

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

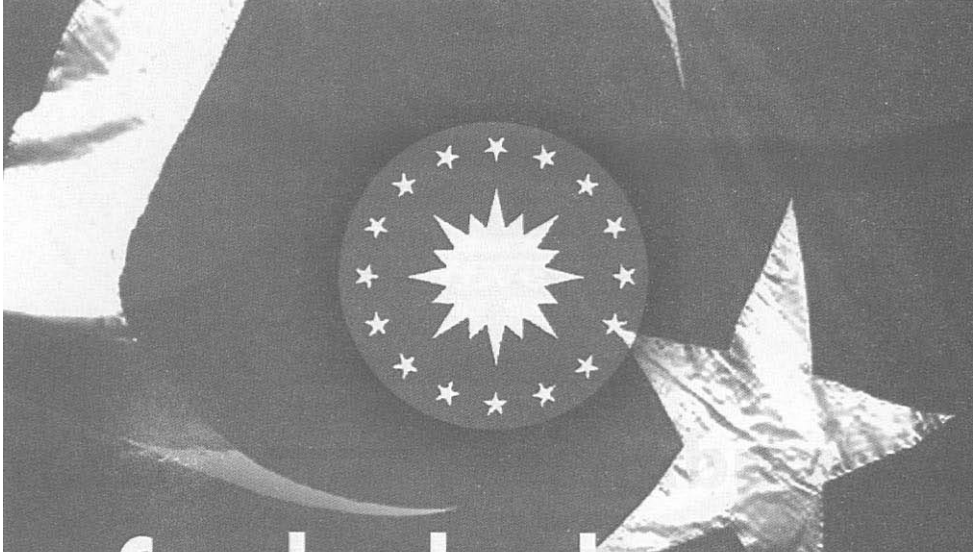
4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhütnameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuza tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

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

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

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

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



Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı

12-13 Ocak 2007
Ankara
Hilton

SEMPOZYUM

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



ÇIKTI !..

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 19

SAYI: 68

OCAK-ŞUBAT 2007

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

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

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

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

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

31.12.2006

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 yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
	25	Başkandan
Yrd. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU	29	Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu
Yrd.Doç. Dr. A. C. YENİDÜNYA M. Emin ALŞAHİN	43	Bireyin Şerefine Karşı Suçlar
Dr. A. Vahap DARENDELİ	94	Medya Yoğunlaşması, Tekelleşmenin Denetimi ve Çoğulculuğun Kurulması
Dr. Devrim GÜNGÖR	135	Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata
Av. Cem Çağatay ORAK	161	Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?
Dr. Necla ÖZTÜRK YILMAZ	241	5543 Sayılı İskan Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK	265	Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
Prof. Dr. Bilge UMAR	321	Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları
Av. Dr. Özden SAV	343	Su Hakkı
Av. Serkan AĞAR	360	Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem II
Mustafa ÖZEN	393	5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler
Yargıtay Kararları	409	
Danıştay Kararları	423	
Disiplin Kurulu Kararları	446	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	457	
Ekler	474	
Kitaplar - Dergiler	488	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI, Dr. Devrim GÜNGÖR

Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler
Doç. Dr. Hakan HAKERİ

Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması
(Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi)
Yrd. Doç Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK

Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet
Dr. Mustafa CAN

İftira Suçu
Akif YILDIRIM

Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada
Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi
İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

İdari İşlemlerin İdare Tarafından Resen İcrası
Hasan DURSUN

Avrupa Birliği Hukuku ve Kurumsal Yapısı
Dünden Bugüne Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri
M. Akif ÖZER

AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması
Erol ÇİÇEK

Taşınmaz Satışlarında İhale Kararlarının Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma
İcra ve İflâs Kanunu'na Göre İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi
Av. Murat DÖNMEZ

Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi
Haluk ÇOLAK, Uğurtan ALTUN

İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti
Mehmet ALTUNDİŞ

İstinaf Kanun Yolunda Bölge Adliye Mahkemesinin
Keşif Yapması ve Tanık Dinlemesi Üzerine Düşünceler (Ceza)
Mustafa ALBAYRAK

editör'den...

Cumhurbaşkanlığı ve genel seçimlerin yapılacağı 2007 yılına girerken, 2006 yılının son iki ayında savunma alanında ciddi sorunlar yaşandı. Bunların haklı ve makul nedenini bulmak zordur.

• Avukatlık yasasında yapılan değişiklikle, mesleğin geleceği için önemli bir argüman olan, hukuk eğitiminin daha kaliteli yapılabilmesi için hukuk fakültelerine de motivasyon sağlayabileceği düşünülen “avukatlık sınavı” tümünden kaldırıldı. Bu maceranın öyküsünü başkanımızın yazısında bulacaksınız. Ancak bu yasama faaliyetinde en dikkati çeken traji-komik nokta, Adalet Bakanı'nun son oturumda hükümet sıralarındaki yerini “Tarım ve Köy İşleri Bakanı”na terk etmiş olmasıydı. Dolayısıyla bu değişikliğin Bakanlık tarafından tam olarak benimsenmediği, ancak Başbakanın arzusu ile yapıldığı kesinlikle ortaya çıkıyordu. Bu konudaki haberleri de zaten Başbakanlık yalanlamadı, düzeltmedi. Böyle bir ihtiyaç duyulmadı.

• CMK'nın 150. maddesi ile CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde değişiklik yapılarak “adil yargılanma hakkı” bağlamında sağlanmış olan haklardan geri dönüldü. Büyük mücadeleler sonunda kazanılan “zorunlu müdafilik” uygulamasının alanı daraltıldı.

• Uzlaşma kurumunun kapsamı genişletilerek, cezaların genel önleme ve caydırıcılık özelliklerini ortadan kaldıracak düzenleme yapıldı. Başka bir nitelik aranmadan, sadece “hukuk öğretimi” görmüş kişilerden uzlaştırıcı seçiminin de uygun olmadığı görüşü yaygındır.

• 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve 5271 sayılı CMK ile sağlanan baroların ve avukatlık mesleğinin kazanımları ellerinden alındı. CMK ödeneğinin tahsis ve kullanılmasında barolar ve Türkiye Barolar Birliği devre dışı bırakılarak savunma hakkını kısıtlayabilecek uygulamalar yapabilecek yürütme erkine görev verildi.

Doğal olarak bütün bu gelişmelerde bağımsız yargı, bağımsız savunma gibi kavramları içselleştirememiş bir kültürün izlerini görmekteyiz. Bu kültür, ray ve hız yapan lokomotif varsa “hızlı tren” yapılabileceğini sanan bir gafleti, apronda deve kurban ederek uçakları koruyabileceğini sanan bir anlayışı, son sistem uyarı cihazlarıyla donanmış zırhlı aracı terk ederek balyoza sarılan bir davranışı, erkek hastasını muayene etmekten veya röntgenini çekmekten kaçınan bir tıp anlayışını da içermektedir.

* * *

Dergimiz gelecek sayıdan itibaren yoğun hukuk yayını yapan kitapçıklarını tanıtacak bir yazı dizisine başlayacaktır.

Bu yolla hem hukuk yayıncılığına hem de hukukçulara karşı olan görevlerimize katkı yapabileceğimizi düşünüyoruz.

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

TBB Başkanı Özdemir Özok, hiçbir temel yasanın bu kadar sahipsiz olmadığını söyledi:

Hukukun balansı bozuldu

ANKARA (Cumhuriyet Büro) - AKP iktidarını "yap-boz" tahasına çevirdiği ceza yasasındaki değişikliklere her geçen gün yenileri eklendi. mes zıfafa "Tartışma-lı" yeni uygulamaların eklenmesi tepkilere neden oluyor. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, AKP iktidarının hukuk düzenini balansını bozduğunu işaret ederek, "Cumhuriyet kurulduğundan bugüne kadar böyle bir dönem olmadı. Belli bir grubun biz yaparız anlayışı, hukuk düzenini alabora etti" diye konuştu.

Temel yasa olan Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe girişinin üzerinden henüz 2 yıl bile geçmemişken iktidarın yeniden "uyum" adı altında "uzlaşma, dava açılmasını erteleme,



hükümün açıklanmasını erteleme" gibi düzenlemeler getirmişken, henüz yeni yasa tasarılarının tam oturmadıkça yeni karmaşalar beraberinde getireceğine işaret ediyor. TBB Başkanı Özdemir Özok, yasa değişikliklerini değerlendirirken TBB ve barolar olarak değişikliklere karşı çıktıklarını anımsattı. Özok, "Üstelik bu düzenlemeler yarıdan mal kaçırmasına yapıldı. Öyle acele edildi ki, 15 yıldır vatanın hazretk bir yasa

► Türk Ceza Yasası'nın iki yıl önce yeniden değiştirilmesinin ardından, Özdemir Özok, kaçırmasına yapıldı, adalet duygusunu sağladığına değil, dinlemeyenleri, bir g

konuldu. Böylece, niden değiştirildi, dedi. Ceza yasaları sıklıkla kimsenin çıkmadığı kaydedildi. "Biz eleştirilerimiz, gülmüş muhatap bulduğumuz temel yasa bu sahipsiz olmadı. Bu kalemlik deşik edilen bir yasa luma sunulmadı. Ülke savcılar ve yargıçlara yönelik yapılsa bu insan ceza yasasından sonra nas

TBB Başkanı Özok: Temel yasalar sahipsiz kaldı

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özok, AKP iktidarının hukuk düzeninin balansını bozduğunu işaret ederek, temel yasa olan TCY'nin yürürlüğe girişinin üzerinden 2 yıl bile geçmemişken iktidarın yeniden "uyum" adı altında "uzlaşma, dava açılmasını erteleme, hükümün açıklanmasını erteleme" gibi karmaşık düzenlemeler getirdiğini belirtti. ■ 5. Sayfada

sarrulu olduğunu düşünüyoruz. Türk hukuku için son derece olumsuz sonuçlar doğuracak değişikliklere gidiliyor, bunlar kabul edilemez" değerlendirmesini yaptı.

Özok, iktidarın popülizm yaklaşımını medeniyet Türkiye hukuk düzeninin balansını bozulduğunu anlatırken "Sistematiği bozdu. Ben yaptım, oldu" anlayışı temel yasa değişikliğine gidilen bir dönem olmadı. Hakk olduğunu görülebilecek. Peş peşe yeni değişiklikler yapmak zorunlu olacaklar. Çoğunluk oluşturma verdiğini rahatlıkla istediklerini yapıyorlar, artık çoğunluk baskı haline dönüştü. "Biz yaparız" anlayışını

TBMM'DE 'ÖZOK' TARTIŞMASI

Avukatlık sınavı kalkıyor

ANKARA (Cumhuriyet Büro) - TBMM Genel Kurulu'nda, avukatlık sınavının kaldırılması tartışıldı.

TBB'DEN HÜKÜMETİN AVUKATLIK SINAVI'NI İPTAL ETMESINE TEPKİ

Sınava kaldırılması mesleğin geleceği için çok vahim

Özok, diktatör, Değerli, kağıt, uzlaşma, TURK (TBB) Başkanı, avukatlık ni öngörerek, "A milletvekiline, be Barolar Birliği'ne yönelik hasmane tavırını yüce ulusumuza şükayet ediyoruz" dedi. Ve özellikle şöyle konuştu:

SEZER UMUDUMUZ

Barolardan hükümete Avukatlık Yasası tepkisi

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, avukatlık sınavının kaldırılması ve avukatların sorunları konusunda TBMM Genel Kurulu'nda tartışıldı.

Barolar Birliği sınavda ısrarlı

Barolardan avukatlık sınavının iptaline tepki

BAROLAR Birliği Başkanı Özdemir Özok, avukatlık sınavının kaldırılmasını sert şekilde eleştirdi ve "AKP

TBB'nin beş talebi var

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, hükümetin avukatlık sınavını iptal etmesiyle ilgili beş talebi TBMM Genel Kurulu'nda sundu.

Avukatlık sınavı kalktı

Hukuk Fakültesi mezunlarının stajın ardından avukatlık yapabilmek için girmesi gereken ve bu yıl ilk kez yapılması beklenen sınavı iptal etti. Türkiye Barolar Birliği ve CHP'nin karşı çıktığı sınavın kaldırılmasına ilişkin yasa teklifi dün gece tartışılma oturumunda TBMM Genel Kurulu'ndan geçti.

AKP'li Muzaffer Külcü'nün görüşmelerde "Türkiye Barolar Birliği ideolojik davranıyor" sözleri CHP'lilerin tepkisine neden oldu. CHP'li Orhan Eraslan da, avukatlık sınavının geçen dönemde DSP, MHP, ANAP, DYP ve FP'nin oybirliğiyle çıkarıldığını, bugün AKP'nin sınavı savunduğunu anımsattı. AKP Konya Milletvekili Ahmet İyık'ın imzasını taşıyan teklifin kabul edilmesiyle Aralık'ta yapılması beklenen sınav yasadandan çıkarıldı. 2001'de getirilen sınav 5 yıllık geçiş sürecinin ardından ilk kez bu yıl yapılacaktı. ■ ANKARA Milliyet

Hükümeti uyararak Özok taleplerini de şöyle sınladı: ■ Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 150. maddesinde CMK Yürürlüğü Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde değişiklik tasarısını geri çekilsin.

Hükümeti uyararak Özok taleplerini de şöyle sınladı: ■ Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 150. maddesinde CMK Yürürlüğü Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde değişiklik tasarısını geri çekilsin.

Vekillere sınavı kaldırma mektubu

BAROLAR Birliği Başkanı Özdemir Özok, avukatlık sınavının kaldırılması için TBMM üyelerine mektup gönderdi.

Barolardan sınav tepkisi

Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özok, çekincelerini anlatırken, avukatlık sınavının kaldırılmasına ilişkin teklifin Başbakan'ın talimatıyla TBMM Genel Kurulu'nda kabul edildiğini



Sezer avukatlık kanununu onayladı

CUMHURBAŞKANI Sezer, baroların büyük tepki gösterdiği Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yaparak avukatlık sınavını kaldırarak kanununu onayladı. Kanun, avukatlık stajının ardından mesleğe başlayabilmek için getirilen sınav şartını yürürlükten kaldırdı. Türkiye Barolar Birliği, sınavın kaldırılmasına büyük tepki göstermiş ve Sezer'den yasayı veto etmesini istemişti.

TBB Başkanı Özok, hükümeti eleştirdi.

sanın önceki dönem vatanseverlikte emenamlarını ilke-ya saygı, umuhtayecirinden ol-

kanın Önde-lerindeki gelişiminde talemlere lakti çok di-krasi, im-ünistliği il-ndan ciddi bci

Sezer seim-çirde mani-YOR

Özok, nda yapılar inetim ke unı

ndan ciddi arı örgütisel peryalist

ki ve terör bit ediyör olmak

brun

Barolar Birliği (TBB) Başkan

Özok, çekincelerini anla

avukatlık sınavının kal-

Barolardan sınav tepkisi

Sezer avukatlık kanununu onayladı

CUMHURBAŞKANI Sezer, baroların büyük tepki gösterdiği Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yaparak avukatlık sınavını kaldırarak kanununu onayladı.

Kanun, avukatlık stajının ardından mesleğe başlayabilmek için getirilen sınav şartını yürürlükten kaldırdı.

Türkiye Barolar Birliği, sınavın kaldırılmasına büyük tepki göstermiş ve Sezer'den yasayı veto etmesini istemişti.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU VE BARO BAŞKANLARININ 2-3 Aralık 2006 KIZILCAHAMAM TOPLANTISI SONUÇ BİLDİRİSİ

Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukat ve avukatlık mesleği; hukuki sorunların ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması bağlamında, yaşamsal bir önem ve değere sahiptir.

Bu amaçla, dünyanın bütün gelişmiş demokratik ülkelerinde, savunmanın ve savunma mesleğinin önündeki engeller kaldırılmış, uluslararası sözleşmelerle avukatların mesleklerini özgürce yerine getirmelerine olanak sağlanmış, avukatlık mesleğinin kalitesinin yükseltilmesi amacıyla, başta avukatlık mesleğine sınavla kabul olmak üzere, pek çok önlem alınmış iken günümüz iktidarının, Türkiye Barolar Birliği ve 78 baronun muhalefetine rağmen Avukatlık Yasası'nda değişiklik yapmak suretiyle avukatlık sınavını kaldırmış olması, sadece avukatlık mesleğine yönelik ağır bir saldırı değil, aynı zamanda vatandaşların hak ve yararlarının tehlikeye atılmasına yönelik talihsiz ve öngörüsüz bir adımdır.

Zira, Avukatlık Yasası'nda yapılan değişiklikle kaldırılan '*Avukatlık Sınavı*', '*sadece vatandaşları ehil olmayan meslek sahiplerinden korumak için değil, aynı zamanda öğrenci adaylarını ehil olmayan hukuk fakültelerinden korumak, hukuk eğitiminde sağlıklı rekabeti sağlamak için gereklidir.*'

Hukuk devletinin korunmasında ve ona sahip çıkılmasında, ceza mevzuatı ve yargılaması yaşamsal değerdedir. Ceza adaletinin sağlanması konusunda, demokratik pek çok ülkede avukatların ve baroların görev ve etki alanlarının sınırları genişletilirken, günümüz iktidarının bu alanda daraltmaya gitmesi, kazanılmış pek çok hakları çiğneyerek, uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Birliği normlarını göz ardı ederek, baroları ve avukatlık mesleğini etkisiz kılmaya çalışması, biz avukatların ve avukatlık yasası ile hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumakla görevlendirilen baroların kabul edebileceği bir anlayış değildir.

Bütün bu nedenlerle, günümüz iktidarının zorunlu müdafilik kapsamında yapılan avukat görevlendirmelerinde ve CMK ödenekleri konusunda Türkiye Barolar Birliği ve Baroları etkisiz kılmak, Adalet Bakanlığı'nın mali ve idari vesayeti altında görev yapacak yeni bir CMK avukatlığı türü ihdas etmek ve avukatları angarya ile çalıştırmak amacı ile 5271 sayılı CMK ve 5237 sayılı TCK da değişiklik içeren yasa tasarıları ve tekliflerinin TBMM'de görüşülüyor olması, sadece avukatlık mesleğine ve barolara yönelik siyasi amaçlı bir tasfiye eylemi değil, daha çok hukuku ve hukukun üstünlüğü ilkesini, hukuk devletini tahrip etmeye yönelik kabul edilemez bir olumsuz gelişmedir.

Tüm bu nedenlerle aşağıda isim ve imzaları bulunan Baro Başkanları olarak;

1. CMK'nın 150. maddesi ile CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde değişiklik yapılmak üzere hazırlanan tasarı ve teklifin geri çekilmesini,

2. 1136 sayılı Avukatlık Yasası ve 5271 sayılı CMK Yasası ile baroların ve avukatlık mesleğinin kazanımlarına saygılı olunmasını,

3. 5271 sayılı CMK ve 5237 sayılı TCK'da değişiklik yapılması önerilen yasa tasarı ve teklifleri ile uzlaşma kurumunun kapsamının genişletilerek, cezaların genel önleme ve caydırıcılık özelliklerini ortadan kaldıracak, yanı sıra zorunlu müdafilik uygulamasının alanını daraltacak ve yine savunma hakkına önemli ölçüde kısıtlama getirecek düzenlemelerden vazgeçilmesini,

4. 01 Ocak 2007 tarihinden itibaren uygulamaya konulacak olan yasa ile çalışmak zorunda kalan tüm emeklilerin maaşlarından vazgeçmelerini veya aylık gelirin %35'ine varan oranda ek prim ödemelerini öngören ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin anayasal niteliklerinden olan sosyal devlet ilkesine aykırı düzenlemeden ivedilikle geri dönülmesini,

5. Uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan mahpus ve sanık haklarına saygılı olunmasını, bu bağlamda ceza ve tutukevlerinde uluslararası standartlara uyulmasını, talep ediyoruz.

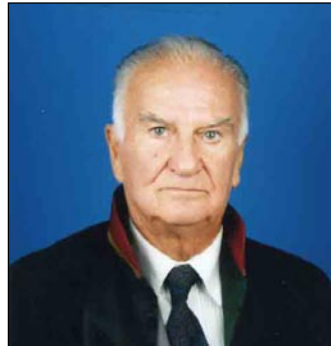
Bu taleplerimizin kabul edilmemesi, hukuka, hukukun üstünlüğü ilkesine, hukuk devleti kavramına aykırı, baroların ve avukatlık mesleğinin hem kişiliklerine ve hem de kazanılmış haklarına yönelik sistemli saldırılara son verilmemesi durumunda, Türkiye Barolar Birliği ve barolar olarak, her türlü hukuki ve demokratik haklarımızı kullanacağımızı kamuoyunun ve yürütme erkinin bilgilerine sunarız. Saygılarımızla.

* Yasalar için Ekler bölümüne Bkz.

HİLMİ BECERİK'İ KAYBETTİK

Aydın Barosu avukatlarından olup uzun yıllar (1969-1988) Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi ve TBB Başkan Yardımcılığı yapmış Hilmi Becerik ağabeyimizi kaybettik. 1926 yılında Aydın'da doğan Hilmi Becerik, 1949 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirmiş, 1969 yılında Türkiye Barolar Birliği'nin ilk genel kuruluna Aydın delegesi olarak katılmıştır.

Evli ve bir çocuk babası olan değerli ağabeyimize Tanrı'dan rahmet ailesine ve meslektaşlarına sabırlar dileriz.



13. BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI

2-3 Aralık 2006 tarihlerinde Kızılcahamam'da TBB Başkanı TBB Yönetim Kurulu üyeleri ve 71 baro başkanının katılımı ile 13. Baro Başkanları Toplantısı yapıldı.

Yeni seçilen 35 baro başkanı ile toplantıya katılan diğer baro başkanları biri birleriyle tanıştılar. Toplantı tutanakları çok kısa zamanda yayımlanacağı için burada bilgi verilmemekle birlikte toplantı sonunda Ankara'da yapılan basın toplantısında açıklanan ortak bildiri yan tarafta bulacaksınız.

AVUKATLIK SINAVI KALKTI

AKP Konya Milletvekili Avukat Ahmet Işık'ın 23 Aralık 2006 tarihinde ÖSYM tarafından yapılacak Avukatlık Sınavı'nın ertelenmesine ilişkin değişikliği teklifi TBMM Alt Adalet Komisyonu'nda ve ana Komisyonda yapılan görüşmeler sonrasında "sınavın kaldırılması" sonucuna ulaştı.

Teklifin Adalet Bakanlığı'nda görüşülmesi sırasında TBB adına Avukat Özcan Çine, teklifin yerinde olmadığını ısrarla savunmasınakarşın Adalet Bakanlığı bürokratları, toplantıya katılan milletvekillerinin de etkisi ile teklifi tasarı olarak benimsenmesi uygun görülmüştür.

Sonraki aşamada TBMM Alt komisyon ve ana Komisyona görüşleri alınmak üzere davet edilen Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok, "Sınavın yapılması gerektiğine ilişkin" görüş ve gerekçelerini açıkladı. Ancak bu görüşler dikkate alınmadı. TBMM Genel Kurulu'na "1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun sınava ilişkin... maddelerinin kaldırılması" şeklinde indirilen tasarı, CHP milletvekille-

rinin muhalefetine rağmen AKP'li milletvekillerinin oylarıyla 28.11.2006 günlü oturumda kabul edilerek Cumhurbaşkanlığı'nca da onaylandıktan sonra 14.12.2006 günlü ve 27376 sayılı *Resmi Gazete*'de 5558 sayılı no'su ile yayımlanarak yürürlüğe girdi.

Bilindiği gibi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinde, 2. 5. 2001 günü yürürlüğe giren 4667 sayılı yasa ile bü.yük ölçüde çok önemli değişiklikler yapılmış ve avukatlık mesleğine kabul şartlarına "... Avukatlık sınavını başarmış olmak..." koşulu eklenmişti. Sınava girecek olan avukat stajyerlerinin bir kısmının ebeveynleri bazı milletvekillerinin de çabalarıyla TBMM'nin 25.06.2002 günlü oturumunda; "öğretmenlik görevi ile avukatlık görevinin birlikte sürdürülmesi" konusunda yapılan değişikliğe (Geçici madde. 20) ek olarak "sınavın 02.05.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar için uygulanmayacağı" yolunda bir paragraf eklenerek sınav, fiili olarak yaklaşık 4,5 yıl süre ile ertelenmişti.

Son olarak yapılan kanun değişikliği ile sınav tamamen kaldırılarak, bundan sonra "avukatlık sınavı" konusu gündemden çıkarılarak avukatlık mesleğinin gelişmesi yolundaki yoğun çabalara ağır bir darbe vurulmuştur.

Bu sınav yapılabilseydi hukuk ve staj eğitiminin eksiklikleri objektif ölçütlerle tespit edilmiş olacak, ÖSYM'ce gerçekleştirilecek sınavın şekil ve içeriği değerlendirilerek gerekli düzeltmelere gidilebilecek, sınav olduğu için bu dönem özellikle kendini daha iyi yetiştirmeye çalışan avukat stajyerlerinin büyük çoğunluğunun çalışmaları heba edilmiş, Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılan Hukuk Eğitim-Staj reform ve avukatlık mesleğinin daha kaliteli hale getirilmesi çalışmaları kesintiye uğratılmamış olacaktı.



TBB başkanı Özdemir Özok Selanik'te Ata'nın evinde özel deftere yazarken

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ HEYETİ SELANİK'TE

TBB Başkanı Özdemir Özok ile aralarında TBB Yönetim ve Disiplin Kurulu üyelerinin de bulunduğu bir TBB heyeti, 10 Kasım Pazar günü Büyük Atatürk'ün Selanik'teki doğduğu evde, aramızdan ayrılışının 68. yıldönümü nedeniyle düzenlenen törene katıldı. Özok, Büyük Atatürk'ün aziz hatırası önünde saygı duruşu sonrası anı defterine Türk avukatları adına şu metni yazdı:

"Sevgili ATAM,

Doğumunun 125. yılında ve aramızdan ayrılışının 68. yıl dönümünde, Selanik'te doğduğunuz evi ve yaşadığınız kenti Türk avukatları adına oluşturulan bir heyetle ziyaret etmekten onur duyduğumuzu ve anlamlı bir görevi yerine getirmenin heyecanını yaşadığımızı ifade etmek isterim.

Türkiye Barolar Birliği olarak bu anlamlı günde ve mekanda size ve eserlerinize olan sarsılmaz inancımızı, övüncümüzü ve bağlılığımızı bir kez daha kararlılıkla yineliyoruz.

Aziz ATAM,

Bin bir çile ve çetin koşullar altında gerçekleştirdiğiniz Kurtuluş Savaşı'nın başarıları üzerine kurduğunuz laik, demokratik, çağdaş Türkiye Cumhuriyeti, kökleri o günlere giden, tutucu, gerici, dinci ve bölücü kimi muhalefet odaklarına karşın, halkımızın size ve devrimlerinize olan inanç ve bağlılığı nedeniyle bölgesinin en saygın ve güçlü devleti olma özelliğini sürdürebilmektedir.

Çünkü halkımız, ulusumuzun ve ülkemizin çağdaş geleceğinin sizin 'Türkiye Cumhuriyeti'nin temeli kültürdür' özdeyişinizin çizdiği aydınlık yolda olduğunu bilmekte ve inanmaktadır. Ayrıca yurttaşlarımız, bağ-

nazlıktan ve karanlıktan çıkamamış toplumları gördükçe de size minnet ve bağlılıklarını yinelemektedir.

Değişen ve giderek çözülen ulusal ve uluslar arası ilişkiler yanında, her geçen gün daha da bozulan ekonomik ve toplumsal yapıımızda bizlere rehber olan sizin **'Benim manevi mirasım, ilim ve akıldır'** sözlerinizdir.

Ayrıca sizin, savaşı ve devrimci karakterinizi tamamlayan barışı ve demokrat kişiliğinizi simgeleyen **'Yurtta barış, dünyada barış'** sözleriniz de savunduğumuz ilkelerin başında gelmektedir.

Bağımsızlık savaşımızın önderi, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu, büyük komutan, eşsiz devlet adamı, aziz ATATÜRK,

125 yıl önce dünyaya geldiğiniz ev ve kentte, sizi sonsuzluğa uğurladığımız 10 Kasım 1938 gününün 68. yıl dönümünde huzurunuzda saygı ile eğiliyor, devrimlerinizin yılmaz takipçisi olduğumuzu tüm dünyaya haykırıyoruz.”

“CUMHURBAŞKANI SEÇİMİ ÖNCESİ CUMHURBAŞKANLIĞI” KONUSU SEMPOZYUM

Türkiye Barolar Birliği 12-13 Ocak 2007 tarihlerinde Ankara'da **“Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı”** konusunda bir sempozyum düzenledi.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok'un açış konuşmasından sonra, ilk gün birinci ve ikinci oturumda **“Başkanlık Sistemi ve Cumhurbaşkanı”** politik ve bilimsel yönden incelenecek, ikinci gün **“Cumhurbaşkanının Nitelikleri ve Yetkileri”** masaya yatırılacaktır.

Prof. Dr. Cemil Oktay (Maltepe Ü.), Doç. Dr. Serap Yazıcı (İstanbul Bilgi Ü.), Yrd. Doç.

Dr. Şule Özsoy (Galatasaray Ü.), Prof. Dr. Ersin Kalaycıoğlu (Işık Ü. Rektörü), Prof. Dr. Ahmet Mumcu(Başkent Ü.), Yrd. Doç. Dr. Ece Göztepe (Bilkent Ü.), Prof. Dr. Ergun Özbudun (Bilkent Ü.), Prof. Dr. Süheyl Batum (Bahçeşehir Ü. Rektörü), Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Galatasaray Ü.) konuşmacı olarak sempozyuma katılacaklardır

TÜRK CEZA HUKUKU DERNEĞİ 301. MADDEYİ YENİDEN DÜZENLEDİ

Tartışmalı TCK 301. madde ile ilgili olarak Av. Taylan Erimer, Av. Fikret İkiz ve Doç. Dr. Ümit Kocasakal'dan oluşan Türk Ceza Hukuku Derneği komisyonu aşağıdaki metni, Dernek Başkanı Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile Gazeteciler Cemiyeti Başkanı Orhan Erinç'in katıldığı bir basın toplantısı ile kamuoyuna açıkladılar.

“Madde 301: Türk milletine ve anayasal organlara hakaret

(1) Türk milletine, Cumhuriyete, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, hükümete, devletin yargı organlarına yahut askeri veya emniyet kuvvetlerine, bunların saygınlığını tehlikeye düşürecek şekilde alenen hakaret eden kişi altı aydan iki seneye kadar hapis veya 180 günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada sayılan organlara veya kurumlara hakaret kastı olmaksızın, eleştirmek amacıyla veya bilim ve sanat özgürlüğü sınırları içinde yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(3) Birinci fıkrada belirtilen suçun;

a) Türk milletine veya Cumhuriyete yönelik olarak işlenmesi halinde soruşturma re'sen,

b) Belirtilen diğer organ ve kurumlara

karşı işlenmesi halinde soruşturma ancak bu organ veya kurumların verecekleri izin ile” yapılır.

TÜRK-ARAP AVUKATLARI ORTAK TOPLANTISI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği ile Ankara Barosu'nun Arap Ülkeleri baroları ile ortaklaşa düzenlemiş oldukları “*Lübnan'a Yapılan Saldırıları-Filistin Sorununun Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarına Olan Etkileri ile Dünya Barışı'na Olan Etkisi Yönünden Hukukçuların Konuya Bakış Açıları*” konulu sempozyum 17-18 Kasım 2006 günleri Ankara'da yapıldı.

İlk gün açılış töreninde Adalet Bakanı Müsteşarı Fahri Kasırga, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, Ankara Barosu Başkanı Vedat Ahsen Coşar ile Arap Barolar Birliği Başkanı Sameh Ashour ve UIA Orta Doğu Bölge Temsilcisi Sami Akı'ın konuşmalarından sonra, TBMM Eski Başkanı, Dışişleri Eski Bakanı Hikmet Çetin'in başkanlığında Mohamed Walid Al-Tesh, (Suriye Barosu Başkanı) “*İsrail'in, Uluslararası Hukuka aykırı olarak Filistin ve Lübnan'a yaptığı saldırılarda işlediği suç ve ihlaller*” konusunda; Cengiz Çandar, (Gazeteci) “*Orta Doğu'da sınırlar ve İsrail'in Meşruiyet sorunu*” konusunda; Abdel Azzim Al Moughrabi (ALU Genel Sekreter Yardımcısı) “*Filistin Sorunu ve Arap Ulusal Güvenliğini tehdit eden tehlikeler (Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Perspektif)*” konusunda; Mostapha Al-Asir (Tripoli Barosu Başkanı) “*İsrail'in Lübnan'a Yaptığı Askeri Operasyonlara Karşı Hukuki Girişimlerde Bulunma Yolları Üzerine Bir Hukuk çalışması*” konusunda tebliğlerini sundular.

İkinci oturum Fas Barolar Birliği Başkanı Al Tayeb Al Sasi başkanlığında yapıldı. Ahmed Al-Sayyad (Filistin Barosu Başkanı) “*Bizler Avukat olarak, çoğunlukla Siyasetçilerin gündümündeki Küreselleşme ve sonu gelmeyen Militarizmden kaynaklanan, nüfusun büyük bir kısmının acı, utanç ve yoksulluk içinde yaşamasını önleyebilecek modeller ve analizler üretemez miyiz?*”; Soli Özel (Gazeteci, Araştırmacı, Bilgi Üniversitesi) “*Planlanmış Sonuçlar: İsrail'in Hizbullah ile savaşı ve Orta Doğu Politikasının değişen dinamikleri.*”, Omar Zein, (ALU Genel Sekreter Yardımcısı) “*İsrail'in üzerine düşen Yasal Yükümlülükler ve Tazminat zorunluluğu*”, Al-Basheer Ragab Al-Twir (Libya Barosu Başkanı), Ötekini şeytan yapmak dürüst bir politika değildir; Doğu ve Batı mutlak olarak ayrılacak bayraklar değildir; adaletsizliğin ve zulmün tarihi birbiriyle bağlantılıdır. O halde bizle, Arap ve Türk Baroları olarak insanlığı, özellikle de gelecek kuşağı sonu gelmeyen savaş ve acılardan kurtarmak, eleştirel düşünceye olanak tanımak ve ortak özgürlük ve karşılıklı aydınlanmaya sahip olmak için neler yapabiliriz? konularında konuştular.

İkinci gün ilk oturum TBB Genel Sekreteri, Eski Milletvekili Av. Güneş Gürseler başkanlığından yapıldı. Sami Akı (UIA Orta Doğu Bölge Temsilcisi), “*Gerek Araplar, gerekse İsraililer, kendilerini rahatsız eden sorunları ordularının yarım asrı aşan süredir çözemediklerini göz önüne alarak barış yolu ile çözemeler mi? Bu konuda Arap ve İsraili entelektüeller üzerlerine düşen görevler yerine getiriyorlar mı? Barış artık çok mu uzakta?*”, Samir Khafan (Ürdün Barosu Başkan Vekili Temsilcisi), “*Kadim Filistin Ve Kadim İsrail Topraklarında İsraililer Ve Filistinliler*

İçin Bağımsız Bir Laik Devlet Olamaz mı?”, Fathy Khalil (Sudan Barosu Başkanı), “Anlık tatmin sağlayan, pek az öz bilgi ve güvenilir analiz içeren, günümüzün şaşkıncı bağımlılık ilişkilerini eleştirel biçimde anlamaya değil, savunmacı öz gururu okşamaya yarayan bir yutturmaca olan Medeniyetler Çatışması, İslam veya Batı türü genel soyutlamaların peşinden sürüklenmek yerine, güçlü ve güçsüz toplumlara, akla dayalı laik siyasete ve cehalete, adalete ve adaletsizliğe dair evrensel ilkelere dayalı kavramlar üzerinde düşünmeye hukukçular olarak nasıl katkı yapabiliriz?”, Doç. Dr. Mahmut Mutman(Bilkent Üniversitesi), “Nazizim, İsrail ve Filistin” konularında konuşma yaptılar.

İkinci Oturum Başkanlığını Bahreyn Barosu Başkanı Dr. Abbas ISSA HILAL yaptı. Abdulsattar Bin Moussa(Tunus Baro Başkanı) “*Uluslararası Hukuk’un çıkmaza girdiği noktaları*”, Prof. Dr. Hüseyin Bağcı (ODTÜ Uluslararası İlişkileri) “*1945 ten başlayarak 2006’ya kadar Ortadoğu’ya Global Bakışı*”, Ahmet Al-Sayyad (Filistin Baro Başkanı), “*Filistinli Mülteciler için Geri Dönüş Hakkı*” ve Ceren Gürseler (ODTÜ (MA) Uluslararası İlişkiler Uzmanı), “*Kuruluşundan Hamas’a kadar Filistin Kurtuluş Örgütü*” konularında sunum yaptılar.

İSTANBUL’DA BULUNAN HUKUK FAKÜLTELERİ DEKANLARI İLE TOPLANTI YAPILDI

İstanbul’da bulunan on bir hukuk fakültesi ve Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanları ile Bahçeşehir ve Galatasaray Üniversitelerinin hukukçu rektörlerinin katılımı ile gelenekselleşmeye başlayan TBB ve hukuk fakülteleri toplantısı İstanbul’da yapıldı.

Toplantıya çağrılan Rektörler veya temsilcileri ile bütün hukuk fakülteleri dekanları veya temsilcileri toplantıya katıldılar.

Toplantı sonunda Anadolu’da bulunan hukuk fakülteleri dekanları toplantısından sonra ortak hareket etme kararı alınması konusunda görüş birliğine varıldı.

10 ARALIK İNSAN HAKLARI GÜNÜ KUTLANDI

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin kabul günü olan 10 Aralık İnsan Hakları Günü Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi’nin düzenlediği çeşitli etkinliklerle kutlandı.

İlk olarak İnsan Hakları Merkezi Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay’ın açıklamalarıyla İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin bir kitapçıkla ilgililerin incelemesine sunuldu.

Karikatürcüler Vakfı ile Türkiye Barolar Birliği ortaklaşa “*İnsan Hakları*” konulu bir sergi açtı. Ayrıca sergi ile ilgili olarak bir kitapçık yayımlandı. Sergi sırasında bir kokteyl verildi. Aynı gün akşam karikatürcüler ile birlikte yemek yenildi.

10 Aralık günü Ankara Barosu Eğitim Merkezi (ABEM), Danıştay Fahri Başkanı Nuri Alan, Emekli Büyükelçi Faruk Loğoğlu, Av. Talay Şenol ve Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak’ın katılımı ile “*Bürokrasi ve İnsan Hakları*” konulu bir panel yapıldı.

Panelin açış konuşmalarını TBB Başkan Yardımcısı Av. Ünsal Toker ile TBB-İHAUM Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay yaptılar.

Geniş bir izleyici kitlesinin ilgi ile izlediği panelden sonra İnsan Hakları kutlama törenleri sona erdi.

HAKİM VE SAVCI MESLEĞİNE KABUL YETKİSİ ADALET BAKANLIĞI'NDA DEĞİLDİR

Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV)'ın açtığı dava sırasında Danıştay Adalet Bakanlığı'nın sınav ve mülakatla hakim ve savcı alması işlemiyle ilgili çok önemli bir karar aldı.

YARSAV, bakanlığın idari yargıda 100, adli yargıda 500 hâkim ve savcı adayı alımına yönelik sınav ilanıya, buna esas olan Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nin yürürlüğünün durdurulması ve iptalini istemişti. YARSAV, Bakanlık yetkilerinin yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğunu savunmuştu.

Ancak bakanlık, açılan davaya rağmen süreci başlatmış ve idari yargı hâkim adaylığı için yazılı sınav ÖSYM tarafından 15 Ekim 2006'da yapılmıştı. Adli yargı hâkim adaylarının yazılı sınavı da 25 Kasım'da yapılacaktı. Bakanlık, idari yargı hâkim-savcı adaylığı yazılı sınavını kazanan 482 adayın listesini açıklamış, mülakat tarihini de duyurmuştu. Danıştay'sa davalı bakanlıktan savunma istemişti.

Danıştay 12. Dairesi, bakanlığın 'dava reddedilsin' savunmasını yeterli bulmadı ve bakanlığın idari ve adli yargı hâkim ve savcı adayı alımına ilişkin ilanları iptal etti.

Daire kararını, gerek Hakimler ve Savcılar Kanunu, gerek Adalet Bakanlığı'nın Kuruluşuna İlişkin Kanun'da, Adalet Bakanlığı'nın hakim ve savcı adaylarını almada sınav yapma yetkisi' olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı gerekçesine dayandırdı. Danıştay, sınava esas olan yönetmeliğin tamamının yürütmesini de durdurdu.

Daha sonra Danıştay İdari Dava Daireleri

Kurulu, Adalet Bakanlığı'na hâkim ve savcı sınavı düzenleme yetkisi tanıyan yasanın, "Anayasa'ya aykırılık" iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini kararlaştırdı.

Kurul, Anayasa Mahkemesi'nden gelecek kararın beklenmesi için Adalet Bakanlığı'nın açtığı hâkim ve savcı sınavının 5 ay süreyle yürütmesinin durdurulmasını da karara bağladı. Böylece, sınavla ilgili ikinci kez yürütmeyi durdurma kararı verilmiş oldu. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'ya aykırılık" iddiasını yerinde görürse, Adalet Bakanlığı'na sınav yapma yetkisi tanıyan Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8 ve 9. maddeleri iptal edilecek ve bakanlık, hakim ve savcı adaylığı sınavı yapamayacak. Olası iptal kararı halinde; yüksek mahkemenin gerekçesi dikkate alınarak yeni yasal düzenleme yapılacak. Hakim ve savcılık sınavı düzenleme yetkisinin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na devredilmesi de gündeme gelebilecek.

AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSYONERİ THOMAS HAMMARBERG TBB'Yİ ZİYARET ETTİ

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyoneri Thomas Hammarberg, 1 Kasım'da başlayan 3 günlük Türkiye ziyaretinin ilk gününde, TBB'ni ziyaret etmiştir. Başkan Özdemir Özoek'un İstanbul'da olması nedeniyle katılamadığı görüşmede, Hammarberg'i ve beraberindeki yardımcılarını TBB Başkan Yardımcısı Av. Ünsal Toker ve İHAUM Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay karşıladılar.

İnsan Hakları Komisyonerinin görevi, Avrupa Konseyine üye 46 devlette insan haklarına saygının ve bu alanda bilinçlenmenin artmasına hizmet etmek olarak tanımlanmıştır. Komisyoner, Avrupa Konseyi içinde

bağımsız bir konumda çalışmakta ve bir tür "ombudsman" sayılmaktadır. Hammarberg'in ziyareti, Türkiye'de kamu denetçiliği kanununun yürürlüğünün Anayasa Mahkemesi'nce durdurulduğunun açıklanmasının hemen ardından gerçekleşmiştir. TBB'nde görüşme sırasında Hammerberg'in soruları üzerine, kendisine kanunun geleceği konusundaki

olasılıklar üzerinde bilgi verilmiştir. TBB'nin tarihçesi, yapısı ve çalışma alanları konusunda verilen bilgilerle yakından ilgilenen Hammarberg, kendi kurumu ile TBB arasında işbirliği kurulmasının çok yararlı olacağına inandığını ve bunun için ilk adım olarak TBB'nden bir heyetin Strazburg'u ziyaretinin yerinde olacağını belirtmiştir.

YARGI İĞNEYİ KENDİNE BATIRDI

ANKARA - Yargıda otomasyona geçildiği savunulsa da, yeterli ve nitelikli işgücü açığı komik sonuçlara yol açıyor. Bunun bir örneği 'güldüren suçlar' oldu. Dosyalardaki yazım hatalarına göre; Türkiye'de 'hakikate aykırı muhalefette bulunmak', 'kaçakçılıktan pişmanlık duymak', 'tedavi için başvurmak' suç. 'Suçun izne tabi olması', 'amme kâğıtlarının kapsamı ve tarifi', 'umumi ışıkları keyfi surette söndürme' suçları da var!

Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mustafa Ernalbant, her bir harfi dahi önemli olan yargı kararlarında 'suçun adı' bölümünde yapılan yazım hatalarını derledi. Ernalbant, yargıdaki merkezi otomasyon sistemi olan UYAP sistemine giren dosyalarda rastladığı 58 hatayı 'UYAP'ta ilginç suç adları' başlığı altında toplarken 'adalet.org' sitesinde de yayımladı. Ernalbant'ın UYAP sistemindeki dosyalardan seçtiği ve tek harfine dokunmadan listeye aldığı 'yeni suçlar' şöyle:

- Hakikate aykırı muhalefet suçu,
- Kaçakçılıktan pişmanlık suçundan
- Tedavi için başvurma suçundan
- Suçun izne tabi olması suçundan
- Müdafî tayini suçundan
- Amme kâğıtlarının kapsamı ve tarifi suçundan
- Alt ve Üst Sınırı Gösterilen İdari Para Cezası suçundan
- Umumi ışıkları keyfi surette söndürenler suçundan
- Sahte para devletin itibarını tehlikeye düşürdüyse suçundan
- İzinsiz yıkıcı, öldürücü eşya önemsiz miktardaysa suçundan
- Kaçak ve yasak eşyayı zamanında buldurmamak suçundan
- Felaketi önleyici aletleri yok etmek suçundan
- 765 S. K. nun Kitap Bap ve Fasıllarına Yapılmış Olan Yollamalar 5237 S. K. na Yapılmış Sayılır suçundan
- Memur düzenlediği evraktaki olayları gerçeğe aykırıysa suçundan

- İdari Para Cezasının Tahsilinden Sonra İlgili Kuruluşa Bildirilmesi suçundan
 - Terörle Mücadele Kanunu Kapsamına Giren Suçlardan Mahkûm Olanların Şartla Salıverilmeleri suçundan
 - Sahtecilikte memur, resmi ticari senetler suçundan
 - Bir cürmü öven ve halkı kanuna uymamaya tahrik eden, Suça kapalı tahrik suçundan
 - 4926 sayılı KMK. da gümrük kom. ve İTİRAZ. suçundan sanık A. Bölgesi Trafik Ekipler Amirliği hakkında yapılan yargılama sonunda,
 - Dost devletin resmen çekilmiş bayrağını yırtarsa. suçundan
 - Ölçü ve tartı aletleri tarifi suçundan
 - Casusluğa taksirle yol açma suçundan
 - Dik. ve ted. le adam yaralama ve ölümden sor. suçundan
 - Hafif para ve hafif hapis cezalarının idari cezaya çevrilmesi suçundan
 - 765 sayılı Kanuna Yapılan Yollamalar 5237 sayılı Kanunun İlgili Hükümlerine Yapılmış Sayılır suçundan
 - Terörle Mücadele Yasası Kapsamındaki Suçlardan Mahkûm Olanların Muhafazası
 - Sahte para basmak -Kalpazanlık suçundan sanık Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bak. Bölge. müd. hakkında yapılan yargılama sonunda
 - Yargı Kararından Önce Alacağını Yurda Getirenler suçundan sanık Trafik Denetleme Şb. Müdürlüğü İstanbul Valiliği hakkında yapılan yargılama sonunda,
 - 4926 sayılı KMK da silah kullanma yetkisi suçundan
 - Ağır Ceza Mahkemesi'nin Verdiği İdari Para Cezasına İtiraz suçundan
 - Adam kaldırmada haberleşme nakli suçundan
 - Terörle Mücadele Kanunu Kapsamında Mahkûm Olanların Hakları suçundan
 - 4926 sayılı KMK. para c. nin tah. müt. sorum. suçundan.
 - Göçmen kaçakçılığı yaşamlarını tehlikeye sokmuşsa suçundan...

(Adnan Keskin /Radikal)

AB'DEN VE CCBE'DEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya YEŞİLADALI
TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

I. AB'DEN HABERLER

• İSPANYA YENİ AVUKATLIK KANUNU

Özellikle avukatlık mesleğine girişi düzenleyen 34/2006 sayılı "*İspanya'da Avukatlık Mesleğine Giriş*" Kanunu 30 Ekim 2006 tarihinde yayımlanmıştır. Söz konusu Kanun yayımından beş yıl sonra yürürlüğe girecektir. Kanuna göre mesleki yeterlilik için;

1. Denetlenen ve resmi bir staj eğitim alınması,
2. Adalet Bakanlığı ve Eğitim bakanlıklarınca akredite edilecek kurslara devam edilmesi,
3. Baro'ya kayıt olunabilmesi için alınacak avukatlık unvanı Adalet Bakanlığı tarafından verilmesi, Gerekmemektedir.

Ayrıca, mesleki yeterliliğin saptanması için;

1. Staj/Eğitimin yeterliliğinin saptanması,
2. Meslek kuralları ve deontoloji bilgisinin değerlendirilmesi,
3. Adalet Bakanlığı ve Eğitim Bakanlığı tarafından toplanacak bir değerlendirme Komitesi,
4. Bu değerlendirmenin en az yılda bir kez yapılacağı, Belirtilmektedir.

• HİZMETLER DİREKTİFİ

Avrupa Parlamentosu'nda iki yıldır süren görüşme ve tartışmaların sonucunda, Kasım ayında yapılan Genel Kurul toplantısında, üye ülkeler Hizmetler Direktifi taslağı konusunda bir görüş birliğine varmışlardır. Bu uzlaşma Aralık ayında toplanacak olan Bakanlar tarafından formüle edilecek ve bundan sonrası söz konusu Direktifin üye devletler tarafından üç yıl içinde uygulanmasına kalacaktır. Bu Direktifin temel taşlarından bir tanesi de; avukatlar dahil hizmet sunucularınının diğer bir üye ülkede hizmet sunabilmeleri için yerine getirmeleri gereken formaliteleri tek bir

merkezde yapmaları olacaktır. Bu Direktif, avukatlara ilişkin diğer Direktiflerin öncelikle uygulanacağını da düzenlemektedir. Hizmetler Direktifi daha çok boşlukları doldurma görevi yapacaktır. Bu bağlamda, Barolar ve Hukuk Dernekleri bu Direktifin uygulanmasında hükümetle yakın çalışma içinde olacaklardır.

• KARA PARANIN AKLANMASI

Kara paranın aklanmasıyla mücadele görevi yapmakta olan Mali Eylem Görev Gücü(Financial Action Task Force)(FATF) Kasım ayında bir konferans düzenlemiştir. Bu Konferans'ın amacı; uygulamada avukat-müvekkil ilişkisi içerisinde bildirim yükümlülüğünün nasıl işlediğine bakmaktır. Bu Konferans'ta avukatların bildirimde bulunup bulunmayacağı tartışmasından ziyade bu yükümlülüğün uygulamada nasıl işlerlik kazanacağı görüşülmüştür. Bilineceği gibi, Belçika Barosu İkinci Kara Para Aklama Direktifi'nin iptali için girişimde bulunmuştur. Adalet Divanı bu konudaki kararını 14 Aralık'ta verecektir. Diğer taraftan, Avrupa Komisyonu avukatların bildirim yükümlülüğünün etkileri konusunda bir rapor üzerinde çalışmalarını sürdürmektedir.

• YENİ YÜZYILDA İŞ HUKUKU

22 Kasım tarihinde Avrupa Komisyonu iş hukukuyla ilgili bir Yeşil Tebliğ yayımlamıştır. Söz konusu Tebliğ çok tartışma yarattığı gibi işveren sendikalarından da büyük tepkiler almıştır. Bu çalışmanın temelini modern ve esnek bir çalışma ortamı sağlanırken işçiler için arzu edilen emniyet düzeyi nasıl sağlanmalıdır ana fikri oluşturmuştur. Yeşil tebliğ, "istihdam" ve "kendi kendini istihdam" gibi kavramların tanımlanmasına gerek olup olmadığı ve ayrıca her türlü iş aktine uygulanabilecek bir "haklar düzeyi" olması gerekip gerekmediğini ele almıştır.

• ŞİRKETLER HUKUKU

AB Komisyonu, şirketlerin kayıtlı bürolarını AB üyesi ülkelerde daha rahat hareket ettirebilmelerini sağlayacak bir Direktif önerisinde bulunmuştur. Diğer taraftan, AB şirketler hukukunun basitleştirilmesi konusunda da girişimler bulunmaktadır. Bu girişimin amacı, ticari iş bakımından gereksiz ve masraflı yükümlülükleri

ortadan kaldırmaktır. Ayrıca, bir hisse bir oy kavramı üzerinde de tartışmalar başlatılmıştır. Komisyon bu konulardaki çalışma raporunu önümüzdeki yıl Mayıs ayında beklemektedir. Çalışma raporunun alınmasını takiben bir Öneriler paketi hazırlanacaktır.

• FİNANSAL HİZMETLER

AB Komisyonu 16 Kasım tarihinde yatırım fonları ile ilgili olarak Beyaz Tebliğ (White Paper)'i yayımlamıştır. Söz konusu Tebliğ; sınır ötesi pazarlama hizmetlerinin artırılması konusundaki önerilerin detayını vermekte, toplu yatırımlar ve devredilebilir menkul kıymetler

konusunda yetki konusunu açıklamakta, piyasada konsolidasyon kriterlerini açıklamaktadır. Diğer taraftan, Komisyon finansal hizmetlerle ilgili olarak bir seri mevzuat değişikliğini önümüzdeki yıl sonbaharında yayımlamayı planlamaktadır.

• AİLE HUKUKU

Aile hukuku konusunda Temmuz 2006 tarihinde bir AB Yönetmelik Taslağı yayımlanmıştır(EU Divorce Regulation). Söz konusu Taslak Brüksel II (2201/2003) sayılı yönetmeliği değiştirmeye yönelik olarak hazırlanmıştır. Nitekim yeni düzenleme ile ilk defa sınır ötesi boşanma davalarında uygulanacak hukuku saptamak üzere kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması konusunda değişiklik getirilmektedir.

• SINIR ÖTESİ ALACAKLARIN TAHSİLİ

AB Komisyonu Avrupa'da parasal alacakların tahsili uygulamasını iyileştirmeye yönelik bir tartışma başlatmıştır. Komisyon; borçluların alacaklılar tarafından banka hesaplarını büyük bir hızla aynı Üye Ülke veya başka bir Üye Ülkeye taşıyarak izlerini kaybettirmekte, dolayısıyla takip ve tahsili zorlaştırmaktadırlar. Zira alacaklılar aynı hızla hareket ederek söz konusu hesapları bloke edememektedirler. Ayrıca, hukuki, usul ve dil engelleri de sınır ötesi takip ve tahsilleri pahalı kıldığı gibi geciktirmektedir. Bu doğrultuda, AB sınırları içinde mahkeme kararlarının icrasını hızlandıracak etkin bir mekanizma geliştirmek için çalışmalarını sürdürmektedir.

II. CCBE'DEN HABERLER

• TBB'nin üyesi bulunduğu Avrupa Barolar Konseyi (CCBE)'nin Genel Kurul Toplantısı 24-25 Kasım 2006 tarihinde Brüksel'de yapılmıştır.

• Genel Kurul Toplantısında, Bulgaristan ve Romanya'nın 2007 Ocak ayı itibarıyla AB'ne tam üye olmaları nedeniyle söz konusu ülke Baroları ve Baro temsilcileri CCBE'nin tam üyesi olmuştur.

• Diğer taraftan, AB üyesi olmamakla beraber İsviçre'nin hem CCBE'nin kurucu ülkelerden olması, hem de AB müktesebatını benimseyerek uygulamakta olması, özellikle avukatlar ve avukatlık mesleği ile AB düzenlemelerini uygulamakta olması nedeniyle İsviçre'de CCBE tam üyesi olmuştur.

• Toplantıda ayrıca Karabağ ve Sırbistan gözlemci üye olarak CCBE'ye katılmıştır.

• Bu Genel Kurulda Başkanlık seçimleri yapılmıştır. Bu bağlamda; Birinci Başkan Yardımcısı, İngiltere Delegelerinden, İskoç Barosunu temsil eden Avukat Colin Tyre Başkanlığa seçilmiş, İkinci Başkan Yardımcısı Peter Köves Birinci Başkan Yardımcılığına seçilmiştir. Üç turda sonuçlanan ve oldukça çekişmeli geçen İkinci Başkan Yardımcılığına ise Danimarka Delege Başkanı Anne Brigitte Gammeljörd seçilmiştir. Avukat Gammeljörd'ün seçilmesi ile CCBE Başkanlığında ilk defa bir bayan avukat görev yapacaktır.

• CCBE İnsan Hakları Komitesi avukatları bilgilendirmek üzere 23 Mart 2007 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 14 sayılı Protokolü'ne ilişkin bir seminer düzenleyecektir.

• İnsan Hakları Komitesi ayrıca bir insan hakları konusunda bir avukata ödül verilmesini kararlaştırmıştır.

• CCBE avukatların en son mevzuat ve uygulamaları izleyebilmesi ve bilgi sahibi olmalarının sürekli eğitim ile mümkün olduğuna inanmaktadır. Bu bağlamda, avukatların sürekli mesleki eğitimi için bir taslak model düzenleme hazırlamıştır.

SAVUNMA MESLEĞİ YÖNÜNDEN OLUMSUZLUKLAR YARATACAK İKİ YASA

Av. Özdemir ÖZOK*

Yıllarca sürdürülen mücadele ve çalışmalar sonunda, 2.5.2001 gün ve 4667 sayılı Yasa ile Avukatlık Kanunu'nda yapılan köklü değişiklikler arasında avukatlık mesleğine getirilmiş bulunan "avukatlık sınavı", karşı duruşlarımız, eleştiri ve uyarılarımız dikkate alınmayarak, popülist bir yaklaşımla kaldırılmıştır.

Otuz dört devlet ve vakıf üniversitesi hukuk fakültelerinden yılda 7-8 bin kişinin mezun olduğu, bunlardan 6-7 bininin barolara avukat olmak için başvurduğu dikkate alındığında avukatlık sınavının, hükümet başkanımızın özel ilgi ve girişimi sonunda kaldırılmış olmasının avukatlık mesleği için olumsuz sonuçlar doğuracağını tahmin etmek pek zor olmasa gerek.

Yeni dönem ülkemiz hukuku ve savunma mesleği için hayırlı olsun.

İleride bu avukatlık yasa teklifinin TBMM Genel Kurulu'nda tartışıldığı 28 Kasım 2006 günlü oturum, ülkemizde egemen olan çarpık siyaset ve hukuk anlayışını yansıtmaması bakımından asla ve asla unutulmayacaktır.

Yine Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle baroların, TBB'nin ve dolayısıyla savunma mesleğinin yetkilerini kısıtlayan, onları bir anlamda Adalet ve Maliye bakanlıklarının vesayeti altına sokan yasal düzenleme de TBBM'den jet hızıyla geçerek yasalaşmıştır.

Her iki düzenleme, AKP iktidarının hukuk devletine, hukukun üstünlüğü ilkesine, baroların ve TBB'nin bağımsızlığına ve giderek yargıya bakış açısını açıkça ortaya koymuştur.

Dergimizin bu sayısında, tarihe not düşmek ve gelecekte yaşanacak olumsuzluklara şimdiden dikkat çekmek için, savunmayı sınırlandıran,

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

zayıflatan, vesayet altına sokan bu yasaların yasalaşma sürecinde yaşananlara değinmeyi uygun buldum.

Avukatlık sınavı neden gereklidir?

Uzun yıllar süren hazırlık çalışmalarından sonra, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinde, 2.5.2001 günü yürürlüğe giren 4667 sayılı yasa ile değişiklik yapılmış ve avukatlık mesleğine kabul şartlarına "...Avukatlık sınavını başarmış olmak..." koşulu eklenmiştir.

Kuşkusuz sınav, meslekte yaşanan sorunların çözümü için tek koşul değildir. Hiçbir zaman böyle bir düşüncemiz olmamıştır. Ancak ülkemizin ve dünyanın geldiği bu noktada, bırakınız avukatlık gibi çok öze! nitelikler aranması gerekli bir meslekte, hiçbir meslek dalında beklenen formasyon test etmeden, o mesleğe girmek mümkün değildir. Bir de bizim avukatlık yasamıza göre ant içerek ruhsatname alan avukatın hiçbir kıdem koşulu olmadan, ilk derece mahkemesinden yüce divanda yapılan yargılamalara kadar olan süreçte görev alabilmesi karşısında olayın ciddiyeti daha da artmaktadır.

Bu nedenlerle sınav, ama gerçek bir değerlendirmeye olanak verecek düzenlemelerle yapılacak sınavın mutlak gerekliliğine inanmaktayız. Çünkü nitelikli ve donanımlı hukukçular hukuk devletinin "*olmazsa olmaz*" koşuludur. Hukuk devletinin gelişmesinde, siyasal sosyal ve ekonomik sorunları aşmada, görevleri ve sorumlulukları yerine getirmede, yetkileri kullanmada, insan haklarını geliştirmede nitelikli hukukçuların büyük payı vardır. Hukukçu olmazsa, devlet sıradan bir örgütlenme ve yönetme mekanizması olarak kalır. Ona çağdaş anlamını ve işlevini verecek olan hukukçudur. Bu nedenlerle sadece hukukçuların yapabileceği avukatlık mesleği çok özel bir meslektir. Bu nedenlerle avukat da gerekli donanımlara sahip olacak şekilde, özel olarak yetiştirilen bir kişi olmalıdır.

Bu gün ülkeyi yönetmeye talip olan kimi yöneticilerin bilinçli ya da bilinçsiz olarak her fırsatta hukukun üstünlüğü ve hukuk devletinden söz ettiğini görmekteyiz. Oysa hukuk devleti seçilmiş güzel söz ve söylemlerle kavuşulacak bir kavram ya da kurum değildir. Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları nitelikli ve yetişkin hukukçuların ve avukatların özverili uygulama ve eylemleriyle yaşama geçebilir. Evrensel demokratik ilkeler ve insan haklarını içeren normlar ve yasaların amaca uygun uygulanabilmesi, amaca uygun yorumlanabilmesi, yargılama ve karar sürecinde hukukçuların sağlam hukuk bilgisine, yorum ve değerlendirme gücü yanında mücadele gücüne de bağlıdır. Hukuksal yorum ve değerlendirme sosyoloji, psikoloji, siyasal tarih, felsefe, iktisat, mantık ve hatta matematik gibi bilim dallarına olan ilgi ve bilgi ile mümkündür. Ancak bütün bunları

başkandan

özümsemiş ve böylece hukuki düşünmeyi, bu uğurda mücadele etmeyi, direnç göstermeyi öğrenmiş hukukçular ve avukatlar yetiştirdiğimiz takdirde hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarını yaşama geçirmiş olabiliriz.

Üyelik görüşmelerinin sürdürüldüğü AB açısından da sınav zorunludur. Sınav olmayan bir AB ülkesi yoktur. Özellikle Almanya'da lisans eğitimi (hukuk fakültesi) sonrasında bir devlet sınavı ve 2.5 yıllık bir staj eğitiminden sonra sınav yapılmakta, Avusturya'da hukuk fakültesi eğitiminden sonra 5 yıllık pratik eğitim ve 5 sınav hakkı bulunmaktadır. Diğer AB üyesi ülkelerde de değişik biçimlerde bu sınavlar yapılmaktadır.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, demokratik yönetime kavuşan birçok ülke avukatlık yasası çalışmalarında bizden yardım talep etmişler ve bizim önerilerimiz doğrultusunda avukatlık yasalarını çıkarmışlardır. Bunlardan Bulgaristan, Romanya ve birçok Balkan ülkesinde avukatlık sınavı getirilmiştir.

Bazı stajyerlerin ve velilerinin istemi üzerine, önce avukatlık sınavının ertelenmesi için verilen yasa teklifi, TBMM Adalet Komisyonu alt komisyonunun incelemesi sırasında, Başbakanın doğrudan emir ve talimatı doğrultusunda değişmiş, avukatlık sınavının tümünden kaldırılmasını getiren değişikliğe dönüşmüştür. Kuşkusuz takdir yasa koyucunundur, buna bir itirazımız olamaz. Ancak, avukatlık mesleğinden ve koridordan gelen kimi AKP milletvekilinin ve sayın bakanların bu tasarruf karşısında sessiz ve etkisiz kalması yanında, konuya çok uzak olan Başbakanın buyruğuna direnememeleri ülkenin ve demokratik parlamenter sistemin geleceği bakımından son derece kaygı vericidir.

Bu denli önemli olan avukatlık sınavıyla ilgili olarak yaşanan olumsuzlukların mesleğimizin geleceğini nasıl etkileyeceğini, Tanrı sağlıklı verirse gelecek yıllarda hep birlikte göreceğiz.

Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan son değişiklikler gerekli miydi?

Siyasal iktidar temsilcilerinin her fırsatta övünerek dillendirdiği ve 3 Kasım 2002'den bu yana AB'ye uyum adı altında çıkardıkları bir seri yasal düzenlemelerin büyük bir kısmı yeterince incelenmeden, tartışılmadan ve görüşülmeden yasalastığı için yürürlüğe girdiği günden itibaren başlayan eleştiriler karşısında yeni değişikliklere gidilmektedir. Değişikliklerin ileriye doğru olmadığını, AB uyum sürecinde gerçekleştirilemeyen veya fazladan verildiğine inanılan haklardan dönüşü ifade ettiğini de vurgulamalıyım. Bu konuda en çok eleştirilen yasalar TCK ve CMK'dır. Her iki yasa ile ilgili olarak TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında başlayan

eleştiriler, hala devam etmekte ve bu yasalar sıkça değişiklik önerileriyle karşı karşıya kalmaktadır. Son olarak yaklaşık 177 yasada değişiklik öneren torba yasanın içerisinde bulunan TCK ve CMK ile ilgili maddeler çıkarılarak Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve arkadaşları tarafından “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” biçiminde 43 maddelik bir tasarı olarak Adalet Komisyonu’na sunulmuştur. TBB ve barolar olarak birçok maddesine karşı çıktığımız tasarı şekli işlemlerini tamamlayarak 6.12.2006 gün ve 5560 sayı ile yasalaşarak yürürlüğe girmiştir.

Bu yasa, CMK’nın düzenlediği istem aranmaksızın müdafî görevlendirilmesini gerektiren suçları, “alt sınırını beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar” olarak sınırlaması, “CMK ile ilgili olarak yönetmelik çıkarma yetkisini TBB’den alması”, yine “CMK yürürlük yasasında hüküm altına alınan yapılacak görevlendirmeler ile ilgili olarak TBB’ne aktarılan ödeneğin dağıtım ve denetim usullerini belirlemek üzere yönetmelik hazırlama görev ve yetkisini TBB’den alarak Adalet ve Maliye bakanlıklarına vermesi”, Avukatlık Kanunu’nun 180.maddesinde belirtilen “adli yardım ödeneğinin dağıtım ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliği hazırlama görev ve yetkisini TBB’den alarak Adalet ve Maliye bakanlıklarına vermekle”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde belirtilen “adil yargılanma” ve “savunma” haklarından geriye gidişe neden olmuştur. Ayrıca yaratılan yeni işlem ve bürokrasi “adalete erişim”in gecikmesine neden olacaktır.

Kuşkusuz tüm bunlardan daha önemlisi, Avrupa Birliği Komisyonu’nun bütün raporlarında dile getirilen ve dikkat çekilen barolar ve TBB üzerindeki Adalet Bakanlığı vesayetinin bu yeni düzenlemelerle artmış olmasıdır.

Bu konuda tek tesellimiz, kaygı ve kuşkularımızı tüm milletvekillerine ve parti genel başkanlarına tek tek mektup yazarak dosya yollayarak iletmış olmamızdır. Bütün gayretimize karşın siyasal iktidar bizi büyük bir sabırla dinlemiş, ancak sonuçta kendi dar hukuk anlayışı doğrultusunda büyük sorunların yaşanacağı kesin olan düzenlemeyi büyük bir gayretle gerçekleştirmiştir.

3 Kasım 2002 genel seçimlerinden sonra iktidar olan siyasal anlayışın temel özelliği bu olaylarda da net ve somut olarak yaşandığı gibi, şu halk deyimine uygun olarak gerçekleşmiştir.

“Cemaat ne derse desin, imam bildiğini okur!”

EKİP HALİNDE YÜRÜTÜLEN FAALİYETLERDE GÜVEN İLKESİ VE CEZA SORUMLULUĞU

Tuğrul KATOĞLU*

Giriş

Özellikle teknik faaliyetler alanındaki uzmanlaşma gereksinimi düşünüldüğünde işbölümü ve ekip çalışması, tanıklık ettiğimiz bu çağda yoğunlaşmıştır. Ekip halinde yürütülen ya da birden çok kişiyi ilgilendiren teknik ve tehlikeli faaliyetler bakımından taksirli ceza sorumluluğunun saptanması, taksirli sorumluluk başlığı altında ele alınan önemli sorunlardandır. Sorunun önemini anlamak için, Delogu'nun deyimiyle "...trafiğin hacmini, herhangi bir sınai ve hatta sportif faaliyetin gerektirdiği kişilerin sayısını düşünmek yeter..."¹

Ekip halinde yürütülen tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan taksirli ceza sorumluluğunun belirlenmesi için önerilen güven ilkesi bir faaliyetin birden çok kişi tarafından yürütüldüğü durumlarda, bu kimselerden her birinin, diğerlerinin, zararlı bir sonuca yol açmamak için uyulması zorunlu davranış kurallarına riayet edeceği yolundaki beklentisinin cezaen nazara alınması anlamına gelmektedir.²

Bu çalışmada, ekip halinde yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan taksirli ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından özellikle güven ilkesi etrafında yoğunlaşan temel tartışmalara yer verildikten sonra, birden çok kişinin işlediği taksirli suçlardan dolayı cezanın belirlenmesi

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi.

¹ Tullio Delogu, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*, Çev. Yüksel Ersoy, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nden ayrı basım, 1987, s. 123; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 2005, s. 202.

² Delogu, s. 123.

sorunu ile ilgili bulunan TCK'nin 22. maddesinin beşinci fıkrasına, güven ilkesi açısından ve bu ilke ile sınırlı olarak değinilmeye çalışılmıştır.

I. Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetler ve Güven İlkesi

Risk içermekle birlikte işbölümü ve sorumluluk bölüşümü öngören bir düzen içinde yürütülen faaliyetlerin yol açtığı zararlardan ötürü taksirli ceza sorumluluğuna ilişkin esasların saptanması gerekmektedir. Uzmanlaşma gereksinimi karşısında örneğin tıbbi müdahalelerin de aralarında bulunduğu birçok faaliyet bakımından hiyerarşik, dolayısıyla belli kişiler bakımından denetim ve gözetim yükümlülüğünün söz konusu olduğu işbölümü modellerinin oluşması kaçınılmazdır.³

Aynı zaman ve yerde ekip halinde gerçekleştirilen faaliyetler açısından ekip üyelerinin diğerlerinin tehlikeli faaliyetlerine ilişkin özen, denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir.⁴ Taksirli sorumluluğun belirlenmesinde yararlanılan öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütleri, işbölümü kurallarına dayalı ve ekip halinde gerçekleştirilen faaliyetlerde başlı başına sorunu çözmemektedir. Ekip üyelerinin her birinin sürekli olarak diğerlerinin davranışlarını kontrol etmeleri, bu kez de üzerlerine düşen asıl sorumluluklarını özen borcuna uygun biçimde yerine getirmelerine engel olabilecektir.⁵ Bu yönüyle uzmanlaşma ve işbölümünden beklenen yarar sağlanamayacaktır.

İşbölümü ve sorumluluk bölüşümü içinde yürütülen faaliyetlerden doğabilecek zararlardan faaliyete katılan farklı kişilerin taksirli ceza sorumluluğu konusunda öncelikle başvurulacak ilke "güven ilkesi"dir.⁶ Bir faaliyetin birden çok kişi tarafından yürütüldüğü durumlarda, bu kişilerden her birinin, diğerlerinin zararlı sonucu önlemeye yönelik davranış kurallarına uyacağı yolundaki beklentisini ifade eden güven ilkesi,⁷ başlarda trafik kazalarından doğan ceza sorumluluğunun tespiti amacıyla önce nasyonal sosyalist dönem Alman hukukunda orta

³ Tıbbi müdahaleler bakımından bkz., Mauro Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, CEDAM, 2003, s. 753.

⁴ Bilancetti, s. 753.

⁵ Bilancetti, s. 753.

⁶ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, 3. ed., Padova, CEDAM, 1995, s. 353; Bilancetti, s. 753.

⁷ Delogu, s. 123; Toroslu, s. 202; Yüksel Ersoy, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, İmaj, 2002, s. 106.

ya atılmıştır. Güven ilkesi, ekip halindeki bir faaliyet oluşturmamakla birlikte öncelikle trafik kazaları bakımından uygulanmış, sürücülerin, diğer sürücülerin zararlı sonucu önlemeye yönelik davranış kurallarına uygun davranacağına duydukları güvene sonuç bağlanması düşünülmüştür.⁸

Daha sonra kapsamı genişleyen ilke uyarınca, görev ve sorumlulukların dağıtıldığı heyetin her bir üyesi, diğerlerinin hukuka, nizamalara, tedbir ve dikkat ile mesleki tecrübe kurallarına uygun faaliyet gösterdiği inancıyla kendi sorumluluklarını yerine getirdiği takdirde taksirin varlığından bahsedilemeyeceği için cezaen sorumlu tutulamayacaktır.⁹

Güven ilkesinin işbölümü ve sorumluluk bölüşümü bakımından uygulanabilmesi için, bu sorumluluk bölüşümünü düzenleyen, farklı sorumluların yükümlülüklerini belirleyen davranış kuralları bulunmalıdır.

Zararlı sonucu önlemeye yönelik bu davranış kuralları ile hukuki varlığın korunması bakımından farklı kimselere sorumluluk kısım kısım dağıtılmış olmalıdır. Bu yönüyle farklı muhataplara yönelik davranış kuralları, hukuki konunun korunması bakımından, farklı yükümlülükler getirmektedir.¹⁰

Sorumluluğun işbölümüne göre ve davranış kuralları ile koşut biçimde paylaştırılmış olması dolayısıyla güven ilkesi, anayasal teminat altındaki kişisel sorumluluk ilkesine dayanmaktadır.¹¹

Zira güven ilkesi uyarınca, herkesin kendi fiilinden sorumlu olması, başkasının fiili dolayısıyla bir kimsenin cezalandırılmaması gerekmektedir. Bu anlamda sorumluluk sahiplerinin her biri sadece kendilerini muhatap alan davranış kurallarına uygun davranmakla

⁸ Alberto Cadoppi-Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2002, s. 299; Mantovani, s. 353. Delogu konuyla doğrudan ilgili şu örnek soruyu sormaktadır: “Bir örnekle söyleyecek olursak, bir kimsenin otomobil kullanırken, diğer bir otomobil kullananın, bir hız sınırına, bir “dur” işaretine, geçiş yasağına ve benzeri kurallara uyacağına güvenmesinin..taksirin ortadan kalkması bakımından değeri nedir?” (Delogu, s. 124.)

⁹ Mantovani, s. 353; Bilancetti, s. 753, 754; Cadoppi-Veneziani, s. 299; Toroslu, s. 202, 203; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut; *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. b., İstanbul, Beta, 2005, s. 411.

¹⁰ Mantovani, s. 353.

¹¹ Mantovani, s. 353; Bilancetti, s. 754.

yetinebilir. Bunun sonucu olarak, diğerlerinin faaliyetlerini ilgilendiren davranış kurallarına uygun biçimde yürüttüklerine ya da yürüteceklerine duyulan güven hukuken sonuç ifade eder ve nazara alınır.

Güven ilkesi bu yönüyle kişisel sorumluluk ilkesi ile işbölümü ve uzmanlaşmayı teminat altına alır. Bu sayede, uzmanların diğerlerini düzenli olarak kontrol etmeleri zorunluluğu bertaraf edilerek öncelikle kendi alanlarına yoğunlaşmaları sağlanır. Bu, işbölümünün gereğidir.¹² Yine bu sayede, her bir uzman özen yükümlülüğüne uygun olarak kendi payına düşen davranışı gerçekleştirebilecektir.¹³

II. Güven İlkesinin Sınırları

Güven ilkesi, öncelikle her bir kimsenin sorumluluğunun sadece muhatabı bulunduğu davranış kurallarına göre belirlenmesini gerektirir. Asli sorumluluk her bir kimsenin kendi faaliyet alanına ilişkin davranış kurallarında öngörülen yükümlülüklerin gözetilmesine ilişkindir. Bununla birlikte güven ilkesinden, işbölümü ve sorumluluk bölüşümünün söz konusu olduğu somut olayların tümünde yararlanılamayacaktır.

Nitekim birlikte faaliyette bulunanların, hatalı davranışlarının yaratacağı zararlı sonuçları önlemeye yönelik kurallara uygun tedbirler alma yükümlülüğü bulunduğu durumda durum böyledir.¹⁴

Özellikle iki durumda sorumluluğun büsbütün parçalanmasının önüne geçilmektedir: Somut olayda diğer kişilerin hatalı davranışlarının tehlikeye ve zararlı sonuçlara yol açabileceği öngörülebilir ve engellenebilir ise; failin hiyerarşik-hukuksal konumu dolayısıyla bir denetim ve gözetim yükümlülüğü varsa.¹⁵

İlk durumda failin, faaliyete katılan diğer kişilerin fiilleri bakımından herhangi bir denetim ve gözetim yükümlülüğü olmamakla birlikte, öngörülebilir ve önlenemez sonuçlara engel olmaması dolayısıyla sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır. Örneğin İtalyan öğretisinde, yeni bir tedavi yönteminin uygulanması sırasında öngörülebilir ve

¹² Mantovani, s. 353.

¹³ Bilancetti, s. 753.

¹⁴ Mantovani, s. 353.

¹⁵ Mantovani, s. 353.

önlenebilir zararlı sonuçlardan ekip üyelerinin tamamının sorumlu tutulabileceği görüşüne yer verilmiştir.¹⁶

İkinci durumda ise, faillerden birinin, diğerlerinin davranışlarını denetlemek ya da gözetmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde taksirli sorumluluğun kabul edileceği açıktır. Bu iki durumdan biri gerçekleştiği takdirde, güven ilkesinin uygulanması olanağı kalmayacaktır.

İtalyan Temyiz Mahkemesi, önceleri trafik kazaları alanında güven ilkesinin, taksirli sorumluluk bakımından sonuç doğurarak, bu sorumluluk türüne engel oluşturmasını kabul etmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, ancak davranışına güvenilen araç sürücüsünün, hukuk kuralları da dahil olmak üzere zararlı sonucu engellemeye yönelik tüm toplumsal davranış kurallarına uymadığının öngörülebildiği durumlarda güven ilkesinin hüküm ifade etmeyeceğini kabul etmek suretiyle ilkenin uygulanması yolunu açmıştır.¹⁷

Önce trafik kazalarından doğan cezai sorumluluğun belirlenmesi için yararlanılan güven ilkesine, ekip halinde gerçekleştirilen cerrahi müdahaleler dolayısıyla da başvurulabilmektedir. Bu çerçevede her bir tıp çalışanı, muhatabı olduğu meslek ve sanat kurallarının (*legis artis*) yerine getirilmesinden sorumlu olacaktır.¹⁸

Bununla birlikte, ekip içinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunanlar bakımından, bu yükümlülüğe koşut olarak sorumluluk genişlemektedir. Alman öğretisinde cerrahi müdahaleler bakımından güven ilkesinin etkilerinin tartışıldığı belirtilmektedir. Buna göre, bazı yazarlar, istisnasız her olayda güven ilkesinin sonuç doğurmasını kabul ederken, diğer bir grup yazar, gözetim ve denetim yükümlülüğüne sahip cerrah bakımından bu ilkenin hüküm ifade etmeyeceğini savunmaktadır¹⁹.

Bu yazarlara göre, cerrah ameliyattan önce sadece ameliyathane-nin ve cerrahi müdahale gereçlerinin düzenini, durumunu, tıbbi müdahaleye elverişliliğini değil, ameliyata katılacak ekip üyelerinin bilgi ve deneyim durumlarını da denetlemek zorundadır. Bunun yanı sıra,

¹⁶ Bilancetti, s. 755.

¹⁷ Delogu, s. 124; Ersoy, s. 106.

¹⁸ Mantovani, s. 353; Cadoppi-Veneziani, s. 299.

¹⁹ Bkz., Delogu, s. 124; Ersoy, s. 106, 107.

cerrah, ekip üyelerinden beklentilerini, anlaşılır biçimde dile getirip getirmediğini de gözetmek yani iletişim açısından kendini de denetlemek zorundadır.²⁰

İtalyan Temyiz Mahkemesi, cerrahi müdahale sırasında cerrahın hasta karnında tampon unutmaması dolayısıyla ekibi denetleme görevi olmayan anesteziistin sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamış,²¹ ameliyat sırasında asistanın davranış kurallarına aykırı fiilinden ötürü cerrahın denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihmali dolayısıyla sorumlu olması gerektiği yolunda kararlar vermiştir.²² Yine somut olayda diğer ekip üyesinin tehlikeli davranışının zararlı sonuçlara yol açabileceği öngörülebilir ve sonuç da önlenebilecek ise, işbölümü ve sorumluluk bölüşümüne ilişkin davranış kuralına uyulması başlı başına yeterli olmamakta taksirli sorumluluk varlığını korumaktadır.²³ İtalyan Temyiz Mahkemesi de bu yönde kararlar vermiştir.²⁴ Bir İtalyan ceza mahkemesi kararında da, işbölümüne uygun yürütülen faaliyetler sırasında ekip üyelerinin birbirlerinin uzmanlıklarına saygı göstermeleri ve yine birbirlerinin sorumluluk alanlarına müdahale etmemeleri gerektiği belirtilmekle birlikte, hemen ardından, ekip üyelerinden birinin, diğer bir ekip üyesinin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını tespit ettiği, zararlı sonucun öngörülebilir ve önlenebilir olduğu durumlarda güven ilkesinin yerini öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine bırakacağı hükme bağlanmaktadır.²⁵ Gerçekten de bu gibi durumlarda, taksirli ceza sorumluluğunun özellikleri olan öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerini esas almak gerekmektedir. İtalyan ve Türk öğretisinde de bu yönde görüşler bulunmaktadır.²⁶ Bu çerçevede, bir genel cerrahın, ürolog, kardiyolog, anesteziist gibi başkaca uzmanların faaliyetleri bakımından duyduğu güven korunabilecektir. Bununla birlikte, işbölümünün sınırları çoğu olayda kesin

²⁰ Bkz., Delogu, s. 124; Ersoy, s. 107.

²¹ Mantovani, s. 354, dipnot, 43; aynı yönde daha yeni bir Temyiz Mahkemesi kararı için bkz., Bilancetti, 759.

²² Bkz., Mantovani, s. 354, dipnot n. 43.

²³ Mantovani, s. 353; Bilancetti, s. 756.

²⁴ Bilancetti, s. 756, 757.

²⁵ Karar metninden alıntılar için bkz., Bilancetti, s. 757, 758.

²⁶ Bilancetti, s. 755; Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, (t.y.), s. 223 (Yazar, konuyu, kusurluluğun belirlenmesinden çok nedensellik bağı ile ilgili olarak ele almıştır.); Toroslu, s. 202, 203; Centel, Zafer, Çakmut; s. 411; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal, 2002, s. 254, 255.

sınırlarla belirlenememekte, öngörülebilir ve önlenebilir tehlike söz konusu olduğunda salt işbölümüne ilişkin davranış kurallarına uygun hareket taksirli ceza sorumluluğunu bertaraf etmemektedir.²⁷ Dolayısıyla, güven ilkesine başvurulup başvurulamayacağı her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.²⁸ Yargıtay da, bu yönde kararlar vermiştir.²⁹

Ekip halinde tıbbi müdahaleler gibi teknolojinin ekip halinde kullanıldığı, tehlikeli faaliyetin birden çok kimsenin katılımıyla sürdürüldüğü bir başka alan da işçi sağlığı ve iş güvenliğidir. Bu alanda da bir işbölümü ve sorumluluk bölüşümünün bulunduğu açıktır. Farklı olasılıklara göre, işveren ve işveren vekilinin yanı sıra iş sağlığı ve güvenliği kurulu, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanlar ile işyeri hekimlerinin muhatap oldukları normlar bulunmaktadır. Zararlı sonuçları engellemeye yönelik bu davranış kuralları ile muhataplarına iş güvenliği ile ilgili sorumluluklar getirilmektedir. Bu işbölümü, tarafların iradeleriyle değil kanuni düzenlemelerle oluşmuştur. İş güvenliği bakımından farklı kişi ya da kurulların çeşitli yükümlülük ve sorumlulukları olduğu görülmektedir. Bu noktada güven ilkesinin dikkate alınmasına olanak verecek bir işbölümü ve sorumluluk bölüşümünün bulunduğu anlaşılacakla birlikte, denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu, zararlı sonucun gerçekleşmesinin öngörülebilir olduğu durumlarda bu ilkedен yararlanılamayacağı açıktır. Yargıtay'ın bir fabrikanın kazan bölümünde ehliyetli kişi çalıştırmayan fabrika sahibini dahi kusurlu kabul ettiği kararı³⁰ gibi, denetim ve

²⁷ Bilancetti, s. 755.

²⁸ Cadoppi-Veneziani, s. 299.

²⁹ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, bir kararında "Ameliyat sırasında biten oksijen tüpünü teknisyen sanıkların değiştirttikleri yetkisiz hizmetlinin yanlışlıkla karbondioksit tüpünü bağlaması sonucu ölümün meydana geldiği olayda ameliyat öncesi ve ameliyat sırasında görevini yerine getirmeyerek asli kusurlu olan doktor sanığın ve onun kadar olmasa da ağırlıklı kusurları bulunan teknisyen sanıkların kusurlarının derecesi hakkında Adli Tıp Kurumundan rapor alınması..." nı isteyerek denetim görevini yerine getirmeyenleri de sorumlu tutmak yoluna gitmiştir. (2. CD., 5.2.1996 t., E. 1996/268, K. 1996/1025 künyeli karar için bkz., Yenerer Çakmut, s. 254, dipnot 64). Yargıtay'ın tıp alanı dışında çeşitli konularda da denetim yükümlülüğüne önem verdiğini görmek mümkündür. Bu bağlamda, bir inşaatın denetimi ile sorumlu olmayan kimselerin kusurlu sayılamayacağı yolundaki karar, böyle bir yükümlülüğün bulunduğu ve gereğinin yerine getirilmediği durumlarda, taksirli ceza sorumluluğunun doğabileceğinin kabulü anlamına gelmektedir. (YCGK., 4.10.1993 t., E. 1993/2-186, K. 231 künyeli karar için bkz., O. Kadri Keskin, *Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*, Ankara, Seçkin, 1994, s. 206).

³⁰ "Dosya içeriğine göre sanığın sahibi bulunduğu deri fabrikasına ait istim kazanının patlaması

gözetim yükümlülüğünün ihlali durumunda işverenin, işveren vekilinin sorumluluğunu kabul eden kararları da bulunmaktadır. Dolayısıyla, güven ilkesi, bu alanda da ancak yukarıda belirtilen sınırlar içinde hüküm ifade edecektir. Öte yandan, bir işbölümü bulunmamakla birlikte, ilgili kişilerden birinin denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu hallerde de güven ilkesinin uygulanması sınırlanacaktır. Dönmezer ve Erman, "...asansörün bakımı hususunda sözleşme ile yükümlü kimse, bu görevini yerine getirmekte ihmal gösterir ve asansörün kapıları kapanmadan da işlemesine engel olmaz, bunu gören ve bilen mal sahibi de başkaca bir tedbir almaz ve asansöre giren bir çocuk sırf bu yüzden asansörle kat arasında sıkışarak ölürse, her ikisinin de taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulmaları gerekir"³¹ demekle birden çok kimsenin karıştığı fiillerde taksirli sorumluluğunun belirlenmesi bakımından öngörülebilirlik ve gözetim yükümlülüğünün işlevine dikkat çekmişlerdir. Bir teknik elemanın, işini, zararlı sonucu önlemeye yönelik davranış kurallarına uygun yapacağı yolundaki güven, bu örnekte olduğu gibi başlı başına yeterli olmayacaktır.

