***Gelir vergisinden istisna
tutulma**

(2821 sayılı Sendikalar K. m. 31;
Anayasa m. 73; 193 sayılı Gelir
Vergisi K. m. 1, 25)

Dava, sendikal tazminatın ödetilmesi isteminden ibarettir.

Davacı vekili; davalı işverenin işyeri sendika temsilcisi olan müvekkilini, istifaya zorlamak amacıyla Adana'dan Batman'a nakledip, ücretsiz izne ayırdığını ve hiçbir haklı gerekçe göstermeden iş akdinin

feshedildiğini ileri sürerek, 5.000.000.000 TL sendikal tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili; iş aktinin feshine rıza gösteren davacının tazminat isteminin haksız olduğunu savunmuş; bilirkişi raporunda hesaplanan sendikal tazminattan gelir vergisi kesilmediğini ileri sürerek, bu hesaplama itirazda bulunmuştur.

Mahkemenin; *“işverenin, davacıyı istifaya zorlayacak işlemlerde bulunmasının, davacının sendika işyeri temsilcisi olmasından kaynaklandığı”* gerekçesiyle bilirkişi raporunda hesaplanan miktardan gelir vergisi düşülmeden, bu rapora göre *“davanın kabulüne”* dair verdiği karar, Özel Daire’ce yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme’ce önceki kararda direnilmiştir.

Davacının, işverenin istemediği sendikaya üye olması ve sendikaca Yönetim Kurulu üyesi ve işyeri temsilcisi seçilmesi nedeniyle, işverenin davacıyı istifaya zorlayacak şekilde ayırımçı işlemlerde bulunduğu, bu bağlamda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi uyarınca davacı lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği konusunda uyuşmazlık mevcut değildir.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinin 6. fıkrası uyarınca hesaplanan tazminattan, gelir vergisinin indirilmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilerden mali güçlerine göre istenen bir yükümlülüktür, vergi, belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayıp, tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılım payını ifade eder.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük ise, kişilerden kimi kamu hizmetleri karşılığında yada bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Vergi, resmi, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ortak özellikleri kamu gücüne dayanılarak tek taraflı iradeyle alınmaları, gerektiğinde zorla alınmaları ve bir yasayla konulmalarıdır.

Nitekim Anayasa'nın 73. maddesi, "Vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" düzenlemesini içermektedir.

Buna göre vergi yükümlülüğünün konusu, yükümlüsü, matrahı ve oranı ile, vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği gibi; vergi kanunlarının hükümleri içinde esasen vergilendirilmesi gereken bir kısım konuların vergi dışı bırakılmasına ilişkin istisna ve belirli kişiler veya grupların vergi mükellefiyeti dışında bırakılmasına ilişkin muafiyetlerin açıkça yasayla düzenlenmesi gerektiğinde kuşku ve duraksama bulunmamaktadır.

Vergide genellik ilkesine göre, bir ülkede herkesin, sosyal sınıf farkı gözetilmeksizin kendi gelir ve mallarından vergi vermesi zorunluluğu bulunmakta ise de, çeşitli ekonomik ve sosyal nedenlerle bir kısım vergi mükellefleri ve konuları kısmen veya tamamen vergi dışı tutulmak suretiyle bu zorunluluğa istisna getirilmiş bulunmaktadır. Bütün ülkelerin vergi sistemlerinde, genellik ilkesinin tam olarak uygulanmadığını gözlemek olanağı mevcuttur (Bedi N. Feyzioğlu, "Gelir ve Kurumlar Vergilerinde Muafiyet ve İstisnalar" *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 1, 1978, s. 45).

Bu genel açıklamalardan sonra, gelir vergisinin konusu ile yasal istisna ve muafiyetleri üzerinde durulmasında yarar vardır.

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde, gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu belirtildikten sonra, Yasa'nın "Gelirin Unsurları" başlığını taşıyan 2. maddesinde Ticari ve Zirai Kazançlar, Ücretler, Serbest Meslek Kazançları, Gayrimenkul ve Menkul sermaye iratları, sair kazanç ve iratların vergiye tabi tutulacağı benimsenmiştir.

Giderek, Gelir Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde herhangi bir sınırlama bulunmadığından, gelirin en geniş anlamıyla vergisinin konusuna alınmış olduğu söylenebilir (Şükrü Kızılot, *Gelir Vergisi Kanunu ve Uygulaması*, Ankara 1989, C. 1. S. 16).

Ancak; ekonomik ve sosyal şartlar göz önünde tutularak Gelir Vergisi Kanunu'nda çeşitli muafiyet ve istisnalar ile indirimlere yer verilmiş olup, esnaf muafılığı, küçük çiftçi muafılığı, mülteci muafılığı

ile ücretlerde istisnalar, yatırım indirimi ve gayrimenkul iradlarında istisnalar, tazminat ve yardımlarda istisnalar Gelir Vergisi Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir.

Bu noktada, Gelir Vergisi Kanunu'nun "*Tazminat ve Yardımlarda İstisnalara*" ilişkin 25. maddesinde; Kıdem Tazminatları; Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik nedeniyle verilen tazminat ve yardımlar; Muhtaç olanların belli bir süre için ya da hayat kaydıyla yapılan yardımlar; Emekli, dul ve evlenme ikramiyeleri; Çocuk zamları; Evlenme ve doğum nedeniyle yapılan yardımlar; Sosyal Sigortalar Kurumları tarafından sigortalılara yapılan ödemeler ve nafakaların gelir vergisinden istisna tutulması öngörülmüştür.

Kanun'un lafzı ve ruhu birlikte yorumlandığında, sosyal amaçlı düşüncelerle yapılan ödemelerin, gelir vergisinden istisna tutulduğu açıktır.

Önemle belirtilmelidir ki, Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen ve vergiden istisna tutulması öngörülen bu ödemeler, kapsam ve nitelik itibarıyla sınırlı olarak sayılmıştır.

Maddenin açık hükmüne göre; her türlü tazminat ve yardımların gelir vergisinden istisna edilmesi değil, anılan maddede sayılan tazminat ve yardımların gelir vergisinden istisna edilmesi söz konusudur.

Görüldüğü üzere, yasa koyucu sendikal tazminatın gelir vergisinden istisna tutulmasına dair bir düzenleme getirmemiştir.

Aksine genişletici bir yoruma gidilerek, sendikal tazminatın yasaca öngörülme, gelir vergisinden istisna edilmesi, ne verginin yaşadığı ilkesiyle, ne de yasa koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır.

Direnme kararında, "*uygulamada Kıdem Tazminatı'ndan gelir vergisi düşülmediği ve lehe yorum ilkesi uyarınca Sendikal Tazminatı'nda gelir vergisinden istisna tutulması gerektiği*", belirtilmiş ise de; Kıdem Tazminatı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin 7. bendinde açıkça gelir vergisinden istisna edilmiş olup, sendikal tazminat yönünden bu konuda yasal bir düzenleme bulunmadığından, az yukarıda açıklanan ilkeler gereğince, genişletici yoruma gidilmesi mümkün değildir.

Bu durumda; bilirkişi raporunda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca hesaplanan tazminat miktarından, gelir vergisinin indirilmesi zorunludur.

Hal böyle olunca, mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 15.12.2004

E. 2004/9-726

K. 2004/715

***Yıllık izin ücret alacağı**

***Maddi anlamda kesin hüküm**

***Fazlaya ilişkin hakların
saklı tutulması**

(1086 sayılı HUMK m. 237)

A. DAVA

Dava, önceki davada hükmedilmeyen yıllık izin ücreti farkının ödenmesi istemine ilişkindir.

B. DAVACININ İSTEMİNİN ÖZETİ

Davacı, yanlar arasında daha önce görülen dosyada Toplu İş Sözleşmesi yapılmasından sonraki döneme ilişkin olarak ücret alacağına hükmedildiğini, bundan önceki döneme ilişkin yıllık ücretli izne hükmedilmediğini ileri sürerek, iş sözleşmesinin kurulmasından başlayarak, sendikaya üye olduğu tarihe kadar lehine doğmuş olan ücretli izin alacağına tahsiline karar verilmesini istemiştir.

C. DAVALININ CEVABININ ÖZETİ

Davalı, yanlar arasında bu konuda daha önce görülen davanın görülmekte olan dava açısından kesin hüküm oluşturduğu savunması ile davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

D. YEREL MAHKEMENİN KARARININ ÖZETİ

Mahkemece, her iki davanın yanları aynı olmakla birlikte, davanın konusu ve nedeninin farklı olduğu, görülmekte olan davada, önceki davada hükmedilmeyen ve saklı tutulan döneme ilişkin olarak istemde

bulunulduğu, bu nedenle yanlar arasında daha önce görülen davanın, görülmekte olan dava açısından kesin hüküm oluşturmayacağı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

E. TEMYİZ EVRESİ VE DİRENME

Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce, yukarıda açıklanan biçimde, yanlar arasında daha önce aynı konuda görülen davanın, bu dava açısından kesin hüküm oluşturduğu kanaati ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme, daha önce açılan davada, sendika üyeliğinin bildirildiği, dolayısıyla Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandığı tarihten sonrası için talepte bulunulduğunu ve bu dönem bakımından karar verildiğini, oysa görülmekte olan davada önceki kısmi davada talep edilmeyen, işe giriş tarihi ile aktin fesih tarihine kadar hak ettiği yıllık izin ücretinden, ilk davada hükmedilen miktarın düşülmesi suretiyle hesaplanacak yıllık izin ücretine hükmedilmesini istediğini, bu nedenle önceki davanın bu dava açısından kesin hüküm oluşturmayacağını açıklayarak ilk kararında direnmiştir.

F. UYUŞMAZLIK

Yanlar arasında aynı konuda daha önce görülüp kesinleşen davanın, bu dava açısından kesin hüküm oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmaktadır.

F. GEREKÇE

Bu dosya açısından kesin hüküm oluşturduğu ileri sürülen dava Aliğa Asliye (İş) Mahkemesi'nin 24.09.2001 gün ve 2001/2412-4212 sayılı ilamı ile karara bağlanmıştır. Bu davada yanlar aynı olup, istek kalemleri arasında ücretli izin alacağı da bulunmaktadır. Ne var ki, davacı buradaki talebinde Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandığı dönemden sonrası için TİS m. 71'e dayalı olarak hak kazanıp, kullanmadığı yıllık için ücretinin hesaplanarak ödenmesini istemiştir. Alınan bilirkişi raporunda, davacının sendikaya üye olup, Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandığı dönem sonrası için hesaplama yapmıştır. Davacı vekili

rapora ilişkin beyanında, “sadece en son yılın yıllık izin ücretinin hesaplandığını, bu nedenle dikkate alınmayan yıllara izin ücreti konusunda ayrıca dava açma hakkını saklı tuttuklarını” belirtmiştir. Yerel mahkeme gerekçesine davacının bu beyanını işlemiş ve bilirkişi hesabı doğrultusunda, sendika üyelik tarihi olan 13.10.1999 ile iş aktinin feshi tarihi 12.01.2001 tarihi arasındaki dönem bakımından davacının hak ettiği yıllık izin ücreti konusunda karar vermiş, verilen karar temyiz edilmeksizin 02.10.2001 tarihinde kesinleşmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, kesin hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde, hem kişilerin hem de devletin yararı vardır. Çünkü kişiler, aralarındaki uyuşmazlığın kesin bir biçimde sonuçlanması için dava sırasında bütün olanaklarını kullanırlar ve dava sonucunda verilecek kararla artık, bu uyuşmazlığın sona ermesini isterler. Bu açıdan, devletin de menfaati söz konusudur. Çünkü devlet, mahkemelerin sınırsız bir biçimde aynı uyuşmazlık (dava) ile, sürekli ve yinelenerek meşgul edilmesini istemez.

Kesin hüküm, hem kişiler, hem de devlet için hukuksal durumda istikrar sağlar. Hukuksal güvenlik ve yargı erkine güven, kesin hüküm kurumu ile sağlanır.

Kesin hüküm ikiye ayrılır. Bunlar şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hükümdür.

Şekli anlamda kesin hüküm, sözü edilen karara karşı artık bütün olağan yasa yollarının kapandığı anlamına gelir. Şekli anlamda kesin hükmün amacı, davanın sona erdirilmesine hizmet etmektir. Bir son karar, şekli anlamda kesinleşince, yanların o davada izledikleri amaç gerçekleşmiş olur. Bazı son kararlar verildikleri anda kesindirler (Örneğin 20.6.1996 tarihinde kabul edilen 4145 sayılı Yasa gereğince HUMK m. 427’de yapılan değişiklikle 1.1.2000 tarihinden itibaren miktar ve değeri 40.000.000 TL’yi geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin verilen son kararlar kesindir. Bu kararlara karşı herhangi bir olağan yasa yoluna başvurulamaz).

Yasa yolu açık olan bir karar, yasa yoluna başvurma süresi geçmekle de kesinleşir. Öte yandan, temyiz yolu açık olan bir karar temyiz edilip sonuçta onanmış ve karar düzeltme süresi geçirilmişse, ya da karar

düzeltilme istemi de reddedilmişse, veyahut yasa yoluna başvurmaktan feragat edilmişse verilen hüküm şekli anlamda kesinleşir.

Bir hüküm bir kere şekli anlamda kesinleşirse, artık bu hükme karşı, olağan yasa yollarına başvurulamaz. Bir kararın maddi anlamda kesinleşmesi için öncelikle şekli anlamda kesinleşmesi gerekir.

Diğer yandan, maddi anlamda kesin hüküm, yargısal kararlara tanınan hukuksal gerçeklik niteliğidir. Maddi anlamda kesin hüküm sayesinde, mahkeme kararlarına güven duyulması ve bu kararların uygulanması, yanlar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için son bulması, çelişik kararlar verilmesine engel olunması, toplumsal yaşam için zorunlu olan hukuksal istikrarın sağlanması amaçlanır.

Maddi anlamda kesin hükmün koşulları HUMK m. 237’de açıklanmıştır. Bunlar; dava konularının (müddeabihlerinin), dava nedenlerini ve yanlarının aynı olmasıdır.

Görülmekte olan davada, yanlar konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık dava nedeni ve konusunun aynı olup olmadığı noktasındadır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde somut olaya baktığımızda, ilk açılan davada, davacı vekilinin dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakkını saklı tuttuğu ve yalnızca davacının sendikaya üyelik tarihinden iş aktinin feshine kadar döneme ilişkin talepte bulunduğu, bilirkişi raporunun ve bu rapora karşı beyanlarının da aynı yönde olduğu, mahkemenin bu hususu gerekçesinde açıkça belirttiği ve yalnızca sendikaya üyelik tarihinden sonrası için karar verildiği, işe giriş tarihinden, sendikaya üyelik tarihine kadar olan dönem bakımından bir karar verilmediği, görülmekte olan davada ise önceki karar kapsamı dışında olup, saklı tutulan sendikaya üyelik öncesi döneme ilişkin yıllık izin ücreti alacağına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, her iki davanın konularının ve nedenlerinin aynı olmamasına göre, kesin hükmün bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Hal böyle olunca bu yönleri amaçlayan direnme hükmü doğrudur.

Bununla birlikte işin esasına ilişkin davalı vekilinin temyiz itirazları incelenmediğinden dosyanın dairesine gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 15.12.2004****E. 2004/9-655****K. 2004/714*****Fark kıdem tazminatı*****Yıllık izin alacağı*****Belirli süreli hizmet sözleşmesi**

Taraflar arasındaki “*fark kıdem tazminatı ve yıllık izin alacağı*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 08.07.2003 gün ve 2002/718 E. 2003/401 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 18.3.2004 gün ve 2003/15449 E.2004/5354 K. sayılı ilamı ile; (... Davacı işçi belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışmakta iken hizmet akdi davalı işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödemek suretiyle feshedilmiş, bir gün sonra kendisi ile bu defa altı ay süreli sözleşme yapılmış, bu sözleşme 31.3.2002 tarihinde son bulmuştur. Davacı kıdem tazminatının tüm süre üzerinden hesaplanması gerektiğini ileri sürerek fark kıdem tazminatı ile yine anılan altı aylık süreden kaynaklanan yıllık izin alacağı isteğinde bulunmuş, mahkemece istek gibi hüküm kurulmuştur.

Davacı elektrik ve elektronik mühendisi olup, son olarak Araştırma ve Geliştirme Grup Lideri unvanı ile çalıştırılmıştır. Somut olayda, davacının niteliği ve yaptığı iş itibarıyla belirli süreli hizmet akdinin yapılmasını gerektiren haklı bir neden bulunmaktadır. Ayrıca, işverence ihbar ve kıdem tazminatının ödenmiş bulunması önceki dönemin tasfiye olduğunu göstermektedir. Böyle olunca ikinci dönemin ayrı ve öncekinden bağımsız bir sözleşmeye dayalı olduğu kabul edilerek fark kıdem tazminatı ve izin alacağı isteğinin reddine karar verilmelidir. Yazılı şekilde isteğin kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir ...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk

Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 08.12.2004

E. 2004/10-669

K. 2004/666

*Alacak

*Süresinde ödenmeyen tasarruf kesintileri ve katkı payları

*Görevli yargı yeri

(4853 sayılı K. m. 7, 8; 506 sayılı

SSK m. 34, 80; 5521 sayılı İş Mahkemeleri K. m. 1; 2247 sayılı K. m. 30; 3917 sayılı K. m. 1, 2; 6183 sayılı K.)

A. DAVACININ İSTEMİNİN ÖZETİ

Davacı vekili, müvekkili davacının, davalı Düziçi Belediye Başkanlığı işyerinde hizmet akdiyle çalışmasına, 3417 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca; "işçilerden yapılan kesintiler ile işveren katkıları bankada açılan tasarrufu teşvik hesabına yatırılır" denmesine karşın, Belediye Başkanlığı'nca, kesilen paraların bu hesaba yatırılmamış olduğunu, diğer davalı Kurum'un (SSK) ise, re'sen tahsil yoluna gitmeyerek, nemalandırma işinin yapılmasını engellediğini belirterek; "... nema, kesinti, işveren ve devlet katkısı payından 100.000.000 TL ödetilmesine ..." karar verilmesini istemektedir.

B. DAVALILARIN CEVABININ ÖZETİ

Davalı Belediye Başkanlığı vekili, "kendisinden kesinti yapılmayan bir şahsın, kesinti yapılmış gibi nema istemesinin doğru olmadığı, ödenmesi gereken işveren katkılarının SSK tarafından haciz yoluyla Belediye'den tahsil edildiği, davanın işçi-işveren ilişkisinden doğmadığı için mahkemenin görevsiz olup, görevli mahkemenin Adana İdare Mahkemesi olduğu;"

Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı vekili ise, 1998 tarihinden itibaren dönem dönem icraya intikal ettirilerek, 1988-Aralık/1989 devresi kesinti alacaklarının icra yoluyla tahsil edilerek 1999 tarihinde Ziraat Bankası'na yatırıldığı, 1990-2000 devresi kesinti alacaklarının ise icraya konulmuş olup, takiplerin devam etmekte olduğu savunmasında bulunmuştur.

C. YEREL MAHKEMENİN KARARININ ÖZETİ

Yerel mahkeme, işverenlerin ücretlerden yapacakları tasarruf kesintileri ile işveren katkılarını yasal süreleri içinde bankaya yatırmamaları halinde, SSK'nın re'sen veya şikayet üzerine kesinti tutarlarını 506 sayılı Kanun'un 80/4. maddesine göre 6183 sayılı Kanun uyarınca tahsil edeceği, davacının bu durumu bizzat SSK'ya bildirmesinin gerekeceği, davacının çalıştığı süreler ve aldığı ücretler konusunda bir çekişme bulunmadığına göre bu konuda mahkeme tarafından bir karar verilmesine gerek olmadığı, ilgilinin SSK'ya yapmış olduğu başvuruya rağmen Kurum tarafından herhangi bir işlem yapılmaması veya ilgiliye herhangi bir cevap verilmemesi halinde idarenin bu işlemine karşı idari yargıya başvurulabileceği gerekçesi ile; *"mahkemenin görevsizliğine"* karar vermiştir.

D. TEMYİZ EVRESİ VE DİRENME

Hüküm, davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıya aynen alınan gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme bu bozmaya karşı özetle; *"benzer bir konuda verilmiş Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ile, tasarruf kesintileri ve nemaların ödenmesi istemi ile açılan davaların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekeceğinin belirtilmiş olduğunu"* gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

E. MADDİ OLAY

Davalı Belediye Başkanlığı işyerinde hizmet akdiyle çalışmış olan davacının ücretinden zorunlu tasarruf kesintileri yapılarak, işveren katkı payları ile birlikte tasarrufu teşvik hesabına yatırılmadığı ve bu kapsamda bir nema ödemesinin bulunmadığı, davalı SSK'nın kesinti ve katkı paylarının tahsili amacıyla icra takibine başladığı olgusudur.

F. GEREKÇE

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'un 30. maddesinde belirtilen ilke kararları dışında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev uyuşmazlıklarını gidermek için verdiği

kararlar sadece ilgili yargı mercileri yönünden bağlayıcı olacağından, mahkemenin bu yöne ilişkin gerekçesi yerinde değildir.

Dava hukuki nitelikçe, tasarruf kesintileri ve nema tutarlarından oluşan alacağın ödenmesine, diğer bir anlatımla, davalıların kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle davacının uğramış olduğu zararın giderimine yöneliktir. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı, 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanun'un 8. maddesi.

“Süresinde ödenmeyen tasarrufkesintileri ve katkı payları” kenar başlıklı anılan maddede; “3417 sayılı Kanun hükümlerine göre, ücretlerden yapmaları gereken tasarrufkesintileri ile katkı paylarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik hesaplarına yatırmayan işverenlerden; yatırılması gereken miktarlar ile gecikme zammı, re’sen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumu’nca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak TC Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik hesaplarına yatırılır.

3417 sayılı Kanun’un mülga 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki personelin aylık ve ücretlerinden tasarruf kesintileri ile devlet ve işveren katkılarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik hesaplarına yatırmayan kurumlar, yatırılması gereken miktarların re’sen veya ilgililerin başvurusu halinde yasal faiziyle birlikte TC Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik hesaplarına yatırılmasından sorumludurlar.” Hükmü yer almaktadır.

Somut olayda, davalıların maddede öngörülen yükümlülükleri yerine getirmedikleri, giderek davacıyı zarara uğrattıkları uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, görevli yargı yerinin belirlenmesi noktasında toplanmakta olup, uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Zorunlu tasarruf kesintileri ve işveren katkı payının ödenmesi gereken dönemde davacı ile davalılardan işveren Belediye arasında hizmet akdi ilişkisi olduğu, mülga 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun’un “Kapsam” başlıklı 2. maddesinin, *“Bu Kanun hükümleri çerçevesinde; ... işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin ... aylık ve ücretlerinden (tasarruf*

kesintisi) yapılacağı ve bu tasarruflara devlet veya ilgili işverenlerin katkısı sağlanacağına" ilişkin hükmü dikkate alındığında, bu kesinti ve katkı paylarının hizmet akdinin sonucu olduğu ortadadır. Belirtilen nedenle, hizmet akdi ilişkisinden kaynaklanan bu sorunun, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi gereğince iş mahkemesince çözülmesi gerektiği açıktır.

Diğer davalı Sosyal Sigortalar Kurumu ise, işverenin tasarruf kesintisi ile işverenin katkısını ilgililerin banka hesabına yatırmamaları halinde, bunlara ilişkin miktarları re'sen veya ilgililerinin başvurusu üzerine 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun primlerin tahsiline ilişkin düzenlemeler çerçevesinde tahsil ederek, alacağı gecikme zammı ile birlikte ilgilinin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür ve 506 sayılı Kanun'un 80. maddesinde, 3917 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişikliğe göre, kanuni süresinde ödenmeyen, prim ve diğer alacakların tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde de alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu iş mahkemesi yetkilidir. Somut uyuşmazlık, 506 sayılı Kanun'un 80. maddesinden kaynaklanmakta olduğundan, anılan madde ve 506 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca iş mahkemesince çözümlenmelidir.

Belirtilen bu maddi ve hukuksal olgular karşısında ve özellikle davada davalılar tarafından yapılması gereken idari işlemlerin yerine getirilmesi istenmemekte, doğmuş olan fakat haksız ve yersiz olarak davalı Belediye'nin mamelekinde bulunan kesinti alacağının nemalarıyla ödenmesi talep edildiğinden, uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı olmayıp, iş mahkemesidir.

O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire'nin bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.01.2004

E. 2004/10-24

K. 2004/47

İş kazası sonucu vefat*nedeniyle rücuen tazminat*****Asgari ücret artışının gözetilmesi*****Kamu düzeni*****Usuli kazanılmış hak**

(506 sayılı SSK m. 26; 818 sayılı

BK m. 46/2; 1475 sayılı İş K. m. 33, 99; 4857 sayılı İş K. m. 39, 102)

Dava, iş kazası sonucu vefat nedeniyle rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm Özel Daire'ce yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Davacı Kurum davasında; 15.5.1997 tarihinde meydana gelen iş kazasında vefat eden sigortalısının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler nedeniyle uğranan Kurum zararından bir bölümünün tahsilini istemektedir.

Mahkemece, aldırılan kusur ve sigortalının asgari ücretten gelir elde ettiğinin kabulü ile düzenlenen hesap raporunda, sigortalının ölümü ile hak sahiplerinin destekten yoksun kaldıkları tavan zarar miktarları belirlenerek verilen ilk hüküm, tarafların temyizi üzerine, Yüksek Özel Daire'ce; *"hükme esas alınan kusur bilirkişi raporunun oluşa uygun bulunmadığı"* gerekçesiyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece uyulan bozma kararı doğrultusunda düzenlenen kusur raporu ve bozmadan sonra davanın devamı sırasında yürürlüğe giren yeni Asgari ücret dikkate alınmak suretiyle yaptırılan bilirkişi raporu sonucunda bulunan miktar dikkate alınarak karar verilmiş, hüküm Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme önceki kararda direnmiştir.

Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, aynı davada bozma nedeni yapılmayan hesap raporuna rağmen asgari ücretin artması halinde bu asgari ücret artışı göz önünde bulundurularak gerçek zarar dış tavan hesabının yaptırılıp yaptırılmayacağı giderek bu hususun davalı yararına oluşan usulü kazanılmış hakkı ortadan kaldırıp kaldırılmayacağı noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.

Beden tamulığına karşı işlenen haksız fiillerde zararın gerçek miktar ve kapsamı zamanla daha iyi anlaşılabileninden mümkün olduğu kadar geç bir tarihin esas alınması gereği ortadadır. BK'nın 46/2. maddesinde cismani zararın hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı hakkında yeterli açıklık bulunmakta, cismani zararın hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre hesaplanması kabul edilmektedir (Prof. Dr. S. S. Tekinay, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı İst. 1963 s. 201-202). Asgari ücretin kamu düzeni ile ilgili olduğu açıktır. Aynı davada, bozmadan sonra da olsa asgari ücretin artması halinde bunun mahkemece kendiliğinden dikkate alınacağı belirgindir. Hatta davacının ilk asgari ücrete göre yapılan hesaba itiraz etmemesi, o günkü verilerin doğru olduğuna inandığı içindir. Bu durum sonraki gelişmeler nedeniyle asgari ücretlerdeki artışlardaki hakkını istemesine engel olamaz.

İş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahiplerine kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının rücuen ödetilmesi davalarında asgari ücretin artışının, yargılamanın her aşamasında gözetilmesinin mümkün olduğunun kabulü halinde bunun usuli kazanılmış haktan söz edilip sınırlandırılabilenliğini ileri sürmek asgari ücretin kamu düzeni amacının boşa çıkarılmasına neden olacaktır.

Söylenen hususlar Yargıtay tarafından kararlıkla uygulanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.02.1996 gün E. 1995/21-1059, K. 1996/104, aynı Kurul'un 17.09.1997 gün, E. 1997/10-474 K. 1997/653, 17.12.1997 gün E. 1997/10-820 K. 1997/1074, 21.12.1998 gün E. 1998/10-816 K.1998/844, 09.07.2003 gün, E. 2003/21-465, K. 2003/472 sayılı kararları.

Durumun maddi hukuk bakımından irdelenmesi yanında, usul hukuku yönünden duruma bakıldığında; bir mahkemenin Yargıtay Dairesi'nce verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. *"Usuli kazanılmış hak"* olarak tanımlayacağımız bu müessese, mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararındaki esas çerçevesinde işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirir (9.5.1960 Gün, 21/9 sayılı YİBK).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nda anılan ilkeye ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ne var ki, *"Usuli Kazanılmış Hak"* davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ve

öğretide kabul görmüş usul hukukunun vazgeçilmez ana temellerinden olup, bir davada, mahkemenin yada tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade eder.

Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile, bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usuli kazanılmış hak durumu oluşabilir.

Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur (4.2.1959 gün ve 13/5 sayılı YİBK).

Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiş olan “*usuli müktesep hak*” kurumunun bir çok hukuk kuralında olduğu gibi, özellikle kamu düzeni düşüncesi ile, yine Yargıtay içtihatları ile getirilmiş istisnaları vardır:

Mahkemenin bozmaya uymasından sonra bir İçtihadı Birleştirme Kararı çıkarsa, bu yeni İçtihadı Birleştirme Kararı'nın mahkemede ve Yargıtay'da görülmekte olan bütün işlere uygulanması gerekir. Buna karşı usuli kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz (9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK).

İçtihadı Birleştirme Kararı'nda olduğu gibi, bozmadan sonra yürürlüğe giren ve geçmişe etkili bir yeni kanun karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla meydana gelen usuli kazanılmış hak, hukukça değer taşımaz.

Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmü, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse, artık usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir (HGK'nın 21.01.2004 gün, 2004/10-44 E., 19 K.).

Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi, “*kamu düzeni*” ile ilgili konularda usuli ka-

zanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 5, 2001).

Bu noktada “*kamu düzeni*” kavramına açıklık getirilmesinde yarar bulunmaktadır. Kamu düzeni; kamunun (toplumun) her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanında ki düzenin temelini oluşturan bütün kuralları ifade eder (Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü, Türk Hukuk Lügati, Büyük Larousse, vs.*).

Asgari ücret de kamu düzeni ile ilişkilendirilen kavramların başında gelmektedir. Gerçekten de 1475 sayılı İş Kanunu’nun 33, 99 ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 39 ve 102. maddelerinin içeriğinden elde edilen hukuki verilerde gözetildiğinde, işçinin taban ücretini belirleyen asgari ücretin, işçilerin yaptıkları işe uygun ve insanlık onuruna yaraşır bir yaşam seviyesini sağlamaları için gerekli olan en az ücreti ifade etmektedir. Adil bir ücret elde edilmesini, böylece çalışanların ekonomik ve sosyal durumlarının düzeltilmesi amacıyla yönelik olarak yapılmakta olan asgari ücret değişikliklerinin kamu düzeni düşüncesi ile ilgili olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Kamu düzeniyle ilgili bu gibi durumlarda, kazanılmış usuli haktan söz edilemeyecektir.

Bu niteliği dikkate alındığında asgari ücretteki değişikliklerde usuli kazanılmış hakkın istisnası niteliğinde bulunup, aynı davada ve yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re’sen gözetilmesi gerekir.

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında, zararlandırıcı sigorta olayına uğrayan sigortalının yada hak sahiplerinin gerçek zararlarının hesaplanmasında hükme en yakın tarihte belli olan asgari ücretin esas alınması gerekeceğinden, bu gerekçeler ile doğru bulunan yerel mahkeme direnme kararının onanması gerekir.

KARŞI OY YAZISI

Dava, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirler nedeni ile oluşan Sosyal Sigortalar Kurumu zararının rücu tazmini istemine yönelik olup, yasal dayanağı 506 sayılı Kanun’un 26. maddesidir.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık bozma kararından önce tazminat hesabına esas tutulan asgari ücret bozma dışında kalmışsa, bozmadan sonra yürürlüğe giren asgari ücret artışları tazminat hesabında gözetilmesi gerekip gerekmeyeceği noktasındadır.

Özel Daire 12.07.2000 tarihli ilk bozma kararında Kurum'un rücu alacağına tavanını belirleyen hesap raporuna yönelik herhangi bir bozma nedeni öngörülmemiştir. Bozma kararı tamamen kusura yönelik olup tarafların kusura yönelik temyiz itirazları kabul edilmiştir. Bu nedenle tavan hesap raporu kesinleşmiş ve davalı lehine usuli müktesep hak durumu oluşmuştur. Yerel mahkemenin bozma kararından sonra yapacağı iş, davalıların yeniden saptanan kusur paylarını ilk hesap raporundaki maddi zarar miktarlarına uygulamaktan ibarettir. Bozmadan sonra değişen asgari ücretlere göre yeniden tavan hesabı yapılamaz. Asgari ücret kamu düzeni ile ilgili ise de usuli müktesep hakta kamu düzeni ile ilgilidir. Asgari ücretlerdeki artışlar dikkate alınıp yeniden hesap raporu alındığında tazminat miktarı yükseleceğinden bu husus davacı Kurum'un yararına davalı işverenin aleyhine olacaktır ve davalı işverenin usuli müktesep hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Öte yandan maddi tazminat bir takım faraziyelere göre hesaplanan miktardır. Bu miktarın birde bozma dışında kalan asgari ücret artışlarıyla yükseltilmesi işverenlerin sorumluluklarını daha da ağırlaştıracaktır.

Bu nedenle tavan hesabı bozma kararı dışında tutulduğuna göre bu yön taraflar bakımından usuli kazanılmış hak durumunu oluşturur. Bozmadan sonra yürürlüğe giren asgari ücretlerdeki artışlar tazminat hesabında dikkate alınmaz.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle 10. Hukuk Dairesi'nin bozma kararı doğru olup, sayın çoğunluğun onama görüşüne katılamıyoruz.

İhsan Ulusoy
15. H. Dairesi Başk.

Coşkun Erbaş
10. H. Dairesi Başk.

Coşkun Öztürk
10. H. Dairesi Üyesi

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 24.03.2004****E. 2004/10-165****K. 2004/171*****Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi*****Rücuen tazminat alacağı*****Araç sahibinin kusursuz sorumluluğu*****Varsayımlı işleten**

(1479 sayılı K. m. 63; Anayasa m. 153/5; 1086 sayılı HUMK m. 76; 2918 sayılı K. m. 20/d, 4199 sayılı K. ile değişik m. 85/1, 3)

Dava, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar (Bağ-Kur) Yasası'nın 63. maddesi uyarınca rücuen tazminat alacağına ilişkindir.

Davacı Kurum vekili, trafik kazası sonucunda vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan ilk peşin değerli gelir ve cenaze masraflarının kusurlu araç sürücüsü ile araç maliki olan davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini istemektedir.

Davalılardan S. L. , trafik kazasına konu aracı kazadan önce, -dava dışı- E. A. isimli şahsa haricen sattığını, aracı teslim etmesine karşın bir miktar alacağının kalması nedeniyle, trafik sicilinden devrini vermediğini, daha sonra ise şahsın izini kaybettiği için devrini veremediğini savunarak hakkında açılmış olan davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, 3.10.2001 günlü kararında, "araç sürücüsü davalı A. A'nın olayda tam kusurlu bulunduğu, diğer davalı S. L'nin ise araç maliki olduğu nedenle istemin kabulüne karar vermiş, Özel Daire'ce hüküm yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuş, bu kez yerel mahkemece, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girme tarihinin, yerel mahkemenin bozmaya konu kararından sonraya ait olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ancak Resmi Gazete'de yayımından sonra açılacak davalarda uygulanması gerekeceği, iptal kararının ayrıca bir hüküm yoksa geriye etkili olmayacağı" gerekçeleri ile direnme kararı verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nın 63. maddesi uyarınca; "Üçüncü bir kişinin suç sayılır hareketi ile bu Kanun'da sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar.

Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, (araç sahiplerine) ve diğer sorumlulara rücu eder ..."

Maddede yer alan (araç sahiplerine) ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2002 tarihli *Resmi Gazete'* de yayımlanan (27.3.2002 gün, 2001/343 Esas, 2002/41 Karar sayılı) kararı ile iptal edilmiştir.

Uyuşmazlık, Anayasa Mahkemesi iptal kararının, görülmekte olan davada, bir diğer ifadeyle, kesinleşmemiş kararlara uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya kanun hükmünde kararname veya bunların belli madde ve hükümleri (Anayasa Mahkemesi kararında aksi yazılı değilse) iptal kararının *Resmi Gazete'* de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar (Anayasa m. 153/3).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye yürümez (Anayasa m. 153/5). Madde hükmünde yer alan bu ilke uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmü; kanunun iptal edilmesinden önce o kanuna dayanılarak yapılmış ve kesinleşmiş olan işlemleri, diğer bir anlatım ile, kesinleşmiş mahkeme kararları (maddi anlamda kesin hükmü) ile oluşan hukuki durumların sonucunu ortadan kaldıramayacak, bu hususların yeniden ele alınıp incelenmesine olanak sağlamayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün geriye yürümemesi, kesinleşen ilamlar bakımından geçerlidir. Anayasa Mahkemesi'nin çok sayıda kararı ile de doğrulanan bu ilke 18.11.1964 gün ve 2/4 ve ayrıca 10.3.1969 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları ile de desteklenmiştir.

Buna karşılık usulü kazanılmış hakkın istisnası niteliğinde olan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, görülmekte olan (derdest) davaları (kesinleşmemiş olan hükümleri) etkileyecek, henüz kesin hükme bağlanmamış bütün davalarda uygulanması gerekecektir (HGK'nın 21.1.2004 gün ve 2004/10-44-19 sayılı kararı).

İptal edilen kanun hükmü mahkemede görülmekte olan davanın hukuki dayanağını oluşturuyorsa, artık Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilecektir.

Hakim, Türk kanunlarını re'sen uygulamakla yükümlüdür (HUMK m. 76). Tarafların bildirdikleri vakialara uygulanacak hukuk kuralını

bulup uygulamak, başka bir deyimle bu vakıaların hukuki niteliğini belirlemek Türk kanunlarını uygulamak demektir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 B, 6. C, s. 1927). İptal kararı ile yürürlükten kalkan bir hukuk kuralı, görülmekte olan bir davanın hukuki sebebini oluşturamayacaktır. Hakim yürürlükte bulunan yasalar uyarınca vakıaların hukuki sebeplerini kendiliğinden uygulamak durumundadır.

Somut olayda yerel mahkeme, 63. madde (araç sahibinin kusursuz sorumluluğunu öngören) hükmü uyarınca davalılardan S. L. hakkında davacı Kurum lehine rücu tazminatına karar vermişken, kararın tebliği aşamasında, Anayasa Mahkemesi'nce hükmün dayanağını oluşturan "*araç sahiplerine*" ibaresi iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün *Resmi Gazete'*de yayımlanması ile davanın hukuki dayanaklarından birisi ortadan kalkmıştır. Bu durumda adı geçen davalının sorumluluğunun saptanması aşamasında, "*araç sahibi*" sıfatından kaynaklanan kusursuz sorumluluğu ile değil, anılan maddede yer alan diğer sorumluluk halleri dikkate alınarak hüküm kurmak gerekecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin kararında "*kişilerin üzerlerine kayıtlı aracı tasarruf edip etmedikleri araştırılmaksızın sadece kayıt işleminin objektif sorumluluğa esas alınmasının*" doğru bulunmadığı vurgulanmıştır. Bu belirleme ile 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nın 63. maddesinde açıklanan "*Diğer sorumlulara rücu eder*" hükmünü işaret ettiği açıktır. Yasa'da yazılı "*diğer sorumlular*" dan kastın ise 2918 sayılı Yasa'nın 85/1 ve aynı Yasa'nın 3. maddesinde yazılı işleten kavramının ne olduğunun tespiti öncelik taşımaktadır.

Şekli ölçüye göre işleten, satışa esas olan tescil belgesinde (m. 19), aracın fenni muayene ve trafiğe çıkmasının temelini oluşturan trafik belgesinde (m. 21), sigorta poliçesi ile (m. 91) vergi kaydında adı yazılı kişidir.

Maddi ölçü ise araçtan ekonomik olarak yararlanmayı ve araç üzerindeki eylemleri egemenliği ölçü alır. 2918 sayılı Yasa bu temel olgu üzerine oturtulmuştur.

Kimlerin işleten olabileceği Yasa'da sıralanmıştır. Öncelikle vurgulanmalı ki kimin araç sahibi olduğu konusunda yasa kuralını koymuştur. Trafiğe tescil, tescil belgesi ile sahiplik, Noter tarafından yapılan satış belgesi birer sahiplik belgesidir. 2918 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde

“araç sahibi, araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya Noterden lehine satış belgesi düzenlenmiş kişi” olarak tanımlamıştır. Trafiğe tescilli araç, ancak Noter sözleşmesiyle devredilir. 2918 sayılı Yasa’nın 20/d maddesi uyarınca trafiğe tescilli araçların haricen satışı geçersiz olup bu husus kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemelerce kendiliğinden (re’sen) göz önünde bulundurulur. İşte bir kaza olduğunda aracın kim yararına kullanıldığına bakılarak sorumlu kişi tespit edilebilecektir.

Trafik sicilinde adına kayıtlı bulunan kişi, aracı kendi hesabına ve kendisine ait olmak üzere kullanıyor ve araçtan ekonomik çıkar sağlıyorsa bu kişi hem şekli hem de maddi anlamda işletendir. Burada maliklik sıfatı ile işletenlik sıfatı aynı kişide birleşmiştir. Noterlerin düzenleme yoluyla yaptığı satışlar dışında, aracın haricen satışında bu satışlar geçersiz olduğundan bu gibi durumlarda aracın sicilde kayıtlı malikine işleten gözüyle bakmak ve buna ağırlık vermek olayın mağdurları bakımından yerinde olacaktır. (Bkz., Ergun Özsunay, “Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak ‘İşleten’ (Araç sahibi) Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Batıder*, Temmuz 1971, C. VI, S. 1 s. 83-110).

2918 sayılı Yasa’nın 3. maddesinde yazılı işleten kavramına da açıklık getirmek gerekir. Bu maddeye göre işleten, araç sahibi olan veya aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracı uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişi işleten olarak kabul edilmektedir. Bunların yanında 2918 sayılı Yasa’nın 17.10.1996 gün ve 4199 sayılı Yasa ile değişik 85. maddesinde motorlu aracın, bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi durumunda bu teşebbüs de sorumluluğa katlanacaktır. Teşebbüs sahibi 2918/3 madde tanımlamasına göre işleten değildir. Gerek motorlu aracın işleteni gerekse teşebbüs sahibi zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Bu sayılanların dışında yasa (2918/m. 3) varsayımlı işleten kavramına yer vermiştir. Zarar görenleri danışıklı (muvazaalı) işlemlere karşı korumak için bu düzenlemeyi yapmıştır. Maddeye göre “ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır” denilmiştir.

Bu gibi olaylarda öncelikle görünür işletenlerin sorumluluğu yönüne gidilmelidir. Davacıların iddiaları ya da davalıların savunmaları varsayımlı işletenliğe yöneldiğinde, muvazaalı işlemler konusunda genel ilkeler gözetilmelidir.

Açıklanan yasal kurallar ışığında somut olaya bakıldığında; kazaya karışan 34 ... 17 plakalı aracın trafik sicilinde S. L. adına kayıtlı olduğu, Zorunlu Trafik Sigortası'nın adı geçen tarafından yaptırıldığı tartışmasızdır. Yerel mahkemece davalı S. L. hakkında 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesinde gösterilen (Araç sahipliği) sıfatı dikkate alınarak hüküm kurulmuştur.

Yukarıda anıldığı gibi 1479/63. madde de yazılı (Araç sahibi) ibaresi Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Mahkemece yapılacak iş 1479/63. madde de yazılı "*diğer sorumlulara*" rücu eder ifadeleri ile, 2918 sayılı Yasa'nın 85, aynı Yasa'nın 3. maddeleri birlikte değerlendirilmek suretiyle, davalı S'nin işleten sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılmak, hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.05.2004

E. 2004/10-233

K. 2004/262

*Rücu en alacak

*İş kazası nedeniyle sürekli iş göremezlik

*Eser sözleşmesi

*Asıl işveren-alt işveren;

iş sahibi-müteahhit ilişkisi

(506 sayılı SSK m. 2, 4/1, 87; 1475

sayılı İş K. m. 1/son; 4857 sayılı İş K. m. 2/6; 818 sayılı BK m. 356 vd.)

Dava, rücu en alacak istemine ilişkindir.

Davacı Kurum vekilli, iş kazası nedeniyle sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bağladığı peşin değerli gelirler ve diğer giderler nedeniyle oluşan kurum zararının davalılardan rücu en tahsilini istemektedir.

Davalı K. M. Anonim Şirket vekili; şirketin faaliyet konusunun iplik üretimi ve dokuma işi olup, ek fabrika, depo ve hizmet binası yapım işinin ihale ile diğer davalı inşaat firmasına verilmesi nedeniyle, anılan davalı inşaat firmasının taşeron olmayıp, asıl işveren durumunda bulunduğunu, bu nedenle de 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde belirtilen müteselsil sorumluluk koşullarının oluşmadığını belirtmektedir.

Yerel mahkemenin; davalılar arasındaki hukuki ilişkiyi anılan Yasa'nın 87. maddesi kapsamında irdeleyerek davanın kabulüne dair kararı, davalı K. AŞ vekilinin temyiz itirazları dikkate alınarak Yüksek Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme, *"davalı K. AŞ her ne kadar polyester iplik ve dokuma üretimi alanında faaliyet göstermekte ise de, şirkete ait ek endüstriyel tesis inşaatının yapımının diğer davalı S. AŞ'ye verildiği, bu ek endüstriyel tesis inşaatının ... makine ve elektrik montajı işlemlerinin de bulunduğu, bunlardan mekanik montaj ve elektrik montaj işlerinin S. AŞ dışındaki başka taşeronlara verildiği, taraflar arasında imzalanan sözleşme içeriğine göre çalıştırılacak işçilerin vasıflarının belirlenmesi, işin sevk idaresi ve denetiminde K. AŞ'nin yetkili olduğunun belirtildiği, S. AŞ'nin ek fabrika inşaatının bir bölümünün yapımını üstlendiği işin anahtar teslimi sureti ile bütününe almadığı, bağımsız bir işyeri niteliğini taşımadığı, taşerona malzemelerin verilmesi işinde asıl işverene ait bir kısım işçilerin iş yerinde çalıştıkları, bu nedenle davalı iş verenler arasında alt-üst işveren ilişkisinin bulunduğu, S. AŞ'nin taşeron durumunda olduğu, 506 Sayılı Kanun'un 87. maddesi kapsamında K. AŞ'nin de asıl işveren olarak sorumlu tutulması gerektiği"* gerekçesi ile kararında direnmiştir.

Somut olaya geçmeden önce, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa m. 87 ve ilgili kavramların irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, maddenin *"aracı"* olarak nitelediği üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

Ekonomide yaşanan yoğun rekabet ortamı ve teknolojiye ulaşılan seviye, tüm alanlarda uzmanlaşmaya giderek hızlı, kaliteli ve daha uygun maliyetli mal ve hizmet üretimini zorunlu kılmaktadır. Bu gereksinime paralel olarak yeni üretim ve çalışma ilişkileri ortaya çıkmıştır.

Bunlardan; asıl işverenin yanında "taşeron" olarak adlandırılan başka işverenlerinde işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan "asıl işveren-alt işveren" ilişkisini Sosyal Sigortalar Yasası açısından ele alan, 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesi hükmü, tıpkı 1475 sayılı İş Yasası'nın 1/son ve 4857 sayılı İş Yasası'nın 2/6. maddelerinde olduğu gibi aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır. Amaç, sigortalının sosyal güvenlik hakkının yanında, halefi konumundaki Sosyal Sigortalar Kurumu'nun prim tahsilatının, alt işverenin yanında asıl işverenin de sorumluluğunu öngören düzenlemelerle güvence altına alınmasını sağlamaktır.

Üçüncü kişinin aracılığı başlıklı, 506 sayılı Yasa m. 87; "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun iş verene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir. Bu hüküm ile asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Sosyal Sigortalar Yasası'na göre, aracıdan söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce, bir asıl işverenin varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmeyi ve nihayet asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmayı gerektirir. Asıl işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır. Aracı her şeyden önce bir "asıl işveren" in varlığını zorunlu kılmaktadır. Maddede belirtilen koşullardan birisinin dahi yokluğu durumunda aracıdan söz edilemez.

Asıl işveren; SSK m. 4/1 gereğince, bu Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi olup, işveren niteliği sigortalı çalıştırmanın doğal sonucudur. Yasa'nın tanımından hareketle, asıl işveren-alt işveren ilişkisi için, işyerinde "iş sahibi" nin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan iş sahi-

bi “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlarda aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işverendir. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, Sosyal Sigortalar Yasası anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasa’nın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır. Burada önemli olan yön, “devir” olgusunun somut olayda gerçekleşmesidir. Bu kapsamda, devirden amaçlanan, yapılmakta olan işin, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alana bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak bir işin devridir. Ekonomik olarak birbirleriyle bağlantılı bulunsalar da, bu işyerleri bağımsız sonuç elde etmeye yöneliktirler. İşin devri söz konusu değilse, bu kişiler işveren vekili olarak kabul edilebilecek, bu durumda Yasa’nın öngördüğü ödevlerden, işi bölüp dağıtan iş sahibi, işveren niteliği ile sorumlu olacaktır.

Diğer işyerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle “işveren” sıfatına sahip olan kimse de, işverenlik sıfatına (devredilen iş dolayısıyla) sahip olmadığı için, asıl işveren olarak sorumlu bulunmayacaktır.

Aynı şekilde, işi alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranıktır. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına yada ortakları ile işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır.

Yasa, alt işverenlik için, bir işte, bir işin bölüm yada eklentilerinde işverenden iş almayı aramaktadır. 87. madde anlamında aracıdan söz edebilmek için, aracının aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi yada yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Bir diğer anlatımla, bir işverene ait işyerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda “aracıdan” söz edilebilecektir. Bu anlamda bir bağlantının varlığı için, işyerinde üretilen mal yada

hizmetin niteliğine bakılması gerekir. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan, ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 sayılı Yasa uygulaması yönünden aracından söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır.

Davaya konu somut olaya gelince; asıl işi polyester iplik ve dokuma üretimi olan davalı K. M. Sanayi Anonim Şirketi, ek fabrika, hizmet binası ve depo yapım işini, diğer davalı S. Sanayi İnşaat Taahhüt ve Ticaret Anonim Şirketine, inşaat sözleşmesi ile vermiştir. Sözleşmede, kullanılan malzemenin cins, miktarı ve kalitesinin iş sahibi tarafından denetleneceği vb. hükümler bulunmaktadır. Zararlandırıcı sigorta olayının, belirtilen işin yapımı sırasında meydana geldiği ve sigortalının davalı S. AŞ işçisi olduğu çekişmesizdir. İnşaat işinde davalı K. AŞ, kendi sigortalılarını çalıştırmamıştır. Yapıtırmakta olan endüstriyel tesis nedeniyle mekanik ve elektrik montaj işlerinin farklı işverenlere verildiği belirtilmiştir.

Uyuşmazlık; somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin; asıl işveren-alt işveren mi, yoksa iş sahibi müteahhit ilişkisi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yapılmış olan eser sözleşmesinde işin kalitesi ve işyeri disiplini amacıyla bir kısım hükümlerin yer alması, inşaat sahipliği dışında asıl işverenlik sıfatını doğuracak, işi alanın bağımsız işveren kimliğini ortadan kaldıracak bir etmen olmayıp, anılan sözleşmenin, Borçlar Yasası'nın 356. vd. maddeleri doğrultusunda müteahhide yüklenen sorumluluğun doğal bir sonucu olarak, sözleşme hükümlerinin proje ve teknik şartnameye uygunluğunun saptanabilmesi amacına yönelik olduklarının kabulü zorunludur.

Tesisin tamamının bir tek işverene ihale edilmemesinin, bağımsız işveren niteliğinin oluşmasına engel olacağı düşüncesi ise, yaptırılmakta olan işin kapsam ve bir çok farklı alanda uzmanlığı ve istihdamı zorunlu kılan kompleks yapısı ve ihale edilen işin kendi niteliği içinde, tamamen bağımsız bir bütünsellik oluşturduğu dikkate alındığında kabul edilmesi mümkün görülmemektedir.

Belirtilen bu maddi ve yasal olgular karşısında, işin niteliği ve yürütümü bakımından dokuma işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikteki, ihale ile verildiği anlaşılan ek inşaat işinde sigortalı çalıştırmayan dokuma işvereni davalı K. M. AŞ'nin 87. madde kapsamında asıl işveren olarak nitelendirilerek, sorumluluğuna karar verilmesi mümkün değildir.

Yerel mahkemece aynı yöne işaret eden bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

KARŞI OY

Uyuşmazlık, SSK tarafından açılan rücu davasına ilişkindir.

Somut olayda iş kazasının oluşmasına neden olan kuyunun fabrika alanında ve davalılardan müteahhitle yapılan sözleşme gereğince diğer davalı fabrika sahibi K. AŞ tarafından açıldığı anlaşılmasına göre, bu kuyunun güvenli bir şekilde üstünün kapatılmasından ve o şekilde muhafaza edilmesinden bu davalının da sorumlu olduğu, aksi halde oluşacak zarardan dolayı asıl işveren müteahhit şirket diğer davalı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı aşikardır. Bu durum karşısında davalı K. AŞ'nin de SSK'nın 26/2. maddesi hükmü uyarınca davacı Kurum'a karşı zararı gidermekle sorumlu olduğu düşüncesiyle, olayı SSK'nın 87. maddesi çerçevesinde değerlendirerek davalı K. AŞ'nin zarardan sorumlu tutulmaması gerektiği yönündeki çoğunluk düşüncesine katılmıyoruz.

Işıl Ulaş
11. HD Bşk.

İ.Ulusoy
15. HD Bşk.

M. H. Surlu
11. HD Bşk.

A.Özgan
11. HD Üyesi

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay Sekizinci Daire

T. 12.04.2005

E. 2004/2087

K. 2005/1702

İstemın Özetı: Davacının İstanbul Barosu levhasına yazılmak için yaptığı başvurunun İstanbul Barosu'na kabul edilmesine karşın, Türkiye Barolar Birliği'nin "*baro levhasına yazılma isteminin reddine*" ilişkin kararını onayan Adalet Bakanlığı Hukuk İŞleri Genel Müdürlüğü'nün 23.5.2003 gün ve 011021 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemi iptal eden Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2003 gün ve E. 2003/1142, K. 2003/1830 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasa'nın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özetı: İstemın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat ToktaŐ'ın Düşüncesi: İstemın kabulü gerektiği düşünölmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Erbük'ün Düşüncesi: Davacının baro levhasına yazılma isteminin reddine ilişkin işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/c maddesinde, avukatlık mesleğine yaraŐmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak halinde, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı kuralı yer almaktadır.

Davacının memuriyet görevi sırasında işlediği efrada sui muamele suçundan mahkum edilmiş, kesinleşen mahkumiyet kararı tecil süresinin iyi halle geçirilmiş olmasından dolayı Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla esasen vaki olmamış sayılarak adli sicil kaydından silinmiŐse de, işlenen suçun niteliği avukatlık mesleğinin ilke ve amaçları ile bağdaşmamaktadır. Davacının

mahkumiyetine neden olan eylemin toplumda yarattığı olumsuz etki dikkate alındığında avukatlık mesleğine katılmak için baro levhasına yazılma isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

Türk Milleti adına;

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık; davacının İstanbul Barosu levhasına yazılmak için yaptığı başvurunun İstanbul Barosu'nca kabul edilmesine karşın, Türkiye Barolar Birliği'nin "baro levhasına yazılma isteminin reddine" ilişkin kararını onayan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 23.5.2003 gün ve 011021 sayılı işleminin iptali isteminden doğmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "yönetim kurulunun görevleri" başlığını taşıyan 95. maddesinin, 21. fıkrasında, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak baro yönetim kurullarının görevleri arasında sayılmış, 110. maddesinin 17. fıkrasında aynı yönde getirilen düzenleme, Barolar Birliği'nin görevleri arasında yer almıştır.

Aynı Kanun'un "avukatlığa kabule engeller" başlığını taşıyan 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ise, "avukatlık mesleğine yaşayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinmiş olmak" fiili, avukatlığa engel fiil ve hallerden sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Emniyet Müdürlüğü'nde görev yaptığı sırada "efrada sui muamele" suçundan dolayı yapılan yargılaması sonrasında mahkum olan ve bu cezası kesinleştikten sonra İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.6.2003 günlü kararıyla sabıka kaydı silinen davacının, 22.4.2003 günlü dilekçeyle İstanbul Barosu levhasına avukat olarak yazılmak için yaptığı başvurunun, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nca kabul edilmesine karşın Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 10.5.2003 gün ve 7053-1 sayılı kararıyla "adı geçenin Emniyet Müdürlüğü'nde görev yaparken işkence suçundan mahkum olduğu, insan haklarını savunmak ve korumakla görevli bir kurumun insanlığa karşı suç olarak nitelenen bir eylemden mahkum olan bir kişiyi avukat olarak bünyesine kabul etmesinin mümkün olamayacağı ve ilgilinin bu davranışıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/c maddesinde ifade edilen avukatlık mesleğine yaşayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinir hale geldiği" gerekçesiyle İstanbul Barosu'nun söz konusu kararı uygun bulunmayarak, davacının avukatlık ruhsatnamesi verilmesi yönündeki talebinin reddedildiği; Barolar Birliği'nin bu kararının Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 23.5.2003 gün ve 011021 sayılı işlemi ile onaylanarak kesinleşmesi üzerine bu işlemlerin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesi'nce; 1136 sayılı Kanun'un 5/c maddesinde belirtilen avukatlık mesleğine yaşayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş

olmasından söz edilebilmesi için bu tutum ve davranışlarının, çevrece bilinmiş olmasını sağlayacak derecede süreklilik arz ettiğinin sübjektif değerlendirmelerden uzak bir biçimde kanıtlanmasının gerektiği, oysa davacının mahkumiyetinin ertelenmiş olması ve erteleme süresini iyi halle geçirmesi nedeniyle adli sicil kaydının silinmesi de göz önüne alındığında, olayda anılan yasa hükmünde öngörölen tutum ve davranışlarının çevresince bilinecek Şekilde süreklilik arz ettiği ve yaygınlaŐtıđından söz edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemler iptal edilmiş ise de; gerek ulusal, gerek ulusal üstü metinlerde “*insanlığa karşı işlenen suçlar*” kapsamında değerlendirilen işkence (efrada sui muamele) suçundan mahkum olan davacının bu fiilinin hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bađdaŐmadıđı açıktır.

Şu hale göre; davacının mahkumiyetine neden olan bu eyleminin toplumda yaratacağı olumsuz etkileri dikkate alındığında, avukatlık mesleğine katılmak için baro levhasına yazılmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka ve mevzuata uyarlık görölmemiŐtir.

Öte yandan; davacının işkence suçundan dolayı almış olduğu mahkumiyetinin, mahkeme kararıyla adli sicilden silinmiş olmasının, işlenen fiilin niteliği karşısında, avukatlık mesleğine kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağı tartışmasızdır.

Açıklanan nedenlerle; Ankara 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesi’ne gönderilmesine 12.4.2005 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.

* * *

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

T. 31.03.2005

YD. İtiraz No: 2005/117

*** Adalet Bakanlığı’nca mülakatla hakim adayı atama uygulamasının Anayasa’ya uygunluğunun irdelenmesi**

(Anayasa m. 2, 10, 138, 140; 2082 Hakimler ve Savcılar K. m. 8, 9, 27, 28, 31; 2949 S. K. m. 28)

İtiraz Yoluyla Anayasa Mahkemesine Başvurulması Kararı

2004 yılı Adli Yargı Hakim Adaylığı mülakat sınavının sonuçlarının tamamının ve bu mülakat sınavının dayanağı olan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği’nin 8. maddesindeki

"... ve mülakat şeklinde iki kademe" ibaresinin, mülakat kurulunun oluşumunu düzenleyen 27. maddesinin, 28. maddesindeki "mülakat ... Adalet Bakanlığı'nca yapılır." ibaresinin ve mülakatın değerlendirilmesini düzenleyen 31. maddesinin 1. fıkrasının iptali, ayrıca Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin (1) bendindeki "mülakatta başarı göstermek" ibaresiyle, 9. maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunun saptanarak iptaline karar verilmesi için dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi istemiyle açılan davaya ait dosya incelendi:

Yazılı yarışma sınavını kazandıktan sonra davalı idarece yapılan mülakatta başarısız bulunan davacının açmış olduğu bu davada, öncelikle Adalet Bakanlığı'nca mülakatla hakim adayı atama uygulamasının Anayasa'ya uygunluğunun irdelenmesi gerekmektedir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinde, başta öğrenim olmak üzere diğer şartları taşıyanların yazılı yarışma sınavına katılabilecekleri, bu sınavı kazananlardan yapılacak mülakatta başarılı bulunanların hakim adaylığına atanacağı hükme bağlanmış; aynı Kanun'un 9. maddesinde de, yarışma sınavı, mülakat uygulamasının yönetmelikte düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anılan Kanun'la düzenleme yetkisi tanınan Adalet Bakanlığı çıkardığı yönetmeliğin 28. maddesinde, yazılı yarışma sınavını kazananların, ifade ve bir konuyu kavrayıp özetleme ve değerlendirme yeteneğini, davranışını, genelde fiziki durumunu tespit için mülakat yapılacağını, 27. maddesinde, mülakat kurulunun, Bakanlık Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı'nın başkanlığında Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri, Personel Genel Müdürü'nden oluşacağını kararlaştırmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlettir. Adil bir hukuk düzeninin kurulması ise, yargının bağımsızlığı, hakim bağımsızlığı ve teminatının sağlanması ile mümkündür.

Hakim bağımsızlığı ve teminatı Anayasa'nın 138 ve 140. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 140. maddesinde, hakim ve savcılarının nitelikleri ve atanmalarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Hakimlerin mesleğe ne şekilde kabul edildikleri doğrudan bağımsızlıklarıyla ilgili olması karşısında, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarının, hakimlerin seçiminin tarafsız, objektif sadece liyakatı ölçmeyi amaçlayan sınavla yapılmasını gerektirdiği açıktır.

Nitekim yargı bağımsızlığının temel ilkesini 15.12.1985 günlü 46/146 sayılı kararı ile onaylayan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu "Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde,

amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hakimlerin seçiminde. bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak; ancak hakim adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.” ilkesini kabul etmiştir.

Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı konusunda 13.10.1994 günlü, 518. toplantısında aldığı kararda da *“Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır.”* ifadesine yer vermiştir.

Sözlük anlamı, davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla bir kişiyle yapılan sorulu cevaplı görüşme olan mülakat, bilgi ve liyakati ölçmeyi amaçlayan objektif bir yöntem olmaması nedeniyle hakim teminatıyla çelişmektedir. Ayrıca, subjektif nitelikteki mülakat, yargısal denetime de elverişli olmayıp; yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, maddi hata gibi konularla sınırlı biçimde yapılabilmektedir.

Bu itibarla hakimlerin seçiminde subjektif nitelikteki mülakat yöntemini kabul eden, Adalet Bakanlığı’na yönetmelik düzenleme yetkisi tanıyarak, mülakatın Adalet Bakanlığı personeline yapılmasına olanak sağlayan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 8 ve 9. maddeleri, Anayasa’nın 140. maddesine, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esasına, hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler içermektedir.

Mülakatla hakim adayı atama uygulamasının Anayasa’ya aykırılığı yanında mülakatı yapan kurulun oluşumu da Anayasa’ya aykırı bulunmaktadır. Yasama ve yürütme organından bağımsız olarak görev yapması gereken hakimlerin daha mesleğe girişte yürütme organı tarafından seçilen mülakat kurulu tarafından mülakata tabi tutulmasının, yargı bağımsızlığı ile bağdaştırılması mümkün değildir. Mülakat kurulunu oluşturan Adalet Bakanlığı personelinin hakim ve savcı kökenli olmaları da statüleri itibarıyla Adalet Bakanı’na bağlılıkları, belli bir hiyerarşi içinde yer almaları nedeniyle yargı bağımsızlığı yönünden ortaya çıkan sakıncaları gidermemektedir.

Sonuç olarak hakim adaylığına atanabilmek için yazılı sınavı kazanan kişilerin mülakat sınavına tabi tutulmasının Anayasa’nın 2, 10, 138 ve 140. maddelerine aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına götürülen görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanun’un 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 8. maddesinin (1) bendindeki *“mülakatta başarı göstermek”* ibaresiyle, 9. maddesinin son fıkrasında yer alan *“mülakat”* ibaresinin Anayasa’nın 2, 10, 138 ve 140. maddelerine aykırı olduğu

kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç veya olanaksız zararlar doğurabileceği gözetilerek esas hakkında karar verilmeye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, Danıştay Başkan Vekili Tansel Çölaşan, 2. Daire Başkanı Mustafa Birden, 8. Daire Başkanı Güngör Demirkan, 6. Daire Başkanı Acar Oltulu, 2. Daire Üyesi Kamuran Erbuğa, 10. Daire Üyesi Ali Güven, 8. Daire Üyesi Ayla Alkılıvcım, 6. Daire Üyesi Sinan Yörükoğlu, 13. Daire Üyesi Z. Ayla Perktas, 11. Daire Üyesi M. Nihat Turan, 8. Daire Üyesi Alaattin Ögüş, 6. Daire Üyesi Habibe Ünal, 13. Daire Üyesi Turan Karakaya'nın karşı oylarıyla, 31.3.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X. Dava, 2004 yılı Adli Yargı Hakim adaylığı mülakat sınavının sonuçlarının tamamının ve bu mülakat sınavının dayanağı olan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nin 8. maddesindeki "... ve mülakat şeklinde iki kademede" ibaresinin, mülakat kurulunun oluşumunu düzenleyen 27. maddesinin, 28. maddesindeki "mülakat ... Adalet Bakanlığı'na yapılır." ibaresinin ve mülakatın değerlendirilmesini düzenleyen 31. maddesinin 1. fıkrasının iptali, ayrıca Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin (ı) bendindeki "mülakatta başarı göstermek" ibaresiyle, 9. maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunun saptanarak iptaline karar verilmesi için dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi istemiyle açılmıştır.

Yargıçların yargı yetkisini hiçbir etki altında kalmadan kullanabilmeleri için bağımsız ve güvenceli olmaları gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. Demokratik hukuk devletinde yargıcın bağımsızlığı adaletin güvenilir bir şekilde gerçekleştirilmesinin yanı sıra bireyin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesini oluşturmaktadır. Çağdaş anayasalarda olduğu gibi Anayasamızda da yargıçların bağımsızlığı ve güvencesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, 139. maddesinde de "hakimlik ve savcılık teminatına" ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca, 140. maddesinde yargıç ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarılmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı esaslarına göre yasayla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Yargıçların ve savcılarının nitelikleri ve atanmaları bağımsızlıklarıyla yakından ilgilidir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.1990 gün ve E. 1990/13, K. 1990/30 sayılı kararında da "Nitelik saptanmadan atama işlemi yapılamayacağına göre, yargıç ve savcılarının nitelikleri, doğal olarak, atanmadan önceki dönemde yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenebilecektir. Bu durumda, yargıç ve savcılarının diğer özlük haklarının yanı sıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinin adaylık dönemini de kapsadığının kabulü zorunludur.

Böylece, Anayasa, yargıçlık ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin sonucu olarak bu mesleğe girecekleri adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Öyleyse, yargıç ve savcı adaylarına ileride üstlenecekleri görevi doyurucu biçimde yerine getirebilmeleri için adaylık dönemi içinde de yeterli güvence sağlanmalıdır." gerekçesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararına göre, yargıç ve savcı adaylarına adaylık dönemi içinde de güvence sağlanmalı ve yasal düzenlemeler bu esasa uygun olarak yapılmalıdır.

Yargıçların atama ve özlük işlerinde, ülkelere göre değişen çeşitli sistemler kabul edilmiştir. Yargıçların halk tarafından seçilmesi, yargıçların yasama organı tarafından seçilmesi, yargıçların yürütme organı tarafından atanması veya yargıçların yargıçlar tarafından atanması demokratik ülkelerde kabul görmüş sistemlerdir. Türkiye'de ise 1961 Anayasası'nda öngörülen ve salt yargıçlardan oluşan Yüksek Hakimler Kurulu yerine bundan farklı olarak 1982 Anayasası'nda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu oluşturulmuştur. Anayasa'nın 159. maddesinde, söz konusu Kurul'un, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı esaslarına göre kurulup görev yapacağı belirtilmiş; maddenin 2.fıkrasında da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin yanı sıra Kurul'un başkanının Adalet Bakanı olacağı, Adalet Bakanlığı müsteşarının da Kurul'un tabii üyesi olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı yargıç ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme işlemlerinin yanı sıra madde de sayılan diğer işlemleri de yapmakla görevli ve yetkili kılınmıştır. Anayasamıza göre Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevi adaylık dönemini başarıyla tamamlayan hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme noktasında başlayacağından, adaylığa atama, staj ve adaylık süresi sonucunda sınav yapmanın Adalet Bakanlığı'nın görevinde olduğu hususunda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Davada, 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesindeki "mülakatta başarı göstermek" ibaresi ile 9. maddesinin son fıkrasında yer alan mülakata ilişkin hususların Yönetmelik'te düzenleneceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Maddelerdeki düzenlemeyle Yasa'nın 8. maddesinde belirtilen niteliklere sahip olanlardan yazılı sınavda başarı gösterenlerin adaylığa atanabilmeleri için mülakatta da başarılı olmaları, gerektiği öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.1990 gün ve E. 1990/13, K. 1990/30 sayılı kararında, "sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermek, Anayasa'nın yargıç ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile bağdaşmamaktadır." gerekçesine dayalı olarak hüküm kurulmuştur. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tek başına, sadece sözlü sınav yapılmasını Anayasa'nın yargıç ve savcılara tanıdığı güvenceye aykırı bulmuştur.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen 8 ve 9. madde de ise öncelikle bir yazılı sınav yapılması, bu sınavda başarılı olanların da "mülakat barajını" aştıktan sonra adaylığa atanmaları kabul edilmiştir. Mülakata ilişkin esasları düzenleyen ilgili Yönetmeliğin 28. maddesine göre mülakat 1. sınıf yargıçlardan oluşan bir kurul tarafından yapılmakta ve ilgilinin ifade ve bir konuyu kavrayıp özetleme ve değerlendirme yeteneği, davranışı, genel ve fiziki durumu tespit edilmektedir. Yargıçlık ve savcılık mesleğine aday olarak dahi atanabilmek için bu meslek yönünden aranılması zorunlu olan ehliyetin kanıtlanmış olması gerektiği kuşkusuzdur. Mesleki ehliyetin sadece bilgiden ibaret olmadığı, hakim ve savcılık mesleğine uygun genel ve fiziki durumu, davranışı, ifade kabiliyetini de içerdiği, bu konuların ise yapılacak bir mülakat sonucunda saptanabileceği dolayısıyla mülakatın hizmetin bir gereği olduğu tartışmasızdır.

Nitekim bu güne kadar hakim ve savcı adaylığı sınavları bu sisteme göre yapılmıştır. Sonuç olarak; bilginin ölçüldüğü bir yazılı yarışma sınavından sonra, adaylığa atanabilmek için yapılacak ve esasları Yönetmelik'te belirtilen mülakatta da başarı gösterilmesinin aranmasında hizmetin gereklerine, kamu yararına, Anayasa'nın yargıç ve savcılar için tanıdığı bağımsızlık ve güvenceyle ilgili esaslara aykırılık bulunmadığından aksi yöndeki karara katılmıyoruz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 05.09.2005
E. 2005/167
K. 2005/269

* Disiplin kovuşturmasının ceza
davasının sonucuna
kadar bekletilmesi
(Av. K. m. 58/1, 140/2)

Şikayetli avukat hakkında, "Aydın 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/246 esasında kayıtlı olan kamu davasında, sanık sıfatıyla yargılanan şikayetçi A'nın vekaletini üstlendiği, sanığın mahkumiyetine ilişkin 2003/179 sayılı kararın şikayetli avukata 29.05.2003 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen, yasal süresi içinde temyiz edilmeyerek kararın kesinleşmesine sebebiyet verdiği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek, şikayetli avukatın altı ay süre ile işten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

İncelenen dosya içeriğinden, şikayetli avukat hakkında 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 58/1. maddesi gereğince Aydın Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 22.10.2004 tarih ve 2004/2-216 sayılı fezleke düzenlendiği, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nden soruşturma izni talebinde bulunulduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi, "Disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturması, ceza davasının sonuna kadar bekletilir." hükmünü içermektedir.

Dosyada, kamu davası dayanağı olan ve yukarıda tarih ve sayı nosu bildirilen ceza soruşturmasının sonuçlandırıldığına ilişkin herhangi bir bilgi veya belge yoktur.

Bu sebeple ceza soruşturmasının sonucu araştırılmaksızın, Avukatlık Yasası'nın 140/2 maddesinin emredici hükmü gözetilmeden karar verilmesi isabetli bulunmamış ve Baro Disiplin Kurulu Kararı'nın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, şikayetli avukat hakkında başlatılan ceza soruşturmasının hangi aşamada olduğunun araştırılması, dava açılmış ise sonucunun bekletilmesi, sonuçlanmış ise kesinleşme şerhi ile birlikte mahkeme kararının dosyamız içine konularak, oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun "*altı ay süre ile işten çıkarma*" cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/172
K. 2005/272

*** Özen ve sadakat yükümlülüğü**
(Av. K. m. 34, 136/1; TBB
Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukatın, şikayetçi aleyhinde Adana 2. İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nin 2003/211 esasında kayıtlı "*takibin iptali*" davası açtığı, "*borçlunun %40 icra inkar tazminatına mahkum edilmesi*" cümlesini sonradan eklediği, bu ibarenin şikayetçiye gönderilen nüshada olmadığı, ayrıca Mersin 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/249 esasında kayıtlı icra takibinde yasal faiz olarak %57 oranında faiz talep ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, "*Adana 2. İcra Tetkik Mercii Hakimliği'ne dava dilekçesini vermeden önce unuttuğunu fark ettiğini ve 'borçlunun %40 inkar tazminatına mahkum edilmesi' cümlesini ekleyip parafladığını, yargılama sırasında şikayetçinin avukatının bu konuya ilişkin bir itirazının olmadığını, %57 oranında faiz istemesinin TBB Meslek Kuralları'na aykırı olduğunu bildiğini fakat ilamlı takip nedeniyle icra emrinin borçlu avukatına gönderilmiş olduğunu, borçlu-şikayetçi vekilinin itirazda da bulunmamış olduğunu*" savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın İ. vekili olarak, şikayetçi aleyhinde Adana 2. İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nin 2003/2111 esasında kayıtlı "*takibin iptali*" istemli davayı açtığı, şikayetçiye gönderi-

len dava dilekçesi metninde yazılı olmayan “borçlunun %40 inkar tazminatına mahkum edilmesi” cümlesinin mahkeme dosyasına konulan dava dilekçesine eklendiği, bu hususu daha sonra da karşı taraf-şikayetçiye tebliğ ettirmeyerek “%40 oranında icra inkar tazminatı talebi” gibi önemli bir isteğe karşı şikayetçinin cevap vermesine ve savunma yapmasına haksız olarak mani olunduğu, ayrıca Mersin 5. İcra Müdürlüğü’nün 2004/249 esasında başlatılan icra takibinde yasaya aykırı olarak %57 oranında faiz talep ettiği anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesine göre, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

TBB Meslek Kuralları’nın 3. maddesine göre “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.” TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddesine göre de, “Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemleri Avukatlık Yasası’nın 34 ve TBB Meslek Kuralları’nın 3 ve 4. maddesine aykırı olmakla, disiplin suçunu oluşturduğundan, eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna dair Baro Disiplin Kurulu’nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

Ancak şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası’nın 34. maddesine aykırı olduğu kabul edildiğinde, Avukatlık Yasası’nın 136/1 maddesi uyarınca en az kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi gerekir.

Bu sebeplerle, şikayetli avukat hakkında Baro Disiplin Kurulu’nca tayin edilen “uyarma” cezasının, “kınama” cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, şikayetçinin itirazının kabulü ile Mersin Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkında verdiği uyarma cezasının “kınama” cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005

E. 2005/ 175

K. 2005/273

*** İkinci avukatın, işi kabul etmeden önce, vekalet verilen ilk avukata yazıyla bilgi vermesi yükümlülüğü**

(TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli avukat hakkında, "TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesinde belirtilen (İş sahibi anlaşmayı yaptığı avuktan sonra ikinci bir avukata da vekalet vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce, ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir.) kuralına aykırı davranması" nedeniyle başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, ikinci avukat konumundaki şikayetli avukat, zaman darlığı nedeniyle ilk avukata, yazıyla bilgi veremediğini kabul etmekte ancak şifahi olarak bildirimde bulunduğunu beyan etmiş ise de, şikayetçi avukat beyanında dosyaya vekalet konulduktan sonra bildirildiğini iddia etmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine göre, ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermek zorundadır. Her ne kadar kovuşturma konusu olayda sürenin darlığı nedeniyle birinci avukat konumundaki şikayetçi avukata sözlü bilgi verildiği ileri sürülmüş ise de, bu iddianın doğru olduğu bir an kabul edilse dahi, 39. maddede yazıyla bilgi verilmesi öngörüldüğünden, bu durum disiplin suçunun oluşumunu ortadan kaldırmamaktadır.

Şikayetli avukatın iddia ettiği gibi, olayda zaman darlığından kaynaklanan zorunluluk hali de bulunmamaktadır. Günümüz teknolojik olanakları dikkate alındığında, aynı baroya bağlı olarak çalışan avukatların faks, elektronik posta, APS gibi yollarla birbirlerine yazılı bilgi iletmeleri birkaç saat içerisinde mümkün olabilmektedir. Şikayetli avukatın eylemi TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olduğundan disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 05.09.2005

E. 2005/177

K. 2005/274

* Özen yükümlülüğü

* Meslekteş hakkında küçük düşürücü kişisel görüşleri açıklama yasağı

(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 5, 27)

Şikayetçi avukatın, yanında çalışan H'yi icra dosyasını incelemek için icra müdürlüğüne gönderdiği, bu şahsın dosya ile ilgili notlarını aldığı sırada, icra dairesinde bulunan şikayetli avukatın aynı dosyayı aradığı ve yerinde bulamadığı, H'nin dosyayı icra müdürüne verdiğinde şikayetli avukatın, "Müdür bey, işte dosyayı masanın altından çıkarttı. Dosyayı saklayan bu imiş, bu M'nin elemanı, bundan önce son kez dosyayı M. incelemiş, bunlar dosyayı saklıyorlar." dediği, bu sözlerin TBB Meslek Kuralları'na aykırı olduğu iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmemiş ve şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Soruşturmacı üyeye ifade veren icra müdür muavini Ö. ifadesinde, "şikayetli avukatın bir kez isim vermeden, bir kez de Av. M'nin ismini telaffuz ederek, dosyamı çaldı dediğini" bildirmiştir.

Şikayetli avukatın vekili Av. N., Baro Disiplin Kurulu'nun 03.02.2005 tarihli oturumunda, "vekil edeni şikayetli Av. C.'nin icra dairesinde dosyanın aranmasına rağmen bulunamaması üzerine dosya yerinde olmadığı için dosyayı saklıyorlar demesinin normal ve mesleğin gereği olduğunu" savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin Kahramanmaraş 1. İcra Müdürlüğü'nde, aradığı dosyanın bulunamaması üzerine, şikayetçiye hedef alan "(...) daha önce bu dosyayı M. inceledi, daha sonra dosya kayboldu, bunlar dosyayı saklıyorlar" sözlerini söylediği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar Baro Disiplin Kurulu, şikayetçinin sarf ettiği sözlerin şikayetli hakkında değil, katibi hakkında söylendiği kabul ederek şikayetli hakkında "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar vermiş ise de, dosyadaki delillerden, özellikle icra müdür muavini Ö'nün ifadesinden, şikayetli avukatın sözlerinin, şikayetçiyi hedef aldığı anlaşılmaktadır.

Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık

unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdür (Avukatlık Yasası m. 34).

Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır (TBB Meslek Kuralları m. 5).

Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı, özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça belirtemez (TBB Meslek Kuralları m. 27).

Şikayetli avukatın, şikayetçi meslektaşı hakkında, "Bunlar dosyayı saklıyorlar" biçiminde sözler sarf etmesi Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB meslek kurallarının 5 ve 27. maddelerini ihlal eder mahiyet ve niteliktedir. Bu sebeple, Baro Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılarak, yeniden incelemeyi gerektirir bir halin bulunmaması sebebiyle şikayetli avukat hakkında "kınama" cezası tayinine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Kahramanmaraş Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir halin bulunmaması sebebiyle şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/178
K. 2005/275

* Meslektaş aleyhinde takip edilen
dava ve takiplerin baroya
bildirilmesi yükümlülüğü
(Av. K. m. 34; TBB Meslek
Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukatların, diğer şikayetli avukat vekilleri olarak, şikayetçi aleyhinde Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/683 esasında kayıtlı olarak tazminat davası açtıkları, bu mahkemenin kararına dayanılarak şikayetçi avukat aleyhinde Ankara 27. İcra Müdürlüğü'nün 2004/803 esasında kayıtlı olarak icra takibi başlattıkları, şikayetçi avukat aleyhinde gerek davayı açarken gerek icra takibinde bulunurken baroya bildirimde bulunmadıkları iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, şikayetli avukatların eylemleri Baro Disiplin Kurulu'nca

sabit görülmüş ve her üç şikayetli avukat hakkında disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar, şikayete konu edilen Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki davanın, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun başka bir dosyası ile ilgili olarak şikayetçi tarafından verilen bir dilekçe ile açılmış olduğunu, bu nedenle Baronun bilgisi bulunduğunu, ayrıca şikayetçinin avukatlık mesleği ile ilgisi bulunmayan davanın baroya bildirilmesine gerek olmadığını savunmuşlardır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatların, şikayetli avukat vekilleri olarak Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/683 esasında kayıtlı olarak şikayetçi avukat aleyhinde tazminat davası açtıkları, açılan davada verilen karara dayanılarak bu kez şikayetli avukatlar tarafından şikayetçi aleyhinde icra takibi başlattıkları ve şikayetli avukatların açtıkları dava ve başlattıkları icra takibi nedeni ile Ankara Barosu'na bilgi vermedikleri anlaşılmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre, *"Bir avukat, bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna bildirir."*

Maddenin amacı, avukatla avukat ve/veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baronun bilgisi ve öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinmesini sağlamak olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse re'sen disiplin soruşturması açılmasını sağlamaktır. Görüldüğü gibi bildirim amacını avukatı kontrol olmayıp, avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında baro organlarını daha aktif ve mesleki dayanışmaya zarar verecek uyuşmazlıkları gerekirse sulhen çözümlenmekle sorumlu kılmak, avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamaktır. Madde ile getirilen yükümlülükle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin korunması ve meslektaşlar arasındaki sorunların mümkün olduğu kadar baro bünyesinde çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Kimi şikayetli avukatların asil, diğer şikayetli avukatların vekil olarak, şikayetçi aleyhinde açtıkları davayı ve başlattıkları icra takibini baroya bildirmemelerinden ibaret eylemleri, disiplin suçunu oluştur-

duğundan, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinin yollamasıyla, aynı yasanın 135/1 maddesine uygun olarak Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nca her üç şikayetli avukat hakkında verilmiş olan "uyarma" cezasının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/180
K. 2005/276

*** Özen ve sadakat yükümlülüğü**
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçinin Edremit Akçay'daki bir kooperatifle olan anlaşmazlığını çözmek üzere vekil tayin edildiği, vekalet ücretine mahsuben 500.000.000 TL alınmasına rağmen, şikayetli tarafından bir ihtarna-
me keşide edildiği, dava açılmadığı gibi, evraklarında şikayetçiye verilmediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçi tarafından kendisine herhangi bir belge verilmemiş olduğunu savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın 02.05.2001 tarihinde şikayetçi tarafından vekil tayin edildiği, 04.07.2001 tarihinde şikayetçiden 500.000.000 TL avukatlık ücretine mahsuben para aldığı, yaklaşık beş ay sonra 10.12.2001 tarihinde şikayetçi vekili olarak ihtarna-
me keşide ettiği, azledildiği 27.01.2002 tarihine kadar da şikayetçi adına hiçbir işlem yapmadığı anlaşılmıştır.

Avukat yüklendiği görevi, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdür (Avukatlık Yasası m. 34).

Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve sadakatle yürütmek zorundadır (TBB Meslek Kuralları m. 3).

Şikayetli avukatın, vekaletname ve ücretine mahsuben para almasına rağmen, ihtarnameye konu olayla ilgili, keşide edilen ihtarname dışında hiçbir işlem yapmadığı, görevini özen ve doğruluk içinde yerine getirmedeği, bu konuda şikayetçi müvekkilini bilgilendirmediği, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmadığı sabit olmakla, eylem Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırıdır.

Böylece şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, aleyhte itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Balıkesir Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında tayin etmiş olduğu "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının, aleyhte itiraz olmadığından, onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/182
K. 2005/278

* Özen ve sadakat yükümlülüğü
* Özen ilkesinin ihlalinde zararın doğması koşulunun aranmayacağı
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçi tarafından azledilmesine rağmen, mahkemece çıkarılan tebligatları aldığı, usulsüz olarak yapılan tebligatları merciiine iade etmediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, "azledilmesine rağmen, mahkemece kendisine sehven Yargıtay bozma kararının tebliğ edilmiş olduğunu, bu usulsüzlüğü mahkeme kalemindeki memura bildirdiğini, memurunda dosyada vekil olan diğer avukatlara tebligatı çıkaracağını söylediğini, ancak masraf bırakmadığını, tebellüğ ettiği tebligat parçasını da dosyaya iade etmediğini, bundan dolayı şikayetçinin bir zararının olmadığını" savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın, şikayetçi tarafından 22.10.2002 tarihinde azledildiği, bir gün sonra azilnameyi tebellüğ ettiği, 20.01.2003 tarihinde Yargıtay bozma kararının sekreteri S.'ye,

28.02.2003 tarihinde duruşma davetiyesinin sekreteri S.'ye, 02.05.2003 tarihinde de mahkeme kararının yine sekreteri S.'ye tebliğ edilmiş olduğu anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın, azledilmesine karşın, mahkemece çıkarılan üç adet tebligatı aldığı, bu tebligatları usulsüz olması sebebiyle merciine iade etmediği gibi, şikayetçiye de ulaştırmamış olduğu sabittir.

Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukat unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdür (Avukatlık Kanunu m. 34).

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür (TBB Meslek Kuralları m. 3).

Her iki madde de kabul edilen ilkelerin ihlal edilmesinde, zararın doğması şartı aranmaz.

Bu sebeplerle, şikayetli avukatın, azledilmesine rağmen, mahkemece çıkarılan ayrı ayrı zamanlardaki üç adet tebligatı alması ve yasaya göre usulsüz olan bu tebligatları çıkaran merciine iade etmemesinden ibaret eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak, sicilindeki kesinleşmiş uyarma cezası da nazara alınarak, kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, şikayetli avukat hakkında İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılarak yeniden incelemeyi gerektirir bir hususta bulunmadığından "kınama" cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/183
K. 2005/279

- * Meslektaş aleyhinde takip edilecek davanın baroya bildirilmesi yükümlülüğü
- * Bu bildirim görevin üstlenilmesinden önce yapılması gerektiği
- * Bildirimde makul süre (TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukat hakkında, "İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/281 esasında kayıtlı davada M. vekili olarak şikayetçi avukatlar aleyhine dava açtığı halde, barosuna makul sürede bildirmediğinden Meslek Kurallarının 27/2. maddesine aykırı davrandığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukatın "uyarma" cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında davanın 10.06.2003'de açıldığını, hakkındaki şikayetin kendisine tebliğ edilmesinden önce ve davanın duruşmasına da iki aydan fazla süre varken 11.07.2003 tarihinde postaya verdiği iadeli taahhütlü yazı ile gerekli bildirim yerine getirdiğini, TBB Meslek Kuralları 27/2. maddesinde bildirim için süre konulmadığını, aradaki sürenin makul süre olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.

TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca, "Avukat, bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek" yükümlülüğündedir.

TBB Meslek Kuralları 27/2. maddesinde yer alan "takip edeceği" ibaresi, aslında bildirim, görevin üstlenilmesinden önce yapılması gerektiğini göstermektedir.

Şikayetli avukatın, şikayetçi avukatların TBB Meslek Kuralları 27/2. maddesine aykırı davrandığı biçimindeki 02.07.2003 tarihli şikayetlerinden sonra, ancak bu şikayetle ilgili tebligatın kendisine yapılmasından önce ve mahkemede açılan davadan da 35 gün sonra baroya yazılı bildirimde bulunmuş olmasını makul süre içinde yapılmış bildirim olarak kabul etmek mümkün görülmemiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmesi isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005

E. 2005/185

K. 2005/280

*** Avukatın, takibinde hukuki yarar görmediği iş konusunda, iş sahibini uyarma veya işi reddetme yükümlülüğü**

*** Avukatın, bir haktan vazgeçme anlamındaki eylem ve işlemlerinde vekil edenden yazılı belge alma yükümlülüğü**
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, "Şikayetçinin vekili olarak takip ettiği, Antalya Ticaret Mahkemesi'nin 2000/195 esas sayılı menfi tespit davasını takip etmeyerek HUMK'un 409. maddesi uyarınca işlem den kaldırılmasına ve yasal süresi içinde yenilemeyerek 06.09.2002 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesine sebebiyet verdiği" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın, disiplin kovuşturması aşamalarında savunma vermediği, ancak 09.05.2005 tarihli Birliğimize verdiği itiraz dilekçesinde, "Şikayetçi İ'nin davayı kendisinin açtığını, daha sonra vekaletname vermiş olduğunu, davanın açılırken husumet yönünden yanlış açıldığı, davalı olarak gösterilen kişinin hukuken sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetli olduğunun kanıtlanmasının gerektiğini, bununda mümkün olmadığını, şikayetçi ile yaptıkları görüşmede, davadan istenilen sonucun alınamayacağı konusunda fikir birliğine varılmış olduğundan, daha fazla masraf ve tazminat riski altına girilmemesi için davanın müracaata bırakıldığını, bu sebeple herhangi bir mesleki kusurunun bulunmadığını" savunmuştur.

İncelenen dosya içeriğinden, Antalya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2000/195 esasında kayıtlı "menfi tespit davası"nın taraflarca takip edilmediği için işlem den kaldırıldığı, davanın üç ay içinde yenilenmemesi

sebebiyle açılmamış sayılmasına mahkemenin 06.09.2002 tarih ve 2002/675 karar sayısı ile karar verildiği anlaşılmıştır.

Avukat, takibinde hukuki yarar görmediği iş veya iş teklifi konusunda, iş sahibini uyarmak ve hatta teklifi reddetmek zorunda olduğu gibi, bir haktan vazgeçme anlamındaki eylem ve işlemlerinde mutlak surette, vekil edeninden yazılı belge almak zorundadır.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancı ve mesleğe güveni sağlayacak nitelikte, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan özenle kaçınmak zorundadır. Avukat takip ettiği davada, görevini savsaklayarak ya da görevini kötüye kullanarak vekil edeninin zararına sebebiyet veremez.

Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık Yasasının ve Türkiye Barolar Birliğinin Meslek Kuralları'na uymak zorundadır.

Şikayetli avukatın, vekil edeni olan şikayetçinin yazılı olurlarını almadan, takip ettiği davayı müracaata bırakmasından ibaret eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiğinden, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmesini isabetli bulunmuş ve 200,00 YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın 200,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/188
K. 2005/283

* Ceza davası dosyasının celp edilerek dosya içeriğine göre karar verilmesi

Şikayetli hakkında, "Antalya 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/190 esas sayılı dosyasında, şikayetçiden 2.500.000.000 TL ücret, yargı gideri ve

vekaletname aldığı halde, sanık vekili sıfatı ile duruşmalara katılmadığı, şikayetçinin savunmasını yapmadığı gibi bir başka hukuk veya ceza davası da açmadığı” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetli avukat hakkında *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçiden Antalya 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2003/190 esasında kayıtlı davanın takibi için vekaletname ve ücret aldığını, davanın 09.06.2003 tarihli ilk duruşmasına, yanında sigortalı olarak çalışan Av. M’nin katıldığını, ancak duruşma zaptına isminin sehven yazıldığını, 18.09.2003 tarihli duruşmaya şikayetçi sanık ile birlikte katıldığını, duruşmada toplanan deliller ve sanık savunması hakkında diyeceklerini bildirdiğini, duruşmanın 22.12.2003 tarihine ertelendiğini, duruşmadan önce azil ve baroya şikayette bulunulması sebebiyle 22.12.2003 tarihli duruşmaya katılmadığını, azil tarihine kadar olan usuli işlemler nedeniyle esas hakkında savunma yapmadığını bildirmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun 22.10.2004 tarih ve 2004/229 esas, 2004/337 karar sayılı kararı ile Antalya Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararı, Antalya 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2003/190 esas sayılı dosyası celp ve tetkik edilmeden disiplin kovuşturmasının sonuçlandırılmasının isabetli bulunmaması gerekçesi ile bozulmuş, Antalya Barosu Disiplin Kurulu Antalya 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2003/190 esasında kayıtlı dava dosyasını celp edip incelemiştir.

Antalya Barosu Disiplin Kurulu tarafından incelenen kamu davasına ait dosyada, şikayetli avukatın şikayetçiden 2.500.000.000 TL. aldıktan sonra 09.06.2003 ve 18.09.2003 tarihli iki duruşmadan birisine kendisinin katıldığı, diğer duruşmaya ise yanında sigortalı olarak çalışan Av. M’nin katılmış olduğunu, her iki duruşmada da celse zabıtlarına isimlerin yanlış yazılarak geçmiş olduğu, davanın ertelenen 22.12.2003 tarihli celsesinden önce 21.11.2003 tarihinde şikayetli avukatın şikayetçi tarafından azledilmiş bulunduğu tespit edilmiştir.

Böylece şikayetli avukatın eylemi disiplin suçu oluşturmadığından, Antalya Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkında *“disiplin cezası verilmesine yer olmadığına”* ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/196
K. 2005/287

*** Savunma sınırı**
*** Objektiflik ilkesi**
 (TBB Meslek Kuralları m. 5)

Şikayetli avukatlar hakkında, "Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 2002/1299 ve Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 1999/529 esas sayılı dava dosyalarına sundukları cevap dilekçelerinde, şikayetçi hakkında TBB Meslek Kuralları'na uymayan, kişilik haklarına saldırı içeren, meslek bilgi ve tecrübelerini aşağılayan ifadeler kullandıkları" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında, "şikayetçi avukatın Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 2002/1299 esas sayılı iptal davalarına verilen cevap dilekçelerinde kullandığı ifadeler nedeniyle İstanbul Barosu'na şikayette bulduklarını, şikayetçi avukatın şahsının hedef alındığını iddia ettiği ifadelerin şikayetçi avukatın beyanlarına karşı söylenmiş sözler olduğunu, kullanılan ifadelerin savunma sınırları içinde kalıp, şikayetçinin hedef alınmamış olduğunu" savunmuşlardır.

Şikayetli avukatlar tarafından hazırlanmış ve Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 2002/1299 esas sayılı dava dosyası ile Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 1999/529 esas sayılı dava dosyalarına sunulan dilekçelerde, şikayetli avukatların şikayetçi için; "(...) İdare vekilinin temel hukuk müesseseleri ile beraber, emekli aylığı ile kazanılmış hak aylığı kavramlarını da bilmediği anlaşılmaktadır.", "(...) Müvekkilin 1998 yılı başarısının B düzeyinde değerlendirilmesine esas teşkil edecek nitelikte olmadığı, gerçek dışı oldukları, hukuki değerden yoksun oldukları mahkeme kararı ile belirlenmiş olmasına rağmen, bunun gizlenerek aynı beyanların naklen atama işleminde de tekrarlanarak gerekçe gibi ileri sürülmesi sayın mahkemeyi yanıltmaya yönelik, maksatlı ve kötü niyetli bir yaklaşım sonucu olup, savunma hakkının ihlali mahiyetindedir.", "(...) Müvekkilimin, davalı tarafından uygun görülen ve onaylanan kanuni yıllık ve sıhhi izin hakkını kullanmasının idari işleme gerekçe gösterilmesinin hukuki hiçbir değerinin olmadığı gerçeğini hukuk fakültesi öğrencisi dahi anlayabilir." şeklinde cümleler kullandığı anlaşılmıştır

Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır (TBB Meslek Kuralları m. 5).

Şikayetli avukatların, cevap dilekçelerinde şikayetçi hakkındaki sözleri, savunma sınırları dışında, incelikten yoksun ve şikayetliyi incitici nitelikte olup, TBB Meslek Kuralları'nın 5. maddesinde kabul edilen "objektiflik ilkesi"ne de aykırıdır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatların eylemleri disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazların reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatları hakkında "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/197
K. 2005/288

*** Disiplin kovuşturmasının
zamanaşımı nedeniyle ortadan
kaldırılması**
(765 sayılı TCK m. 102, 104, 240;
Av. K. m. 140/2, 140/3, 159/3)

Şikayetli avukat hakkında, "Aydın 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1997/163 esas sayısında kayıtlı olan davayı 16.12.1997 tarihli beşinci celsede takip etmediği, HUMK'un 495/4 maddesi gereğince davanın işleminden kaldırılmasına sebebiyet verdiği, bu nedenle avukatlık görevini kötüye kullanmak suçunu işlediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, disiplin kovuşturması aşamalarında savunma vermemiş, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na verdiği itiraz dilekçesinde, disiplin kovuşturmasının zamanasına uğramış olduğunu savunmuştur.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem hakkında, Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/21 esasında kayıtlı olup, "görevi kötüye kullanmak" suçundan dolayı açılan kamu davasının, 14.02.2005 tarihli ve 2005/30 sayılı kararında; TCK'nın 102/4. maddesi uyarınca suç tarihinin

16.12.1997 olup, şikayet tarihi olan 14.02.2003 olması sebebiyle beş yıllık zamanaşımı dolduğundan kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verildiği ve kararın 11.03.2005 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukat hakkında daha önce verilmiş uyarı, kınama, para cezası ve işten çıkarma cezalarını esas alarak, TCK'nın 240. maddesindeki suçun oluştuğu, suçun zamanaşımı süresinin TCK'nın 112/4. maddesi uyarınca on sene olduğu gerekçesi ile şikayetli avukatın meslekten çıkarılma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesine göre, *“disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza mahkemesine dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturması, ceza davasının sonuna kadar bekletilir.”*

Avukatlık Yasası'nın 159/3 maddesi uyarınca da, *“disiplin cezasını gerektiren eylem aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve bu suç için kanun daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, bu zamanaşımı süresi uygulanır.”*

Avukatlarla ilgili disiplin kovuşturmalarında TCK'nın 102. maddesindeki *“dava zamanaşımının, müddetlerin tespiti”* ve 104. maddesindeki *“dava zamanaşımında kesilme sebepleri”* başlıklı dava zamanaşımı süreleri ile ilgili maddeler uygulanmaktadır.

Bu sebeple TCK'nın 112. maddesindeki *“ceza zamanaşımı müddetlerinin tespiti”* hükmünün uygulanma olanağı bulunmamaktadır. TCK'nın 112. maddesi kesinleşmiş hükümlerin infazı ile ilgilidir.

Avukatlık Yasası'nın 140/3. maddesine göre, eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasının yapılmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.

Şikayetli avukatın eyleminin sübuta erdiği Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararının gerekçesinden belli ise de, TCK'nın 240. maddesindeki görevi kötüye kullanmak suçunun dava zamanaşımı süresi yedi yıl altı aydır. Suç tarihi, 16.12.1997 olup, zamanaşımı süresi 16.06.2005 tarihinde dolmuş bulunmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun 2003/23 esas sayılı disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005

E. 2005/198

K. 2005/289

* Avukatın, meslektaşları ve baro organları ile olan ilişkilerinde belirli bir düzeyi koruma yükümlülüğü

* Ceza davasının sonucunun beklenmesi kuralının, yalnızca şikayetli avukatlar için zorunlu olması

* Şikayete konu eylem ile takdir edilen disiplin cezası arasında adaletli bir dengenin bulunması
(Av. K. m. 34, 140)

Avukat M., 19/08/2003 tarihli dilekçesi ile, "30/06/2003 tarihli ve 2003/25-31 sayılı yönetim kurulu kararında imzasının bulunmadığı, sonradan imzalamak suretiyle belgenin niteliğini değiştirdiği" iddiası ile şikayetlilerin, hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulduklarını, oysa toplantılarda hazır olup, kararlarda imzasının bulunduğunu, yeterince araştırma yapmayıp hakkında şikayette bulunmak suretiyle onuru ile oynandığını, bunun meslek kurallarına uygun olmadığını bildirerek şikayetçi olmuştur.