İdarenin işleyişi bakımından da güven ilkesinin ve bu ilkenin sınırlarının söz konusu olabileceği haller vardır. Fransa'da idari hiyerarşi bakımından konu ele alınmıştır. Bu çerçevede 13 Mayıs 1996 tarihli kanun ile, Fransız Ceza Kanunu'nun konuyla ilgili 121-3. maddesinde değişiklik yapılarak, ilgilinin, elindeki olanakları, yetkileri özen ve dikkat yükümlülüğüne tamamen uygun kullanması halinde taksirli sorumluluğun söz konusu olmayacağı hükme bağlanmıştır.³² Bu düzenlemenin sonucu olarak yerel yönetimler mevzuatına kimi hükümler eklenerek belediye başkanı gibi çeşitli yerel yöneticilerin ve bu tür idari birimler içinde yetki sahibi kimselerin, idari yetkilerini

sonucu, kaynakçı (ME) ile herhangi bir kurs görmeyen, yeterlilik belgesi bulunmayan, sigortasız olarak çalışan, kazanın bakımından sorumlu (YG)'nin öldüğü olayda; sanık, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 3. maddesi gereğince "işçilere, yapmakta oldukları işlerde uymaları gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini öğretmek" zorunda olduğu ve 210. madde gereğince kazanların işletilmesinde "ehliyeti hükümet veya mahalli idarelerce Kabul edilen kişileri" istihdam etmediği için kusurlu bulunmuştur.." (YCGK. 15.10.1990 t., E. 2/214, K. 236 künyeli karar için bkz., Keskin, s. 206.)

³¹ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, 12. b., C. II, İstanbul, Beta, 1999, s. 259; benzer görüş için, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. b., Ankara, Turhan, 2006, s. 600, 601.

³² Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc; *Droit pénal général*, 19e éd., Paris, Dalloz, 2005, s. 248.

makul derece özenli³³ ve dikkatli kullanmış olmaları durumunda ceza sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmiştir.³⁴ Fransız öğretisinde, özen yükümlülüğü doğru anlaşıldığı takdirde böyle bir hükme gerek kalmayacağı belirtilerek bu düzenleme eleştirilmiştir.³⁵ Bu çerçevede, denetim ve gözetim yetkilerinin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun kullanılması halinde gerçekten de yetkililerin sorumlu tutulamayacağı sonucuna, taksirli sorumluluğa ilişkin genel ilke ve düzenlemelerden ulaşılabileceği açıktır.

Fransa'daki bu yeni sayılabilecek düzenleme ve tartışmalardan önce, işverenler ve üst konumundaki memurlar bakımından, işçi ve memurların fiillerinden ötürü taksirli ceza sorumluluğunun kabul edilmesinin ceza siyasetine dayandırıldığı savunulmuştur.³⁶ Bu dönemde söz konusu yaklaşım eleştirilerek, hiyerarşik yetki kullananlar bakımından ceza siyaseti gibi kavramlar yerine nedensellik ve öngörülebilirlik esaslarına göre değerlendirme yapılması gerektiği söylenmiş, öngörülebilirlik ölçütünün önemi vurgulanmıştır.³⁷

Türk ceza hukuku öğretisinde de güven ilkesinin neredeyse istisnasız biçimde uygulanmasını savunduğu izlenimini veren yazarlar bulunmaktadır. Özgenç ve Şahin "Prensip olarak hiç kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışın bir başkasının sorumluluk şuuruyla ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin teşkil edebileceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğü mevcut değildir. Hukuk toplumunda hakim olan güven prensibine göre, bir kimse bir davranışta bulunurken, bu davranışın bir hukuki değeri ihlal etmemesi gerektiği hususuna dikkat edecektir; ancak, bu esnada bir başkasının hukuka aykırı davranabileceği ihtimalini hesaba katmak yükümlülüğü altında değildir" derken, güven ilkesinin sınırları konusuna girmemişlerdir.³⁸

³³ Konuyla ilgili olarak makul özen ("diligences normales") terimi kullanılmaktadır.

³⁴ Stefani, Levasseur, Bouloc; s. 248. (cf. art. 2123-34, 3123-28, 4135-28, 4422-10-1 Code Général des collectivités territoriales)

³⁵ Stefani, Levasseur, Bouloc; s. 248.

³⁶ Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını, 1967, s. 175, 176.

³⁷ İçel, s. 176. Yazar, bir binanın yıkımı sırasında tedbir almayan müteahhit ve işçiler bakımından da her biri için zararlı sonucun öngörülebilir olduğuna dikkat çekerek, öngörülebilirliğin önemini vurgulamıştır.

³⁸ İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. b., Ankara, Seçkin, 2001, s. 180. Ayrıca bkz., İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin,

Güven ilkesi ile işbölümü ve uzmanlaşmadan beklenen yarar desteklenmekle birlikte, iş ve sorumluluk bölümünün içerdiği hiyerarşik yapı, denetim ve gözetim yükümlülüğünü de beraberinde getirmekte, bu sayede ekibin uyum içinde zararlı sonuçları engellemeye yönelik davranış kurallarına uygun davranması sağlanmaktadır.³⁹

III. İşbölümüne Göre Yürütülen Faaliyetler ve Güven İlkesi Açısından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. Maddesinin Beşinci Fıkrası

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), tartışmalar arasında 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Birçok yeni düzenleme getiren 5237 sayılı Kanun'un, "*Taksir*" kenar başlıklı 22. maddesinin 5. fıkrasında "*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*" hükmüne yer verilmiştir. Fıkra hükmüne, güven ilkesi açısından değinmekte yarar vardır.

Söz konusu fıkra ile taksirli suçlarda verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceğini öngören dördüncü fıkranın ardından, birden fazla kişinin işlediği taksirli suçlarda herkesin kendi kusuruna göre cezalandırılacağı hükme bağlanmaktadır.⁴⁰

5237 sayılı TCK'nin 22. maddesine ilişkin gerekçe metni, dayandığı örnekler ile incelendiğinde, kanun koyucunun ekip halinde yürütülen faaliyetlerde taksirli sorumluluğun belirlenmesinde çeşitli ölçülerde yararlanılmış ya da yararlanılması önerilmiş "*güven ilkesi*"nden etkilenip etkilenmediği sorusu akla gelmektedir.⁴¹ Öğretide bu hükmün, kusu-

2006, s. 238-243.

³⁹ Bilancetti, s. 753.

⁴⁰ Centel, Zafer, Çakmut; s. 413; Artuk, Gökçen, Yenidünya ; s. 596; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. b., Ankara, Seçkin, 2005, s. 344.

⁴¹ Gerekçe metninin fıkraya ilişkin paragraflarında şöyle denmektedir:

(..)

"Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir.

Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak

run belirlenmesinde aritmetik paylaştırmanın terk edilmesine yönelik olduğu tespit edilmekte, her bir failin kusurunun cezalandırma bakımından ayrı ayrı dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu yönüyle beşinci fıkra hükmü, dördüncü fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde, kusurun hangi yöntemle belirlenmeyeceğini belirlerken, taksirli sorumluluğun mevcudiyeti koşullarına, esasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.⁴² Böylece, 765 sayılı TCK' da öngörülen ve kusurluluğun derecesinin sekiz üzerinden paylaştırıldığı bir sistem yerine, her bir failin kusuru ayrı ayrı 22. maddenin ikinci fıkrasına göre belirlendikten sonra bunların beşinci fıkra uyarınca kendi kusurlarından sorumlu tutularak ayrı ayrı cezalandırılmaları söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere, önceki kanuna göre, uygulamada, kusurun sekiz üzerinden paylaştırılması usulü, failerin her birinin ağır kusurlu olduğu haller bakımından yetersiz kalmaktaydı. Cerrahın, ameliyat hemşiresinin, asistanın, anesteziistin ayrı ayrı kusurlarının yoğun olduğu hallerde, sekiz üzerinden belirlenen kusur oranların yine sekize tamamlanması gerçeği yansıtmamaktaydı.⁴³ Önceki kanunun 455 ve 459. maddelerinin son fıkraları uyarınca, hâkimin taksirin derecesini dikkate alması gerektiğinden, taksirli suçlarda kusur sekiz üzerinden hesaplanıp tayin edilirken bilirkişiye başvurulmakta, bilirkişiye, bilirkişilik kurumunun amacı dışında bir işlev yüklenmekteydi.⁴⁴ Bu noktada beşinci fıkra hükmü, birden çok kişinin işlediği taksirli suçlarda, kusurlu olması halinde her bir kimsenin ne suretle cezalandırılacağını göstermektedir. Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle her bir failin kusurlu hareket ettiğinin ayrı ayrı tespiti zorunludur. Fıkranın uygulanabilmesi için öncelikle fiil ile ilgili kişilerden her birinin taksirli suçun faili olduğunun tespit edilmiş olması gerekir. Bu çerçevede, birden fazla kişiden, TCK'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edenler belirlendikten sonra, bu kişilerin ayrı ayrı kendi kusurları

tibbin gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespitte diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz".

⁴² Centel, Zafer, Çakmut; s. 413; Öztürk, Erdem; s. 189; Demirbaş, s. 348.

⁴³ Hakan Hakeri, *Sorularla Ceza Hukuku*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s. 46; Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s. 600, 601; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 8. bası, Ankara, Seçkin, 2005, s. 189;

⁴⁴ Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, s. 601; Demirbaş, s. 348.

dolayısıyla cezalandırılması yoluna gidilecektir. Yani bu fıkra ile güven ilkesi ile amaçlanandan farklı olarak taksirli sorumluluğun mevcudiyetinin belirlenmesi değil, her bir failin kusurlu olmaları durumunda ayrı ayrı kendi kusurlarına göre cezalandırılması amaçlanmaktadır.

Bununla birlikte, bazı değerlendirmeler, Kanun'un 22. maddesinin beşinci fıkrası ile güven ilkesinin ilişkilendirilmesine yol açabilecek yapıdadır. Buna göre, birden çok kişinin taksirli biçimde işlediği fiillerde sorumluluğun belirlenmesi bakımından ilke olarak güven ilkesi önerildikten sonra, aynı başlık altında söz konusu fıkra hükmüne yer verilmiştir.⁴⁵

Herkesin kendi kusurundan sorumlu tutulup, kusuruna göre cezalandırılacağı yolundaki düzenlemenin kusurun esasına, mevcudiyeti koşullarına ilişkin olmayıp cezanın tayini bakımından sonuç doğuracağı düşünülmelidir. Zira herkesin kendi kusuruna göre cezalandırılacağı belirtilmesi, kusurun mevcudiyeti koşulları ile ilgili değildir. Herkesin kusurunun, 22. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğine göre belirlenmesinin ardından cezanın bu kusur değerlendirmesine göre her bir fail bakımından bağımsız biçimde tayin olunması amacına yöneliktir.

O halde, gerekçe metninde ifade olunan hususlar ile öğretilerdeki bazı değerlendirmeler güven ilkesinin kabul edildiği gibi bir izlenim verse de, söz konusu beşinci fıkra hükmünün, kusurun değil, failer bakımından cezanın ayrı ayrı belirlenmesine hizmet ettiği düşünülmelidir. İşbölümü ve sorumluluk bölüşümünün söz konusu olduğu faaliyetler bakımından da 22. maddenin beşinci fıkrasının uygulanmasından önce, her bir failin kusurunun 22. maddenin ikinci fıkrasına göre belirleneceği hatırlanmalıdır. İkinci fıkra uyarınca yapılan kusurluluk değerlendirmesi sonucunda bu kişilerden, gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunanlar, bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmediği sürece zararlı sonuçtan taksirli olarak sorumlu tutulabilecek, bunlara verilecek ceza, beşinci fıkra uyarınca bu kusur değerlendirmesi doğrultusunda belirlenecektir. Aynı işbölümü içinde, denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunmayanların kusuru ise, bunların uymakla yükümlü oldukları davranış kuralları dikkate alınarak saptanacak, bu kusur değerlendirmesine göre her biri için ayrı ayrı, birbirlerinden bağımsız biçimde ceza tayin olunacaktır. Yani, 22. maddenin ikinci fıkrasına göre, öngörülebi-

⁴⁵ Özgenç, s. 238-242.

lirlik ve önlenebilirlik ölçütlerinin, taksirin belirlenmesinde esas teşkil edeceği düşünülmelidir. Bu gibi durumlarda, herkesin “kendi kusuru” saptanacak, gözetim ve denetim mevkiindeki failin kusuru da, bu mevkiiden kaynaklanan “dikkat ve özen yükümlülüğü”⁴⁶ ne uygun davranıp davranmadığına göre belirlenecek, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine başvurulacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin; Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 2. b. Ankara, Turhan, 2006.
- Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, (t.y.).
- Bilancetti, Mauro, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova. CEDAM, 2003.
- Cadoppi, Alberto, Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale*, Parte Generale, Padova, Cedam, 2002.
- Centel, Nur; Hamide Zafer; Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. bası. İstanbul, Beta, 2005.
- Delogu, Tullio, *Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi*, Çev. Yüksel Ersoy, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nden ayrı basım, 1987.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. bası. Ankara, Seçkin, 2005.
- Dönmezer, Sulhi; Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Genel Kısım*, 12. b. C. II. İstanbul, Beta, 1999.
- Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, İmaj, 2002.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, 1967.

⁴⁶ TCK m. 22/f. (2) “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleşmesidir.”

- Keskin, O. Kadri, *Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*, Ankara, Seçkin, 1994.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale Parte Generale*, 3. ed. Padova, Cedam, 1995.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2006.
- Özgenç, İzzet; Cumhur Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. bası. Ankara, Seçkin, 2001.
- Öztürk, Bahri; Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 8. bası. Ankara, Seçkin, 2005.
- Stefani, Gaston; Georges Levasseur; Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 19. éd. Paris, Dalloz, 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. bası. Ankara, Savaş, 2005.
- Yenerer Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal, 2002.

BİREYİN ŞEREFİNE KARŞI SUÇLAR

Ahmet Caner YENİDÜNYA *

Mehmet Emin ALŞAHİN **

I. Giriş

Bireyin şerefine saldırı teşkil eden fiiller, bir takım suçların oluşmasına sebebiyet vermekle birlikte, bunlardan bazıları sadece insan şerefine ihlalini yaptırma bağlarken, diğer bazıları ise, şerefin dışında başka bazı değerlere zarar verilmesini de cezalandırırlar. Buna göre, sadece insan şerefine ihlal eden suç tipleri “genel tahkir suçları”; şereften başka bir takım değerlere tecavüz edenleri ise, “özel tahkir suçları” olarak isimlendirmek mümkündür.¹

Genel tahkir suçu olan hakaret, 5237 sayılı TCK’nın ikinci kitabının, ikinci kısmının, “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde 125-131. maddeler arasında düzenlenmiştir. Buna mukabil aynı eylem, 765 sayılı TCK’nın dokuzuncu babının “Hakaret ve Sövme Cürümleri” başlığını taşıyan yedinci faslında 480 ve 482. maddelerde yer almıştı. ETCK’da hakaret ve sövme suçları bağımsız birer suç kabul edilerek farklı maddelerde düzenlenmişken, 5237 sayılı TCK’da bu iki suç tipi 125. maddede seçimlik hareketler olarak yaptırma bağlanmıştır.

765 sayılı TCK’nın 480 ve 482. maddelerinde yer alan genel nitelikteki hakaret suçlarının yanı sıra, “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” babında 175. maddede, “kutsal varlıklara hakaret”; “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” babında 266. maddede “memura hakaret”, 267. mad-

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

** MÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

¹ Bkz., Erman, Sahir, *Hakaret ve Sövme Suçları*, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 3; Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 229; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2005, s. 231.

dede, “memura vazife esnasında hakaret ve sövme”, 268. maddede, “resmi heyetlere, hâkime hakaret” suçları da mevcuttu.

5237 sayılı TCK’da ise hakaret suçunun yer aldığı bölümün başlığı korunan hukuki değer göz önünde bulundurularak “Şerefe Karşı Suçlar” olarak belirlenmiş ve genel tahkir niteliğindeki hakaret suçları 125. maddede düzenlenmiştir. Kamu görevlisine ve kutsal değerlere karşı yapılan tahkir edici fiiller de aynı maddede daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi 5237 sayılı TCK, genel tahkir suçlarını “şerefe karşı suçlar” bölümünde toplamak suretiyle bu suçlarda korunan hukuki değer in mağdurun şerefi olduğunu ortaya koymuştur. Buna karşılık yukarıda da değ inildiği gibi 765 sayılı TCK’da bu suçlar farklı bölümlerde (hürriyet aleyhinde işlenen suçlar, devlet idaresi aleyhinde işlenen suçlar) yer almaktaydı.

TCK’nın “Cumhurbaşkanı’na hakaret” başlıklı 299, “Devletin egemenlik alametlerini aş ağılama” başlıklı 300, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aş ağılama” başlıklı 301, “Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret” başlıklı 341. maddelerinde ise “özel tahkir suçları” düzenlenmiştir. Kanun koyucu mağdurun şeref inin yanı sıra devletin egemenliğini ve diğer devletlerle olan ilişkilerini korumak istediği için bu suçları, “Millele ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısımda sevk etmiştir.²

Aşağıda TCK’nın 125-131. maddeleri arasında yer alan genel tahkir suçları (şerefe karşı suçlar) incelenecek, özel tahkir suçlarına değ inilmeyecektir.

II. Hakaret Suçu

TCK’nın ikinci kısmının “şerefe karşı suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde 125. maddede hakaret suçu ve bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, 126. maddede mağdurun belirlenmesi için kabul edilen ölçü, 128. maddede iddia ve savunma dokunulmazlığı, 129. maddede ise, cezanın kaldırılması veya azaltılmasını gerektiren bir takım sebepler düzenlenmiştir.

Yasa’nın 130. maddesi “kişinin hatırasına hakaret” başlığını taşımakla birlikte, esasen ölünün hatırasına hakaret ve ölüyü tahkir olmak üzere iki

² Bkz., Soyaslan, s. 231.

bağımsız suç tipine yer vermiştir. 131. madde ise, kovuşturma usulüne dairdir. Aşağıda öncelikle hakaret suçunun unsurları ve arz ettiği diğer özellikler değerlendirilecektir.

1. Korunan Hukuki Değer

Hakaret suçu ile korunan hukuki değer, onur, şeref ve saygınlıktır. TCK'nın 125. maddesinin gerekçesinde de, fiilin yaptırımı bağlanmasıyla kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığının korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Şeref, bir insanın kendine yönelik beslediği iyi duygu (iç şeref) ve diğer kişilerin o insana verdiği değer ve saygı (dış şeref) şeklinde karma bir özellik göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında TCK, "onur, şeref ve saygınlık" terimlerinden bahsetmek suretiyle hem iç hem de dış şerefi korumayı amaçlamıştır.³

2. Fail

Hakaret suçunun faili herkes olabilir. TCK m. 125'te "kişi" terimi kullanılarak faile yönelik bir sınırlama getirilmemiştir. Bununla beraber failin gerçek kişi olması gerekir, tüzel kişilerin suç faili sayılmaları mümkün değildir.⁴ Faaliyetlerini temsilcileri aracılığıyla yürüten hükmi şahısların, maddi bir bünyeleri ya da hareket yetenekleri bulunmadığından, cezai sorumluluk, suç teşkil eden eylemi icra eden gerçek kişiye aittir. Gerçek kişilerin hareketleri sonucu tüzel kişilerin cezalandırılması, cezaların şahsiliği prensibine de aykırıdır.⁵

TCK tüzel kişilerin suç faili olamayacaklarını açıkça belirtmiştir. Suç faili olamayan tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı (hapis ve adli para cezası) tatbik edilemez. Nitekim TCK'nın 20. maddesinde; "(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

³ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2006, s. 344; Soyaslan, s. 229; Özbek, Veli Özer, Şerefe Karşı Suçlar, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 5, Nisan 2005, s. 257.

⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 345.

⁵ Bu konuda bkz., Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 466 vd.

(2) *Tüzelkişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” hükmüne yer verilmektedir.

Hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde, sorumlular 5187 sayılı Basın Kanununun “*Cezai Sorumluluk*” başlıklı 11. maddesine göre belirlenir. Buna göre, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

5187 sayılı Kanundaki bu hükmün Anayasa’nın 38. maddesinin 7. fıkrasında yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine (TCK m. 20/1) aykırı olduğu kanaatindeyiz.⁶

3. Mağdur

Kanunda “*bir kimseye*”, “*bir kimsenin*” denilmek suretiyle, hakaret suçunun mağdurunun herhangi bir kimse olabileceği kabul edilmiştir. Ancak mağdurun sıfatı bazı durumlarda özellik arz eder. Örneğin, mağdurun Cumhurbaşkanı olması halinde uygulanacak hüküm TCK m. 299’ dur.

⁶ Aynı doğrultuda bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 345.

Kusur yeteneği bulunmayan küçükler ve akıl hastalarının da korunmaya değer bir saygınlığı (dış şeref) vardır. Bu nedenle bu kişilere karşı söylenen onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikteki sözler, bu kişiler tarafından algılanıp, hissedilemese dahi, hakaret suçu kapsamında değerlendirilmelidir.⁷

Aynı şekilde geçmiş, sosyal durumu veya işi dolayısıyla şerefsiz kabul edilenlerin de korunması gereken bir saygınlığı olduğu için, buna aykırı davranışların cezalandırılmaları gerekir.⁸ Buna karşılık korunan bu saygınlığın kapsamı dışındaki tecavüzlerde artık bulunmayan bir şerefin ihlali söz konusu olamayacağından, hakaret suçu oluşmaz. Bu itibarla *"hırsıza, hırsız"*; *"katile, katil"* demek suç değilse de, *"hırsıza, katil"*; *"katile de hırsız"* demek suçtur.⁹

Kişinin bedeni bir rahatsızlığının ifade edilmesi veya kişiye bir hastalık yakıştırılması durumunda da hakaret suçu oluşur. Örneğin; kişiye, *"kör"*, *"topal"*, *"kel"*, *"psikopat"*, *"frençili"*, *"aidli"* denilmesi gibi.¹⁰

Ölümlerin bu suçun mağduru olmaları mümkün değildir. Buna karşılık kişinin ölümünden sonra (hatırasına) yapılan hakaret 125/1 değil, 130/1 (kişilerin hatırasına hakaret suçu) kapsamında değerlendirilmelidir. Ölünün ceset ve kemikleri hakkında gerçekleştirilen tahkir edici fiiller ise, 130/2'teki suçu oluşturur.

Atatürk'ün hatırasına karşı gerçekleştirilen tahkir edici fiiller, 5816 sayılı *"Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun"* un 1. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; *"Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ... hapis cezası verilir" denmektedir. Hakaret suçunun bu özel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması m. 125/1'in aksine, şikâyete tabi değildir. Bu gibi hallerde takibat resen yapılır.¹¹

⁷ Erman, Hakaret, s. 53; Önder, s. 226, 227; Tezcan/Erdem/Önok, s. 345; Soyaslan, s. 235.

⁸ Erman, Hakaret, s. 54; Önder, s. 226.

⁹ Erman, Hakaret, s. 54.

¹⁰ Yargıtay CGK 28.11.1988 tarih ve 2-449/494 sayılı içtihadında; "sanığın sarf ettiği "dört gözlü" sözü, o kişinin gözlüklü olduğunu ifade edip, hakaret teşkil etmez" demiştir. Karar için bkz., Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, 3. Baskı, 4. Cilt, Ankara 1999, s. 5072.

¹¹ Bkz., Gündel, Ahmet, *Atatürk'e, Cumhurbaşkanı'na, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret*

Mağdurun sıfatı suçun temel şekli bakımından önem arz etmezse de, 125. maddenin 3. fıkrasının (a) bendinde mağdurun kamu görevlisi olması daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Kamu görevlisi teriminin ne anlama geldiği TCK'nın "tanımlar" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilmiştir. Buna göre, "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" anlaşılır. Suçun mağdurunun kamu görevlisi olması durumunda soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır (TCK m. 131/1).

Mağdurun belirli veya belirlenebilir olması gerekir. Mağdurun isminin açıkça belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Mağdurun kim olduğunun failin ifadelerinden anlaşılabilmesi yeterlidir.¹² Bu husus, TCK'nın "mağdurun belirlenmesi" başlıklı 126. maddesinde; "hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır" şeklinde belirtilmiştir.¹³ Buna göre, bir kimsenin isminin sadece baş harflerinin veya herkesçe bilinen bir sıfat veya lakabının zikredilmesi durumunda mağdurun belirlenmiş olduğu kabul edilir.¹⁴ Bu düzenleme çerçevesinde kolektif hakaretin varlığı halinde nasıl hareket edileceği üzerinde de durulmalıdır. Bir arada bulunan birkaç kişinin hakarete uğraması halinde, suçların içtimasına ilişkin hükümler tatbik edilir.¹⁵ Buna karşılık mağdurun bireysel olarak tayin ve teşhis edilmesinin mümkün olmadığı bir topluluğa hakaret edilmesinde durum farklıdır.¹⁶ Fiilin yöneldiği topluluk ne kadar geniş olursa, mağdurun tayin ve teşhisi o nispette imkânsız hale geleceğinden suç oluşmaz. Şu halde, bu ihtimalde suçun oluşabilmesi için ilgili kişi topluluğu açıkça sınırlandırılmış ve belirlenmiş olmalı ve fiil belirli ve teşhis edilebilir kişilerle ilişkilendirilmelidir¹⁷. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 09.02.1982

Suçları, Ankara 1997, s. 9 vd.

¹² Erman, Hakaret, s. 31.

¹³ Maddede geçen "...duraksanmayacak bir durum varsa..." hükmünün anlamının pek belirgin olmadığı, bu ifadenin tereddüde yer vermeyecek derecede karineler varsa şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz., Hafızoğulları, Zeki/Kurşun, Günal, *Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar*, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi, Y. 12, S. 48-49, Nisan-Eylül 2006, s. 41-42.

¹⁴ Erman, Hakaret, s. 31.

¹⁵ Önder, s. 228.

¹⁶ Önder, s. 228; Erman, Hakaret, s. 34.

¹⁷ Erman, Hakaret, s. 33; Önder, s. 228; Tezcan/Erdem/Önok, s. 346.

tarikh ve 810/781 sayılı içtihadında bu husus vurgulanmıştır. Kararda; *“tüzel kişiliği haiz olmayan bir topluluğa karşı hakarete mağdur; belirli ve müşahhas bulunduğu takdirde... suç oluşur ve toplulukla ilişkili herkes, dava açmaya yetkilidir. Sanık, mağduru muhatap tutarak (siz, Egeli değil misiniz, hepiniz ibnedir, Egeliler orospu çocuğudur) diye sövdüğü... Ege’li topluluğu içerisinde mağduru da açıkça belirttiği cihetle... Egelileri temsile yetkisi olmadığı ve bu bakımdan dava ehliyeti de olmadığı ve ona hitap eder nitelikte bulunmadığından bahisle, sanığın beraatına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”* denilmektedir.¹⁸

Halkın bir kesimini oluşturan sayısı belirsiz bir topluluğun sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak aşagılanması halinde TCK’nın 216. maddesinin 2. fıkrası tatbik edilir.

125. maddenin 5. fıkrasında; *“Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır”* denilmektedir. Bu hükmün karşılığını 765 sayılı TCK’nın 268 ve 483. maddeleri oluşturmaktaydı. Buna göre kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı (örneğin bilirkişi heyeti) görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde zincirleme suç (m. 43/2) hükümleri tatbik edilir.

Tüzel kişiler hakaret suçunun mağduru olamazlar.¹⁹ Tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilir. Bu ihtimalde tüzel kişinin organını oluşturan veya temsilcisi olan gerçek kişilere yönelik hakaretin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir.²⁰

Son olarak *“dolaylı hakaret”* konusu üzerinde de durulmalıdır. Bu ihtimalde bir kimseye karşı gerçekleştirilen hakaret, başka bir kimsenin de şeref ve haysiyetini ihlal edebilir. Örneğin, (A)’ya annesinin fahişe olduğunun söylenmesi hem (A)’nın hem de annesinin şeref ve haysiyetini ihlal eder. 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay, isnada muhatap olanın hakaret suçunun, dolayısıyla şeref ve haysiyeti ihlal edilenin ise,

¹⁸ Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5099.

¹⁹ Soyaslan, s. 234. Karşı görüş için bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 346; Özbek’e göre, TCK’nın 125. maddesinin 5. fıkrası, tüzel kişilerin suç mağduru olmalarını engellemektedir. Özbek, s. 258.

²⁰ Bu konuda bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 473.

sövme suçunun mağduru olduğunu belirtmekteydi.²¹ Kanımızca 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesi uyarınca bu ihtimalde, içtima hükümlerinin uygulanması (TCK m. 43/2) gerekir.

4. Maddi Unsur

a. Genel Olarak

“Hakaret” başlığını taşıyan TCK'nın 125. maddesinde; “(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur”

denilmektedir.

Bu düzenleme çerçevesinde hakaret suçunun maddi unsuru altı başlıkta incelenebilir. Bunları; *“1-Somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi, 2-Sövmek suretiyle onur, şeref ve saygınlığa saldırılması, 3- İsnadın şeref ve saygınlığı rencide edici olması, 4- İsnadın mağdura isnat ve izafesi, 5-İsnat gıyapta ise, ihtilatın bulunması, 6- Mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi”* şeklinde belirtebiliriz.

b. Somut Bir Fiil ya da Olgu İsnat Edilmesi

Hakaret suçunun mevcudiyeti için, failin mağdura belirli bir fiil ya da olgu isnat etmesi gereklidir. Öncelikle *“somut bir fiil”* tabirinin anlamı üzerinde durulmalıdır. İsnat olunan fiilin *“somut”* (belirli) sayılabilmesi için şahsa, konuya, yere, zamana ve şekle ait birtakım tamamlayıcı unsurların gösterilmiş olması gereklidir.²² Bununla beraber

²¹ “Anası için belli bir olayı yükleyerek yapılan hakaretin... yakınanın kızı adına sövme suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Yarg. 4. CD. 05.05.1993, 3167/3707 (Yaşar, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 1134); “Sanık tarafından söylenen “kız kardeşinin ırzına geçtim” tarzındaki sözlerin yakınan için sövme suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Yarg. 4. CD. 12.02.1992, 230/882 (Yaşar, s. 1134); “Suça konu edilen mektupların içeriğine göre, eşi ve kızı için belli bir olayı yükleyerek yapılan hakaretin, şikayetçi eş ve baba adına sövme suçunu oluşturduğu...” Yarg. 4. CD. 21.11.1991, 5733/7121 (Yaşar, s. 1134).

²² Soyaslan, s. 237. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.11.1992 tarih ve 283/306

unsurların hepsinin birlikte ve teker teker söylenmesi lazım gelmeyip, fiil veya maddeyi teşhise yetecek miktarda açıklık bulunması kâfidir. Somut bir olgunun isnadı bulununca, bu maddenin hakikate uygun olup olmaması, suçun teşekkülüne tesir etmez.²³

Somut bir olay veya belirli bir fiil olan isnadın, geçmişte veya halde meydana gelmiş bir vakıa olması aranır. Bu nedenle gelecekte gerçekleşecek olaylar somut bir fiil kavramına girmez. Ancak ileride gerçekleşecek olayların haldeki olaylarla bir bağlantısı kurulabiliyor ise, somut bir fiil isnadının varlığı kabul edilir.²⁴

İsnat, bir olay olunca, bunun devam etmiş veya kesilmiş olması veya icrai ya da ihmali bir hareketle oluşması arasında fark yoktur, ancak kişinin ahlaki niteliklerindeki eksiklik veya kötü bir huy ve âdete sahip olduğunun isnadı, somut bir fiil veya olgu isnadı değildir.²⁵ Örneğin, birine karşı alçak, serseri gibi beyanlarda bulunmak bir değer yargısı ifade etmekle birlikte seçimlik hareketlerden sövme kapsamında değerlendirilir.²⁶ Her ne kadar 5237 sayılı TCK'da hakaret suçunu oluşturan seçimlik hareketleri gerçekleştiren kişiye verilecek ceza aynı ise de, isnadın ispatı (m. 127) açısından hakaret-sövme ayrımı önemini korumaktadır.²⁷

İsnat edilen fiilin bir mahkeme kararı gibi olayın bütün incelemelerini ve ayrıntılarını belirtmiş olması aranmaz. İsnat edilen olayın esaslarının belirtilmiş olması ve açıklanması durumunda tarafsız kişilerin bunun hakaret niteliğinde bir fiil olduğunu ihtimal dâhilinde görebilmesi ile gerçek olup olmadığının ispata elverişli olması yeterlidir. Yoksa isnadın doğru olup olmaması, herkes tarafından bilinip bilinmemesi veya bir suç olup olmaması önemsizdir.²⁸

sayılı kararında; ... sanığın "yediniz yediniz kızımı bulamadınız" sözlerinde yer, zaman, şahıs belirtilmemiştir. Ne zaman, nerede, nasıl, kimden, ne şekilde çıkar sağlandığı söylenmemiş belirli bir somut fiil isnat edilmemiştir. Mücerret olarak söylenen bu sözlerin madde tayini suretiyle hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilemez. . " denmektedir. Karar için bkz., Yaşar, s. 1130.

²³ Bkz., Erman, Hakaret, s. 69 vd. Dönmezer, *Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, İstanbul 2001, s. 273 vd.

²⁴ Önder, s. 240.

²⁵ Önder, s. 240.

²⁶ Önder, s. 240; ayrıca bkz., Hakeri, Hakan, *Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 411 vd.

²⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 346.

²⁸ Önder, s. 240.

c. Sövmek Suretiyle Onur, Şeref ve Saygınlığa Saldırılması

Sövme, somut bir fiil isnadı ihtiva etmeyen, her hangi bir olayla ilişkilendirilmeyen, şeref ve haysiyeti rencide eden, aşağılayan, hor gören her türlü isnatlardır.²⁹ Böylece “*sövme*”nin varlığı açısından kişiyi toplum nezdinde küçük düşüren, inciten, şeref ve itibarı zedeleyen hareketlerin mevcudiyeti aranacaktır.

Sövme, somut olayda türlü şekillerde işlenebilir. Keza yazı, söz, resim, işaret veya müstehcen bir el hareketi ile bu fiil gerçekleştirilebilir.³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.04.1985 tarih ve 5-576/209 sayılı içtihadında, kendisine “*senin karını kocama alacağım*” diyen mağdura, failin tenasül organını göstermesini sövme kapsamında nitelendirmiştir.³¹ Yine Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 05.03.1991, 1577/2351 sayılı kararında da; müştekinin duvarını neden yıktığını sorması üzerine sanığın erkeklik organını göstererek “...*sen bunu al...*” demesi sövme olarak değerlendirilmiştir.³²

Fiilin ihmal suretiyle işlenebileceği de kabul edilmiştir. Örneğin mağdurun sözüne cevap vermemek, uzattığı eli sıkmamak gibi.³³

Sövme teşkil ettiği hususunda tereddüde düşülen tabirlere anlam verilirken bölgesel özellikleri, fiilin gerçekleştirildiği bölgede o kelimelere verilen anlamı, örf ve âdeti, kamuoyunu, fiilin işlenmesi sırasındaki hal ve şartları dikkate almak lazımdır.³⁴ Örneğin, bir kimseye “*serseri*”, “*alçak*”, “*hayvan*”, “*fahişe*”, “*hırsız*”, “*manyak*” denmesi sövme kapsamındadır. Yargıtay verdiği kararlarda; “*senin geçmişini sinkaf edeceğim, seni düzeceğim*”,³⁵ “*O... polis i...ne söyle, müdürünü getirip onun yüzüne tükürteceğim, anasını avradını.. edeceğim*”,³⁶ “*senin kocan maymuna benzi-*

²⁹ Erman, Hakaret, s. 111 vd.; Dönmezer, s. 312, 313; Önder, s. 243; Gündel, s. 10.

³⁰ Dönmezer, s. 313.

³¹ Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5075 vd.

³² Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5097.

³³ Erman, Hakaret, s. 124; Önder, s. 244.

³⁴ Bkz., Önder, s. 243; Erman, Hakaret, s. 114; Gözübüyük, A. Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, C.: II, (Hususi Kısım-Cürümler), 5. Bası, İstanbul tarihsiz, s. 231, 232; Özütürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C.: I, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 518, 519.

³⁵ Yarg. 2. CD. 04.02.1999, 12497/740 (Kubilay Taşdemir-Ramazan Özkepir, *Son Değişikliklerle İchtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1999, s. 1158).

³⁶ Yarg. 09. 04. 1999, 2302/3265 (Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İchtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1999, s. 1095).

yor”,³⁷ “soyguncular, hırsızlar”³⁸ tarzındaki ifadeleri sövme kapsamında değerlendirmiştir.

Beddua niteliğindeki fiillerin sövme niteliğinde olup olmadığı üzerinde de durulması gerekir. Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde verdiği müstakar içtihatlarında “Allah belanı versin”, “cezanı versin” tarzındaki ifadelerin “Tanrısal ceza dileme, beddua anlamında olup, şeref ve haysiyeti incitici mahiyette olmadıklarını” belirtmiştir. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.07.2001 tarih ve 9-132/155 sayılı kararında; “inceleme konusu somut olayda; Türk Metal-İş Sendikası Genel Başkanı olan sanık 30.01.2000 tarihli genel kurul toplantısında ülkenin gündemiyle ilgili çeşitli konularda görüşlerini açıklamış, Hizbullah olaylarında yetkililerin aczini kastederek, “ben bir Türk vatandaşı olarak bu ülkeyi yönetenlere soruyorum, bu kadar insan kesilip yere gömülüyor, sizin istihbaratınız MİT’iniz nerede? şeklinde yönetenlere tepki göstermiş, akabinde ülkenin bu zor durumda olmasının tek nedeninin ülkeyi uzun yıllardır Başbakan olarak yöneten ve halen de Cumhurbaşkanı olan S. Demirel olduğunu öne sürerek, parlamentonun onun görev süresinin uzatılması veya ikinci kez seçilmesini sağlamak yönünde Anayasada değişiklik yapılmasına yönelik çalışmalarına tepki olarak; ‘hala çıkıp toplumun karşısına konuşabiliyorsan, hala o insanlar da seni alkışlayabiliyorlarsa bizim diyeceğimiz bir şey yok, seni de cumhurbaşkanı seçerlerse o parlamentonun Allah belasını versin! Ne diyeyim’ şeklindeki sözleri sarf etmiştir. Sarf edilen ‘Allah belanı versin’ sözleri, tanrısal ceza dileme, beddua anlamında olup, tahkir ve tezyif içerdiğinden söz edilemez” denmiştir.³⁹

Doktrinde seçimlik hareketlerden somut bir fiil veya olgu isnadının, sövmeye göre daha fazla haksızlık içerdiği belirtilmiş ve TCK’nın her iki fiil için aynı ceza öngörmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür.⁴⁰

³⁷ Yarg. 4. CD. 07.10.1997, 7847/7997 (Yaşar, s. 1145).

³⁸ Yarg. 4. CD. 07. 05. 1997, 1630/1878 (Yaşar, s. 1146).

³⁹ Karar için bkz., Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 330;331; “Müdahil ile sanığın annesi arasında gündüz meydana gelen olayı konuşmak için müdahile ait evin camını kırılarak konuşma isteğini belirten sanığa hakaret eden müdahile karşı sanığın “. . . Allah cezanızı versin. . .” şeklindeki sözlerinin beddua teşkil ettiği, müdahilin namus, şöhret, vakar ve haysiyetine taarruz niteliği taşımadığı, hakareti içermediği gözetilmeden TCK’nın 482/3 maddesi uyarınca mahkûmiyetine hükümlenmesi, yasaya aykırıdır Yarg. 2. CD. 1.4.1993, 3114/4093 (Savaş/Mollamahmutoglu, IV, s. 5094); “Beddua mahiyetinde söylenen sözlerin hakaret suçunu teşkil edip etmeyeceği düşünülmeden mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur” Yarg. 4. CD. 9. 6. 1949, 4235/4017 (Köseoğlu, Cemal, *Haşiyeli Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 1955, s. 576).

⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 349. Bir kişinin şerefini en çok sarsan hareketlerin gıyabında

d. İsnadın Şeref ve Saygınlığı Rencide Edici Olması

Fiil, mağdurun şeref ve saygınlığına tecavüz teşkil etmelidir. Nitekim TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında; “..şeref ve saygınlığı rencide edebilecek... şeref ve saygınlığına saldıran...” denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Kişinin manevi tamamlığını ifade eden şeref kavramı, biri sübjektif (iç şeref) diğeri ise objektif (dış şeref) olmak üzere iki anlam ifade eder. Sübjektif veya iç şeref; ferdin kendi haysiyeti hakkında beslediği fikir ve düşüncedir. Objektif veya dış şeref; insanların ve özellikle vatandaşların o kişi hakkında düşündüklerinden ibarettir.⁴¹

Her iki manada da şeref sosyal bir kavramdır ve kaynağını sosyal yaşayışta bulur ve özellikle sosyal bir menfaat olarak göze çarpar. Kanunumuz şeref bu ve iki anlamını dikkate alarak gerek dış gerekse iç şerefi korumuştur.

Gerçekten 125. maddede geçen “onur, şeref ve saygınlık” bir yandan bireyin iç dünyasını, diğeri yandan ise toplum içindeki itibarını ve diğeri fertler nezdinde onun hakkındaki değer yargılarını karşılamakta ve bunlara yönelik saldırıları cezalandırmaktadır.⁴²

İsnat edilen fiil veya olgunun ne zaman tahkir edici olduğunu tespit etmek zordur. Bunun için bazı ayrımlarda bulunmak gerekir: Bir kere bazı fiiller vardır ki, bunlar özlerinde ahlaka aykırı ve tahkir edici sayılır ve bunların isnadı mutlak surette suç teşkil eder.⁴³ Mesela; hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekârlık fiilleri bu kabildendir.

Yine bir kimseye suç teşkil eden bir eylemin isnat edilmesi halinde de hakaret suçu oluşur. İsnadın başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması yeterlidir. Suçun oluşması için mağdurun onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmiş olması da gerekmez.⁴⁴

söylenip yayımlananlar olduğu, bu nedenle gıyapta hakaret ile huzurda hakaretin cezalarının eşit olmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz., Özbek, s. 260.

⁴¹ Önder, s. 220 vd. Ayrıca bkz., Soyaslan, s. 239.

⁴² Ayrıca bkz., Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 255.

⁴³ Bkz., Erman, Hakaret, s. 79, 80; Önder, s. 242.

⁴⁴ “Sanığın kahvehanede “benim odunlarımı sen çalmışsındır, sarıp götürmüşsündür” diyerek kişisel davacının yüzüne karşı hakaret eyleminin TCK'nın 480/3'. madde ve fıkrasına uyduğu gözetilmeden, genel kast ile işlenen bu suçta özel kast aranarak beraatine hükmolunması yasaya aykırıdır” Yarg. 4. CD. 04.06.1999 tarih ve 5305-6443 (Çetin, Erol, Yeni Türk Ceza Yasası'ndaki Hakaret Suçları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 42).