Avukat A., 19/08/2003 tarihli dilekçesi ile, "şikayetlilerin önceki yıllara dayanan husumetlerini devam ettirdikleri, baro başkanı olarak kendisini ve yönetim kurulunu sürekli olarak baskı altında tutmaya çalıştıkları hakkında suç isnatlarında bulunarak yönetimin sağlıklı çalışmasına engel oldukları, şahsi husumetlerine baro başkanı ve yönetim kurulu üyelerini alet etmelerinin meslek kurullarına aykırı olduğunu" ileri sürerek şikayette bulunmuştur.

Avukat M. A., Av. M. T., Av. Y., Av. K., 19/08/2003 kayıt tarihli dilekçelerinde; şikayetlilerin 30/06/2003 tarih ve 2003/25-31 sayılı karara sonradan imza atmak suretiyle belgenin niteliğini değiştirdiği iddiası ile Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunduğunu, halbu-

ki kendisinin toplantılarda hazır olup kararları imzaladığını, bunun şikayetçiler tarafından bilindiği halde Baro Başkanı ile husumetlerini Yönetim Kurulu'na yansıtıp çalışmalarını engelleme ve Baronun manevi şahsiyetini zedeleme çabasında olduklarını, şikayetlilerin davranışlarının meslek ilkelerine aykırı bulunduğundan cezalandırılmaları istemi ile şikayette bulunmuşlardır.

Yine Av. H., 19/08/2003 kayıt tarihli dilekçesi ile; şikayetlilerin Baro Başkanı ile husumetine dayanarak, toplantılara katılmadığını, kararları sonradan imzaladığını ileri sürerek kendisini sahtekarlıkla suçladıklarını, yönetim kurulu üyesi olarak baskı altında tutmaya çalıştıklarını, bu durumun meslek kurallarına aykırı olduğunu ileri sürerek şikayetliler hakkında kovuşturma açılmasını istemiştir.

Şikayetliler verdikleri savunma dilekçelerinde özetle; kendilerine tebliğ edilen yönetim kurulu kararı ile son olarak ulaşılan aynı tarihli karar arasında fark bulunduğunu, kendilerine bir sayfa olarak tebliğ edilen kararın iki sayfa olduğunu ve kendilerine tebliğ edilen kararda olmayan imzaları taşıdığını, kararın altı üyenin katılım ile alınmamış olduğunu, salt çoğunluk sağlanmadığından kararın geçersiz bulunduğunu, imza eksikliğinin sonradan tamamlanmasının hukuki niteliğini değiştirdiğini, üye O'nun imzasının olmadığı gibi *"katılmadı veya mazeretli meşruhatı"* da bulunmadığını, bu sebeple Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayet edilmekle kanuni haklarını kullandıklarını, iki karar aynı olmadığına göre bunda kendilerinin kusuru bulunmadığını, disiplin suçu işlemediklerini savunmuşlar ve bir kasıt altında işlenen suçlar TCK'nın 80. maddesine göre tek suç sayılacağından altı dosyanın birleştirilerek karar verilmesini istemişlerdir.

Muğla Barosu Yönetim Kurulu, Av. M'nin şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/37-51 sayılı; Muğla Barosu Yönetim Kurulu Av. A'nın şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/36-50 sayılı; Muğla Barosu Yönetim Kurulu Av. M. A'nın şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/42-56 sayılı; Muğla Barosu Yönetim Kurulu Av. M. T'nin şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/41-55 sayılı; Muğla Barosu Yönetim Kurulu Av. Y'nin şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/40-54 sayılı; Muğla Barosu Yönetim Kurulu Av. K'nin şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/38-52 sayılı; Muğla Barosu Yönetim Kurulu Av. H'nin şikayeti ile ilgili dosyada 22.09.2003 tarihli, 2003/39-53 sayılı kararları ile disiplin kovuşturması

açılmasına karar verilmiş, 21.11.2003 tarihinde verilen kararlarla da dosyalar birleştirilmiştir.

Şikayetlilere savunmaları ve delillerini bildirmeleri için gerekli tebligatlar yapılmış yazılı savunmaları alınmıştır.

Muğla Barosu'nca şikayetlilerin sicil dosyalarından yaptıkları şikayetler ve haklarında yapılan şikayetler ve sonuçları hakkında 29.03.2005 tarihli yazı ekinde 12 sayfalık liste dosyaya konulmuştur.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 15.04.2005 tarih, 8334 sayılı yazılarından Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.03.2004 tarihli olurları ile Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu üyeleri hakkında ceza soruşturması yapılması için izin verildiği anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 140. maddesinde öngörülen ceza davasının sonucunun beklenmesi kuralı şikayetli avukatlar için zorunlu olup, şikayet edenler için zorunlu değildir. Bu nedenle Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu üyeleri hakkında açılmış bulunan davaların sonucunun beklenmesine gerek yoktur.

Tüm dosya kapsamına ve dosyaya konulmuş bulunan 29.03.2005 tarihli belgeye göre, sayısı seksene yaklaşan müracaat, şikayet ve davaların söz konusu olduğu ve bunun hak arama ve savunma sınırlarını aşan bir durum olduğu, kişisel çekişme, sürtüşme ve meslek dayanışma ve saygısını aşan noktaya geldiği anlaşılmaktadır. Mesleki kurum yıpratılmak ve işleyemez hale getirilmektedir.

Avukatlar mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak, meslektaşları, baro organları ile olan ilişkilerinde belirli bir düzeyi korumak zorundadırlar.

Şikayetli avukatların eylemleri, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi hükümlerine aykırı olmakla Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatların eylemlerinin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmesinde hukuki bir isabetsizlik bulunmamaktadır; ancak şikayetlilerin eylemleri ile takdir edilen ceza arasında adaletli bir dengenin bulunmadığı anlaşılmakla, şikayetliler hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca tayin edilen 137,50 YTL para cezasının kınama cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatlar S. ve D. haklarında tayin etmiş olduğu 137,50 YTL para cezasının kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatların kınama cezası ile cezalandırılmalarına oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/199
K. 2005/290

*** Beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suçu için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanması**

*** Eylem tarihinde kesinleşmiş disiplin cezasının bulunmaması durumunda daha ağır ceza verilemeyeceği**
(765 sayılı TCK m. 240/2; Av. K. m. 135/3, 135/4, 136)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçilerin vekilliğini üstlenerek Kocaeli 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı davada mahkemece tebliğ masraflarının karşılanması ve davalının adresinin bildirilmesi için şikayetli avukata bir aylık kesin süre vermesine rağmen, kesin süre içinde işlemleri yapmadığı bu sebeple davanın reddine sebebiyet verdiği, şikayetçileri oyaladığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi sebebiyle Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/51 esasında kayıtlı ve "görevi kötüye kullanmak" suçundan dolayı açılan kamu davasında, mahkemece verilen 11.02.2004 tarih ve 2004/40 karar sayılı kararda, şikayetli avukatın eylemi sabit görülerek, TCK'nın 240/2, 59/2 maddeleri uyarınca 5 ay hapis ve 76.050.000 TL ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, hapis cezası 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca paraya çevrilmiş, aynı Yasa'nın 6. maddesi uyarınca ertelenmiştir.

Şikayetli avukatın, şikayetçi adına açtığı davada mahkemenin tayin ettiği kesin süre içinde işlemleri yerine getirmeyerek, davanın reddine sebebiyet vermesinden ibaret eylemi aynı zamanda disiplin suçunu da oluşturmaktadır. Baro Disiplin Kurulu'nun şikayete konu eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında; “şikayetli hakkında daha önce kesinleşmiş kınama cezası olmasına rağmen, Avukatlık Yasası’nın 136. maddesi açık hükmüne aykırı olacak şekilde aynı yasanın 135/3 ve 4. bentlerinde yazılı cezalardan bir tanesinin uygulanması gerekirken, yine kınama cezası verilmesinde usul ve yasaya uygunluk bulunmadığını” bildirmiştir.

Şikayetlinin disiplin sicil özetinde, daha önce Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu’nun 2003/26 esas 2004/16 karar sayılı ve 07.05.2004 tarihli kararı ile kınama cezası ile cezalandırılmış olduğu anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak açılmış ve kesinleşmiş olan Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi 2003/51 Esas, 2004/40 Karar sayılı kararında, şikayetlinin eylem tarihini 2000 yılı içinde kabul etmiştir. Böylece şikayetli avukatın, dosyamıza konu eylem tarihinde sicilinde kesinleşmiş bir disiplin cezası bulunmamaktadır.

Avukatlık Yasası’nın 136. maddesine göre, “(...) altıncı kısımda yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası (...) uygulanır. Beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır.”

Şikayetlinin eylem tarihinde kesinleşmiş disiplin cezası olmadığından, Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin değerlendirilmesinde hukuki isabetsizlik bulunmadığından Cumhuriyet Savcısı’nın itirazının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet Başsavcısı’nın itirazının reddiyle, Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu’nun “kınama” cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005

E. 2005/201

K. 2005/291

* Vekalet ücreti alacağı nedeniyle hapis hakkı

* Disiplin kovuşturmasında avukata kendini savunabilme hakkı tanınmasının emredici niteliği

(Av. K. m. 137, 164/4, 166/1;

TBB Meslek Kuralları m. 42, 43, 45)

Şikayetli avukat hakkında; "kamulaştırma bedeline karşılık tahsil ettiği miktar hakkında şikayetçiye bilgi vermediği ve eksik bedel gönderdiği, TBB Meslek Kuralları'nın 43. maddesine aykırı davrandığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmeyle, şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünün kapsamı ve ücret sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda avukatın ücret yönünden ne kadar bir miktar üzerinden hapis hakkı kullanılacağına ilişkindir.

Şikayetli avukat, müvekkilinin yaşlı ve aralarında uzun yıllara dayanan tanışıklık ve dostluk olduğunu, bu nedenle yazılı ücret sözleşmesi yapmadığını ve peşin ücret almadığı savunmuştur.

Avukatlık mesleğinin yerine getirilmesi sırasında sıkça karşılaşılan bu durum, müvekkilin kim olduğuna bakılmaksızın avukatın hesap verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim TBB Meslek Kuralları'nın 42, 43 ve 45. maddeleriyle dile getirilen kurallar bu amaçla konulmuş bulunmaktadır.

Öte yandan Avukatlık Kanunu'nun 164/4 ve 166/1. maddelerinde avukatlık ücretinin ne şekilde hesaplanacağı belirtilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgeler incelendiğinde; şikayetli avukatın müvekkili adına tahsil ettiği kamulaştırma bedelinden kendince hesap ettiği vekalet ücretini ayırdıktan sonra kalan kısmı müvekkiline hemen gönderdiği, ancak TBB Meslek Kuralları'nın 43. maddesinde belirtilen hesap dökümüyle ilgili açıklamaları yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu eksiklik, şikayetli avukata, müvekkili tarafından ihtarname gönderilmesi üzerine verilen yanıtla sonradan giderilmiştir.

Şikayetçi, gerek şikayet dilekçesinde, gerekse Van Bölge Barosu Disiplin Kurulu kararına yaptığı itirazında, eksik ödeme bulunduğu halde bu durumun Baro Disiplin Kurulu tarafından dikkate alınmamasını itiraz konusu yapmıştır.

Gerçekten, disiplin kurulu kararında, sorunun Van Bölge Barosu Hakem Kurulu kararıyla çözüldüğünden söz edilmiş; ancak şikayetçinin belirttiği kadar bir ödeme farkı bulunup bulunmadığı, eğer böyle bir fark var ise bu miktarın şikayetçiye ödenip ödenmediği araştırılmamış, şikayetlinin bu konuda savunması alınmamıştır. Dosyada da bu yönde bir bilgi ve belgeye de rastlanmamıştır.

Baro Yönetim Kurulu'nun disiplin kovuşturması açılmasına karar verip, dosyayı Disiplin Kurulu Başkanlığı'na göndermesinden sonra, Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukata herhangi bir bildirimde bulunmadan ve savunması istenilmeden kovuşturmanın sonuçlandırıldığı ve karar verildiği anlaşılmıştır.

Oysa Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi hükmüne göre, avukatlar hakkında yapılacak kovuşturmalarda, isnat olunan hususun avukata açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenilmesi ve bu savunma için en az on günlük bir süre tanınması zorunludur.

Baro Disiplin Kurulu'nca, yasanın bu emredici hükmü yerine getirilmeden karar verilmiş olması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğu gibi kurulumuzun da yukarıdaki açıklamalarında belirtildiği gibi karar verebilmesine engel olmaktadır.

Bu sebeplerle şimdilik işin esasına girilmeden kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Avukatlık Yasası'nın 137. maddesinin amir hükmüne göre, şikayetli avukattan savunma istenilmesi, şikayetçinin belirttiği kadar bir ödeme farkı bulunup bulunmadığının araştırılarak oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Van Bölge Barosu Disiplin Kurulu kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005

E. 2005/202

K. 2005/292

* Hapis hakkının orantısız kullanılması

* Özen yükümlülüğü

* Eylem ile ceza arasında dengenin sağlanması

(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 45)

Şikayetli avukat hakkında, “vekil edeni olan şikayetçinin talimatına aykırı olarak, teminat olarak alınmış senetteki miktarın tamamı üzerinden icra takibi başlattığı, bu nedenle şikayetçi hakkında ceza davasının açılmasına sebebiyet verdiği, daha sonra icra takibinden feragat edip, icra dosyasından senedi aldığı, vekalet ücreti alacağı olduğunu bildirerek ve senedi iade etmeyerek hapis hakkını orantısız bir şekilde kullandığı, bu eylemleri nedeni ile Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kurallarına aykırı davrandığı” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’na eylem sabit görülerek uyarma cezası tayin edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, kendisi tarafından düzenlenmiş olan 28.07.2003 tarihli tutanakta belirlenen işlerden tahliye davası ile ilgili olarak ihtarname çekmekten başka hukuki bir girişimde bulunmadığı, aynı tutanakta şikayetçinin alacak miktarı belirlenmiş olmasına rağmen, bu miktarın çok üzerinde olan teminat senedindeki miktarın tamamı üzerinden ve geçmiş günlere ait faiz hesabı ile birlikte icra takibi yaptığı, vekil edeni olan şikayetçinin talimatı olmaksızın icra takibinden feragat edip, takibe konu senedi geri aldığı, vekalet ücreti alacağı sebebiyle orantısız olarak hapis hakkını kullandığı anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesi, avukatların görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve TBB Meslek Kuralları’na uymakla yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır.

TBB Meslek Kuralları’nın 45. maddesi de avukatın hapis hakkını alacağı ile orantılı olarak kullanabileceğini düzenlemiştir.

Şikayetli avukatın, vekil edeninin talimatına aykırı olarak, alacak miktarı çok daha az olmasına rağmen, teminat senedi miktarı üzerinden geçmiş günler faizini de eklemek suretiyle şikayetçi adına icra takibi

yapması, bu nedenle şikayetli aleyhinde “bedelsiz senedi icraya vermek” suçundan dolayı kamu davasının açılmasına sebebiyet vermesi, vekalet görevinden ayrıldığını bildirdiği tarihte şikayetçinin yazılı talimatını almadan icra dosyasına ait takipten feragat etmesi ve senedi icra dosyasından alarak, vekalet ücreti alacağına karşılık orantısız bir şekilde hapis hakkını kullanmak istemesinden ibaret eylemleri disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası’nın 34 ve TBB Meslek Kuralları’nın 45. maddesine aykırı olduğundan, Baro Disiplin Kurulu’na eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak şikayetli hakkında Baro Disiplin Kurulu’na takdir edilen kınama cezası, şikayetlinin eylemlerinin özel ağırlığı karşısında, eylem ile ceza arasında denge sağlanamamış olduğundan, şikayetli hakkında 100,00 YTL para cezası tayini suretiyle, uyarma cezasının 100,00 YTL para cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü, şikayetlinin itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulu’na şikayetli avukat hakkında tayin edilen “uyarma” cezasının “100,00 YTL para cezası”na çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın 100,00 YTL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005

E. 2005/203

K. 2005/293

* Avukatlığın amacı

* Büro edinme zorunluluğu

(Av. K. m. 2, 43/1)

Şikayetli avukatın, Konya (Selçuk Üniversitesi) Hukuk Fakültesi’nde öğretim üyesi olduğu, şikayetçinin yetkilisi olduğu firmaların hukuki iş ve işlemlerini takip ettiği, şikayetlinin avukatlık yapmasına rağmen büro açmadığı, şikayetçi adına takip ettiği işte, görevini ihmal edip şikayetçiyi zarara uğrattığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’na eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında, “şikayet konusu olayla ilgili olarak Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmediğini, bu ve benzer şikayetlerle

ilgili olarak disiplin kovuşturması açılmasının da usule uygun bulunmadığını, disiplin kovuşturmasına konu eylemlerin işlenmesinden itibaren üç yıllık zaman aşımının dolmuş bulunduğunu, soyadının bir hukuk bürosunun antedinde kullanılmasına rıza gösterdiğini, ancak bunun ileride büro açmaya yönelik bir amacı taşıdığını, avukatlık yapmadığını, 1991 yılından itibaren baroya kayıtlı avukat olduğunu, üniversitede doçent ve profesör olan kişilerin büro edinme zorunluluğunun kabul edilebilir olmadığını, Avukatlık Yasası'nı ihlal etmediğini" bildirmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın 1991 yılından itibaren Konya Barosu'na kayıtlı avukat olup, aynı zamanda Konya Selçuk Üniversitesi'nde doçent olduğu, şikayetçinin yetkilisi olduğu firmadan, şikayetli hesabına paralar aktarılmış bulunduğu, 21.02.2000 tarihli tutanakla şikayetçi tarafından tahsil için teslim edilen bono ve buna ilişkin harç ve pul paralarının şikayetli tarafından teslim alındığı, 02.08.1999 tarihli olup şikayetli avukatın ismini taşıyan antetli yazı ile şikayetçiye hitaben takip edilen işlerle ilgili alınmış avanslar, ücretler ve bakiyelerinin belirtilmiş olduğu, 07.02.2000 tarihli olup şikayetlinin adını taşıyan başlıklı iki adet yazıyla, hisse senetleri ile ilgili işlemler ve ceza mahkemesindeki dosyanın yürütülmesi, idari yargıdaki davalar için ücret talebinde bulunulduğu, şikayetlinin Konya Barosu Başkanlığı'na verdiği 28.03.2003 tarihli dilekçesinde ise, "(...) şahsım itibariyle avukatlık hizmeti vermedim (...) soyadımın büro antedinde kullanılmasına muvafakat ettim (...) şikayetçiye ait şirketlerin, kanuna uygun hale getirilmesi için danışmanlık faaliyetlerinde bulundum. Ana sözleşmeler hazırladım. Talepleri halinde bilgi verdim ve bir çok ihtilaflarını çözmeleri hususunda aracılık ettim (...) Davalar hususunda hukuki bilgi yardımında bulundum. Bu arada yabancı ülke makamlarının şirket yetkililerine sordukları TTK, ve SPK hükümlerini açıkladım." şeklinde özetlenecek beyanları ve tüm dosya içeriğinden, şikayetlinin sadece avukatların yapabileceği işleri avukat olarak yaptığı anlaşılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın "Avukatlığın Amacı" başlıklı 2. maddesi, avukatlığın amacını hukuki münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurullar nezdinde sağlamak olduğunu hüküm altına almıştır.

Şikayetli "avukat" unvanına sahip olup, Avukatlık Yasası'nın 2. maddesi uyarınca avukatların yapacağı işleri yapmak suretiyle fiilen de avukatlık yaptığı sabittir.

Avukatlık Yasası'nın 43/1. maddesi gereğince şikayetli avukatın büro edinme zorunluluğu vardır. Avukatın akademik unvanının bulunması sebebiyle, büro edinme yükümlüğünden muaf tutan bir düzenlemede yasada mevcut değildir.

Bu sebeplerle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesini ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.09.2005
E. 2005/204
K. 2005/294

* İkinci avukatın, işi kabul etmeden önce, vekalet verilen ilk avukata yazılı bilgi vermesi yükümlülüğü (TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçinin takip ettiği icra takip dosyasına, şikayetçiye yazılı bilgi vermeden vekaletname ibraz ettiği, TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı davrandığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında disiplin cezası tayin edilmiştir

Şikayetli avukat, "müvekkilinin şikayetçi avukatla vekaletname ibrazı konusunu görüştüğünü, buna güvenerek şikayetçiyi aramadığını ve bilgi vermediğini" savunmuştur.

Disiplin dosyası içeriğinden, şikayetçi avukatın takip ettiği icra dosyasına, şikayetçi avukatın vekaletname ibraz etmeden önce yazılı bilgi vermediği anlaşılmaktadır.

TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine göre, "İş sahibi anlaşmayı yaptığı avuktan sonra ikinci bir avukata da vekaletname vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce, ilk vekalet verilen avukata yazılı bilgi vermelidir."

Şikayetçi avukata yazılı bilgi vermeden, icra dosyasına vekaletname ibraz eden şikayetli avukatın eylemi TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olduğundan disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "*uyarma*" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARI

Çev. Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ*

Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye Davası
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Büyük Daire Kararı
(Başvuru No. 46827/99 ve 46951/99)
4 Şubat 2005

Başkan : L. Wildhaber

Üyeler : C. L. Rozakis, J.-P. Costa, Sir Nicholas Bratza,
G. Bonello, L. Caflisch, E. Palm, I. Cabral Barreto,
R. Türmen, F. Tulkens, N. Vajic, J. Hedigan,
M. Pellonpaa, M. Tsatsa-Nikolovska, A. B. Baka,
A. Kovler, S. Pavlovski

Katip : P. J. Mahoney

PROSEDÜR

1. Mevcut dava, Bay Rustam Sultanovich Mamatkulov ve Bay Zainiddin Abdurasulovich Askarov adındaki iki Özbek vatandaşının İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin

* Kararı İngilizce aslından çeviren: Doç. Dr. Bülent Çiçekli, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Devletler Özel Hukuku öğretim üyesi, bulentcicekli@hotmail.com

("Sözleşme") 34. maddesi gereğince sırasıyla 11 ve 22 Mart 1999 tarihlerinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapmış oldukları iki başvurudan (No. 46827/99 ve 46951/99) kaynaklanmaktadır.

2. Adli yardımdan yararlanmış bulunan başvuru sahipleri İstanbul Barosu avukatlarından Bay İ. Ş. Çarsancaklı tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("*Hükümet*") ise Müşterek-vekil Bay M. Özmen tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurular başvuru sahiplerinin Özbekistan Cumhuriyeti'ne iadesine ilişkin bulunmaktadır. Başvuru sahipleri, Sözleşme'nin 2, 3 ve 6. maddeleri ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesine dayanmaktadırlar.

4. Başvurular, Mahkemenin Birinci Kısım'ına gönderilmiş (İçtüzük m. 52/1) ve bu kısımda oluşturulan Mahkeme Dairesi tarafından 31 Ağustos 1999 tarihinde kabul edilebilir bulunmuştur. Söz konusu Daire şu yargıçlardan oluşmuştur: E. Palm, J. Casadevall, Gaukur Jörundsson, R. Türmen, C. Birsan, W. Thomassen ve R. Maruste; Kısım Katibi ise M. O'Boyle'dir.

5. İlgili Daire, 6 Şubat 2003 tarihli kararıyla ("*Daire Kararı*"), oy birliğiyle, 3. maddenin ihlal edilmediğine, 6. maddenin Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanamayacağına ve Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde başvuru sahiplerinin şikayetleri ile ilgili ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığına karar vermiştir. Daire ayrıca altı oya karşı bir oyla Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. Son olarak, ilgili Daire, oybirliğiyle, ihlal bulgusunun bizatihi kendisinin başvuru sahiplerinin uğramış olduğu manevi zararın tazminine ilişkin adil bir karşılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. Bay Türmen'in kısmi muhalefet görüşü karara eklenmiştir.

6. Hükümet 28 Nisan 2003 tarihinde davanın Büyük Daire'ye götürülmesine ilişkin bir talepte bulunmuştur (Sözleşme'nin 43. maddesi).

7. Büyük Daire'nin ilgili paneli bu talebi 21 Mayıs 2003 tarihinde kabul etmiştir (İçtüzük m. 73).

8. Büyük Daire'nin oluşumu Sözleşme'nin 27/2-3. maddesi ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 24. maddesi çerçevesinde belirlenmiştir.

9. Başvuru sahipleri ve Hükümet davayla ilgili birer özet değerlendirme sunmuşlardır. Ayrıca, Uluslararası Hukukçular Komisyonu, İnsan Hakları İzleme örgütü ve AIRE Merkezine Mahkeme Başkanı tarafından yargılamanın yazılı aşamasına müdahil olarak katılma izni verilmiş ve bu kuruluşlarca ilgili mütalaalar sunulmuştur. (Sözleşme madde 36/2. ve İçtüzük madde 44/2).

10. 17 Mart 2004 tarihinde Strasburg'da İnsan Hakları Binası'nda bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük madde 59/3).

Mahkeme nezdindeki duruşmada:

a. Hükümeti;

Müşterek-vekil Bay M. Özmen ve Danışmanlar Bayan M. Gülşen, Bayan V. Sirmen ve Bayan H. Sarı;

b. Başvuru sahiplerini;

Avukat İ. Ş. Çarsancaklı ve Danışman Bay L. Korkut temsil etmişlerdir.

Mahkeme Bay Çarsancaklı, Bay Korkut, Bay Özmen ve Bayan Sirmen'in sözlü beyanlarını dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

11. Başvuru sahipleri 1959 ve 1971 doğumlu olup halen Özbekistan Cumhuriyeti'nde tutuklu bulunmaktadır. Başvuru sahipleri Özbekistan'daki Erk (Özgürlük) isimli muhalefet partisinin üyesidirler.

A. İlk Başvuru Sahibi Bay Mamatkulov

12. İlk başvuru sahibi turist vizesi ile 3 Mart 1999 tarihinde Alma-Ata'dan (Kazakistan) İstanbul'a uçakla gelmiş bulunmaktadır. Başvuru sahibi Özbekistan'da bombalama eyleminde bulunarak yaralanmalara sebep olma ve Özbekistan Devlet Başkanı'na terörist saldırı girişimi nedenleriyle uluslararası bir yakalama müzakeresi gereğince Atatürk Havaalanı'nda Türk polisi tarafından yakalanarak cinayet şüphesiyle göz altına alınmıştır.

13. Özbekistan Cumhuriyeti Türkiye ile imzalamış olduğu iki taraflı bir anlaşma gereğince ilgilinin iadesini talep etmiştir.

14. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 5 Mart 1999 tarihinde soruşturmayı yürüten hakimden ilk başvuru sahibinin yargılanmak üzere tutuklanmasını talep etmiştir. Avukatı tarafından temsil edilen ilk başvuru sahibi, aynı gün hakim önüne çıkarılmış ve Cezai Konularda Karşılıklı Yardımlaşmaya Dair Avrupa Sözleşmesi gereğince kırk beş gün süreyle tutukluluğunun devamına karar verilmiştir.

15. İlk başvuru sahibi 11 Mart 1999 tarihinde Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi tarafından sorgulanmıştır. Hızlandırılmış yargılama usulü çerçevesinde aynı gün verilen bir kararla, mahkeme hakimi, ilk başvuru sahibine yönelik suçlamalara atıfta bulunarak, söz konusu suçların siyasi veya askeri suç kapsamında olmayıp adi suç kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme hakimi ayrıca ilk başvuru sahibinin iade edilinceye kadar tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Avukatı ve bir tercümanı aracılığıyla temsil edilen ilk başvuru sahibi suçlamaları reddetmiş ve masum olduğunu ileri sürmüştür.

16. 11 Mart 1999 tarihinde yapılan duruşma sırasında sunulan yazılı mütalaalarda, ilk başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin ülkesinin demokratikleştirilmesi için çalıştığını ve Özbekistan'daki siyasi muhaliflerin yetkililerce tutuklandığını ve hapishanelerde işkenceye tabi tutulduklarını ileri sürmüştür. İlk başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin söz konusu zaman diliminde Kazakistan'da olduğunu ve hayatının risk altında olmasından dolayı yetkili Türk makamlarından siyasi sığınma talebinde bulunduğunu belirtmiştir. İlk başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin siyasi nitelikteki bir suçtan dolayı yargılanmakta olduğunu ve Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrası gereğince Ceza Mahkemesi'nin Özbekistan'ın iade talebini reddetmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

17. 11 Mart 1999 tarihinde hızlandırılmış yargılama usulü çerçevesinde verilen karara karşı, ilk başvuru sahibi, 15 Mart 1999 tarihinde Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Dava dosyasını inceleyen Mahkeme heyeti ilk başvuru sahibinin itirazını 19 Mart 1999 tarihinde reddetmiştir.

B. İkinci Başvuru Sahibi Bay Askarov

18. İkinci başvuru sahibi sahte bir pasaportla 13 Aralık 1998 tarihinde Türkiye'ye giriş yapmıştır. Özbekistan Cumhuriyeti'nin yapmış olduğu iade talebi üzerine, ikinci başvuru sahibi, 5 Mart 1999 tarihinde Türk polisi tarafından yakalanarak göz altına alınmıştır. İkinci başvuru sahibi, Özbekistan'da bombalama eyleminde bulunarak yaralanmalara neden olmak ve Özbekistan Devlet Başkanı'na yönelik terörist saldırı girişiminde bulunmaktan dolayı cinayet şüphesi altında bulunmaktadır.

19. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 7 Mart 1999 tarihinde soruşturmayı yürüten hakimden ikinci başvuru sahibinin yargılanmak üzere tutuklanmasını talep etmiştir. İkinci başvuru sahibi aynı gün hakim önüne çıkarılmış ve ilgili hakim tutukluluğun devamına karar vermiştir.

20. Fatih Cumhuriyet Savcılığı 12 Mart 1999 tarihli bir yazıyla Fatih Asliye Ceza Mahkemesi'nden ikinci başvuru sahibinin vatandaşlığı ve işlediği iddia edilen suçun niteliği hakkında karar vermesini istemiştir.

21. İlgili Asliye Ceza Mahkemesi başvuru sahibini dinledikten sonra 15 Mart 1999 tarihli bir kararla Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesi gereğince başvuru sahibinin vatandaşlığı ve suçun niteliği konusunda karar vermiştir. Ulusal mahkeme başvuru sahibinin işlediği iddia edilen suçların siyasi veya askeri nitelikte olmadığını, tersine "*adi suç*" kapsamında olduğuna hükmetmiştir. İlgili mahkeme ayrıca başvuru sahibinin iade edilinceye kadar tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

22. İkinci başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin işlediği iddia edilen suçun siyasi nitelikte olduğunu ve Özbekistan'daki siyasi muhaliflerin yetkililerce tutuklandığını ve hapis hanelerde işkenceye tabi tutulduklarını ileri sürmüştür. İkinci başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin söz konusu zaman diliminde sahte bir pasaportla Türkiye'de bulunduğunu belirtmiştir.

23. İkinci başvuru sahibi 15 Mart 1999 tarihli karara karşı 18 Mart 1999 tarihinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Dava dosyasını inceleyen Mahkeme heyeti itirazı 26 Mart 1999 tarihinde reddetmiştir.

C. Başvuru Sahiplerinin İadesi ve Müteakip Olaylar

24. Mahkeme İçtüzük Kuralları'nın 39. maddesi gereğince ve tarafların menfaati ile Mahkeme önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından, Mahkeme'nin ilgili Dairesi, 18 Mart 1999 tarihli kararı ile, Hükümet'e, yetkili Daire'nin konuyu görüşeceği 23 Mart 1999 tarihli oturumdan önce, başvuru sahiplerini Özbekistan'a iade etmemesinin arzu edildiğini bildirmeye (indicate) karar vermiştir.

25. Türk Hükümeti 19 Mart 1999 tarihinde başvuru sahiplerinin iade edilmesi kararını almıştır.

26. İlgili Daire 23 Mart 1999 tarihinde İçtüzüğün 39. maddesi gereğince bildirdiği geçici tedbirin yeni bir duyuruya kadar uzatılmasına karar vermiştir.

27. Başvuru sahipleri 27 Mart 1999 tarihinde Özbek yetkililere teslim edilmiştir.

28. Hükümet, iki başvuru sahibiyle ilgili olarak Özbek makamlarından aşağıdaki teminatları aldığını 19 Nisan 1999 tarihli bir yazıyla Mahkeme'ye bildirmiştir: Ankara'daki Özbek Büyükelçiliği 9 Mart ve 10 Nisan 1999 tarihlerinde eklerinde Özbekistan Cumhuriyeti Başsavcılığı'ndan gelen iki mektubun da yer aldığı iki notayı iletmış bulunmaktadır. Bu notalara göre:

"Başvuru sahiplerinin mal varlıkları genel müsadereye tabi tutulmayacak, kendileri işkenceye maruz bırakılmayacak veya ölüm cezasına çaptırılmayacaklardır.

Özbekistan Cumhuriyeti İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraf olup hem Türkiye'ye hem de uluslararası topluma karşı bu Sözleşme hükümlerinden doğan yükümlülüklerine uygun hareket edeceğini beyan ve teyit etmektedir."

29. Hükümet, Özbekistan Dışişleri Bakanlığı'ndan gelen 8 Haziran 1999 tarihli bir diplomatik notayı, 11 Haziran 1999 tarihinde Mahkeme'ye iletmıştır. Notada şu hususlar yer almaktadır:

"Özbek adli makamlarınca sürdürülen soruşturmalar, Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'un, Mayıs 1997 tarihinden bu yana, Özbekistan Cumhuriyeti liderlerine ve halkına karşı yapılan terörist eylemlerin planlanmasında ve

organizasyonunda aktif rol oynadıklarını ortaya koymuştur. Bu faaliyetlerini meşhur aşırı dinci C. H. ve T. Y. liderliğindeki bir suç örgütünün üyeleri olarak sürdürmektedirler.

Yabancı ülke istihbarat servisleriyle yapılan işbirliği ile elde edilen bilgiler, Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'un Kazakistan ve Kırgızistan'da da suç işlediklerini göstermektedir. Önceden toplanan delillere dayanılarak hazırlanan iddianameler, suç örgütü kurmak, terörizm, Devlet Başkanı'na terörist saldırı, kuvvet kullanarak veya anayasal düzeni yıkarak iktidara gelme, kundaklama, sahte belge sağlama, kasıtlı adam öldürme dahil pek çok suçlamayı içermektedir.

Bütün soruşturmalar sanık avukatlarının katılımıyla yürütülmüştür. Sanıklar kendi rızalarıyla suç örgütünün faaliyetleri ve kendilerinin örgütteki rolleri konusunda ikrarda bulunmuşlardır. Bu bilgiler elde edilen diğer delillerle teyit edilmiştir.

Mamatkulov ve Askarov hakkında Özbekistan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen teminatlar Özbekistan'ın 10 Aralık 1984 tarihli "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nden doğan yükümlülükleri ile uyumlu bulunmaktadır.

Sanıklar ve avukatları soruşturmaya ve yargılamaya ilişkin iddia makamının delillerini incelemiş ve Yüksek Mahkeme'ye sunulan iddianamenin bir kopyası kendilerine tebliğ edilmiştir.

Soruşturma ve dava sırasında sanıkların güvenlikleri emniyetli tesislerin (bu amaçla özel olarak donanmış hücreler ile) kullanılması suretiyle sağlanmış ve sanıklara karşı olası saldırıların önüne geçmek için gerekli önlemler alınmıştır.

Yüksek Mahkeme'de sanıkların davası kamuya açık oturumlarda hali hazırda devam etmektedir. Oturumlar yerli ve yabancı basın mensupları tarafından takip edilmektedir. Diplomatik misyon üyeleri ile insan hakları örgütlerinin temsilcileri de duruşmalara devam etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliği yetkilileri de duruşmalara katılabirler."

30. 8 Temmuz 1999 tarihli bir mektupla, Hükümet, Özbekistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin 28 Haziran 1999 tarihli kararıyla

başvuru sahiplerini itham edilen eylemlerden dolayı suçlu bulunduğunu ve hapis cezalarına çarptırıldığını Mahkemeye bildirmiştir.

31. 15 Eylül 1999 tarihli bir mektupla, başvuru sahiplerinin avukatları başvuru sahipleriyle irtibat kuramadıklarını, Özbek hapisanelerindeki koşulların çok kötü olduğunu ve mahkumların işkenceye tabi tutulduğunu ifade etmişlerdir. Özellikle şu hususları belirtmişlerdir:

“ ...

Başvuru sahipleri Özbekistan Cumhuriyeti'nde adil yargılanma hakkından yararlanamamışlar ve duruşmaların aleni yapılması prensibine uyulmamıştır. Başvuru sahiplerinin yargılanması konusundaki bilgilerimiz Özbek yetkililerince verilen bilgilerle sınırlıdır.

Gözlemci avukatlar olarak duruşmalara katılma talebimizi 25 Haziran 1999 tarihinde yazılı olarak Ankara'daki Özbek Büyükelçiliği'ne iletmış olmamıza rağmen, herhangi bir cevap alınamamıştır.

Başvuru sahiplerinin davasının 'yerel ve yabancı basın mensupları ve insan hakları örgütlerinin temsilcileri' tarafından izlendiği iddiasına gelince, Özbekistan'da bulunan ve duruşmaları izleyebilecek tek hükümet dışı kuruluş 'Human Rights Watch'dır. Bu örgüt nezdinde yapılan yazılı taleplerimize rağmen, davanın seyri ve oturumlardaki gelişmeler hakkında herhangi bir detaylı bilgi alınamamıştır.

İadelerinden sonra başvuru sahipleri ile ne telefon ne de mektup yoluyla iletişim kurulamamıştır. Başvuru sahipleri ile hala herhangi bir irtibat vasıtamız bulunmamaktadır. Bu durum, başvuru sahiplerinin sağlıklı hapisane koşullarında tutulmadığı şüphemizi teyit etmektedir.

Mahkemeniz tarafından 9 Temmuz 1999 tarihinde gönderilen mektup ve basında yer alan bilgilere göre, Bay Mamatkulov 20 yıl hapis cezasına mahkum edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu bu ceza Özbekistan Ceza Kanunu'na göre verilebilecek en ağır cezadır. Buna ek olarak, Özbek hapisanelerindeki tutukluluk koşulları ve özellikle işkence uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, mahkumların hapisanelerde cezalarını sağlıklı koşullarda çekmeleri çok zor bulunmaktadır. Ayrıca, belirli mahkumlara ve özellikle ifade özgürlüğüyle ilişkili suçlardan mahkum olanlara ilave cezalar verildiğine genel olarak inanılmaktadır.”

32. Özbekistan Dışişleri Bakanlığı Taşkent'teki Türk Büyükelçiliği'ne 15 Ekim 2001 tarihinde aşağıdaki bilgiyi göndermiştir:

"28 Haziran 1999 tarihinde, Özbekistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi R. Mamatkulov ve Z. Askarov'u aşağıda sıralanan eylemlerden dolayı suçlu bulmuş ve ilgilileri sırasıyla yirmi yıl ve on bir yıl hapis cezasına mahkum etmiştir:

R. Mamatkulov;

a. Ceza Kanunu'nun 28 ve 97. maddeleri gereğince on sekiz yıl hapis cezası (Cezayı ağırlaştırıcı koşullarda adam öldürme. Bunlar arasında su suçlar yer almaktadır:

i. iki veya daha fazla kişinin öldürülmesi,

ii. resmi görevde olan bir kişinin veya onun yakın akrabasının öldürülmesi,

iii. başkalarının hayatını tehlikeye sokan vasıtaların kullanılması,

iv. zulmedici araçların kullanılması,

v. sanığın kendi çıkarına işlenen suç

vi. dini inançlar temelinde işlenen suç,

vii. başka bir suçu gizlemek veya işlenmesine yardımcı olmak amacıyla işlenen suç,

viii. bir grup insan veya bir suç örgütü tarafından bu örgütün çıkarına işlenen suç,

ix. Mükerrer suç);

b. Ceza Kanunu'nun 155/3(a-b) maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (terörizm suçu);

c. Ceza Kanunu'nun 156/2(d) maddesi gereğince on yıl hapis cezası (din ve ırka dayalı ayrımcılık yaratan kin ve düşmanlığa teşvik);

d. Ceza Kanunu'nun 158/1. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (Özbekistan Devlet Başkanı'na terörist saldırı teşebbüsü);

e. Ceza Kanunu'nun 159/4. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini yıkma girişiminde bulunmak, Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini ele geçirmek veya yıkmak amacıyla komplo kurmak);

f. Ceza Kanunu'nun 161. maddesi gereğince on beş yıl hapis cezası (mal varlığını tahrip veya kişi sağlığına zarar verme girişimi, devlet organlarının faaliyetlerine zarar verme veya sosyal, politik ve ekonomik istikrarı sarsma niyetiyle katliam yapma);

g. Ceza Kanunu'nun 168/4(a-b). maddesi gereğince on iki yıl hapis cezası (dolandırıcılık, başkalarına ait mal varlığının bir grup kişi tarafından veya bir grup kişi çıkarına sahtekarlık veya hile yoluyla elde edilmesi);

h. Ceza Kanunu'nun 223/2(b). maddesi gereğince on yıl hapis cezası (Özbekistan topraklarına önceden tasarlayarak yasa dışı yollardan girip çıkmak);

i. Ceza Kanunu'nun 228/3. maddesi gereğince iki yıl kamu yararına hizmet yükümlülüğü (sahte belge, mühür, kaşe, antetli kağıt imal etme, kullanma ve satma);

j. Ceza Kanunu'nun 242/1. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (suç işlemek amacıyla silahlı bir örgüt veya çete kurmak ve böyle bir örgüt veya çetede üst düzey veya özel bir konumda bulunmak);

Ceza Kanunu'nun 59. maddesi (birden çok suça ilişkin cezaların birleştirilmesi) gereğince ağırlaştırılmış rejimli cezaevlerinde çekilmek üzere yirmi yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir.

R. Mamatkulov halen cezasını Navoi İlinin İçişleri Müdürlüğü'ne bağlı Zarafshan Cezaevi'nde çekmektedir. Sağlık durumu iyi olup yakınlarıyla görüşme imkanına sahiptir. Kendisi 22 Ağustos 2001 tarihli Af Kararı'ndan yararlanmamıştır.

Z. Abdurasulovich Askarov;

a. Ceza Kanunu'nun 28 ve 97. maddeleri gereğince on yıl hapis cezası (cezaı ağırlaştırıcı koşullarda adam öldürme. Bunlar arasında su suçlar yer almaktadır:

i. iki veya daha fazla kişinin öldürülmesi,

ii. resmi görevde olan bir kişinin veya onun yakın akrabasının öldürülmesi,

iii. başkalarının hayatını tehlikeye sokan vasıtaların kullanılması,

iv. zulmedici araçların kullanılması,

v. sanığın kendi çıkarına işlenen suç

vi. dini inançlar temelinde işlenen suç,

vii. başka bir suçu gizlemek veya işlenmesine yardımcı olmak amacıyla işlenen suç,

viii. bir grup insan veya bir suç örgütü tarafından bu örgütün çıkarına işlenen suç,

ix. Mükerrer suç);

b. Ceza Kanunu'nun 155/2(a-b) maddesi gereğince on yıl hapis cezası (başkasının ölümüne neden olan terörizm suçu);

c. Ceza Kanunu'nun 156/2(d) maddesi gereğince on yıl hapis cezası (din ve ırka dayalı ayrımcılık yaratan kin ve düşmanlığa teşvik);

d. Ceza Kanunu'nun 158/1. maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (Özbekistan Devlet Başkanı'na terörist saldırı teşebbüsü);

e. Ceza Kanunu'nun 159/4. maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini yıkma girişiminde bulunmak, Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini ele geçirmek veya yıkmak amacıyla komplo kurmak);

f. Ceza Kanunu'nun 161. maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (mal varlığını tahrip veya kişi sağlığına zarar verme girişimi, devlet organlarının faaliyetlerine zarar verme veya sosyal, politik ve ekonomik istikrarı sarsma niyetiyle katliam yapma);

g. Ceza Kanunu'nun 173/3(b). maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (başkalarına ait mal varlığının bir grup kişi tarafından veya bir grup kişi çıkarına tahrip edilmesi veya kasıtlı olarak zarar uğratılması);

h. Ceza Kanunu'nun 223/2(b). maddesi gereğince on yıl hapis cezası (Özbekistan topraklarına önceden tasarlayarak yasa dışı yollardan girip çıkmak);

i. Ceza Kanunu'nun 228/3. maddesi gereğince iki yıl kamu yararına hizmet yükümlülüğü (sahte belge, mühür, kaşe, antetli kağıt imal etme, kullanma ve satma);

j. Ceza Kanunu'nun 242/1. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (suç işlemek amacıyla silahlı bir örgüt veya çete kurmak ve böyle bir örgüt veya çetede üst düzey veya özel bir konumda bulunmak);

Ceza Kanunu'nun 59. maddesi (birden çok suça ilişkin cezaların birleştirilmesi) gereğince ağırlaştırılmış rejimli cezaevlerinde çekilmek üzere on bir yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir.

Z. Askarov halen cezasını Kashkadarya İlinin İçişleri Müdürlüğü'ne bağlı Şayhali Cezaevi'nde çekmektedir. Sağlık durumu iyi olup yakınlarıyla görüşme imkanına sahiptir. Kendisi 22 Ağustos 2001 tarihli Af Kararı çerçevesinde aftan yararlanmamıştır."

33. 23 Ekim 2001 tarihli oturumda, Hükümet, Mahkeme'ye, Türk Elçiliği'nde çalışan iki görevlinin, başvuru sahiplerini, Taşkent'e uzaklığı biri 750, diğeri 560 kilometre olan Şayhali ve Zarafshan hapishanelerinde ziyaret ettiklerini bildirmiştir. Büyükelçilik görevlilerinin ifadelerine göre, başvuru sahiplerinin sağlık durumları iyi olup hapishane koşullarından da şikayetçi bulunmamaktadırlar.

34. 3 Aralık 2001 tarihinde, Özbek yetkililer, başvuru sahiplerinin bulunduğu hapishanedeki askeri doktorlar tarafından düzenlenen sağlık raporlarını Hükümet'e iletmislerdir. Doktorlar aşağıdaki bulgulara ulaşmışlardır:

"Bay M. Mamatkulov 9 Aralık 1999 tarihinde hapishaneye konmuştur. Geldiğinde herhangi bir sağlık problemi bulunmamaktadır. 14 Aralık 2000 ve 2 Nisan 2001 tarihlerinde yapılan muayenelerde hiçbir patolojik bulguya rastlanmamıştır.

19 Aralık 2001 tarihinde, tutuklu, genel zayıflık ve öksürük nöbeti şikayetiyle cezaevi sağlık merkezine başvurmuş, muayene neticesinde şiddetli bronşit teşhisi konmuş ve ilaç tedavisi verilmiştir..."

"Bay A. Askarov 21 Temmuz 2001 tarihinde hapsedilmiştir. Geldiğinde herhangi bir sağlık problemi bulunmamaktadır. 25 Temmuz, 30 Ağustos ve 23 Ekim 2001 tarihlerinde yapılan muayenelerde hiçbir patolojik bulguya rastlanmamıştır..."

35. Hükümet, Özbek yetkililerince iletilen listeler bazında, başvuru sahiplerinin Ocak 2002 ve 2004 tarihleri arasında yakın akrabaları tarafından çeşitli defalarda ziyaret edildiğini Mahkemeye 16 Nisan 2004 tarihinde bildirmiştir.

36. Şu ana kadar, başvuru sahiplerinin avukatları kendileriyle görüşmemişlerdir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

37. (Olay anında yürürlükte olan (Ç. N.) Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesi şu şekildedir:

“Bir cürümden dolayı bir Türkün ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul olunamaz.

Siyasi veya ona murtabit cürümlerden dolayı bir ecnebinin devletlere iadesi devletçe kabul edilemez.

Ecnebi devletçe vuku bulan iade talebi üzerine istenilen kimsenin Türkiye’de bulunduğu mahal mahkemesi asliyesince tabiiyeti ve cürümünün mahiyeti hakkında bir karar verilmesi lazımdır.

Türk tebaasından olduğu yahut cürümünün siyasi ve askeri veyahut bunlara murtabit cürümlerden bulunduğu mahkemece sabit olanların iadesi talebi kabul olunamaz.

Ecnebi olduğuna ve cürümünün adi ceraimden bulunduğuna karar verilen kimsenin iadesi talebi hükümetçe kabul olunabilir.

İadesi talep ve kabul olunan kimse hakkında mahalli müstantikliğince tutuklama müzekkeresi verilebilir.”

B. İade

38. Türkiye ve Özbekistan arasındaki iade esasları, 18 Aralık 1997 tarihinde yürürlüğe giren “Türkiye ve Özbekistan Cumhuriyetleri Arasında Medeni, Ticari ve Cezai Konularda Karşılıklı Yardımlaşma Anlaşması” hükümlerine dayanmaktadır. Bu anlaşmanın ilgili hükmü şu şekildedir: “Her bir Akit Devlet işbu Anlaşmada belirlenen durumlar ve koşullara bağlı olarak kendi yargı yetkisi içinde bulunan ve diğer tarafın yargı yetkisinde

işlenen bir eylemden dolayı suçlanan veya mahkum edilen herhangi bir kişiyi diğer tarafa iade etmeyi taahhüt eder”.

III. İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Antlaşmalar Hukukuna Dair 1969 Tarihli Viyana Sözleşmesi

39. “Genel Yorum Kuralı” başlığını taşıyan 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesi şu şekildedir:

“1. Bir antlaşma, antlaşma metninde yer alan kavramlara normal olarak yüklenecek anlamlara göre iyi niyetli bir şekilde ve antlaşma amaç ve hedeflerinin ışığı altında yorumlanır.

2. Bir antlaşmanın yorumlanması açısından, antlaşma metnine, antlaşmanın önsözü ve eklerine ilave olarak, şu hususlar dahildir:

a. antlaşmaya ilişkin olarak ve antlaşmanın akdedilmesi amacıyla bütün taraflar arasında imzalanan herhangi bir anlaşma;

b. antlaşmanın akdedilmesine ilişkin olarak bir veya birden çok tarafça hazırlanan ve diğer taraflarca da antlaşmayla ilgili bir belge olduğu kabul edilen herhangi bir belge.

3. Antlaşmanın asıl metniyle birlikte aşağıdaki hususlar da dikkate alınır:

a. Antlaşmanın yorumu ve hükümlerinin uygulanması hakkında taraflar arasında sonradan yapılan herhangi bir anlaşma;

b. Antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin olarak tarafların mutabakatını gösteren ve antlaşmanın tatbiki ile ilgili olarak sonradan kabul edilen herhangi bir uygulama;

c. Taraflar arasında tatbiki kabil herhangi bir uluslararası hukuk kuralı.

4. Bir kavrama özel bir anlamın yüklenmesi tarafların bunu amaçladıklarının teyit edilmesine bağlıdır.”

B. Evrensel İnsan Hakları Koruma Sistemleri

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

40. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi İç Tüzüğü'nün 86. maddesi şu şekildedir:

“Komite, ilgili taraf Devlete başvuru hakkındaki görüşlerini iletmeden önce, o devlete, ileri sürülen ihlalin mağduru aleyhine telafisi güç zararların doğmasını önlemek amacıyla geçici tedbirlerin alınmasının arzu edilip edilmediğini bildirebilir. Bunu yaparken, Komite, ilgili taraf Devlete, geçici tedbirlerin alınması yönündeki görüşlerinin başvurunun esası hakkında herhangi bir tespit manasına gelmeyeceğini bildirir.”

41. 26 Temmuz 1997 tarihli kararında (Glen Ashby v. Trinidad ve Tobago kararında), Komite, ölüm cezasının infazını ertelemeyi talep eden geçici tedbir kararlarına uymaktan imtina eden bir Devletin durumunu ilk defa incelemiştir. Komite, İhtiyari Protokolü onaylamak suretiyle, Taraf Devletin bu protokolle öngörülen prosedür çerçevesinde Komite ile işbirliği yapma yükümlülüğü altına girdiğini ve bu bağlamda Sözleşme ve İhtiyari Protokol çerçevesinde üslendiği yükümlülükleri yerine getirmediğini vurgulamıştır (İnsan Hakları Komitesi Raporları, Cilt I).

42. 19 Ekim 2000 tarihli kararında (Dante Piandiong, Jesus Morallos ve Archie Bulan v. Filipinler kararında), Komite, şu hususların altını çizmiştir:

“Sözleşmeye taraf her bir Devlet, İhtiyari Protokolü kabul etmekle, İnsan Hakları Komitesi'nin Sözleşme'de düzenlenen haklardan herhangi birinin ihlal edildiğini ileri süren bireylerden gelen başvuruları kabul etme ve inceleme yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir (Önsöz ve Madde 1). Protokolü kabul etmekle, bir Devlet, yapılan başvuruların incelenmesine imkan sağlamak üzere Komiteyle iyi niyetli bir şekilde işbirliği yapmayı ve incelemeyi sonra Komitenin Taraf Devlete ve ilgili kişiye görüşlerini iletmesini zımnen taahhüt etmiş olur (Madde 5 (1), (4)). Taraf Devletin Komite'nin başvuruyu inceleme ve değerlendirmesini ve görüşlerini açıklamasını engelleyen veya aksatan herhangi bir tedbir alması, söz konusu bu yükümlülükler ile bağdaşmaz.

Bir başvuruda kendisine isnat edilen herhangi bir ihlalden tamamen bağımsız olarak, bir Taraf Devlet, şayet Sözleşme'nin ihlal edildiğini ileri süren

bir başvurunun Komite tarafından incelenmesini engelleyen veya aksatan bir tedbir alırsa veya Komite'nin incelemesini konusuz ve görüşlerini açıklamasını faydasız ve nafîle hale getirirse, İhtiyari Protokol altındaki yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmiş olur" .

Sözleşme'nin 39. maddesine göre kabul edilen Komite İçtüzük Kuralları'nın 86. maddesi gereğince alınan geçici (ihtiyati) tedbir kararları, Protokol mucibince Komite'ye verilen rollerin ifası için zaruridir. Özellikle suç isnat edilen bir kişinin infaz edilmesi ya da ülkeden sınır dışı edilmesi gibi geri dönüşü mümkün olmayan tedbirler nedeniyle söz konusu bu Kural'a uyulmaması, İhtiyari Protokol aracılığıyla Sözleşme'de düzenlenen hakların korunması sistemini zedeler."

Komite bu prensibi 15 Mayıs 2003 tarihli bir kararında da (Sholam Weiss v. Avusturya kararı) tekrar etmiştir.

2. Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi

43. İşkenceyi Önleme Komitesi İçtüzüğü'nün 108/9. maddesi, "İşkence, Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme" hükümlerinin ihlal edildiğini ileri süren kişiler tarafından başlatılan yargılamalarda geçici tedbirlerin alınmasına imkan sağlamaktadır. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Bir başvurunun kabul edilebilir olup olmadığının incelenmesi sırasında, Komite veya Çalışma Grubu ya da işbu Tüzüğü'nün 106. maddesinin 3. paragrafı gereğince görevlendirilen bir özel raportör, iddia edilen ihlalin mağduru olduğunu ileri süren kişi ya da kişilerin telafi edilemez bir zarara maruz kalmalarını önlemek için taraf Devletten geçici tedbirler almasını isteyebilir. Böyle bir talebin taraf Devlete bildirilmesi, başvurunun kabul edilebilirliği konusunda herhangi bir karar alındığı manasına gelmez".

44. Venezüella'da ikamet eden ve alınan geçici tedbir kararı ile iade işlemi iptal edilmiş olmasına rağmen Peru'ya iade edilen bir Peru vatandaşının davasında (Rosana Nunez Chipana v. Venezüella kararı, 10 Kasım 1998), İşkenceyi Önleme Komitesi, ilgili Devletin "Sözleşme'nin ruhuna" uygun hareket etmediği değerlendirmesinde bulunmuştur. Komite bu görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

“Taraf Devlet, Sözleşme’yi onaylayarak ve Komite’nin yetkisini 22. madde gereğince kendi isteğiyle kabul ederek, başvuruların incelenmesi prosedürünün uygulanmasında Komite ile iyi niyetli bir şekilde işbirliği yapma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu bakımdan, Komite’nin yerinde olduğunu düşünerek talep ettiği ihtiyati tedbirlere uyulması, söz konusu kişiyi Komite önündeki yargılamanın nihai sonucunu da hükümsüz kılacak telafisi mümkün olmayan zararlardan korumak açısından zaruridir.”

45. Kanada’da ikamet eden bir Hint vatandaşının, Hindistan’a iadesine ilişkin diğer bir kararda (T. P. S. v. Kanada kararı, 16 Mayıs 2000), İşkenceyi Önleme Komitesi, Kanada’dan bu iade işleminin durdurulmasını geçici tedbir olarak istemesine rağmen, talep edilen geçici tedbire uyulmamasının *“Komite önündeki yargılamanın nihai sonucunu hükümsüz hale getirebileceği”* görüşünü yinelemiştir.

C. Uluslararası Adalet Divanı

46. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün (İçtüzüğü’nün) 41. maddesi şu şekildedir:

“1. Mahkeme, şartların gerektirdiğine kanaat getiriyorsa, her iki tarafın haklarının korunması için alınması gereken geçici tedbirlerin hangileri olduğunu bildirmek yetkisine sahiptir.

2. Nihai karar verilinceye karar, alınması istenilen tedbirler derhal taraflara ve Güvenlik Konseyi’ne tebliğ edilir”.

47. Uluslararası Adalet Divanı pek çok davada geçici tedbir kararlarının amacının uyuşmazlık taraflarının karşılıklı haklarını korumak olduğuna işaret etmiştir (bkz, diğerleri yanında, Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri kararı, 27 Haziran 1986). *“Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme’nin Uygulanması”na ilişkin bir davada (Bosna-Hersek v. Yugoslavya kararı), Adalet Divanı, geçici tedbir kararı verme (bildirme) yetkisinin:*

“Uyuşmazlık hakkında karar verilinceye kadar, tarafların karşılıklı haklarını korumayı ve ihtilaf konusu olan haklara telafisi mümkün olmayan bir zararın verilmesini önlemeyi amaçladığını; ve Divan’ın bu tedbirlerle daha sonra başvuru sahibi veya davalıya ait olduğuna karar verilecek hakların muhafaza edilmesi konusunu göz önünde bulundurmak zorunda olduğunu”

belirtmiştir.

48. La Grand kararında (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri) 27 Haziran 2001 tarihli kararıyla Adalet Divanı şu hususa dikkat çekmiştir:

"102. ... Divanın Statüsünde düzenlendiği şekliyle 41. maddenin amacı, Adalet Divanı önüne gelen bir uyuşmazlıkta tarafların karşılıklı haklarına zarar verilmesinden dolayı Divan'ın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesine mani olmaktır. Adalet Divanı Statüsü'nün amaç ve hedefi ile 41. madde metninin ifadesi dikkate alındığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır: geçici tedbirler bildirme (indicate) yetkisinin, söz konusu yetkinin gerekliliği ve koşulların gerektirdiği ölçüde kullanılması şartıyla, Divanın nihai kararı ile taraflar arasında belirlediği hakların korunması ve bu haklara bir zarar gelmemesi açısından, bağlayıcı olması gerekir. 41. madde gereğince belirlenen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığını iddia etmek, işbu maddenin amaç ve hedefine aykırıdır.

103. 41. madde gereğince verilen kararların bağlayıcı niteliğine işaret eden ve Divanın önem verdiği diğer bir unsur ise, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın daha önceden benimsemiş olduğu bir ilkenin varlığıdır ki, "uluslararası yargı mercilerince kabul gören ve bir çok sözleşmede de yer alan bu evrensel ilkeye göre (...) dava tarafları nihai kararın icrasını engelleyebilecek her türlü adımdan ve, genel olarak niteliği ne olursa olsun, uyuşmazlığı ağırlaştırabilecek veya uzatacak her hangi bir fiilden kaçınmak zorundadırlar (Sofya ve Bulgaristan Elektrik Şirketi, 5 Aralık 1939 tarihli karar...)."

Bu yaklaşım daha sonra Adalet Divanı'nın 31 Mart 2004 tarihli Avena ve Diğer Meksika Vatandaşları davasında verdiği kararda da teyit edilmiştir (Meksika v. Amerika Birleşik Devletleri).

D. Amerikan İnsan Hakları Koruma Sistemi

1. Amerikan İnsan Hakları Komisyonu

49. Amerikan İnsan Hakları Komisyonu İctüzüğü'nün 25. maddesi şu şekildedir:

"1. Acil ve önemli durumlarda ve eldeki mevcut bilgilerden hareketle gerek duyulması halinde, Komisyon, kendi inisiyatifiyle ya da taraflardan birinin talebi üzerine, kişilerin telafi edilemez zararlara uğramasını önlemek için ilgili Devletten ihtiyati tedbirler almasını isteyebilir.

2. Eğer Komisyon toplantı halinde değilse, Başkan veya Başkan'ın yokluğu halinde Başkan yardımcılardan biri, icra Sekreteryası aracılığıyla, önceki paragraftaki düzenlemenin uygulanmasıyla ilgili olarak diğer üyelerle istişarede bulunur. Şayet mevcut koşullar çerçevesinde makul bir süre içinde istişarede bulunmak mümkün değilse, Başkan veya Başkan Yardımcılardan birisi, Komisyon adına karar alır ve Komisyon'un diğer üyelerine bunu bildirir.

3. Komisyon, ihtiyati tedbir kararlarının benimsenmesine ve bu kararlara uyulmasına ilişkin herhangi bir konuda ilgili taraflardan bilgi talep edebilir.

4. Bu tedbirlerin alınması ve ilgili Devletçe benimsenmesi davanın esasına ilişkin bir ihsası rey oluşturmaz".

50. İhtiyati tedbirlerin kapsamı, bireysel başvuruya ilişkin olarak Komisyon tarafından verilen tavsiye kararına göre belirlenmektedir. 17 Eylül 1997 tarihinde Loayza Tamayo v. Peru davasında verdiği kararla, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Devletin, "temel fonksiyonu 'insan haklarına uyulmasını ve korunmasını geliştirmek olan' ... Amerikan Devletleri Örgütünün temel organlarından biri olan Amerikan İnsan Hakları Komisyonu gibi bir koruma organının tavsiyelerini yerine getirmek için her türlü çabayı göstermek zorunda olduğuna" karar vermiştir.

2. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi

51. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63/2. maddesi şu şekildedir:

"Son derece ağır ve acil durumlarda ve kişilere yönelik telafi edilemez zararları önlemek gerektiğinde, Mahkeme, ele aldığı uyuşmazlık dolayısıyla, yerinde olduğuna hükmettiği geçici tedbirlere karar verir. Henüz Mahkeme'ye intikal etmeyen bir dava söz konusu ise, Komisyon'un talebi üzerine bu tür tedbirleri alabilir".

52. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 25. maddesi şu şekildedir:

"1. Son derece ağır ve acil durumların mevcut olduğu davaların herhangi bir aşamasında ve kişilere yönelik telafi edilemez zararların önlenmesi gerektiği zaman, Mahkeme, Sözleşme'nin 63/2. maddesinin öngördüğü şartlarda, re'sen

veya taraflardan birinin talebi üzerine yerinde olduğuna hükmettiği geçici tedbirlerin alınmasına karar verebilir.

2. Henüz Mahkeme'ye intikal etmeyen konulara ilişkin olarak, Mahkeme, Komisyon'un talebi üzerine harekete geçebilir.

3. Talep, herhangi bir vasıtayla başkana, yargıçlardan herhangi birine ya da Sekreterliğe yapılabilir. Her halükarda talebi alan makam, durumu derhal Başkan'ın dikkatine sunmak zorundadır.

4. Eğer mahkeme toplantı döneminde değilse, Başkan, Daimi Komisyon'la ve eğer mümkünse diğer yargıçlarla istişare ederek, Mahkeme'nin müteakip oturumda alabileceği herhangi bir geçici tedbir kararının etkinliğini sağlamak için gerekli olabilecek bu tür acil tedbirlerin alınmasını ilgili hükümetten ister.

5. Mahkeme veya Mahkeme toplantı döneminde değilse Mahkeme başkanı, tarafları geçici tedbirlerle ilgili olarak açık duruşmaya çağırabilir.

6. Mahkeme, Genel Kurul'a sunduğu yıllık raporda, raporun ait olduğu dönem içerisinde almış olduğu geçici tedbirler konusunda bir açıklamaya yer verir. Eğer bu tedbirler usulüne uygun olarak yerine getirilmez ise, Mahkeme, uygun olduğunu düşündüğü tavsiyeleri yapar."

53. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi geçici tedbirlere uyma yükümlülüğünün esasa ilişkin kararlarının etkinliğini sağlamak için gerekli olduğunu pek çok davada ifade etmiştir. (bkz., diğerleri arasında, Chumina v. Peru kararı, 1 Ağustos 1991; Loayza Tamayo v. Peru kararı, 2 Temmuz 1996, 13 Eylül 1996, 11 Kasım 1997 ve 3 Şubat 2001; James ve Diğerleri v. Trinite ve Tobago kararı, 25 Mayıs ve 25 Eylül 1999, 16 Ağustos ve 24 Kasım 2000, 3 Eylül 2002; Haitili ve Haiti Asıllı Dominik uyruğundan Haitililer v. Dominik Cumhuriyeti kararı, 7 ve 18 Ağustos 2000, 26 Mayıs 2001; Alvarez ve Diğerleri v. Kolombiya kararı, 10 Ağustos 2000, 12 Kasım 2000. 30 Mayıs 2001; Hilaire, Constantine, Benjanin ve Diğerleri v. Trinite-ve-Tobago kararı, 21 Haziran 2002).

İki geçici tedbir kararında, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin "Amerikan sisteminin iki denetim organının (Mahkeme ve Komisyon) işleyişine dair hükümler dahil Sözleşme'nin bütün hükümlerini iyi niyetle uygulamak zorunda olduklarını (pacta sunt servanda); ve Sözleşme'nin insan haklarını etkin bir şekilde koruma temel amacını dikkate alarak (Madde 1/1, 2, 51 ve 63/2), Devletlerin,

mağdur olduğu ileri sürülen kişilerin haklarının eski hale iadesini (*restitutio in integrum*) engelleyen faaliyetlere girişmekten kaçınmaları gerektiğini” hüküm altına almıştır (bkz., James ve Diğerleri v. Trinité ve Tobago kararı, 25 Mayıs ve 25 Eylül 1999 tarihli kararlar).

IV. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ’NÜN ÖZBEKİSTAN HAKKINDAKİ BRİFİNG VE RAPORU

54. Dava konusu olay zamanında Özbekistan’daki durumla ilgili olarak, Uluslararası Af Örgütü, Birleşmiş Milletler İşkenceyle Mücadele Komitesi’ne verdiği ve Ekim 1999 tarihinde kamu oyuna sunduğu açıklamasında şu hususları belirtmiştir:

“ ... Uluslararası Af Örgütü’nün, Özbekistan’ın insan hakları eğitimi, demokratikleşme ve ülkenin mevzuatını uluslararası normlara uygun hale getirmeyi amaçlayan yasama ve yargı reformları konusunda resmi makamların desteğiyle ulusal alanda girişilmiş çok sayıda ve geniş kapsamlı teşebbüse rağmen, bu sözleşme uyarınca kendi üzerine düşen yükümlülükleri bütünüyle yerine getirmediği konusunda sahip olduğu kaygılar devam etmektedir.

... Aralık 1997’den bu yana, Namangan bölgesinde meydana gelen birkaç olayda kanun uygulayıcı görevlilerin öldürülmüş olması, toplu yakalama ve tutuklama dalgasına neden olmuştur. Uluslararası Af Örgütü bu tarihten itibaren kanun uygulayıcı makamların bağımsız imamlara (İslami liderlere) sadık olduklarını veya bağımsız İslami cemaatlerle bağlantılı olduklarını düşündükleri kişilere karşı işkence ve kötü muamele uyguladıklarına dair gittikçe artan sayıda bilgiler almıştır. ‘Vahhabiler’ olarak adlandırılan bu kişilerden yüzlercesi uluslararası adil yargılanma standartlarının gerisine düşen yargulamalar neticesinde uzun süreli hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Uluslararası Af Örgütü’nün endişeleri 1999 Şubatı’nda, başkent Taşkent’te altı adet bombanın patlamasından sonra yüzlerce kadın ve erkeğin tutuklanmasıyla artmıştır. Bu sefer tutuklanan, kötü muameleye tabi olan ve işkence gören kişiler arasında yasaklı muhalefet partisi ve hareketlerden Erk ve Birlik’in sempatisanı olduğundan şüphelenilen kişiler, bunların aile üyeleri, insan hakları gözlemcileri ile Hizb-üt-Tahrir gibi yasaklı İslami muhalefet partileri ve hareketlerinin destekçisi olduğu ileri sürülenler bulunmaktadır. Uluslararası Af Örgütü’nün dikkatine sunulan olayların hepsi olmasa bile, pek çoğunda, sorguya çekilen kimselerin seri bir şekilde ne kendi seçtikleri bir avukatla ya da aileleriyle görüşmelerine izin verildiği ne de tıbbi tedaviden yararlandık-

ları görülmüştür. Sorumlu mercilerin, savcılardan her seviyedeki mahkeme ve parlamento kamu denetçisine kadar, çok sayıdaki işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında zamanında, kapsamlı ve bağımsız soruşturmalar açmadıkları görülmüştür. Güvenilir ve bağımsız kaynaklara göre, işkence altında alındıkları bildirilen itiraflar, yargılama sürecinde rutin olarak kullanılmakta ve Uluslararası Af Örgütü tarafından incelenen pek çok olayda mahkumiyet kararı bu tür delillere dayanmaktadır. Uluslararası Af Örgütü, Taşkent suikastlarında olduğu gibi Namangan cinayetlerinin de ertesinde Cumhurbaşkanı'nın da içinde bulunduğu Özbek yetkililer tarafından yapılan açıklamalardan rahatsız olmuştur. Bu açıklamalar, devlet görevlilerinin toplumun bazı kesimlerine karşı zor kullanmasının doğrudan doğruya tasdikini oluşturmaya da, en azından işkence ve kötü muamele gibi yasa dışı metotların kullanımına göz yumulması olarak algılanabilirler. Nisan 1999'da insan hakları ve demokrasinin teminatı olarak resmedilen Devlet Başkanı İslam Kerimov Özbekistan'da istikrar ve özgürlüğü korumak için 200 kişinin kafasını uçurmaya hazır olduğunu açıkça belirtmiştir... Uluslararası Af Örgütü, yetkili makamların kötü muamele ve işkence iddiaları üzerine derinleştirilmiş ve tarafsız soruşturmalar açılmaması konusundaki ısrarlı tutumları ile birlikte söz konusu bu açıklamaların, kanun uygulayıcı makamlarca yapılan işkence ve kötü muamelenin kabul edilebilir ve hatta gerekli bir hareket tarzı olduğu ve kanun uygulayıcı makamların herhangi bir ceza görmeksizin bu tür eylemlerde bulunabileceği izlenimini vermesinden çekinmektedir.

İşbu brifing Özbekistan'daki kötü muamele ve işkence konusunda kapsamlı bir çalışma olma iddiasını taşımamaktadır. Brifing sadece Uluslararası Af Örgütü'nün şu anki en acil kaygılarını oluşturan olay ve konularla ilgili Sözleşme maddeleri üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Ceza hukukunda her türlü işkence eyleminin suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (Madde 4).

Özbekistan her türlü işkence eyleminin ceza hukukunda suç teşkil etmesini ve bu suçların ağırlıklarına göre cezalandırılmasını zorunlu kılan Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca bütün yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Her ikisinde de işkence fiillerinin yasaklanmasına ve cezalandırılmasına rağmen, ne Anayasa da, ne de ceza kanununda, Sözleşme'nin 1. maddesinde düzenlendiği şekilde bir işkence tanımına yer verilmektedir.

[Özbek] Ceza Kanunu'nun 235. maddesi zor kullanarak itiraf elde etmeyi suç olarak düzenlemektedir. Zor kullanma metotlarını açık bir şekilde

tanımlamasına (dayak, çok ağır veya ağır şekilde vücuda yönelik zarar vermek, işkence) ve bu eylemleri işleyenleri somut olarak isimlendirmesine (soruşturma ve sorgulama görevlileri, vekiller) rağmen, söz konusu bu madde, işkencenin tanımında Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilenden çok daha dar bir tanım içermektedir. Bu maddede beş ila sekiz yıl arasında bir ceza öngörülmektedir.

Özbek Ceza Kanunu'nun diğer maddeleri ve özellikle 110. maddesi farklı müessir fülleri cezalandırmakla birlikte, hiç biri özel olarak devlet görevlilerinin eylemlerine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Özbek basınında tutuklama ve sorgulama sırasında yasadışı metotlar kullanılmaktan dolayı haklarında takibat yapılan güvenlik güçleri olduğundan bahsedilmiştir. Bununla birlikte, Uluslararası Af Örgütü'ne ulaşan bilgilere göre, incelenen dönem içerisinde, bu Örgüt tarafından ele alınan olaylarda insan hakları ihlali mağdurları tarafından işkence eylemlerinde buldukları tespit edilen güvenlik güçleri mensuplarından hiç biri yukarıda zikredilen Ceza Kanunu maddesi gereğince takibata uğramamıştır...

Uluslararası Af Örgütü'ne tekrar tekrar ulaşan güvenilir raporlarda şüphelilerin kendi seçtikleri avukatla görüşmelerine izin verilmediği bildirilmiştir. Kanun uygulayıcı makamlar, sanığın avukatı ile görüşmesine ancak sanık birkaç gün göz altında tutulduktan sonra izin vermişlerdir ki, bu dönem kötü muamele ya da işkence görme riskinin en yüksek olduğu bir safhadır. Kanun uygulayıcı makamlar pek çok olayda avukat ile görüşmeye ancak şüphelinin itirazını imzalamasından sonra izin vermişlerdir. Avukatların müvekkillerine sınırsız erişim imkanının güç olmasından dolayı, kabul edildiği zaman bile, avukatla müvekkil arasındaki görüşmeler ancak seyrek aralıklarla yapılmaktadır. Savunma avukatlarının soruşturmanın tüm aşamalarında hazır bulunmalarına nadir olarak izin verilmektedir...

Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 17. maddesi işkence uygulamasını açıkça yasaklamakta ve hakimler, savcılar ile soruşturma ve sorgulama görevlilerini yargılamanın bütün aşamalarında bireyin haysiyet ve onuruna saygı gösterme yükümlülüğü altına koymaktadır. Bununla birlikte, Uluslararası Af Örgütü, farklı kaynaklardan -eski mahkumlar, tutukluların aileleri, savunma avukatları, insan hakları izleme örgütleri, uluslararası insan hakları örgütleri, diplomatlar, mahkeme dokümanlarının nüshaları- sayısız raporlar almış ve bu raporlarda kanun uygulayıcı makamların, hiç kimsenin işkence veya acımasız, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmayacağı konusundaki yasal yükümlülüklerini rutin olarak ihlal etmeye devam ettiği bildirilmektedir.

...

Hapishane Koşulları

Yargılanmak üzere tutuklanan kişilerin buldukları koşulların acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil edecek derecede kötü olduğu rapor edilmektedir. Özbek makamları, 1997 yılında, tutukluluk koşullarının BM'nin tutuklulara yapılan muameleye ilişkin temel asgari standartlarının çok gerisinde olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Kalabalık ortam temel bir sorun olup, her yatak nöbetleşe uyuyan en az iki mahkum tarafından kullanılmaktadır. Kötü sağlık koşulları, yiyecek ve temel tıbbi tedavi eksikliği tüberküloz gibi hastalıkların meydana gelme riskini artırmaktadır. Eski mahkumlar, hücreleri bir metre karelik ve ancak kapının yanında ayakta durulabilecek şekilde yerin altında bulunan 'delikler' olarak tarif etmektedirler. Hücrenin geri kalan kısmı sadece bir metre elli santim yüksekliğinde ve tutuklunun yalnızca oturabileceği ya da çömelebileceği tarzdadır. Ayrıca hücrelerin hasaratla dolu olduğu ifade edilmektedir. İdam mahkumlarının bulunduğu kısımdaki yaşam koşullarına gelince, Özbek yetkililerin, bağımsız gözlemcilerin mahkumları ziyaret etmelerine izin vermemesinden dolayı, bunları bağımsız olarak tahkik etmek güç bulunmaktadır."

55. Uluslararası Af Örgütü, Özbekistan hakkında hazırladığı 28 Mayıs 2002 tarihli yıllık raporunda ise şunları belirtmiştir:

"Hizb-ut-Tahrir (Kurtuluş Partisi) gibi yasadışı muhalif İslami hareket ve partilerin destekçisi olduğu ileri sürülen pek çok kişiye kanun uygulayıcı makamlar tarafından uygulanan kötü muamele ve işkence filleri azalmaksızın devam etmektedir. Binlerce dindar Müslüman ve Erk ve Birlik adındaki yasaklı seküler siyasi muhalefet partileri ve hareketlerinin düzinelerce üyesi ya da destekçisi, adil yargılanma hakkına uygun olmayan yargılamalar sonucu, yasadışı bir partiye üye olmaktan, yasadışı dini yayın dağıtmaktan ya da Devlete karşı eylemlerde bulunmaktan ağır hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Dindar Müslüman mahkumların özellikle hapishane kamplarında acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere tabi tutuldukları konusunda raporlar gelmeye devam etmektedir. Aralarında tanınmış bir insan hakları savunucusunun da bulunduğu bir çok tutuklunun işkence neticesinde öldüğü ileri sürülmüştür. Adil olmayan yargılamalar sonucu, en az 22 kişinin ölüm cezasına çarptırıldığı ve bunlardan en az dördünün cezasının infaz edildiği bildirilmiştir.

Yasaklı Erk Demokratik Partisi'nin sürgündeki yöneticisi Salih Mohamad, Kasım ayında Çek polisi tarafından Prag havaalanında yakalanmıştır.

Özbekistan tarafından kendisiyle ilgili yapılan iade talebi incelenene kadar tutukluluk hali devam etmiştir. 1999 tarihinde, Prag Şehir Mahkemesi tarafından iadesinin reddi karara bağlandıktan sonra, serbest bırakılarak mülteci statüsünü kabul eden Norveç'e gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanı İslam Kerimov Eylül ayında yaptığı açıklamada her yıl yüz kadar kişiye ölüm cezası uygulandığını açıkça ifade etmiştir. Ekim ayında ölüm cezasını gerektiren suç sayısı dörde indirilmiştir.

İşkence ve kötü muamele suçlamaları

...

Dindar Müslüman mahkumların tutukevlerinde ve özellikle yüksek korumalı hapis hane kamplarında özellikle acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelerin hedefi olduklarına dair raporlar gelmeye devam etmektedir...

2001 yılının Haziran ayında, 73 Tacik asıllı dağ köylüsü, gizli oturumlarla yapılan dört farklı yargılamada, Özbekistan İslami Hareketi'nin Ağustos 2000 yılında ülke sınırlarından içeri doğru yaptığı saldırı sırasında bunlara destek verdikleri için üç yıl ile on sekiz yıl arasında değişen hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Hükümet bu uygulamayı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ne daha önceden vermiş olduğu güvencelere rağmen yapmıştır. Bu güvencelere göre, köylüleri buralardan tahliye etmenin nedeni, bunların yaşam koşullarını iyileştirmek olup bu şekilde zorla yerleri değiştirenlere karşı hiçbir adli takibat yapılmayacaktır. Mayıs ayında aynı anda ve önceden bildirimde bulunmadan Taşkent'te açılan dört toplu davada bir polis ordusu kordonuyla çevrili olarak farklı mahkeme binalarında yargılamalar yapılmıştır. Oturumlara katılmaya çalışan sanıkların yakınları tehdit edilmiş ve yetkililer bu kişileri şehri terk etmeye zorlamışlardır.

İnsan Hakları İzleme Örgütü'nü (Human Rights Watch) temsil eden yalnızca bir yabancı gözlemci davalardan birine katılmıştır. Yabancı diplomatlar, yerel insan hakları gözlemcileri ve medya organları dahil başka kimselerin katılımına izin verilmemiştir.

İnsan Hakları İzleme Örgütü gözlemcisine göre, savcılık makamı, sanıkların suçluluğuna dair hiçbir inandırıcı delil gösterememiştir. Bütün sanıklar, yargılama gününe kadar kimseyle görüştürülmeyerek tutuklu kalmışlar ve kendi seçtikleri bir avukat aracılığıyla temsil edilme hakkından mahrum bırakılmışlardır. Mahkeme önündeki yargılamada sanıkların itiraflarını geri çektikleri

bildirilmiş ve sanıklar güvenlik güçlerinin işlemedikleri suçları ikrar ettirmek için kendilerine işkence yaptıklarını ileri sürmüşlerdir. Sanıklar, bir kamera önünde ezbere söylemek üzere ikrarlarının kendilerine zorla ezberletildiğini iddia etmişlerdir. Sanıklardan bazıları mahkemeye vücutlarında bulunan ve onlara göre maruz bırakıldıkları işkence fiilinin sonucu olan izleri göstermişlerdir. Bununla birlikte mahkeme bu açıklamaları dikkate almamıştır..."

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 2 ve 3. MADDELERİNİN İHLALİ İDDİALARI

56. Başvuru sahipleri Özbekistan Cumhuriyeti'ne iadelerinin Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlalini oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Bu maddeler şu şekildedir;

Madde 2.

"1. Herkesin yaşam hakkı kanun tarafından korunur. Kanun'un ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın infazı dışında hiç kimse kasıtlı olarak yaşam hakkından mahrum bırakılamaz.

2. Ölüm,

a. bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması;

b. yasal olarak bir tutuklamanın gerçekleştirilmesi veya yasal olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi;

c. bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması

amacıyla kuvvete başvurma keskin zorunluluk olduğu hallerde meydana gelmişse işbu maddenin ihlal edildiğinden söz edilemez."

Madde 3.

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

Davanın koşullarını dikkate alarak, Mahkeme, bu şikayetin 3. maddede çerçevesinde incelenmesi gerektiğini düşünmektedir.

A. Daire Kararı

57. Daire olayla ilgili herhangi bir nihai tespit yapamamasının, başvuru sahibine Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince iddialarını destekleyici delilleri elde edebilmesi için gerekli ilave araştırmaların yapılması fırsatının verilmemiş olmasından kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır. Daire ilgili madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmek için elindeki delillerin yeterli olmadığını değerlendirmiştir (Daire kararının 74 ve 77. maddelerine bkz.).

B. Tarafların İddiaları

1. Başvuru Sahipleri

58. Başvuru sahiplerini temsil eden avukatlar, iade zamanı itibariyle, başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinin 3. maddenin yasakladığı bir muameleyi doğuracağına inanmak için esaslı nedenlerin mevcut olduğunu ifade etmişlerdir. Bu bağlamda, başvuru sahibinin avukatları, Özbekistan hapisanelerinin kötü koşulları ile buralardaki işkence uygulamalarına dikkat çekmişlerdir.

59. İddialarını desteklemek için, insan hakları alanında çalışan "uluslararası inceleme organları"nın, hem idari bir uygulama olarak siyasi muhaliflere karşı yapılan işkence ve diğer kötü muamelelere, hem de Özbek rejiminin muhaliflere karşı yürüttüğü baskıcı politikalara dikkat çeken raporlarına atıfta bulunmuşlardır.

60. Başvuru sahiplerinin avukatları, müvekkillerinin, Türkiye'de yapılan iade yargılaması sırasında kendilerine yöneltilen suçlamaları reddettiklerini ve kendi lehlerine gerekli delillere ortaya koyduklarını belirtmişlerdir. Böylece, kendi seçtikleri bir avukatın yardımından yararlanma hakkı olmaksızın Özbek yetkilileri önünde aynı suçlamaların bütünüyle kabulü, bu kişilerin kötü muamele ve işkence sonucu işlemedikleri suçları "itiraf" etmeye zorlandıklarını göstermektedir.

2. Hükümet

61. Hükümet suçluların iadesine ilişkin yargılamalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin yalnızca talep eden devlette yasaklanan muamele ya da cezanın kesin olduğu ve ilgili kişinin işkence ya da kötü muameleye

maruz kaldığını gösterecek güçlü delillerin ortaya konduğu olaylarda uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

62. Hükümet, iadenin Özbek yetkilileri tarafından teminat verilmesinin ardından gerçekleştirilmiş olduğuna dikkat çekmektedir. Bu teminatlar, başvuru sahiplerinin ölüm cezasına mahkum edilmeyecekleri, işkence veya kötü muameleye tabi tutulmayacakları ya da haklarında genel olarak mal müsadereci cezasının uygulanmayacağına dair verilen güvenceleri kapsamaktadır. Özbek yetkilileri, İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin tarafı olan Özbekistan Cumhuriyeti'nin, hem Türkiye'ye hem de uluslararası toplumun tamamına karşı bu Sözleşme hükümlerine uygun hareket etme yükümlülüklerini kabul ve teyit ettikleri konusunda güvence vermiş bulunmaktadır. Ayrıca insan hakları örgütlerinin raporları 3. maddeye aykırı muamele iddialarını destekleyebilecek herhangi bir bilgi içermemektedir.

63. Hükümet, terörist eylemlerle suçlanan başvuru sahiplerinin Özbekistan Yüksek Mahkemesi tarafından birisi yirmi ve diğeri on iki yıl olmak üzere hapis cezalarına çarptırıldıklarını ve davaların görülmesi sırasında Türk Elçiliği ve diğer elçilik üyelerinin yanı sıra Helsinki Watch üyelerinden oluşan yaklaşık 80 kişinin hazır bulunduğu dikkat çekmiştir. Diğer taraftan, Hükümet, başvuru sahiplerinin hapsedildikleri cezaevinde Türk Büyükelçiliği'nin iki yetkilisi tarafından ziyaret edildiklerini ve bu kişilere ne tutuklulukları ne de mahkumiyetleri sırasında kötü muameleye maruz kalmadıklarını söylediklerini ilave etmiştir.

64. Hükümet'e göre, 3. madde, iade eden Devlete, zamanla sınırlı olmayan bir sorumluluk yüklemek şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu sorumluluk iade edilen kişinin suçluluğunun kabul edildiği ve cezasını çekmeye başladığı gün bitmelidir. İade anlaşması gereğince bir şüpheliyi teslim etmekle iade eden Devletin ilgili kişinin iade edilen devletteki mahkumiyet ve cezasından kaynaklanan muamele ya da cezaya neden olduğunu söylemek 3. maddenin lafzı anlamını kabul edilemez şekilde zorlamak olacaktır. Böyle bir karar, Sözleşme'ye taraf olmayan yabancı ülkelerin içişleri hakkında karar vermeyi icap ettireceğinden uluslararası anlaşmalardan doğan haklara bir müdahale teşkil edecek ve uluslararası adli prosedür normlarına aykırı olacaktır. Böyle bir değerlendirmenin, uluslararası terör ve organize suçlarla mücadelede işbirliğini sınırlamak suretiyle Sözleşmeciler Devlete ciddi bir zarar verme tehlikesi bulunmaktadır.

3. Müdahil Üçüncü Kişiler

65. İnsan Hakları İzleme (Human Rights Watch) Örgütü ve AIRE Merkezi dava konusu olay zamanında Özbekistan'daki bağımsız Müslümanların uğradığı baskıya işaret etmektedirler. Bu örgütler özellikle ortak bir şekilde suçlanan başvuru sahiplerinin yakınlarının işkenceye tabi tutulduklarını ve siyasi mahkumların Özbek hapishanelerinde gördükleri kötü muameleden dolayı öldüklerini ifade etmişlerdir. Ayrıca, Özbekistan'daki mevcut siyasi durum ve güvenlik güçleri üzerindeki etkin adli denetim eksikliği dikkate alındığında, Özbek Hükümeti'nden alınan teminatlar başvuru sahipleri açısından yeterli bir garanti oluşturmamaktadır.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. İlgili Prensipler

66. Sözleşmeciler Devletler, yerleşik uluslararası hukuk prensipleri gereğince ve işbu Sözleşme dahil akdi yükümlülüklerine tabi olarak, yabancıların ülkeye giriş, ikamet ve sınır dışı edilmeleri konusunda kontrol hakkına sahiptirler. Ne Sözleşme de ne de Protokollerin de siyasi sığınma hakkına yer verilmektedir (bkz., Vilvarajah ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991 tarihli karar, Seri A No. 215, s. 34, 102. paragraf).

67. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşmeciler Devlet tarafından yapılan bir iade, söz konusu kişinin iade edildiği ülkede 3. maddenin hilafına bir muamele görme konusunda gerçek bir riske maruz kalacağını gösterecek önemli nedenler varsa, 3. madde çerçevesinde bir soruna yol açabilir ve bu nedenle söz konusu Devlet Sözleşme gereğince yükümlülük altına girebilir. Böyle bir sorumluluğun tesis edilmesi, talep eden ülkedeki koşulların 3. maddenin standartları çerçevesinde değerlendirilmesini kaçınılmaz bir şekilde icap ettirecektir. Bununla birlikte, ne genel uluslararası hukukta, ne de işbu Sözleşme veya başka sözleşmeler çerçevesinde, kabul eden ülkenin sorumluluğu hakkında karar verme veya bu devletin sorumluluğunu tesis etme söz konusu değildir. Sözleşme gereğince bir sorumluluğun ortaya çıktığı ölçüde, bir bireyi yasaklanan kötü muameleye doğrudan doğruya maruz bırakma sonucuna neden olan iadeyi yapan Sözleşmeciler Devlet sorumluluk sahibi

olacaktır (bkz., Soering v. Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989, Seri A. No. 161, s. 35, §§ 89-91).

68. Bir Sözleşmeci Devlet'in bir kişiyi bu kişinin işkence veya gayri insani ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalacağı konusunda önemli nedenlerin bulunduğu diğer bir devlete bilerek teslim etmesinin, Sözleşme Önsözü'nün göndermede bulunduğu "*ortak siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukuk devleti mirası*" ile uyumu zor olacaktır (yukarıda zikredilen Soering kararı, s. 35, § 88).

69. 3. maddeye aykırı bir muamele görme konusunda gerçek bir riskin varlığına ilişkin inandırıcı nedenlerin olup olmadığı konusunda, Mahkeme, konuyu kendisine sunulan ya da gerektiğinde resen (proprio motu) edindiği verilerin tümüne dayanarak değerlendirecektir. Bu çeşit davalarda Sözleşmeci Devlet'in 3. madde altındaki sorumluluğu bir kişinin maruz kalacağı kötü muamele riskine bağlı olduğundan, böyle bir riskin varlığı öncelikle iade sırasında Sözleşmeci Devlet'in bilgi sahibi olduğu veya olması gereken gerçekler bazında ele alınması gerekir. Bununla birlikte, bu husus Mahkemenin iade işleminden sonra ortaya çıkan bilgileri göz önünde bulundurmasını engellemez. Söz konusu bu bilgiler ilgili Sözleşmeci Tarafın bir başvuru sahibinin kaygılarının sağlam bir temele dayanıp dayanmadığını teyit etmesi ya da çürütmesi açısından fayda sağlar (Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç, 20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A. No. 201, s. 29-30, §§ 75-76; ve yukarıda zikredilen Vilvarajah ve Diğerleri kararı, p. 36, § 107).

Ancak, eğer başvuru sahibi Mahkeme davayı incelerken iade edilmemiş veya sınır dışı edilmemiş ise, ilgili zaman dilimi Mahkeme önündeki yargılamanın devam ettiği zaman dilimidir (bkz., Chahal v. Birleşik Krallık, 15 Kasım 1996 tarihli karar, Reports 1996-V, §§ 85-86).

Bu durum tipik olarak Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme'nin geçici tedbir kararı vermesi nedeniyle sınır dışı veya iade işleminin ertelendiği durumlarda ortaya çıkar. Böyle bir kararın verilmesi çoğu zaman ilgilinin gönderileceği ülkede 3. maddenin yasakladığı bir muameleye uğrama konusunda gerçek bir riskin olup olmadığını tespit etmek için Mahkeme'nin bütün delillere henüz sahip olmadığı manasına gelir.

70. Ayrıca, 3. maddenin kapsamına girebilmesi için, kötü muamelelerin asgari bir düzeye ulaşması gerekmektedir. Bu asgari düzeyin

değerlendirilmesi eşyanın tabiatı gereği göreceli olup muamele veya cezanın mahiyeti ve çerçevesi, icra biçimi ve metodu, süresi ve fiziksel ya da zihinsel etkileri gibi davanın tüm koşullarına bağlıdır (yukarıda zikredilen Vilvarajah ve Diğerleri kararı, p. 36, § 107).

Kötü muamele iddialarının uygun delillerle desteklenmesi gerekir (bkz., mutatis mutandis, Klaas v. Almanya, 22 Eylül 1993 tarihli karar, Seri A, N. 269, ss. 17-18, § 30).

2. Yukarıdaki Prensiplerin Mevcut Davaya Uygulanması

71. 3. madde bağlamında bir sorunun dile getirilebilmesi için, başvuru sahiplerinin iade edilme anında 3. maddenin yasakladığı muamelelere tabi olacaklarına dair gerçek bir riskin mevcut olduğunu ortaya koymaları gerekmektedir.

72. Mahkeme, uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarında farklı siyasi görüşte olanlara karşı işkence ve diğer kötü muamele çeşitlerinin idari bir uygulama olduğunu ifşa eden bilgiler ile Özbek yöneticilerinin bu siyasi muhaliflere karşı baskıcı bir politika uyguladığına dair başvuru sahiplerinin avukatları tarafından yapılan değerlendirmeleri göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, Uluslararası Af Örgütünün 2001 raporunda belirtmiş olduğu "*yasaklı İslami muhalefet partilerinin ve hareketlerinin taraftarı olduğu ileri sürülen kişilere karşı kanun uygulayıcı makamlar tarafından yapılan kötü muamele ve işkencelerin devam ettiğine dair raporları*" dikkate almıştır (yukarıdaki 55 Nolu paragrafa bkz.).

73. Bununla birlikte, söz konusu bu bulgular Özbekistan'daki genel durumu tasvir etmekte olduğundan, mevcut davada başvuru sahiplerince ileri sürülen somut suçlamaların ispat edilebilmesi için, bunların başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.

74. Başvuru sahipleri, Mahkeme'nin, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine göre bildirmiş olduğu geçici tedbir kararına rağmen, 27 Mart 1999 tarihinde Özbekistan'a iade edilmişlerdir (yukarıda 24-27 Nolu paragraflara bkz.). Bu nedenle başvuru sahiplerinin Özbekistan'da 3. maddenin yasakladığı muameleye tabi olmaları konusunda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken tarih iade işleminin yapıldığı bu tarih olacaktır.

75. 39. maddeyi uygulayarak, Mahkeme, karar tarihi itibariyle elinde mevcut deliller dikkate alındığında gerçek bir riskin varlığı konusunda nihai bir karar veremeyeceğini belirtmiştir. Eğer Türkiye 39. madde bağlamında kendisinden istenen tedbirle uyumlu hareket etmiş olsaydı, söz konusu tarih gösterilecek deliller ışığında Mahkeme'nin davayı incelemiş olduğu tarih olacaktı (yukarıda 69 Nolu paragrafa ve yukarıda zikredilen Chahal kararı, 85-86 Nolu paragraflara bkz.). Türkiye'nin Mahkeme tarafından verilen geçici tedbir kararına (indication) uygun hareket etmemesi Mahkeme'nin normal prosedürünü takip etmesine mani olmuştur. Bununla birlikte, Mahkeme, talep edildiği üzere iade işlemi ertelenmiş olsaydı davanın sonucunun ne olacağı konusunda herhangi bir spekülasyonda bulunamayacaktır. Bu nedenle, Mahkeme, Türkiye'nin 3. madde çerçevesindeki sorumluluğunu 27 Mart 1999 tarihinde öğrenmiş olduğu koşullar itibariyle değerlendirecektir.

76. Mahkeme, Türk Hükümeti'nin, Özbek Hükümeti tarafından bir teminat verildikten sonra, iade işleminin gerçekleştirildiğini ileri sürdüğünü dikkate almıştır. İlgili dokümanda yer alan ifadeler, "*başvuru sahiplerinin mal varlığının genel müsadereye tabi tutulmayacağı, bu kişilerin işkence fiillerine maruz bırakılmayacakları ve ölüm cezasına mahkum edilmeyeceklerine*" dair bir teminatın Özbekistan Cumhuriyet Savcısı tarafından verildiğine işaret etmektedir. Özbekistan Cumhuriyeti Savcısı ayrıca "*Özbekistan Cumhuriyeti'nin İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin tarafı olduğunu ve hem Türkiye'ye hem de bir bütün olarak uluslararası topluma karşı Sözleşme'nin hükümlerinin gereklerine uyma yükümlülüğünü kabul ettiğini ve yinelediğini*" ilave etmiştir. Hükümet ayrıca Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'un tutuldukları Özbek hapisanelerindeki doktorlardan alınan sağlık raporlarını ibraz etmiş bulunmaktadır (yukarıda 28 ve 34 Nolu paragraflara bkz.).

77. Kendisine ibraz edilen delilleri göz önünde bulundurarak, Mahkeme, yukarıda bahse konu tarihte, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı muameleyle karşılaşma konusunda gerçek bir riske maruz kaldıklarını ortaya koyacak sağlam delillerin mevcut olduğu sonucuna varamamaktadır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen karara (indication) uymaması, Mahkeme'nin, mevcut davanın koşulları çerçevesinde uygun göreceği tarzda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmasına engel olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması aşağıda 34. madde bağlamında incelenmelidir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği bulgusuna varılamamıştır.

78. Başvuru sahiplerinin 3. madde çerçevesinde ileri sürmüş olduğu iddiaları (yukarıda 71-77 Nolu paragraflara bkz.) göz önünde bulundurarak, Mahkeme, bu iddiaların 2. madde bağlamında ayrıca incelenmesini gerekli görmemektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6/1. MADDESİNİN İHLALİ İDDİALARI

79. Başvuru sahipleri Türkiye'deki iade prosedürünün ve Özbekistan'daki ceza yargılamasının adil olmadığını ileri sürmektedirler. Aşağıda ilgili kısmı verilmiş olan Sözleşme'nin 6/1. maddesi dayanak olarak kullanılmıştır:

"1. Kendisine karşı yöneltilen (...) her hangi bir cezai suçlamaya ilişkin karar verilmesi hususunda, herkes yasayla belirlenmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından (...) adil (...) yargılanma hakkına sahiptir."

A. Daire Kararı

80. Daire, 6. maddenin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır (Daire kararının 80-81 Nolu paragraflarına bkz.). Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak, Daire, kendisine sunulan delillerin başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldıklarını ortaya koymadığı ve bu noktada Madde 6/1 bağlamında ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşmıştır (Daire kararının 87. paragrafına bkz.).

B. Türkiye'deki İade Prosedürü

81. Başvuru sahipleri dava dosyasındaki tüm materyallere ulaşamamış olmaları veya işledikleri iddia edilen suçların nitelendirilmesine ilişkin savunmalarını verememeleri nedeniyle, iade taleplerini karara bağlayan ceza mahkemesi önündeki davada adil yargılama hakkından yararlanamadıklarını ileri sürmüşlerdir.

82. Mahkeme, yabancıların girişi, ikameti ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların, Sözleşme'nin 6/1. maddesi bağlamında, bir başvuru

ru sahibinin medeni hak ve yükümlülüklerini ya da kendisine karşı yöneltilen cezai bir suçlama hakkında tespit yapılması konusunu ilgilendirmedeğini tekrar etmektedir (bkz., Maaouia v. Fransa [GC], No. 39652/98, § 40, ECHR 2000-X; Penafiel Salgado v. İspanya, (karar), No. 65964/01, 16 Nisan 2002; Sardinias Albo v. İtalya, (karar), No. 56271/00, 8 Ocak 2004).

83. Dolayısıyla, mevcut davada 6. maddenin 1. paragrafının uygulanmasına yer yoktur.

C. Özbekistan'daki Ceza Davası

84. Başvuru sahipleri, kendi ülkelerinde adil yargılanma hakkından yararlanma ihtimallerinin olmadığını ve ölüm cezasına mahkum edilmeleri ve cezalarının infazı hususunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarını iddia etmişlerdir. Bu bağlamda Özbek adli makamlarının yürütmeden bağımsız olmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

85. Başvuru sahiplerinin temsilcileri, müvekkillerinin, yargılama başlayıncaya kadar kimseyle görüştürülmeksizin tutuklu bulundurulduğunu ve kendi seçtikleri bir avukat tarafından temsil edilmelerine izin verilmediğini iddia etmişlerdir. İfadelerinin işkence altında elde edildiğini ve suçluluk kararının söz konusu ifadelere dayandığını belirtmişlerdir.