Failin hareketinin bu nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde esas kriter kamuoyu, örf ve adet olduğu için isnat olunan fiilin mutlaka suç teşkil etmesi lazım gelmez. Nitekim kimi hallerle mağdura yöneltilen isnatlar kullanıldıkları koşullar, kullanılış nedenleri, çevrede hatırlattıkları hadiseler dolayısıyla, objektif olarak onur kırıcı görülmeseler de hakarete sebebiyet verebilir.⁴⁵ Şu halde, kanunun yapılmasına izin verdiği bir fiilin isnadı da hakaret teşkil edebilir. Mesela, fuşşa kanuni sınırlar dairesinde cevaz verildiği halde -bir genelev kadınının kötü bir hayat sürdüğünü söylemek- isnat olunan fiil belirli olmak şartıyla hakaret teşkil eder.⁴⁶

Buna karşılık, örf ve adet kurallarına göre tahkir edici olmayan bir fiile, mağdurun aşırı alınganlığı, tahkir edici bir nitelik kazandırmaz.⁴⁷ Ayrıca isnat edilen fiilin tahkir edici olup olmadığı konusunda, mağdurun sıfatı da göz önünde bulundurulur.⁴⁸ Bu itibarla topluma mal olmuş, çeşitli alanlarda isim yapmış, görevi dolayısıyla birçok kimse tarafından tanınan kişilerin özel hayat alanları daha dardır. Aynı husus politikacılar için de geçerlidir. Toplum bu kişileri daha iyi tanımak istediği için bu kişilerin özel hayatına ilişkin haberler hakaret suçunu oluşturmaz.⁴⁹

Yargıtay verdiği kararlarda, “polis memurunun gömlek düğmelerini ve apoletlerini koparma”,⁵⁰ “bir kimseye tükürmek”,⁵¹ “ceza makbuzunu yırtıp

⁴⁵ Dönmezer, s. 278. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.11.1964 tarih ve 2-35/481 sayılı kararına konu olayda; önceki bir davanın duruşması sırasında hakim, akraba olduklarını zannettiğinden, taraflara “madem ki akrabasınız, neden aranızda üzücü olaylar geçiyor” şeklinde bir soru yöneltilmiş; buna karşılık veren sanık ise, “benim onunla bir akrabalığım yoktur, onun anası Ermenidir” diye cevap vermiştir. Genel Kurul; Birinci Dünya Savaşı sırasında Ermeniler ile Türkler arasında tatsız olayların geçtiği bir bölgede söylenmiş bulunan sözlerin, objektif olarak hakaretamiz nitelik taşımaları da, söz konusu hava ve şartlar içerisinde değerlendirildiklerinde, hâkim tarafından yöneltilen soruya, kısaca “hayır, akrabalığım yoktur” demekle yetinmek gerekirken, sarf edilen sözleri cevabına katmak suretiyle özel bir kastla diğer tarafın tahkiri amacının güdüldüğünü gösterebileceğine karar vermiştir. Karar için bkz., Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5048.

⁴⁶ Erman, Hakaret, s. 80.

⁴⁷ “...Ne tür hareketlerin şeref ve itibarı ihlal edici olduğu, toplumda hakim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre belirlenmelidir. Bunu tayinde ölçü bireyin özel duyarlılığı değildir. ” Yarg. CGK. 03.07.2001, 9-132/155 (Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 332).

⁴⁸ Erman, Hakaret, s. 83.

⁴⁹ Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5032, 5033.

⁵⁰ Yarg. 4. CD. 04.02.2000, 10196-425 (Çetin, s. 41).

⁵¹ Yarg. 2. CD. 25.12.1988, 617-860 (Çetin, s. 55).

*mağdur polislerin yüzüne atmak*⁵² fiillerini, *“vergi sülükleri, utanç rekortmenleri”*,⁵³ *“sen mühendis olmuşsun, adam olamamışsın”*,⁵⁴ *“komünist”*,⁵⁵ *“avukata hitaben, avukat olmamıştır, yeniden hukuk tahsili yapması gerekir”*,⁵⁶ sözlerini onur, şeref ve saygınlığı rencide eder nitelikte bulmuştur.

e. İsnadın Mağdura İsnat ve İzafesi

TCK m. 125/1’de kanun, *“bir kimseye”, “bir kimsenin”* dediğine göre, burada önemli olan *“mağdurun tayin ve teşhis edilmiş”* olmasıdır. Şayet hakaret müşahhas bir kimseye yönelik değilse, kimsenin şeref ve haysiyeti tecavüze uğramış değildir.⁵⁷ Mağdurun tayin ve teşhisi için onun ad ve soyadının belirtilmesine gerek yoktur. Ancak kullanılan ifadelerden hüviyetinin anlaşılabilir olması gerekir. Şu halde önemli olan tayin ve teşhise imkân tanyacak şekilde isnatta bulunulmasıdır.

Nitekim TCK m. 126’da *“Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır”* denmektedir.

f. İhtilatın Bulunması

Hakaret suçunun beşinci unsuru ihtilattır. Kanunumuzun 125. maddesi *“Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir”* demek suretiyle bu hususa işaret etmiştir. Şeref, özellikle dış şeref ve itibar, ancak üçüncü kişilerin hakaretimiz isnattan haberdar olmaları halinde haleldar olur. Gıyapta hakaretin oluşması için ihtilatın varlığı şarttır.⁵⁸

En az üç kişinin isnat olunan belirli maddeyi öğrenmesi ile ihtilat unsuru gerçekleşir. Ayrıca kendileriyle ihtilat edilen kimselerin bir arada bulunup, aynı zamanda hakarete vakıf olmaları şart değildir. Bu itibarla

⁵² Yarg. CGK. 26.11.1996, 4-192-250 (Çetin, s. 49).

⁵³ Yarg. 4. CD. 03.03.1999, 617-2108 (Çetin, s. 42-46).

⁵⁴ Yarg. 4. CD. 20.04.1998, 3426-3739 (Çetin, s. 47).

⁵⁵ Yarg. 4. CD. 21.10.1996, 9965-10863 (Çetin, s. 49).

⁵⁶ Yarg. CGK. 06.07.1981, 2-204/275 (Savaş/Mollamahmutoglu, IV, s. 5080).

⁵⁷ Bkz., Önder, s. 231.

⁵⁸ Erman-Özek, s. 279, 280.

fail değişik zamanlarda, değişik kimselere ayrı ayrı ve teker teker isnat ettiği belirli maddeyi bildirirse, yine ihtilat unsuru gerçekleşir.⁵⁹

Kanunumuz ihtilatın şeklinden bahsetmemiştir. Bu itibarla mağdura isnat edilen belirli maddeyi üçüncü şahısların bilgisine ulaştırmaya uygun ve elverişli olan herhangi bir vasıtanın kullanılması mümkündür. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.12.1998 tarih ve 4-473/517 sayılı kararında; *“sanığın, müştekiye hakaret teşkil eden sözleri, apartman dairesi holü gibi başkalarının duyabileceği bir yerde yüksek sesle ve etraftakiler duyabilecek biçimde söylemiş ve tanıklarca duyulmuş olması nedeniyle, ihtilat unsuru oluşmuştur”* denilmiştir.⁶⁰

Resmi makamlara gönderilen yazılı belgelerde hakaret niteliğinde bir isnadın mevcudiyeti halinde, bu dilekçe içeriklerinin ikiden fazla kimsenin bilgisine ulaşması suçun oluşumu için yeterlidir.⁶¹

Nitekim Yargıtay aynı koşulu içeren 765 sayılı TCK'nın 480. maddesiyle ilgili verdiği kararlarda bu hususa işaret etmiştir: *“Boşanma davasında maznun tarafından verilen cevap layihasının hâkim tarafından görülmek üzere kayda havale edildiği ve kaydiye harcının yapıldığı ve kâtip tarafından da görülmek üzere diğer tarafa tebliğ edildikten sonra dosyasına konulduğu ve mahkemece tetkik edilmiş bulunduğu nazara alınmadan ihtilat unsurunun tekevvün etmemiş olduğundan bahisle ve bu sebebe müsteniden beraat kararı verilmesi yolsuzdur”*;⁶² *“... Bir ferdin namus ve şöhreti veya vakar ve haysiyetine taarruzu mutazammın resmi makamlara ita olunan istida ve arzuhaller, birkaç daireye havale edilmek suretiyle münderecatına birkaç kişi muttali olarak aleniyet ve ihtilat unsurları hasıl olduğu takdirde hakaret cürmünü teşkil edeceğine mutlak ekseriyetle karar verildi”*;⁶³ *“Dilekçe ile yapılan hakaretlerde dilekçenin birkaç*

⁵⁹ Erman/Özek, s. 280; ayrıca bkz., Önder, s. 232, 233; Soyaslan, s. 238 vd.; Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5024 vd.; *“Sanığın yakınıcının anneannesi P. D.'ye yazdığı mektupla yakınıcıya hakaret etme eyleminin, yakınıcı açısından yoklukta hakaret suçunu oluşturacağı, bu suçun oluşması için iletişim (ihtilat) ögesinin bulunması ve bu ögenin de sanıktan kaynaklanması gerektiği, üçüncü kişiye yazılan mektubun ikiden çok kişiye okunmasının suçun oluşumunu etkilemeyeceği gözetilmeden, olayda uygulama yeri bulunmayan TCY'nin 480/2 madde ve fıkrasıyla hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”* Yarg. 4. CD. 27.01.1997, 263/426 (Çetin, s. 29).

⁶⁰ Karar için bkz., Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5071.

⁶¹ Bkz., Önder, s. 234.

⁶² Yarg. 4. CD. 15.10.1955 tarih ve 11008-16280 sayılı karar (Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5055).

⁶³ Yarg. Tevhidi İçtihat Kararı, 13.5.1942 tarih ve 41-13 sayılı (Perinçek, Sadık/Özden, Cahit, Türk Ceza Kanunu ve Buna ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, Ankara 1953, s. 630).

daire veya memur tarafından görülmesi ile ihtilat unsurunun teşekkül edeceği ve dilekçede yazılı sözlerin yargıcın vakar ve haysiyetini ihlal edecek mahiyette olduğu düşünülmemesinin beraat kararı verilmesi yolsuzdur”⁶⁴

Fail hakaretamiz sözlerin yer aldığı mektubu veya mesajı ya da e-postayı ikiden fazla kişiye ulaştırma kastıyla tek bir kişiye gönderse ve bu kişi bu sözleri diğer kişilere iletse, ihtilat unsurunun gerçekleştiği kabul edilir. Buna karşılık failin böyle bir kastı olmaksızın tek bir kişiye gönderdiği mektup, ikiden fazla kişi tarafından okunsa, ihtilat unsuru gerçekleşmiş olmaz.⁶⁵ Konuyla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 07.11.1988 tarih ve 4-342/430 sayılı kararında; *“sanığın Pülümür A.. Partisi İlçe Başkanına yazdığı özel mektupla müdahile hakaret ettiği iddia edilmişse de, mektup muhatabı dışında başka kişilerce okunup içeriği öğrenilmemiştir. İhtilat unsuru fülün mağdurdan başka ikiden ziyade kimse tarafından duyulup bilgi edinilebilecek şartlar içinde işlenmesiyle gerçekleşeceğinden, bu şartlar içinde işlenmeyen vaki hakaret suçunda ihtilat unsuru bulunmamaktadır”* denmiştir.⁶⁶

İhtilat edecek kişilerin, söylenen sözün hakaret suçunu oluşturduğunu algılayabilecek durumda olmaları gerekir. Bu nedenle yaş küçüklüğü,⁶⁷ akıl hastalığı, sarhoşluk gibi nedenlerle, söylenen sözün hakaret olduğunu algılayamayanlar, ihtilatın belirlenmesinde dikkate alınmazlar.⁶⁸

g. Fiilin Mağduru Muhatap Alan Sesli, Yazılı veya Görüntülü Bir İletiyile İşlenmesi

Hakaret suçu, mağdurun huzurunda veya gıyabında işlenebilir. Gıyapta hakaretin gerçekleşmesi yukarıda ifade edildiği gibi ihtilatın varlığına bağlıdır. Huzurda hakaretin varlığı bakımından ise, eylemin mağdurun mevcudiyetinde, işitebileceği, görebileceği şekilde yapılması gerekir. Hakaretin yapıldığı anda mağdur orada bulunmalı

⁶⁴ Yarg. 4. CD. 11.2.1949 tarih ve 1157-2155 sayılı karar (Perinçek/Özden, s. 632).

⁶⁵ Erman, Hakaret, s. 101; “Tanıklar kişisel davacının yokluğunda söylenen hakareti içerir sözleri sanıktan değil, tanık N. D.’den duyduklarını belirtmeleri karşısında sanığın en az üç kişiyle iletişimde bulunma ögesinin oluşmadığı gözetilmeden beraat yerine hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 4. CD. 10.07.1997, 5551/6287 (Çetin, s. 28).

⁶⁶ Karar için bkz., Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5073.

⁶⁷ Bkz., Yarg. 4. CD. 05.03.1968, 1087/1282 (Savaş/Mollamahmutoğlu, IV, s. 5053).

⁶⁸ Erman, Hakaret, s. 100; Özbek, s. 262.

ve isnadı algılmalıdır. Ancak yüz yüze olunması şart değildir, mağdurun duyabileceği tarzda filin işlenmesi yeterlidir. Keza Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 02.12.1992 tarih ve 11486/12035 sayılı kararında; *"apartmanın üst katında oturan sanığın alt katta oturan yakınana salondaki soba deliğinden sövmesi..yüze karşıdır"*.⁶⁹

Mağdura sesli (telefon, teyp, radyo, kaset vb) yazılı, (mektup, telgraf, faks vb) veya görüntülü (televizyon, video, kamera vb) bir iletiyle yapılan hakaret de huzurda yapılmış sayılır.⁷⁰ Nitekim TCK m. 125/2 bu hususu düzenlemektedir. Hükme göre; *"fülin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur"*. Burada önemli olan, söz konusu araçlarla yapılan hakaretin, mağduru muhatap almış bulunmasıdır.

5. Manevi Unsur

Hakaret suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Failin belli bir saikle hareket etmesi şart değildir,⁷¹ yaptığı hareketin, mağdurun onur, şeref ve

⁶⁹ Karar için bkz., Çetin, s. 105.

⁷⁰ "Sanığın mağdur hekime görevi sırasında ve görevi dolayısıyla telefonla sövdüğünün oluğa uygun kabulü karşısında, bu durumun TCY'nin 268/3 madde ve fıkrası aracılığıyla yani Yasanın 266/1. madde fıkrasına girdiği gözetilmeden, "yüzyüzelik" ögesinin oluşmadığı gerekçesiyle yazılı biçimde karar verilmesi yasaya aykırıdır" Yarg. 4. CD. 27.05.1997, 4123/4421 (Çetin, s. 70).

⁷¹ "Hukuk Genel Kurulunun bozma kararına ne diyeceği sorulan sanık avukatın "bizim söyleyecek bir şeyimiz yok, sizin konuyu bilmezliğiniz karşısında ne diyeceğinizi merak ediyoruz" biçimindeki sözlerin yasal direnme yetkisini kullanan yargıca karşı açık duruşmada söylendiği ve savunma ve iddia açısından gereksizliği gözetilerek, kişiliği küçük düşürüp düşürmediğinin tartışılması gerekirken, söylenen sözlerin ne olduğunu bilme ve özgür iradeyle söylemekten ibaret olan genel kasıtle işlenen sövme/hakaret cürmünde özel kasit aranarak, yasal dayanaktan yoksun gerekçeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır (Yarg. 4. CD. 18.05.1994, 2460/5299 (Çetin, s. 38); "Hakaret suçlarında, özel bir kastın varlığını koşul olarak aramak, faili suç işlemeye sevk eden saike itibar etmek demektir. Halbuki TCY bu suçlarda failin saikini göz önünde almamış ve aranmasını da doğal olarak kabul etmemiştir. Genel kasit yeterli görülmüştür. Failin tahkir edici olduğunu bildiği bir fiili mağdura isnat eylemesi ve bunu ikiden ziyade kimsenin duyulabilmesine isteyerek sebebiyet vermesi halinde hakaret kastı ve hakaret suçu oluşmuştur" Yarg. CGK. 12.05.1980, 133/208 (Çetin, s. 38); "Hesabından para çekmek üzere gittiği bankada görevli olan sanığın telefonla konuşması ve telefon görüşmesinin uzaması nedeniyle "lütfen kısa keser misiniz" diyen davacıya "terbiyesizlik etmeyin" diyen sanığın bu sözlerinin sövme suçunu oluşturacağı ve suçun gerçekleşmesi için genel kast yeterli olduğu cihetle sanığın sövme suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, sanığın bu sözleri sövme kastı olmadan söylediği ve sövme suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır" Yarg. 2. CD. 06.12.1999, 11838-15969 (Çetin,

saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olduğunu ve gıyapta hakarete ihtilat unsurunun gerçekleştiğini bilmesi ve bunu istemesi yeterlidir. Suç olası kast ile de işlenebilir. Bu durumda verilecek ceza, 21. maddenin 2. fıkrasına göre indirilir.

Bu suçun taksirle işlenen şekli kanunda açıkça belirtilmediği için, failin taksirli hareketleri cezalandırılmaz (TCK m. 22/1). Örneğin yabancı ülke vatandaşı olan fail Türk örf ve adetlerini veya Türkiye'yi iyi bilmesee ve mağdura iltifat ettiğini düşünerek, tahkir içeren sözler söylese veya gıyapta hakaret halinde fail bir veya iki kişiyle ihtilat etmek istemesine rağmen, bilgisi dışında başka kişilerin de hakaret içeren fiilleri öğrenmeleri durumunda fail söz konusu taksirli hareketlerden dolayı cezalandırılmaz.⁷²

Yargıtay çeşitli kararlarında hakaret suçunun manevi unsuruna temas etmiştir. Bu kararlara örnek olarak aşağıdakiler zikredilebilir:

*“Sanığın davacıya hitaben kahvede söylediği sözlerin ‘anneme kim sövmüş ise ben de aynen iade ediyorum’ ...demesinde, davacının namus ve şöhretine veya vekar ve haysiyetine taarruz kastının bulunduğu kabulüne imkân yoktur”.*⁷³

*“Soruşturma yapan müfettişin veya hakkında soruşturma yapılan sanığın suallere verdiği cevap veya müdafaa sadedinde yazılan yazılarda hakaret suçu ve kastı yoktur”.*⁷⁴

6. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Olarak

Kural olarak, 5237 sayılı TCK'nın 125 vd. maddelerinde yer alan unsurların gerçekleşmesi ile hukuka aykırılık da ortaya çıkmış olur. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı durumunda hukuka aykırılıktan söz edilemez. Nitekim bir eylemde hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması, fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde gerçekleşmesini sağlar. Aşağıda hakaret suçuna ilişkin özellik arz eden hukuka uygunluk sebeplerinden ihbar ve şikâyet hakkı, basının haber

s. 41, 42).

⁷² Erman, Hakaret, s. 180.

⁷³ Yarg. CGK. 03.07.1972, 2-228/265 (Savaş/Mollamahmutoglu, IV, s. 5085).

⁷⁴ Yarg. 4. CD. 07.4.1954, 1716/3935; Yarg. 4. CD. 02.05.1952, 4671/4671 (Önder, s. 239).

verme hakkı ve savunma dokunulmazlığı üzerinde durulacaktır. Bilindiği üzere, bahsi geçen hukuka uygunluk sebepleri hakkın kullanılması (5237 sayılı TCK m. 26/1) kapsamındadır.

b. İhbar ve Şikâyet (Dilekçe) Hakkı

1982 Anayasası'nın 74. maddesinde vatandaşların, kendileri veya kamu ile ilgili konularda dilek ve şikâyetlerini yetkili makamlara bildirebileceğinden bahsedilmiştir. TCK m. 128'de de; *"..yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia.."* denilmek suretiyle aşağıda temas edeceğimiz savunma dokunulmazlığının yanında *"dilekçe hakkına"* da işaret edilmiştir.⁷⁵

Burada ceza soruşturması veya kovuşturmasını ya da idari yaptırım gerektiren hukuka aykırı bir fiili ya da failini yetkili mercilere bildirme şeklinde gerçekleşen ihbar ya da şikâyet hakkı ile kişilerin bir takım istek ve arzularını bildirmelerinden ibaret olan dilekçe hakkının idrak edilmesi söz konusudur (TCK m. 26/1).⁷⁶ Nitekim her ferdin öğrendiği hukuka aykırı fiilleri bunları takiple görevli mercilere bildirmesi, toplumun bu fiiller karşısında tepkisiz kalmamasını, bu yolla kamu düzeninin korunmasını sağlar. Bu açıdan ihbar ve şikâyet hakkının ve temelde dilekçe hakkının fertlere tanınmasında büyük bir sosyal fayda olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷

Hukukumuzda 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu *"dilekçe hakkını"* güvence altına almış, TCK da söz konusu hakkın kullanılmasının engellenmesini yaptırıma bağlamıştır (m. 121).

İhbar ve şikâyet hakkı kullanılırken (ya da yetkili mercilere dilek ve şikâyetlerde bulunulurken) doğal olarak belirli kimselere suç teşkil eden bir fiil (ya da şeref ve haysiyeti ihlal eden başka bir eylem) isnat edilir ve aslında böyle bir isnat yapılmadıkça da ihbar ve şikâyette bulunulmuş (ya da dilekçe hakkı idrak edilmiş) olmaz.⁷⁸ Bazen bu hak karşımıza görev olarak da çıkabilir (örneğin, TCK m. 278, 279, 280).

⁷⁵ Bkz., Soyaslan, s. 252 vd; Malkoç, İsmail, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Birinci Cilt, Ankara 2005, s. 515.

⁷⁶ Ayrıca bkz., Bayraktar, Köksal, *İftira*, İÜHFİM., C.: XL, S. 1-4 (Ayrı Bası) İstanbul, 1974, s. 6; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2000, s. 75.

⁷⁷ Erman, Hakaret, s. 133.

⁷⁸ Erman, Hakaret, s. 133.

Suç ve suçluların yargı makamlarına ya da işi bunlara aktarabilecek makamlara bildirilmesi halinde kişi, yargı faaliyetine katılmakta ve bu alanda bir işlev görmektedir. İşte bu nedenle ihbar ya da şikâyetle bulunan kimsenin ihbarı yanılma sonucu gerçeklere uygun değilse ya da gerçeklik ile arasında bir zıtlık varsa, kişi “*hakkını icra ettiği*” veya bazı durumlarda “*görevini yerine getirdiği*” için eylem suç teşkil etmemektedir.

TCK’nın 128. maddesinde bu hakkın sınırları; “*isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması*” şeklinde gösterilmiştir. Aşağıda savunma dokunulmazlığı kapsamında 128. maddeyi ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Netice olarak kişi, hukuka uygunluğun ya da kendisine tanınmış olan hakkın sınırlarını aşarak masum olduğunu bildiği bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek nitelikte hukuka aykırı bir fiil veya olgu isnat eder veya söverse, hakaret suçunu işlemiş olur.⁷⁹

c. Basının Haber Verme Hakkı

Haber verme hakkı, basın hürriyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. 1982 Anayasası’nın 28. maddesinin 2. fıkrasında; “*devlet, basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alır*” denilerek fertlerin haber almak hakları korunmuştur. Haberi almak hakkının doğal bir sonucu olarak haberi vermek hakkı da mevcuttur.⁸⁰ Nitekim bu hürriyet, düşünce ve kanaatleri yayma hakkının da bir uzantısıdır. Haber verme hakkının gerçekleşebilmesi için kamuya duyurulan hadisenin “*haber*” olması gerekir. Açıklanan bir olayın haber niteliğini taşıyabilmesi için, öncelikle bu olay gerçek ya da doğru olmalıdır. Zira basın hürriyeti gerçek olan olayların duyurulması için tanınmıştır. Hayal mahsulü olan bir olay, haber değildir ve bunun duyurulması konusunda bir hak ya da hürriyetten bahsedilemez.⁸¹

⁷⁹ “Sanığın Trabzon Valiliğine gönderdiği ve Yerel Yönetimler Müdürlüğüne havale edilen 10.12.1996 tarihli dilekçesinde Belediye İmar ve Planlama Müdürü olan yakınan A. K. ya görevi nedeniyle “...devlet yönetiminin hızla kirlenmesini kolaylaştıran kişi...Trabzon’daki tarihi pislik” gibi sözlerle eleştiri boyutlarını aşarak sövmesine karşın, TCY. nın 482/1, 273. maddesiyle cezalandırılması yerine, yasal olmayan gerekçelerle beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 4. CD. 20.04.2000, 2315-3229 (Çetin, s. 291).

⁸⁰ Erman, *Hakaret*, s. 153.

⁸¹ Bu hukuka uygunluk sebebinin koşulları hakkında bkz., Erman, *Hakaret*, s. 154-170;

Gerçeklik bakımından iki konunun üzerinde durulmalıdır: birincisi haberin gerçekliği bakımından hangi zaman dilimine göre karar verilmelidir, ikincisi ise, haber veren kişi haberin gerçekliği konusunda yanlışmış ise durum ne olacaktır. Haberın gerçekliği bakımından, doğal olarak haberin verildiği tarihteki mevcut hal ve koşullar dikkate alınmalıdır. Zaman içerisinde bu hal ve koşulların değişmesi, haberin gerçek olmadığını ifade etmez.⁸² Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 16.12.2002 tarih ve 15736/18418 sayılı kararında da; "gazetede yayımlanan yazının somut olay ve belgelere dayandığı, haber üzerine yapılan soruşturma sonucunda belgelerin gerçek olmakla birlikte olaylarda katılanın kanıt ve kusurunun bulunmaması nedeniyle 'soruşturmasızlık kararı' verilmesi, ayrıca yazıda küçük düşürücü değer yargılarında bulunulup katılanın kişiliğinin doğrudan hedef alınmaması karşısında, suça konu yazının 'haber verme ve eleştiri sınırları' içinde kaldığı gözetilmeden ..hüküm kurulması yasaya aykırıdır" denmiştir.⁸³

Her halükarda gazeteci, haberin veriliş zamanındaki durumu araştırmakla yükümlüdür. Bu araştırma bir hâkim ya da savcının yapacağı genişlikte olamayacağına göre, burada gazeteciye düşen yükümlülük hiçbir araştırma yapmaksızın ya da somut verilere dayanmaksızın, du-yuma veya tahmine dayalı haberler yapmamaktır.

Bu takdirde hukuka uygunluk sebebinden istifade edilemez.⁸⁴ Ancak gazeteci mevcut koşullara göre gerekli araştırmaları yapmış ve haberi yayınlamışsa, daha sonra kamuya duyurulan olayın gerçeğe uymadığı anlaşılırsa, gazeteci "kaçınılamaz" nitelikte bulunan (5237 sayılı TCK m. 30/3) yanlışından istifade edecektir.

Haber verme hakkının gerçekleşebilmesi için ikinci unsur ise, söz konusu haberin güncel olmasıdır. Bir haberin hemen veya kısa bir süre içinde verilmesi durumunda kamu yararı bulunmaktadır.

Güncelliğini kaybetmiş, anımsanmasında yarar bulunmayan olayların gündeme getirilmesinde kural olarak kamu yararı bulunmaz ve

Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 507 vd.; Hakeri, Hakan, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 2005, s. 144, 145.

⁸² Erman, *Hakaret*, s. 155-158.

⁸³ Karar için bkz., Meran, Necati, *Gereğçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 603.

⁸⁴ "Basın verdiği haberin gerçekliğini, haber yayımlanmadan önce araştırmak açısından gerekli dikkat ve özeni göstermelidir, gerçek dışı bir haberin yayınlanması ile hukuka aykırı (haksız) bir fiil işlenmiş olur" (Yarg. 4. HD. 28.03.1980, 780/41538, zikreden, Erman, *Hakaret*, s. 154, dn. 79).

ayrıca böyle bir olay hakkında yapılan haber ve eleştiriler, üstün değer olma niteliğini de ilke olarak taşımaz.

Üçüncü unsur ise, söz konusu haberin bilinmesinde kamu ilgi ve yararının bulunmasıdır. Şu halde haberin verilmesinde ya da eleştiri hakkının kullanılmasında kamu yararı yoksa veya pek hafif ise, haber verme hakkından veya bu hakkın üstünlüğünden bahsedilemez.

Belirtmek gerekir ki, belirli bir dönemde ve belirli bir toplumda geçerli olan ahlak ve hukuk kaidelerine aykırı her davranışın bilinmesinde kamu yararı vardır. Çünkü bu gibi davranışların açıklanması sözü edilen fiillerden çekinilmesine, çekinmemiş olanlara karşı da gerekli manevi ve hukuki tedbir ve müeyyidelerin alınmasına yol açabilir. Bu açıdan bir haberin verilmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının tespitinin gerektiği hallerde, haberin okuyucunun marazi merak duygularını tatmine mi, yoksa üstün ahlaki ve hukuki değerlerin korunmasına mı, yönelik olduğu araştırılmalı ve ona göre olayda kamu yararının bulunup bulunmadığı neticesine varılmalıdır. Ayrıca verilen haberin ilişkin bulunduğu kişinin sosyal mevkii ve fonksiyonu açısından da kamu yararı olup olmadığı saptanabilir. Gerçekten bu mevkii ne kadar önemli olursa, bu kişi ile ilgili haberlerin bilinmesinde de o kadar büyük bir kamu yararı bulunur.

Sonuncu unsur ise, biçime ilişkindir. Verilen haberin yazılış şekli kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda olmamalıdır.⁸⁵ Kullanılan ifadeler, cümle ve kelimeler haberin konusu kimseleri küçük düşürücü ve aşağılayıcı nitelikte bulunmamalıdır.⁸⁶

Bu bilgiler ışığında görsel ya da yazılı basında yer alan haberlerin hukuka uygun olup olmadığının tespitinde esas sorun karşımıza “gerçeklik” ögesi bakımından çıkmaktadır. Somut olayda, gazetecinin haberi verdiği dönemin koşulları, mevcut durumlar nazara alınarak, onun böy-

⁸⁵ Nitekim Yarg. HGK'nin 13.01.1988 günlü kararında da aynı hususa değinilmiştir: “. . . Bu konuda kullanılan ifade, cümle ve kelimeler incitici, küçük düşürücü, aşağılayıcı nitelikte bulunmamalıdır. Haber ve eleştiri doğru olsa ve bunda kamu yararı bulunsa bile üslup, uygun ve nazik değilse ve özellikle aşağılayıcı, küçük düşürücü, amaç dışı veya amacı aşan ya da abartılı nitelikte ise haber ve eleştiri salt bu yönü ile hukuka aykırı olabilir” (Yarg. HGK. 13.01.1988 tarih ve 1987-47405 sayılı karar, zikreden; Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 3. bası, İstanbul, 1991, s. 157-158).

⁸⁶ Erman, *Hakaret*, s. 160-170; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 508.

le bir haberi yeterli araştırmalar sonucu gerçekliğine inanarak mı, yoksa gerçek dışı olduğunu bilmesine rağmen mi verdiği saptanmalıdır.⁸⁷

d. Savunma Dokunulmazlığı

Tarafların dava ile ilgili olarak birbirlerine söylemiş oldukları hakaretimiz sözlerin kovuşturmayaya konu olamayacağını öngören “savunma dokunulmazlığı” 5237 sayılı TCK’nın 128. maddesinde düzenlenmiştir (765 sayılı TCK m. 486).

Savunma dokunulmazlığı, yargılamanın taraflarına (hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı kapsamında) tanınmış olan bir hukuka uygunluk sebebidir (5237 sayılı TCK m. 26/1). Bu itibarla, savunma dokunulmazlığı çeşitli suçlarda ve özellikle hakaret suçunda (5237 sayılı TCK m. 125,128) tatbik imkânı bulabilir.⁸⁸

5237 sayılı TCK’nın “iddia ve savunma dokunulmazlığı başlıklı” 128. maddesinde; “yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir” denilmektedir.

Bu hükmün 765 sayılı TCK’daki karşılığını oluşturan 486. maddede; “Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dâva hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammun yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılmaz.

Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi, iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammun yazı ve sözler yukarı ki fıkra hükmünden hariçtir” denmektedir.

⁸⁷ “Katılanlar hakkında çıkan haberin içeriği karşısında, haberin gerçeklik derecesi araştırılarak büyük ölçüde doğrulandığı takdirde, okurların gereksiz merak duygularını doyurma yerine bilinmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının araştırılması, bulunduğu kabul edildiğinde ise haberin içerdiği düşünceyle bağlantısı olmayan küçültücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin incelenmesi, bu konularda gerektiğinde bilirkişilerden görüş alınarak savunmaların değerlendirilmesi gerekirken, suçun hukuka aykırılık unsuru göz ardı edilmek suretiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” Yarg. 4. CD. 03.02.1993, 7971-633 (Çetin, s. 278).

⁸⁸ Bu konuda bkz., Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 842 vd.

Savunma dokunulmazlığı adli ve idari makamlar huzurunda hakkını savunma durumunda bulunan kimselerin, herhangi bir tereddüde kapılmadan bunu tam olarak müdafaa etmelerini sağlamak maksadıyla getirilmiştir. Fakat bir dava vesilesiyle ve hiç bir gerek de yok iken kişiye başkalarını tahkir imkânının tanınmayacağı muhakkak olduğundan⁸⁹ sözü geçen dokunulmazlıktan yararlanmak için belirli şartlara uyulması zorunludur:

Savunma dokunulmazlığı yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı ve sözlü iddia ve savunmalara münhasırdır.⁹⁰ 128. maddede gösterilen bu haller dışında tahkir edici hareketlerde bulunma hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Bu bakımdan örneğin, işaretlerle veya sair hareketlerle yapılan tahkirler madde kapsamına girmediği gibi, yargılamayla irtibatı bulunmayan kimselerin fiilleri de (örneğin, davayı izlemek için duruşma salonuna giren yakınların) suç kapsamında mütalaa edilir.⁹¹

Savunma dokunulmazlığı hem hukuk hem de ceza yargılamalarında tanındığı gibi, ceza yargılamasının tüm safhalarında etki doğurur. Disiplin takibatına ilişkin soruşturmalarda da 128. madde tatbik edilir.⁹²

TCK'nın 128. maddesinde “kişilerle ilgili olarak... bulunulması halinde ceza verilmez” denilmektedir. Buradaki “kişilerin” her halükarda uyuşmazlıkla irtibatlı kimseler olması aranır. Örneğin, görülmekte olan yargılamayla irtibatı bulunmayan üçüncü kişilerin bu vesileyle tahkirinde hakaret suçu gerçekleşir.

Savunma dokunulmazlığının varlığı bakımından aranan en önemli koşul, hakareti mutazammın yazı ve sözlerin uyuşmazlık konusu dava, müracaat veya taleple ilgili olması ve iddia ve savunmanın sınırının aşılmamış bulunmasıdır.

Hakaretin dava ile ilgili olmaması, hukuka uygunluk sebebiyle işlenen suç arasında fikri bağ bulunmadığını, iddia ve müdafaa hududunun aşılması ise, sınırın tecavüz edildiğini ifade eder.⁹³ Bu sebeple hakaretimiz sözlerin dava ile mantıklı bir bağlantı arz etmesi gerekir.

⁸⁹ Dönmezer, s. 325 vd.

⁹⁰ Erman, *Hakaret*, s. 140 vd.; Centel, Nur Başar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul 1984, s. 66 vd.

⁹¹ Soyaslan, s. 253.

⁹² Malkoç, I, s. 516, 517.

⁹³ Erman, *Hakaret*, s. 144; ayrıca bkz., Önder, s. 269.

Bu isnatlar yapılmaksızın savunma hakkının kullanılmasının imkânsız olması şart değildir. Aranana nokta vaki tahkiri iddia veya müdafaaya bir suretle hizmet edebilmesidir.⁹⁴

TCK'nın 128. maddesinde de *"isnat ve değerlendirmelerin uyumsuzlukla bağlantılı olması"* aranmıştır. Uyumsuzlukla bağlantılı olmak, mutlaka uyumsuzluğun çözümüne yararlı olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte gerçek ve somut vakıalara dayansa bile, uyumsuzlukla ilgisi bulunmayan isnatlar savunma dokunulmazlığı kapsamında değildir.

Yasa koyucu *"isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut vakıalara dayanmasını"* da aramıştır (m. 128). Bu noktada seçimlik hareketlerden *"sövmenin"* söz konusu olduğu pek çok hadisede savunma dokunulmazlığının gerçekleşmeyeceğini söylemek yanlış olmaz.⁹⁵

Bilindiği üzere muhakeme bitip hâkim kararını verince artık mahkemenin kararı hakkında iddiada bulunulabilecek, eleştirilebilecek bir olgu haline gelir (bkz., TCK m. 285, 288). Hâkimin kararı hakkında yazılan temyiz layihasında kararın bozulmasını sağlamak ve sadece bu amaca bağlı olmak kaydıyla karar hakkında gayri adil, hukuka aykırı, tarafgir, keyfi, indi gibi küçültücü ifadeler kullanılması savunma dokunulmazlığı içinde mütalaa edilmelidir. Aksi halde kişilerin Anayasanın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olur.⁹⁶

Nitekim Yargıtay da benzer olaylarda verdiği kararlarda bu tarz bir sonuca ulaşmaktadır;

"Ancak, sanığın 19.06.1997 tarihli dilekçesinde, kendisine iddianamenin okunmadığını, tanıkların yönlendirildiğini, isteklerinin tutanaklara geçmediğini açıklayıp, '... Tüm bu davranışlar karşısında mahkemenizin tarafsızlığından şüpheye düşmekteyim, şüphenin ortadan kaldırılmasının temini bakımından belirttiğim hususların istemime uygun biçimde yerine getirilmesini istemekteyim...!' biçimindeki sözlerinin mahkeme yargıcını ne suretle küçük düşürdüğü açıklanıp tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi...yasaya aykırıdır".⁹⁷

"Avukat olan sanığın davacılar vekili sıfatıyla Sulh Hukuk Mahkeme-

⁹⁴ Erman, *Hakaret*, s. 145 vd.; Dönmezer, s. 326, 327.

⁹⁵ Malkoç, I, s. 518.

⁹⁶ Bkz., Soyaslan, s. 254.

⁹⁷ Yarg. 4. CD. 23. 11. 1998, 9615/10495 (Malkoç, İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1999, s. 560).

sine verdiği hâkimi ret ve yeniden tedbir kararı verilmesi istemlerini içeren 28.8.1989 ve 29.8.1989 günlü dilekçelerde görevli hâkimlere yönelik olarak 'Vukufiyetsizlik, tarafsızlık, adaletsizlik ve görevi savsama' gibi sözcükler kullanılmak suretiyle onlara hakaret ettiği iddiasıyla açılan davada özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık sarf edilen bu sözlerin hakaret suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkindir. ... İncelenen maddi olayda sanığın istemi doğrultusunda konulan tedbir kararının delillerde bir değişiklik olmadığı halde kaldırılmasına karar verilmiştir. Aynı delillere dayanılarak hukuki sonuçları farklı iki karar verilmesini dosyaların yeterince incelenmesine ve hâkimlerin taraflı davranmalarına bağlayan sanığın, bu durumu açıklamak için suça konu sözleri kullandığı, kullandığı sözler ile iddiasını vurgulayıp dikkat çekerek ret talebinin kabulünü sağlama çabasında olduğu saptandığına göre bu oluşta müsnet suçun yasal unsurları yoktur. Bu itibarla yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir".⁹⁸

7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Hakaret, tehlike suçudur.⁹⁹ Kanun koyucu suçun oluşabilmesi için hakaretin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmasını yeterli görmüş, rencide edilmiş olmasını aramamıştır. Bu nedenle hakaret suçu soyut tehlike suçudur.¹⁰⁰

Gıyapta hakaret, ihtilat unsurunun gerçekleşmesi ile yani hakaret teşkil eden sözlerin en az üç kişi tarafından öğrenilmesi ile tamamlanır. Diğer bir ifadeyle son (üçüncü) kişinin öğrenmesi ile birlikte suç gerçekleşir. Bu nedenle, suçun mağdurun gıyabında işlenen şeklinde, teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün değildir.¹⁰¹ Huzurda hakaret ise, mağdurun bizzat tahkir edici hareket veya sözü öğrendiği anda tamamlanır.

Hakaretin söz ile gerçekleştirildiği hallerde teşebbüs mümkün değildir. Sözün muhatabı tarafından duyulması ile suç tamamlanır. Gıyapta hakarete fail, tahkir edici sözü mağdur dışında birisine söylese ve onu bu sözü başkalarına da iletme hususunda görevlendirse, ancak bu kişi bu sözleri başkalarına ulaştırmasa ihtilat unsuru gerçekleşme-

⁹⁸ Yarg. CGK. 14. 2. 1994, 4-14/44 (Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Son Değişiklikle İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Aralık 1999, s. 1171).

⁹⁹ Özbek, s. 272, Erman, *Hakaret*, s. 124.

¹⁰⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 344.

¹⁰¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 356.

miş olur. Bu durumda failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı söylenemez.¹⁰² Kanun koyucu gıyapta hakarete “*ihtilatın*” varlığını aradığından, bu şart vaki olmadıkça eylem suç teşkil etmez.

Yazı ile gerçekleştirilen hakaret suçlarının teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Örneğin, failin gönderdiği mektubun mağdura ulaşmadan kaybolması veya üçüncü bir kişinin eline geçmesinin ardından imha edilmesi durumunda icra hareketleri kısımlara bölüdüğü için teşebbüs hali söz konusu olabilir.

Ancak bu suç takibi şikâyete bağlı bir suçtur ve mağdurun eline ulaşmayan bir mektuptan haberdar olma imkânı pek bulunmadığından, uygulamada hakaret suçunun teşebbüs olasılığı yoktur.¹⁰³

Bu suç açısından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Örneğin, fail üçüncü bir kişi ile mağdura elden göndermekte olduğu mektubu mağdura ulaşmadan alsa, fail cezalandırılmaz. Bu konuyla ilgili olarak, TCK'nın 36. maddesinde; “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*” denilmektedir.

Buna karşılık fail basın yoluyla mağdura hakaret ettikten sonra, söz konusu mevkutenin sonraki sayılarında düzeltme yazısı yayınlasa veya mağdurdan özür dilese suç tamamlanmış olduğundan failin ceza almaması mümkün değildir.¹⁰⁴

Zira burada etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmaktadır. TCK'da etkin pişmanlık bütün suç tipleri için değil, sadece belli suçlar açısından öngörülmüş olup, hakaret suçu bunlar arasında yer almamaktadır.

b. İştirak

Bu suç iştirak bakımından özellik göstermez. İştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür.

¹⁰² Erman, *Hakaret*, s. 125; Önder, s. 274.

¹⁰³ Erman, *Hakaret*, s. 125, 126; Özbek, s. 272.

¹⁰⁴ Erman, *Hakaret*, s. 128; Özbek, s. 273.

c. İçtima

Fail bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda aynı kişiye karşı hakaret suçunu birden fazla işlerse, zincirleme suç hükümleri uygulanır (TCK m. 43/1). Failin farklı zamanlarda gerçekleşen birden fazla hareketinin 125. maddede belirtilen “somut bir fiil veya olgu isnadı” veya “suçun sövmek suretiyle işlenmesi” şeklinde olması mümkündür. Burada failin hareketinin seçimlik hareketlerden oluşması durumunda da aynı suç söz konusu olduğundan, 43/1. madde uygulama alanı bulur.¹⁰⁵ Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için değişik zamanlarda işlenen hakaret suçunun mağdurunun aynı kişi veya kişiler olması gerekir. Bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda işlenen hakaret suçunun mağduru farklı ise, TCK m. 43/1’in uygulanması mümkün değildir.

Hakaret suçu, tek fiille birden fazla kimseye karşı işlenirse, yine zincirleme suç hükümleri uygulanır (TCK m. 43/2). Bu durumda fail tek bir hakaret suçundan dolayı cezalandırılır ancak verilecek ceza 43.maddeye göre artırılır.

Failin hakaret teşkil eden sözlerinin bir “topluluğu” hedef aldığı durumlarda tek bir hakaret suçunun oluşacağı, buna karşılık topluluğu oluşturan kişilerin hedef alınması halinde TCK m. 43/2’nin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰⁶

Kanımızca tek fiille işlenen hakaret suçlarında birden fazla kişi bir topluluk oluştursa bile, yine TCK’nın 43/2. maddesi uygulanmalıdır. Zira hakaret suçu ile korunan hukuki değer kişilerin onur, şeref ve saygınlığıdır. Bu gibi durumlarda suçun mağduru topluluğu oluşturan kişiler olup, toplulukta bulunan her bir şahsın onur, şeref ve saygınlığı rencide edildiğinden, failin hareketinin zincirleme suç hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir. Nitekim kanun koyucu benzer bir düzenlemeye 125. maddenin 5. fıkrasında; “Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturulan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır” demek suretiyle yer vermiştir. Maddede hakaret her ne kadar kurula karşı yapılmış gibi görünse bile, suç kurulu

¹⁰⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 357.

¹⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 357; Yargıtay da 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde bir kararında topluluk teşkil eden jandarma erlerinin tümünü hedef alarak söylenen sözlerin tek suç oluşturduğu sonucuna varmıştır. Bkz., Yarg. CGK 05.04.1987, 127/253 (Erman, *Hakaret*, s. 228).

oluşturan üyeler karşı işlenmiş sayılır ve bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanır.

8. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurları

a. Suçun Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi

Bu nitelikli hal, TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde; *"hakaret suçunun, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı"* işlenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Kamu görevlisi teriminin ne anlama geldiği TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde belirtilmiştir.

Bu hükmün 765 sayılı TCK'daki karşılığını 483¹⁰⁷ ve 266¹⁰⁸ vd. maddeler oluşturmaktaydı. 266. maddede hakaret suçunu işleyen kişiye

¹⁰⁷ 765 sayılı TCK'nın 483. maddesi; *"Yukarıki maddede beyan olunan cürüm noter gibi usulü dairesinde hidematî ammeden biri ile muvazzaf bulunan şahıslardan birinin huzurunda ve ifa ettiği memuriyetten dolayı işlenmiş olursa fail hakkında altı aya kadar hapis cezası hükmolunur.*

Adli veya siyasi veya mülki veya askeri bir heyet veya siyasi bir parti yahut amme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye tecavüz ve hakarete bulunanlar, fiillerinin mahiyetine göre 480 veya 482. maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılırlar" şeklindeydi.

¹⁰⁸ 765 sayılı TCK'nın 266. maddesinde; *"Bir kimse resmi sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref veya şöhretine veya vakar ve haysiyetine kavlen veya fiilen taarruz ve hakarete bulunursa, aşağıda gösterilen suretlerle cezalandırılır:*

1. Hakaret ve taarruz asker veya jandarma efradından veya iki veya üçüncü bentlerde mezkûr memurlardan gayri memurinden biri aleyhinde ise iki aydan sekiz aya kadar hapis ve iki yüz elli liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezası ile mahkum edilir.

2. Hakaret ve taarruz asker veya jandarma subaylarından veya polis komiserlerinden veya amirlerinden yahut il genel meclisi veya belediye meclisi üyelerinden biri aleyhinde ise üç aydan iki seneye kadar hapis ve beş yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

3. Hakaret ve taarruz Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile temsil sıfatını veya emir ve idare salahiyetini haiz rüesadan veya hakim ve Cumhuriyet Savcılarıyla bunların yardımcıları veya sorgu hakimlerinden biri aleyhinde vaki olursa altı aydan otuz aya kadar hapis ve bin liradan iki bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Eğer birinci fıkradaki hakaret fiili madde mahsusa tayin ve isnadıyla vaki olursa:

Bir numaralı benddeki halde beş aydan üç seneye kadar hapis ve beş yüz liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasına;

İki numaralı benddeki halde altı aydan üç seneye kadar hapis ve bin liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasına;

Üç numaralı benddeki halde yedi aydan üç seneye kadar hapis ve bin beş yüz liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.

Bu maddede yazılı taarruz ve hakaret fiilinin resmi sıfat ve memuriyet sona ermiş olsa bile ifa edilen görevden dolayı ve huzurda işlenmesi halinde de yukarıdaki fıkralar ve bentlerdeki cezalara hükmolunur" denilmektedir.

verilecek ceza mağdur konumundaki kamu görevlisinin derecesine göre üç bent halinde düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinde ise suçun mağduru olan kamu görevlilerinin sıfatına bakılarak herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Bu nitelikli halin uygulanması açısından suçun huzurda veya gıyapta işlenmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Yeter ki gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için gerekli olan ihtilat unsuru gerçekleşsin. Buna karşılık 765 sayılı TCK'nın 483/1. maddesinde sadece huzurda sövme suçu düzenlenmiş buna karşılık suçun gıyapta işlenen şekline kanunda yer verilmemiştir.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, suçun kamu görevlisine karşı "görevinden dolayı" işlenmesi gerekir. Buna göre, hakaretin salt kamu görevlisine yöneltilmesi yeterli değildir. Ayrıca bu fiil kamu görevlisinin kanunlardan kaynaklanan görevinin gerçekleştirilmesi sebebiyle işlenmelidir. Bu itibarla kamu görevlisinin göreviyle hakaret teşkil eden fiil arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır.¹⁰⁹ Örneğin, belediyede zabıta olarak görev yapan (A), denetim amacıyla bir markete girer. Market sahibi (M), denetim yapılmasına kızarak (A)'ya hakaret eder. Bu durumda (M), TCK'nın 125/3-a maddesi uyarınca cezalandırılmalıdır. Buna karşılık zabıta memuru (A), evine ekmeğin almak için markete gitse, o sırada (M), (A)'ya daha önceden ödemediği borçları dolayısıyla hakaret etse, (M), TCK'nın 125/3-a maddesindeki nitelikli hale göre değil, TCK'nın 125/1 maddesinde yer alan suçun temel şekli-nden sorumlu tutulur.

Kamu görevlisine görevinden ayrıldıktan sonra görevinden dolayı hakaret edildiğinde de yine bu nitelikli hal uygulanmalıdır. Zira kanun koyucu "görev" ile "hakaret fiili" arasındaki bağa işaret etmiş olup, fiilin "görev sırasında işlenmesini" veyahut "görevin devamı esnasında olmasını" aramamıştır.

¹⁰⁹ 765 sayılı TCK'da memura görevinden dolayı yapılan hakaret 266. maddede, görevi sırasında yapılan hakaret ise 267. maddede yaptırım altına alınmıştır. "Devriye görevi yapan mağdur polislerin lokanta sahibine kapanış saatini hatırlatarak lokantadan çıkacakları sırada orada yemek yiyen sanığın görevlilere sövmüş olması karşısında; sövmenin sanığa karşı ifa edilen bir görevden dolayı olmayıp, görev sırasında işlendiği gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle, TCY'nin 267. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi" "Yarg. 4. CD. 05.04.2004 tarih ve 5970/4250 sayılı karar, Çetin, s. 96.

b. Suçun Dini, Siyasi, Sosyal, Felsefi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerini Açıklamasından, Değiştirmesinden, Yayıma Çalışmasından, Mensup Olduğu Dinin Emir ve Yasaklarına Uygun Davranmasından Dolayı İşlenmesi

Bu nitelikli halin 765 sayılı TCK'daki karşılığını 175. maddenin 3. fıkrası oluşturmaktadır. Ancak 175. maddede sadece “*din ve ibadet özgürlüğü*” korunmaktayken, 5237 sayılı TCK'da, “*siyasi, sosyal, felsefi inanç özgürlüğü*” de korunmuştur.¹¹⁰

765 sayılı TCK'nın 175. maddesinin 3. fıkrasında; “*Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye ... cezası verilir*” denilmektedir.¹¹¹

765 sayılı TCK'nun 175. maddesinin 3. fıkrasının 1. kısmında yer alan “*kutsal varlıklara hakaret suçu*” ile aynı fıkranın 2. kısmında yer alan “*kişiyi dini inançlarından dolayı tahkir ve tezyif suçu*”, 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının (c) ve (b) bentlerinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendine göre, hakaret suçunun mağdurun dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi halinde faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Böylece kanun koyucu failin bu saikini, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsur olarak kabul etmiştir.

c. Suçun Kişinin Mensup Olduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle İşlenmesi

765 sayılı TCK'da “*Din Hürriyeti Aleyhinde İşlenen Suçlar*” arasında yer alan bu hal, 5237 sayılı TCK'da hakaret suçunun nitelikli şekli olarak düzenlenmiştir.

Bireyin inandığı kutsal değerlerden bahisle alaya alınması, hakarete uğraması, hem onun din ve vicdan özgürlüğünü, hem de şeref ve hay-

¹¹⁰ Soyaslan, s. 264, 265.

¹¹¹ Bu konuda bkz., Artuk, Mehmet Emin, *Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*, İBD, C.:71, S. 7-8-9, 1997, s. 467vd.

siyetini incitmektedir. Bu sebeple, failin daha fazla cezaya çarptırılması yerindedir.¹¹²

d. Suçun Alenen İşlenmesi

TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi halinde, verilecek cezanın altıda biri oranında artırılacağı belirtilmiştir. Madde 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, "ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde altıda biri, basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde üçte biri oranında artırılır" şeklindeydi.

"Aleniyet" sözlükte; "1-Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması, 2-Her şeyin zahir hali, dış görünüşü" anlamlarına gelmektedir.¹¹³

Ceza kanunlarında aleniyet, birçok suç bakımından bazen unsur bazen de cezayı artıran nitelikli bir hal olarak yer aldığından aleniyetin kanun tarafından tanımlanması gerektiği söylenebilir.¹¹⁴

Aleniyetin ne anlama geldiği konusunda doktrinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, aleniyet, fiilin herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği bir yerde işlenmiş olmasıdır. Kavram fiilin umumi veya umuma açık bir yerde işlenmesi şeklinde de tarif edilmiştir. Buna göre aleniyet suçun göz önünde işlenmesi demek olmayıp, fiilin işlendiği yerin umumi bir yer olması ve görülebilmek imkânının mevcut bulunması halinde gerçekleşir.¹¹⁵

¹¹² Tezcan/Erdem/Önok, s. 358.

¹¹³ Bkz., Devellioglu, Ferit, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara, 1992, s. 28; Hayat, *Büyük Türk Sözlüğü*, s. 38.

¹¹⁴ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu tatbikatında fiilin hangi hallerde aleni işlenmiş sayılacağı, "askerleri itaatsizliğe tahrik" cürmünün düzenlendiği 153. maddenin 4. fıkrasında gösterilmişti. Buna göre; "Fiil; 1- Matbuat vasıtası ile veya herhangi bir propaganda vasıtası ile; 2-Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; 3-Toplanılan mahal veya içtimaاء iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarıyla hususi mahiyeti haiz olmayan bir ictimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır". Konu ile ilgili olarak bkz., Kıyak, Fahreddin, *Ceza Kanunu Tatbikatında Aleniyet*, ABD., 1959, S. 4-5, s. 192 vd.; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, 5237 sayılı Kanuna göre hazırlanmış *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Ankara, 2006, s. 453; Tosun, Öztekin, *Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi ve Basın Hürriyeti ile İlişkisi*, YD., C.:6, S. 3, 1981, s. 19; Erman, *Sahir, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu*, İBD., C.:XXV, No:5, İstanbul 1951, s. 276; Gündel, s. 10.

¹¹⁵ Gözübüyük, II, n. 615.

Yine aleniyet, kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenmelerini mümkün kılabilen herhangi bir vasıta ile eylemin işlenmesi olarak açıklanmıştır.¹¹⁶

Bir başka düşünceye göre, yapılan hareketlerin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkânının olması aleniyetin tespitinde esas alınmalıdır. Hareketin yapıldığı yerin aleniyetin belirlenmesinde önemi bulunmamaktadır.¹¹⁷

Diğer bir fikre göre ise, aleniyetin tespitinin fiilin işlendiği yere göre yapılması gerekir. Buna göre, fiil genel yerlerde ika edilmişse başkalarının ister görünmüş ister görünmemiş olsun, gece karanlıkta ya da gündüzün işlenmiş bulunsun aleniyet gerçekleşir. Fiil, özel bir mahalde gerçekleştiriliyorsa bu fiilin işlenmekte olduğunun, üçüncü kişilerce farkına varılabileceği durumlarda aleniyet varsayılmalıdır.¹¹⁸

Hakaret suçu açısından aleniyet, hakaret teşkil eden fiilin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunmasıdır. Örneğin, kişinin bir konutun penceresinden sokakta bulunanlara hakaret etmesi durumunda suç alenen işlenmiş sayılır.

Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi alenen işlenmenin bir türüdür. TCK'nın 6/1-g maddesinde; "*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*" anlaşılır denilmektedir. Bu itibarla bir gazete veya televizyon muhabiri ile yapılan röportaj esnasında işlenen hakaret suçu, bunlar anılan vasıtalarla neşredilmedikçe veyahut umuma arz edilmedikçe basın ve yayın yolu ile işlenmiş sayılmaz. Bu gibi durumlarda ihtilat unsuru gerçekleşmek kaydıyla gıyapta hakaret suçu oluşur.¹¹⁹

Suçun "*yazılı basın*" yoluyla işlenmesi halinde kimlerin sorumlu olacağı 5187 sayılı Basın Kanununun "*cezai sorumluluk*" başlıklı 11.

¹¹⁶ Erman, *Hakaret*, s. 207 vd.

¹¹⁷ Önder, s. 376.

¹¹⁸ Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım. Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 5. Baskı, İstanbul 1983, s. 144 vd.

¹¹⁹ "İl Koordinasyon Kurulu toplantısından erken ayrılan sanık belediye başkanının, toplantıdan ayrılma nedenini soran *Yeşil Giresun Gazetesi* muhabirine yakınını amaçlayarak "zavallı vali yardımcısı müdahale edince toplantıyı terk ettim" diye söylemesinin TCY'nin 482. maddesinin 4. fıkrasında yazılı yayın yoluyla sövme suçunu oluşturmayacağı, iletişim (ihtilat) ögesinin gerçekleşmesi durumunda sanık hakkında TCY'nin 482/1 ve 273. maddesinin uygulanabileceği gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır" Yarg. 4. CD. 05.11.1997, 9087/9504 (Çetin, s. 36).

maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda suçun işleniş şekline özgü usul hükümleri de öngörülmüştür.¹²⁰

Hakaret suçunun “*radio-televizyon*” yoluyla işlenmesi durumunda sorumluluk 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun hükümlerine göre tespit edilmelidir. 2954 sayılı Kanunun 28. maddesinde TRT görevlilerinin sorumlu oldukları ve olmadıkları yayınlar gösterilmiştir. 3984 sayılı Kanunda ise, bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 2954 sayılı Kanun sadece TRT görevlilerinin sorumlulukları düzenlendiğinden, özel radyo ve televizyon kanallarında yayın yoluyla işlenen suçlarda sorumluluk TCK’daki genel hükümler uyarınca belirlenmelidir. Bu konuda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, “*Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği*”nin 18. maddesinde; “*yayıncıdan doğan sorumluluk, yayını yöneten ve programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir*” hükmü yer almaktadır. Sorumlu müdürün kusuru olmaksızın yayından sorumlu tutulması ve bu konunun yönetmelikle düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırıdır (TCK m. 2/2) ve bu tür fiillerden sorumlu müdürün cezalandırılmaması gerekir.¹²¹

9. Cezayı Hafifleten ya da Kaldıran Haller

a. Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

TCK’nın 129. maddesinin 1. fıkrasına göre, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, faile verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.

Kanun koyucu burada hakaret suçuna ilişkin özel bir tahrik hali öngörmüştür. TCK’nın 29. maddesinde düzenlenen genel haksız tahrik hükmünden farklı olarak, hâkim verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçebilir. TCK’nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulandığı durumlarda genel haksız tahrik hükmünün uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.¹²²

¹²⁰ Bu konuda kovuşturma başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

¹²¹ Aynı doğrultuda bkz., Çetin, s. 262.

¹²² “TC. Yasasının 482/3. maddesiyle belirlenen cezanın aynı yasanın özel kışkırtmaya ilişkin 485/1. maddesi yerine genel kışkırtmaya ilişkin 51/1. maddesiyle indirilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 4. CD. 09.02.2000, 100/413 (Çetin, s. 125); “TCK’nın 482/2. maddesiyle belirlenen cezanın aynı yasanın özel hüküm olan 485/1. madde ve fıkrası

Bu hükmün 765 sayılı TCK'daki karşılığını 485. maddenin 1. fıkrası oluşturmaktaydı. Maddede; “Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır” denilmekteydi. Görüldüğü gibi 765 sayılı TCK'da bu hükmün uygulanabilmesi için haksız fiilin mağdurun şahsından kaynaklanması aranmaktaydı. 765 sayılı TCK'nın 272. maddesinde; “Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir” denilmek suretiyle memurlara karşı işlenen hakaret suçuna ilişkin özel tahrik hali düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da hakaret suçuna ilişkin özel tahrik hükmü tek bir başlık altında 129. maddede yer almaktadır.

129. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için, a) mağdurun haksız bir eyleminin bulunması, b) sanığın eyleminin hakaret olması, c) hakaretin haksız eylemi yapan kişiye yönelik bulunması gerekir.

Buna göre, hukuka uygun bulunan bir fiile tepki olarak hakaret suçunun işlenmesi durumunda, TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrası uygulanmaz.¹²³

Genel tahrikten (m. 29) farklı olarak haksız bir fiilin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmiş olması gerekmez.¹²⁴

Haksız fiilin hakaret suçu olmaması gerekir. Aksi takdirde 129. maddenin 1. fıkrası değil, 3. fıkrası uygulama alanı bulur.¹²⁵ Haksız

yerine genel hüküm olan 51. maddesiyle indirilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 4. CD. 30.06.1999, 6481/7673 (Çetin, s. 126).

¹²³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 360; Özen, Muharrem, *Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri*, AÜHFHD, C.:51, S. 3, 2002, s. 33.

¹²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 360; Doktrinde Erman ve Özen ise, genel haksız tahrik için aranan hiddet veya şiddetli elem buraya da aranması gerektiği ancak bu hususun bulunduğu ispatlanmasına gerek olmadığını ileri sürmektedirler. Erman, *Hakaret*, s. 224; Özen, s. 34.

¹²⁵ Özbek, s. 271; “Gece 23.00 sıralarında evinde fayans ve kalebodur inşaatı yaptırıp duvarları matkapla delmek suretiyle gürültü yaparak olaya neden olan davacının bu hareketlerinin sanıklar lehine TCK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasının tatbikini gerektirdiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır. Yarg. 2. CD. 01.07.1993, 7226/8360 (Çetin, s. 126); “Sanığın davacıya hakareti sırasında davacının da sanığa karşı sövdüğünün anlaşılması karşısında, sanık hakkında TCK'nın 485/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaması yasaya aykırıdır. Yarg. 4. CD. 02.06.1999, 3406/5405 (Çetin, s. 130).

hareketin kasten yaralama olduğu durumlarda ise 129/2 uygulanır.¹²⁶

Üçüncü kişiye yönelik haksız bir fiile tepki olarak işlenen hakaret suçu açısından da, 129/1 uygulanır.¹²⁷ Haksız fiilin doğrudan hakaret suçunun failine yönelmiş olması gerekmez. Ancak hakaretin haksız eylemi yapan kişiye yönelik olması şarttır.¹²⁸

b. Suçun Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi

Kanun koyucu 129. maddenin 2. fıkrasında bir cezasızlık hali öngörmüştür. Buna göre, hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde kişiye ceza verilmez. Bu husus 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinin 3. fıkrasında, "*şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı gerektirmez*" denilerek benzer şekilde düzenlenmişti.

Hakaretin kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesinin cezasızlık nedeni sayılması, bu durumun fail üzerinde oluşturduğu psikolojik etkiye dayandığından, hakaret teşkil eden hareketin yapıldığı sırada kasten yaralamanın fail üzerindeki etkisinin devam ediyor olması gerekir.¹²⁹ Doktrinde kanunun bu düzenlemesinin cezasızlık nedeni değil, meşru savunma hali olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁰

¹²⁶ "Doktor raporuna göre yaralandığı anlaşılan sanığın, müştekinin vurmasından sonra ona hakaret ettiği iddia, ikrar ve tanık beyanları ile sabit olduğu halde, şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı, hakaret eden kimsenin hakaretinin cezayı müstelzim olmadığı, TCK'nın 485. maddesinin son fıkrasının uygulanması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde (TCK'nın 482/3. maddesiyle) mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır. Yarg. 2. CD. 03.07.1991, 7299/8068 (Çetin, s. 132).

¹²⁷ "Sövme suçunun sanığın oğluna ait bisikletin müşteki tarafından fırlatılmasından kaynaklanan tahrik üzerine işlendiği kabul edildiğine göre bu suça özgün TCK'nın 485/1. maddesinin uygulanması gerekirken aynı kanunun 51/1. maddesi ile indirim yapılması yasaya aykırıdır". Yarg. 2. CD. 14.02.2000, 1169/1305 (Çetin, s. 125); "Hakaret suçu, şahsi davacının sanığın kızına müessir fiilde bulunduğu sanık tarafından duyulması üzerine işlenmiş olup; şahsi davacı, sanığın kızına müessir fiil ika etmekten dolayı mahkum edilmiş olmasına rağmen, bu durumun sanık lehine TCK'nın 485/1. maddesinin uygulanmasını gerektireceğinin nazara alınmaması bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 2. CD. 16.01.1991, 222/37 (Savaş/Mollamahmutoglu, IV, s. 5115).

¹²⁸ Özen, s. 31.

¹²⁹ Dönmezer, s. 324, 325; Önder, s. 266 vd.

¹³⁰ Gerçekten doktrinde bir görüşe göre, bu hüküm özel haksız tahrik hali (örneğin, Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2006, s. 402) diğer bir görüşe göre ise, özel meşru savunma halidir (örneğin, Erman, *Hakaret*, s. 221; Özen, s. 43 vd.).

129. maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için suçun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi gerekir. Buna karşılık 765 sayılı TCK'nın 485/3. maddesinde tepkinin kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya özgürlüğüne yöneltilebileceği kabul edilmekteydi.¹³¹ Ayrıca maddede “*şahsı hakkında şiddet kullanılması*”ndan bahsedildiği için, şiddetin mutlaka hakaret suçunun failine yönelmiş olması aranmaktaydı. Failin dışında başka bir kimseye örneğin failin yakınına yönelik şiddete tepki olarak hakaret edilmesi durumunda 485/3 değil, genel tahrik hükmü olan 51. madde uygulanmaktaydı.¹³²

Buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın 129/2. maddesinin uygulanabilmesi için, kasten yaralamanın bizzat hakaret suçunun failine veya üçüncü bir kişiye yönelmiş olması arasında bir ayırım yapılmamıştır.¹³³ Maddede kasten yaralamanın haksız olması gerektiği açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, kasten yaralama açısından bir hukuka uygunluk nedeni varsa, bu yaralamaya tepki olarak hakaret suçunu işleyen kişi 129/2. maddedeki cezasızlık nedeninden faydalanamaz.¹³⁴

Maddede hakaretin “*kasten*” yaralamaya tepki olarak işlenmesi ifadesi yer aldığından, taksirle yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret suçunda 129/2. maddenin uygulanması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda TCK'nın 29. maddesindeki genel haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.¹³⁵

c. Suçun Karşılıklı Olarak İşlenmesi

TCK'nın 129. maddesinin 3. fıkrasında; “*hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermeden de vazgeçilebilir*” denilmektedir. Bu hüküm bir hukuka uygunluk

¹³¹ Önder, s. 265; Özen, s. 44.

¹³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 367.

¹³³ Kanunda hakaretin doğrudan kasten yaralamaya maruz kalan kişi tarafından işlenmesi aranmadığından, kasten öldürme suçu bakımından da benzer bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 367. TCK'da sadece kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçlarında ceza verilmeyeceği belirtildiğinden, hakaretin kasten öldürmeye tepki olarak işlenmesi durumunda 29. maddedeki genel tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

¹³⁴ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 120.

¹³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 367.

nedeni değil, kişisel cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir nedendir.¹³⁶

Bu hükmün uygulanabilmesi için üç koşulun bulunması gerekir.

aa. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçların Sadece Hakaret Suçu Olması

Her iki suçun da TCK'nın 125. maddesi anlamında hakaret suçunu oluşturması gerekir. Bu hükmün özel tahkir suçları (örneğin, TCK m. 301) için uygulanması mümkün değildir. Taraflardan biri somut bir fiil veya olgu isnat etse, diğeri sövmek suretiyle hakaret suçunu işlese yine 129. maddenin 3. fıkrası tatbik edilir.¹³⁷ Buna karşılık kendisine hakaret eden kişiyi yaralayan failin 129/3'ten faydalanması olanaksızdır. Bu durumda TCK'nın 29. maddesinde yer alan genel tahrik hükümleri uyarınca kasten yaralamadan dolayı verilecek cezada indirim gidilmelidir.¹³⁸ Kişinin kendisini kasten yaralayan kişiye hakaret etmesi ihtimalinde ise 129/3 değil, 129/2 uygulama alanı bulur ve kişiye ceza verilmez.

bb. İlk Hakaret Eden Kişinin Haksız Olması

İlk hakaret eden kişi bir hakkını kullanmakta veya bir görevini yerine getirmekte ise, bu kişiye karşılık veren kimse 129/3'ten yararlanamaz. Örneğin terbiye hakkı çerçevesinde oğlunu azarlayan babaya, oğlunun hakaret ederek karşılık vermesi halinde bu hüküm uygulanmaz.¹³⁹

Bununla birlikte ilk hakaretin haksız olması yeterli olup, ayrıca cezalandırılabilir olması gerekmez. Örneğin ilk hakaret eden kişinin milletvekilliği sorumsuzluğundan yararlanıyor olması, bu fiile karşılık veren kişinin 129/3'ten yararlanmasına engel teşkil etmez.¹⁴⁰

¹³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 364; Özen, s. 37; karşılıklı hakaretin hukuki mahiyeti konusunda bkz., Erem, Faruk, *Karşılıklı Tahkir*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 15, S. 2, 1958, s. 60; Akgüner, Kemal, *Karşılıklı Hakaret Müessesesi*, Adalet Dergisi, Y. 43, S. 6, s. 809.

¹³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 364.

¹³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 365; Özen, s. 38.

¹³⁹ Erman, *Hakaret*, s. 214.

¹⁴⁰ Demirbaş, s. 151; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Dördüncü Bası, İstanbul 2006, s. 153.

cc. Hakaretlerin Karşılıklı Olması

Hakaretin karşılıklı olduğundan söz edilebilmesi için, ilk hakaret kime karşı işlenmiş ise, karşılığın da o kişi tarafından yapılması gerekir.¹⁴¹

Karşılıklı hakaretin aynı anda ve yerde yapılması şart değildir. Huzurda hakaret halinde karşılığın derhal verilmesi zorunlu değildir. İlk hakaretin ardından ilk fırsatta karşılık veren kişinin eylemi 129/3 kapsamında değerlendirilebilir.¹⁴² Gıyapta hakaret veya basın yayın yoluyla işlenen hakaret suçlarında, mağdurun derhal karşılık vermesi imkân dâhilinde bulunmadığından, mağdurun bunu öğrenmesinden sonra karşılık vermesi halinde de hakaret karşılıklı sayılır.¹⁴³

Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi durumunda, hâkime, “*olayın mahiyetine göre*”, her iki tarafın veya taraflardan birinin cezasını indirmek veya ceza vermektен vazgeçmek konusunda takdir yetkisi verilmiştir.¹⁴⁴ Hâkim karşılıklı hakaretin oluştuğu sonucuna vardığında mutlaka cezada indirim yapmak veya ceza vermektен vazgeçmek zorunda değildir. Eğer hâkim karşılıklı hakaret suçunu işleyenlerden yalnız bir tarafın cezasını indirecek veya kişiye ceza vermektен vazgeçecekse, bu kişinin ilk hakaret eden değil, karşılık veren taraf olması gerekir.¹⁴⁵ Bununla birlikte TCK’da hâkimin bu hükmü uygularken “*olayın mahiyetine*” bakması arandığından, eğer karşılık verenin hareketi ilk hakarete oranla daha ağır ise, sadece ilk hakaret eden kişinin cezasında indirim yapılabilir veya bu kişiye ceza vermektен vazgeçilebilir.¹⁴⁶

Son olarak belirtelim ki, hükmün tatbiki için, tarafların şikâyetçi olması veya dava açılmış olması gerekmez.¹⁴⁷

10. Hakaret Suçunda Gerçeğin İspatı

Gerçeğin ispatı halinde faile, ceza verilmemektedir. Bu hak sadece hakaretin içeriğinin somut bir fiil veya olgu olması halinde mümkün-

¹⁴¹ Erman, *Hakaret*, s. 211vd.

¹⁴² Aynı doğrultuda bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 365.

¹⁴³ Dönmezer, s. 322; Önder, s. 263 vd; Soyaslan’a göre, hakaretin karşılıklı kabul edilebilmesi için her iki suçun da huzurda işlenmiş olması gerekir. Soyaslan, s. 258.

¹⁴⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 366.

¹⁴⁵ Bkz., Malkoç, I, s. 522.

¹⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 366.

¹⁴⁷ Soyaslan, s. 257; Özen, s. 42.

dür. Aksi durumda kullanılamaz. Çünkü somut isnatta ispat edilmesi mümkün olabilecek bir olgu vardır. Buna göre hakaret suçunun sövmek suretiyle işlenmesi durumunda bu hüküm tatbik edilmez. Kural olarak hukuk düzenleri isnadın ispatına yer vermezler. İspata bazı istisnai hallerde imkân tanınır.¹⁴⁸ TCK m. 127 de konuyu bu şekilde ele almıştır. Buna göre “(1) İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır”.¹⁴⁹ Böylece yasanın kabul ettiği sisteme göre ispat hakkı üç halde tanınmıştır:

1. İsnat olunan fiilin içeriğinin suç olması ve failin bu suçtan mahkûm olması;
2. İsnat olunan fiilin ispatında kamu yararı bulunduğu mahkemece karar verilmesi;
3. Hakarete maruz kalan müşteki mağdurun isnat olunan fiilin doğru veya yanlışlığını tartışmayı mahkemeden talep etmesi ve ispat hakkını faile tanınmasıdır.

Hakaret içeriğinin suç olması ve bu suçtan sanığın normal mahkemesinde yargılanması ve mahkûm olması halinde faile ceza verilmeyecektir. İsnadın ispat edilmiş kabul edilmesi için mahkûmiyetin kesinleşmiş olması gerekir (m. 127/1). Böylece bu ihtimalde ispat hakkından bile söz etmek mümkün değildir. Çünkü burada içeriği suç teşkil eden isnadın doğruluğu bu iddia ile ilgili mağdur hakkında işlem yapan

¹⁴⁸ Bkz., Önder, s. 249 vd.

¹⁴⁹ 765 sayılı TCK'nın 481. maddesinde mağdurun bir memur veya kamu hizmeti gören bir kimse ve isnat olunan fiilin de mağdurun yerine getirdiği göreve veya gördüğü kamu hizmetine ilişkin olması ispat hakkının kullanılabilmesi için bir hal olarak öngörülmüştür. Bu hale, 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Bu konuda Anayasanın 39. maddesinde; “Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” denilmektedir. Anayasada, kamu görevlilerine yöneltilen isnatlar açısından başka bir koşul aranmaksızın isnadın ispatına imkan tanınmışken, bu düzenlemeye TCK'nın 127. maddesinde yer verilmemesi eleştirilmiştir. Bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 362; Ayrıca ispat hakkının kapsamının sanık aleyhine olacak biçimde daraltılmış olduğu ileri sürülmüştür. Hafızoğulları/Kurşun, s. 45.

Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkeme tarafından tespit olunacaktır. Şöyle ki; iddialarla ilgili savcılık makamınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmişse ya da kamu davası açılıp mahkemece beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya davanın düşmesine hükmedilmişse, iddia ispatlanmamış olduğundan hakaret suçunun faili cezalandırılır. Bununla beraber hakaretin muhatabı olan mağdur hakkında bu iddia dolayısıyla kamu davası açılmış ve mahkûmiyet vaki olmuşsa isnat ispat edilmiş olacağından hakaret suçunun faili cezalandırılmaz. Şu halde, bu ihtimalde iddianın ispatı hakaret suçuna bakan mahkeme önünde cereyan etmemekte, sadece bu mahkeme konuyu açılmış bir dava varsa bekletici mesele yapmaktadır.

İspat hakkının tanındığı ikinci hal isnat edilen fiilin ispatında kamu yararı bulunmasıdır. Kamu yararı bulunup bulunmadığı davaya bakan mahkemenin takdirindedir. İfade edelim ki, kamu yararı kavramı oldukça geniş olup sınırları belirsizdir. Ancak burada isnadın ispatının ve bu yolla cezadan kurtulmanın kural değil, istisna olduğu hususu unutulmamalıdır.¹⁵⁰ Esas olan bireyin şeref ve haysiyetinin korunmasıdır. Genellikle isnadın ispatında kamu yararı olup olmadığı değerlendirilirken iddianın toplumun belirli bir kesimini veya bütününe ilgilendirip ilgilendirmediği, mağdurun sosyal statüsü, toplumda üstlendiği görev dikkate alınır. Örneğin mağdurun özel hayatına ilişkin iddiaların ispatında kamu yararı olmadığı söylenebilir.¹⁵¹

İspat hakkının tanındığı üçüncü hal mağdurun, isnadın doğru veya yanlışlığını tartışmak için faile ispat hakkı tanınmasıdır. Ancak bu düzenleme mağdurun gerçeğin anlaşılmasından kaçtığı şeklinde yorumlanmaya elverişli olduğu için eleştirilmiştir.¹⁵²

İsnadın gerçeğe uygunluğu hakaret davasının görüldüğü mahkeme huzurunda yapılıp ve istemden sonra artık geri dönülemez. Yasada ispat hakkının mağdur tarafından kabulü için belli bir süre konulmamıştır. Hüküm kesinleşinceye kadar, davanın her aşamasında ispat hakkı tanınır. İspat sadece failin görevi değildir. Muhakeme makamlarının işbirliği ile gerçekleştirilir.

TCK'nın 127. maddesinin 2. fıkrasında, ispat edilmiş fiilinden söz

¹⁵⁰ Bkz., Soyaslan, s. 261, 262.

¹⁵¹ Erman, *Hakaret*, s. 262.

¹⁵² Erman, *Hakaret*, s. 263; Tezcan/Erdem/Önok, s. 364.

edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedileceği belirtilmiştir.¹⁵³ Böylece daha önce işlediği bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş kişinin, sürekli olarak hakarete uğraması, tahkir edilmesi engellenmek istenmiştir. Doğaldır ki, hakkında soruşturma yapıp kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen, yargılanıp beraat eden ya da davanın düşmesi kararı verilen kişilerin bu fiillerinden bahisle tahkir edilmeleri de hakaret suçunu oluşturur.¹⁵⁴

İsnadın ispatı halinde, mahkeme tarafından düşme kararı verilmelidir.¹⁵⁵ 765 sayılı TCK'nın 481/7. maddesinde isnadın ispatı durumunda, düşme kararı verileceği açıkça belirtilmesine karşın, 5237 sayılı TCK'da bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁵⁶

11. Kovuşturma

Hakaret suçu şikâyete tabi bir suçtur. Ancak suçun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır (TCK m. 131/1).

Mağdur, şikâyet etmeden önce ölür veya bu suç ölmüş bir kişinin hatırasına karşı işlenirse, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri şikâyette bulunabilir (TCK m. 131/2).¹⁵⁷

Şikâyet hakkı olan kişi fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı ay içinde şikâyette bulunmalıdır. Fail tek fiille birden fazla kimseye hakaret etmiş ise, mağdurlardan her biri bağımsız şikâyet hakkına sahiptir.

Aynı zamanda bu suç uzlaşmaya tabi bir suçtur. TCK'nın 73. maddesinin 8. fıkrasında; *"Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir*

¹⁵³ Bkz., Erdağ, Ali İhsan, *İsnadın İspatı*, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 2, Sonbahar 2004, s. 139 vd.

¹⁵⁴ Soyaslan, s. 261; Malkoç, I, s. 514, 515.

¹⁵⁵ Soyaslan, s. 264.

¹⁵⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s. 364.

¹⁵⁷ 765 sayılı TCK'nın 488. maddesinde ise şikâyette bulunabilecek üstsoy ve altsoy için 5237 sayılı TCK'daki gibi bir sınırlama öngörülmemiştir. Kişilerin hatırasına hakaret suçunun (TCK m. 130) takibinin şikâyete tabi kılınmasının yerinde olmadığı, zira ölenin maddede sayılan yakınlıkta akrabasının bulunmaması durumunda, yargılamaya geçilemeyeceği belirtilmiştir. Özbek, s. 279; Hafızoğulları/Kurşun, s. 37.

kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir" denilmektedir. Buna göre hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen şekli hariç, bu suçta uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkündür (bkz., CMK m. 253 vd.).

Hakaret suçu ile ilgili olarak görevli mahkeme, 5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun "Sulh ceza mahkemesinin görevi" başlıklı 10. maddesine göre belirlenmelidir. Maddede; "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir" denilmektedir. Hakaret suçunun temel şeklinin cezası, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörüldüğü için, görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir.¹⁵⁸

12. Müeyyide

Hakaret suçunun 125. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen temel şeklinin yaptırımını üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Kanun koyucu bu suç için seçenek yaptırım öngörmüştür. Yasada adli para cezasının alt ve üst sınırı belirtilmemiştir. Bu durumda adli para cezasının alt ve üst sınırı 52. maddeye göre tespit edilecektir. 52. maddede, "adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla" olamaz denilmektedir. Yargılama sonunda hâkim seçimlik cezalardan adli para cezasını tercih edebilir. Bununla beraber, suç tipinde adli para cezası, hapis cezasına seçimlik olarak düzenlendiğinde, takdiri açıdan hapis cezasının alt ve üst sınırı gözetilerek gün biriminin belirlenmesi gerekir. Böylece para cezasının ödenmemesi halinde tatbik edilecek tazyik hapsinin süresi (CGTİHK m. 106) bakımından dengesiz ve adaletsiz sonuçların ortaya çıkması engellenmiş olur.¹⁵⁹

¹⁵⁸ 765 sayılı TCK'nın 482. maddesinde düzenlenmiş olan sövme suçunda Sulh Ceza, 480. maddede yer alan hakaret suçunda ise Asliye Ceza Mahkemesi görevlidir.

¹⁵⁹ Nitekim makalemizin hazırlanması aşamasında henüz *Resmî Gazete'* de yayımlanmamış olmakla birlikte TBMM'de kabul edilen 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı "Çeşitli

125. maddenin 3. fıkrasında yer alan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin varlığı halinde hâkim tarafından öngörülecek olan cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Kanımızca bu nitelikli hallerin varlığı halinde hâkime, adli para cezasına müracaat edilebilme imkânı tanınmamıştır.¹⁶⁰

Suçun alenen işlenmesi halinde verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

Yargılama neticesinde fail kısa süreli hapis cezasına mahkûm edilirse, bu ceza TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi gereğince adli para cezasına çevrilemez. Bu husus 50. maddenin 2. fıkrasında, *"Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez"* şeklinde belirtilmiştir.

Suçun basın yoluyla işlenmesi halinde, mahkeme sadece adli para cezasına hükmetse ve hükümlü bu cezasını ödemesi acaba adli para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilir mi? 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 28. maddesinde; *"18. ve 22. maddelerdeki suçlar dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez"* denilmektedir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106. maddesinin 3. fıkrasında ise; *"Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adlî para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir"* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi 106/3'te düzenlenen genel kurala, özel kanun niteliğindeki 5187 sayılı Kanunun 28. maddesi ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre, Basın Kanunu'nun 18 ve 22. maddelerinde düzenlenen suçlar dışında kalan fiiller için hükümlenen para cezalarının, hapis cezasına çevrilmesi mümkün değildir.

Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan hakaret suçu Basın Kanununda değil, TCK'da düzenlenen bir suç tipi olduğu için, Basın Kanunu'nun 28. maddesi hakaret suçu bakımından uygulanmaz. Bu sebeple hakaret suçunu işlediği için para cezasına mahkûm edilen kişi,

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere bir fıkra eklenmesi ve diğer fıkraların buna göre teselsül ettirilmesi öngörülmüştür. Sözü geçen fıkra da; *"Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az, üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz"* denmektedir.

¹⁶⁰ Aynı doğrultuda, Hafizoğulları/Kurşun, s. 53; Aksi görüş için bkz., Özbek, s. 277.

tayin olunan miktarı belli süre içinde devlet hazinesine ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir (CGTİHK. m. 106/3).

III. Kişilerin Hatırasına Hakaret (TCK m. 130)

1. Genel Olarak

Bu suç TCK'nın 130. maddesinde, “(1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.

(2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi maddenin birinci fıkrasında “ölülerin hatırasına hakaret”, ikinci fıkrasında ise, “ölüleri tahkir” suçu yer almaktadır.

130. maddenin 1. fıkrasına benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK'nın 488. maddesinin 2. fıkrasında bulunmaktaydı. Maddede; “Eğer kendisine tecavüz olunan kimse şikâyetname vermezden evvel vefat eder veya bu cürümler ölmüş bir adamın hatırasına karşı irtikab olunursa bundan dolayı müteveffanın karısı ve usul ve füruu veya kardeş ve kız kardeşleri ve usul ve füruu derecesinde sıhrî akrabası ve doğrudan doğruya vereseşi bulunan kimseler tarafından şikâyetname verilebilir” denilmekteydi. Burada her ne kadar ölümlere karşı işlenen hakaret suçunda sadece şikâyet hakkına sahip kişilerden bahsedilmekteyse de, kanun koyucunun ölümlerin hatırasına karşı yapılan hakareti cezalandırdığı kabul edilmekteydi.¹⁶¹

5237 sayılı TCK'da ise ölümlerin hatırasına hakaret 130. maddenin 1. fıkrasında bağımsız olarak düzenlenmiştir. Ancak dikkat edilecek olursa her ne kadar bu suç tipi ayrı bir maddede düzenlenmiş ise de, suçu işleyen kişiye verilecek ceza, 125. maddedeki genel hakaret suçu ile aynıdır.

130. maddenin 2. fıkrasının 765 sayılı TCK'daki karşılığını ise 178. madde oluşturmaktadır. Maddede; “Bir kimse, bir ölünün naaş ve kemikleri hakkında hakaret yapar veya tahkir maksadıyla veya meşru olmayan diğer bir maksatla birinin naaşını yahut kemiklerini alırsa, üç aydan bir yıla

¹⁶¹ Bkz., Önder, s. 226, 227; Dönmezer, s. 282; Erman, hakaret, s. 54 vd.; Özbek, s. 278.

kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Bunların dışında, her kim bir ölünün naaşını tamamen veya kısmen alır veya ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa, iki aydan altı aya kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Eğer bu cürüm kabristanda veya ölü gömülmeye veya muhafazasına mahsus diğer yerlerde görevli olan yahut kendilerine naaş ve kemikler tevdi olunan kimseler tarafından işlenirse, yukarıda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükümlenir” denilmekteydi. İki kanun arasındaki en önemli fark suçun bu şeklinin 765 sayılı TCK’da “Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” arasında yer almasına karşın, 5237 sayılı TCK’da bu suç “Şerefe Karşı Suçlar” arasında düzenlenmesidir.

Aşağıda 130. maddenin 1. fıkrasında yer alan “ölülerin hatırasına hakaret” ve 130. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “ölüleri tahkir” suçlarını ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz. Yukarıda “hakaret” suçu kapsamında geniş açıklamalar yapıldığından bu suçların temel özellikleri üzerinde durmakla yetineceğiz.

2. Ölülerin Hatırasına Hakaret

Bilindiği gibi “Şerefe Karşı Suçlar” TCK’nın ikinci kitabının, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının sekizinci bölümünde yer almaktadır. Ölülerin hatırasına hakaret suçu da TCK’da “şerefe karşı suçlar” arasında düzenlenmiştir.

Doktrinde kişiliğin doğumla başlayıp, ölümle sona erdiği, bu nedenle ölen insanın, ölümle şeref hakkının sona erdiği belirtilmiştir. Ancak ölenin manevi varlığına karşı yapılan hakaretin şerefi ihlal ettiği ve bu tür tecavüzlerin de yaptırım altına alınması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶²

130. maddenin 1. fıkrasında ölülere karşı hakaretin sadece gıyapta işlenebileceği göz önünde bulundurularak, suçun bu şeklinin oluşabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi şartı aranmıştır.¹⁶³

¹⁶² Özbek, s. 277.

¹⁶³ Bu konuda gıyapta hakaret ile ilgili olarak yapılan açıklamalara bakınız.