86. Hükümet, başvuru sahiplerinin iadesinin Türk Hükümeti'ni Sözleşme'nin 6/1. maddesi bakımından yükümlülük altına sokamayacağını ileri sürmüştür.

87. Human Rights Watch ve AIRE Centre adlı iki müdahil kuruluş, başvuru sahiplerinin yargılama başlayıncaya kadar kimseyle görüştürülmeksizin tutuklu bulundurulduğunu ve kendilerini temsil etmek üzere soruşturmayı yürütmekle sorumlu savcı tarafından belirlenen avukatlar görevlendirildiği için, kendi seçtikleri bir avukat tarafından temsil edilme hakkından yararlanamadıklarını belirtmişlerdir.

88. Mahkeme yukarıda adı geçen Soering kararında (s. 45, § 113) aşağıdaki hususları vurgulamaktadır:

"6. maddede düzenlendiği şekliyle, ceza yargulamalarında adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumda çok önemli bir yere sahiptir. Mahkeme bir

iade kararının, istisnai olarak, bir firarinin adil yargılanma hakkının ağır bir şekilde ihlal edilmiş olması veya böyle bir ihlale maruz kalma riski altında bulunması durumunda, 6. madde bağlamında bir sorun ortaya çıkarabileceğini düşünmektedir ...”

89. Mahkeme, mevcut davada başvuru sahiplerinin 27 Mart 1999 tarihinde Özbek yetkililerine teslim edildiğini dikkate almaktadır. 28 Haziran 1999 tarihinde, Özbekistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Bay Mamatkulov ve Bay Askarov’u çeşitli fiillerden suçlu bulmuş ve sırasıyla birisini yirmi yıl, diğerini on iki yıl hapis cezasına mahkum etmiştir (yukarıda 32. paragrafa bkz.).

90. Mahkeme, 2. ve/veya 3. maddenin yasakladığı muamele riskinde olduğu gibi, gidilen ülkede adaletin ağır bir şekilde ihlal edilmesi riskini, esas olarak, Sözleşmecî Devlet’in ilgili kişileri iade ettiği zaman bildiği veya bilmesi gerektiği gerçekler ışığında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. İadenin İçtüzüğü’nün 39. maddesi gereğince Mahkeme’ce verilen bir kararı (indication) müteakip ertelenmesi durumunda, adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riskinin de, Mahkeme’nin davayı incelediği zaman itibarıyla mevcut bilgiler ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir (bkz., mutatis mutandis, yukarıda 75-77 Nolu paragraflar).

91. Başvuru sahipleri Özbekistan’a 27 Mart 1999 tarihinde iade edilmişlerdir. Her ne kadar, karar anında eldeki mevcut bilgiler ışığında, başvuru sahiplerinin gönderildikleri ülkede adil yargılanma görmelelerinden şüphelenmek için nedenler bulunsa da, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin yukarıda bahse konu Soering Kararı’nın 113. paragrafı anlamında adaleti ağır bir şekilde ihlal edeceğini gösteren yeterli deliller bulunmamaktadır. Türkiye’nin İç Tüzüğü’nün 39. maddesi çerçevesinde verilen karara (indication) uymaması, Mahkeme’nin, adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riskinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde kendisine yardımcı olacak ilave bilgileri elde etmesine mani olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü’nün 39. maddesine uyulmaması hususu aşağıda 34. maddeye ilişkin olarak incelenecektir.

Bu nedenlerle, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlali bulgusuna ulaşamamıştır.

III. SÖZLEŞME'NİN 34. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

92. Başvuru sahiplerinin temsilcileri, Türkiye'nin, İktüzüğü'nün 39. maddesine uygun olarak Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbire rağmen, Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'u iade etmekle, Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri ile uyumlu hareket etmediğini ileri sürmüşlerdir.

Sözleşme'nin 34. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Akit Taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ileri süren her bir kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grubu Mahkemeye başvuruda bulunabilir. Yüksek Akit Taraflar bu hakkın etkili icrasını hiçbir şekilde engellemekle yükümlüdürler”.

Mahkeme İktüzüğü'nün 39. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“ 1. Daire ya da, duruma göre, Başkanı, gerek bir tarafın veya ilgili diğer bir kişinin talebi üzerine, gerekse resen, bakmakta olduğu davanın sağlıklı işleyişi için ya da tarafların menfaati icabı olduğunu düşündüğü herhangi bir geçici tedbir kararını taraflara bildirebilir.

2. Bakanlar Komitesi alınan bu tedbirlerden haberdar edilir.

3. Daire, bildirdiği herhangi bir geçici tedbir kararının yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir konuda taraflardan bilgi talep edebilir.”

A. Daire Kararı

93. Daire, 6 Şubat 2003 tarihli kararında, aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“110. İhlal iddiasının mağduruna yönelik telafisi mümkün olmayan bir zararı önlemek üzere kendisine yönelik geçici tedbir kararı verilen (bildirilen) Sözleşme'ye Taraf herhangi bir Devlet bu tedbirlere uygun hareket etmek ve nihai kararın hükmünü ve etkinliğini zayıflatacak herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınmak zorundadır.

111. Bu nedenle, Mahkeme İktüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme'ce verilen (bildirilen) geçici tedbir kararına uymamakla, Türkiye Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş bulunmaktadır”.

B. Tarafların İddiaları

1. Başvuru Sahipleri

94. Başvuru sahiplerinin temsilcileri, yetkili makamlara yaptıkları taleplere rağmen, başvuru sahiplerinin iadelerini müteakip müvekkilliği ile temas kuramamışlardır. Bu nedenlerden, başvuru sahipleri 3. maddede bağlamındaki iddialarını destekleyici delil elde etmek üzere ilave araştırmaların yapılması olasılığından mahrum bırakılmışlardır. İade işleminin yapılması, başvuru sahiplerinin başvurularının Mahkemeye etkin bir biçimde yapılması önünde gerçek bir engel oluşturmuştur.

2. Hükümet

95. Hükümet, Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığını belirtmiştir. Hükümet'e göre, 34. madde çerçevesinde ileri sürülen iddialar, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında ortaya koydukları ile aynı olup dayanaktan yoksundur.

96. İhtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbir kararlarının hükmüne ilişkin olarak, Hükümet, Cruz Varas ve diğerleri kararına atıfta bulunarak, Sözleşmeciler Devletlerin bu tarz kararlara (indications) uygun hareket etme konusunda yasal yükümlülüklerinin olmadığını vurgulamıştır.

97. Hükümetin iddiasına göre, mevcut davada geçici tedbir kararını bildiren mektubun lafzına bakıldığında tedbirin bağlayıcı olma amacını taşımadığı açıkça görülecektir. Uluslararası mahkemeler kendilerine uluslararası antlaşmalarca verilen yetkiler kapsamında faaliyette bulunurlar. Eğer antlaşma kendilerine bağlayıcı geçici tedbir kararı emretme yetkisi vermemişse, böyle bir yetki mevcut değildir.

3. Müdahil Üçüncü Kişi

98. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, uluslararası hukukun genel prensipleri, antlaşmalar hukuku ve uluslararası dava hukuku ışığında, Mahkeme İhtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince alınan (bildirilen) geçici tedbir kararlarının ilgili Devleti bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi

99. Davalı Hükümetin Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince bildirilen tedbirlere uygun hareket etmemesi, davalı Devletin Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde başvuru sahiplerinin bireysel başvuru haklarının kullanımına mani olmama yükümlülüğünü ihlal edip etmediği sorununu ortaya çıkarmaktadır.

1. Genel Değerlendirmeler

(a) Bireysel Başvuru Hakkının Kullanımı

100. Mahkeme, bireysel başvuru hakkına ilişkin hükmün (Sözleşme'nin 34. maddesi, 11 Nolu Protokol yürürlüğe girmeden önceki 25. madde) Sözleşme insan hakları koruma sisteminin etkinliğini sağlayan temel garantilerden biri olduğunu daha önceki kararlarında ifade etmiştir. Böyle bir anahtar hükmü yorumlarken, Mahkeme, Sözleşme'nin insan hakları ve temel özgürlüklerini kolektif olarak uygulama amacına sahip bir antlaşma olma özel niteliğini dikkate almak zorundadır. Diğer klasik tipteki uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, Sözleşme, Sözleşmeciler Devletler arasında sadece karşılıklı yükümlülükler doğurmaktan daha fazla bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Sözleşme, karşılıklı ve iki taraflı yükümlülükler ağı olmanın üzerinde ve ötesinde, Önsözde ifade edildiği şekliyle, "kolektif uygulama" imkanına sahip objektif yükümlülükler yaratmaktadır (bkz., mutatis mutandis, Loizidou v. Türkiye (ilk itirazlar) 23 Mart 1995, Seri A, No. 310, § 70).

101. Bireysel insan haklarını koruyan bir belge olarak Sözleşme'nin amaç ve hedefi, hükümlerinin sağladığı güvencelerin, bireysel başvuru sisteminin bir parçası olarak, pratikte ve etkin bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasını gerektirmektedir. Buna ilave olarak, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yorumu, "demokratik bir toplumun değerlerini ve ideallerini sağlamak ve geliştirmek üzere tasarlanmış bir belge olarak Sözleşme'nin genel ruhu" ile tutarlı olmak zorundadır (yukarıda adı geçen Soering kararı, § 87; ve, mutatis mutandis, Klass ve Diğerleri v. Almanya, 6 Eylül 1978 tarihli karar, Seri A, No. 28, s. 18, § 34).

102. Bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanımına engel olmama yükümlülüğü, Mahkeme önünde etkin bir şekilde şikayette bulunma ve bu şikayeti takip etmeye yönelik bireysel hakka herhangi

bir müdahale yapılmasını engellemektedir. Bu konu Mahkeme tarafından daha önceki kararlarında incelenmiş bulunmaktadır. 34. maddede düzenlenen bireysel başvuru sisteminin etkin bir şekilde işleyişi için başvuru sahiplerinin veya potansiyel başvuru sahiplerinin Mahkeme'ye yaptıkları başvuruyu geri çekme veya değiştirme konusunda yetkili makamlardan herhangi bir baskı görmeksizin serbest bir şekilde iletişim kurabilmeleri hayati derecede önemlidir. Mahkeme tarafından daha önceki kararlarında belirtildiği üzere, "baskı", sadece fiili veya potansiyel başvuru sahiplerine, bunların aile fertlerine ya da yasal temsilcilerine yönelik doğrudan güç kullanımı veya ciddi korkutma eylemlerini içermekle kalmayıp, aynı zamanda başvuru sahiplerini Sözleşme'nin sağladığı çözüm yollarını kullanmaktan vazgeçirmek veya cesaretini kırmak üzere tasarlanan dolaylı diğer uygunsuz eylemleri ve kontakları da ihtiva eder (diğer kararlar arasında bkz, mutatis mutandis, Petra v. Romanya, 23 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VII, § 43; Kurt v. Türkiye, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Reports 1998-III, s. 1192, § 159; Aksoy v. Türkiye, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Reports 1996-VI, s. 2288, § 105; ve Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye, 16 Eylül 1996, Reports 1996-IV, s. 1219, § 105). Hali hazırdaki amaçlar doğrultusunda, Mahkeme, 34. maddede düzenlenen yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerden, sadece başvuru sahiplerine baskı uygulamaktan kaçınmayı değil, aynı zamanda bir başvurunun konusunu tahrip etmek ya da ortadan kaldırmak suretiyle Mahkeme'nin başvuruyu normal prosedür çerçevesinde incelemesini faydasız kılan ya da başka şekillerde buna engel olan herhangi bir eylem ya da ihmalden kaçınmayı da, netice olarak (in fine), gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadır.

(b) Sözleşme Sisteminde Geçici Tedbirlerin Verilmesi

103. Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi bir Daire'ye veya, duruma göre, Başkanı'na geçici tedbir kararı verme (bildirme) yetkisi tanımaktadır. 39. maddenin uygulanma nedenleri Mahkeme İçtüzüğü'nde düzenlenmemiş fakat Mahkeme tarafından dava hukuku aracılığıyla tespit edilmiştir. Sözleşme'ye Ek 11 Nolu Protokol'ün 1998 yılında yürürlüğe girmesinden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun uygulamasında olduğu gibi, Mahkeme, 39. maddeyi sadece sınırlı koşullarda uygulamaktadır.

104. Geçici tedbirler sadece sınırlı alanlarda verilmektedir (bildirilmektedir). Geçici tedbir konusunda çok sayıda talebin yapılmasına rağmen, Mahkeme, pratikte, sadece eğer telafisi imkansız bir zarar görme konusunda yakın bir risk var ise geçici tedbir kararı vermektedir. Sözleşme'de 39. maddenin uygulanma alanlarıyla ilgili somut bir hüküm bulunmama ile birlikte, uygulanma talepleri genellikle yaşam hakkını (Madde 2), işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkını (Madde 3) ve istisnai olarak özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını (Madde 8) ya da Sözleşmede güvence altına alınan başka hakları ilgilendirebilmektedir. Geçici tedbir kararının bildirildiği davaların büyük bir çoğunluğu sınır dışı etme veya iade prosedürüne ilişkin bulunmaktadır.

105. Pek çok davada, geçici tedbirler alınması davalı Hükümete bildirilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'yi başvuru sahiplerinden geçici tedbir istemekten alıkoyan herhangi bir engel bulunmamaktadır (diğer kararlar yanında, bkz., İlaşcu ve Diğerleri v. Moldovya ve Rusya [GC] No. 48787/99, § 11 ECHR 2004'de yayınlanacak). Verilen (bildirilen) tedbir kararlarına uymayan Devlet sayısı çok az bulunmaktadır

106. 13 Aralık 1974 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu İçtüzüğü'nün 36. maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

"Komisyon veya, Komisyon toplantıda olmadığı zaman, Başkan, tarafların menfaati veya önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından faydalı gözükten herhangi bir geçici tedbirin alınmasını taraflardan isteyebilir."

Geçici tedbirler konusunu düzenleyen hükümler yürürlüğe girmeden önce bile, Komisyon önündeki başvurunun amacını boşa çıkaracak tedbirlerin yürütmesinin durdurulmasını davalı Hükümetten istemekte tereddüt etmemiştir. Komisyon bu uygulamayı çok önceden özellikle iade ve sınır dışı davalarında benimsemiş ve ilgili Devletler bu konuda işbirliğine çok açık olmuşlardır (diğer kararlar yanında bkz., Yunanistan v. Birleşik Krallık, No. 176/56; X v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 2396/65; Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 3321/67, 3322/67, 3323/67 ve 3344/67; Danimarka, Norveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 4448/70; ve E. R. v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 5207/71).

Hatta Brückmann v. Federal Almanya Cumhuriyeti davasında (Başvuru No. 6242/73), davalı Devlet, dava Komisyon önünde devam etmekteyken kendiliğinden ulusal bir tedbirin yürütmesini durdurmuştur.

107. 1 Ocak 1983 tarihinde yürürlüğe giren önceki Mahkeme İçtüzüğü'nün 36. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

"Bir Daire'nin oluşumundan önce, Mahkeme'nin Başkanı, Taraflardan birinin, Komisyon'un, başvuru sahibinin veya başka herhangi bir ilgili kişinin talebi üzerine ya da resen (proprio motu) Taraflardan herhangi birine, gerektiğinde, başvuru sahibine, herhangi bir geçici tedbir kararının alınması tavsiyesini bildirebilir. Oluşturulduğunda Daire veya, eğer Daire toplantı halinde değil ise, Başkanı aynı yetkiye sahiptir.

..."

Önceki Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbir kararlarına ilişkin en dikkat çekici dava yukarıda bahsi geçen Soering davasıdır. Bu davada, Mahkeme, İçtüzüğü'nün 36. maddesi gereğince İngiliz Hükümetine Strasburg'da yargılamalar devam ederken başvuru sahibinin Birleşik Devletler'e iade edilmesinin arzu edilmediği hususunu bildirmiştir. Sözleşme'ye ve Mahkeme kararına uymak amacıyla, İngiliz Hükümeti Birleşik Devletler'e karşı vermiş olduğu iade taahhüdünde temerrüde düşmek zorunda kalmıştır (§ 31 ve § 111). Böylece, söz konusu bu davada verilen karar, bir Taraf Devletin Sözleşme'den doğan yükümlülükleri ile üçüncü bir Devletle yapmış olduğu bir iade antlaşmasından doğan yükümlülükleri arasındaki uyumsuzluğu birincisine öncelik tanıyarak çözmüştür.

2. Başvuru Sahiplerinin İadesi Bireysel Başvuru Hakkının Etkin Bir Şekilde Kullanımını Engellemiş midir?

108. Sözleşme'den kaynaklanan çekirdek haklardan birinin başvuru sahibi tarafından kullanımına telafisi güç bir zarar verme riskinin makul bir şekilde var olduğunun ileri sürüldüğü mevcut dava gibi davalarda, geçici tedbirin amacı, Mahkeme'ce alınan tedbirin haklılığı konusunda bir karar verinceye kadar mevcut durumun muhafazasını sağlamaktır. Bu manada, başvuru konusunun mevcudiyetinin devamını sağlama amacını taşıması itibarıyla, geçici tedbirler, Sözleşme şikayet sisteminin

esasını ilgilendiren bir konudur. Başvuru sahibi açısından, başvuru yapmak suretiyle elde edilmek istenen sonuç, Sözleşme’ce korunduğunu ileri sürdüğü hakkının telafisi imkansız bir zarara uğramadan önce muhafazasını sağlamaktır. Dolayısıyla, başvuru konusunun davalı Devletin eylemleri veya ihmalleri nedeniyle telafisi imkansız bir zarara uğrama riski altında olduğu değerlendirildiğinde, başvuru konusunu muhafaza etme anlamında Sözleşme’nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının “*etkin kullanımını*” sağlamak üzere, geçici tedbir kararı, başvuru sahibi tarafından talep edilmiş ve Mahkeme’ce verilmiştir.

Mevcut davada, başvuru sahiplerinin Özbekistan’a iade edilmiş olmaları nedeniyle, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 2 ve 3. maddeleri bağlamında başvuru sahipleri açısından sağlayacağı koruma düzeyi geri çevrilemez bir şekilde azaltılmıştır.

İlave olarak, Mahkeme, Strasburg’daki yargılama süresince başvuruyu normal prosedürü çerçevesinde incelemeye devam edebilmesi imkanının, başvuru hakkının etkin kullanımı nosyonu içinde zımnen var olduğunu değerlendirmektedir. Mevcut davada başvuru sahipleri iade edilmişler ve bunun sonucunda avukatlarıyla olan irtibatlarını kaybetmeleri yüzünden, Sözleşme’nin 3. maddesi çerçevesindeki iddialarını destekleyici delil elde etmek üzere derinlemesine araştırma imkanından yoksun kalmışlardır. Sonuç olarak, Mahkeme, başvuru sahiplerinin gerçek bir kötü muamele riskine maruz kalıp kalmadıklarını hakıyla değerlendirmekten, ve eğer maruz kalmışlar ise, bu bağlamda Sözleşme’nin amaç ve hedefinin gerektirdiği şekliyle Sözleşme’de düzenlenen güvencelerin “*fülen ve etkin*” olarak uygulanmasını sağlamaktan alı konmuştur (yukarıda 101 Nolu paragrafa bkz.).

109. Mahkeme, Sözleşme’de açık bir hüküm bulunmadığı durumlarda, organlarının, 34. maddeden gerek bu madde tek başına ele alındığında gerekse İçtüzüğü’nün 39. (önceki 36.) maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde ya da herhangi bir başka kaynaktan geçici tedbir kararı emretme yetkisi çıkarıp çıkarmayacağını daha önceki kararlarında incelemiş bulunmaktadır (bkz., yukarıda bahsi geçen Cruz Varas ve Diğerleri; Conka ve Diğerleri v. Belçika, (Karar) No: 51564/99, 13 Mart 2001). Bu davalarda, Mahkeme böyle bir yetkinin ne 34. maddeden, netice olarak (in fine), ne de diğer kaynaklardan çıkarılacağı sonucuna ulaşmıştır (yukarıda bahse konu Cruz Varas ve Diğerleri, ss. 36-37, §§ 102-103).

110. Mevcut davayı incelerken, Mahkeme, uluslararası hukukun genel prensiplerini ve yukarıda bahse konu Cruz Varas ve Diğerleri davasından bu yana diğer uluslararası organlar tarafından konu hakkında ortaya konan görüşleri dikkate alacaktır.

111. Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme'nin, 23 Mayıs 1969 tarihli Antlaşmalar Hukuku Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nde belirlenen kurallar ışığında yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bahse konu Viyana Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesinde " *taraflar arasındaki ilişkilerde ilgili bütün uluslararası hukuk kurallarının*" dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, Devletlerin sorumluluğunu, bir insan hakları koruma belgesi olarak Sözleşme'nin kendine özgü karakterini göz önünde bulundururken, aynı zamanda bu alanı düzenleyen uluslararası hukuk prensiplerine uygun olarak belirlemelidir (Golder v. Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Seri A, No. 18, § 29). Sözleşme, mümkün olduğu ölçüde, bir parçasını oluşturduğu diğer uluslararası hukuk prensipleriyle uyum içinde yorumlanmalıdır (Al-Adsani v. Birleşik Krallık [GC], no 35763/97, § 60, ECHR 2001-XI).

112. Geçici ya da ihtiyati tedbirlere, şikayetin Birleşmiş Milletler organları veya Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu'nun bireysel başvuru usulleri ya da Uluslararası Adalet Divanı'nın uyuşmazlıkların adli çözüm usulleri çerçevesinde yapılmış olmasına bağlı olarak, farklı kurallar uygulanmaktadır. Bazen antlaşmanın bizzat kendisinde, diğer durumlarda ise içtüzük kurallarında, söz konusu tedbirlere ilişkin hükümler yer almaktadır (yukarıda 40, 43, 46, 49, 51 ve 52 Nolu paragraflara bkz.).

113. Son zamanlarda verilen pek çok karar ve hükümde, uluslararası mahkemeler ve kurumlar, geçici tedbirlerin önem ve amacına vurgu yapmakta ve bu tedbirlere riayetin uluslararası mahkemelerin esasa ilişkin kararlarının etkinliğinin sağlanması açısından gerekli olduğunun altını çizmektedirler. Uluslararası uyuşmazlıklara ilişkin yargılamalarda, geçici tedbirlerin amacı, tarafların haklarını korumak ve böylece uyuşmazlığa bakan organın hasımlı yargılama süreci sonunda sorumluluk bulgusuna ulaşması halinde ortaya çıkacak sonuçların etki doğurmasını sağlamaktır.

114. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin içtihadına göre, "*geçici*" tedbirlere uyulmaması, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Ulus-

lararası Antlaşma ile bu Antlaşma'nın İhtiyari Protokolü'nden doğan yasal yükümlülüklerin ve ayrıca bireysel başvuru usulü çerçevesinde Komite'yle işbirliği yapma görevinin ihlaline neden olmaktadır (yukarıda 41-42 Nolu paragraflara bkz.).

115. Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi, bir taraf Devletin geçici tedbirlere uymaması konusunu pek çok kez incelemiş bulunmaktadır. Komitenin makul olduğunu düşündüğü geçici tedbir kararlarına uymamanın, söz konusu kişiyi Komite önünde başlatılan yargılamannın nihai sonucunu hükümsüz kılabilecek telafisi imkansız zararlardan korumak için gerekli olduğuna, Komite tarafından karar verilmiştir (yukarıda 44-45 Nolu paragraflara bkz.).

116. Geçici tedbirlere ilişkin çeşitli kararlarında, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi'nin temel amacı yani insan haklarının etkin bir şekilde korunmasının güvence altına alınması dikkate alındığında, *"Taraflar Devletlerin mağdur olduğu ileri sürülen kişilerin haklarının eski hale iadesini (restitutio in integrum) zedeleyen eylemlerden kaçınmak zorunda olduğunu"* ifade etmiştir (bkz James ve Diğerleri v. Trinidad ve Tobago, 25 Mayıs ve 25 Eylül 1999 tarihli kararlar).

117. 27 Haziran 2001 tarihli La Grand kararında (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri), Uluslararası Adalet Divanı şu hususları belirtmiştir: *"Statünün amaç ve hedefi, Divan'ın bu Statü'yle kendisine verilen işlevleri yerine getirmesine imkan sağlamak ve özellikle Statü'nün 59. maddesi gereğince bağlayıcı kararlar vermek suretiyle uluslararası uyumsuzlukların adli çözümünü konusundaki temel işlevini yerine getirmektir. Divan'ın Statüsü'nde düzenlendiği şekliyle 41. maddenin amacı, Adalet Divanı önüne gelen bir uyumsuzlukta tarafların karşılıklı haklarına zarar verilmesinden dolayı Divan'ın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesine mani olmaktır. Adalet Divanı Statüsü'nün amaç ve hedefi ile 41. madde metninin ifadesi dikkate alındığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır: geçici tedbirleri belirleme (bildirme) yetkisinin, söz konusu yetkinin gerekliliği ve koşulların gerektirdiği ölçüde kullanılması kaydıyla, Divan'ın nihai kararı ile taraflar arasında belirlediği hakların korunması ve bu haklara bir zarar gelmemesi açısından, bağlayıcı olması gerekir. 41. madde gereğince belirlenen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığını iddia etmek, işbu maddenin amaç ve hedeflerine aykırıdır."*

Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı, bu kararında 41. maddenin 1. paragrafındaki “*bildirme yetkisi*” (İngilizce metinde “*power to indicate*”; Fransızca metinde “*pouvoir d’indiquer*”) ile ikinci paragrafındaki “*bil-dirilen*” (İngilizce metinde “*suggested*”; Fransızca metinde “*indication*”) deyimlerinin katı dilbilimsel yorumuna ilişkin tartışmaya son vermiştir. Bir antlaşmanın hükümleri bu antlaşmanın amaç ve hedefleri göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır diyen Antlaşmalar Hukuku Hakkındaki Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesine atıfta bulunarak, Uluslararası Adalet Divanı, geçici tedbirlerin yasal açıdan bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu yaklaşım daha sonra Divan’ın 31 Mart 2004 tarihli Avena ve Diğer Meksika Vatandaşları (Meksika v. Amerika Birleşik Devletleri) davasında verdiği kararında da teyit edilmiştir (yukarıda 48 Nolu paragrafa bkz.).

118. Mahkeme, yukarıda bahsi geçen Cruz Varas ve Diğerleri kararında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Sözleşme’nin önceki 25/1. maddesi (şimdi Madde 34) çerçevesinde bağlayıcı geçici tedbirler emretme yetkisi olup olmadığı sorunu hakkında karar verdiğini belirtmektedir. Mahkeme bu maddenin yalnızca Komisyon önüne getirilen davaları ilgilendirdiğini ve ilgilinin Komisyon’a bireysel başvuru hakkını kullanmasına müdahale edilmesini yasakladığını dikkate almaktadır. Mahkeme ayrıca 25. maddenin başvuru sahibine Sözleşme’nin I. Kısım’ında veya Sözleşme Protokollerinde düzenlenen esasa ilişkin haklardan ayırt edilebilen usuli nitelikte bir hak tanıdığını eklemektedir. Mahkeme bu nedenle incelemesini kendisinin değil, fakat Komisyon’un geçici tedbir kararı emretme yetkisiyle sınırlandırmıştır. Mahkeme, verilen geçici tedbir kararını (indication) Komisyon önündeki yargılamanın niteliği ve Komisyon’un rolü ışığında incelemiş ve “*bu şekilde Devletin dikkatinin Komisyon önünde devam eden uyuşmazlığın sonucunu zarara uğratma tehlikesine çekildiği durumlarda, ... 3. maddede bilahare meydana gelen bir ihlalin, verilen geçici tedbir kararına uyulmamasından dolayı ağırlaştırılmış olduğu*” sonucuna ulaşmıştır (yukarıda bahsi geçen Cruz Varas ve Diğerleri kararı, § 103).

119. Bu bağlamda, Mahkeme, kendisi ve Bakanlar Komitesi’nin tersine, Komisyon’un bir Sözleşmecî Devlet’in Sözleşme’yi ihlal etmiş olduğu konusunda bağlayıcı bir karar alma yetkisinin olmadığını vurgulamaktadır. Komisyon’un esasa ilişkin görevi geçici nitelikte olup Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediğinin bilinmesi hususundaki görüşü bağlayıcı değildir.

120. Yukarıda bahse konu Conka ve Diğerleri kararında, Mahkeme, yukarıda 109. paragrafta verilen argümana atıfta bulunarak şu hususu eklemiştir: *“Belçika makamları, Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen geçici tedbirleri dikkate almamalarına ilişkin herhangi bir neden belirtmeksizin ... başvuru sahiplerini aynı gün sınır dışı etmişlerdir. Sadece istisnai durumlarda verilen bu tür geçici tedbirlere (indications) uygun hareket edilmesi yönündeki yerleşik uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir hareket tarzının ‘işbirliğinin makul ve uygulanabilir olduğunun değerlendirildiği davalarda Mahkeme’yle iyi niyetli işbirliği’ ilkesi ile telifi güç olacaktır.”*

121. Mahkeme’nin resmi olarak daha önce vermiş olduğu kararları takip etme mecburiyeti olmasa da, yasal belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından geçerli sebep olmaksızın daha önceki içtihadından ayrılmamalıdır (diğer kararlar yanında bkz., mutatis mutandis, Chapman v. Birleşik Krallık [GC], No. 27238/95, § 70, ECHR 2001-I, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık [GC], No. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI). Bununla beraber, Sözleşme’nin güvence altına olduğu hakların, teorik ve hayali olarak değil, fiilen ve etkili bir şekilde yorumlanması ve uygulanması son derece önemlidir. Sözleşme, içinde bulunulan günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir (diğer kararların yanında bkz., Tyrer v. Birleşik Krallık, 15 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A, No. 26, ss. 15-16, § 31; ve yukarıda bahsi geçen Christine Goodwin kararı, § 75).

122. Ayrıca, Sözleşme’deki bireysel başvuru hakkı orijinal olarak ihtiyari bir koruma sistemi olarak tasarlanmış olsa da, Mahkeme, kişisel başvuru hakkının yıllar geçtikçe hayati bir önem kazandığını ve Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri koruma mekanizmasının önemli bir mihenk taşı oluşturduğunu vurgulamaktadır. 1 Kasım 1998’e kadar yürürlükte olan sistemde, Komisyon’un kişisel başvuru hakkı konusundaki yetkisi Sözleşmecî Devlet’in bu yetkiyi resmi bir deklarasyonla belirli bir süre için tanınmasına bağlı idi. Bugünkü şekliyle yürürlükte olan koruma sistemi, bu manada, 11 Nolu Protokol ile değiştirilmiş olup kişisel başvuru hakkı artık Sözleşmecî Devletlerin yapacağı bir deklarasyona bağlı değildir. Böylece, bireyler artık günümüzde uluslararası düzeyde Sözleşme ile doğrudan kendisine tanınan hak ve özgürlükleri talep edebileceği gerçek bir dava hakkına sahip bulunmaktadır.

123. Bu bağlamda, Mahkeme, uluslararası hukukun genel prensipleri, antlaşmalar hukuku ve uluslararası dava hukuku ışığında, geçici tedbirlerin kapsamının yorumlanmasının, bu tedbirlerin ilişkili olduğu prosedürlerden ya da korumaya çalıştıkları esasla ilgili karardan ayrı tutulamayacağını dikkate almaktadır. Mahkeme bu bağlamda Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 1. paragrafı gereğince antlaşmaların, iyi niyetli bir şekilde, bu antlaşmaların amaç ve hedefleri dikkate alınarak (yukarıda 39 Nolu paragrafa bkz.) ve aynı zamanda etkinlik prensibi çerçevesinde yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır.

124. Mahkeme gözlemlemektedir ki, Uluslararası Adalet Divanı, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Komitesi ve Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi, işbu Mahkeme'nin işleyişini belirleyenlerden farklı antlaşma kuralları çerçevesinde faaliyette bulunsalar da, yakın zamanda vermiş oldukları kararlarda telafisi mümkün olmayan zarar riskiyle karşılaşılması durumunda tarafların ileri sürdükleri hakların korunmasının uluslararası hukukta geçici tedbirlerin önemli bir amacını temsil ettiğini teyit etmişlerdir. Hatta ifade edilebilir ki, söz konusu yasal sistem ne olursa olsun, adaletin düzgün işleyişi, yargılama devam ederken telafisi mümkün olmayan herhangi bir eylemde bulunulmamasını gerektirmektedir (bkz., mutatis mutandis, yukarıda bahse konu Soering kararı).

Mahkeme daha önceki kararlarında sınır dışı veya iade işlemlerinde etkili başvuru hakkına ilişkin olarak Devlet yükümlülükleri hakkında karar verirken durdurucu etkisi olan kanun yollarına sahip olmanın önemini vurgulamıştır. 13. maddedeki etkili başvuru hakkı kavramı, Sözleşme'ye aykırı olup etkileri potansiyel olarak geri çevrilemez olan tedbirlerin uygulanmasının önlenmesini sağlayacak bir kanun yolunu gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı, bu tür tedbirlerin ulusal makamlarca Sözleşme'yle uyumlu olup olmadıkları yönünde bir inceleme yapılmadan önce icra edilmesi 13. maddeyle uyumlu değildir (Conka v. Belçika, No. 51564/99, § 79, ECHR 2002-I). Bireysel insan haklarının korunmasında kanun yollarının etkinliği prensibinin ulusal yargı sistemlerindeki yargılamalar için geçerli olduğunu kabul ederken, bunun Mahkeme önündeki uluslararası yargılamalarda geçerli olan ve Sözleşme özünde yer alan bir gereklilik olmadığını kabul etmek zordur.

125. Benzer şekilde, Sözleşme sisteminde, geçici tedbirler, uygulamada tutarlı olarak tatbik edildiği şekliyle (yukarıda 104 Nolu paragrafa bkz.), Mahkemenin başvuru incelemesine ve, duruma göre, başvuru sahibinin ileri sürdüğü Sözleşme haklarından fiilen ve etkin bir şekilde yararlanmasına engel olan geri çevrilmesi mümkün olmayan durumlardan kaçınmada hayati bir rol oynamaktadır. Böylece, bu tür durumlarda, davalı bir Devletin geçici tedbire uymaması 34. maddenin güvence altına aldığı bireysel başvuru hakkının etkinliğini ve Devletin 1. madde bağlamında Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri koruma konusundaki resmi yükümlülüğünü zedeleyecektir.

Mevcut davada olduğu gibi Mahkeme tarafından geçici tedbir kararının bildirilmesi, Mahkeme'ye sadece başvuru etkin bir şekilde inceleme imkanı sağlamayacak fakat aynı zamanda Sözleşme tarafından başvuru sahibine sağlanan korumanın etkili olmasını sağlayacaktır. Bu tür geçici tedbir kararları (indications) aynı zamanda daha sonradan Bakanlar Komitesi'ne nihai kararın icrasını denetleme imkanı sunacaktır. Bu tür tedbirler bu şekilde ilgili Devletin Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince yasal olarak bağlayıcı olan nihai Mahkeme kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmesine imkan sağlayacaktır.

126. Dolayısıyla, bir Sözleşmeci Devlete -bu olayda Davalı Devlete- yönelik olarak bir geçici tedbir kararının bildirilmesinin etkileri, Sözleşme'nin 1, 34 ve 46 maddelerince Sözleşmeci Devletlere yüklenen yükümlülükler ışığında incelenmelidir.

127. Yukarıda belirtildiği şekilde davanın gerçekleri açık bir şekilde ortaya koymuştur ki, Mahkeme, başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinden dolayı, bunların yapmış oldukları şikayetleri benzeri davalardaki yerleşik uygulamaları gereğince sağlıklı bir şekilde incelemekten ve nihayetinde, gerektiğinde, iddia edildiği şekliyle Sözleşme'nin potansiyel olarak ihlaline karşı bu hakları korumaktan, alı konmuştur. Sonuç olarak, başvuru sahiplerinin iade edilmeleri, bu kişilerin Sözleşme'nin 34. maddesince güvence altına alınan bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını faydasız bir hale getirerek boşa çıkarmıştır.

3. Sonuç

128. Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesi gereğince, Sözleşmeci Devletlerin kişilerin bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını engelleyebilecek herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınma sorumluluğunu üstlendiklerini tekrar hatırlatmaktadır. Bir Sözleşmeci Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkemenin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve, bu yüzden, Sözleşmenin 34. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

129. Elindeki mevcut delilleri dikkate alarak, Mahkeme, Türkiye'nin, Mahkeme İctüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde verilen geçici tedbir kararına uymaması nedeniyle, Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

130. Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekildedir:

"Eğer Mahkeme Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve Yüksek Akit tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği taktirde, hakkaniyete uygun olarak zarar gören tarafın tazminine hükmeder".

A. Zarar

131. Büyük Daire'de, başvuru sahiplerinin avukatları müvekkillerinden her biri için, maddi ve manevi tazminat olarak daha önce Daire'de yapmış oldukları 1.000.000 Fransız Fransı, yani 304.898 Euro tutarındaki tazminat taleplerini tekrarlamışlardır.

132. Daire aşağıdaki şekilde karar vermiştir (Daire kararının 115. paragrafına bkz.):

"Başvuru sahipleri ileri sürdükleri maddi zararın niteliğini belirtmediklerinden, Mahkemenin bu talebi reddetmekten başka bir alternatifi bulunmamaktadır. İddia edilen manevi zarara gelince, Mahkeme, 34. maddeye ilişkin tespitinin, 41. maddenin amacına uygun yeterli ve hakkaniyete uygun bir tazmin biçimi olduğuna hükmetmektedir."

133. Hükümet, Büyük Daire'nin Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşması durumunda, Daire'nin bulgularını kabul edeceğini belirtmektedir. Alternatifinde, talep edilen miktarların aşırı olduğunu değerlendirmektedir.

134. Daire kararında olduğu gibi, Mahkeme, iddia edilen maddi zararın ispat edildiğini düşünmemektedir.

Diğer taraftan, Mahkeme, davanın koşulları çerçevesinde Türkiye'nin 34. maddeyi ihlal etmesinin sonucu olarak başvuru sahiplerinin inkar edilemeyecek şekilde manevi zarara uğramış olduklarını ve bu zararın sadece davalı Devletin 34. maddeden doğan yükümlülüklerine uygun hareket etmediği tespitiyle tamir edilemeyeceğini düşünmektedir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince hakkaniyet çerçevesinde hareket ederek, Mahkeme, her bir başvuru sahibine 5.000 Euro manevi tazminat ödenmesine hükmetmektedir.

B. Masraf ve Harcamalar

135. Başvuru sahiplerinin temsilcileri Daire önünde yaptıkları talepleri yinelemişler ve Büyük Daire önündeki yargılamadaki avukatlık ücreti konusunu Mahkeme'nin takdirine bırakmışlardır.

136. Hükümet masraf ve harcamalara ilişkin talebin usulüne uygun bir şekilde ispatlanmadığını düşünmektedir.

137. Daire kararına kadar olan yargılamalar için, Daire, başvuru sahiplerine, adli yardım olarak Avrupa Konseyi tarafından ödenen 905 Euro düşülmek suretiyle, 10.000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

138. Mahkeme başvuru sahiplerine Mahkeme'deki bütün masrafları karşılamak üzere adli yardım olarak Avrupa Konseyi'nden alınan 2.613,17 Euro düşülmek suretiyle, 15.000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

C. Temerrüt Faizi

139. Mahkeme, temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın yıllık bazda marjinal ödünç verme oranına yüzde üç eklenmesi sonucu ortaya

çıkacak miktara denk düşecek şekilde belirlenmesinin uygun olacağını değerlendirmektedir.

Bu gerekçelerle, Mahkeme;

1. On dört oya karşı üç oyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;

2. Oybirliğiyle şikayetin Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;

3. Oybirliğiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanmayacağına;

4. On üç oya karşı dört oyla Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak 6. maddenin 1. paragrafının ihlal edilmediğine;

5. On dört oya karşı üç oyla Türkiye'nin Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığına;

6. On dört oya karşı üç oyla aşağıdaki şekilde hükmetmiştir:

(a) Davalı Devlet, üç ay içerisinde, tahakkuk edecek her türlü vergiyle birlikte aşağıdaki meblağları ödeyecektir:

(i) Her bir başvuru sahibinin ikamet ettiği ülkedeki ulusal para birimine çevrilmek suretiyle başvuru sahiplerinin her birine manevi tazminat olarak 5.000 (beş bin) Euro;

(ii) Masraf ve harcamalar için adli yardım olarak Avrupa Konseyi'nden alınan 2.613,17 Euro (iki bin altı yüz on üç Euro on yedi sent) düşülmek ve ödeme günü kurundan Türk Lirası'na çevrilmek suretiyle 15.000 (on beş bin) Euro;

(b) Yukarıda meblağlara yukarıda belirtilen üç aylık süreden itibaren ödeme gününe kadar temerrüt süresince Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal ödünç verme kolaylığına uyguladığı basit faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden faiz işletilecektir;

7. Oybirliğiyle başvuru sahiplerinin hakkaniyete uygun geri kalan tazminat taleplerinin reddine karar vermiştir.

4 Şubat 2005 tarihinde İngilizce ve Fransızca olarak Strasburg'daki İnsan Hakları Binası'nda yapılan açık duruşmada hüküm altına alınmıştır.

Luzuis Wildhaber
Başkan

Paul Mahoney
Katip

Sözleşme'nin 45/2 ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74/2. maddeleri gereğince, aşağıdaki ayrı görüşler işbu karara eklenmiştir:

(a) Bay Cabral Barreto'nun aynı yöndeki görüşü;

(b) Baz Rozakis'in kısmi muhalefet görüşü;

(c) Sir Nicolas Bratza, Bay Bonello ve By Hedigan'ın müşterek kısmi muhalefet görüşü;

(d) Bay Cafilisch, Bay Türmen ve Bay Kovler'in müşterek kısmi muhalefet görüşü.

L. W.

P. J. M.

Hakim Cabral Barreto'nun Aynı Yönde Görüşü

Türkiye'nin mevcut davada Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmaktayım.

Mahkeme'nin davayı incelemesinden önce başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmemeleri yönündeki talebine Türkiye'nin uymaması başvurunun etkili bir şekilde incelenmesini imkansız kılmıştır.

Bu yüzden, başvuru sahiplerinin bireysel başvuru haklarını etkili bir şekilde kullanmalarına mani olunmuştur (kararın 127. paragrafına bkz.).

Bununla birlikte, çoğunluğun *"bir Sözleşmecî Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkeme'nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve, bu yüzden, Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal*

edilmesi olarak değerlendirilecektir” (kararın 128. paragrafına bkz.) şeklindeki görüşüne katılmakta zorlanmaktayım.

Bu genel sonuç, geçmiş yıllarda Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç kararında tesis edilen ve daha sonra Conka v. Belçika kararında da fiilen teyit edilen prensiplerden bir ayrılma teşkil etmektedir.

Eğer çoğunluğun gerekçesini doğru bir şekilde anlamış isem, bir hükümetin geçici tedbir kararı talebine uygun hareket etmemesi gerçeği tek başına kendiliğinden (per se) Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlalini icap ettirmektedir.

Benim katılmadığım husus Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edildiğine yönelik olarak ulaşılan bu “mekanik” bulgudur.

Bana göre, Devletlerin geçici tedbirlere bağlayıcı bir nitelik tanımayı daima reddetmiş olmaları, Mahkeme'nin bu niteliği tanmasına ve Devletlere kabul etmekten imtina ettikleri yükümlülükleri yüklemesine engel olmaktadır.

Sözleşme'ye Taraf Devletler bununla birlikte bireysel başvuru hakkının kullanımına mani olmama yükümlülüğünü üslenmişlerdir.

Dolayısıyla, eğer bir geçici tedbir kararına uyma talebinin reddilmesi başvuru hakkının kullanımını engeller ise, bu durumda Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Bununla birlikte, eğer, böyle bir ret kararına rağmen, başvuru sahibinin başvuru hakkını etkili bir şekilde kullanması ve Mahkeme'nin davayı hakkıyla incelemesi mümkün olmuş ise, bu takdirde ulaşılabilecek sonuç farklı olmalıdır.

Bu sonuç, benim kanaatime göre, Sözleşme ve Mahkeme İhtüzüğü hükümlerinin etkisini gösteren ve kararda vurgulanması gereken bir değerlendirmedir.

Bir hükümetin Mahkeme'nin yapmış olduğu bir talebe uymamasına rağmen, başvuru sahibinin bireysel başvuru hakkını etkili bir şekilde kullanabildiği ve mahkemenin tatmin edici koşullarda başvuruyu hakkıyla inceleyebildiği durumların varlığını biliyorum.

Özellikle aklıma Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girebilecek ve geçici tedbirlerin alınmasını haklı çıkaracak koşullarda hastalığa maruz kalan bir kişinin tutukluluk koşulları gelmektedir.

Bu durumlarda, usuli yönler devreye girmemektedir.

Her ne kadar hükümetin Mahkeme'nin talebine uymaması 3. maddenin ihlal edildiği, hatta ağır bir şekilde ihlal edildiği, sonucuna ulaşılmasını icap ettirse de, başvuru sahibinin başvuru hakkını kullanmış olmasından ve Mahkeme'nin de şikayeti usulünce incelemiş olmasından dolayı, bu durum 34. maddenin ihlali sonucunu doğurmayacaktır.

Aklıma gelen diğer bir dava türü ise bir kişinin başvurunun incelenmesinden önce iade edilmemesi yönünde Mahkeme'nin talepte bulunmasına rağmen, bu kişinin ölüm cezasının olduğu bir ülkeye iade edilmesi durumudur.

Bu duruma rağmen, başvuru sahibinin iadeyi talep eden devlette çalışan bir avukat tarafından temsil edilmiş olması, başvuru sahibi ile avukatı arasında şikayetin daha iyi koşullarda yapılmasına yardım edecek şekilde faydalı bir irtibatın kurulmasına imkan sağlamıştır.

Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin Mahkeme'ye bağlayıcı geçici tedbir kararı verme yetkisi tanımamasını üzüntüyle karşılarken, eğer Sözleşmeciler Devlet'in geçici tedbir kararına uymaması başvuru sahibinin başvuru hakkını kullanmasına mani olur ve bu şekilde Mahkeme'nin şikayeti etkili bir şekilde incelemesi imkansız hale gelir ise, ancak bu takdirde Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucunu kabul etmek durumunda kalabilirim.

Hakim Rozakıs'ın Kısmi Muhalefet Görüşü

Mahkeme çoğunluğunun davanın koşullarında Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edildiği ancak 3. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki görüşünü paylaşmakla birlikte, Hakim Bratza, Bonello ve Hedigan'ın müşterek kısmi muhalefet görüşlerinde açıkladıkları ve benim de tamamıyla katıldığım gerekçeler nedeniyle, çoğunluğun 6. maddenin ihlal edilmediği yönündeki bulgularına katılamamaktayım.

Hakim Bratza, Bonello ve Hedıgan'ın Müşterek Kısmı**MUHALEFET GÖRÜŞÜ**

1. Mahkeme çoğunluğunun başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmeleri yüzünden Türkiye'nin Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerine uymadığına ilişkin sonuç ve gerekçelerini paylaşmakla birlikte, çoğunluğun başvuru sahiplerinin iade edilmelerinin Sözleşme'nin 3 ve 6. maddelerini ihlal etmediği yönündeki sonucuna katılamamaktayız. Kanaatimize göre, mevcut davanın koşulları çerçevesinde, başvuru sahiplerinin haklarının her iki madde açısından da ihlali söz konusudur.

Madde 3

2. Bir bireyin iadesi veya sınır dışı edilmesi olaylarında Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanmasıyla ilgili genel prensipler kararın 66 ila 70. paragrafları arasında özetlenmiştir. Bu özete şu hususu eklemek isteriz ki, 3. maddenin yasakladığı kötü muamele, sınır dışı ve iade olaylarında dahi mutlak bir yasaklama özelliğine sahip bulunmaktadır. Bir bireyin faaliyetleri hangi ölçüde istenmeyen, tehlikeli veya terörizmle ilişkili bir faaliyet olursa olsun, 3. maddeye aykırı bir muamele görme konusunda gerçek bir riskin varlığının gösterildiği durumlarda, söz konusu faaliyetler bu yasaklamayı ortadan kaldıracak bir husus olarak göz önüne alınamayacaktır (bkz., 15 Kasım 1996 tarihli *the Chahal v. Birleşik Krallık* kararı, Reports 1996-VI, §§ 79-80). Böyle bir riskin varlığının gösterildiği durumlarda, iadenin reddedilmesi, uluslararası antlaşmalardan doğan haklara bir müdahale veya uluslararası adli süreçle ilgili normların ihlalini teşkil etmeyeceği gibi, kaçınılmaz şekilde Sözleşme'nin 3. maddesinin standartları karşısında Sözleşme'ye taraf olmayan iade talebinde bulunmuş ülkedeki koşulların değerlendirilmesini icap ettirecektir (bkz., Mahkeme'nin 7 Temmuz 1989 tarihli *Soering v. Birleşik Krallık* kararı, Seri A, No. 161, §§ 83 ve 88-91).

3. Kararda belirtildiği gibi, ilgili kişinin iade edilmesi halinde iade edildiği ülkede 3. maddenin yasakladığı muameleye maruz kalma riskinin varlığı esas olarak söz konusu iade veya sınır dışı işleminin icra edildiği zamanda söz konusu kişiyi iade etmekten sorumlu Sözleşmeciler Devlet'in bildiği veya bilmesi gerektiği gerçekleri dikkate alarak de-

ğerlendirilmelidir. İlgili kişinin iadesinden sonra gün ışığına çıkan ve Sözleşmecî Devlet'in yapmış olduğu takdiri ya da başvuru sahibinin korkularının haklı temele dayanıp dayanmadığını teyit veya reddetme noktasında potansiyel değere sahip olan bilgileri göz önüne almaktan Mahkemeyi alı koyan herhangi bir husus bulunmamaktadır. Ancak, Mahkeme'nin Vilvarajah kararında açıkça görüldüğü üzere (Vilvarajah ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991 tarihli karar, Seri A, No. 215, s. 37, § 112), başvuru sahibinin iadesini müteakip iade edildiği ülkede gördüğü fiili muameleye ilişkin deliller nihai belirleyici olmayıp, esas belirleyici husus, sınır dışı edilme zamanında ilgili kişinin 3. maddeyi ihlal edebilecek düzeyde kötü muameleye tabi olacağını öngörülüp öngörülemeyeceğidir.

4. İki başvuru sahibi Türkiye'de sırasıyla 3 ve 5 Mart 1999 tarihlerinde tutuklanmışlardır. Daire Başkanı, 18 Mart 1999 tarihinde Mahkeme İçtüzük Kuralları'nın 39. maddesini uygulayarak, Daire'nin başvuruyu inceleme fırsatının olacağı 23 Mart 1999 tarihindeki toplantısına kadar, taraf menfaatleri ve Mahkeme önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinin arzu edilmediğini Türk Hükümeti'ne bildirmiştir. Türk Hükümeti 19 Mart'ta başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmelerine karar vermiştir. 23 Mart'ta, Daire, 39. madde gereğince bildirdiği geçici tedbir kararını yeni bir açıklama yapınca kadar uzatma kararı vermiştir. Başvuru sahipleri 27 Mart'ta Özbek yetkililerine teslim edilmiştir. Dolayısıyla cevap verilmesi gereken soru başvuru sahiplerinin daha sonraki bir tarihte 3. maddenin yasakladığı muameleye uğrama konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarına inanmak için esaslı nedenlerin olup olmadığıdır.

5. Mahkeme'nin ilgili Dairesi İçtüzüğü'nün 39. maddesini uygulayarak, en azından böyle bir riskin ilk bakışta (prima facie olarak) varlığı konusunda gereken şekilde tatmin olmuştur. Böyle bir görüşün kabulü bize göre de sağlam bir temele dayanıyor gözükmektedir. Kararda belirtildiği şekilde, söz konusu zaman diliminde Özbekistan'daki genel insan hakları durumu çok kötü olup, uluslararası insan hakları örgütlerinin son zamanlardaki raporları bu ülkedeki siyasi muhaliflerin idari bir uygulama olarak işkence ve diğer kötü muamele çeşitlerine maruz kaldığını ifşa etmektedir. Özellikle, Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi için Uluslararası Af Örgütü tarafından hazırlanıp Ekim 1999 tarihinde kamu oyuna açıklanan brifingde Özbekistan'ın İşkenceyi Önleme

Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerini tamamıyla uygulama konusunda başarısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu brifing, diğer hususların yanında, 1997 yılından bu yana İslami cemaatlerin üyesi olduğu düşünülen kişilerin kanun uygulayıcı makamlarca kötü muamele ve işkenceye tabi tutuldukları konusundaki raporların sayısındaki artıştan bahsetmekte, ayrıca özellikle Şubat 1999'da başkent Taşkent'te meydana gelen bombalama olaylarını müteakiben yasaklı siyasi muhalif parti ve hareketlerin (özellikle Erk ve Birlik) destekçisi olduğundan şüphelenilen kişilerin yakalanması, kötü muamele ve işkenceye tabi tutulmalarına ilişkin raporlara dikkat çekmektedir. Brifing ayrıca işkenceyle elde edildiği bildirilen itirafa dayalı delillerin rutin olarak yargılama sürecinde kullanıldığı ve Uluslararası Af Örgütü tarafından incelenen pek çok davada mahkumiyet kararlarının bu itiraflara bağlı olarak alındığına ilişkin bağımsız ve güvenilir raporlara atıfta bulunmuştur. Yine brifingde Özbekistan Devlet Başkanı'nun ifadeleri dahil Özbek yetkilileri tarafından kamu oyuna yapılan açıklamalara atıfta bulunularak, bu açıklamaların eğer Devlet görevlileri tarafından şiddetin kullanılmasını doğrudan yaptırıma bağlamıyor ise, en azından işkence ve kötü muamelenin kullanımına göz yumma şeklinde anlaşılabilceği belirtilmektedir.

6. Çeşitli insan hakları örgütlerinin raporlarındaki bulguların Özbekistan'daki genel durumu doğru bir şekilde tanımladığını kabul etmekle birlikte, Mahkeme çoğunluğu, bu bulguların başvuru sahiplerinin mevcut davada yapmış oldukları somut suçlamaları desteklemeye yetmediğini ve başka delillerle bunun teyit edilmesi gerektiğini değerlendirmektedir (karar, § 73). Çoğunluğun görüşüne göre, başvuru sahiplerinin iade edilmeleri zamanında 3. maddenin yasakladığı bir muameleye uğrama konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarını ortaya koyacak esaslı nedenlerin var olduğu sonucuna Mahkeme'nin ulaşmasını sağlayacak yeterli teyit edici deliller toplanamamıştır (karar, § 77).

7. Özbekistan'daki genel durumla ilgili tartışmasız şekilde ortaya konan bulguların başvuru sahiplerinin bu ülkeye iade edildikleri takdirde kötü muameleye uğrama konusunda gerçek bir risk altında buldukları yönündeki somut iddiaları desteklemediği görüşüne katılamamaktayız. Tam tersine, ulaşılan bu bulguların başvuru sahiplerinin böyle bir muameleye uğrama konusunda özellikle risk altında olduklarını ortaya koyan kuvvetli delil teşkil ettiğini düşünmekteyiz.

Her iki başvuru sahibi hem Erk üyesi olmaktan, hem de bombalama neticesinde yaralanmalara neden olmaktan ve Özbekistan Devlet Başkanına terörist saldırı girişiminden dolayı cinayet şüphesiyle Mart 1999 tarihinde (Taşkent'te meydana geldiği bildirilen terörist bombalama saldırılarından hemen sonra) tutuklanmışlardır.

8. Mahkeme'nin bildirmiş olduğu geçici tedbir kararına Türkiye'nin uymamış olmasının Mahkeme'yi normal usulleri gereğince başvuruyu tam ve etkili şekilde incelemekten alı koyan ve özellikle mevcut dava gibi bir olayda başvuru sahiplerinden makul bir şekilde istenebilecek başka ne gibi teyit edici delillerin olabileceği bize açık ve net gözükmemektedir. Böyle bir durumda, Mahkeme'nin 39. maddenin uygulanmasına temel teşkil eden endişeleri gidermek için gerekli zorlayıcı delillerin yokluğunda 3. madde gereğince yapılan bir şikayeti reddetmekte aceleci hareket etmemesi gerektiğini düşünürüz.

9. Gerekli risk düzeyinin yeterince gösterilmediği sonucuna ulaşırsen, Mahkeme çoğunluğu davanın üç somut özelliğine vurgu yapmaktadır - Özbek Hükümetince verilen teminatlar; bu teminatlara eşlik eden Cumhuriyet Başsavcısı'nın Özbekistan'ın Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ne taraf olduğu ve bu Sözleşme gereklerine uyma yükümlülüğünü kabul ve teyit ettiğine dair açıklaması; ve iki başvuru sahibinin tutulduğu Özbek hapisanesi doktorlarından alınan sağlık raporları.

10. Bu faktörlerden hiç birinin tek başına ya da birlikte iade edilmelerini müteakip başvuru sahiplerini bekleyen muameleye ilişkin ciddi kaygıları giderecek ölçüde bağlayıcı veya yeterli olduğunu düşünmüyoruz. Teminatlara gelince, başvuru sahiplerinin tesliminden önce verilen tek teminatın (yani 9 Mart 1999 tarihli olan) bile Mahkeme'ye 39. maddenin uygulanmasından ve Mahkeme'nin geçici tedbir kararı dikkate alınmaksızın iade işleminin icra edildiği tarihten çok sonra, 19 Mart 1999 tarihine kadar gönderilmemesini çarpıcı buluyoruz. Ayrıca, iyi niyetli verilmiş olsa bile bir bireyin kötü muameleye tabi tutulamayacağına dair bir teminat, kendiliğinden, bu teminatın etkili bir şekilde uygulanacağına ilişkin şüphelerin olduğu durumlarda, yeterli bir güvence teşkil etmeyecektir (örneğin; bkz., yukarıda bahsi geçen the Chahal v. Birleşik Krallık kararı, § 105). İadeyi talep eden Devlet tarafından verilen teminatlara tanınacak ağırlık her bir olay için söz konusu zaman diliminde o Devlette mevcut koşullara bağlı olacaktır. Başvuru sahiplerinin tesli-

mi zamanında Özbekistan'daki siyasi muhaliflere yapılan muameleye ilişkin deliller, bizim kanaatimize göre, başvuru sahiplerine yeterli bir güvenlik garantisi sağlama noktasında verilen teminatların etkinliğine ilişkin ciddi şüphelere neden olacak niteliktedir.

11. Aynı düşünce çoğunluğun Özbekistan'ın İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ne taraf olmasına yapılan vurgu için de geçerlidir. Bu bağlamda, Uluslararası Af Örgütü'nün Özbekistan'ın bu Sözleşme'den doğan akdi yükümlülüklerini yerine getirmediği ve bu yükümlülükler rağmen, başvuru sahiplerinin yakalanma ve teslim tarihinde, muhalif parti ve hareket mensuplarına yönelik geniş çaplı işkence ve kötü muamele iddialarının yapılmaya devam ettiği yönündeki bulgusuna özellikle dikkat çekmek isteriz.

12. Zarafshan ve Şayhali hapisanelerindeki doktorların verdikleri sağlık raporlarına ilişkin olarak, bu çok genel ve ayrıntılı olmayan raporların (birinci başvuru sahibi için) Aralık 2000 ve Nisan 2001 tarihi ile (ikinci başvuru sahibi için) Temmuz ve Ekim 2001 tarihinde yapılan tıbbi muayeneler sonucu verildiği gözükmemektedir. Bu ise en azından başvuru sahiplerinin iade edilmelerinden itibaren yirmi bir ay, yargılama ve mahkumiyetlerinden itibaren ise on sekiz ay geçtikten sonraki bir tarihtir. İade işlemi yapıldıktan sonra meydana gelen olayların, dikkate alınabildiği ölçüde, arada geçen sürede ve özellikle yargılamaya kadar geçen sürede, başvuru sahiplerinin gördüğü muamele konusuna herhangi bir ışık tutmayan bu raporlara çok fazla bir ağırlık verememekteyiz. Kanaatimize göre, söz konusu olaylardan çok sonra başvuru sahiplerinin fiziksel bütünlüklerine ilişkin ortaya konan deliller, başvuru sahiplerinin iade edildikleri zamanki korkularının haklı bir nedene dayandığı hususunu reddetmek için kullanılamaz.

13. Bu nedenlerden dolayı, başvuru sahiplerinin kötü muamele görme konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarına inanmak için esaslı delillerin ortaya konduğunu ve bu riske rağmen başvuru sahiplerinin iade edilmesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini düşünüyörüz.

Madde 6

14. Mahkeme, her ne kadar bu güne değin bir bireyin sınır dışı veya iade işleminin icra edilmesi halinde Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal

edildiği sonucuna ulaşmamış olmakla birlikte, sınır dışı edilen kişinin gönderildiği ülkede adil yargılanma hakkının ağır bir şekilde ihlal edildiği veya ihlal edilme riskinin mevcut bulunduğu durumlarda oldukça sıklıkta böyle bir sonucun ihtimal dışı olmadığını hüküm altına almıştır (örnek olarak bkz., yukarıda bahsi geçen Soering v. Birleşik Krallık, paragraf 113; Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, 26 Haziran 1992 tarihli karar, Seri A. No. 240, § 110; Einhorn v. Fransa (karar), No. 71555/01, 16 Ekim 2001, § 32; Razaghi v. İsveç (karar), No. 64599/01, 11 Mart 2003; Tomic v. Birleşik Krallık (karar), No. 17837/03, 14 Ekim 2003). Neyin adaletin “ağır” ihlalini oluşturduğu Mahkeme içtihadında tamamıyla açıklanmış bulunmamaktadır. Ancak “ağır” sıfatının kullanımı net bir şekilde Sözleşme Devlet’in kendi ülkesinde meydana gelmesi halinde 6. maddenin ihlali sonucunu doğurabilen yargılama prosedüründeki basit düzensizlikler veya güvencelerdeki yetersizliğinin ötesinde daha sıkı bir haksızlık testinin uygulanmasını amaçlamaktadır. Mahkemenin de vurguladığı gibi, 6. madde, bir bireyin iade edileceği ülkede onu bekleyen koşulların Sözleşme’deki güvencelerin her biri ile tam uyumlu olduğu hususunda bir Sözleşme Devlet tatmin olmadıkça bu bireyin teslim edilemeyeceği manasına gelecek bir genel prensip olarak yorumlanamaz (bkz., yukarıda bahsi geçen Soering kararı, § 86). Bizim görüşümüze göre, “ağır” kelimesinin vermek istediği mana 6. maddenin güvence altına aldığı hakkın özünü temelden geçersiz kılacak veya tahrip edecek ölçüde bu maddenin güvence altına aldığı adil yargılanma prensiplerinin ihlal edilmesidir.

15. Sözleşme’nin 3. maddesinin yasakladığı muamele riskinde olduğu gibi, 6. maddenin amaçları doğrultusunda da, ilgili kişinin iade edildiği ülkede adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riski, esas olarak, iade işleminin yapıldığı esnada davalı Devletin bildiği veya bilmesi gerektiği gerçekler temel alınarak değerlendirilmelidir.

16. Mahkeme çoğunluğu eldeki mevcut deliller ışığında başvuru sahiplerinin Özbekistan’da adil yargılanma görecekleri hususundan “şüphelenmek için söz konusu zaman dilimi itibarıyla haklı nedenlerin bulunabileceğini” teyit etmektedirler (karar, § 91). Bununla birlikte, mahkeme çoğunluğu, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin Mahkeme’nin Soering kararındaki içtihadı anlamında adaletin ağır bir şekilde ihlalini oluşturacağı konusunda yeterli delil olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

17. Bunun aksine, söz konusu zaman dilimindeki mevcut deliller bazında, başvuru sahiplerinin adil bir yargılanma görmelerinden şüphe etmenin yanı sıra aynı zamanda adaletin ağır bir şekilde ihlal edilmesine maruz kalma konusunda gerçek bir risk altında oldukları hususunda esaslı deliller bulunduğunu değerlendirmekteyiz. Bizim düşüncemize göre, Uluslararası Af Örgütü'nün brifing dokümanı, işkenceyle elde edilen itirafların mahkumiyet kararı vermek için rutin olarak kullanıldığını, sanıkların kendi seçtikleri bir avukatla görüşme hakkından oldukça sıkça mahrum bırakıldıklarını, kanun uygulayıcı makamların işkence riskinin yüksek olduğu birkaç gün süreyle sanık göz altında tutulduktan sonra sanıkların avukatlarıyla görüşmelerine izin verdiğini haklı çıkaracak güvenilir delilleri ortaya koymaktadır. İlave olarak, pek çok durumda kanun uygulayıcı makamların sanık itirafını imzaladıktan sonra bir avukatla görüşmesine izin verdikleri ve avukatlar ile müvekkileri arasındaki görüşmelere izin verildikten sonra bile bunun genellikle seyrek olarak gerçekleştiği ve savunma avukatlarının soruşturmanın bütün aşamalarında bulunmalarına nadiren izin verildiği sonucuna ulaşılmıştır.

18. Şimdiye kadar iki başvuru sahibinin davasında haksız yargı-lamanın giderilmesine ilişkin korkular konusunda, bu kişilerin iade edilmesinden sonra ortaya çıkan bilgiler, ancak bu endişelerin haklı temellere dayandığını teyit etme amacına hizmet etmektedir. Başlangıç kısmında, başvuru sahiplerinin Özbekistan'daki mal varlıkları ve göreceikleri muameleler konusunda Türk Hükümeti'ne teminat verilmesine rağmen, başvuru sahiplerinin tabi olacakları ceza yargılamasının adil olması konusunda Türk Hükümeti tarafından talep edilen veya Özbek yetkililerden alınmış olan herhangi bir teminatın gözükmediğini vurgulamıştık. Daha spesifik olarak, başvuru sahiplerine yapılan suçlamaların ağırlığına rağmen, başvuru sahiplerinin yasal temsilcileriyle olan temaslarının devamını güvence altına almak veya Özbekistan'a iade edildiklerinde adli yardım veya kendi seçecekleri bağımsız avukatlardan yardım görmelerini sağlamak için herhangi bir gayret gösterilmediği gözükmektedir. Aslında, yasal temsilcilerinin ortaya koyduğu ve üzerinde ihtilaf edilmeyen delillere göre, iade bir defa gerçekleştikten sonra, avukatları, her iki başvuru sahibiyle de yargılamanın öncesinde ve sonrasında ne mektup, ne de telefonla temas kurma imkanına sahip olamamışlardır. Özbek yetkililer, mahkumiyet kararlarının esas olarak dayandığı itirafların başvuru sahiplerinin serbest iradeleri sonucu

alındığını ve yargılamaların kamuya açık yapıldığını ve ayrıca yargılamaya, diğerlerinin yanı sıra, “*insan hakları örgütlerinin temsilcilerinin*” katıldığını ileri sürmüşlerdir. Ancak, bu iddialar Mahkeme önündeki diğer deliller ve özellikle başvuru sahiplerinin duruşmalarına katılmalarına izin verilen tek insan hakları örgütü olan - İnsan Hakları İzleme (Human Rights Watch) - Örgütü’nün Müdahil Üçüncü Kişi sıfatıyla ortaya koyduğu deliller ışığında değerlendirilmelidir. Bu delillere göre, başvuru sahiplerine kendi seçtikleri avukatlar aracılığıyla temsil edilme hakkı tanınmamış, savunma avukatı cumhuriyet savcısı tarafından tayin edilmiş, başvuru sahipleri Haziran 1999’da yargılama başlayıncaya kadar kimseyle görüştürülmeksizin tutuklu olarak bulundurulmuş; dava kamuya, başvuru sahiplerinin bütün aile fertlerine ve savunma adına tutulan avukatlara kapalı tutulmuş; ve başvuru sahiplerinin mahkumiyetinde kullanılan itiraflar bu kişilerin göz altında tutulduğu ve kendi avukatlarıyla görüşme imkanının olmadığı yargılama öncesi polis soruşturması sırasında imzalanan beyanlara dayanmaktadır.

19. Kanaatimize göre, mevcut davada Mahkeme önündeki deliller, iade tarihinde başvuru sahibi açısından adaletin ağır bir şekilde ihlali konusunda gerçek bir riskin varlığını tesis etmek için yeterlidir. Bu koşullarda, başvuru sahiplerinin teslimi aynı zamanda Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal etmektedir.

Yargıç Cafilisch, Türmen ve Kovler’in Kısmi Muhalefet Görüşü

1. Kısmen muhalif olduğumuz bu karar Mahkemece belirlenen geçici tedbirlerin bağlayıcı etkisi konusunda muğlak bulunmaktadır. Şüphesiz önemli bir konu olmakla birlikte, Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesinde, “*bildirilen*” (indicated) geçici tedbirlerin yasal sonuçlarına yönelik doğrudan herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kararın 128. paragrafından çoğunluğun bu tedbirlere bağlayıcı bir nitelik atfetmek istediği sonucu çıkarılabilecektir. Bu karar geçici tedbirlerin emredici niteliğini esas itibarıyla Sözleşme’nin 34. maddesine dayandırmaktadır. Kararın 128. paragrafı, bir Sözleşmeci Devlet’in geçici tedbirlere uymamasının Mahkeme’nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemesine engel olacağını, başvuru sahibinin hakkını etkin bir şekilde kullanmasına mani olacağını ve böylece Sözleşme’nin 34. maddesinin (bireysel başvuru hakkının) ihlal edilmiş olacağını ifade etmektedir.

2. Sözleşme'nin 34. maddesinin, Mahkeme'nin vermiş olduğu geçici tedbir kararlarının Sözleşmeye Taraf Devletler için bağlayıcı olduğu sonucuna varmada bir temel olarak kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. -Tarafımızca kabulü mümkün olmamakla birlikte- bazı durumlarda geçici tedbirlere uymamanın 34. maddeyi ihlal edeceği kabul edilse bile, böyle bir uymamanın Mahkeme'nin gerçekten başvuru sahibinin şikayetini incelemesine mani olup olmadığı ve bireysel başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanımına engel teşkil edip etmediğinin her bir durumda belirlenmiş olması gerekir. Mahkeme'nin, geçici tedbir kararına uyulmamasına rağmen, başvuru sahibinin şikayetini incelemesi için gerekli bütün unsurlara sahip olduğu durumlar kesinlikle bulunmaktadır. Ayrıca, Mahkeme'nin 39. maddeyi hükümete değil başvuru sahibine (örneğin açlık grevine gidildiği durumlarda) uyguladığı durumlar da söz konusudur.

3. Mevcut davada, Mahkeme, başvuru sahiplerinin 3. madde altındaki şikayetlerini incelemek için gerekli bütün unsurları elinde bulundurmaktadır. Davalı Hükümet, başvuru sahiplerinin ölüm cezasına çarptırılmayacağı; işkenceye tabi tutulmayacakları ve mal varlıklarına el konulmayacağı hususlarında Özbek yetkililerinden resmi garantiler almış bulunmaktadır. Mahkeme'ye sunulan sağlık raporları, başvuru sahiplerinin cezaya çarptırıldıktan ve hapisaneyeye konduktan sonra kötü muameleye uğramadıklarını, hem fiziksel hem de psikolojik olarak sağlık durumlarının iyi olduğunu göstermektedir. Ayrıca, Taşkent'teki Türk Büyükelçiliği'nin iki mensubu başvuru sahiplerini hapisanede ziyaret etmiş ve izlenimlerini Mahkeme'ye rapor etmişlerdir. Verdikleri raporlara göre, başvuru sahiplerinin sağlık durumları iyi olup; kendileri davadan önce ya da davadan sonra tutuklu buldukları yerlerde herhangi bir kötü muameleye maruz kalmamışlar ve aileleri bu kişileri düzenli olarak ziyaret edebilmektedirler.

4. Bu başlangıç değerlendirmelerimizi müteakip olarak, bu karara muhalif kalmamızı tetikleyen somut konuya, yani Mahkeme'nin "*bil-dirdiği*" geçici tedbirlere uyulmamasının Sözleşme'nin 34. maddesini ihlal edeceği yönünde Mahkeme'nin varmış olduğu bulguya dönmek istiyoruz. Bu konuyu sırasıyla (i) Mahkemenin dava hukuku; (ii) Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) dava hukuku; (iii) akdi yorum kuralları ışığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; ve (iv) ilgili genel uluslararası hukuk kurallarını incelemek suretiyle ele alacağız.

2. Mahkemenin Dava Hukuku

5. Mahkeme'nin konuyla ilgili pozisyonu Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç davasında (20 Mart 1991 kararı, Seri A, No. 201) özetlenmiş bulunmaktadır. Bu davada, başvuru sahipleri, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bildirdiği (indicated) (Komisyon İçtüzüğü'nün 36. maddesi mevcut Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesine benzer bir metin içermektedir) geçici tedbirler konusunda Sözleşmede somut herhangi bir kural bulunmamasına rağmen, Sözleşme'nin 25. (şimdi Sözleşme madde 34/1) maddesinin garanti altına aldığı bireysel başvuru hakkını tamamıyla sağlamak için bu tedbirlere bağlayıcı etki tanınmasının gerekli olduğunu savunmuşlardır. Mahkeme vermiş olduğu cevapta "Sözleşme'de geçici tedbirlere ilişkin bir hükmün yokluğunda, 36. madde gereğince verilen bir geçici tedbirin Sözleşmeciler Devletler üzerinde bağlayıcı yükümlülük doğuracağı şeklinde anlaşılamayacağını" (§ 98), "herhangi bir şekilde bu hakkın etkin kullanımına engel olmamayı üslenme kelimelerinden 36. madde (şimdi 39) gereğince Komisyon'un vermiş olduğu geçici tedbirlere uyma zorunluluğunun çıkarılmasının 25. maddenin (şimdi 34) lafzını zorlayacağını" (§ 99), ve "geçici tedbirler emretme yetkisinin gerek 25. maddeden, netice olarak (in fine), gerekse diğer kaynaklardan çıkarılamayacağını" (§ 102) ifade etmiştir. Mahkeme bu sonuca pratikte "bu tedbirlere neredeyse tamamıyla uyulmasına" rağmen ulaştığını (§ 100; bu konuda ayrıca bkz §§ 7 ve 18) eklemiştir. Bu "müteakip uygulama", "Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme hükmünün yorumlanması konusunda varmış oldukları bir mutabakat olarak algılanabilir (burada Mahkeme'nin Soering kararına ve 23 Mayıs 1969 tarihli Akitler Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'ne atıfta bulunmaktadır), ancak Sözleşme'de başlangıçta düzenlenmeyen yeni hak ve yükümlülüklerin yaratılması şeklinde anlaşılabilir (18 Aralık 1986 tarihli Johnston ve Diğerleri kararına atıf, Seri A, No. 112, § 53)" (vurgu eklenmiştir). Mahkeme, "36. maddede düzenlenen geçici tedbirlere riayetle ilgili uygulamanın bu tedbirlerin bağlayıcı bir yükümlülüğe neden olduğu anlayışına dayandırılmayacağı ve bu tatbikatın makul ve uygulanabilir olarak değerlendirildiği durumlarda Komisyon ile iyi niyetli bir şekilde işbirliği yapma meselesi olduğu" sonucuna (yani meselenin bir kolaylık sağlama ve nezaket konusu olduğuna) ulaşmıştır (ibid).

6. Yukarıda açıklanan emsal içtihat, yakın tarihte, Mahkeme'nin verdiği ve -davalı Devletin dikkate almadığı- geçici tedbirler ile bağlantılı olarak, Mahkeme tarafından Conka v. Belçika kararında da teyit edil-

miş bulunmaktadır (13 Mart 2001 tarihli karar, No. 51564/99). Mevcut davadaki çoğunluk görüşü, Mahkeme'nin kendi yargı yetkisine ilişkin olarak Cruz Varas davasında -ki bu davada Mahkeme kendisinin değil Komisyonunun geçici tedbir kararı verme yetkisini incelemiştir- ortaya koyduğu prensipleri yinelemiş olduğu Conka kararı ışığında çok ikna edici değildir. Conka kararından bu tarafa Mahkeme'nin dava hukukunu taban tabana zıt bir sonuca ulaşacak şekilde yeniden gözden geçirmesini haklı çıkaracak herhangi bir değişikliğin olduğunu düşünmüyoruz. Mevcut davada ifade edildiği üzere, (Mahkeme) *"yasal belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri çerçevesinde, kendi içtihadından, haklı bir neden olmaksızın, ayrılmamalıdır"* (§ 121).

7. Yukarıda açıklanan dava hukuku esas itibariyle şu manaya gelmektedir ki, Sözleşme hükümlerini yorumlama hakkı olmakla birlikte, Mahkeme, -yorum yoluyla veya usul kuralları vazetmek suretiyle ya da her ikisi aracılığıyla- arzu edilen manada oldukça yaygın bir uygulama olsa bile, buna eşlik eden ve opinio juris ile desteklenen yeknesak bir uygulama olmadığı müddetçe (Belçika'nın Conka davasındaki tavrına veya Türkiye'nin bu davadaki davranışına bkz.), Sözleşme metnine yeni kurallar yazamaz. Sadece Sözleşmeciler Devletler bir bütün olarak Sözleşme'yi yapılacak eklemelerle değiştirebilirler. Burada eklenmesi gereken bir yorum da şudur ki, eğer geçici tedbirlerin bağlayıcı niteliği Sözleşme'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkına tam etki verilmesi lüzumundan çıkarılacak ise, Devletler arası başvurular da durum ne olacaktır? Bu tür davalarda belirlenen tedbirler ihtiyari olmaya devam edecek midir? Ya da bu tedbirler, kıyas yoluyla, Sözleşme'nin 33. maddesine (devletler arası davalarda) tam etki verebilmek için bağlayıcı olarak mı değerlendirilecektir?

3. Uluslararası Adalet Divanı'nın Dava Hukuku: La Grand Davası

8. Mahkeme'nin kararı Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) yakın tarihteki La Grand davasında verdiği karara dayanmaktadır (27 Haziran 2001 tarihli karar, ICJ Reports, §§ 48 ve 117). Bu dayanma yanlış yönlendirilmiş gözükmektedir. Çünkü, Uluslararası Adalet Divanı'nın kendisini bulduğu konum ile bu Mahkeme'nin durumu arasında esaslı bir fark bulunmaktadır.

9. La Grand davasında, Uluslararası Adalet Divanı'ndan, kendi kurucu antlaşmasının bir hükmünü yani Statüsü'nün 41. maddesini yorumlaması istenmiştir. Bu Statü'ye Taraf Devletler tartışmasız bir şekilde bu maddeye muvafakat etmişler ve işbu maddeyle bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla, buradaki konu tamamıyla bir akdin yorumlanması meselesidir, yani 41. maddede kullanılan "*bildirilen*" (indicated) kelimesinin bu hüküm çerçevesinde alınan tedbirlerin uyumsuzluğa taraf Devletler açısından bağlayıcı olup olmadığı konusunda karar verilmesi meselesidir. Bu meseleyle uğraşmaktan uzun yıllar kaçındıktan sonra, Uluslararası Adalet Divanı, La Grand davasında, 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nde düzenlenen yorum kurallarını temel alarak ve özellikle bütün Sözleşmeciler Devletler için bağlayıcı bir yükümlülük olan Statü'nün 41. maddesinin amaç ve hedefine dayanarak olumlu bir sonuca ulaşmıştır. 41. maddeye ilişkin olarak, bahse konu "*amaç ve hedef*" "*her iki tarafın söz konusu haklarını korumak*" ve Divana Statüsü'nün 59. maddesi gereğince bağlayıcı kararlar alma imkanı tanımaktır. Ayrıca, bu hükme ulaşılması tabii olarak geçici tedbirlerin bağlayıcı nitelikte olması gerektiği sonucunu mantıklı kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle burada imkan sağlayan bir akdi hükümle ulaşılabilecek hedef arasında yakın bir ilişki vardır.

10. Lahey Divanı Statüsü'nün 41. maddesine benzer ifadeleri kullanan geçici tedbir hükümleri içeren diğer uluslararası uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına Taraf Devletlerin de, Divan'ın yeni dava hukuku ile aynı kategori içinde yer alacağı beklenmektedir. Bu uluslararası çözüm mekanizmaları tabii olarak bu şekilde hareket etme hakkına sahiptirler. Çünkü bütün yapacakları şey yorumlama yetkisine sahip oldukları mekanizmayı kurucu belgede düzenlenen geçici tedbirler hakkındaki hükmü incelemekten ibarettir.

11. Bunun tam tersine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde böyle bir hüküm mevcut değildir. Ne Mahkemeye İçtüzük Kuralları vazetme yetkisi veren Sözleşme'nin 26(d) maddesi, ne de bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. Maddesi, ex nihilo, bağlayıcı geçici tedbirler düzenlemek ve böylece Sözleşme'ye Taraf Devletlere rızaları olmaksızın bir yükümlülük yüklemek suretiyle, Sözleşmedeki bir "*boşluğu*" doldurmak açısından inceleme altındaki konuyla yeterince irtibatlıdır. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir akdin sadece yorumlanması ile bunun değiştirilmesi ve yargısal fonksiyonların kullanımı ile uluslararası hukuk yapımı arasında önemli bir fark vardır.

12. Mahkeme'nin Büyük Dairesi'nin ve ondan önce ilgili Dairesi'nin Mamatkulov ve Askarov kararları ile gerçekleştirdiği husus yasama fonksiyonunu kullanmaktır. Zira, mevcut haliyle Sözleşme'nin hiçbir yerinde Sözleşme'ye Taraf Devletler için Mahkemenin bildireceği geçici tedbirlere bağlayıcı etki tanıma zorunluluğu şart koşulmamaktadır. Bu yüzden kanaatimize göre bu Mahkeme Lahey Divanı'nın gösterdiği yolda gidemez ve mevcut dava hukukundan ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır.

4. Akdi Yorum Kuralları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

13. Avrupa Mahkemesi'nin mevcut dava hukukunun, geçici tedbirlere bağlayıcı etkiye sahip bir kural olarak Sözleşme'de yer verilme olasılığı ve buna yönelik bir dayanak sunmadığı ortaya konmuştur. Ne de böyle bir gerekçe veya olasılık Lahey Divanı'nın yakın tarihteki kararlarından ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu iki faktörden bağımsız olarak, Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31 ve 32. maddelerinde yer verilen yorum kurallarının Mahkeme'nin mevcut davada ulaşılmış olduğu sonuçları destekleyip desteklemediği üzerinde durulması gerekecektir. Bu bağlamda, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin yorumuna ilişkin olarak aşağıdaki kurallar inceleme konusu yapılabilir: antlaşmanın metni; teleolojik (amaçsal) yorum; Sözleşmeci Devletlerin müteakip uygulamaları; hazırlık çalışmaları; ve ilgili uluslararası hukuk kuralları.

14. Daha önce vurgulandığı üzere, Sözleşme'nin metni, geçici tedbirler ve bunların bağlayıcılık etkisi konusunda sessiz bulunmaktadır. Bu tedbirler için söz konusu tek dayanak Mahkeme genel kuruluna İçtüzük Kuralları vasetme yetkisi veren Sözleşme'nin 26(d) maddesinde bulunabilir. Mahkeme aynen bunu yaparak 39. maddeyi İçtüzük Kuralları'nın içine yerleştirmiştir. Açıktır ki, söz konusu kural Sözleşmeci Devletlere Sözleşme'de düzenlenmeyen yükümlülükleri yüklemekle Sözleşme'yi ihlal etmediğinden dolayı Mahkeme'nin bunu yapmaya yetkisi bulunmaktadır. Yine açıktır ki, Taraflar, Sözleşme'yi hazırlarken, sadece Mahkeme'nin vazededeği İçtüzük Kuralları'nın gücüne bağlı olarak Mahkeme'ce belirlenecek geçici tedbir kararlarına uyma yükümlülüğü vermek niyetine kesinlikle sahip bulunmamaktadırlar. Ek Protokoller'de geçici tedbirler ve bunların bağlayıcı niteliği konusunda

herhangi bir bahsin mevcut olmayışı ve geçici tedbirlerin bağlayıcı niteliği konusunun bir Protokol hükmüyle düzenlenmesine ilişkin önerilerin kabul edilmemesi göstermektedir ki, taraflar daha sonra da böyle bir şey yapma niyetine sahip bulunmamaktadırlar (aşağıda bkz., § 18).

15. “Yaşayan belge” doktrini bağlamında Mahkeme’ce uygulanan teolojik (amaçsal) yorum metodu (antlaşmanın “amaç ve hedefi”) kararda büyük ölçüde dayanak olarak kullanılmış olmakla birlikte, bizler böyle bir hareket tarzı için pek fazla bir neden görememekteyiz. Cruz Varas davasında bu metot açık bir şekilde kullanılmamıştır bile. Ayrıca, geçici tedbirlerin niteliğine ilişkin olarak, kararın verildiği tarih ile şimdiki zaman arasında çok fazla bir şey değişmemiştir: bağlayıcı geçici tedbirler o zaman olduğu kadar şimdi de arzu edilen bir husustur. Bununla birlikte, Mahkeme’nin kurucu belgesi olan Sözleşme’de buna imkan sağlayan bir hükmün yokluğunda, böyle bir bağlayıcılık haklı çıkarılamaz. Ayrıca, Mahkeme’nin Cruz Varas kararındaki içtihadı, mahkemenin kendisinin verdiği tedbirlere ilişkin olarak Conka kararı ile UAD’nın La Grand kararından sadece üç ay önce teyit edilmiş bulunmaktadır.

16. Sözleşme’nin 34. maddesinin sağladığı bireysel başvuru hakkının Mahkemeye bağlayıcı geçici tedbirler alma yetkisi tanımaksızın çok fazla bir mana ifade etmeyeceği ve bu yüzden bu maddenin amaç ve hedeflerini karşılamadığı için geçici tedbirlerin emredici niteliğinin kabul edilmesinin zaruri olduğu ileri sürülmüştür. Aslında, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, bağlayıcı geçici tedbirler alınma olasılığı içermeyen başvuru hakkının kesinlikle etkili bir başvuru hakkı olmadığı ifade edilmiştir. Mahkemelerin zorunlu yargı yetkisinin üstün geldiği ulusal düzeyde bu doğru olabilir. Ama uluslararası düzeyde bu kesinlikle doğru değildir. İlk olarak, devletler uluslararası mahkemelerin zorunlu yargı yetkisini kabul edip etmemekte ve eğer kabul ederlerse de, örneğin geçici tedbirlerin bağlayıcı niteliğine ilişkin kurallara yer vermeyerek kapsamını sınırlamakta tamamıyla serbesttirler. 18 Mart 1965 tarihli Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Washington (Dünya Bankası) Sözleşmesi’nin kurduğu tahkim usulü çerçevesinde durum böyledir (Madde 47). İkinci olarak, uzun yıllar boyunca Uluslararası Daimi Adalet Divanı (1920-1939) ve onun halefi Uluslararası Adalet Divanı, var olduğu sürenin büyük bir kısmında (1946-2001) kendilerini bağlayıcı niteliğini belirtmeksizin geçici tedbir kararı vermekle sınırlandırmışlardır. Üçüncü olarak, Sözleşme’nin 34. maddesi Devletlerden

“bireysel başvuru yapma hakkının” etkin kullanımına herhangi bir şekilde engel olmamalarını şart koşmuştur (vurgu eklenmiştir). Geçici tedbirler sağlamamaktan dolayı ve evleviyetle (a fortiori) bu geçici tedbirlere bağlayıcı etki tanımamak nedeniyle bireysel başvuru hakkına hiçbir şekilde “engel” olunmamaktadır. Bunun aksini söylemek 34. maddenin anlamını Mahkeme’nin yorumlama işini bırakıp yasama fonksiyonunu üslendiği bir noktaya taşımak olacaktır. Bunun böyle olduğu başka uyumsuzluk çözüm araçlarıyla da gösterilmiştir: başka hiçbir yerde yargı yetkisi ve başvuru hakkı geçici tedbirlerin verilmesi ve bağlayıcı etkiye sahip olması konusuyla irtibatlandırılmamıştır. Dolayısıyla, Lahey Divanı, LaGrand davasında geçici tedbir kararlarının niteliğini karara bağlarken -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 34. maddesinin aşağı yukarı dengi olan- Statüsü’nün 35. maddesine dayanmaktan kaçınmıştır. Divan kendi Statüsü’nün 41. maddesini yorumlamış ve bu hükmün alınan tedbirlerin ihtiyari olması halinde amacını karşılayamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Eğer 1950 tarihli Sözleşme Lahey Divanı Statüsü’nün 41. maddesi ile mukayese edilebilir bir hükme sahip olsaydı, bizler de muhtemelen, bu hüküm bazında, geçici tedbir kararı “bildirmenin” (indicate), teleolojik yorum yoluyla, bu tedbirleri “emretmek” ya da “şart koşmak” manasına gelmesi gerektiği sonucuna varacaktık. Kurucu belgesi -İçtüzüğü değil!- UAD Statüsünün 41. maddesine benzer bir hüküm içeren Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin durumunda, bu husus bir sorun bile olmamaktadır. Çünkü, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 63/2. maddesi, Mahkeme’nin geçici tedbir kararı emretmesine imkan sağlamaktadır. Mevcut davadaki problem ise benzeri bir sonuca ulaşmak için makul bir yasal temelin bulunmamasıdır. Sözleşme’nin 34. maddesi bu amaca hizmet edememekte ve geçici tedbirlerin bağlayıcılığı nosyonunun Sözleşme metnine ithalini imkansız kılmaktadır.

17. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları Viyana Antlaşmalar Sözleşmesi’nin 32. maddesi gereğince göz önünde bulundurulabilecektir. Avrupa Mahkemesi’nin Cruz Varas davasındaki kararı, 1950 Sözleşmesi’ne UAD Statüsü’nün 41. maddesine benzer bir hükmün konulmasına ilişkin önerilere rağmen, bunun yapılmadığını göstermektedir - ki bu durum tabii olarak bağlayıcı geçici tedbirler verme yetkisinin Sözleşmeye ithalini destekleyen bir husus değildir.

18. Cruz Varas kararında da tartışılan ve incelenmesi gereken diğer bir husus ise, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde bir yorum

unsuru olarak bahsedilen Sözleşmecî Devletlerin müteakip uygulamalarıdır. Söz konusu Sözleşme'nin 31 (3)(b) maddesi *"antlaşmanın uygulanmasında tarafların antlaşmanın yorumu üzerinde mutabık kaldıklarını ortaya koyan herhangi bir müteakip uygulamaya"* atıfta bulunmaktadır. Bu uygulama aynı şekilde Cruz Varas davasında göz önünde bulundurulmuştur. Sözleşme organlarının konuyla ilgili tavsiyeler benimseme konusunda baştaki başarısız girişimlerinden sonra (§ 96), Mahkeme, geçici tedbirlere -tamamıyla olmasa da- hakim bir şekilde uyulması konusunda Sözleşmecî Devletlerin işbirliği yapma arzusundan esinlendikleri sonucuna ulaşmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu uygulamanın, Viyana Sözleşmesinin gerektirdiği şekilde, *"Tarafların ilgili antlaşmanın yorumu konusunda mutabık olduklarını ortaya koyduğuna"* dair herhangi bir delil bulunmamaktadır. İnsan Haklarını Koruma Usullerinin İyileştirilmesine İlişkin Uzmanlar Komitesi'nin (DH-PR) 1994 yılı başındaki olağanüstü toplantısında 31 Ocak 1994 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından gönderilen reform önerileri, bunun aksinin doğru olduğunu göstermektedir (Dokümanlar DH-PR(94)2 ve DH-PR(94)4). Hem Komisyon hem de Mahkeme, yeni Mahkeme'nin Sözleşme'de sağlanacak bir hükümle yasal olarak bağlayıcı etkiye sahip geçici tedbir kararı verme yetkisinin olması gerektiğini düşünmektedir. Mahkeme'nin önerisi 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63(2). maddesine benzer bir niteliktedir. Komisyon'un tercihi geçici tedbir kuralları ile ilgili Komisyon (Madde 36) ve Mahkeme'nin (Madde 36) İçtüzük Kuralları'nın Sözleşme metni içinde yer alması yönündedir. İsviçre delegasyonu da geçici tedbirlere ilgili *"Mahkeme'nin gerekli her türü geçici tedbir kararını şart koşabileceği ..."* şeklinde bir maddenin Sözleşmeye konması amacıyla bir öneri sunmuştur (Doküman DH-PR(93)20, 22 Kasım 1993).

19. Bu üç teklif, eğer kabul edilmiş olsaydı, Mahkeme'nin geçici tedbir kararlarının zorunlu addedilmesi (UAD Statüsü'nün 41. maddesinde olduğu gibi) gerektiği hususunun ileri sürülmesini mümkün kılacaktı. Ancak her üç teklifte hükümet uzmanlarınca reddedilmiştir. Daha sonra, Göç, Mülteciler ve Demografi Komitesi, Mahkeme İçtüzüğü'nün 36. maddesi gereğince bildirilen geçici tedbirlerin üye Devletler için zorunlu yapılmasını teklif etmiştir. (Taslak Rapor, AS/PR (1997) 2 gözden geçirilmiş, 19 Şubat 1997). Bakanlar Komitesi geçici tedbirler konusundaki bir hükmü Sözleşme'ye koymaktan imtina etmiştir. Bu ise uygulamadaki söz konusu yaygın kabulün, üzerinde mutabık kalınan bir yorumdan değil, ancak nezaket, işbirliği ve kolaylık sağlama düşün-

cesinden kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Bakanlar Komitesi de bağlayıcı geçici tedbirlere ilişkin bir hükmün 14 Nolu Taslak Protokole konmasını önermeye hazır gözükmemiştir. Komite'nin geçici tedbirlerin bağlayıcılığı varsayımı hakkında herhangi bir şey yapmayı lüzumsuz görmesinden dolayı değil, bu tedbirleri zorunlu yapma konusunda herhangi bir mutabakat olmadığından bu sonuca ulaşılmıştır.

20. Mevcut davada, Mahkeme'nin bizzat kendisi geçici tedbir kararlarının ihtiyari olduğunu değerlendirmiştir. Bu husus hem "bildirme" (suggested) ve "benimsenmelidir" (should be adopted) ibarelerini kullanan 39. maddenin lafzından, hem de, davalı devlet Türkiye'ye yönelik 18 Mart 1999 tarihli mektubun metninden açık bir şekilde görülmektedir. Söz konusu mektupta şu ifade yer almaktadır:

"Birinci Kısımın Başkanı, Mahkeme İçtüzük Kuralları'nın 39. maddesi çerçevesinde tarafların menfaati ve Mahkeme önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından başvuru sahibinin yetkili dairenin 23 Mart 1999 tarihindeki toplantısından önce Özbekistan Cumhuriyeti'ne iade edilmemesinin arzu edildiği hususunu hükümetinize bildirmeye karar vermiştir."

21. Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesi çerçevesinde Daire'nin uyguladığı "Taraflar arasındaki ilişkilere uygulanan ilgili uluslararası hukuk kuralları" konusunda nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Uluslararası mahkemeler ve yargı organlarını kuran pek çok antlaşmanın geçici tedbirlerin bildirilmesine (indication) (antlaşmaların pek çoğunda bu terim kullanılmaktadır) yetki verdiği doğrudur. UAD'nın La Grand davasında bu terime atfetmiş olduğu anlam şüphesiz bir şekilde bu antlaşmaların yorumlanmasında önemli bir etkiye sahip olacaktır. Ancak, bu terim, mevcut Mahkeme üzerinde, bu Mahkemeyi kurucu belge olan Avrupa Sözleşmesi geçici tedbir kararı "bildirme" (indicate) hususunda herhangi bir yetki içermediği müddetçe, böyle bir etkiye sahip olamayacaktır.

5. İlgili Uluslararası Hukuk Kuralları

22. Geriye incelenmesi gereken Mahkeme uluslararası hukukun bir genel kuralına göre ya da medeni milletlerce kabul görmüş hukukun genel prensiplerine göre: (i) geçici tedbir kararı bildirebilir mi (indicate); ve (ii) böyle bir tedbiri emredebilir mi (order), sorusu kalmaktadır.

Eğer bu mümkün olacak ise, Mahkeme, geçici tedbir kararı verilmesine imkan sağlayan herhangi bir antlaşma hükmünün yokluğunda bile, böyle bir kuraldan ya da prensipten hareketle zorunlu geçici tedbirler vazetme yetkisini haklı çıkarabilecektir. Medeni milletlerce kabul görmüş hukukun genel prensiplerine ilişkin olarak, ulusal düzeyde geçerli zorunlu yargı kuralı çerçevesinde bu düzeyde zorunlu geçici tedbirler hakkında geniş çapta uygulanan bir kuralın varlığı kuvvetle muhtemeldir. Bunun tam tersine, daha önce altı çizildiği gibi (§ 16), bu kural uluslararası düzeyde hakim bir kural olmadığı için, bu düzeyde bağlayıcı bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, bu prensibin uluslararası mahkemelerin işleyiş alanına aktarılması mümkün değildir.

23. Bununla birlikte bir antlaşma hükmünün yokluğunda bile, uluslararası mahkeme ve yargı organlarının İçtüzük Kuralı vazedebilmelerine izin veren bir örf ve adet kuralının mevcut olması gerekir ki, bu kural geçici tedbir kararı düzenleme yetkisini içerebilsin. Fakat söz konusu bu kural, geçici tedbirler emretme yetkisini içerecek şekilde anlaşılabilir.

6. Sonuçlar

24. Yukarıdaki bütün açıklamalardan şu sonuç ortaya çıkmaktadır ki, işbu Mahkeme’ce “*bildirilen*” geçici tedbirlerin zorunlu niteliği, ne uluslararası hukukun genel prensiplerinden, ne de 23 Mayıs 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi ışığında yorumlandığı şekilde 34. maddeden (bireysel başvuru hakkı) veya 26. maddenin (d) paragrafından (Mahkeme’nin içtüzük kuralları vazetme hakkı) çıkarılabilir. Aynı sonuca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, mevcut davanın başlangıcındaki tavrı dahil, kendi uygulamasından hareketle de ulaşılabilir (bkz., kararın 24. paragrafı).

25. Bu nedenle burada incelenen konunun yargısal bir işlemde ziyade bir yasama işlemi olduğu temel sonucuna ulaşılmıştır. Ne bu Mahkeme’nin kurucu belgesi, ne de genel uluslararası hukuk prensipleri, Devletlerin geçici tedbir kararlarına uymak zorunda oldukları sonucuna varılmasını mümkün kıldıkları için, Mahkeme bunun aksi yönde karar veremez ve bu yüzden Taraf Devletler üzerinde yeni bir yükümlülük getiremez. İşbu Mahkeme’nin pozitif hukuk (de lege

lata) açısından bağlayıcı nitelikte geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmak, Sözleşme’de verilen yetkinin dışına çıkmaktır (ultra vires). Böyle bir yetki arzu edilir gözükabilir; ancak bunu sağlamak Sözleşmeci Taraflara düşmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye Kararı

(Özet ve Yorum)

1. Sunuş ve Özet

Mevcut davada Özbekistan’da muhalif siyasi hareket mensubu iki Özbek vatandaşının Özbekistan’da işlemiş oldukları ileri sürülen suçlardan dolayı yargılanmak üzere Türkiye tarafından bu ülkeye iade edilmelerine ilişkin işlemler şikayet konusu yapılmıştır. Dava konusu olay, ilk olarak, 11 ve 22 Mart 1999 tarihli iki başvuru (No. 46827/99 ve 46951/99) ile Mahkeme’nin ilgili Dairesi önünde incelenmiş bulunmaktadır.

İlgili Daire, 6 Şubat 2003 tarihli kararıyla, oy birliğiyle, 3. maddenin ihlal edilmediğine, 6. maddenin Türkiye’deki iade prosedürüne uygulanamayacağına ve Sözleşme’nin 6. maddesi çerçevesinde başvuru sahiplerinin şikayetleri ile ilgili ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığına karar vermiştir. Daire ayrıca altı oya karşı bir oyla Sözleşmenin 34. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. Türk Hükümeti 28 Nisan 2003 tarihinde davanın Büyük Daire’ye götürülmesine ilişkin bir talepte bulunmuş (Sözleşme’nin 43. maddesi) ve bu şekilde söz konusu dava Büyük Daire tarafından incelenerek karara bağlanmıştır.

Mevcut davanın ilgili Daire önündeki gelişim sürecinde, ilgili Daire, tarafların menfaati ve yargılamanın düzgün işleyişi açısından, ilk olarak başvuruyu inceleyeceği duruşmaya ve daha sonra ise yeni bir duyuruya kadar ilgililerin iade edilmemesinin arzu edildiğini ifade eden geçici tedbir kararını davalı Hükümete bildirmiştir.