Ölülerin hatırasına hakaret suçuna ilişkin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura 130. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer verilmiştir. Buna göre suçun alenen işlenmesi halinde, faile verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

3- Ölülere Tahkir

TCK'nın 130. maddesinin 2. fıkrasında; *“Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* denilmektedir.¹⁶⁴

Bu suç ile ölünün manevi şahsiyeti korunmak istendiğinden, fiilin şerefe karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi yerinde olmuştur.¹⁶⁵

Bu suçun konusunu ölünün ceset ve kemikleri oluşturmaktadır. Ceset, ölmüş bir kişinin bedeni, naşıdır. Ölü doğan veya doğduktan sonra ölen insan vücudu cesettir. Ancak henüz insan şeklini almamış foetus (düşük) ceset sayılmaz.¹⁶⁶

İnsan küllerinin ve mumyaların ceset sayılıp sayılmayacağı konusu ise tartışmalıdır. 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 225. maddesinde ölülerin yakılmasına imkân tanındığından, Türk Hukukunda insan külleri de ceset sayılmalı ve bu küllerin alınması veya tahkir edilmesi durumunda TCK'nın 130. maddenin 2. fıkrası uygulanmalıdır.¹⁶⁷

Ölülerin cesedi ile bozulmadan kalan mumyalaşmış ceset arasında, ölülere karşı bulunması gereken saygı açısından bir fark bulunmadığı için, mumyaların ceset ve kemiklerinin de TCK'nın 130/2. maddesi kapsamında korunması gerekir.¹⁶⁸

Suçun maddi unsurunun hareket kısmı, *“almak”* veya *“tahkir edici*

¹⁶⁴ Bu suçun 765 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan 178. madde “din hürriyetine karşı suçlar” faslında yer almaktaydı. Kanun koyucunun ölülere karşı duyulması gereken saygı hissini dinsel nitelik taşıması nedeniyle din hürriyetine karşı suçlar arasında bu suça yer verdiği, ancak bunun yerinde bir düzenleme olmadığı ileri sürülmekteydi. Bkz., Artuk, s. 472 vd.

¹⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 372; karşı görüş için bkz., Hafizoğulları/Kurşun, s. 37, 38.

¹⁶⁶ Artuk, s. 498.

¹⁶⁷ Artuk, s. 499; Tezcan/Erdem/Önok, s. 373.

¹⁶⁸ Artuk, s. 500; Tezcan/Erdem/Önok, s. 373.

füllerde bulunmak” şeklinde kanunda seçimlik olarak belirtilmiştir. 765 sayılı TCK’nın 178. maddesinde yer alan “*mezardan çıkarma*” fiiline, 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir.¹⁶⁹

Maddi unsurun hareket kısmı olan almak, bir kişinin hakkı olmadığı halde cesedi veya ölünün kemiklerini zilyetliği altına alması anlamına gelir. Suç, ceset üzerinde failin fiili hâkimiyet kurmasıyla tamamlanır.¹⁷⁰

Ceset başkasına ait bir mal olmadığından, ölünün ceset veya kemiklerinin alınması durumunda hırsızlık suçu oluşmaz. Buna karşılık, cesetle gömülmüş eşya hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir.¹⁷¹ Buna göre fail cesedin yanında, cesetle birlikte gömülmüş eşyayı da alırsa, hem TCK m. 130/2, hem de TCK m. 141 vd. maddelerinden dolayı cezalandırılır.¹⁷²

Ölünün ceset ve kemikleri hakkında tahkir edici fiillerde bulunmaktan maksat, ölüye saygı ile bağdaşmayan, sözlü nitelikte olmayan, maddi fiillerin işlenmesidir.

Ölüye karşı tahkir edici fiillerin gerçekleştirilmesi sırasında, hakaretimiz ifadeler kullanılmış olabilir. Ancak ölüye hakaretin sadece sözlü olarak işlenmesi durumunda, 130. maddenin 2. fıkrası değil (765 sayılı TCK m. 178), 130. maddenin 1. fıkrası (765 sayılı TCK m. 488/2) uygulanmalıdır.¹⁷³ Buna göre, cesedi parçalama, cesedin altın dişlerini sökme, cesedin üzerindeki kefeni yırtma, cesede tükürme, cesetle cinsel ilişkide bulunma fiillerini işleyen kişi 130. maddenin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılmalıdır.¹⁷⁴

TCK’nın 130/2. maddesindeki suçun oluşabilmesi için failin bilerek

¹⁶⁹ Umumi Hıfzısıhha Kanununun 300. maddesinde; kanunun 227. maddesinde belirtilen istisnalar dışında belediyeden izin almaksızın herhangi suretle olursa olsun mezarları açanların altı aydan bir seneye kadar hapsedileceği belirtilmiştir. Kanımızca suçun seçimlik hareketlerinden “almak” şeklinde işlenebilmesi için mezardan çıkarmak şart olduğu için 5237 sayılı TCK’da “mezardan çıkarma” fiiline yer verilmemesi bir eksiklik oluşturmaz. Ayrıca bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 373.

¹⁷⁰ Artuk, s. 501; Hafızoğulları/Kurşun, s. 55.

¹⁷¹ Artuk, s. 500.

¹⁷² Tezcan/Erdem/Önok, s. 374.

¹⁷³ “Türk Ceza Kanununun 178/1. maddesinin saptadığı ölünün naaş ve kemikleri hakkındaki hakaret, maddi eylemlerle yapılan hakareti kapsar. Sözlü hakaret ise, aynı yasanın 488/2. maddesine uygun olup, kovuşturulması şikâyete bağlıdır” Yarg. 4. CD. 18.06.1975 tarih ve 3417/3467 sayılı kararı, YKD., S. 10, Y. 1975, s. 88.

¹⁷⁴ Artuk, s. 504.

ve isteyerek hareket etmiş olması yeterlidir. Failde her hangi bir saikin bulunması gerekmez. Suçun olası kast ile işlenmesi de mümkündür. Bu suçun 765 sayılı TCK'daki karşılığında suçun tahkir maksadıyla veya meşru olmayan bir maksatla işlenmesi hali 178/1'de, failde saikin aranmadığı durum ise 178/2'de düzenlenmişti.¹⁷⁵

Son olarak belirtelim ki, ceset veya kemiklerin tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla alınması hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Keza CMK'nın 87. maddesinin 4.fıkrasındaki hal de bu kapsamdadır.

IV. Sonuç

5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmının, sekizinci bölümünde 125 ila 131. maddeler arasında; hakaret (m. 125), mağdurun belirlenmesi (m. 126), isnadın ispatı (m. 127), iddia ve savunma dokunulmazlığı (m. 128), haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret (m. 129), kişilerin hatırasına hakaret (m. 130), soruşturma ve kovuşturma koşulu (m. 131) başlıkları altında "*şerefe karşı suçlar*" düzenlenmiştir.

765 sayılı TCK'nın hakaret ve sövme suçlarını ayrı maddelerde düzenlemesine rağmen, 5237 sayılı TCK bu iki suçu 125. maddede bir arada düzenlemiş ve aynı yaptırma bağlamıştır. Bu iki fiilin tek bir maddede düzenlenmiş olması yerinde olmakla birlikte, aynı yaptırma bağlanması yerinde olmamıştır. Zira mağdura belirli bir olgu isnat etmek ile her hangi bir şekilde sövmek hareketleri arasında fiilin ağırlığı bakımından fark mevcuttur.

Hakaret suçu ile korunan hukuki değer, kişinin onur, şeref ve saygınlığıdır. Suçun oluşabilmesi için failin hareketinin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması yeterlidir. Ayrıca mağdurun onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmiş olması aranmaz. Bu nedenle hakaret suçu soyut tehlike suçudur. Bu suç sadece sözle değil aynı zamanda yazıyla veya mağdurun onur, şeref veya saygınlığını rencide edebilecek her türlü fiille işlenebilir. Örneğin, mağdurun yüzüne tükürülmesi, saçının veya sakalının uygunsuz bir biçimde kesilmesi.

Hakaret suçunun faili herkes olabilir. Tüzel kişilerin bu suçun faili ve mağduru olabilmeleri mümkün değildir. Mağdurun belli veya belirlenebilir olması şarttır. Mağdur bakımından kanunda herhangi bir

¹⁷⁵ Bu konuda bkz., Artuk, s. 501 vd.

sınırlamaya gidilmemiştir. Ölülere karşı yapılan hakaret fiilleri, 125. madde değil, 130. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret edilmesi veya sövülmesi durumunda TCK m. 130 uygulanmaz. Bu durumda 5816 sayılı "Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un" 1. maddesi tatbik edilir.

Hakaret suçu, huzurda ve gıyapta hakaret olmak üzere iki şekilde işlenebilir. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. Ayrıca TCK'nun 125. maddesinin 2. fıkrasında, hakaretin huzura eş sayılan vasıtalarla işlenmesi haline de yer verilmiştir.

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Failin her hangi bir saikle hareket etmesi gerekmez. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bu suç olası kastla da işlenebilir.

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerine 125. maddenin 3 ve 4. fıkralarında yer verilmiştir. 765 sayılı TCK'nun "Din Hürriyeti Aleyhinde Suçlar" ve "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar" kısmında düzenlediği bazı suç tipleri, 5237 sayılı TCK'da hakaret suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Hakaret suçunu ve nitelikli hallerini tek bir bölümde toplayan 5237 sayılı TCK'nun sisteminin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

TCK'nun 128. maddesinde, yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, faile ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Maddede, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması şartıyla, idari makamlar önünde yapılan hakaretler de hukuka uygun sayılmıştır. 765 sayılı TCK'da ise, iddia ve savunma dokunulmazlığı sadece adli merciler önündeki uyuşmazlıklarda kabul edilmekteydi.

İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde de faile ceza verilmez. Bu cezasızlık halinin varlığı için, isnat olunan fiilin içeriğinin suç olması, failin bu suçtan mahkum olması, isnat olunan fiilin ispatında kamu yararı bulunması, müştekinin ispata rıza göstermesi gereklidir. Buna karşılık, ispat edilmiş fiilden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde TCK'nun 127/1. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Buna göre, hırsızlık suçundan mahkum olmuş ve

cezasını çekmiş bir kişiye, hırsız denilmesi halinde, bu sözü söyleyen kişi hakaret suçundan cezalandırılır.

TCK'nın 129. maddesinin 1. fıkrasında, hakaret suçuna ilişkin özel bir haksız tahrik hükmüne yer verilmiştir. 129/1. maddenin uygulandığı hallerde ayrıca 29. maddedeki genel tahrik hükmü tatbik edilmez. Üçüncü kişiye yönelik haksız bir fiile tepki olarak hakaret edilmesi durumunda da, 129. maddenin 1. fıkrası uygulanır.

Hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, faile ceza verilmez. Kanunda açıkça "*kasten yaralama suçu*"ndan bahsedildiğinden, taksirle yaralama veya kasten öldürme suçuna tepki olarak hakaret edilmesi durumunda 129. maddenin 2. fıkrası uygulanmaz, diğer şartlar bulunduğu takdirde 29. maddedeki genel tahrik hükümlerine göre faile verilecek cezada indirimine gidilebilir.

Karşılıklı hakaretin düzenlendiği 129. maddenin 3. fıkrasında, hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre, hakaret suçunun karşılıklı işlenmesi halinde, "*olayın mahiyetine göre*", taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

765 sayılı TCK'nın "*Din Hürriyetine Karşı Suçlar*" faslında yer alan ölüleri tahkir suçuna, 5237 sayılı TCK'nın "*Şerefe Karşı Suçlar*" bölümünde yer verilmesi yerinde olmuştur. Zira ölülerin hatırasına hakaret edilmesi veya ölülerin ceset ya da kemiklerine karşı gerçekleştirilen tahkir edici fiillerin de yaptırıma bağlanması gereklidir ve bu hükümlerin yerinin şerefe karşı suçlar bölümü olması yerindedir.

Son olarak, hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen şekli dışında, soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikâyetine bağlıdır. Mağdurun şikâyet etmeden ölmesi veya suçun ölmüş bir kişinin hatırasına karşı işlenmesi halinde, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşi şikâyetinde bulunabilir. Bu düzenleme, ölenin yakınının bulunmaması ve şikâyet şartının gerçekleşmemesi durumunda hakaret suçunu işleyen kişinin yargılanmasını engelleyeceği için failin cezasız kalmasına neden olabilecektir.

MEDYA YOĞUNLAŞMASI, TEKELLEŞMENİN DENETİMİ VE ÇOĞULCULUĞUN KURULMASI

A. Vahap DARENDELİ*

Giriş

Bilindiği gibi, 3984 sayılı Kanunun 4756 Kanunla değişik 29. maddesinin (d) ve (e) bentleri hakkında birisi Sayın Cumhurbaşkanı tarafından, diğeri de 119 Sayın Milletvekili tarafından iki ayrı iptal davası sonrasında Anayasa Mahkemesi'nce önce 12.06.2002 günlü E. 2002/97, K. 2002/9 sayılı yürürlüğü durdurma kararı verilmiş, 21.09.2004 günlü E. 2002/100, K. 2004/109 sayılı iptal kararı ise 04.08.2006 tarihli 26249 sayılı *Resmî Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, acaba özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sermaye yapısını düzenleyen 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 29. maddenin 4756 sayılı Kanunla değişik (d) ve (e) bentlerinin iptali sonrasında 29. maddenin ilk halinde yer alan sermaye payı oranına ilişkin kurallarının tekrar yürürlüğe girmesi düşünülebilecek midir? Farklı bir anlatımla 29. maddenin ilk şeklini yürürlükten kaldıran kanun hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edildiğine göre önceki düzenlemede yer alan "Bir hissedarın kuruluştaki pay tutarının ödenmiş sermayesinin %20'sinden ve birden fazla kuruluşta pay sahibi olanların bu kuruluşlardaki tüm paylarının toplamının da %20'den fazla olamayacağı yasağı ile belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10'dan fazla payı olanların Devletten diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan ya da dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini kabul edemeyecekleri ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapamayacakları" şeklindeki yasakların tekrar yürürlüğe girmesi söz konusu olabilecek midir? Sorusu gündeme gelmekte;

* Dr, Hakim, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkan vekili.

Bunu takiben iptal kararı ile 3984 sayılı Yasanın 29/d/e bentlerinin düzenlediği alanda (Özel radyo ve televizyon kuruluşlarının sermaye sahip yapısı ve sahipliği konusunda bir televizyon radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya sermaye grubunun sermaye payının sınırlandırılmasında) bir hukuki boşluk oluşmuş mudur? Böyle bir hukuki boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte midir? 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin iptal edilmesi Türk pozitif hukukunda hiçbir kısıtlama ve sınırlama kalmadığı, olmadığı anlamına mı gelmektedir. Eğer kimi sınırlama ve kısıtlamalar varsa bu sınırlamalar bu alanda tekelleşmeyi engelleyecek ve rekabet ortamı yaratacak nitelikte midir? Soruları doğal olarak güncelliğini ve nesneliğini sürdürmekte ve hukuki yanıt ve çözüm aramaktadır. İncelememizde yukarıdaki sorulara hukuksal (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları) yanıtlar bulmaya çalışılırken diğer taraftan kimi batı ülkelerine AB üyesi olan ve AB'ye komşuluk siyasası¹ çerçevesinde yer alan ülkelerdeki hukuki sistemlerden de mukayeseli olarak alıntılar yapılacaktır.

I. Genel Olarak Medya Sahipliği Kavramı ve Düzenlemeleri

Medya sahipliği konusu hem yayıncılık alanını hem basın alanında sahiplik kavramlarını içine alacak bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Dünya ölçütünde 97 ülkenin, bölgeler itibariyle ve bölgelerde yer alan ülkelerin AB ve AB'ye komşuluk siyasasının yer aldığı çok kapsamlı “Medya Sahipliği Üzerine” adlı incelemeye göre;”

“Dünyada medyaya ağırlıklı devlet ya da özel aileler sahiptir.” 97 ülkelik örnekte medya kuruluşlarını sadece %4'ünün pay sahipliği dağılımıdır. Bunlardan %2'si diğer sahiplik grubunda iken, %2'sine çalışanlar sahiptir. Ortalama olarak bakıldığında basında %57'si ailelerin kontrolünde olan gazetelerdir ve televizyonda ise toplamın %34'ü ailelerin kontrolündeki televizyonlardır. Medyada devlet sahipliği büyüktür ve önemlidir. Ortalama olarak devlet gazetelerinin %29'unu; televizyon istasyonlarının %60'ını kontrol etmektedir. Devlet büyük radyo istasyonlarının %72'sini kontrol etmektedir. Bu verilerle medya sahipliği 3

¹ AB'nin Avrupa Komşuluk kapsamında yer alan ülkeler şunlardır: Azerbaycan, Beyaz Rusya, Cezayir, Ermenistan, Fas, Gürcistan, İsrail, Libya, Lübnan, Mısır, Moldova, Suriye, Tunus, Ukrayna, Ürdün ve Filistin Yönetimi.

kategoriye ayrılmış bulunmaktadır. “*Bunlar devlet, özel (aileler), yaygın sahiplik ve çalışan sahipliğidir.*”

Devletin kontrol ettiği firmaların toplam payı eğer pazarın %75’ini aşarsa medya pazarında devlet tekelinin söylenebileceği, bu çerçevede günlük gazetelerde 21 ülkede, televizyonda ise 43 ülkede devlet tekeli olduğu sonucuna ulaşılması mümkün görülmektedir.²

Ülkemiz açısından bakıldığında 1982 Anayasası’nın 133. maddesinin 3. fıkrası ile 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun 8. maddesine göre Türkiye’de tek kamu yayıncısı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumudur.

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’nun sermayesi tamamıyla devlete aittir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanununun 17. maddesi gereğince ulusal kanal ve frekans bandı planlamasındaki bantların dörtte birinin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’na tahsisi zorunludur.

Gerek yazılı basında gereken görsel-işitsel alanda sahiplik ve yabancı sahiplik konusundaki düzenlemeler bu alandaki kısıtlamaları, sınırlamaları ve bunların niteliğini (liberal ve anti liberal yapılanma) gündeme getirmektedir. Kimi ülkelerde bu konuda ayrıntılı kurallar bulunmakta iken kimi ülkeler genel kurallara ilişkin düzenlemelerle yetinmektedir.

Medya hukukunun kendine özgülüğü ve çok yönlü karakteri bu alanın tek bir hukuki çerçeve bünyesinde düzenlenmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin medya özgürlüğü ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul görmekte, temel insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir. Bu yönüyle medya hukukundaki düzenlemelerin, çoğulculuğu ve içerik çeşitliliği gözetilerek yapılması gereği genel kabul görmektedir.

Tarihsel olarak da, yayıncılık düzenlemelerinin üç amaca dayandığı gözlenmektedir. Bunlar medya çoğulculuğunu ve ifade özgürlüğünü korumak, uluslararası ticaretin ve ulusal medya piyasalarının düzenlenmesini güvence altına almak ve uluslararası iletişim kanallarında (uydu, internet, kablo ve diğer yayınların) tıkanıklığı önlemek.

² Karacan, Ali İhsan, Medya Sahipliği Üzerine II, 24.05.2002 <http://www.dunya-gazetesi.com.tr/nevsdisplay.asp?upsaleid=80172>.

Medyada çoğulculuk (pluralism) ve çeşitlilik (diversity) kavramları, ise ülke medya politikalarının merkezinde bulunmaktadır. Ancak bu kavramların medya sektörü ile ilgili düzenleme girişimlerinde ne şekilde kullanılacağına dair uygulamada ve doktrinde bir fikir birliğinin oluşmadığı gözlenmektedir. Ayrıca, “çoğulculuk” ve “harici çoğulculuk (external pluralism)” kavramları, daha ziyade medya sahipliği ile ilgili tartışmalarda, “çeşitlilik” ve “dahili çoğulculuk (internal pluralism)” kavramları ise içerik çeşitliliği (content diversity) ile ilgili olarak kullanılmaktadır.³

Medya yoğunlaşması genel olarak hem yazılı basın hem görsel işitseli içine alacak şekilde kullanılmakla birlikte, özünde her iki alanın hukuki düzenleme ve denetleme kategorilerinin farklılık arz ettiği ve farklı bir hukuki statüye sahip olduklarının altını çizmekte yarar görmekteyiz.

Geleneksel, yaygın yaklaşım ve uygulama, basın ve görsel-ışitsel medyanın farklılığını değerlendirirken her ikisi arasına kesin bir çizgi koymakta ve bunların farklı düzenleme ve denetleme kategorileri içerisinde yer aldığını kabul etmektedir.

II. Görsel İşitsel Medya Sahipliği ve Düzenlemeleri

1. Görsel İşitsel Medyanın Farklılığı ve Kendine Özgülüğü

Görsel-ışitsel iletişim alanının farklı bir doğasının bulunduğuna yönelik kabullenme, bu alana özgü sınırlamaları ve yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Söz konusu sınırlama ve yükümlülükler, yapımcıların tarafsızlığından, özellikle çocukların televizyonun etkilerine karşı korunmalarına, reklamlara ilişkin sınırlamalardan, eğitim programları yayımlama zorunluluğuna ve hatta özellikle Avrupa ülkelerinde yabancı yayınların oranının sınırlandırılmasına kadar geniş bir yelpaze arz etmektedir. Bütün bu sınırlama ve yükümlülükleri diğer kitle iletişim araçlarına ilişkin düzenlemelerde, görsel-ışitsel alanda olduğu biçimiyle bulmak zordur.

Bu genel çerçeve içerisinde, görsel-ışitsel iletişim özgürlüğünün sınırlı, örgütlü ve gözetimli olduğu ifade edilir. Böylece, “ilke olarak bastırıcı rejime tabi olan basın özgürlüğünün aksine, burada önleyici rejim geçerlidir”.

³ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz., Westphal D., *Media Pluralism and European Regulation*, EBLR. (2002) 13, s. 459-487.

Diğer bir deyişle, görsel-ışitsel iletişim alanı idarenin düzenleme, denetleme, izin ve yaptırım uygulama yetkilerinin egemen olduğu bir alandır. Oysa basın alanında yayımcı, ceza hukuku ve medeni hukukun getirdiği sınırlar içinde, idareden izin almaksızın faaliyette bulunabilir; hiçbiri idari yaptırıma ve zorlamaya maruz kalmaksızın yayınlarını istediği gibi biçimlendirilir. Burada basın ve görsel-ışitsel iletişimin kategorik olarak farklı hukuksal rejimlere tabi kılınmış olduğunu söylemekte herhangi bir yanlışlık görülmeyecektir.⁴

Görsel-ışitsel medya sahipliğinin bu farklı hukuksal rejimi göz önünde bulundurularak ayrı ve bağımsız bir başlık altında incelenmesinde yarar görmekteyiz.

2. Görsel-İşitsel Medyada Sahiplik ve Yoğunlaşma Türleri

“Görsel İşitsel medya sahipliği konusundaki yoğunlaşmasının genel olarak 3 şekilde oluştuğu gözlenmektedir.”

A. Yatay Görsel-İşitsel Medya Yoğunlaşması: Farklı televizyon ve radyo yayıncıları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu şeklindedir.

B. Dikey Görsel-İşitsel Medya Yoğunlaşması: Televizyon yayıncıları ile bunların ilişkili oldukları program üreticisi firmalar ve dağıtım pazarları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu şeklindedir.

C. Çapraz Görsel-İşitsel Medya Yoğunlaşması: Televizyon yayıncıları ile yazılı basın veya internet sağlayıcıları gibi diğer medya unsurları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu şeklindedir.

Bu ayırım dışında, Sermaye Payı, Yayın Lisans Modeli ve İzleyici Payı Modeli ayrımı dışında görsel ve işitsel iletişim hukukunda yoğunlaşma kavramına; *“Medya Mülkiyetinde (Sahipliğinde) Yoğunlaşma, Medya İzler Kitlesinde Yoğunlaşma”* ayırımlarına yer verildiği bilinmektedir.⁵

3. Görsel İşitsel Medya Yoğunlaşmasının Önlenmesi Sistemleri

“Yoğunlaşmanın önlenmesine yönelik sistemler (modeller) ve bunların ülkemiz yönünden uygulanması kısaca şu şekildedir:”

⁴ Yılmaz, Halit, *İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi*, İmaj Yayın, Ankara 2006, s. 35-36.

⁵ “Commission, Gren Paper on Services of General Interest”, paragraf 74.

A. İzleyici Paylaşım Modeli: Bu modelin temel amacı, belirli bir zaman dilimi içinde bir veya daha fazla kanalın toplam izlenme oranı içindeki azami izlenme yüzdesinin belirlenmesidir.

B. Lisans Sahipliği Modeli: Bu modelde bir yayıncı kuruluşun birden fazla lisanslı radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olup olamayacağı düzenlenmektedir. Bu modelde bir yayıncı kuruluş, yasada belirtilen sayıdan fazla şirket için yayın lisansına sahip olamaz veya bu lisans sahipleri ana sermaye üzerinde kontrol hakkına sahip olamazlar.

C. Gelir Payı/Frekans Sınırlama Modeli: Bu modelle bir televizyon kuruluşunun ticari ya da toplam pazardaki gelir payına bir tavan sınırlaması getirilmektedir.

D. Sermaye Payı/Yayın Lisansı Modeli: Bu model üç şekilde uygulanmaktadır. Birinci tipte herhangi bir yayıncının şirketteki sermaye payının tavanı sınırlandırılır. İkinci tipte sahip olunabilecek lisans sayısı sınırlandırılır. Üçüncü tipte ise birden fazla yayın istasyonunun sermaye paylarına ilave sınırlamalar getirilir.⁶

III. Görsel İşitsel Medya Sahipliği ve Yoğunlaşması Konusunda Türk Pozitif Hukukundaki Durum

Görsel işitsel medya (özel radyo ve televizyonlar) ile ilgili düzenlemelere geçmeden önce görsel işitsel yayınların Anayasanın 168. maddesi açısından genel bir değerlendirilmesi ve bu alanda mülkiyetin (sahipliğin) ve mülkiyetin sınırlandırılmasında ve kontrolünde devlete verilen görevlerin yer aldığı Anayasanın ilgili maddelerinin incelenmesinde yarar görülmektedir.

1. Anayasal Değerlendirme

A. Devletin Hava Ülkesi Üzerindeki Egemenlik Hakkı ve Bu Hakkın Anayasanın

168. Maddesi Yönünden Değerlendirilmesi

Anayasa'nın "*Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*" başlıklı 168. maddesinde;

⁶ Open Society Institute EU Monitoring And Advocacy Program Network Media Program, Avrupa'da Televizyon düzenleme, politikalar ve bağımsızlık, İzleme Raporu (Türkiye) 2005, syf. 22.

“Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılması, Kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esaslar ve müeyyideler Kanunda gösterilir” hükmü yer almaktadır.

Televizyon ve radyo yayınları, yeryüzünün hava (atmosfer) tabakası aracılığıyla yapılan iletişimle gerçekleşmektedir. Devletler hukukunun kabul görmüş esaslarına göre bir devletin ülkesi, yeryüzünün o devletin egemenliğine tabi kılınmış olan belirlenmiş bir kesimdir. Bu yeryüzü kesimi kara, deniz ve hava olmak üzere üç kısımdan oluşur. Devletin hava ülkesi, kara ve deniz ülkelerinin üzerinde yer alan hava sahasından oluşmaktadır.

Devletin kara ve deniz ülkesiyle ilgili ilke ve kurallar daha somut ve belirgin iken hava ülkesinin sınır ve kapsam ile ilgili kurul ve uygulamaları henüz oturmamıştır. Yeknesak bir düzenleme bulunmamakla birlikte günümüz devletler hukuku, hava sahası üzerinde devletlerin egemenlik hakkına sahip olduğu ilkesini kabul etmektedir.⁷ Nitekim 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 4. maddesinde de,

“Türkiye Cumhuriyeti Türk hava sahasında tam ve münhasır egemenliği haizdir”, kuralına yer verilmiştir.

Devletin tam ve münhasır egemenlik hakkına sahip olduğu hava sahasının özellikleri itibariyle tabii bir servet niteliği taşıdığı ve Anayasanın 168. maddesine göre devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerler içinde kaldığında kuşku yoktur.

“Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere, devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerlerin özel mülkiyete konu olması mümkün değildir. Devletin buralar için özel sektöre ancak belirli sürelerle yapacağı tahsisler karşılığında işletme izni ve hakkı vermesi söz konusudur.”

⁷ Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, İstanbul 1996, s. 31 vd.

B. Devletin Piyasalarda Tekelleşmeyi ve Kartelleşmeyi Önleme Görevi ile İlgili Anayasanın 167. Maddesinin Değerlendirilmesi

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 167. maddesindeki; *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler"* şeklindeki düzenlemesinin, düşüncayı açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına sınırlama getiren Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ile *"birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir"*. Çünkü Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında; *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargulama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir"* denilmiştir; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiş; üçüncü fıkrasında, basın hürriyetlerinin sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Böylece Anayasal düzenlemelerin televizyon veya radyo kuruluşunda, bir gerçek veya tüzel kişinin veya sermaye grubunun sermaye payına sınırlama getirebilmesine imkan sağladığı sonucuna ulaşılmamasının yanlış olmayacağı değerlendirilmektedir.

C. 1982 Anayasası'nın Radyo ve Televizyon Yayıncılığıyla İlgili 133. Maddesi

1982 Anayasası'nın radyo ve televizyon kuruluşlarını düzenleyen 133. maddesinin 1. fıkrasının özgün (ilk) halinde radyo ve televizyon kuruluşlarının ancak devlet eli ile kurulacağı ve idarelerinin tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın radyo ve televizyon yayınları konusunda öngördüğü bu devlet tekeli tüm dünyada gelişen özelleşme, rekabet, çoğulculuk ve liberalizm gibi çağdaş piyasa gereklerinin gerisinde kalmış, söz konusu hüküm teknolojik gelişmelerden de yararlanılarak fiilen ihlal edilmeye başlanmıştır.

Ortaya çıkan bu fiili durumu takiben 08.07.1993 günlü, 3913 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 133. maddesi değiştirilmiş ve maddenin 1. fıkrasıyla Radyo ve Televizyon istasyonları kurmanın ve işletmenin kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbest olduğu hükme bağlanmıştır.

Madde 133- *“(08.07.1993 tarih ve 3913 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile değişik) Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*

(EK: Fıkra; 23.06.2005 - 5370/1 md.) Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.

Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzel kişilerden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır. ”

2. Yasal Değerlendirme

A. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 29. Maddesinin İncelenmesi;

Anayasa’da yapılan değişikliğin gereği olarak 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur.

3984 sayılı Kanun’la özel radyo ve televizyon işletmeciliğinin kuruluş ve yayın esasları belirlenmiş, konuyla ilgili olarak gerekli düzenlemeleri yapma ve kararlar alma konusunda yetkili olmak üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulu oluşturulmuştur.

Kanunun “Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları” başlığını taşıyan Beşinci Bölümü içinde yer alan “kuruluş ve hisse oranları” başlıklı 29. maddesinde radyo ve televizyon sahipliği konusunda detaylı düzenlemeler öngörülmüştür.

a. Maddenin 1994 Yılında Yürürlüğe Giren Orijinal Metni

29/6

“Bir hissedarın, bir kuruluşteki hisse miktarı ödenmiş sermayenin %20’sinden ve birden fazla kuruluşta hisse sahibi olanların bu kuruluşlardaki tüm hisselerin toplamı da %20’den fazla olamaz bu hükümler, yukarıda zikredilen hisse sahibinin bir ile üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî husımları için de uygulanır.”

29/7

“Belirli bir özel radyo veya televizyon kuruluşunda yabancı sermayenin payı %20’yi geçemez.”

29/10

“Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10’dan fazla hissesi olanlar Devletten, diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemezler ve menkul kıymetler borsalarında muamelede bulunamazlar.”

29/11

“Türkiye de gazete çıkaran gerçek ve tüzel kişiler ile basınla ilgili mevzuata göre gazete sahibi olanlar bir arada %20’den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hüküm bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhrî husımları hakkında da uygulanır.”

b. Maddenin 2002 Değişikliği Sonrasındaki Metni

3984 sayılı Kanundaki ilk ve en kapsamlı değişiklik 15.05.2002 günlü, 4756 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir.

“3984 sayılı Kanununun 29. maddesi 4756 sayılı Kanununun 13. maddesiyle aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.”

“Madde 29- (Değişik madde: 15.05.2005 - 4756 S. K. 13. MD)”

Radyo ve televizyon yayın izni verilen veya verilecek anonim şirketlerin hisse oranları ve şirket yapısıyla ilgili uyulması gereken diğer hususları şunlardır:

29/d

Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak her yıl yapılacak ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payı %50'yi geçemez. Gerçek kişinin hisselerinin hesaplanmasında üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi hesaplanır.

29/e

Bir gerçek veya tüzel kişi veya bir sermaye grubu %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı %20'yi geçerse Üst Kurul tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünü halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını %50'nin altına indirir. Yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımı birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin toplamı nedeniyle meydana gelmişse, bu oranı %50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda şirketi satar. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda kuruluşun yayın izni iptal edilir.

B. Yasa Metninin Karşılaştırılması

Bu çalışmanın hacmi göz önünde bulundurularak tam metin verilmeyen önceki yasa ile mevcut yasa hükmününün 29. maddesinin her iki düzenleme arasındaki paralel ve farklı hükümlerin şu şekilde altını çizmek mümkündür:

a. Paralel Düzenlemeler

1. Her iki hükümde de siyasi partiler, dernekler, sendikalar, mahalli idareler gibi kimi gerçek ve kamu tüzel kişilerine radyo ve televizyon yayın izni verilmesi, yayın izni almış şirketlere ortak olması yasaklanmıştır.

2. Her iki hükümde de radyo ve televizyon kuruluşlarının anonim şirket olarak kurulmaları ve aynı şirketin ancak bir radyo ve televizyon işletmesi kurabileceği öngörülmüştür.

3. Radyo ve televizyon şirketlerinde herhangi bir kişi lehine intifa hakkı senedi ihdası yasaklanmıştır.

4. Radyo ve televizyon şirketlerinde herhangi bir kişi lehine intifa hakkı senedi ihdası yasaklanmıştır.

5. Bir radyo ve televizyon kuruluşunda yabancı sermayenin belli bir oranı geçemeyeceği (ilk halinde %20, sonraki halinde %25) öngörülmüş, ayrıca belirli bir radyo ya da televizyon kuruluşunda ortak olan yabancı bir gerçek yada tüzel kişinin başka bir radyo veya televizyon kuruluşuna ortak olması yasaklanmıştır.

6. Yerli ya da yabancı hissedarların imtiyazlı hisse senedi sahibi olması yasaklanmıştır.

7. Yurtdışından yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşlarına kanal, frekans ve kablo kapasitesi tahsisi yasaklanmıştır.

b. Farklı Düzenlemeler

1. Her iki hüküm arasındaki en önemli farklılık, belli bir radyo veya televizyon kanalında sahip olunacak sermaye miktarı sınırı konusundadır.

Maddenin özgün halinde yer alan 6. fıkrada, bir hissedarın bir kuruluşdaki sermaye miktarı %20 ile sınırlanmışken, maddenin yeni halinin (d) bendinde ise, yıllık izlenme oranı %20'yi geçen bir radyo ya da televizyon kuruluşunda bir gerçek ya da tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payının %50'yi geçemeyeceği öngörülmüş; (e) bendinde de, bir kişinin veya sermaye grubunun %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir radyo veya televizyon kanalının izlenme oranının zaman içinde %20'yi geçmesi durumunda da %50'yi aşan hisselerin satış ya da halka arz yoluyla %50'nin altına indirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Her iki hükümde de bu yöndeki yasaklamanın üçüncü dereceye kadar kan ya da sıhrı hısımlar için de geçerli olduğu belirtilmiştir.

2. İki hüküm arasındaki bir diğer önemli farklılıkta önceki kuralda belirli bir radyo yada televizyon kuruluşunda %10'dan fazla hissesi olanların Devlet ihalelerine katılması yasaklanmışken, yeni düzenlemede böyle bir kısıtlamaya yer verilmemiş olmasıdır.

3. İki hüküm arasında başka bir farklılık da, önceki kuralda; *"Türkiye'de gazete çıkaran gerçek ve tüzel kişiler ile basında ilgili mevzuata*

göre gazete sahibi olanlar bir arada % 20'den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hüküm bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımları hakkında da uygulanır." hükmü yer alırken, yeni düzenlemede böyle bir sınırlamaya yer verilmemiş bulunmaktadır.

Anayasal ve yasal düzenlemeleri aktardıktan sonra konumuzla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının incelemesine geçmekte, zorunluluk bulunmaktadır. Söz konusu iptal kararı güncelliği ve konumuza özgülüğü göz önünde bulundurularak bağımsız bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV. 3984 sayılı Kanununun 4756 sayılı Kanunla Değişik 29. Maddesinin (D) ve (E) Bentlerinin İptalini Öngören Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi

1. İptal Davasında Yer Alan Talep, Gerekçeler ve Görüşler

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesine geçmeden önce Sayın Cumhurbaşkanı tarafından dile getirilen dava gerekçesiyle, Sayın Milletvekilleri tarafından ileri sürülen iptal gerekçelerinin kısa bir özetinin verilmesinde yarar görüyoruz.

A. Sayın Cumhurbaşkanı'nın Dava Gerekçesi

Sayın Cumhurbaşkanı yukarıda metnini verdiğimiz değiştirilmeden önceki metin ile yapılan yeni düzenlemeleri karşılaştırdıktan sonra; "4756 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin anılan bentlerindeki kurallar, özellikle büyük sermaye gruplarının radyo ve televizyon alanında tekelleşmelerine yol açacak içeriktedir."

"Anayasa'nın 167. maddesinde, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alacağı, piyasalarda eylemli ya da anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir."

"Anayasa'nın anılan kuralı ile tekelleşme ve kartelleşme yasaklanmakla kalmamış, Devlete de bunu engelleyici önlemleri alma görevi verilmiştir. 4756 sayılı Yasa ile yapılan ve yukarıda belirtilen düzenlemelerle görsel ve işitsel medya alanında tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi olanaksızdır. Düzenlemeler, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek bir yana, dolaylı olarak olanaklı kılacak niteliktedir."

“Öte yandan, yapılan düzenlemeyle, bir gerçek ya da tüzel kişiye yada sermaye grubuna bir radyo-televizyon kuruluşunun tümüne yada birden çok radyo-televizyon kuruluşuna sahip olabilme olanağının yaratılmasının yanı sıra, bu kişi yada sermaye grubuna kamu ihalelerine girme ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapma yasağının getirilmemesi, medya gücünün kullanıcılar olarak ihalelerde haksız rekabete, borsada çeşitli işlem oyunları yapılmasına neden olabilecektir.”

“Medya gücünü kötüye kullanma olasılığı kamu yararı ve kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir. Devletin bu gücü dengeleyecek önlemleri alması, kamu yararı ve düzenini sağlamanın gereğidir.”

“3984 sayılı Yasa’nın 29. maddesinin değişiklikten önceki onuncu fıkrasında yer verilen özel radyo yada televizyon kuruluşlarında belli oranın üzerinde pay sahibi olanların kamu ihalelerine girebilme ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapabilmesine ilişkin yasağın, korunması gerekirken tümüyle kaldırılmış olması, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılması gerektiği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.”

“Bu nedenlerle, 4756 sayılı Yasa ile değiştirilen 3984 sayılı Yasa’nın 29. maddesinin (d) ve (e) bentleri, Anayasa’nın 2. maddesindeki “demokratik hukuk devleti” ilkesine, 26. maddesindeki “haber alma” ve 28. maddesindeki “basın” özgürlüklerine ilişkin kurallara, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi yasaklayan 167. maddesine aykırı düşmektedir.” demektedir.

B. Sayın Milletvekillerinin Dava Gerekçesi

Sayın Milletvekillerinin dava gerekçesinde ise; *“Bu durum;”*

“- Televizyon ve radyo alanında tekelleşmeye ve kartelleşmeye yol açacak,”

“- Tekelleşen ve kartelleşen medya, bir yandan ekonomik alanda haksızlık yaratabilecek bir güce ulaşacak, diğer yandan ise haber alma özgürlüğünü kısıtlayabilecektir.”

“- Ayrıca medya gücünün kullanıcılar olarak ihalelerde haksız rekabete yol açılabileceği gibi, borsada çeşitli işlem oyunları yapılmasına neden olunabilecektir.”

“Bu nedenlerle 3984 sayılı Yasanın 29. maddesinde yapılan değişiklikler, Anayasa’nın 2, 26, 28 ve 167. maddelerine aykırıdır.” şeklinde yer almaktadır.

C. Yasanın Mecliste Görüşülmesi Sırasında Konuyla İlgili Yer Alan Görüşler

Yasa tasarısının lehinde olan görüşlerde;

“Gerek Sayın Cumhurbaşkanı’nın, gerek Sayın Milletvekili ve arkadaşlarının iddia ettikleri yeni düzenlemenin, radyo ve televizyon alanında tekelleşmeye yol açacağı varsayımı, Anayasa’nın 167. maddesinde öngörülen tekelleşmenin ve kartelleşmenin önlenmesi hakkındaki hüküm ile mantıki düzeyde uyuşmamaktadır.”

“Aksine sermaye sahipliği ve izlenme ve dinlenme oranına bağlı olarak her an değiştirilebilir hale getiren 4756 sayılı Kanununun 13. maddesinin (d) ve (e) bentleri, iddianın tam aksine Anayasa’nın 167. maddesinde öngörülen sistemi gerçekleştirmeye yöneliktir.”

“Mülkiyetin saptanmasında izlenebilirlik oranının tekniğine yönelen eleştiri, Anayasaya aykırılık iddiası olarak değerlendirilemez. Böyle bir iddia mecmu olmaz.”

“%20 oranın tespiti yasama organının takdir yetkisidir. Dolayısıyla gerek Sayın Cumhurbaşkanı’nın, gerekse Sayın Milletvekillerinin maddeyle iptal istemlerini haklı çıkarabilecek nitelikte ikna edici açık ve nesnel gerekçe mevcut değildir.” denilmektedir.

D. Televizyon Yayıncıları Derneği’nin Anayasa Mahkemesi’ne Sunduğu Raporda Yer Alan Görüşler

Televizyon Yayıncıları Derneği’nin 27 Mayıs 2002 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne sunduğu raporda iptal isteminde bulunan tarafların savlarına yer verildikten sonra, derneğin konu ile ilgili görüşü yer almaktadır. Buna göre; *“Yasanın (d) ve (e) bentlerindeki bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde açıkça görülmektedir ki, Yasama organı Anayasa’nın 167. maddesindeki amir hükme uygun olarak izlenme oranı %20’yi geçen bir televizyon veya radyonun çoğunluk hissesinin bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir sermaye grubuna ait olmasını önlemiştir. Bu itibarla 4756 sayılı Yasa’nın 13. maddesi Anayasa’nın 167. maddesine aykırılık taşımamakta aksine uygunluk göstermektedir.”*

“Sınırlama oranının saptanması gibi bir tekniğe itiraz etmek Anayasa’ya aykırılık savı taşımaz. Sınırlama yöntem ve tekniğini belirlemek yasama organının yetkisindedir olduğu gibi mevcut hukuki düzenlemeye göre değil, ileriye

dönük birtakım varsayımlarla Anayasaya aykırılık öne sürmek de mümkün değildir.”

“Sayın Cumhurbaşkanı ve milletvekillerinin bu düzenlemenin tekelleşme ve kartelleşmeye yol açacağı varsayımlılığında bulunmaları da gerçekçi sayılamaz.”

“Çünkü,”

“Bugün Türkiye’de 16 ulusal, 15 bölgesel ve 218 yerel televizyonla 1500’den fazla radyo bulunmaktadır. Dünyanın birçok gelişmiş demokratik ülkesinde ulusal televizyon kanalı sayısı 8-10’u geçmezken, Türkiye’de bu kadar çok sayıda televizyon ve radyo ile tekelleşmiş bir piyasadan söz etmek veya böyle bir piyasa oluşacağını ileri sürmek mümkün değildir.”