Bildirilen bu geçici tedbir kararına rağmen, davalı Devlet, ilgilileri, kendi iç hukuk hükümleri ve Özbekistan’la yapmış olduğu iade anlaşması gereğince, Özbek hükümetinin vermiş olduğu teminatlar üzerine, Özbekistan’a iade etmiştir. Başvuru sahipleri Özbekistan’da yapılan

yargılamalar neticesinde hapis cezasına çarptırılmış ve dava tarihinde halen bu cezalarını çekmektedirler.

Başvuru sahiplerinin avukatları, Uluslararası Af Örgütü gibi uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarına da dayanarak, Özbek hapishanelerindeki işkence ve kötü muamele uygulamalarının yaygın olduğunu ve iade edilmelerinden sonra müvekkilleri ile irtibat kuramadıklarını iddia etmişlerdir.

Başvuru sahipleri ayrıca hem Türkiye'deki iade prosedürü çerçevesinde hem de Özbekistan'daki ceza yargılaması sırasında müvekkillerinin adil yargılanma hakkından yararlanamadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Başvuru sahipleri nihayet ilgili Daire'nin bildirdiği geçici tedbir kararına davalı Hükümetin uymamasından dolayı Sözleşme'de güvence altına alınan bireysel başvuru haklarının ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

Netice itibarıyla, başvuru sahipleri, Türkiye'nin kendilerini Özbekistan'a iade etmekle Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 34. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, esas itibarıyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine, 2. madde çerçevesinde inceleme yapılmasına gerek olmadığına, 6. maddenin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanmayacağına, Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak 6. maddenin 1. paragrafının ihlal edilmediğine ve Türkiye'nin 34. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığına karar vermiştir.

1.1 Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasası

İlgili Daire önündeki yargılamada, başvuru sahiplerinin avukatları, iade zamanı itibarıyla, başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinin 3. maddenin yasakladığı bir muameleyi doğuracağına inanmak için esaslı nedenlerin mevcut olduğunu ileri sürmüşlerdir. Daire ise bu iddiayla ilgili herhangi bir nihai tespit yapamamasının, başvuru sahibine Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince iddialarını destekleyici delilleri elde edebilmesi için gerekli ek araştırmaların yapılması fırsatının verilmiş olmasından kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır. Daire ilgili madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmek için elindeki delillerin yeterli olmadığını değerlendirmiştir.

Büyük Daire önündeki yargılamada, Hükümet, suçluların iadesine ilişkin yargılamalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin yalnızca talep eden devlette yasaklanan muamele ya da cezanın kesin olduğu ve ilgili kişinin işkence ya da kötü muameleyle maruz kaldığını gösterecek güçlü delillerin ortaya konduğu olaylarda uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Hükümet'e göre, 3. madde, iade eden Devlete, zamanla sınırlı olmayan bir sorumluluk yüklemek şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu sorumluluk iade edilen kişinin suçluluğunun kabul edildiği ve cezasını çekmeye başladığı gün bitmelidir. İade anlaşması gereğince bir şüpheliyi teslim etmekle iade eden Devletin ilgili kişinin iade edilen devletteki mahkumiyet ve cezasından kaynaklanan muamele ya da cezaya neden olduğunu söylemek 3. maddenin lafzı anlamını kabul edilemez şekilde zorlamak olacaktır.

Sunulan delilleri göz önünde bulundurarak, Mahkeme, yukarıda bahse konu tarihte, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı muameleyle karşılaşma konusunda gerçek bir riske maruz kaldıklarını ortaya koyacak sağlam delillerin mevcut olduğu sonucuna varamamaktadır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen karara (indication) uymaması, Mahkeme'nin, mevcut davanın koşulları çerçevesinde uygun göreceği tarzda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmasına engel olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması 34. madde bağlamında incelenmelidir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği bulgusuna varılamamıştır. Başvuru sahiplerinin 3. madde çerçevesinde ileri sürmüş olduğu iddiaları, göz önünde bulundurarak, Mahkeme, bu iddiaların 2. madde bağlamında ayrıca incelenmesini de gerekli görmemiştir.

1.2 Adil Yargılanma Hakkı

Daire önündeki yargılamada, başvuru sahipleri, Türkiye'deki iade prosedürünün ve Özbekistan'daki ceza yargılamasının adil olmadığını ileri sürmüşlerdir. Daire, 6. maddenin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak, Daire, kendisine sunulan delillerin başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldıklarını ortaya koymadığı ve bu noktada Madde 6/1 bağlamında ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Büyük Daire önündeki yargılamada ise, başvuru sahipleri dava dosyasındaki tüm materyallere ulaşamamış olmaları veya işledikleri iddia edilen suçların nitelendirilmesine ilişkin savunmalarını verememeleri nedeniyle, iade taleplerini karara bağlayan ceza mahkemesi önündeki davada adil yargılanma hakkından yararlanamadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, yabancıların girişi, ikameti ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların, Sözleşme'nin 6/1. maddesi bağlamında, bir başvuru sahibinin medeni hak ve yükümlülüklerini ya da kendisine karşı yöneltilen cezai bir suçlama hakkında tespit yapılması konusunu ilgilendirmediğini tekrar etmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme, mevcut davada 6. maddenin 1. paragrafının uygulanmasına yer olmadığı görüşündedir.

Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak, başvuru sahipleri, kendi ülkelerinde adil yargılanma hakkından yararlanma ihtimallerinin olmadığını ve ölüm cezasına mahkum edilmeleri ve cezalarının infazı hususunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarını iddia etmişlerdir. Bu bağlamda Özbek adli makamlarının yürütmeden bağımsız olmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Hükümet, başvuru sahiplerinin iadesinin Türk Hükümeti'ni Sözleşme'nin 6/1. maddesi bakımından yükümlülük altına sokamayacağını ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre, karar anında eldeki mevcut bilgiler ışığında, başvuru sahiplerinin gönderildikleri ülkede adil yargılanma görmelerinden şüphelenmek için nedenler bulunsa da, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin adaleti ağır bir şekilde ihlal edeceğini gösteren yeterli deliller bulunmamaktadır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen karara (indication) uymaması, Mahkeme'nin, adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riskinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde kendisine yardımcı olacak ilave bilgileri elde etmesine mani olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması hususu aşağıda 34. maddeye ilişkin olarak incelenecektir. Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali bulgusuna ulaşamamıştır.

1.3 Bireysel Başvuru Hakkı

Başvuru sahiplerinin temsilcileri, Türkiye'nin, İçtüzüğü'nün 39. maddesine uygun olarak Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbire rağ-

men Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'u iade etmekle, Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri ile uyumlu hareket etmediğini ileri sürmüşlerdir.

İlgili Daire'ye göre, ihlal iddiasının mağduruna yönelik telafisi mümkün olmayan bir zararı önlemek üzere kendisine yönelik geçici tedbir kararı bildirilen Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet bu tedbirlere uygun hareket etmek ve nihai kararın hükmünü ve etkinliğini zayıflatacak herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınmak zorundadır. Bu nedenle, Mahkeme İctüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkemece bildirilen geçici tedbir kararına uymamakla, Türkiye Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş bulunmaktadır.

Büyük Daire önündeki yargılamada ise, başvuru sahiplerinin avukatları, iadelerini müteakip başvuru sahipleri ile temas kuramamalarının, başvuru sahiplerini 3. madde bağlamındaki iddialarını destekleyici delil elde etmek için gerekli ek araştırmaların yapılması olasılığından mahrum bıraktığını ileri sürmüşlerdir. Böylece, iade işleminin yapılması, başvuru sahiplerinin başvurularının Mahkemeye etkin bir biçimde yapılması önünde gerçek bir engel oluşturmuştur.

Hükümet, Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığını belirtmiştir. Hükümet'e göre, 34. madde çerçevesinde ileri sürülen iddialar başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında ortaya koydukları ile aynı olup, dayanaktan yoksundur. İctüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbir kararlarının hükmüne ilişkin olarak, Hükümet, Cruz Varas ve diğerleri kararına atıfta bulunarak, Sözleşmeciler Devletlerin bu tarz kararlara (indications) uygun hareket etme konusunda yasal yükümlülüklerinin olmadığını vurgulamıştır.

Mahkeme, 34. maddede düzenlenen yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerden, sadece başvuru sahiplerine baskı uygulamaktan kaçınmayı değil, aynı zamanda bir başvurunun konusunu tahrip etmek ya da ortadan kaldırmak suretiyle Mahkemenin başvuruyu normal prosedür çerçevesinde incelemesini faydasız kılan ya da başka şekillerde buna engel olan herhangi bir eylem ya da ihmalden kaçınmayı da, netice olarak (in fine), gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesi gereğince, Sözleşmeciler Devletlerin kişilerin bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını engelle-

yebilecek herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınma sorumluluğunu üstlendiklerini tekrar hatırlatmaktadır. Bir Sözleşmecî Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkeme'nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve, bu yüzden, Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Mevcut deliller ışığında, Mahkeme, Türkiye'nin, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen geçici tedbir kararına uymaması nedeniyle, Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

1.4 Kararda Atıf Yapılan Davalar

Vilvarajah ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991,
Soering v. Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989,
Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç, 20 Mart 1991,
Chahal v. Birleşik Krallık, 15 Kasım 1996,
Klaas v. Almanya, 22 Eylül 1993,
Maaouia v. Fransa, No. 39652/98,
Penafiel Salgado v. İspanya, No. 65964/01, 16 Nisan 2002,
Sardinas Albo v. İtalya, No. 56271/00, 8 Ocak 2004,
Loizidou v. Türkiye, 23 Mart 1995,
Klass ve Diğerleri v. Almanya, 6 Eylül 1978,
Petra v. Romanya, 23 Eylül 1998,
Kurt v. Türkiye, 25 Mayıs 1998,
Aksoy v. Türkiye, 18 Aralık 1996,
Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye, 16 Eylül 1996,
İlaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya, No. 48787/99,
Yunanistan v. Birleşik Krallık, No. 176/56,
X v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 2396/65,
Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 3321/67,
3322/67, 3323/67 ve 3344/67,

Danimarka, Norveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 4448/70,
E. R. v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 5207/71,
Brückmann v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 6242/73,
Conka ve Diğerleri v. Belçika, No. 51564/99, 13 Mart 2001,
Golder v. Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975,
Al-Adsani v. Birleşik Krallık, No. 35763/97,
Chapman v. Birleşik Krallık, No. 27238/95,
Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, No. 28957/95,
Tyrrer v. Birleşik Krallık, 15 Nisan 1978,
Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, 26 Haziran 1992,
Einhorn v. Fransa, No. 71555/01, 16 Ekim 2001,
Razaghi v. İsveç, No. 64599/01, 11 Mart 2003,
Tomic v. Birleşik Krallık, No. 17837/03, 14 Ekim 2003,
Johnston ve Diğerleri, 18 Aralık 1986.

2. Yorum

Bu dava hem Büyük Daire tarafından incelenmiş olması hem de oldukça önemli karşı görüşleri içermiş olması nedeniyle, Mahkeme içtihadı açısından önemli bir yere sahiptir. Ayrıca, gerek çoğunluk görüşünde, gerekse karşı oy görüşlerinde konuyla ilgili uluslararası hukuktaki gelişmelerin ve bu alanda sözleşmeler hukukunun yorumlanması konusunun irdelenmesi nedeniyle de, uluslararası hukuk öğretimi açısından emsal teşkil edecek bir olay çalışması niteliğindedir.

Dava konusu olayda, iki Özbek vatandaşının Türkiye tarafından Özbekistan'a iade edilmesine yönelik işlemler şikayet konusu yapılarak Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 34. maddelerinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Büyük Daire, dava konusu şikayeti esas itibarıyla, Sözleşme'nin 3, 6 ve 34. maddeleri çerçevesinde incelemiş ve karara bağlamıştır.

2.1 Madde 3

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, 3. madde bağlamında bir ihlalin söz konusu olabilmesi için, başvuru sahiplerinin iade edilme

anında 3. maddenin yasakladığı muamelelere tabi olacaklarına dair gerçek bir riskin mevcut olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Mahkeme'nin bu davadaki değerlendirmesine göre, Özbekistan'da siyasi muhaliflere yapılan kötü muamele ve işkence uygulamalarını ortaya koyan bulgular Özbekistan'daki genel durumu tasvir etmekte olduğundan, mevcut davada başvuru sahiplerince ileri sürülen somut suçlamaların ispat edilebilmesi için, bunların başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.

Başvuru sahiplerinin Özbekistan'da 3. maddenin yasakladığı muamelelere tabi olmaları konusunda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken tarih iade işleminin yapıldığı tarih olacaktır. Mahkeme, bahse konu tarihte, böyle bir değerlendirmeyi dayandırabileceği sağlam delillerin mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesine göre bildirilen geçici tedbir kararına uymamasının kendisinin böyle bir değerlendirme yapmasına engel olduğunu değerlendiren Mahkeme, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmamasının 34. madde bağlamında incelenmesi gerektiğini düşünmektedir.

Ancak, Hakim Bratza, Bonello ve Hedigan, Özbekistan'daki genel durumla ilgili bulguların başvuru sahiplerinin bu ülkeye iade edildikleri takdirde kötü muamelelere uğrama konusunda gerçek bir risk altında buldukları yönündeki somut iddiaları desteklemediği görüşüne katılmamaktadırlar. Tam tersine, başvuru sahiplerinin kötü muamele görme konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarına inanmak için esaslı delillerin ortaya konduğunu ve bu riske rağmen başvuru sahiplerinin iade edilmesinin 3. maddeyi ihlal ettiğini düşünmektedirler.

Burada Mahkeme üyeleri davanın koşullarında eldeki mevcut delillerin 3. maddenin ihlal edilip edilmediği konusunda bir değerlendirme yapmak için yeterli olup olmadığı konusunda uyuşmazlığa düşmüşlerdir. Çoğunluk görüşü eldeki mevcut delilleri bu konu hakkında bir karar vermek için yeterli görmediğinden dolayı, şikayetin 34. madde bağlamında başvuru hakkının ihlali çerçevesinde incelenmesinin yerinde olacağını değerlendirmektedir. Azınlık görüşü ise Mahkeme dosyasındaki delillerin bu konuda bir değerlendirme yapmak için yeterli bir zemin oluşturduğundan hareketle 3. maddenin ihlal edildiğini düşünmektedir.

Mahkeme'nin 3. maddeyle ilgili vermiş olduğu diğer kararlarında (örnek olarak bkz., Jabari, Thampibillai) ortaya koyduğu delil kriteri ile bu davanın koşulları mukayese edildiğinde azınlık görüşünün daha isabetli olduğu gözükmektedir. İade konusunda Türkiye'nin benzeri bir geçici tedbir kararına uygun hareket ettiği Jabari davasının koşulları dikkate alındığında, söz konusu o davada, Mahkeme'nin, eğer Türkiye başvuru sahibini iade edecek olursa 3. maddeyi ihlal etmiş olacaktır şeklinde bir hükme ulaştığı görülecektir. Burada ise, bildirilen geçici tedbir kararına uyulmamasından dolayı, Mahkeme, 3. maddeyle ilgili daha dikkatli bir inceleme yapmak yerine, delil yetersizliğinden hareketle 34. maddenin ihlaline dayalı bir sonuca ulaşmayı tercih etmiştir.

2.2 Madde 6

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak, Mahkeme, karar anında elinde mevcut bilgiler ışığında, başvuru sahiplerinin gönderildikleri ülkede adil yargılanma görmelerinden şüphelenmek için nedenler bulunsa bile, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin adaleti ağır bir şekilde ihlal edeceğini gösteren yeterli delillerin olmadığını düşünmektedir. Mahkeme'ye göre, Türkiye'nin geçici tedbir kararına uymaması, Mahkeme'nin böyle bir değerlendirme yapmasında kendisine yardımcı olacak ilave bilgileri elde etmesine mani olmuştur. Bu nedenle, Mahkeme, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması hususunu Sözleşme'nin 34. maddesi bağlamında incelemiş ve böylece Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali bulgusuna ulaşmamıştır.

Yine, Hakim Bratza, Bonello ve Hedigan tarafından ifade edilen ve Hakim Rozakis'in katıldığı kısmi muhalefet görüşüne göre, mevcut davada Mahkeme önündeki deliller, iade tarihinde başvuru sahibi açısından adaletin ağır bir şekilde ihlali konusunda gerçek bir riskin varlığını tesis etmek için yeterlidir. Bu görüşe göre, mevcut koşullar altında, başvuru sahiplerinin teslimi aynı zamanda Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmektedir.

Özbekistan'da adil yargılanma hakkının ağır bir şekilde ihlal edildiğini gösteren dikkate değer bulgular göz önüne alındığında, azınlığın bu görüşüne katılmamak zor gözükmektedir. Karar metninde de atıfta bulunulan raporlar ve hakkında ihtilaf olmayan gerçekler, 6. madde

çerçevesinde yeterli bir incelemenin yapılmasını haklı çıkaracak bir düzeyde gözükmemektedir. Özellikle, Uluslararası Af Örgütü brifing dokümanında yer alan, itirafların işkenceyle elde edildiği, sanıkların kendi seçtikleri avukatlarıyla görüşme imkanının olmaması, savunma avukatlarının Cumhuriyet Savcısı tarafından belirlenmesi gibi hususlar bu sonucu desteklemektedir.

3. maddedeki yaklaşımına benzer bir şekilde, Mahkeme, 6. maddeyle ilgili daha derinlemesine bir inceleme yaparak ihlal sonucuna ulaşmak yerine, delil yetersizliğinden hareketle 34. maddenin ihlaline dayalı bir sonuca ulaşmayı tercih etmiştir.

2.3 Madde 34

Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, 34. maddedeki bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanımına engel olmama yükümlülüğü, Mahkeme önünde etkin bir şekilde şikayette bulunma ve bu şikayeti takip etmeye yönelik bireysel hakka herhangi bir müdahale yapılmasını engellemektedir. Mahkeme, 34. maddede düzenlenen yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerden, sadece başvuru sahiplerine baskı uygulamaktan kaçınmayı değil, aynı zamanda bir başvurunun konusunu tahrip etmek ya da ortadan kaldırmak suretiyle Mahkeme'nin başvuruyu normal prosedür çerçevesinde incelemesini faydasız kılan ya da başka şekillerde buna engel olan herhangi bir eylem ya da ihmalden kaçınmayı da sonuç itibarıyla gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadır.

Mahkeme'ye göre, bireysel başvuru hakkı başlangıçta ihtiyari bir koruma sistemi olarak tasarlanmış olsa da, zaman içinde, Sözleşme koruma sisteminin önemli bir mihenk taşı haline gelmiş ve artık Sözleşme ile doğrudan kendisine tanınan hak ve özgürlükleri uluslararası düzeyde talep edebileceği gerçek bir dava hakkına dönüşmüştür. Bir Sözleşmeciler Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkeme'nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve dolayısıyla Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Hakim Barreto, bir Hükümetin geçici tedbir kararına uygun hareket etmemesinin tek başına kendiliğinden (per se) Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlalini icap ettirmeyeceğini vurgulayarak, Sözleşme'nin

34. maddesinin böyle “mekanik” bir şekilde ihlal edildiği bulgusuna itiraz etmiştir. Barreto’ya göre, eğer Sözleşmeci Devlet’in geçici tedbir kararına uymaması başvuru hakkının kullanılmasına mani olur ve bu yüzden Mahkeme’nin şikayeti etkili bir şekilde incelemesi imkansız hale gelir ise, ancak bu takdirde Sözleşme’nin 34. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşılabilir.

Hakim Caflisch, Türmen ve Kovler, Mahkeme’nin Cruz Varas davasında Komisyon tarafından verilen geçici tedbirlerle ilgili içtihadına dayanarak bu sonuca itiraz etmişlerdir. Mahkeme, Cruz Varas davasında, Sözleşme’de herhangi bir hükmün yokluğunda bir geçici tedbirin Sözleşmeci Devletler üzerinde bağlayıcı yükümlülük doğuramayacağını, geçici tedbirler emretme yetkisinin gerek Sözleşme’den sonuç olarak gerekse diğer kaynaklardan çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Bu tedbirlere pratikte neredeyse tamamıyla uyulduğunu gösteren “müteakip uygulama” ise Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme hükmünün yorumlanması konusunda varmış oldukları bir mutabakat olarak algılanabilir, ancak Sözleşme’de başlangıçta düzenlenmeyen yeni hak ve yükümlülüklerin yaratılması şeklinde anlaşılabilir.

Bahse konu bu azınlık görüşüne göre, ne Mahkeme’ye İttüyük Kuralları vasetme yetkisi veren Sözleşme’nin 26(d) maddesi, ne de bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. maddesi, bağlayıcı geçici tedbirler düzenlemek ve böylece Sözleşme’ye Taraf Devletlere rızaları olmaksızın bir yükümlülük yüklemek suretiyle Sözleşme’deki bir “boşluğu” doldurmak için kullanılabilirler. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir akdin sadece yorumlanması ile bunun değiştirilmesi ve yargısal fonksiyonların kullanımı ile uluslararası hukuk yapımı arasında önemli bir fark vardır. Azınlık görüşü, ayrıca, Mahkeme’nin Cruz Varas kararındaki içtihadını mahkemenin kendisinin verdiği tedbirlerle ilgili olarak çok yakın bir tarihte Conka kararı ile teyit ettiğini hatırlatmaktadır.

Azınlık görüşü, sonuç olarak, burada incelenen konunun yargısal bir işlemde ziyade bir yasama işlemiyle ilgilendiğini düşünmektedir. Ne Mahkeme’nin kurucu belgesinden, ne de genel uluslararası hukuk prensiplerinden, bu Sözleşme bağlamında Devletlerin geçici tedbir kararlarına uymak zorunda oldukları sonucu çıkarılamayacağı için, Mahkeme’nin aksi yönde karar vermesi ve Taraf Devletlere yeni bir yükümlülük getirmesi mümkün değildir. Mahkeme’nin pozitif hukuk

açısından bağlayıcı nitelikte geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmak, Sözleşme’de verilen yetkinin dışına çıkmak olarak değerlendirilmektedir.

Mahkeme, Sözleşme’yi mümkün mertebe dinamik, yani yaşayan bir belge olarak yorumlayıp günümüz koşullarına göre anlamlandırmak istemektedir. Azınlık görüşü ise davanın koşulları çerçevesinde Mahkeme’nin içtihadının artık bir yorum konusu olmaktan çıkıp bir yasama faaliyetine dönüştüğünü, ancak Mahkeme’nin böyle bir yetkiye sahip olmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme kendisinde bu rolü ve misyonu görürken, acaba uluslararası bir yargı organı olmaktan çıkıp ulusal-üstü yani supra-nasyonal bir yapıya mı dönüşmek istemektedir? Bunun böyle olup olmayacağını veya Mahkeme’nin hangi ölçüde bu yönde kararlar vereceğini önümüzdeki yıllar gösterecektir.

Okyay ve Diğerleri / Türkiye Davası
(Başvuru No: 36220/97)
Karar
Strasbourg
12 Temmuz 2005

Çeviren: Nilgün TORTOP¹

Okyay ve Diğerleri/Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), Daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı:

Başkan : J-P. Costa,

Yargıçlar : Bay, A. B. Baka, Bay, R. Türmen, Bay, K. Jungwiert,
Bay, M. Ugrekhelidze, Bayan, A. MularonI ve

Bölüm Yazı İşleri Müdürü : Bayan, S. Dolle.

21 Haziran 2005 tarihinde gereği özel olarak görüşüldü,

Yukarıda belirtilen tarihte aşağıdaki karar verildi:

USUL

1. Dava, Türk yurttaşları olan Ahmet Okyay, Derya Durmaz, Rifat Bozkurt, Noyan Özkan, Uğur Kalelioğlu, Banu Karabulut, Senih Özay, Talat Oğuz, Tamay Arslançeri ve İbrahim Arzuk ("*Başvurucular*") tarafından 9 Aralık 1996 tarihinde ve İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin eski 25. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("*Komisyon*") önünde Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı yapılan bir başvurudan (no. 36220/97) kaynaklanmıştır.

2. Türk Hükümeti ("*Hükümet*"), Mahkeme önündeki yargılama nedeniyle bir ajan atamamıştır.

¹ Avukat, İzmir Barosu üyesi.

3. Başvurucular, idari makamların, Türkiye'nin güneybatısında bulunan Muğla ilinde kurulu Yatağan, Gökova (Kemerköy) ve Yeniköy termik santrallerinin işletmelerinin durdurulmasına ilişkin idare mahkemelerince verilen kararların yerine getirilmesindeki ihmallerinden dolayı Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinden yakınmışlardır.

4. Sözleşmeye bağlı 11 nolu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle başvuru, 1 Kasım 1998 tarihinde Mahkeme'ye gönderilmiştir (11 nolu Protokol'ün 5/2 maddesi).

5. Başvuru, Mahkeme'nin 3. Bölümüne tevzii edilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü, m. 52/1). Bu Bölüm içinde davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme, m. 27/1) İçtüzüğün 26/1 maddesi uyarınca oluşturulmuştur.

6. Mahkeme, 17 Ocak 2002 tarihinde kabuledilebilirlik kararını açıklamıştır.

7. Başvurucular ve Hükümet, davanın esasına ilişkin yazılı görüşlerini sunmuşlardır (İçtüzük, Kural 59/1).

8. Mahkeme, 1 Kasım 2004 tarihinde Bölümlerin yapılanmasını değiştirmiştir (İçtüzük, Kural 25/1). Dava, yeni oluşturulan İkinci Bölüm'e havale edilmiştir (Kural 52/1).

OLGULAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

A. Davanın arka planı

9. Dava, üç termik santralin Türkiye'nin güneybatısında bulunan Muğla ilinde yarattığı çevre kirliliği nedeniyle kapatılmasına ilişkin ulusal mahkemelerce verilen kararın ulusal yetkili makamlar tarafından yerine getirilmemesiyle ilgilidir.

10. Hepsi avukat olan başvurucuların yaşadıkları ve çalıştıkları şehir olan İzmir, termik santrallerin bulunduğu yere yaklaşık 250 kilometre uzaklıktadır. Anayasa'nın 56. ve Çevre Yasası'nın 3(a) maddesine göre (bkz., aşağıda 46 ve 47. paragraflar) başvurucular, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamanın anayasal hakları olduğunu; çevre kirliliğini önlemenin ve çevreyi korumanın ödevleri olduğunu ileri sürmüşlerdir.

11. Yatağan, Yeniköy ve Gökova (Kemerköy) termik santralleri uzun bir süreden beri Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve Türkiye'nin Akdeniz bölgesinde yer alan Muğla ilinde bulunan bir kamu kuruluşu olan, Türkiye Elektrik Kurumu ("TEAŞ") tarafından işletilmektedir. Bu tesislerin işletilmesi sürecinde enerji üretmek için kullanılan düşük kaliteli kömür kirliliğe neden olmuş ve bölgenin biyolojik çeşitliliğini zarara uğratmıştır.

B. Termik Santrallerinin Çalışmalarının Durdurulması İçin İdari Ve Yargı Makamları Önünde Yürütülen Süreç

1. İdari Makamlara Başvuru

12. Başvurucular, 16 Nisan 1993, 28 Nisan 1993 ve 11 Şubat 1994 tarihli dilekçeleriyle, Sağlık Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Çevre Bakanlığı, TEAŞ ve Muğla Valiliğinden, Gökova, Yatağan ve Yeniköy termik santrallerinin kapatılması yönünde işlem yapmaları için talepte bulunmuşlardır. Başvurucular, üç termik santralin zorunlu izinleri almadıklarından ve işletilmelerinin çevre ve kamu sağlığı açısından tehlike oluşturduğundan yakınmışlardır.

13. Yukarıda adı geçen idari makamlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Yasası'nın 10/2 maddesine göre, başvurucuların dilekçesine yanıt vermemekle istek reddedilmiş sayılmıştır.

2. Aydın İdare Mahkemesi Önündeki Yargılama

14. Başvurucular, 16 Temmuz 1993, 18 Temmuz 1993 ve 18 Mayıs 1994 tarihlerinde Gökova, Yatağan ve Yeniköy termik santralleriyle ilgili olarak sırasıyla; Sağlık Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Çevre Bakanlığı, TEAŞ ve Muğla Valiliği hakkında Aydın İdare Mahkemesi'nde üç ayrı dava açmışlardır. Başvurucular, termik santrallerin işletmesinin durdurulması istemlerinin reddine ilişkin idari işlemlerin iptalini istemişlerdir. Mahkeme'den ayrıca, santrallerin çalışmasının kamu sağlığında ve doğada telafisi olanaksız zarara neden olacağını ileri sürerek, yürütmenin durdurulmasını da istemişlerdir. Dava husumetine sahip olma konusuna gelince, başvurucular Anayasa'nın 56., Çevre Yasası'nın 3 ve 30. maddelerine dayanmışlardır (bkz., 47 ve 50. paragraflar).

15. Aydın İdare Mahkemesi, üç termik santralin faaliyetinin çevre üzerindeki etkilerini saptamak amacıyla, ormancılık, çevre ve kimya konularında uzman üç üniversite profesöründen oluşan bir bilirkişi heyeti atamıştır.

16. Bilirkişilerin raporları, 16 Şubat 1996 tarihinde mahkemeye sunulmuştur. Bilirkişiler, santrallerin önemli miktarda nitrojendioksit, sülfürdioksit yaydıklarını ve zorunlu baca filtrelerinin olmadığını saptamışlardır. Ayrıca, termik santrallerin, 25-30 kilometre çapındaki bir alanda yer alan bölgede tehlike oluşturduğunu da bulgulamışlardır. Buna göre, Gökova Termik Santrali'nin derhal kapatılmasını; Yeniköy ve Yatağan termik santrallerinin birer ünitesinde çalışmanın durdurulmasını ve bunlarda desülfürizasyon üniteleri kurulmasını tavsiye etmişlerdir.

17. Aydın İdare Mahkemesi, 20 Haziran 1996 tarihinde termik santrallerin çalışmasının geçici olarak durdurulması için yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Mahkeme, TEAŞ'ın, gaz emisyonları, atık suyun boşaltılması ve inşaat için zorunlu izinler olmaksızın, 1994 yılından bu yana "test çalışmaları" kisvesi altında santralleri çalıştırdığını bulgulamıştır. Bilirkişilerin bulguları temelinde, mahkeme, santrallerin halihazırda kirliliğe neden olduğuna, insan sağlığı ve çevre için zararlı olduğuna ve çalışmaların sürdürülmesi durumunda, halka telafisi olanaksız şekilde zarar vereceğine dikkat çekmiştir. Sonuç olarak, mahkeme, santrallerin çalışmasının durdurulması isteminin reddine ilişkin idari kararın hukuka uygun olmadığına hükmetmiştir.

18. İdare mahkemelerinde tek yargıyla verilen kararların temyiz incelemesini yapmakla görevli Aydın Bölge İdare Mahkemesi, davalı kamu yetkililerinin 20 Haziran 1996 tarihli yürütmenin durdurulması kararına itirazını, 29 Ağustos 1996 tarihinde reddetmiştir.

(a) Gökova (Kemerköy) Termik Santrali Davası

19. Başvurucular, idare mahkemesinde Gökova Termik Santrali'nin faaliyetinin sürmesinin çevre felaketine yol açacağını ileri sürmüşlerdir. Bu durum özellikle, deniz balığı çeşidinde azalma, tarımsal ve ormanlık arazide zarar yaratabilecek ve tehlikeli emisyon riski nedeniyle turizm üzerinde ters etki yapabilecektir. Bu bağlamda başvurucular, yetkilile-

rin çevresel etki raporu almak ve zorunlu işletme izinlerini elde etmek konusundaki ihmalinden yakınmışlardır.

20. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, idare mahkemesine yaptığı sunumlarda, başvuruçuların davaya taraf olma ehliyetlerini tartışmış; İdari Yargılama Usul Yasası'nın 5/2 maddesine göre taraf sıfatına sahip olmadıklarını ileri sürmüştür (bkz., aşağıda 55. paragraf). Ayrıca, diğerlerinin yanı sıra çevresel etki raporu almanın zorunlu olmadığını ve yetkililerin halihazırda zorunlu izinlere sahip olduğunu ileri sürmüştür. Yetkililerin, yeni bir gaz desülfürizasyon tesisi kurmak için gerekli adımları attıklarına da dikkat çekmiştir.

21. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın bu sunumlarına ek olarak, Sağlık Bakanlığı, Çevre Bakanlığı, TEAŞ ve Muğla Valiliği, çevre kirliliğinin önlenmesi için tesiste gerekli donanımın kurulacağını, bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

22. Aydın İdare Mahkemesi 30 Aralık 1996 tarihinde² davalı kurumların, Gökova Termik Santrali'nin faaliyetinin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararının, iptaline karar vermiştir. Mahkeme, öncelikle başvuruçuların tesislerin durdurulması amacıyla dava açmak için hukuki menfaatlerinin bulunmadığına ilişkin itirazı reddetmiştir. İdari Yargılama Usul Yasası'nın 2. maddesine gönderme yapan mahkeme, çevrenin, kültür ve tarih mirasının korunması hakkında veya kamu yararını yakinen ilgilendiren davalarda kişisel yararın ihlaline ilişkin bir iddianın bulunmasının zorunlu olmadığına, karar vermiştir. (bkz., aşağıda 53. paragraf). Mahkeme ayrıca, zorunlu izinler olmaksızın "test çalışması" adı altında termik santralin çalıştırıldığını bulgulamıştır. Bu bağlamda mahkeme diğerlerinin yanı sıra şu saptamalarda bulunmuştur;

"(...) Öte yandan, Kemerköy Termik Santrali'nin çalıştığı dönemde çevreye zarar verip vermediğinin saptanması amacıyla yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda Prof. Dr. M. Doğan Kantarcı, Prof. Dr. Ayşe Müezzinoğlu ve Prof. Dr. İlker Kayadeniz tarafından hazırlanan ve mahkememizce bu karara esas alınan raporda özetle, Kemerköy Termik Santrali'nin 210 MW'lik

² Aydın İdare Mahkemesi'nin, 1993/781 E. Sayılı ve 20 Haziran 1996 tarihli kararından söz edilmektedir. Olasılıkla, AİHM kararı yazılırken tarih hatası yapılmıştır. Bilgi davacılarından Noyan Özkan'dan alınmıştır (ç.n)

3 elektronik üretim birimi halinde kurulduğu, düşük ısı verimli linyit yakarak elektrik ürettiği, baca gazlarındaki kükürt dioksit ile azot dioksit arıtma tesisleri bulunmadığı belirtilmiştir. Kemerköy Termik Santrali'nin üç ayrı biriminden her biri 1.4 milyon ton kömür kullanmaktadır. Düşük ısı değerli kömürlerin yakıldığı termik santralde hava kirliliğini azaltmak mümkün değildir. Termik santralin çevresinde kullanılacak kömür varlığı 110.5 milyon ton olarak görünmektedir. Üç üretim biriminin yıllık kömür tüketiminin yaklaşık 4.2 milyon ton olduğu kabul edildiğinde, termik santralin yaklaşık 26 yıl çalıştırılması gerektirir. Kemerköy Termik Santrali tek birim halinde çalıştırılabilirse bile, çevreye olumsuz etki yapacaktı. Bacalardan yayılan gaz 25-30 kilometre³ çapındaki bir alanı etkileyecektir (...) Kemerköy Termik Santrali'nin üç birim, Yeniköy Termik Santrali'nin iki birim olarak çalıştırılması durumunda, Reşadiye yarımadasının Datça ve Betçe bölümleri sülfür dioksitten etkilenenektir. Termik santrale kömürün gemilerle getirilmesi, deniz kirliliğine yol açacaktır. Kemerköy Termik Santrali'nin sadece yakın çevresine değil, uzak çevresine de zararlı etki yapacaktır. Bu nedenle, baca gazlarındaki kükürt dioksitin artırılması için desülfürizasyon üniteleri kurulması gerekmektedir. Bu takdirde sülfür dioksit %95 oranında azalacaktır.

Ülkemizin enerji gereksinimi kesinlikle göz ardı edilmemelidir. Bununla birlikte, mevcut işletmede olan elektrik santralleri ya da ileride inşa edilecek olanları, kamu yararına saygı gereği yukarıda söz edilen kurallara uygun olmak zorundadır. Yalnızca elektrik üretmek için çevreye telafisi olanaksız zarar vermekle, kamu yararına gerekli saygının gösterildiği söylenemez.

Termik santrali kurmak ve işletmek konusunda gerekli önlemlerin alınmadığı görülmektedir. Uzun vadeli Devlet yatırımı niteliği taşıyan termik santrallerin çevreye olumsuz etkilerini minimize etme olasılığı olmasına rağmen, planlama aşamasından işletmenin başlangıcı noktasına kadar gerekli adımların atılmadığı veya çok az şeyin yapıldığı açıktır.

Baca gazı desülfürizasyon sisteminin kurulmasının maliyeti caydırıcı olmamalıdır. İdarenin alacağı önlemlerden doğan toplumsal yararın parasal boyutunu tartışmak, sosyal devletin amacına ters düşer (...)"

³ Aydın İdare Mahkemesi'nin dayandığı bilirkişi raporunda bu mesafe 25-30 kilometre olarak belirtilmesine rağmen, AİHM kararında, bu paragrafta ve ibarenin yer aldığı takip eden diğer paragraflarda alan maddi hata sonucu 2,350 kilometre olarak yazılmıştır. Çeviri yapılırken ulusal mahkemenin kararı dayanak alınmıştır (ç.n).

23. Termik santrallerin çevre kirliliğine neden olmaması için gerekli önlemler alınmadığı ve gaz emisyonu, işletme, inşaat, atık su boşaltma için zorunlu izinlerin olmaması nedeniyle mahkeme, başvuruçuların termik santralin işletmesinin durdurulmasına ilişkin isteminin idare tarafından reddedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

(b) Yeniköy Termik Santrali Davası

24. Başvuruçular, idare mahkemesinde Yeniköy Termik Santrali'nin zorunlu izinler ve donanım olmaksızın işletilmesinin çevre felaketine yol açacağını ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle idari makamların, tesisin faaliyetinin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararının iptalini istemişlerdir.

25. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, termik santralin gerekli inşaat iznine sahip olduğunu ve TEAŞ'ın baca gazı desülfürizasyonu donanımının tesisi için gerekli adımları attığını iddia etmiştir. Bununla birlikte, Bakanlık, termik santralin çevreyi kirlettiğini yadsımış ve santralin kapatılmasının Ege Bölgesi'nde enerji kısıtlamalarını arttıracığını ileri sürmüştür.

26. Sağlık Bakanlığı, İdari Yargılama Usul Yasası'nın 5/2 maddesine göre (bkz., aşağıda 55. paragraf), davacıların davada taraf olma ehliyetlerinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Diğerlerinin yanı sıra, ilgili kamu görevlilerinin termik santralin çevreyi kirletmesini önlemek için gerekli önlemleri aldığını ileri sürmüştür.

27. Çevre Bakanlığı, termik santral için işletme izni vermeye yetkili olmamasına rağmen, böylesi izinler için kendi görüşünün alınması gerektiğini yönündeki iddiasını sürdürmüştür. Bakanlık, Sağlık Bakanlığı ve TEAŞ'a bir görüş göndermiş olduğuna da dikkat çekmiştir. Buna göre, Çevre Yasası'nın yürürlüğe girmesinden önceki yapılaşmalarda, termik santraller açısından çevresel etki raporu alınması zorunlu değildir.

28. TEAŞ, davacıların bu davada hukuki yarara sahip olmadıklarını ve bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Kurum diğerlerinin yanı sıra, termik santralin yetkililerden alınmış zorunlu izinlere sahip olduğunu ve elektronik baca filtreleriyle donatılmış olduğunu iddia etmiştir. Şirket ayrıca, alternatif enerji kaynağının olmadığını ve termik santralin kapatılmasının bölgede enerji kıtlığı doğuracağını iddia etmiştir.

29. Aydın İdare Mahkemesi 30 Aralık 1996 tarihinde⁴ Gökova Termik Santrali davasıyla benzer bir karar vermiş ve idari makamların Yeniköy Termik Santrali'nin durdurulmasına ilişkin istemin reddine ilişkin kararını iptal etmiştir. Bilirkişi raporlarına dayanan mahkeme, Yeniköy santralinin zorunlu işletme izinlerine sahip olmadığına ve zaten çevreyi kirlettiğine dikkat çekmiştir. Bundan dolayı idari makamların ret kararı hukuka aykırı bulunmuştur.

(c) Yatağan Termik Santrali Davası

30. Başvurucular, idare mahkemesi önünde, Yatağan Termik Santrali'nin 1982 yılından bu yana faaliyette bulunduğunu ve 1985 yılından bu yana ise çevreye zarar verdiğinin gözlemlendiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, davalıların termik santrallerin işletilmesi için zorunlu izinleri almayı ihmal ettiklerini ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle de idari makamların, santralin durdurulması talebinin reddine ilişkin kararının iptalini istemişlerdir.

31. Davalı idareler, Yeniköy ve Gökova termik santralleriyle ilgili davalarda yaptıkları gibi, başvurucuların Yatağan Termik Santrali'nin kapatılması amacıyla idare mahkemesinde açılan bu davada taraf ehliyetleri olmadığını iddia etmişlerdir. Davalılar, santralin çevreyi kirlettiğini inkar etmişler ve baca gazı desülfürizasyon donanımının kurulacağını; zorunlu izinlerin alınacağını ileri sürmüşlerdir. Yetkili makamlar ayrıca, tesisin işletmesi durdurulduğu takdirde bölgede ciddi bir enerji kısıntısı olacağını vurgulamışlardır. Mahkemenin davayı reddetmesini istemişlerdir.

32. Aydın İdare Mahkemesi 30 Aralık 1996 tarihinde, başvurucuların taraf ehliyeti olmadığına yönelik davalı yan itirazını reddetmiş ve zorunlu izinler olmaksızın çalışan santralin durdurulması isteminin reddine yönelik idari kararı iptal etmiştir. Bilirkişi raporuna gönderme yapan mahkeme, santralin çevreyi kirlettiği sonucuna varmış ve santralin durdurulması istemini reddeden idari kararın hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

⁴ Ç. n.: Karar tarihiyle ilgili olarak, bkz., yukarıda 22. paragraf ve 2 numaralı dipnot açıklaması.

3. Danıştay Ötündeki Yargılama Süreci

33. Danıştay, 3 ve 6 Haziran 1998 tarihli kararlarıyla Aydın İdare Mahkemesi'nin yukarıda söz edilen üç kararını onamıştır.

34. Danıştay, 29 Nisan 1999 tarihinde davalıların karar düzeltme istemlerini reddetmiştir.

C. İdare Mahkemesi Kararlarının Uygulanması

35. Anayasa'nın 138/4 maddesi ve İdari Yargılama Usul Yasası'nın 28. maddesine göre, idari makamlar, mahkeme kararlarına uymak ve kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren 30 gün içinde uygulamakla yükümlüdürler (bkz., aşağıda 57 ve 58. paragraflar).

36. Başbakan ve kabinenin diğer bakanlarından oluşan Bakanlar Kurulu, 3 Eylül 1996 tarihinde idare mahkemesinin kararlarının aksine, termik santrallerin çalışmasının devamına karar vermiştir. Bakanlar Kurulu, santrallerin kapatılmasının enerji kısıtlamasına ve iş kaybına neden olacağı ve bu nedenle bölgenin turizm gelirinin etkileneceği sonucuna varmıştır. Santrallerin çevreyi kirletmesinin önlenmesi amacıyla yetkililer tarafından alınması zorunlu önlemlerin alınmakta olduğu görüşünden hareket eden Bakanlar Kurulu, santrallerin durdurulmamasına karar vermiştir.

37. Başvurucular, davalı idari makamlara gönderdikleri 6 ve 14 Eylül 1996 tarihli dilekçeleriyle, Aydın İdare Mahkemesi kararlarının uygulamasını talep etmişlerdir.

38. Başvurucular, 11 Kasım 1996 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na ve santrallerin bulunduğu yer yetkili Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda bulunmuşlardır. Başvurucular, mahkeme kararlarını yerine getirmedeki ihmallerinden dolayı Bakanlar Kurulu üyeleri ve diğer yetkililer aleyhinde ceza davası açılmasını istemişlerdir.

39. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 20 Kasım 1996 tarihli yazısıyla, termik santrallerin kapatılmayacağı yolunda başvurucuları bilgilendirmiştir. Bakanlık, termik santrallerin ülkenin toplam elektrik üretiminin %7'sini karşıladığına ve ekonomiye yaklaşık 500 milyar lira

katkı sağladığına dikkat çekmiştir. Ayrıca, 4079 kişiyi işini kaybedeceğini ve eğer santrallerin çalışması sona erdirilirse, bölgedeki turizm sektörünün bundan olumsuz etkileneceğini ileri sürmüştür. Bakanlık, yeni baca gazı desülfürizasyon sistemlerinin kurulması için sözleşmelerin imzalanmış olduğunu ve kamu sağlığı ile çevrenin korunması için gereken önlemlerin alınacağını iddia etmiştir.

40. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Anayasa'nın 100. maddesi hükmüne göre, Başbakan ve diğer bakanların kovuşturulmasının bir parlamento soruşturmasını gerektirdiği gerekçesiyle, 27 Kasım 1996 tarihinde ilgililer hakkında kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

41. Yatağan Cumhuriyet Başsavcılığı, Aydın İdare Mahkemesi'nin kararı Yatağan Termik Santrali Müdürü'ne tebliğ edilmediği için; TEAŞ müdürlerinin ise, mahkeme kararına uygun davranmakla yükümlü olmadıkları gerekçesiyle, 25 Aralık 1996 tarihinde haklarında kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

42. Milas Cumhuriyet Başsavcılığı, Yeniköy ve Gökova (Kemerköy) termik santrallerinin müdürleri hakkında kovuşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Cumhuriyet Başsavcısı, müdürlerin sadece 3 Eylül 1996 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'nı yerine getirdiklerini ve bunun idare mahkemesinin kararlarını uygulamayı kasti olarak reddetmek olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

D. Sonraki Gelişmeler

43. Başvurucular, Yatağan Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilmiş dokuz kararın birer örneğini sunmuşlardır. Yatağan Termik Santrali çevresinde yaşayan çiftçiler tarafından açılan bu davalarda, davacılar, zeytin ve tütün üretimlerinin nitelik ve niceliğinin termik santralden yayılan kül ve zehirli gazdan olumsuz etkilendiğini, bundan dolayı maddi zarara uğradıklarını ileri sürmüşlerdir (Dosyaların esas numaraları: 1998/80, 1998/81, 1999/68, 2000/225, 2000/226, 2000/499, 2001/72, 2001/73, 2001/76; Karar numaraları: 1998/108, 1998/113, 1999/339, 2000/164, 2000/183, 2001/59, 2001/75, 2001/78, 2001/79).

44. Yatağan Sulh Hukuk Mahkemesi, davacıların istemlerini kabul etmiş ve her biri için maddi tazminata hükmetmiştir. Davacıların ara-

zilerine ilişkin bilirkişi raporuna dayanan mahkeme, termik santralden yayılan tehlikeli gazın bölgedeki tarımın önemli ölçüde zarara uğramasına neden olduğunu; yaprak gelişimi tamamlanmadığından zeytin ağaçlarının ve tütün bitkilerinin zarar gördüğünü ve böylece yeterli ürün veremediklerini saptamıştır.

45. Yargıtay, Yatağan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin dokuz kararının hepsini onamıştır.

II. İLGİLİ HUKUK

A. Çevre Korumaya İlişkin İç Hukuk

1. Anayasa

46. Anayasa'nın 56. maddesi:

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. (...) Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. (...)"

2. Çevre Yasası

47. 11 Ağustos 1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2872 sayılı Çevre Yasası'nın 3. maddesi:

"Çevre korunmasına ve çevre kirliliğinin önlenmesine ilişkin genel ilkeler şunlardır:

Çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi gerçek ve tüzel kişilerle vatandaşların görevi olup, bunlar bu konuda alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdürler ..."

48. Aynı Yasa'nın 10. maddesi:

"Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler bir 'Çevresel Etki Değerlendirme Raporu' hazırlarlar. Bu raporda çevreye yapılabilecek tüm etkiler göz önünde bulundurularak çevre kirlenmesine sebep olabilecek atık ve artıkların ne şekilde zararsız hale getirilebileceği ve bu hususta alınacak önlemler belirtilir."

‘Çevresel Etki Değerlendirme Raporu’nun; hangi tip projelerde isteneceği, ihtiva edeceği hususlar ve hangi makamca onaylanacağına dair esaslar yönetmelikle belirlenir.’

49. Aynı Yasa’nın 28. maddesi:

“Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler, ihmali olsun ya da olmasın sebep oldukları kirlenme ve bozulmanın doğurduğu zararlardan dolayı sorumludurlar.

Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır.”

50. Aynı Yasa’nın 30. maddesi:

“Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişiler, idari makamlara başvurarak bu faaliyetin durdurulmasını isteyebilirler.”

B. Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı ile İlgili Uluslararası Metinler

51. Haziran 1992 tarihinde Rio De Janerio (Brezilya)’da toplanan Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı, devletlerin çevreye ilişkin sorumluluklarının ve haklarının genişletilmesini amaçlayan bir deklarasyonu (*“Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu”*) kabul etmiştir. Bu Deklarasyon’un 10. ilkesine göre:

“Çevre konuları, duyarlı bireylerin belirli düzeydeki katılımları ile en iyi şekilde ele alınabilir. Ulusal düzeyde, her birey kamu otoritelerindeki çevreyle ilgili bilgilere (tehlikeli maddelere ve faaliyetlere ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere) ulaşabilecek ve karar verme sürecine katılma fırsatına sahip olacaktır. Devletler, bilgileri herkes tarafından elde edilebilecek hale getirerek kamu duyarlılığını ve katılımını kolaylaştıracak ve destekleyecektir. Acil çözüm ve yeni düzenlemeler dahil olmak üzere adli ve idari uygulamalara etkin geçiş sağlanacaktır.”

52. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 27 Haziran 2003 tarihinde, 1614 (2003) sayılı Çevre ve İnsan Hakları Tavsiye Kararı’nı kabul etmiştir. Söz konusu tavsiye kararının ilgili bölümü şunları ifade etmektedir:

“9. Parlamenter Meclis, üye Devletlerin Hükümetlerine aşağıdaki tavsiyelerde bulunur:

i. ayrıca çevresel koruma gereksinimini dikkate alarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3, 8. ve Ek Protokol'ün 1. maddesine uygun olarak, kişilerin özel mülkiyetinin, fiziksel bütünlüğünün, özel ve aile yaşamının, sağlığının ve hayatının uygun şekilde korunmasını sağlamak;

ii. ulusal yasalarda, tercihen anayasal düzeyde devletlerin çevre korumaya yönelik nesnel yükümlülükleri içinde yer alan, kabuledilebilir, yaşanabilir ve sağlıklı çevre bir insan hakkı olarak tanınmalıdır;

iii. bilgiye ulaşım için bireysel olarak yargı sürecine ulaşma ve Aarhus Sözleşmesi'nde ortaya konduğu gibi, çevre konularında yargıya ulaşma ve halkın karar sürecine katılma hakkı korunmalıdır (...)"