“16 ulusal televizyonun hemen her biri ayrı sermaye gruplarına aittir. 218 yerel televizyon da il ve ilçelere dağılmış, gene farklı kişi ve kuruluşlara ait bulunmaktadır. Radyoların mülkiyetinin de dağınık olduğu bir gerçektir. Bu tablo tekel veya kartel görüntüsü vermediği gibi sermayenin bu sektörde toplu değil, yaygın olduğunu kanıtlamaktadır.” denildikten sonra Türkiye’deki televizyon kanallarının AGB 2001 ölçümleri verilmektedir.⁸

E. Anayasa Mahkemesi Raportörü Görüşü

“Medya sahipliği konusunda getirilen ‘yıllık ortalama izlenme oranı ölçümünün göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı kriterinin değişik yöntemler içerisinde en uygun tercih olup olmadığının tespiti hususunun anayasal denetim dışında kalan bir konu olduğu düşünülmektedir. En iyi yöntemin hangisi olduğunun tespitinin Yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığına inanılmaktadır.”

2. Anayasa Mahkemesi’nin Gerekçeli İptal Kararı ve Karşı Oylarda Yer Alan Görüşler

A. İptal Kararı Gerekçesi

Dava dilekçelerinde, düzenleme ile getirilen %20’lik izlenme oranının görsel ve işitsel medya alanında tekelleşme ve kartelleşmeyi olanaklı hale getireceği, tekelleşen medyanın bu gücünü kullanarak

⁸ AGB Nielsen Media Research/TİAK (Televizyon İzleyici Araştırma Kurulu 2001 ölçüm raporları).

ihalelerde haksız rekabete yol açabileceği ve haber alma özgürlüğünü kısıtlayabileceği belirtilerek (d) ve (e) bentlerinin Anayasa'nın 2, 26, 28 ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

29. maddenin (d) bendinde, Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzelkişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payının %50'yi geçmeyeceği, gerçek kişinin hisselerinin hesaplanmasında üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlara ait hisselerin de aynı kişiye aitmiş gibi hesaplanacağı; (e) bendinde de bir gerçek veya tüzelkişi veya bir sermaye grubunun %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payının %20'yi geçmesi halinde Üst Kurul tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünün halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını %50'nin altına indireceği, yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımının birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin meydana gelmesi halinde ve bu oranı %50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda şirkete satacağı, bu yükümlülüğün ihlali durumunda kuruluşun yayın izninin iptal edileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeyle, sahip oldukları televizyon kanalları ile radyoların yıllık ortalama izlenme ve dinlenme oranı %20'yi geçmemek koşuluyla bir gerçek ya da tüzelkişi ya da sermaye grubuna, bir veya birden fazla televizyon yada radyo kuruluşunun tümüne yada bir kısmına sahip olabilme olanağı sağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasa'ya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına sınırlama getiren Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün ko-

runması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” denilmiş; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiş; üçüncü fıkrasında, basın hürriyetlerinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Basın ve haber alma özgürlüğünün gerek kamu erkini kullanan kurum ve kuruluşlara gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine karşı korunması amacıyla, görsel ve işitsel medya tekelinin oluşmasını engellemek için etkili sınırlamalar koymanın, medyanın çoksesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler almanın devletin görev ve sorumluluğunda olduğu açıktır. Bu doğrultuda bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamaların getirilebileceği de kuşkusuzdur.

Öte yandan, Anayasa'nın 167. maddesinde de devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir.

Buna göre, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden kamu düzeni ve 167. maddesinde devlete verilen görevler gözetilerek, televizyon ya da radyo kuruluşunun yıllık ortalama izlenme oranına bağlı olarak bir televizyon veya radyo kuruluşunda, bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payına sınırlama getirilebilir. Yapılan araştırmalarda, Türkiye'de en yüksek izlenme oranının %14 ilâ %16 olarak saptanması ve dava konusu kuralla öngörülen %20 oranına uygulamada ulaşılmasının çok güç olması nedeniyle, aynı kişilerin veya sermaye gruplarının ülkedeki televizyon ve radyo kuruluşlarının çoğuna sahip olmalarının kaçınılmaz hale geleceği bu durumda %20 oranın, Anayasa'nın 167. maddesinde devlete verilen tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevinin yerine getirilmesini sağlayamayacağı açıktır.

“Bu Nedenlerle, İptali İstenilen Kurallar Anayasa'nın 2 ve 167. Maddelerine Aykırıdır. İptali Gerekir.”

B. Karşı Oyların Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi üyesi Sn. Mehmet Erten'in karşı oyunda, iptali istenen (d) ve (e) bentleri metinleri aktarıldıktan sonra, (d) ve (e) bentleri ile yapılan yukarıda belirtilen düzenlemelerle izlenme ve dinlenme oranının %20 olarak yüksek tutulması ve bu orana ulaşamayacağı gerçeği karşısında görsel ve işitsel medya alanında tekelleşme ve kartelleşmenin önlenemeyeceği, böyle bir medya gücünün kullanılması durumunda da ihalelerde haksız rekabete, borsada ise çeşitli işlem oyunlarına neden olunacağı ileri sürülmektedir.

Söz konusu düzenlemeler, Anayasa'nın 167. maddesinde yer alan "*Devlet, ...piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" hükmüne koşul olarak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek amacıyla televizyon ve radyo sahipliğine sınırlama getirmiştir. Böylece izlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon ve radyonun çoğunluk hissesinin, bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir sermaye grubuna ait olmasının önüne geçilmiştir. İleri sürülen düşüncelerin aksine, bu düzenlemeler Anayasa'nın 167. maddesi hükmüne uygundur. Diğer taraftan, İzlenme ve dinlenme oranının %20 olması ve bunun ulaşılması güç bir oran olup olmadığı sorunu sınırlama yöntem ve tekniğine ilişkin bir konu olup, bunun saptanması ve yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranına ilişkin kriterin değişik yöntemler içinde en uygun tercih olup olmadığının belirlenmesi hususları yasama organının yetkisindedir. Tersine olan görüş Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimi yerine, yerindelik denetimi yapmasına yol açar. Bu nedenle ((d) ve (e) bentlerinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. "*İptal isteminin reddi gerekir*" denilmektedir.

Sayın Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı görüşünde ise özetle;

RTÜK kayıtlarına göre, Türkiye'de faaliyet gösteren toplam 249 Televizyon bulunmaktadır. Bunun 16'sı Ulusal, 15'i bölgesel ve 218'i yerel televizyondur. Bu koşullar da herhangi bir televizyonun Anayasa'nın 167. maddesi kapsamında tekel veya kartel oluşturabileceği savı gerçekçi görünmemektedir. Kaldı ki belirtilen televizyonların izlenme ve dinlenme oranının %20'yi geçmesi durumunda dava konusu kurallarla bunlara sahip olan gerçek veya tüzel kişilerin sermaye payının %50'yi geçmesi önlenerek, bu alanda tekelleşme ve kartelleşme oluşturmaya da haber kaynaklarının halkı belli doğrultuda yönlendirme olasılığına karşı bi-

reylerin tarafsız haber ve bilgi alma bağlamındaki düşünce özgürlükleri güvenceye alınmak istenmiştir. Uygulamada %20 izlenme ve dinlenme payına ulaşamaması nedeniyle bu oranın istenilen amaca ulaşmaya elverişli olmadığı düşüncesi ise sadece varsayımdır. Bu oranın hangi sınıra çekilmesi halinde ileri sürülen sakıncaların ortadan kalkacağını öngörebilmek ise radyo ve televizyon alanındaki teknolojik gelişmelerin hızı da gözetildiğinde oldukça zor hatta olanaksızdır. Ayrıca, düşünce özgürlüğü öne çıkarılarak oranların çok fazla düşürülmesinin radyo ve televizyon kuruluşlarında sermaye payı bulunanların mülkiyet haklarına aşırı bir müdahale oluşturup oluşturmayacağı sorununun da göz ardı edilemeyeceği bir gerçektir. Bu sorunları gözeterek Anayasal sınırları aşmamak koşuluyla bir seçim yapmak ise yasa koyucunun değerlendirme alanı içine girmektedir. Ortada somut, kesinlik kazanmış güvenilir veriler olmadan kuralın Anayasa'ya aykırılığı sonucuna varılamaz.

Öte yandan, bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı incelenirken, sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için konu hukuksal bütünlük içinde irdelenerek, kuralın yer aldığı yasada veya ilgili diğer yasalarda doğması olası sakıncaları önleyebilecek düzenlemeler bulunup bulunmadığının da araştırılması gerekir.

3984 sayılı Yasa'nın 4756 sayılı Yasa ile değiştirilen 4. maddesinde, radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri ayrıntılı olarak açıklanmış, bunlar arasında kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesine yönelik sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmiştir. 33. maddede de yayın ilkelerinin ihlâli ağır yaptırımlara bağlanmıştır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri; 6. maddesi ile de, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar yada birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiş 16. maddesinde ise belirtilen yasaklara uymayanlar için yaptırımlar öngörülmüştür.

Bu düzenlemeler dava konusu kurullarla birlikte değerlendirildiğinde, davacıların Anayasa'ya aykırılık savlarının, somut verilere değil,

daha çok ileriye dönük kimi olasılıklara dayandığı, bu nedenle de Anayasa temelinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır” denilmektedir.

VI. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrasındaki Hukuki Durum

1. Bu Alanda Özel Bir Kanun Hükmü Kalmamıştır ve Hukuki Boşluk Oluşmuştur

Yukarıda belirtildiği gibi 3984 sayılı Kanununun 29. maddesi 4756 sayılı kanunla tümüyle değiştirilmiş ve 29. maddenin özel radyo ve televizyon kuruluşlarında sermaye sahipliği ile ilgili yeni kuralları da (d ve e bentleri) Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Bu iptal kararı *Resmi Gazete'*de 04.08.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa'nın 153. maddesinin 3. fıkrası ile 2949 sayılı yasanın 53. maddesinin 4 ve 5. fıkraları gereği konumuz dışında kalan iptale konu kurallara ilişkin iptal hükümlerinin, kararın *Resmi Gazete'*de yayınlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine oy birliğiyle karar verilmiştir. Bir başka anlatımla, 3984 sayılı Yasanın (d) ve (e) bentleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nce yasa koyucuya yeni bir süre verilmemiş ve bu maddelerle ilgili iptal kararı yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, 29. maddenin ilk şeklinin yürürlükten kaldıran kanun hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğine göre önceki düzenlemenin yürürlüğe girmesi düşünülebilecek midir? Farklı bir anlatımla 29. maddenin 4756 sayılı Kanunla değişik (d) ve (e) bentlerinin iptali sonrasında 29. maddenin ilk halinde yer alan sermaye payı oranına ilişkin kuralların tekrar yürürlüğe girmesi düşünülebilecek midir? Anayasa Mahkemesi'nin ve diğer yüksek yargı mercilerinin içtihatları böyle bir sonucun mümkün olamayacağını ortaya koymaktadır. Yani yürürlükten kalkan önceki düzenlemenin iptal kararından sonra tekrar canlanarak yürürlüğe girmesi söz konusu olamayacaktır. (Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.1963 günlü, E. 1963/106, K. 1963/270 sayılı kararı)⁹ sermaye sahipliği konusunda uygulama niteliğine sahip Türk Pozitif Hukuku'nda özel bir kanun hükmü artık bulunmamaktadır.

⁹ *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 1, syf. 468; YİBBGK 24.05.1982, 1/1 (YKD 1982/2, s. 1053) Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2004, s. 141-146.

Bununla birlikte, 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin iptaliyle ortaya çıkan boşluk görsel ve işitsel medya alanında bir kaosa mı yol açacaktır? Sorusunun cevabını genel hükümler içerisinde aramak gerekmektedir. Ancak buna geçmeden önce, ortaya çıkan hukuki boşluğun kamu düzeni ve kamu yararı bakımından sakınca oluşturup, oluşturmadığı konusunu anayasa hukuku açısından irdelemek gerekmektedir.

2. Hukuki Boşluk Kamu Düzenini Tehdit veya Kamu Yararını İhlal Eder Mahiyette Değildir

Bilindiği gibi, Anayasa'nın "Anayasa Mahkemesi'nin Kararları" başlıklı 153. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında;

"(3) Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü yada bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırılabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

(4) İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar", hükümlerine yer verilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 53. maddesinin 3, 4 ve 5. fıkralarında da;

"3. Anayasa Mahkemesi'nce Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü veya bunların belirli madde veya hükümleri, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

4. Gerekli gördüğü hallerde Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

5. Anayasa Mahkemesi bir kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan hukuki boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görürse, yukarıdaki fıkra hükmünü uygular ve boşluğun doldurulması için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı ile Başbakanlığa bilgi verir", kuralları öngörülmüştür.

Yukarıda değinildiği gibi 3984 sayılı Kanunun özel radyo ve televizyon sahipliği konusunda sermaye oranı kriterine göre kimi sınırlamalar getiren 29. maddesinin ilk hali 4756 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve bu konuda izlenme oranına göre sınırlamalar getiren yeni düzenlemeleri ((d) ve (e) bentlerini) önce yürürlüğü durdurmuş, sonra da iptal etmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere değişiklik yapan kanun hükmünün iptalinin değiştirilmiş olan önceki kuralın yürürlüğünü tekrar geri getirmeyeceğine göre Anayasa Mahkemesi'nce yeni düzenleme hakkında verilen yürürlüğü durdurma kararı ile birlikte bu alandaki yasal düzenleme tümüyle ortadan kalkmış, diğer bir deyişle *hukuki boşluk ortaya çıkmış olmaktadır*. İşte Anayasa Mahkemesi bu sonucu öngördüğü halde, diğer bir deyişle hukuki boşluk oluşacağını bildiği halde ilgili kuralların yürürlüğünü durdurmuştur. Bu sonuca göre *Anayasa Mahkemesi ortaya çıkacak boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmemiştir*.

Aksi bir düşünce olsaydı, yani ortaya çıkacak hukuki boşluğun kamu düzeni ve kamu yararı bakımından sakınca oluşturacağı düşünülse idi iptale konu kuralların değil yürürlüğünün durdurulması iptalden sonra iptal kararının yürürlüğe girmesi belli bir süre ertelenerek bu süre içinde yasama organından iptal gerekçesine uygun yeni yasa çıkarması istenirdi. Böylece ilgili kuralların belli süre daha yürürlükte kalması sağlanır, bu aşamada çıkacak yeni kanunla da hiçbir hukuki boşluk oluşmasına meydan verilmeden konu sonuçlandırılırdı. Nitekim söz konusu Anayasa Mahkemesi Kararında, 3984 sayılı Kanunun 9. maddesinin son fıkrası ile ilgili olarak Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun denetiminin Başbakan'a bağlı Yüksek Denetleme Kurulu'na verilmesinin Üst Kurulun özerk ve tarafsız bir tüzel kişisi olma niteliğiyle çelişmesi ve aynı Kanunun 33. maddesinin 1. fıkrasının ise "*Cezaların sorumluluğun şahsiliği*" ilkesinin ihlali nedeniyle verilen iptal kararının, hükümlerinin kararın *Resmi Gazete'*sinden yayımlanmaya başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş olması da bu görüşümüzü desteklemektedir.

Halbuki Anayasa Mahkemesi medya sahipliği konusunda izlenme oranı kriterine kimi sınırlamalar getiren düzenlemeleri iptal ederken bu yolla (iptal kararına ilişkin hükümlerin 2949 sayılı yasanın 53. maddesinin 4 ve 5. fıkraları gereğince kararın *Resmi Gazete'* de yayımlanmasından belli bir müddet sonra yürürlüğe girmesi yolu) değil, yürürlüğün durdurulması yolunu seçerek aksi yöndeki yoruma itibar etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu uygulaması da; konu hakkında şu anda kamu yararını ve kamu düzenini ihlal edici bir hukuksal boşluğun bulunmadığını, 3984 sayılı kanunun 29. maddesinin yukarıda sözü edilen diğer kısıtlayıcı hükümlerinin ve genel rekabet hukuku kurallarının sorunun çözümünde göz önünde bulundurabileceği imkanının verdiğini söyleyebiliriz. Ancak bu tespitimiz yasa koyucunun bu alanı yeniden düzenlemesine gerek olmadığı veya düzenleyemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle, yasa koyucunun iptal kararı sonrasında hangi hukuki imkanlara ve argümanlara sahip olduğu ve bu alanı nasıl düzenlemesi gerektiği konusunda tespitler yapılmaya çalışılacaktır.

VII. Türk Pozitif Hukukunda Yoğunlaşma (Tekelleşme)'nin Önlenmesi ve Çoğulculuğun Kurulması

1. Yasama Organı Açısından

Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçe dikkatli şekilde incelendiğinde, Yasa koyucunun aşağıdaki olanaklara sahip olduğu sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir.

A. Yasa Koyucunun Anayasa'nın 26 ve 28. Maddesinin İkinci Fıkralarında Yer Alan Basın ve Haber Alma Özgürlüğünü Sağlayacak Önlemler Alma Görevi Bulunmaktadır

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına sınırlama getiren Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında “*Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir*” denilmiştir; 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devlete basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiş; üçüncü fıkrasında, basın hürriyetlerinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Basın ve haber alma özgürlüğünün gerek kamu erkini kullanan kurum ve kuruluşlara gerekse özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine

karşı korunması amacıyla, görsel ve işitsel medya tekelinin oluşmasını engellemek için etkili sınırlamalar koymanın, medyanın çoksesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler alınmasının devletin görev ve sorumluluğunda olduğu açıktır. Bu doğrultuda bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamaların getirilebileceği de kuşkusuzdur.

B. Yasa Koyucunun Anayasanın 167. Maddesinde Yer Alan Tekelleşme ve Kartelleşmeyi Önleme Görevi Bulunmaktadır

Öte yandan, Anayasa'nın 167. maddesinde devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği belirtilmiştir.

Bu yetkiye dayanarak Yasa koyucu görsel ve işitsel medya alanında yapacağı düzenlemelerde mülkiyetin yoğunlaşmasını önleyerek televizyon ve radyo yayınında çoğulculuğu çeşitliliği ve editöryal bağımsızlığı sağlam temeller üzerine kuran özel hükümler sevk edebilir.

Böylece, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama nedenlerinden kamu düzeni ve 167. maddesinde yer alan devlete verilen görevler gözetilerek ve **birlikte değerlendirildiğinde** bir televizyon ve radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya sermaye grubunun sermaye payına sınırlama getirilmesi yasa koyucunun yetkisi ve takdiri içerisinde kalmaktadır. Yasa koyucu bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payına sınır getirebilme yetkisini genel düzenleme yetkisi içerisinde her zaman kullanabilir.

C. Çapraz Mülkiyet Yasağının Düzenlemelerinin Görsel İşitsel Medya Alanına Taşınması Olanakları

Çapraz mülkiyet (sahiplik) bir medya kuruluşunun farklı mecralarda aynı anda birden fazla kuruluşlar sermaye ilişkisi içerisinde olması veya başka sektörlerde faaliyette bulunması anlamına gelmektedir. Daha açık bir anlatımla çapraz mülkiyet; televizyon ve radyo yayıncı-

ları ile yazılı basın ve internet sağlayıcıları gibi diğer medya unsurları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonudur.

Türk pozitif hukukunda ne 5680 sayılı eski Basın Kanununda ne de yeni 5187 sayılı Basın Kanununda yazılı medyada sahiplik konusunda bir sınırlama göze çarpmamaktadır. Bilindiği gibi, 3984 sayılı Yasanın ilk şeklinde 29/11. *“Türkiye’de gazete çıkaran gerçek ve tüzel kişiler ile basınla ilgili mevzuata göre gazete sahibi olanlar bir arada %20’den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hüküm bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımları hakkında da uygulanır”* hükmü mevcut iken 4756 sayılı değişikliklikle bu sınırlama Kanun’dan çıkarılmış bulunmaktadır.

Halbuki kimi batı ülkelerinde halen bu sınırlamalar mevcudiyetini korumakta örneğin, İtalyan Hükümeti, 03 Mayıs 2004 tarihinde yeni bir ayasal değişiklik yaparak, sahiplik sınırlarını daha da genişletmiş, çapraz sahipliğe daha fazla olanak tanınmış ve yüzdelerde arttırma gitmiştir.

Bu nedenle, ülkemizde de çapraz mülkiyetin yasaklanması hükmünü içeren yeni bir düzenlemenin getirilme olanağı bulunmaktadır.

D. Kamu İhalelerine Girememe ve Borsa Oyunu Yasağının Yeniden Getirilmesi Olanığı

3984 sayılı Yasanın 29. maddesinin ilk halinde yer alan ve daha sonra 4756 sayılı Kanunla değiştirilip merinden çıkarılan şeklinde *“Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10’dan fazla payı olanların devletten, diğer kamu tüzel kişilerinden ve bunların doğrudan ya da dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya yada dolaylı olarak kabul edemeyecekleri ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapamayacakları”* kurala başlanmıştı. Metinden çıkarılan bu yasağın yasa koyucu tarafından yeni bir düzenlemeyle getirilmesine herhangi bir engel görülmemektedir.

Aksine, devletle ticari ilişkilere giren medya sahiplerinin siyasal iktidar lehine yayın yaparak ya da tam tersine baskı oluşturarak kamu ihalelerini alma avantajını sağlayabileceği kuşkusuz bugün de önemini korumaktadır. Günümüzde medya-serbest piyasa ilişkilerinin demokrasiler için yozlaştırıcı tehlike ve tehditlerden olduğu gerçeği karşısında ülkemizin ve demokrasimizin özellikle özelleştirilmesini tamamlayamamış bir döneminde yaşamsal öneme haiz bulunması doğal görülmektedir. Ayrıca, serbest piyasa ekonomisinin diğer önemli bir

özelliği rekabet ortamının yaratılmasıdır. Birçok radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olan kişi ya da sermaye grubuna kamu ihalelerine girebilme hakkı tanınması bu özellikle de bağdaşmamaktadır.

Görsel ve işitsel medyanın kamuoyunu etkileme gücü bu gücün kamu ihalelerine katılma yoluyla kötüye kullanılması olasılığının yüksekliği batılı ülkelerde ve diğer demokratik ülkelerde medya sahipliğinin diğer iş ve ticari alanlarından ayrılmasına bu ayrımı sağlayacak önlemler alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle ülkemizde de daha mevcut olan söz konusu yasağın yeniden getirilmesinde yasa koyucu için bir imkan ve gereklilik kılınmaktadır.

E. Yasa Koyucunun Düzenlemelerdeki Takdir Hakkı da Sınırlıdır ve Yargısal Denetime Tabidir

Türk pozitif hukukunda yasama yetkisinin genelliği, Kanunla düzenleme alanının konu itibariyle sınırlandırılmamış olduğunu, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konunun Kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Yasama organı, şüphesiz Anayasa sınırları içinde, devletin hukuki düzeninin yaratıcısıdır. Meclis, bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyeti alanı içine almaya veya devletin faaliyet alanı içindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir. Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da anlatır. Nitekim Kanun alanının konu itibariyle sınırlandırıldığı, bunun dışındaki alanlarda düzenleme yetkisinin doğrudan doğruya yürütme organına bırakıldığı anayasalar bakımından, yasama yetkisinin genelliğinden söz edilemez.¹⁰

Yasama yetkisinin genelliği, aynı zamanda, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelir. Yasama organının, bir konunun genel ilkelerini saptamakla yetinip, ayrıntıları veya Anayasa Mahkemesi'nin deyimiyle “*ihhtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların*” düzenlenmesini yürütme organına bırakması, “*iyi yönetimin*” gereklerine ve yasama organının hukuki bir yükümlülük altında olduğunu söylemeye elbette imkan yoktur. Yasama organı, dilediği takdirde, bir konuyu en ince ayrıntılarına kadar düzenleyebilir ve yürütme organına sadece “*bağlı yetkiler*” vererek, idari düzenleme alanına yer bırakmayabilir.

¹⁰ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000 s. 19.

Yasama yetkisinin ilkeliliği (asliliği) ise, yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, yani araya herhangi başka bir işlem girmeksizin düzenleyebilmesidir.¹¹ Yasama organı, bir alanı doğrudan doğruya düzenleyebilir. O alanın daha önce Anayasa ile düzenlenmiş olmasına gerek yoktur.

Anayasa'nın hiçbir şekilde düzenlemediği bir alanı, yasama organı, ilk elden düzenleyebilir. Bu anlamda yasa yetkisi, "ilk-el", "asli" bir yetkidir. Yasama organı Anayasa'ya dayanma zorunluluğu yoktur. Yasama organının tek zorunluluğu, Anayasa'ya aykırı düzenleme yapmamaktır.¹²

Bilindiği gibi Anayasa hükümleri, yama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetimi ise Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken Anayasa çerçevesinde, yasama yetkisinin sınırlarını da belirlemiş olacaktır.¹³

Anayasa Mahkemesi'nde görülen dava sırasında ileri sürülen; "Medya sahipliği konusunda getirilen "yıllık ortalama izlenme oranı ölçümünde göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı" kriterinin değişik yöntemler içerisinde en uygun tercih olup olmadığının tespiti hususunun Anayasal denetim dışında kalan bir konu olduğu düşünülmektedir. En iyi yöntemin hangisi olduğunun tespitinin Yasa koyucu takdir yetkisi içinde kaldığı" yolundaki iddia yukarıda yer aldığı şekliyle Anayasa Mahkemesi'nce kabul görmemiş ve iptal kararının gerekçesinde belirtildiği üzere, değişik yöntemler içerisinde en uygun tercihin hangisinin olduğunun tespitinin anayasal denetim dışında kalamayacağına karar verilmiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, medya sahipliği konusunda getirilecek bir kriterin değişik yöntemler içerisinde en uygun tercih olup olmadığını denetleme yetkisine sahiptir, bir başka anlatımla en iyi yöntemin hangisi olduğu konusu yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kalan bir konu değildir. Bu konudaki takdir yetkisi yargısal denetime tabi ve sınırlı bir yetkidir, demektedir.

¹¹ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000 s. 191.

¹² Gözler, Kemal, *İdari Hukuku Dersleri*, Birinci Baskı, Bursa 2002, s. 367.

¹³ Yıldırım, Turan, *Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 1987 C. 2 s. 2.

Bu hukuki sınırlar dışında yasa koyucu için fiili ve siyasi zorlukların ve sınırların olduğu da bir gerçektir. Zira 3984 sayılı Yasanın 4756 sayılı Yasa ile değişikliği sırasında Yasama Meclisindeki yasallaşma sürecindeki görüşmeler ve tutanaklar göz önünde bulundurulduğunda, bunu daha iyi anlamak ve algılamak imkanı bulunmaktadır. 4756 sayılı yasanın görüşüldüğü 2002 yılı için yaşanan bu zorlukların bugün için de geçerli olduğu görsel-işitsel medya sahipliği düzenlemelerinin ve politikalarının yasa koyucu için en zor alanlardan biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

2. Görsel İşitsel Alanda Yetkili İdare (RTÜK) Açısından

Bilindiği gibi, Türkiye’de görsel-işitsel medyayı düzenlemek ve denetlemekle görevli kamu idaresi *Radyo ve Televizyon Üst Kurulu*’dur. 3984 sayılı Kanununun 5. maddesi Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) hakkında “...Özerk ve tarafsız kamu tüzel kişiliği” nitelendirmesini yapmaktadır. RTÜK öğretide *bağımsız idari otorite* olarak nitelendirilmektedir.¹⁴

Anayasanın 133. maddesinin 2. fıkrası doğrudan RTÜK’ü düzenlemektedir. Anayasa’da yer alan bu düzenlemeyle (Anayasa’nın 133. maddesinin 5370 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrası) RTÜK’ün *anayasal bir kuruluş* statüsüne kavuştuğunda şüphe bulunmamaktadır. 3984 sayılı Kanunun bütünü göz önünde bulundurulduğunda RTÜK’ün gerek organik gerekse işlevsel anlamda bağımsızlığa ya da kanunun ifadesiyle özerkliğe sahip olduğunu rahatlıkla ileri sürebiliriz.¹⁵

3984 sayılı Kanun RTÜK’e görsel-işitsel medyanın bütün alanlarını ve unsurlarını kapsayana geniş bir düzenleme yetkisi verilmektedir. Nitekim, Anılan Kanununun 5. maddesine göre, “*Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla... Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur*” 3984 sayılı Kanun RTÜK’ün düzenleyici işlemlerini yönetmelik olarak nitelendirse de uygulamada RTÜK “*duyuru*”, “*genel duyuru*”, “*tebliğ*”, “*genel tebliğ*” adları altında düzenleyici işlemler yapmaktadır. Doğal olarak RTÜK’ün düzenleme yetkisi ancak yasanın öngördüğü sınırlar içerisinde kullanılabilir bir yetkidir. Bu nedenle 3984 sayılı Kanunun

¹⁴ Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Yayınevi, Ankara 2003, s. 139, Tiryaki, R., *Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK*, AÜHFHD., C. 51, s. 4, 2002, s. 196-203.

¹⁵ Yılmaz, Halit, *Adı Geçen Eser* s. 247.

görsel-işitsel medya alanında sermaye sahipliği ile ilgili düzenlemeleri olmaksızın bu alanda herhangi bir düzenlemesinden ve işlevinden bahsetme olanağı yoktur.

Ancak, aynı kanunun başka hükümlerinden ve genel düzenlemelerden yararlanması bu alanda işlevini sürdürmesi olanakları da bulunmaktadır. Bu nedenle incelememizin bu bölümünde bu olanakları ortaya koymaya çalışacağız.

A. Rekabet Hukuku Hükümleri Çerçevesinde Sınırlandırma Olanakları

4054 sayılı Rekabet Kanunu'nu tüm ticari ilişkiler bakımından uygulanan genel kanun niteliğindedir. Nitekim Kanunun "amaç" başlık 1. maddesinde; *"Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır"*, kuralına yer verilmiş; "kapsam" başlıklı 2. maddesinde de; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer"*, hükmü öngörülmüştür.

Radyo ve televizyon yayıncılığı faaliyetlerinin de 4054 sayılı Kanunla öngörülen sınırlama ve kısıtlamalara tabi olduğu açıktır. Bu nedenle radyo ve televizyon yayıncılığı yapan şirketlerin rekabeti engelleyecek şekilde tekelleşmeleri ve hakim durum oluşturacak bunu kötüye kullanmaları anılan yasa hükümleriyle yasaklanmıştır. Bu konuda denetim 4054 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine göre Rekabet Kurulu tarafından yapılacaktır.

4054 sayılı Kanunun 6. maddesine göre; *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar yada birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır"*.

4054 sayılı Kanununun 6. maddesi dışında birleşme ve devralmalara ilgili yasak getiren hüküm mevcuttur. Hakim durum yaratan yada pazarda hakim durumda bir teşebbüsün bu konumunu güçlendiren türde birleşme, devralma ve ortak girişimlerin Rekabet Kanunu'nca yasaklanması da bu amaca yönelik bir düzenlemedir. Hakim durumda olan bir teşebbüs, rakiplerinin baskısından uzak bir şekilde ürettiği mal ve hizmetleri maliyetinin çok üstünde fiyatlarla satma imkanına sahip olabilmektedir. Toplumsal refah bu durumda yalnızca yüksek fiyatlardan dolayı değil, ürün çeşitlerinin sınırlanması, yeni ve daha kaliteli ürünlerin geliştirilememesi nedeniyle de azalmaktadır. Birleşme ve devralmaları kontrolü yoluyla bu tür piyasa yapılarının oluşmasını engellemek Rekabet Kurumu'nun temel işlevlerinden biridir.¹⁶

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararında,¹⁷piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda tek otoritenin Rekabet Kurulu olduğu belirtilerek, Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki kararının esasına girip denetlenmesi reddedilmiştir.

Danıştay'ın bir başka kararında,¹⁸hakim durumun varlığının tamamen iktisadi analizlere dayanarak araştırılması gereken bir konu olduğu, hakim durumun belirlenmesinde önemli ve öncelikle ele alınması gereken ölçütün, işletmenin ilgili pazardaki payı olduğu belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Rekabet Kurulu'na bildirim tabi bulunan birleşme ve devralmalar oldukça yüksek Pazar payını (%25) veya ciroyu (25 milyon YTL) gerekmektedir. Bu birleşme ve devralmaların yasaklanması da, yine hakim durumun tespitiyle ilgili yetkinin kendisinde olması nedeniyle Rekabet Kurulu'na bırakılmıştır. Rekabet Kurulu her olayın özelliklerine göre *medya alanında birleşmeler veya devralmalar yoluyla oluşacak tekelleşme, yoğunlaşma işlemlerini yasaklayacak veya izin verebilecektir. Ancak bu yetkisini ne şekilde kullanacağı medya alanında yapılacak iktisadi analizlere ve hakim durumun tespitine dayanacaktır.* Ancak Rekabet Kurulu kendisine intikal ettikten sonra böyle bir değerlendirmeyi nasıl yapacağını önceden kestirebilmek söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin 3984 sayılı Kanununun 29. maddesinin (d)

¹⁶ Usta, Murat, Bağımsız İdari Otoriteler Sistemi İçinde Rekabet Kurulu konulu AÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Bölümü Doktora Tezi, 2006 <http://www.rekabet.gov.tr/birlesmekontrol.html>.

¹⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.03.1999 tarih, itiraz no: 1999/113, Futbol Federasyonu/Rekabet Kurumu davası.

¹⁸ Danıştay 13. Dairesi'nin 25.03.2005 tarih, 2005/159 E. 2005/1687 K. sayılı kararı.

ve (e) bentlerinin iptalini oluşturan gerekçelerden birisi de, yapılan araştırmalarda Türkiye’de en yüksek izlenme oranının %14 ile %16 olarak saptanması ve dava konusu kurallara öngörülen %20 oranına uygulamada ulaşılmasının çok güç olması nedeniyle, aynı kişilerin veya sermaye gruplarının ülkedeki televizyon ve radyo kuruluşlarının çoğuna sahip olmalarının kaçınılmaz hale gelmesi ihtimalidir.

Yukarıda da belirtildiğı üzere yürürlükteki rekabet kuralları bi-zatihi hakim durumda olmayı yasaklamamaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakta, hakim durumun tespiti de Rekabet Kurulu’na bırakılmaktadır.

Türkiye’de en yüksek izlenme oranlarının %14 ile %16 olduğı varsayımı kabul edildiğinde, izlenme oranlarına göre medyada yer alan teşebbüslerin aynı kişilerin veya sermaye gruplarının elinde toplanması ihtimali söz konusu olabilecektir.

Bugün itibariyle Türkiye’de en yüksek izlenme oranları aşağıdaki gibidir.

ÖZET TABLO
01.01.2005 – 31.12.2005
Tüm Kişiler (Evren: 38. 935. 633)
Tam Gün (02:00-25:59)

Tüm Gün		
KANALLAR	Raiting %	Share %
ATV	1,8	12,1
FLASH TV	0,5	3,0
KANAL 7	0,8	5,7
KANAL D	2,1	14,3
SAMANYOLU	0,9	5,7
SHOW TV	2,4	15,8
STAR TV	1,5	10,3
TGRT	1,1	7,0
TRT 1	0,8	5,1
TRT 2	0,2	1,2
DİĞER	3,0	19,8

ÖZET TABLO
01.07.2006 – 30.09.2006
Tüm Kişiler (Evren: 40. 900. 052)
Tam Gün (02:00-25:59)

Tüm Gün		
KANALLAR	Raiting %	Share %
ATV	1,2	10,3
FLASH TV	0,2	1,8
KANAL 1	0,5	4,3
KANAL 7	0,6	5,4
KANAL D	1,5	12,7
SAMANYOLU	0,7	6,5
SHOW TV	1,5	12,8
STAR TV	1,1	9,7
TGRT	0,5	4,5
TRT 1	0,5	4,2
TRT 2	0,2	1,4
DİĞER	3,1	26,4

Görüldüğü gibi bu alanda tek yetkili özel kuruluş olan AGB isimli kuruluşun 01.01.2005-31.12.2005 ve 01.07.2006-30.09.2006 tarihleri arasında kapsayan raporuna göre %14 ile 16 rakamlarını korumaktadır.¹⁹ Rekabet Kurulu bu hakim durumun kötüye kullanılmasını elbette denetleyecek, birleşme ve devralmalar yoluyla rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını da yasaklayabilecek izin vermeyecektir.

Bir başka anlatımla iptal kararı sonrası, konu 4054 sayılı Rekabet Kanunu yönünden de değerlendirildiğinde şu andaki pozitif hukuka göre radyo ve televizyon yayıncılığıyla ilgili olarak izlenme oranına göre sermaye sahipliği konusunda belli sınırlar getiren 29. maddenin (d) ve (e) bentlerinin yürürlükte olmamasının bu alanda tekelleşmeye yol açarak, rekabeti engelleyecek bir duruma neden olmayacak, genel rekabet hukuku kuralları böyle bir sonucu engelleyecektir. Kimi batı ülkelerinde uygulanan sistem de zaten bu şekildedir.

¹⁹ AGB Nielsen Media Research/TİAK (Televizyon İzleyici Araştırma Kurulu 2005-2006 ölçüm raporları).

Dünyadaki ekonomik gelişmeler nedeniyle, demokratik hukuk devleti ilkesiyle yönetilen ülkelerde girişim özgürlüğünü yasaklamak yerine haksız rekabeti önleyici denetim sistemlerinin geliştirilmesi yaygınlaştırılmıştır. Örneğin medya yoğunlaşmasına dair hiçbir AB ölçütü bulunmamaktadır. Ancak, AB düzeyinde yayıncılık alanındaki çoğulcu yapının pazardaki hakim konum yada medya şirketlerindeki ortaklık payı nedeni ile tehlikeye girebileceği durumlarının önlenmesinde Topluluk Rekabet Hukuku hükümleri temel alınmaktadır.²⁰

Mevzuattaki düzenlemeler ve bu düzenlemelerde yer alan önlemler göz önüne alındığında ne Avrupa Topluluğu Anlaşması, ne Sınır Tanımayan Televizyon Direktifi (Üye Ülkeler için), ne de Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi (Konsey Üyesi Ülkeler için) medya yoğunlaşması konusunda sektör-merkezli hükümler içermemektedir. Ancak medya birleşmelerin mutlaka rekabetten sorumlu otoritelere bildirilip onay alınması ve genel rekabet yasalarının usulünce uygulanması gerekmektedir.

AB'ye üye ülkelerde televizyon sektöründeki birleşmeler, yayıncılık merkezli mevzuata konu olmak yerine, yalnızca genel rekabet hukuku hükümleri içeren ve her türlü birleşmeye uygulanan *birleşme düzenlemesi* kapsamında denetlenmektedir. Düzenleme medya birleşmeleri için belli bir ciro eşliğini şart koşmamıştır. Ayrıca, bir birleşmenin düzenleme kapsamına girip girmediğine karar verme yetkisi Avrupa Komisyonu'na tanınmıştır.

Örneğin Komisyon bu yetkisini kullanarak piyasaların rekabetçi işleyişini engelleyen girişimlere izin vermemektedir. Komisyon, AB rekabet kurallarını spesifik olaylara uygularken risk-yarar analizi yapmaktadır. Bu bağlamda, teknolojik yenilikler getiren yeni mal ve hizmetleri tüketicilerin kullanımına sunan, bu suretle multimedya piyasalarının gelişimine katkı sağlayan birleşmeler ve stratejik ortaklıklar desteklenmekte, olumlu yorumlanmaktadır. Komisyon aynı zamanda, yeterince içtihat hukuku oluşmamış multimedya piyasalarında açık ve rekabetçi yapıların korunmasını amaçlamaktadır. Bu itibarla, sınırsız güce sahip birçok işletmecinin başlıca ağırlara erişimlerinin kontrolünü ele geçirmesini engellemektedir.²¹

²⁰ İzleme Raporu, s. 125-126.

²¹ Kutay, Pars/Özçeri, Aslı, Avrupa Birliği'nde Medya Hukuku ve Uygulamaları, İstanbul 2006, s. 128.

Buna rağmen sadece rekabet düzenlemelerinin görsel işitsel medyada çoğulculuğu güvence altına almaya yetmeyeceği dikkate alınarak Avrupa Konseyi'nin Aralık 2002'de medyada çeşitlilik üzerine raporunda da desteklendiği gibi medya sektörüne özel sahiplik düzenlemeleri gereklidir.²²

B. Diğer Kısıtlayıcı Hükümlerin Uygulama Olanığı

3984 sayılı Kanununun 4756 sayılı Kanunla değişik 29. maddesinin iptal edilmiş olan (d) ve (e) bentleri dışında aynı Kanunun halen yürürlükte olan konumuzla ilgili hükümleri var mıdır? Sorusunun cevabını burada tartışmakta yarar görmekteyiz.

Zira görsel ve işitsel alanı düzenleyen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 4756 sayılı yasayla değişik 4. maddesinin yayın ilkelerine yer verilen ikinci fıkrasında; *"c. Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımları veya bir başka gerçek ve tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması,"*

"j. Yayıncılığın haksız bir amaç ve çıkara alet edilmemesi ve haksız rekabete yol açılmaması. . . " denilerek, görsel ve işitsel medyanın haksız rekabete neden olabilecek gücü engellenmeye çalışılmaktadır. Ancak, bu soyut anlatımlı Kanuni düzenlemelerin, kamu ihaleleri yaratabilecek haksız rekabeti ve borsa işlemlerinde oynanacak oyunları diğer yasal düzenlemeler olmadan tek başına engellemesi oldukça zor gözükmektedir.

Ayrıca, düzenlemelerin karşıt kavramından yayın kuruluşlarının *"haklı çıkarları"* destekleyici içerikte yayın yapabileceği sonucuna varılmaktadır. Konuya yayın kuruluşlarının kamu ihalelerine giren sahipleri yönünden bakıldığında bu tür destekleyici yayınların *"haklı çıkarı"* savunduğu öne sürülebilecektir.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kamu ihalelerini düzenleyen hükümlerinin hem haksız rekabeti önleyici, hem de kamu ihalesine girmeyi engelleyici hükümler içerdiği görülmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde: *"bu kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine*

²² Avrupa Medya Enstitüsü Avrupa Birliği Üyesi Devletlerdeki Medyaya İlişkin "Sahiplik" konusunda durum saptaması ve ülke düzenlemeleri hakkındaki özet raporu. Tercüme RTÜK-Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı sayfa: 22.

katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanların, hileli iflas ettiği karar verilenlerin ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar akrabalarının” ihaleye katılmayacakları belirlenmiştir. Aynı yasadan ihaleye fesat karıştırma, buna teşebbüs etme, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak, 17. maddelerde yasak fiil ve davranışlar olarak sayılmıştır.

Ancak, yukarıda yer alan RTÜK Yasası'nın 4. maddesindeki (c) ve (j) bentlerinde yer alan yasaklayıcı hükümler için yapılan eleştirilerin Kamu İhalesi Kanunu'ndaki yasaklayıcı bu hükümler içinde geçerli olacağı göz ardı etmemek gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızın başında belirtildiği üzere, yayıncılık düzenlemeleri genelde 3 temel amaca dayanmaktadır.

a. Medya çoğulculuğu ve ifade özgürlüğünü korumak,

b. Ulusal (veya uluslararası) medya piyasalarının düzenlemesinin güvence altına almak,

c. İletişim kanalında (ulusal veya uluslararası uydu) internet kablo ve diğer yayınların tıkanıklığını önlemek,

Bu amaçları sağlamak için geliştirilen uluslararası sistem (modelleri) ise yine çalışmanın başında yer aldığı üzerine,

a. İzleyici paylaşım modeli,

b. Lisans sahipliği modeli,

c. Gelir payı/frekans modeli,

d. Sermaye payı/yayın lisans modelinden oluşmaktadır.

Ülkemizde görsel işitsel medya sahipliği ve görsel ve işitsel alanda yoğunlaşma konularında ilk düzenlemeler 1994 yılında çıkarılan 3984 sayılı Kanun'da yapılmıştır. Bu Kanun'un ilk halindeki, yayıncılıkta özel mülkiyeti düzenleyen 29. maddesi, o dönemde Fransa'daki sistem göz önüne alınarak hazırlanmıştır. Diğer bir deyişle, benimsenen sistem Fransa'nın bugün de bazı değişikliklerle uygulamakta olduğu “Sermaye Payı / Yayın Lisans Modeline” dayalıdır.