C. İdare Mahkemesindeki Davanın Tamamlanması

53. 2577 sayılı İdari Usul Yasası'nın 2. maddesine göre, hukuka aykırı idari eylem/işlem nedeniyle kişisel yararları ihlal edilen herkes, sözkonusu eylemin/işlemin iptali için dava açabilir.

54. Danıştay 2 Şubat 1990 tarihli kararında (1989/430 E. – 1990/18 K.) kişisel yarar kavramını, kişisel hak kavramından ayırmıştır:

"(...) hak ihlali ile yarar ihlali aynı anlama sahip değildir. Bu farklılık, ciddi ve mantıklı bir ilişkiyi işaret eder. İhlal edilen yararın ekonomik ya da maddi bir yapıya sahip olması zorunlu değildir (...)"

55. 2577 sayılı Yasa'nın 5/2 maddesine göre:

"Birden fazla kişinin ortak dilekçe ile dava açabilmesi için davacıların hak veya menfaatlerinin ortak olması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki nedenlerin aynı olması gerekir."

56. 2577 sayılı Yasa'nın 10/2 maddesine göre:

"[Eğer idari yetkililer tarafından]⁵ Altmış gün içinde [alma tarihinden sonra] bir cevap [dilekçeye] verilmezse istek reddedilmiş sayılır."

⁵ Ayrıca içindeki ek ibareler özgün AİHM metnine AİHM tarafından eklenmiştir. İngilizce metne sadık kalınarak çeviri yapılmıştır (ç. n).

D. Yetkililer Tarafından Mahkeme Kararının Yerine Getirilmesi

57. Anayasa'nın 138/4 maddesine göre:

"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

58. 2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre:

"1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.

(...)

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir."

59. 2577 sayılı Yasa'nın 52/4 maddesine göre:

"Kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur."

HUKUK**I. Sözleşme'nin 6/1 Maddesinin İhlali İddiası**

60. Başvurucular, ulusal yetkililerin idare mahkemesinin kararlarını yerine getirmedeki ihmalleri nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, Sözleşme'nin 6/1 maddesinin aşağıdaki bölümüne dayanmışlardır:

" (...) herkes, medeni hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında (...) [bir] yargı yeri tarafından (...) duruşma (...) hakkına sahiptir (...)"

1. 6/1 Maddenin Uygulanabilirliği

61. Hükümet, bu davada 6/1 maddenin uygulanamayacağını iddia etmiştir. Mahkeme'nin, Balmer-Schafroth ve Diğerleri/İsviçre (26 Ağustos 1007 tarihli hüküm, Hükümler ve Kararlar Raporu, 1997-IV, 40), Athanassoglou ve Diğerleri/İsviçre ([GC], no. 27644/95, 55 AIHM 2000-IV) ve Hüseyin Cahit Ünver/Türkiye ([karar] 26 Eylül 1996 tarihli ve 36209/97 nolu karar) kararlarındaki düşüncelerine gönderme yapan Hükümet, termik santrallerin anılan faaliyetlerine karşı olmak ile başvuru-cuların medeni haklarının ihlal edilmesi arasında bağlantı olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucular özellikle, termik santralin faaliyeti nedeniyle, ciddi, spesifik ve hemen olması muhtemel bir tehlikeye kişisel olarak maruz kaldıklarını göstermede başarısız olmuşlardır. Aksine başvuru-cular, ülkenin çevresel sorunlarıyla ilgilendiklerini ve sağlıklı bir çevrede yaşamayı arzuladıklarını; kişisel olarak etkilenmediklerini kabul etmişlerdir. Başvurucular, yargılamanın hiçbir aşamasında ekonomik ya da başka bir kayba katlanmak zorunda kaldıklarını iddia etmemişlerdir. Bundan dolayı, tartışma konusu yargılamanın sonucu, başvuru-cuların medeni hakları için doğrudan doğruya bir kesinlik taşımamaktadır.

62. Hükümet ayrıca, Türk hukukuna göre, yalnızca "hakları" ihlal edilen kişilerin mağdur olarak istemde bulunabileceklerini; oysa somut davada başvuru-cuların, ulusal mahkemeler önünde sadece "yararlarının" ihlal edildiğini ileri sürdüklerine dikkat çekmiştir. Konuyla ilgili Danıştay içtihadına gelince; Hükümet, hak ihlalinin gerektirdiği "mağdur" kavramına dikkat çekmiştir (bkz., yukarıda 54. paragraf). Bu nedenle, başvuru-cuların her ne kadar yararlarını ihlal eden idari eylemin iptali için dava açma yetkileri varsa da, bu onlara mağdur sıfatını kazandırmamıştır (bkz., yukarıda 53. paragraf). Başvuru-cuların şikayetleri yarar üzerine bir hakkın bulunmayışından dolayı, Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında "medeni haklar ve yükümlülükler" kavramıyla ilgili değildir.

63. Başvurucular Hükümet'in iddialarını kabul etmemişler ve yaşadıkları yer olan Türkiye'nin Ege Bölgesi'nin çevresinin korunmasıyla ilgili olduklarını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, Hükümetin ulusal mahkemelerin kararını uygulamadaki ihmalinin, hukukun üstünlüğü ilkesini çiğnediğini ve duygusal sıkıntı yaşamalarına neden olduğunu iddia etmişlerdir.

64. Mahkeme, 6/1 maddesi için “*medeni*” ibaresinin uygulanabilir olmasını, en azından iç hukukta kabul edilen bir “*medeni hak*” üzerinde tartışma olması gerektiğini yinelemektedir. Tartışma gerçek ve ciddi olmak zorundadır; yalnızca güncel bir hakkın varlığıyla değil, ayrıca, hakkın uygulanma alanı ve amacıyla da ilgili olabilir. Yargılamanın sonucu, sözkonusu hak için doğrudan bir kesinlik taşımak zorundadır; seyrek bağlantı noktaları ya da uzak sonuçlar 6/1’i harekete geçirmek için yeterli değildir (diğerlerinin yanı sıra bkz., Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, no. 46117/99, 130, AİHM 2004-...; yukarıda 32. paragrafta söz edilen Balmer-Schafroth ve Diğerleri/İsviçre kararı; yukarıda 43. paragrafta söz edilen Athanassoglou ve Diğerleri/İsviçre).

65. Mahkeme, ulusal mahkemeler önündeki yargılamalar ve idari yetkililer aleyhine yapılan başvurulardan dolayı, başvuruçuların, Ege Bölgesi’nde yaşamaları nedeniyle, santrallerin çevreye zarar vermesi, bölgede sağlık ve yaşam için risk oluşturmasından dolayı üç termik santralin çalışmasına karşı mücadele ettiklerinin açık olduğuna dikkat çekmektedir. Başvuruçular, ekonomik ya da başka herhangi kayıpla karşı karşıya kaldıklarını ileri sürmemişler; sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamaya ilişkin anayasal haklarına dayanmışlardır (bkz., yukarıda 14. paragraf). Türk hukuku böyle bir hakkı tanımıştır; bu anlamda Anayasanın 56. maddesi açıktır (bkz., yukarıda 46. paragraf) ve idare mahkemesi kararları da bunu kabul etmektedir. Daha önceden söz edilenleri dikkate alarak Mahkeme, termik santrallerin tehlikeli faaliyetlerinin neden olduğu çevre zararına karşı koruma için başvuruçuların Türk hukukuna göre yetkili olduklarına; başvuruçuların tartışılabilir bir iddiası/istemi olduğuna inanmıştır. Bu, var olan “*tartışma*”nın ciddi ve gerçek olduğunu ortaya koymaktadır.

66. Bu yüzden Mahkeme, söz konusu hakkın bir “*medeni hak*” olup olmadığı hususunu saptamalıdır. Bu bağlamda Mahkeme, Aydın İdare Mahkemesi’nce bilirkişi raporu temelinde, tehlikeli gaz ve kül emisyonu yüzünden Gökova, Yeniköy ve Yatağan termik santrallerinin çevre kirliliğine neden olduğunun ve toplum sağlığı için tehlikeye taşıdığına, saptandığına dikkat çeker. Termik santraller tarafından yayılan tehlikeli gazın, 25-30 kilometrelik çapın üstünde bir alanı etkileyebileceği, idare mahkemesinin bulgularından ortaya konmaktadır. (bkz., yukarıda 22. paragraf). Bu mesafe başvuruçuların yaşadığı yeri

kapsamaktadır ve termik santrallerin yakın çevresinde yaşayanlar gibi spesifik ve yakın bir riske sokmamasına rağmen, fiziksel bütünlüklerini korumak için onlara harekete geçme hakkını vermektedir.

67. Mahkeme, başvuruçuların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bireyler olduklarına; çevresel kirliliğini önlemenin ve çevreyi korumanın sürdürülmesi gereken bir görev olduğuna; idari makamların termik santrallerin çalışmasının devamına ilişkin kararının iptalini ve termik santrallerin çevresel tehlike yaratan çalışmalarının durdurulması amacıyla mahkemenin bir karar vermesini talep etmek için Türk hukukuna göre hak sahibi olduklarına dikkat çekmektedir (bkz., yukarıda 22 ve 53. paragraflar). Ek olarak, idare mahkemelerince verilen kararlar başvuruçuların lehinedir ve bu kararların uygulanmasının reddine yönelik herhangi bir idari karar almak ya da anılan kararların arkasına dolanmak, onlara tazminat yolunu açmıştır (bkz., yukarıda 57 ve 58. paragraflarda söz edilen Taşkın ve Diğerleri kararı). Bu nedenle, bir bütün olarak ele alındığında, idare mahkemeleri önündeki yargılamalardan çıkan sonuç, başvuruçuların medeni haklarıyla bağlantılı olduğu hususunun dikkate alınabileceğidir.

68. Mahkeme, 6/1 maddede yer alan “*medeni hak*” kavramının, Sözleşme’nin 53. maddesi bağlamında iç hukukta uygulanabilir bir hakkın kısıtlanması olarak yorumlanamayacağına dikkat çeker. Bu açıdan, Hükümetin dayanak olarak gösterdiği kararlar, özellikle Balmer-Schafro ve Athanassoglou kararları halihazırdaki davadan farklıdır; bu davalardaki başvuruçuların gücü, nükleer santrallerin işletme izinlerinin uzatılmasına yönelik itirazları üzerine, bir mahkemeden karar almak için yeterli olmamıştı. Hüseyin Cahit Ünver davasında ise, başvuruçular tarafından talep edilen hak, idare hukukuna göre, usuli bir haktır ve iç hukuka göre sahip olduğu herhangi bir spesifik hakkın korunmasıyla ilgili değildir.

69. Özetle, 6. madde, halihazırdaki davada uygulanabiliridir.

B. 6/1’e Uygunluk

70. Hükümet, idare mahkemelerinin kararlarından sonra elektrik santralleri için zorunlu bütün ruhsatların alındığını ve bu nedenle söz konusu kararların uygulanmasında ihmal olmadığını iddia etmiştir.

71. Başvurucular Hükümetin iddialarını reddetmişler; idare mahkemelerin kararlarının uygulanmamasının hukukun üstünlüğü ilkesiyle çeliştiğini ve Sözleşme'nin 6/1 maddesinin gereklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, elektrik santrallerinin, çevre ve toplum sağlığı için hala bir tehdit oluşturduğuna, idare mahkemeleri tarafından verilen son kararların da bunu gösterdiğine dikkat çekmişlerdir (bkz., yukarıda 43-45. paragraflar).

72. Mahkeme, bir mahkeme tarafından verilen kararın yerine getirilmesinin, Sözleşmenin 6/1 maddesinde amaçlanan "yargılama"nın bütünleyici parçası olarak dikkate alınması gerektiğini yineler (bkz., 19 Mart 1997 tarihli Hornby/Yunanistan hükmü, Raporlar, 1997-II, pp. 511-512, 40). Eğer Sözleşmeciler Devletin yasal sistemi, kesin ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararının veya bir tarafın maruz kalacağı zararı önleyen bir tedbir kararının uygulanamaz hale gelmesine izin veriyorsa, bu durumda, 6. maddeyle sağlanan olan mahkemeye ulaşma hakkı görünürde kalacaktır. Bu ilke, davacının medeni hakları için kesinlik sağlayan idari işlemler bağlamında bir tartışmanın sonucu ile ilgili olduğu takdirde daha da önemlidir.

73. Mahkeme, idari makamların üç termik santralin çalışmalarının durdurulması için, 20 Temmuz 1996 tarihinde Aydın İdare Mahkemesi'nce verilen yürütmeyi durdurma kararını uygulamadıklarına dikkat çekmektedir (bkz., yukarıda 17. paragraf). İdari makamlar, ayrıca Aydın İdare Mahkemesi'nin 30 Aralık 1996 tarihli kararlarını onayan Danıştay'ın kararlarını da yasa tarafından emredilen süre içinde yerine getirmemiştir. Bilakis, Bakanlar Kurulu 3 Eylül 1996 tarihinde idare mahkemelerinin kararlarının aksine, üç termik santralin faaliyetinin sürdürülmesine karar vermiştir. Bu son karar yasal temelden yoksun ve iç hukuka göre açıkça hukuka aykırıdır (bkz., yukarıda 57. paragraf). Bu, yargı kararlarına karşı hile yapmakla aynı şeydir. Mahkeme, böyle bir durumun yasal kesinlik ilkesi ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş hukuk devleti ilkesini ters yönde etkilediği görüşündedir (bkz., yukarıda sözü edilen Taşkın ve Diğerleri kararı).

74. Daha önce belirtilenlerin ışığında Mahkeme, ulusal makamların, Aydın İdare Mahkemesi'nce verilen 30 Aralık 1996 tarihli kararları ve sonradan verilen Danıştay'ın 3 ve 6 Temmuz 1998 tarihli kararlarını makul süre içinde ve hukuka uygun şekilde yerine getirmede ihmalleri

olduğunu, bu nedenle 6/1 maddesinin etkin kullanımından yoksun kaldığı düşüncesindedir.

75. Bundan dolayı, Sözleşme'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

76. Sözleşme'nin 41. maddesi:

"Mahkeme, Sözleşme'nin ya da Protokollerin ihlal edildiğini bulularsa ve ilgili Sözleşmecî Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme olanağı veriyorsa, gerekli gördüğü takdirde Mahkeme, hakkaniyete uygun şekilde zarara uğrayan tarafın tatminine hükmeder."

77. Başvurucular, maddi zarar için tazminat ya da masraf ve harcama istememişlerdir. Ancak, idare mahkemelerinin kararlarının uygulanmamasının neden olduğu ıstırap ve duygusal acı için manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Başvurucular, hükmedilecek miktarı Mahkeme'nin takdirine bırakmışlardır.

78. Hükümet, başvurucuların istekleri için bir yorum yapmamıştır.

79. Mahkeme, yetkililerin idare mahkemesinin kararlarına uymaması nedeniyle başvurucuların ıstırap çektikleri düşüncesindedir. İdare mahkemelerinden kendi lehlerine kararlar alan başvurucular zorlu/karmaşık bir yargılama sürecine dahil olmuşlar ve yetkililerin bu kararlara uymasını sağlamak için ayrı bir prosedürü takip etmek zorunda kalmışlardır; hukukun üstünlüğüyle yönetilen Devletin temel ilkeleri ihlal edilmiştir (bkz., Taşkın ve Diğerleri kararı). Bir taraftan böyle bir zararın değerlendirilmesi zor iken, yalnızca ihlal tespitiyle başvurucuların karşı karşıya kaldıkları ıstırap tazmin edilemez. Bundan dolayı, takdirini eşitlik temelinde yapan Mahkeme, her bir başvuru için toplam 1.000 Euro'ya hükmetmiştir.

C. Gecikme Faizi

80. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın yıllık borç verme faizlerine %3 eklenerek belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu nedenlerle Mahkeme, oybirliğiyle,

1. Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir;

2. (a) Sorumlu Devlet'in, Sözleşme'nin 44/2. maddesi uyarınca, Mahkeme kararının kesinleşeceği tarihten itibaren üç ay içinde, toplam 1.000 EUR (bin euro) manevi tazminatın, ödemenin yapılacağı tarihte sorumlu Devlet'in ulusal parasına çevrilerek her bir başvurucuya ödemesine; ödemelerin herhangi bir vergiden ayrık tutulmasına;

(b) Yukarıda söz edilen üç aylık sürenin dolmasından itibaren ödeme tarihine kadar geçen süre için, Avrupa Merkez Bankası'nın borç verme faizlerine eşitlenecek yıllık basit faize 3 puan eklenmesine karar vermiştir.

İngilizce olarak hazırlanan bu metin, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddelerine uygun olarak, 12 Temmuz 2005 tarihinde yazılı olarak ilan edilmiştir.

S. Dolle
Yazı İşleri Müdürü

J-P. Costa
Başkan

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.

YASALAR

RG 12 Ekim 2005/25964

- 5404 Karadeniz Ekonomik İşbirliği Ülkeleri Hükümetleri Arasında Doğal ve İnsanlardan Kaynaklanan Afetlerde Acil Yardım ve Acil Müdahale Anlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5405 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve İran İslâm Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Turizm Alanında İşbirliği Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5406 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Deniz Ticareti Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5407 Türkiye Cumhuriyeti Kültür ve Turizm Bakanlığı ile İspanya Krallığı Turizm ve Ticaret Devlet Sekreterliği Arasında Turizm Alanında İşbirliği Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5408 9 Mayıs 1980 Tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (COTIF)'ye Değişiklik Getiren 3 Haziran 1999 Tarihli Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5409 İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

5410 Avrupa Orman Enstitüsüne İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 26 Ekim 2005/25978

5412 Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 01 Kasım 2005/25983 (Mükerrer)

5411 Bankacılık Kanunu

5413 Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 02 Kasım 2005/25984

5414 Gıda ve Tarım İçin Bitki Genetik Kaynakları Uluslararası Antlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5415 Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

RG 06 Kasım 2005/25985

5416 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Bakanlar Kurulu Arasında Çevre Koruma Alanında İkili İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5417 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Oman Sultanlığı Hükümeti Arasında Çevre Koruma Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5418 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fas Krallığı Hükümeti Arasında Çevre Koruma Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5419 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Çevre Koruma Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5420 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Çevre Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5421 A400M Uçağının Geliştirilmesi, Üretimi ve Başlangıç Desteğine İlişkin Tek Aşamalı Bir Programda İşbirliği Konusunda Mutabakat Muhtırası ile A400M Uçağının İşbirliği İçerisinde Geliştirilmesi, Üretimi Evresi ve Başlangıç Desteğine İlişkin A400M Program Üst Kurulu Kararının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5422 Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5423 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Çevre Koruma Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5424 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Çevre ve Orman Bakanlığı ile Kosova Geçici Özyönetim Kurumları (Çevre ve Mekansal Planlama Bakanlığı) Adına Görev Yapan Birleşmiş Milletler Kosova Geçici Yönetimi Arasında Çevre Alanında İşbirliği Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5425 Müşterek Taarruz Uçağı Sistem Geliştirme ve Gösterimi İçin İşbirliği Çerçevesi ile İlgili Mutabakat Muhtırası ve Buna İlişkin Tamamlayıcı Anlaşma, Malî Yönetim Usulleri Dokümanı ve Ek Mektupların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5426 Gümrük Rejimlerinin Basitleştirilmesi ve Uyumlaştırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme Hakkında Değişiklik Protokolüne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 5427 Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) Devletleri Arasında Anlaşma Çerçevesinde Oluşturulan Türkiye-EFTA Ortak Komitesinin 1/2004 ve 2/2004 Sayılı Kararlarının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 09 Kasım 2005/25988

- 5428 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun

RG 12 Kasım 2005/25991

- 5430 Kısıtlayıcı Ticari Uygulamaların Kontrolü İçin Çok Taraflı Olarak Kararlaştırılan Adil İlkeler ve Kurallar Bütününün Tüm Yönlerini Gözden Geçirme Konusundaki 5. BM Konferansı-yla İlgili Düzenlemeler Hakkında Birleşmiş Milletler ve Türk Hükümeti Arasındaki Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 18 Kasım 2005/25997

- 5429 Türkiye İstatistik Kanunu
- 5431 Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

RG 22 Kasım 2005/26001

- 5432 Bilgi Edinme Hakkı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 06 Aralık 2005/26015

- 5434 Tehlikeli Malların Karayolu ile Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Avrupa Anlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ağustos 2005/25908

- Kültür Yatırım ve Girişimlerinin Nitelikleri ve Nicelikleri Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Ağustos 2005/25909

- Mersin Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Yarı Zamanlı İlköğretim, Tam Zamanlı Lise Devresi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Ağustos 2005/25910

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Deney Hayvanları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliği

RG 19 Ağustos 2005/25911

- Çay Bahçesi Ruhsatlarının Yeniden Düzenlenmesinde Uygulanacak Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Dokuz Eylül Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 20 Ağustos 2005/25912

- Yetiştirme Yurtlarının Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Çocuk Yuvaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Seyir Halindeki Gemilerde Daha İyi Tıbbi Hizmet Verilmesi İçin Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 21 Ağustos 2005/25913

- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Yardım Uzman Yardımcılığı ve Sosyal Yardım Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 22 Ağustos 2005/25914

- Kültür ve Turizm Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Doğal Afetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi Epilepsi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Vedat Kosal Müzik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 23 Ağustos 2005/25915

- Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulları ve Komisyonlarının Kuruluş, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Polis Koleji Öğrencileri Kıyafet ve İstihkak Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tekel Ürünleri Toptan Satıcılığına Dair Yönetmelik
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programlarının Desteklenmesi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 24 Ağustos 2005/25916

- Zirai Karantina Fümigasyon Yönetmeliği
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Ağustos 2005/25917

- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim ve Orta Öğretim Kurumları Sosyal Etkinlikler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Yabancı Dil Ağırlıklı Liseler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Harran Üniversitesi Ata Su Ürünleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Ağustos 2005/25918

- Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ile Tedavileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ağustos 2005/25920

- Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Önlisans, Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Ağustos 2005/25921

- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 31 Ağustos 2005/25922

2005/9246 Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Eylül 2005/25923

- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Önlisans - Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 02 Eylül 2005/25924

2005/9264 Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Eylül 2005/25925

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 04 Eylül 2005/25926

- Niğde Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Eylül 2005/25928

- Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Personelinin Yurtdışı Görevlere Atanmasına İlişkin Yönetmelik
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 07 Eylül 2005/25929

- Adli Sicil Yönetmeliği
- Vergi Dairesi Başkanlıklarının Kuruluş ve Görev Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Eylül 2005/25930

2005/9261 Organize Sanayi Bölgelerinde Yer Alan Parsellerin Gerçek veya Tüzel Kişilere Bedelsiz Tahsisine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Atletizm Hakem Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Açıkta Kura ile Atanacak Bazı Sağlık Personelinin Atama Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Meteoroloji Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

RG 09 Eylül 2005/25931

- Devlet Mezarlığı Tesisi, Yönetimi, Bakım ve Onarımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Ön Lisans, Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 10 Eylül 2005/25932

- Türk Silahlı Kuvvetleri Sınıf Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına 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 Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Eylül 2005/25934

- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) İstisna Kapsamındaki Mal ve Hizmet Alımları İçin Satınalma ve İhale Yönetmeliği
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) İhtiyaç Fazlası ve İhtiyaç Dışı Malzemeler Değerlendirme ve Satış Yönetmeliği
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) Tesis ve Basılı Evraktan Reklam Amacıyla Yararlanma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) Hizmet Satışı-Araç ve Gereç Kira Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Oda ve Borsalarda Hakem, Bilirkişi ve Ekspertiz Listelerini Düzenleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurul Çalışma Esasları Yönetmeliği
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Sekreter Yönetmeliği
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği
- Oda Muamele Yönetmeliği
- Borsa Muamele Yönetmeliği
- Odalar, Borsalar ve Birlik Bütçelerinden Türkiye Odalar, Borsalar ve Birlik Personeli Sigorta ve Emekli Sandığı Vakfına Ayrılan Payın Kullanılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 13 Eylül 2005/25935

- Haliç Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Eylül 2005/25936

- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 15 Eylül 2005/25937

2005/9329 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 16 Eylül 2005/25938

- Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu Yönetmeliği
- Esnaf ve Sanatkar Sicili Yönetmeliği
- Esnaf ve Sanatkarlar Sicil Gazetesi Yönetmeliği
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliği

RG 17 Eylül 2005/25939

2005/9352 Sinema, Video ve Müzik Eserleri Yapımcıları ile Film Çekmek İsteyen Yabancılarla Yapılacak Ortak Yapımlar Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 18 Eylül 2005/25940

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Eylül 2005/25942

- Gençlik Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kurban Hizmetlerinin Diyanet İşleri Başkanlığınca Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Uzman Erbaş Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulundurulacak Bakanlık Temsilcileri veya Hükümet Komiserleri Yönetmeliği
- Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarında Akademik Değerlendirme ve Kalite Geliştirme Yönetmeliği
- Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Konseyleri ve Yükseköğretim Kurumları Ulusal Öğrenci Konseyi Yönetmeliği

RG 21 Eylül 2005/25943

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Serbest Maden Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliği

RG 22 Eylül 2005/25944

- Tarım Sigortaları Havuzu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Tarım Sigortaları Uygulama Yönetmeliği

RG 23 Eylül 2005/25945

- Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Stratejik Araştırmalar Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gemi Makinaları İşletme Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

RG 24 Eylül 2005/25946

- Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamulleri İle İlgili Fabrikaların Kurulmasına, Bu Mamullerin Üretimine, İç ve Dış Ticareti ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Eylül 2005/25947

- Afet Harcamaları Yönetmeliği
- Tarımsal Üretici Birlikleri ile Tarımsal Üretici Merkez Birliklerinin Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik

RG 26 Eylül 2005/25948

- Kadastro Çalışma Alanının Belirlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadastro İlanları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadastro Çalışmalarında Taksim Sebebiyle Ayırma ve Birleştirmeler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Taşınmaz Malların Sınırlandırma, Tespit ve Kontrol İşleri Hakkındaki Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İtirazları İnceleyecek Kadastro Komisyonunun Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 28 Eylül 2005/25950

- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulundurulacak Bakanlık Temsilcileri veya Hükümet Komiserleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Eylül 2005/25951

- Belediyelerin Arsa, Konut ve İşyeri Üretimi, Tahsisi, Kiralaması ve Satışına Dair Genel Yönetmelik
- Karayolu Taşımacılık Faaliyetleri Mesleki Yeterlilik Eğitimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Vagon Sanayi Anonim Şirketi'nin (Tüvasaş Genel Müdürlüğü) 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3/g Maddesi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları İçin Satınalma ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Kurul Temsilcilerinin Seçimi ve Genel Kurulun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Eylül 2005/25952

- Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği
- Türk Standardları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Ekim 2005/25953

- Hazine Müsteşarlığı Hazine Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavı ile Hazine Uzmanlığı Yeterlik Sınavına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ekim 2005/25954

- Türkiye İzcilik Federasyonu İzcilik Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Öğretim ve Sınav Genel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ekim 2005/25955

- Maltepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Ekim 2005/25956

- Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Yenilenebilir Enerji Kaynak Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 05 Ekim 2005/25957

- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 06 Ekim 2005/25958

- Maltepe Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 07 Ekim 2005/25959

- T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Başkanlığı Muhasebe Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Yayın Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sinema Filmlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Ekim 2005/25960

- İç Denetim Koordinasyon Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- İç Denetçi Adayları Belirleme, Eğitim ve Sertifika Yönetmeliği
- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programlarının Desteklenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hububat, Baklagiller ve Yağlı Tohumlar Lisanslı Depo Yönetmeliği
- Yetkili Sınıflandırıcıların Lisans Alma, Faaliyet ve Denetimi Hakkında Yönetmelik
- Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği
- Pamuk Lisanslı Depo Yönetmeliği
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 09 Ekim 2005/25961

- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

- Belediye Meclisi Çalışma Yönetmeliği
- İl Genel Meclisi Çalışma Yönetmeliği
- İl Özel İdaresi ve Belediye Hizmetlerine Gönüllü Katılım Yönetmeliği
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 10 Ekim 2005/25962

- Ulaştırma Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Ulaştırma Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 11 Ekim 2005/25963

2005/9428 Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- 1164 Sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 11 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- 1 mg'dan 50 kg'a Kadar Üst-Orta Doğrulukta Ağırlıklara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik (74/148/AT)
- Çankaya Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 12 Ekim 2005/25964

- Elektrik Üretim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sarmalık Kıyılmış Tütün Mamullerinin Üretimi, Ambalajlanması ve Piyasaya Arzına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 13 Ekim 2005/25965

- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Güvenlik Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ekim 2005/25967

- Halk Sağlığı Alanında Haşerelere Karşı İlaçlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yetiştiriciliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ekim 2005/25967-Düzeltilme

- İl Genel Meclisi Çalışma Yönetmeliği ile İlgili
- Sarmalık Kıyılmış Tütün Mamullerinin Üretimi, Ambalajlanması ve Piyasaya Arzına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile İlgili

RG 17 Ekim 2005/25969

- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ekim 2005/25970

- Hazine Alacaklarının Yönetimi, Takip ve Tahsiline Dair Yönetmelik
- Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazlara Dair Yönetmelik

RG 19 Ekim 2005/25971

- Emniyet Teşkilatında Kullanılacak Tanıtıcı Bayraklar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ekim 2005/25972

- Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Kültür Yatırım ve Girişimlerine Taşınmaz Kullandırılması Hakkında Yönetmelik
- Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Arşiv Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ekim 2005/25973

- Yeniköy Elektrik Üretim ve Ticaret Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araştırma Reaktörlerinde İşletme Organizasyonu, Personel Nitelikleri ve İşletici Personel Lisanslarına İlişkin Yönetmelik
- Doçentlik Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi İzmir İli Stratejik Planlama, Yönetişim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Hazırlayıcı Birimler (Lise Devresi) Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Ekim 2005/25974

- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Yayın Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Uzlaşma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kemerköy Elektrik Üretim ve Ticaret Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Tapu Sicil Müdürlüklerince Daire Dışında Yapılacak Tapu İşlemlerinde Uyulacak Esaslar ile Bu İşlemlerden Alınacak Tazminatın Memurlar Arasında Dağıtımına İlişkin Yönetmelik
- Kanatlı Hayvan Eti ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kırmızı Et ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 23 Ekim 2005/25975

- Gemi Teçhizatı Yönetmeliği

RG 24 Ekim 2005/25976

- Av ve Yaban Hayvanlarının ve Yaşam Alanlarının Korunması, Zararlılarıyla Mücadele Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 25 Ekim 2005/25977

- Denizcilik Müsteşarlığı Denizcilik Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavı ile Denizcilik Uzmanlığı Yeterlik Sınavı ve Denizcilik Uzmanlarının Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ekim 2005/25978

- Hükümlü ve Tutuklular ile Ceza İnfaz Kurumları Personelinin İşe Yönetmeliği

RG 27 Ekim 2005/25979

2005/9482 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2005/9510 Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilecek Devlet Memurları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kaçakçılık İstihbarat Koordinasyon Kurulunun Toplanma, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Amatör Denizci Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ekim 2005/25980

- Ceza İnfaz Kurumları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ulaştırma Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Ekim 2005/25981

2005/9497 Türk Silahlı Kuvvetlerinin Personel Seferberliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İşitme Engelliler Spor Federasyonu Başkanlığı Spor Dalları Yönetmeliği
- Hac ve Umre Seyahatleriyle İlgili İşlerin Diyanet İşleri Başkanlığınca Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Diyanet İşleri Başkanlığı Yayın Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlüler Veri Tabanı Oluşturulmasına ve Özürlülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmelik
- Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Memurlarının Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilmeleri Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tes-cil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliği

RG 31 Ekim 2005/25982

- Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Spor Bilimleri, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Dil Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ufuk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Kasım 2005/25983

2005/9492 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği
- Başkent Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 02 Kasım 2005/25984

- Yurt Dışında Görevlendirilecek Memurların Seçim Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği (SHY-22) de Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Haliç Üniversitesi Burs Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık, Yabancı Dil Destek ve Yabancı Dil Tamamlama Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Kasım 2005/25985

- Güneydoğu Anadolu Projesi Yüksek Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Kasım 2005/25986

- Ordu Evleri, Askeri Gazinolar ve Sosyal Tesisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 08 Kasım 2005/25987

- 4046 Sayılı Kanun Kapsamında Danışmanlık Hizmetleri İhalelerinde Uygulanacak Esas ve Usullere İlişkin Yönetmelik ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görev Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Meslek İçi Eğitim, Uzmanlık ve Belgelendirme Yönetmeliği

RG 09 Kasım 2005/25988

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi İstatistik ve Risk Analizleri Araştırma-Uygulama Merkezi (İRAMER) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Kasım 2005/25989

2005/9585 Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Kasım 2005/25990

2005/9543 Hazineye, Katma Bütçeli Kuruluşlara, Belediyelere veya İl Özel İdarelerine Ait Arazi veya Arsaların Gerçek veya Tüzel Kişilere Bedelsiz Devrine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Uzman Yardımcısı ve Özürlüler Uzmanı Sınavı, Yetiştirilmeleri, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Ulusal Müze Başkanlıklarının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik

RG 12 Kasım 2005/25991

- Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 13 Kasım 2005/25992

- Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Kasım 2005/25993

- Atılım Üniversitesi İngilizce Hazırlık Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Kasım 2005/25994

- Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilecek Başbakanlık Personeli Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Hava Sahasında Uçuş Yapan Türk ve Yabancı Sivil Hava Araçlarının Yaptırması Gereken Üçüncü Şahıs Mali Mesuliyet Sigortası Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Çevre Amaçlı Tarımsal Arazilerin Korunması Programını Tercih Eden Üreticilerin Desteklenmesine ve Bu Üreticilere Teknik Yardım Sağlanmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Denizcilik Uzman Yardımcılığı Giriş Sınavı ile Denizcilik Uzmanlığı Yeterlik Sınavı ve Denizcilik Uzmanlarının Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Kasım 2005/25995

- Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Kasım 2005/25996

- Gümrük Laboratuvarları Tahlil Metotları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Kasım 2005/25997

2005/9617 Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik

RG 19 Kasım 2005/25998

2005/9588 Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Satınalma-Satma, Yapma-Yaptırma, Kiralama ve Kiraya Verme İşlerine Ait Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Sayıştay Yönetim Mensuplarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Fatih Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Kasım 2005/25999

- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İçmesuyu Elde Edilen veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelik (79/869/AB ile değişik 75/440/AB)

RG 21 Kasım 2005/26000

- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 24 Kasım 2005/26003

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Spor Kontrolörlüğü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Teşkilatlanma ve Destekleme Genel Müdürlüğü Kontrolörleri Atama, Görev ve Yetki Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Stratejik Araştırmalar ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Kapadokya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Kasım 2005/26004

- Belediye Meclislerinin Çalışma Usulüne Dair Belediye Kanununun 59 uncu Maddesine Tevfikane Tanzim Edilen Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Profesyonel Turist Rehberliği Yönetmeliği
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Kasım 2005/26005

- Hazine Garantileri Verilmesi, İzlenmesi, Bütçeleştirilmesi ve Raporlanmasına İlişkin Esas ve Usullere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İcra Müdür ve Yardımcılarının Sınav, Mülakat, Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tehlikeli Maddelerin Su ve Çevresinde Neden Olduğu Kirliliğin Kontrolü Yönetmeliği (76/464/AB)

RG 27 Kasım 2005/26006

- Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Alan Yönetimi ile Anıt Eser Kurulunun Kuruluş ve Görevleri ile Yönetim Alanlarının Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 28 Kasım 2005/26007

- Yıldız Teknik Üniversitesi Tarihi Mirası Koruma, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Kasım 2005/26008

- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazlara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Galatasaray Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Işık Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Kasım 2005/26009

- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Işık Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Aralık 2005/26010

- Tekel Ürünleri Toptan Satıcılığına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 02 Aralık 2005/26011

- Çağ Üniversitesi Avrupa Birliği Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Aralık 2005/26012

- İstanbul Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Stratejik Araştırmalar ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Aralık 2005/26013

- Türkiye İş Kurumu İstihdam ve Meslek Uzmanlığı ile Uzman Yardımcılığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliği

RG 05 Aralık 2005/26014

- T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ufuk Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Aralık 2005/26016

- Dış Protez Laboratuvarları Yönetmeliği
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Aralık 2005/26017

- Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Türk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Medya Çalışmaları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Bölgesel Kalkınma, Kent ve Çevre Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Lazer Teknolojileri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Uygulamalı Matematik Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Aralık 2005/26018

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü İşletme Yönetmeliği
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Karate Müsabaka Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karate-Do Kyu ve Dan Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Askeri Müzeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Bilgi Sistemi Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Petrol Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Sanayi ve Ticaret İşbirliğini Geliştirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Santral İstanbul Sanat, Kültür ve Müzecilik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Aralık 2005/26019

- Sağlık Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Tarih Bilimleri ve Bölgesel Tarih Öğretim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Aralık 2005/26020

2005/9644 Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Karate Hakem Yönetmeliği
- Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 13 Aralık 2005/26022

- Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 14 Aralık 2005/26023

2005/9668 Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenecek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği

- Maliye Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Açık Öğretim Lisesi Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik, Mühendislik Hizmetleri ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Aralık 2005/26024

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Proje Teşvik ve Destekleme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Uygulama Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TURK CEZA KANUNU REFORMU

Üçüncü Kitap

**YENİ CEZA KANUNU
VE
CEZA MUHALEMELERİ KANUNU**

PANEL

1 NİSAN 2005
ÇANAKKALE

ÇIKTI !..

**TÜRK HUKUKUNDA
KAMBYO SENETLERİNE
ÖZGÜ İFLAS YOLUYLA
TAKİP**

Dr. Adnan Deyneklı,
Turan Kitapevi,
(www.turankitapevi.com),
Ankara 2005

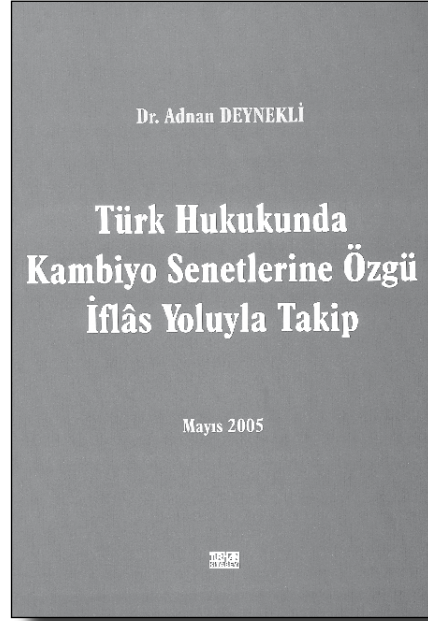
Cemal Fazıl KARAKAŞ*

Dr. Adnan Deyneklı'nın "*Türk Hukukunda Kambyo Senetlerine Özgü İflas Yoluyla Takip*" isimli eseri Mayıs 2005 tarihinde Turhan Kitabevi yayınları arasındaki yerini aldı. Kitap, bu konuda yazılmış tek monografik eser özelliğini taşıyor. Gerçekten de icra ve iflas hukukundaki genel eserler dışında konu

müstakilen ele alınmamıştı; Mevci Ergün tarafından 1989 yılında kaleme alınan "*Kambyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*" isimli eser, daha geniş kapsamlı olmakla virlikte iflas yolu ile takip konusunda bu denli ayrıntıyı içermiyordu.

Öte yandan kambyo senetlerine özgü iflas yolu ile takibin ayrıntılarını düzenleyen 538 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 1965 yılından bu yana konu ile ilgili gelişmelerin ve özellikle uygulamanın ele alındığı eser, bir bakıma anılan Yasa'nın bir bilançosu niteliğindedir. Yazar Yasa'nın boşlukta bıraktığı hususları ve özellikle aksayan yönleri çok iyi tesbit ederek, bunların Yargıtay'ca nasıl çözümlendiğini göstermiş ve yer yer şahsi kanaatini de dile getirmiştir.

Yargıtay'ın iflas ve konkordatoya ilişkin olarak mahkemelerden verilen kararları temyizen incelemekle görevli 19. Hukuk Dairesi'nde tetkik hakimi olan yazar, uygulamanın içinden gelmekte ve akademik kariyerini sürdürmektedir. Yazarın bilim adamı yönü, kendisini bu eserde de göstermektedir. Özellikle uygulamacılar tarafından kaleme alınan bir çok eser yasa maddesinin kısa bir açıklamasından sonra ard arda yığılmış birer Yargıtay kararı (içtihat) derlemesinden ibaretken, inceleme konusu eser gerek yazım tarzıyla, gerek yazım planıyla ve gerek Yargıtay kararlarının tek tek ele



* Yargıtay Tetkik Hakimi

alınarak işlenmesiyle gerçek anlamda bilimsel niteliktedir. Yazar öğreti ve uygulamayı eserinde iyi biçimde yansıtmış; yeri geldikçe kişisel görüşlerini açık bir biçimde dile getirmiştir.

Kısa sayılabilecek zaman aralıklarıyla yaşanan ekonomik krizler, döviz kurlarındaki ve banka kredi faizlerindeki beklenmeyen dalgalanmalar her ölçüdeki işletmenin mali durumunu olumsuz etkilemiş; iflas, konkordato ve 4949 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra da iflasın ertelenmesi taleplerinde anlamlı artışlar gözlenmiştir. Eser böyle bir dönemde öğretilerde ve uygulamada başvuru kaynağı olabilecek niteliktedir.

Eser beş bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde genel olarak iflas ve iflas yolları hakkında bilgiler verilmiştir. Konu sadece İcra ve İflas Kanunu bakımından değil, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, bankacılık mevzuatı gibi özel düzenlemeler bakımından da ayrıntısıyla incelenmiştir.

İkinci bölüm kambiyo senetlerine özgü iflas yoluyla takibin koşullarına ayrılmıştır. Bu bölümde İcra ve İflas Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri ayrıntısıyla ele alınmıştır. Özellikle kambiyo senetlerine ilişkin bilgilerin bu konudaki genel eserlere atıf yapılmasıyla yetinilmesi yerine müstakilen ele alınması, gerek eserin bütünlüğü ve gerek okuyucunun başka kaynaklara başvurma ihtiyacı duymaması bakımından memnuniyet vericidir. Yine bu bölümde iflas yolu ile takibe ilişkin usul hukuku konularına da yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde kambiyo senetlerine özgü iflas yolu ile takip prosedürü incelenmiştir. Bu bölümde iflas dairesinin yetkisinden başlanmak üzere bütün usuli işlemler tek tek gösterilmiş, kambiyo senetlerine özgü iflas yolu ile ilgili özel durumlar ayrıntılı biçimde inceleme konusu yapılmıştır; itiraz ve şikayet yolları da incelemeye dahil edilmiştir.

İflas bir mahkeme kararına dayanır. Takipli veya takipsiz, itirazlı veya itirazsız olmasına bakılmaksızın iflas prosedüründe ticaret mahkemesi safhası önemli aşamalardan biridir. Eserin dördüncü bölümü kambiyo senetlerine özgü iflas yoluyla takipte iflas davasına ayrılmıştır. Usul hukuku ile icra ve iflas hukukunun neredeyse bütün müesseseleriyle kesiştiği takip hukuku davaları içinde, kendine has tekniği ile iflas davasının özel bir yeri vardır. Kamu düzeninden sayılan yetki başta olmak üzere görev, iflas masrafları, muhafaza tedbirleri, ilanlar, müdahale ve itirazlar, başka davaların iflas davasına etkileri; kambiyo senetlerine has durumlar, depo kararı gibi konular bu dördüncü bölümde öğreti ve yargı kararlarıyla zenginleştirilerek işlenmiştir.

Beşinci ve son bölüm iflas davası sonucunda verilebilecek kararlar ve bu kararlara karşı yasa yollarının incelendiği bölümdür. Bu bölümde iflas davaları sonunda mahkemelerce verilebilecek kararlar, çeşitli ihtimaller

de değerlendirilerek, ele alınmıştır. Uygulamada sıkıntı yaratan bir kısım konular, emsal kararlar da gösterilerek çözüme kavuşturulmuştur. Yine mahkemelerden verilen kararlara karşı gidilebilecek yasa yolları ve istinaf ve temyiz incelemesi sonucunda verilecek kararlara, bu kararların iflas prosedürüne etkileri üzerinde durulmuştur.

Sonuç olarak İcra ve İflas Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümlerinde itiraz ve müdahale, yabancı para üzerinden düzenlenen kambiyo senetleri ile girişilen takipler üzerine verilecek depo kararları gibi bir kısım konuların yasa koyucu tarafından açıklığa kavuşturulması gerektiği görülmektedir. Uygulamada ortaya çıkan bir kısım sorunlar da, 19. Hukuk Dairesi uygulamasıyla çözüme kavuşmuştur.

Arka arkaya bir çok temel yasanın değiştirildiği şu günlerde, İcra ve İflas Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da değişiklik görmeye adaydır. Umulur ki bu eser, kambiyo senetlerine özgü iflas yolu ile takip konusundaki tereddütleri göstererek, yasa koyucuya bir ışık tutsun.

Eserin bir özelliği de, konuya ilişkin ve yayımlanmamış bir çok Yargıtay kararını içermesidir.

Eser arı bir Türkçe ile kaleme alınmıştır. Cümleler yeterince açık, anlaşılabilir ve özlüdür.

Baskı kalitesi iyi ve özellikle de beyaz yerine sarıya kaçan renkte kağıt kullanımı, okuma kolaylığı sağlaması bakımından isabetlidir. Sayfa düzeni, yazı karakteri ve punto seçimi ile metin ve dipnot dengesi yerindedir.

Eser içindekiler, bibliyografya ve kısaltmalardan oluşan on üç (XIII) sayfalık bir ön kısım ile metinden oluşan 138 sayfadan ibarettir.

Bütün bu üstünlüklerine rağmen eserde bir kısım baskı hatalarına da rastlanmaktadır: "*bankların iflası*" (s. 4, dpn. 5); "*haciz yolu ile takip süresinde satış istenmemesi nedeniyle işlemde kaldırılmışsa takip yenilenmeden takip şekli iflas yoluna çevrilemez*" (s.10; sanırım buradaki "*satış*" kelimesi yerine "*haciz*" kelimesi olacaktı, zira İİK m. 78/II uyarınca bir yıl içinde haciz istenmezse takip düşer, oysa İİK m. 106'daki yasal süre içinde satış istenmezse sadece haciz düşer fakat takip işlemde kalkmaz, bkz., m. 110); "*yetkili kamil*" (s. 87; yetkili hamil olmalıydı) gibi...

Eser alanında önemli bir boşluğu dolduracak niteliktedir. Daha evvel "*Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*" (1. b., İstanbul 1996; 2. b., Ankara 2002; 3. b., Ankara 2005); "*İtirazın İptali Davaları*" (1. b., Ankara 1998; 2. b., Ankara 2005); "*Konkordatonun Tasdiki*" (Yrd. Doç. Dr. Süha Tanrıver ile birlikte, Ankara 1996); "*Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat*" (Yrd. Doç. Dr. Süha Tanrıver ve Yrd. Doç. Dr. Erdal Tercan ile birlikte, Ankara 1996) ve "*İflasın Vergi Alacağına Tahsiline Etkisi*" (Ankara 1998); adlı eserleri ile çok sayıda makalesi yayınlanmış olan yazarı kutlar; eserlerinin Türk hukuk öğretisine ve uygulamasına faydalı olmasını dileriz.

HUKUK REHBERİ

Yekta Güngör Özden, Tümüyle yenilenmiş 8. Baskı, Seçkin Kitabevi (www.seckin.com.tr) , Ankara 2005

İlk basımının yapıldığı 1967 yılından beri uygulayıcıların başvuru kitabı olarak doldurulmaz bir yeri olan *Hukuk Rehberi*, kitabın kapağında da belirtildiği gibi tümüyle yenilenerek yeniden yayımlandı.

Türk hukuk camiasının önde gelen isimlerinden Yekta Güngör Özden, yeni basım için yazdığı önsözde, *"gerçek hukukçu olmak yolunda, hukuka uygun davranmak konusunda girilen uğraşlara, katlanılan özverilere bu yapının katkısı olursa ne mutlu,"* diyor. Biz bu kitabın *"hukuk yolculuğu"*nda büyük katkısı olduğuna ve olacağına inanıyor ve meslektaşlarımıza öneriyoruz.

İCRA-İFLAS SUÇLARI VE YARGILAMA USULÜ

Mustafa Artuç-Raif Bıkmaz, Kartal yayınları, Ankara 2005

İcra ve İflas Kanunu'nda 5358 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerden sonra, ortaya atılan *"1 Haziran öncesi ve sonrası icra iflas suçlarının durumu"*, *"disiplin ve tazyik hapsi nedir, nasıl uygulanacaktır"*, *"mal beyanında bulunmama ve taahhüdü ihlal suçları gibi bir kısım icra ve iflas suçlarının incelemesi evrak üzerinde mi yapılacaktır"*, *"icra iflas suçlarında zamanaşımı"*, *"uzlaşma hükümleri icra iflas suçlarında uygulanması"*, *"şikâyete bağlı suçlar için*

şikâyetçinin doğrudan icra mahkemesine başvurulabilmesi", *"1 Haziran öncesi ile ilgili dava dosyası elinde bulunan mahkemenin yapabileceği işlem"*, *"icra iflas suçlarının paraya çevrilmesi ve ertelenmesi"*, *"icra iflas suçlarında yasa yolları"*, *"icra iflas suçlarında iddianamenin iadesi"* gibi sorulara cevap aranmaktadır.

CEZA HUKUKU ÖZEL HÜKÜMLER

(5237 sayılı Kanuna göre Hazırlanmış)

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, Doç. Dr. Ahmet Gökçen, Yrd. Doç. Dr. Caner Yenidünya, Yeniden Gözden geçirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi (www.turankitapevi.com), Ankara 2005

Bu kitapta 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının *"Kişilere karşı suçlar"*, *"işkence ve eziyet"*, *"cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar"*, *"hürriyete karşı suçlar"*, *"topluma karşı suçlar"*, *"genel tehlike yaratan suçlar"*, *"kamu güvenine karşı suçlar"*, *"kamu barışına karşı suçlar"*, *"genel ahlaka karşı suçlar"*, *"aile düzenine karşı suçlar"*, *"ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar"*, *"millet ve devlete karşı suçlar ve son hükümler"*, *"kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar"* ve *"adliye karşı suçlar"* bölümleri ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

Uygulamaya yönelik ayrıntılara yer vermiş kitabı meslektaşlarımıza güvenle önermekteyiz.