2002 tarihli 3984 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 4756 sayılı Kanun ile 29. maddeye getirilen değişiklik ile bu model terk edilerek İngiltere ve Almanya'nın uygulamakta olduğu "İzleyici Payı Modeli" getirilmiş ancak söz konusu madde, Sayın Cumhurbaşkanımızın başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından önce yürürlüğü durdurmuş ve daha sonra esastan iptal edilmiştir. Dolayısıyla değişiklikle getirilmek istenen model hiç hayata geçirilememiştir.

Avrupa Birliği ve Avrupa Komisyonu'nun medya çoğulculuğunun korunması konusunda öncelikle üye devletlerin sorumlu olduğunu, bu nedenle, medya sahipliği konusu düzenlenirken ülkelerin idari, hukuki ve pazar yapılarına uygun ülke çıkarlarını göz önünde düzenlemeler yapılması gerektiği yolundaki görüşleri ile Anayasa Mahkemesi iptal kararında açıkça vurgulandığı gibi yasa koyucunun Anayasa'da verilen yetkiler ve görevler doğrultusunda bu alanda yeni bir yasal düzenleme yapma yetkisi ve imkanı bulunduğu, çıkarılacak yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen sınırlar doğrultusunda takdir hakkı bulunduğu gerçeğiyle karşı karşıya bulunmaktayız.

Yasa koyucunun takdir hakkı "izleyici payı modelinin" iptal kararında belirtilen %20 oranı yerine tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme sağlayacak daha uygun bir orana çekilmesi şeklinde olabileceği gibi ki bugün içinde geçerli olan bu oranlar göz önünde tutulduğunda sermaye payı/ yayın lisans modelinin yeniden hayata geçirilmesi şeklinde olmasında da hukuken bir engel bulunmamaktadır. Doğal olarak bu modeller dışında karma bir sisteminde ülke gerçekleri göz önünde bulundurularak yeni bir metne dönüştürölme imkanı bulunmaktadır.

Diğer taraftan görsel-işitsel medyanın kamuoyunu etkileme gücünü dolayısıyla bu gücün kötüye kullanılması olasılığının yüksekliği medya sahipliğinin diğer iş alanlarından ayrılmasını ve farklı düzenlemelere konu olmasını gerekli kılmaktadır. 3984 sayılı Yasanın 29 uncu maddesinin değişiklikten önceki onuncu fıkrasında yer verilen özel radyo ya da televizyon kuruluşlarında belli oranın üzerinde pay sahibi olanların kamu ihalelerine girebilme ve menkul kıymetler borsalarında işlem yapabilmesine ilişkin yasağın yeniden getirilmesinde kamu yararı açısından gereklilik bulunmaktadır.

Ancak, 3984 sayılı Yasada yapılacak düzenlemelerin yalnızca radyo ve televizyon sahipliği konusunda bir sınırlama getirdiğinden, medya sahipliğinin sınırlanması, medyada yoğunlaşmanın önlenmesi ve çoğul-

culuğun kurulması konusunun diğer alanları da açıkça ilgilendirmesi karşısında tam olarak amaca hizmet etmeme riski bulunmaktadır. Örneğin, rekabet düzenlemeleri ve politikaları, şirketlerin birleşmesi ve kazançlarıyla ilgili olarak diğer sektörlerin aksine görsel-işitsel medya sektörünün kültürel ve demokratik yapısını göz önünde bulundurmaz zorundadır.

Bu nedenle, çözümün diğer yasalarda yapılacak değişikliklerle giderilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bankacılık Yasası'nda yapılacak bir düzenleme ile medya sahiplerinin banka sahibi olamayacakları ile ilgili bir yasa değişikliği, konunun çözümü için iyi bir örnek oluşturabilir. Ayrıca, Basın Yasası'nda ve İhale yasalarında yapılacak değişiklikler de konunun çözümü için diğer örnekleri oluşturmaktadır. Bu cümleden olmak üzere yukarıda belirtildiği gibi çapraz sahiplik sınırlaması gündeme getirilebilir. Ancak, bu yasalarda gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra 3984 sayılı Yasanın medya sahipliği ve medyada yoğunlaşmanın önlenmesini ve çoğulculuğun yeniden kurulmasını sağlayan hükümlerinin anlam kazanabileceği düşünülmektedir. Bunlar yapılmadan özellikle çapraz sahiplik konusunda diğer Yasalarda bir değişikliğe gidilmeden salt 3984 sayılı Yasanın 29. maddesinin yeniden düzenlenmesinin bir çözüm olmayacağına inanılmaktadır.

Yasa koyucu açısından çıkarsadığımız bu sonuçlar dışında yasa koyucunun bu alanı düzenlemediği ve yeni bir hüküm sevk etmemesi olasılığı karşısında yani, yukarıda belirtilen ve önerilen yasa değişikliklerinin hayata geçirilmemesi ihtimali karşısında Anayasa'nın devlete verdiği görevler doğrultusunda bu alanda yetkili ve görevli idare konumunda bulunan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun genel rekabet hukuku kurallarını ve kendi yasasındaki ve konuyla ilgili diğer yasalardaki özel kısıtlayıcı hükümleri uygulamasında zorunluluk bulunmaktadır. Zira çalışmamızın başlangıç kısmında vurguladığımız gibi ilke olarak bastırıcı rejime tabi olan basın özgürlüğünün aksine, görsel-işitsel medya alanında "önleyici rejim" in geçerli olduğu göz önünde bulundurulduğunda RTÜK'ün bu yetki ve görevi daha da anlam kazanmaktadır.

Çünkü görsel ve işitsel alanda tekelleşme ve kartelleşme önlenmediğinde tekelleşen ve kartelleşen medyanın bir yandan ekonomik alanda haksızlık yaratabilecek bir güce ulaşması, diğer yandan ise haber alma ve ifade özgürlüğünü engellemesi ve kısıtlaması tehlikesi gündeme gelecektir.

Medya gücünü kötüye kullanma tehlikesi ve olasılığı kamu yararı ve kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir. Devletin yetkili ve görevli organları eliyle bu gücü dengeleyecek önlemleri alması kamu yararı ve kamu düzeninin sağlanması, dolayısıyla demokratik hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak gözükmektedir.

Bunun içindir ki, yasa koyucu için bir süre verilmemiş olsa dahi bu alandaki yasal düzenlemelerin derhal ve ivedilikle Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararında belirtilen ilkeler ve çağdaş dünyanın benimsediği demokratik hukuk devleti normları doğrultusunda yeniden yapılmasında kamu yararı görülmektedir.

Aksi takdirde tekelleşen ya da kartelleşen görsel-işitsel medya bir yandan ekonomik alanda haksızlık yaratabilecek bir güce ulaşırken, öte yandan da haber alma özgürlüğünü kısıtlayabilecektir.

Bilindiği ve yukarıda vurgulandığı gibi Anayasa'nın 26. maddesinde, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün haber almak ve vermek özgürlüğünü de kapsadığı; 28. maddesinde de, basın özgür olduğu, devletin, basın ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak önlemleri alacağı açıktır.

İfade özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan bir özgürlüktür. Düşünce özgürlüğü, düşüncelerin özgürce açıklanması yanında bunların yayılması ve öğrenilmesi özgürlüğünü de içermektedir.

Bu nedenle, basın özgürlüğünün, okuyucuların, izleyicilerin ya da dinleyicilerin haber alma ve görüşleri öğrenme olanağından yoksun kalmaları yönünden de değerlendirilmesi gerekir.

Görsel işitsel iletişim özgürlüğü bir boyutuyla yayımcı veya bakımından bir ifade özgürlüğü kategorisini içermektedir.

Görsel işitsel iletişim özgürlüğünün içerdiği bir diğer özgürlük söz konusu ifade, ileti ya da yayına muhatap olanlar bakımındandır.

Bu noktada yurttaşların bilgilenme, bilgiyi onama ve edinme özgürlüğünden söz edilmektedir.

Bu nedenle görsel-işitsel iletişim özgürlüğü, kamu güçleri karşısında olduğu kadar özel güçlere karşı da korunmalıdır. Bu bağlamda, medya tekelinin oluşmasına karşı gerçek sınırlamalar koymak, medyanın çoğulculuğunu koruyucu önlemler almak devlete düşen bir ödevdir.

Bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesi için alınacak önlemlerde bu ödev kapsamındadır.

Sosyal görevini yerine getirilebilmesi için basın özgürlüğü ile donatılan medyanın sorumluluk bilinciyle hareket etmesi gereklidir. Tekelleşerek, sorumluluk bilincinden uzaklaşacak bir medya, her solumsuz güç gibi er geç amacından sapabilecek ve toplum yaşamını, ulusal güvenliği tehlikeye sokan bir güç durumuna gelebilecektir. Bunu önlemek çoğulculuğu kurmak ve korumak da devletin görevidir.

KAYNAKÇA

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulaması, Ankara 2004.

Gözler, Kemal, *İdari Hukuku Dersleri*, Birinci Baskı, Bursa 2002.

Karacan, Ali İhsan, Medya Sahipliği Üzerine II 24/05/2002 http://www.dunyagazetesi.com.tr/nevs_display.asp?upsale_id=80172.

Kutay, Pars/Özçeri, Aslı, Avrupa Birliğinde Medya Hukuku ve Uygulamaları - İstanbul 2006.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı Yetkin Yayınevi, Ankara 2000.

Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, İstanbul 1996.

Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Yayınevi, Ankara 2003,

Tiryaki, R., *Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK AÜHFD.*, C. 51, 2002.

Usta, Murat, Bağımsız İdari Otoriteler Sistemi İçinde Rekabet Kurulu konulu AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Bölümü Doktora Tezi - 2006.

Yılmaz, Halit, *İdarenin Görsel-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi*, İmaj Yayın, Ankara 2006.

Yıldırım, Turan, Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mayıs 1987 C. 2.

Westphal, D., *Media Pluralism and European Regulation*, EBLR., (2002) 13.

“Commission, Green Paper on Services of General Interest”,

13- Open Society Institute EU Monitoring And Advocacy Program Network Media Program, Avrupa’da Televizyon düzenleme, politikalar ve bağımsızlık, İzleme Raporu (Türkiye) 2005.

Avrupa Medya Enstitüsü Avrupa Birliği Üyesi Devletlerdeki Medyaya İlişkin *Sahiplik* konusunda Durum Saptaması ve Ülke Düzenlemeleri Hakkındaki Özet Raporu. Tercüme RTÜK- Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı.

AGB Nielsen Media Research/TİAK (Televizyon İzleyici Araştırma Kurulu 2001 ölçüm raporları).

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 1, YİBBGK 24.05.1982, 1/1 (YKD 1982/2, s. 1053).

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.03.1999 tarih, itiraz no:1999/113, Futbol Federasyonu/Rekabet Kurumu davası.

Danıştay 13. Dairesi’nin 25.03.2005 tarih, 2005/159 E. 2005/1687 K. sayılı kararı.

CEZA HUKUKUNDA KURAL ÜZERİNDE HATA

Devrim GÜNGÖR*

Giriş

Ceza hukukunda kural üzerinde hata konusu özellikle 2005 tarihli Türk Ceza Kanununun (TCK) kabul edilmesi ile birlikte önem kazanmıştır. Söz konusu Kanunun 30. maddesine 5377 sayılı Kanunla eklenen, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklindeki hüküm ile birlikte aynı Kanunun 4. maddesinde yer alan “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.” kuralı yumuşatılmıştır. Buna karşın Kanunla getirilen yeni düzenlemenin kural üzerinde hata konusundaki soru işaretlerini bütünüyle ortadan kaldırdığını savunmak güçtür.

Bu çalışmada esas olarak bir ceza hukuku ilkesi haline gelmiş olan ve bu nedenle pek çok ceza kanununda yer alan, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* kuralının anlamı, kapsamı ve sınırları üzerinde duracağız. Aynı şekilde kural üzerinde hatanın hangi hallerde mazeret sayılıp ceza sorumluluğunu kaldırdığı konusunu da yine bu çalışmada ele almaya çalışacağız.

I. Konu Hakkında Genel Açıklamalar

A. Genel Olarak

Kural üzerinde hata bir ceza normunun veya ceza normu dışında kalan bir normun bilinmemesinden veya yanlış yorumlanmasından

* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

kaynaklanan bir hata türüdür. Bununla beraber kural üzerinde hatanın kanun metninde geçen bir sözcüğün yanlış görülmesi gibi algılama hatasından kaynaklanması da mümkündür.¹ Kişinin yaptığı hukuk düzeniyle çatışmadığını zannetmesi, yani fiilini yasaklayan bir normun bulunduğunu bilmemesi veya bilmesine rağmen normu yanlış yorumlayarak somut fiile uygulanmayacağını düşünmesi hali “*doğrudan kural üzerinde hata*” olarak ifade edilir. Öte yandan kişinin, fiilini yasaklayan normu ve kapsamını doğru bilmesine rağmen davranışını hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunduğunu zannetmesi durumunda ise “*dolaylı kural üzerinde hata*” dan bahsedilir. Dolaylı kural üzerinde hata ya gerçekte olmadığı halde fiile ilişkin bir hukuka uygunluk nedeninin yanlışlıkla varsayılması halinde ya da gerçekte var olan bir hukuka uygunluk nedeninin yanlış yorumlanması sonucu somut olayda uygulanacağını zannedilmesi halinde söz konusu olur.²

Kural üzerinde hatanın konusu olan kurallar ceza normları olabileceği gibi diğer hukuk normları hatta sosyal, kültürel ve ahlaki alana ait normlar da olabilir.³

Kural üzerinde hata ile ilgili sorunları ele almaya başlamadan önce hatanın konusu olan ceza normu kavramı üzerinde durmak ve ceza normunu diğer hukuk normlarından ayıran özelliklere kısaca değinmek gerekir. Bu ayrımın kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğuna etkisinin belirlenmesi açısından büyük önemi vardır. Ceza normları dışında kalan normlara ilişkin hata bazı durumlarda, fiil üzerinde hataya neden olup sorumluluğu kaldırırken, bazı durumlarda kural üzerinde hata olarak kalıp ceza sorumluluğunu etkilememektedir. Fiil üzerinde hataya neden olan hata konusu çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada sadece doğrudan doğruya kural üzerinde hata konusunu ele alacağız.

B. Ceza Normu ve Özellikleri

1. Ceza Normu

Ceza hukukunu meydana getiren normlar,⁴ çeşitli kanunlarda yer

¹ Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2001, s. 376.

² Keedy, *Ignorance and Mistake in The Criminal Law*, 22 Harvard Law Review (1908), s. 77.

³ Mantovani, s. 377.

⁴ Bu konuda bkz., Hafızoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza

alan hükümlerin bütününden oluşmaktadır. Bundan da anlaşıldığı üzere ceza kanunu dışında başka kanunlarda da ceza normlarının bulunması mümkündür. Bu tür kanunlarda yer alan her bir hüküm ceza normu olarak adlandırılır. Ceza normunun başlıca özelliği emredici olması bir başka deyişle kendisine uyulmasının zorunlu olmasıdır. Ceza normunun temel işlevi bazı fiilleri yasaklamak bazılarının yapılmasını ise emretmek suretiyle kişilerin davranışlarını düzenlemektir. Bu şekilde ceza hukuku düzeninin nihai amacı olan toplum yaşamının korunması ve geliştirilmesi sağlanmak istenir. Ceza normunun ayrıca değerlendirme işlevi de vardır. Bazı fiillerin yasaklanmasının nedeni bunların devlet tarafından, toplum yaşamı için zararlı veya tehlikeli olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Ceza normunun, sözü edilen değerlendirme ve emretme işlevleri birbirinden ayrılamaz. Bir başka deyişle hukuk normu emretmeden değerlendirmedeği gibi değerlendirmeden de emretmez.⁵

Ceza normu ancak devlet tarafından konulabilir. Bu nedenle çeşitli kurumların statülerinde yer alan kurallar gerçek anlamda ceza normları değildir. Çünkü bu kurallar ancak kendi rızasıyla bu kurumlara üye olan kişiler üzerinde etki doğurmaktadır. Bu yüzden bir normun ceza normu niteliği kazanabilmesi için devletin yetkili organı aracılığıyla ortaya çıkmış olması gerekir.⁶

Ceza normu genellikle kural ve yaptırım olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. Ceza normunun kural unsuru ya bir hareketin yapılmasının veya belirli bir sonuca neden olunmasının yasaklanması ya da belirli bir hareketin yapılmasının emredilmesi şeklinde ortaya çıkar. (Örneğin TCK md. 279'da yer alan "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçu belirli bir hareketin yapılmasının emredildiği bir ceza normudur.) Ceza normu tarafından kuralın ne olduğu çoğunlukla dolaylı yoldan ifade edilir. Örneğin kasten adam öldürme suçunu düzenleyen ceza normu, açıkça adam öldürülmemesini emretmemekte, bir kimseyi kasten öldüren kişi cezalandırılır demek suretiyle adam öldürme fiilinin yasak olduğu kuralını dolaylı biçimde ifade etmektedir.

Öte yandan kurala karşı gelinmesi halinde doğacak hukuki sonucun ne olduğu normun yaptırım unsuru tarafından belirlenir. Bu sonuç genellikle, ceza adı verilen bir kötülük tehdidini içerir. Ceza özünde

Hukuku Düzeni, Ankara 1996, s. 275 vd.

⁵ Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2003, ss. 53-54.

⁶ Antolisei, s. 54.

daima bir kötülük yani zarardır ve söz konusu bu zarar veya kötülük sonunda kişiye karşıdır.⁷ Söz konusu kötülük tehdidinin amacı bir arada yaşayan insanlara bir acıyı muhtemel göstererek psikolojilerini zorlamak ve böylece ceza kuralına uymalarını sağlamaktır.⁸

2. Ceza Normu ve Diğer Hukuk Normları

Ceza normu ile diğer hukuk normları arasında maddi açıdan bir fark bulunup bulunmadığı konusu doktrinde tartışılmış ve bu konuda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Doktrinde ceza normu ile diğer normlar arasında maddi açıdan bir takım farklar bulunduğu görüşünü savunanlar, suç fiilini hukuka aykırı diğer fiillerden ayıran çeşitli farklar üzerinde durmuştur.

Bunların başında hukuka aykırı bir fiilin daima kusursuz olarak gerçekleştirildiği buna karşılık suç fiilinin kusurla işlendiği düşüncesi gelmektedir. Ayrıca hukuka aykırı fiillerin, suç fiilinden farklı olarak maddi çıkarlara zarar verdiği öne sürülmüştür. Son olarak hukuka aykırı fiillerin telafisi mümkün zararlara yol açmasına karşın suç fiilinin verdiği zararın giderilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.⁹

Suç fiilini hukuka aykırı fiillerden ayırdığı ileri sürülen bu düşüncelerin gerçeği yansıttığını söylemek güçtür. Zira en başta hukuka aykırı bir fiilin de kusurlu biçimde işlenmesi mümkündür. Yine aynı şekilde "hırsızlık", "mala zarar verme" gibi maddi çıkarlara zarar veren suç fiilleri de bulunmaktadır.

Son olarak, yasaya uygun biçimde gerçekleşmeyen evliliğin geçersiz sayılması gibi hukuka aykırı her fiilin verdiği zararın giderilmesi mümkün olmadığı halde, özellikle malvarlığına zarar veren suçların yol açtığı zararların telafisi mümkündür.¹⁰

Suç fiili ile diğer hukuka aykırı fiillerin maddi açıdan farklı olduğunu düşünenler tarafından ortaya atılan bir başka ölçüte göre ise, suç fiilinin ayırıcı özelliği toplum düzenine diğer hukuka aykırı fiillere oranla daha çok zarar vermesidir. Bu varsayım pek çok suç açısından doğru olmakla birlikte bunun bütün suç fiilleri açısından geçerli olduğu söylenemez. Örneğin bir kimsenin bir sözleşmeye kasten aykırı davra-

⁷ Hafızoğulları, Ceza Normu, ss. 206-207.

⁸ Antolisei, s. 55; Mantovani, s. 51, dp. 9.

⁹ Bkz., Antolisei, s. 172.

¹⁰ Antolisei, s. 172.

narak borcunu ödememesi, birinin değeri hafif bir malı çalmasından daha ağır haksızlığa ve zarara yol açar.¹¹

Ceza hukukuna aykırılık ile özel hukuka aykırılığı ayıran teorilerin başarısız kalması da göstermektedir ki, her iki tür hukuka aykırı fiil arasında maddi açıdan bir fark bulunmamaktadır. Aradaki fark sadece dışsal yani objektiftir. Buna göre suç fiili için ceza yaptırımı öngörülürken özel hukuka aykırı bir fiil için çeşitli hukuk yaptırımları öngörülmektedir. Bu da ortaya koymaktadır ki, kural kadar yaptırım da ceza normunun aynı öneme sahip bir unsurudur. Zira ceza normunun ayırıcı özelliği yaptırımın niteliğinden ileri gelmektedir.¹²

3. Ceza Yaptırımı

Ceza normu ile diğer normlar arasındaki farkı ceza yaptırımı belirlemektedir. Ceza kavramı özü gereği uygulandığı kişiye acı ve ıstırap veren bir durumu ifade eder. Gerçekten de uygulandığı kişiye acı vermeyen bir cezanın gerçek anlamda bir ceza olduğu iddia edilemez. Ceza kavramı bir kişiye devlet tarafından suç işlediği için uygulanan bir yaptırım olarak tanımlanabilir. Cezanın suç karşılığı uygulanması onu yine devlet tarafından uygulanan başka yaptırımlardan ayırmaktadır.¹³

Bir yaptırımın ceza olarak nitelendirilebilmesi, bir başka deyişle ceza hukuku yaptırımı sayılabilmesi için kanun tarafından belirlenmesi ve yetkili adli organ tarafından yine kanunda belirlenen usule uygun olarak verilmesinin öngörülmüş olması gerekmektedir. Ancak bu türden bir yaptırıma sahip olan bir norm ceza normu olarak adlandırılır.¹⁴

Ceza olgusu, sosyal yaşamın zorunlu bir sonucu olarak bütün zamanlarda ve hatta ilkel toplumlarda bile var olmuştur. Geçmişte uygulanan cezalardan bazıları, doğrudan insan onurunu yaralarken (suçlu kabul edilen kişinin damgalanması gibi), bazıları ise beden bütünlüğüne zarar veren cezalar (kamçılama, vücudun organlarını kesmek gibi) olmuştur. Günümüzde ise cezalar genel olarak üç değeri etkilemektedir.

¹¹ Antolisei, s. 173; Ersoy, Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale, Ankara 1968, s. 53.

¹² Antolisei, s. 173; Ersoy, s. 54.

¹³ Antolisei, s. 676.

¹⁴ Antolisei, s. 676; Toroslu, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2005, s. 358. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 205 vd.

Bu değerler yaşam (ölüm cezasında olduğu gibi), özgürlük (hapis cezası gibi) ve mal varlığı (müsadere, para cezaları gibi) dır.¹⁵

TCK.'de (md. 45) suç karşılığında uygulanan cezaların hapis ve para cezasından ibaret olduğu belirtilmiştir. Bir sonraki maddede ise, hapis cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmıştır. Bu türden bir yaptırımın ceza yaptırımı sayılabilmesi için, suç işlediği iddia olunan kişiye karşı devletin yetkili yargı organı tarafından yapılan muhakeme faaliyeti sonucu uygulanması gerekir. Başta da belirttiğimiz üzere bu türden yaptırımlara yer veren ceza kanunu dışındaki kanunlarda yer alan hükümler de ceza normu olarak adlandırılır.

4. Çeşitli Ceza Normları

Ceza normunun yukarıda üzerinde durduğumuz kural ve yaptırım unsuru her zaman aynı kanun hükmünde birlikte yer almayabilir. Kural ve yaptırım unsurlarından sadece birini içeren hükümlere eksik veya tam olmayan hükümler denir.

Asıl ceza normları, bir başka deyişle eksik olmayan ceza normları hem kuralı hem de yaptırımı içeren ve kanunun suç saydığı fiilin unsurlarını gösteren normlardır.

Şimdiye kadar belirttiğimiz normların dışında bir de ne kuralı ne de yaptırımı içeren, diğer normları açıklamak, sınırlandırmak veya nasıl uygulanacaklarını göstermek amacıyla konulmuş normlar vardır. “*Tamamlayıcı*” veya “*ikincil normlar*” olarak adlandırılan bu normlar bağımsız bir karaktere sahip olmamakla birlikte bütün hukuk normları gibi emredicidirler. Bunlar genellikle izlenmesi gereken ilkeleri belirten, kanun hükmünde geçen deyim ve kavramları tanımlayan veya yorumlayan, diğer normların kapsamını belirleyen normlardan meydana gelmektedir.

II. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralını Açıklayan Çeşitli Teoriler

A. Genel Olarak

Geçmişten günümüze kadar pek çok hukuk düzeni tarafından mutlak bir biçimde benimsenen *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* (error

¹⁵ Mantovani, s. 762; Antolisei, s. 676.

iusis nocet) kuralını açıklamak üzere çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teoriler, aynı zamanda, ortaya çıktıkları dönemde benimsenen sosyo-politik anlayışı yansıtmakta ve bu doğrultuda söz konusu kural açıklanmaya ve yorumlanmaya çalışılmaktadır.

B. Ceza Kanunlarının Herkesçe Bilindiği Varsayımı

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı başlangıçta kanunların herkes tarafından bilindiği şeklindeki varsayıma dayandırılıyordu. Örneğin liberal-muhafazakâr bir ideolojinin ürünü olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (İCK)nun 44. maddesinde yer alan hüküm, ceza kanunlarının sadece ahlaki içeriğe sahip ve herkesçe bilinmesi zorunlu olan ihlalleri cezalandırdığı düşüncesinin bir sonucudur.¹⁶

Aynı şekilde Almanya’da 1871 tarihinde Alman Ceza Kanunu kabul edildiğinde *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* kuralı temel bir hukuk ilkesi olarak kabul ediliyordu.¹⁷ İtalya’da olduğu gibi Almanya’da da bu ilkenin amacı kural üzerinde hatanın mazeret sayılmasını önlemek olmayıp, ceza hukuku yasaklarının bilinmemesinin tasavvur edilememesidir. Bu anlayışa göre, her normal vatandaşın neyin yasak olduğunu doğru biçimde bildiği kabul ediliyordu ve ancak akıl hastalarının kural üzerinde hata yapabileceği düşünülüyordu.¹⁸

Öte yandan liberal devletten otoriter devlete geçiş döneminin ürünü olan 1930 tarihli İtalyan Rocco Ceza Kanununun 5. maddesinde yer alan aynı nitelikteki hüküm ise devlet egemenliğinin ve kanun otoritesinin bireyler üzerinde mutlak biçimde sağlanmasına ilişkin politik ihtiyaca

¹⁶ Dönemin Adalet Bakanı Giuseppe Zanardelli’nin de üyesi olduğu ceza kanununu hazırlayan komisyon, aynı dönemdeki başka Kanunlarda bir benzeri olmayan 44. maddeyi tasarıdan çıkararak, geleneksel düşünce doğrultusunda, ihlal edilen ceza normunun bilinmesi olanağı bulunmayan kimi hallerde, hâkime sanığı beraat ettirme yetkisini vermeyi düşünmüşlerdir. Buna karşın sonunda Kanunda söz konusu hükmün bırakılmasına karar verilmiştir. Ancak kural üzerinde hata ile ilgili problemin kusurluluğu ilgilendirdiği düşünülerek, *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* kuralına Kanunun “isnat edilebilirliği” düzenleyen bölümünde (md. 44) yer verilmiştir. Bu düzenleme yapılırken, hukuki hatanın mazeret sayılmasına bazı durumlarda olanak tanınmak istenmiştir. Bkz., Jescheck, “L'errore di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano”, L’indice Penale, Anno XXII 1988, s. 186 vd.

¹⁷ Arzt, *Ignorance or Mistake of Law*, The American Journal of Comparative Law, 1976, s. 647.

¹⁸ Arzt, s. 647.

dayanmaktadır. Bu Kanunda kural üzerinde hatayı düzenleyen hükmün ceza kanununa ilişkin genel hükümlerin bulunduğu bölümde yer alması, kanunun uygulanması bakımından herhangi bir sınırlamanın kabul edilmediği ve kural üzerinde hata konusunun kusurluluğun tamamen dışında bırakılmak istendiğini göstermektedir.¹⁹

Almanya'da da birinci dünya savaşının bitmesiyle birlikte, özellikle ekonomik yaşamın düzenlenmesinde devletin etkin rol almak zorunda kalması bu alanda ceza yaptırımlarına başvurma ihtiyacını arttırmıştır. Bunun sonucu olarak, geleneksel suçların yanında tamamen yeni ve hızla genişleyen bir alanda başka yasakların da gündeme gelmesi karşısında, her normal vatandaşın ceza hukuku kurallarını bildiği varsayımı gerçeği yansıtmaktan uzaklaşmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichgericht) ve yerel mahkemeler, bu gelişme karşısında, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının kapsamını sadece moral değerlerle de çatışan geleneksel suçlarla sınırlamış ve diğer yasaklar ile ilgili olarak, kanunu bilmeyen kişilerin mazeretini kabul etme eğilimini benimsemişlerdir.²⁰

Özetlemek gerekirse, kanunların herkesçe bilindiği varsayımı günümüzden çok önce yaşamış devlet düzenlerinde geçerli olabilir. Gerçekten de sınırlı bir nüfusun belirli toprak alanı üzerinde yaşadığı (Yunan polis devleti, ortaçağ komün devleti gibi) basit yönetim şekline sahip devlet düzenlerinde herkesin yasalardan haberdar olması mümkündür. Aydınlanma döneminin tabii hukuk anlayışı da bu varsayımı desteklemiştir. Bu anlayışa göre, yasaların tabii hukuk rasyonalizmine sahip olması gerektiğinden ve suçlar çoğunlukla, açık, anlaşılır yasalar tarafından düzenlenen ve "*tabii suçlar*" olarak adlandırılan anti-sosyal niteliği herkesçe bilinen sınırlı sayıda fiillerden oluştuğundan bunların herkesçe bilindiğinin varsayılması mümkündür.²¹

Oysa günümüz toplum yapısının giderek karmaşıklaşması ve devlet örgütünün artan ihtiyaçları nedeniyle yasama organının ürünü olan ve toplum vicdanını rahatsız etmeyen suçların çoğalması ve kimi zaman bu ihtiyaçların karşılanması amacıyla aceleyle yapılan kanun metinlerinde sıkça rastlanan teknik yanlışlıklar, kanunların hukukçular tarafından bile doğru olarak bilinmesini imkânsız kılmaktadır. Dolayısıyla bugün

¹⁹ Mantovani, s. 309.

²⁰ Arzt, ss. 650-651.

²¹ Mantovani, s. 309; Toroslu, s. 221 vd.

için artık *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* ilkesinin, kanunun bilindiği şeklindeki varsayıma dayandığının ileri sürülmesi gerçeği yansıtmaz. Zira olayların büyük çoğunluğu kanunların herkesçe bilindiği varsayımını doğrulamamakta aksine pek çok olayda kanunun bilinmediğini ortaya koymaktadır.²²

C. Kanunu Bilme Ödevi

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini, kanunun bilindiği varsayımına dayandıran düşüncenin terk edilmesiyle birlikte ceza hukuku doktrini tarafından söz konusu ilke, "*kanunu bilme ödevi*" ne dayanarak açıklanmaya çalışılmıştır. İtalyan doktrininde yaygın biçimde desteklenen bu görüşü savunanların başında gelen Manzini'ye göre, belirli bir yerde yaşayan bir kimse faaliyette bulunduğu alanı düzenleyen kuralları öğrenmekle yükümlüdür.

Buna aykırı davranarak ödevini ihmal eden kişi ise bunun sonuçlarını kabul etmiş sayılır; kanunları bilmemekten kaynaklanan hatası, işlediği fiilden dolayı sorumlu olmasını engellemez. Devletin görevi, suçta kanunilik ilkesi gereğince önceden suçları belirlemektir; buna karşılık vatandaşların görevi de kendi yaşamlarını güvence altına alan ceza kanunlarını öğrenmektir. Ancak yayınlandıktan sonra yürürlüğe girmeleri de kanunların herkes tarafından öğrenilmesini mümkün kılar.²³ Kısacası kanunu bilme ödevi, devlet egemenliğinin bir sonucu olarak kanunların ülke topraklarında bulunan herkes için bağlayıcı olmasından kaynaklanır. Buna göre yabancılar da dâhil olmak üzere İtalya'da bulunan herkes İtalyan yasalarını öğrenmekle yükümlüdür. Manzini, bu görüşünün pozitif dayanağı olarak, İtalyan Ceza Kanununun 3. maddesinde yer alan, "*İtalyan Ceza Kanunu, ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan istisnalar dışında, İtalyan Devleti topraklarında yaşayan herkesi bağlar.*" şeklindeki hükmü göstermiştir. Bu maddede İtalyan Ceza Kanununun, İtalyan Devleti topraklarında yaşayan herkes için bağlayıcı olduğu hükme bağlanmış olsa da Manzini'ye göre, yurt dışında bulunan İtalyan vatandaşlarının da "*kanunu bilme ödevi*" vardır. Zira yurt dışında olsalar bile devletin hukuki ve siyasi himayesinden yararlanan

²² Antolisei, ss. 414-415; Mantovani, *Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Fasc 2, Aprile-Giugno, 1990, s. 380 vd.; Toroslu, s. 224 vd.

²³ Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino 1981, Vol. II, s. 29 vd.

vatandaşların, bunun karşılığında devletin koyduğu kanunları öğrenme ödevini yerine getirmeleri gerekir.²⁴

Her ödev gibi “*kanunu bilme ödevi*” de ödevi yerine getirme imkânı olduğu sürece geçerlidir. Kanunun bilinmesinin mutlak biçimde imkânsız olması ve bilmemenin konusu olan suç fiillerinin ahlaka aykırı bir karakter taşımamaları halinde kanunu bilmemekten kaynaklanan hatanın doğal olarak mazeret sayılması gerekir.

Manzini, ülkenin bir bölümünün düşman işgaline uğraması halinde işgal süresince o bölgede oturan kişilerin ülkedeki yasalardan haberdar olamamasını bu duruma örnek olarak göstermektedir.²⁵ Öte yandan yine aynı yazar, okur-yazar olmayan veya yasanın yayımlandığı tarihte askerlik görevini yapan kişilerin kanunu bilmeme mazeretine sığınamayacakları, zira bu hallerin kanun metninin öğrenilmesini mutlak biçimde imkânsız hale getirmediği dolayısıyla “*kanunu bilme ödevi*”ni kaldırmadığı düşüncesindedir.²⁶

Görüldüğü üzere Manzini, “*kanunu bilme ödevi*”ni bir tür vatandaşlık görevi olduğu düşüncesiyle açıklamaya çalışmaktadır. Öte yandan bu düşüncenin yabancılar açısından kanunların bağlayıcılığını açıklayamadığı gerekçesiyle kanunu bilmenin “*normatif ödev*”den kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Bu düşünceyi öne süren Frosali’ye göre, kural üzerinde hatayı düzenleyen İCK’nin 5. maddesi bağımsız olmayıp, bütün özel suç tiplerini düzenleyen ceza normlarının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu itibarla özel suç tipini düzenleyen hükümlerden kaynaklanan normatif ödeviye aykırı davranarak suç işleyen kimse bunun sonuçlarına katlanır ve işlediği fiil nedeniyle cezalandırılır.²⁷

Gerek Manzini’nin gerekse Frosali’nin bu konudaki düşüncesi doktrinde çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır.²⁸ Manzini’nin, bir yandan çok sayıda ve çeşitte kanun olmasının, kanunların herkesçe bilindiği varsayımını çürütmeye yeteceğini öne sürmesi, öte yandan ise “*kanunu bilme ödevi*”nden bahsetmesi bir çelişki olarak görülmüştür. Çok sayıda ve çeşitte olması nedeniyle, kanunu bilme imkânının ortadan kalktığı kabul edildiği takdirde kanunu bilmek şeklinde bir ödev olduğunu

²⁴ Manzini, Vol. II, s. 35.

²⁵ Manzini, Vol. II, s. 32.

²⁶ Manzini, Vol. II, s.33.

²⁷ Frosali, L’errore nella Teoria del Diritto Penale, Roma 1933, s. 84 vd.

²⁸ Söz konusu eleştiriler için bkz., Frosali, s. 85 vd.

ileri sürmek mümkün değildir. Mümkün olmadığı halde “kanunu bilme ödevi” olduğunu savunmak ise kanunun bilindiğinin varsayılması anlamına gelir.²⁹

Öte yandan kanunu bilme şeklinde bir ödev olsaydı buna uyulmamasının da özel bir yaptırımının olması gerekirdi. Hâlbuki kanunun bilinmemesini suç sayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda yerine getirilmesi istenemeyen bir yükümlülüğün bahsetmek mümkün değildir. Bu türden bir bilme görevi yine aynı şekilde kanunun bilindiği varsayımına eşittir.³⁰ Gerçekten de Frosali'nin ileri sürdüğü gibi, suç işlediği takdirde kanunu bilmemesine rağmen kişinin cezalandırılmasını, kanunu bilme ödevine aykırı davranmanın yaptırımı olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira kanunda yer alan somut bir suç fiili için öngörülen yaptırım suç işleyen kişinin kanunu bilip bilmediğine bakılmaksızın uygulanır.³¹

D. Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralının Politik Bir İhtiyacı Karşılması

Görüldüğü üzere kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralını kanunun bilindiği şeklindeki kesin karineye veya kanunu bilme ödevine dayandırmak gerçeği ifade etmekten uzaktır. Bugün için halen ceza kanunlarında yer verilen bu kural, kanunların otoritesini sağlamaya yönelik ortaya çıkan ihtiyaca dayanmakta ve böylece mevcut hukuk düzeninin korunması amaçlanmaktadır.³² Kısacası söz konusu kural ceza kanunlarının bağlayıcılığını sağlamak konusundaki politik ihtiyacın zorunlu bir sonucudur. Sanıklara kanunu bilmediklerini ispatlama imkânı verildiği takdirde, her somut olayda kanunu bilmedikleri iddiasında bulunmalarının adaletin işleyişi açısından ortaya çıkaracağı engelleri önlemek için bu ilkenin korunması zorunludur. Carrara'nın da ifade ettiği üzere, sanığa böyle bir hakkın verilmesi, kanunun uygulanmasını şartlı hale getirerek ceza adaletinin sağlanmasında tamiri güç sorunlara yol açar.³³

Öte yandan kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının katı

²⁹ Petrocelli, *La Colpevolezza, Lezioni Introduttive*, Napoli 1948, s. 166.

³⁰ Antolisei, s. 414. Diğer eleştiriler için bkz., Frosali, s. 86 vd.

³¹ Ersoy, s. 62.

³² Mantovani, s. 309; Toroslu, s. 223.

³³ Carrara, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Firenze 1887, Vol. VII, s. 389.

biçimde uygulanması bazı adaletsiz sonuçlar da doğurabilir. Bunların önüne geçmek için geçen yüzyılın ortalarından başlayarak kuralın yumuşatılması gerektiği düşüncesi ceza hukuku doktrini tarafından benimsenmiştir. Bu konuda ortaya çıkan temel problem, kural üzerinde hatanın hangi hallerde mazeret sayılacağı etrafında toplanmıştır.

III. Kural Üzerinde Hatanın Kanunlardaki Düzenlenişi

Gerek mülga gerekse yürürlükteki Türk Ceza Kanunlarında fiil üzerinde hatanın aksine kural üzerinde hata konusu açık hükümlerle düzenlenmiştir. Kural üzerinde hataya ilişkin 1926 tarihli TCK'nin 44. maddesi, "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" şeklinde idi. Buna karşın aynı kural yürürlükteki TCK'nin "*kanunun bağlayıcılığı*" başlıklı 4/1. maddesinde, "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" şeklinde ifade edilmiştir. 1926 tarihli TCK'de "*kanun*"dan bahsedilmesine karşın 2004 tarihli TCK'de sadece "*ceza kanunları*" denmiş olması uyma zorunluluğu açısından kanunlar arasında bir fark yaratmamaktadır. Zira ceza kanunları dışında kalan kanunlar üzerinde hata ya fiil üzerinde hataya neden olup mazeret sayılmakta ya da ceza normu üzerinde hata olarak kalmakta ve bu nedenle mazeret sayılmamaktadır.

2004 tarihli TCK'nin 4. maddesinin ilk halinde şu hüküm de yer almakta idi:

*"Ancak sakınmayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz."*³⁴

³⁴ 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen 4. madde gerekçesi şu şekildedir: "Tasarıda kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir.

Bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Ancak, işlenen fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez.

İşlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılamaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."

Ancak daha sonra Kanun henüz yürürlüğe girmeden yapılan değişiklikle 4. maddenin 2. fıkrası kaldırılarak Kanunun 30. maddesine şu fıkra eklenmiştir:

“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.”³⁵

Bu değişiklikle kural üzerinde hataya ilişkin hüküm Kanunun “ceza sorumluluğunun esasları”nı düzenleyen ikinci kısmına taşınmıştır. 1926 tarihli TCK’de, kural üzerinde hataya ilişkin hükme, mehz Kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunda olduğu gibi “cezaya ehliyet ve bunu

³⁵ 27.05.2005 tarih ve 5357 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 ve 4. maddeleri. Kanunun gerekçesinde, değişikliğe neden gerek duyulduğu şu şekilde açıklanmıştır: “Madde 1- Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin, işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Ancak, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak, yani suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez. Hatta işlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olduktan sonra; ayrıca cezaya layık bir haksızlık olduğunun bilinip bilinmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.

Bu bakımdan, 19. yüzyılda ceza hukukuna hakim olan “Error iuris nocet” (“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”) kuralı, 2004 tarihli Türk Ceza Kanununda “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının kapsamı, büyük ölçüde daraltılmış olmaktadır.

Ancak, bu kural, Anayasamızla da güvence altına alınan ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesini bertaraf eder şekilde yorumlanmamalıdır.

Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilememiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır.

Bu hatanın kişi açısından kaçınılmaz olması halinde, kişi işlediği fiille ilgili olarak kusurlu telakki edilemez. Bu hata halinde, 30. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle; kanunun bağlayıcılığı hükmünü düzenleyen 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılması gerekmiştir.

Madde 4- 30. maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir.

Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”

kaldıran veya hafifleten sebepler” başlıklı bölümde yer verilmiştir. 1930 tarihli halen yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanununda ise söz konusu hüküm “ceza kanunu”na ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 5. maddede düzenlenmiştir. Bir hükmün ceza kanununun şu veya bu bölümünde düzenlenmiş olması, hükmün yorumunda bazı kısıtlamaları beraberinde getirirse de hükmün esasına büyük ölçüde bir etkisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Bu açıdan bakıldığında, hangi bölümde düzenlenir ise düzenlensin kural üzerinde hata suç genel teorisi içinde suçun manevi unsuru, yani kusurluluk ile bağlantılıdır.³⁶ Zira kanunu/ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmadığı şeklinde bir hüküm ceza kanununda olmasaydı, kural üzerinde hata suçun manevi unsurunu, yani kusurluluğu kaldırmak suretiyle ceza sorumluluğuna etkide bulunurdu. Kural üzerinde hatanın mazeret sayılmaması ve kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemesi ve bunun genel bir hüküm olarak kanunda düzenlenmesi, hükmün herkes hakkında ve her koşulda uygulanacağı anlamına gelir. Bu itibarla örneğin, tam olmayan akıl hastası, yaşı on iki yaşından büyük olup on sekiz yaşından küçük olan kimseler gibi ceza ehliyeti tam olmayanlar bakımından da söz konusu kural uygulanır. Dolayısıyla anlama ve isteme yeteneği tam olmayanların kanunu bilmeden suç işlemeleri kendilerini sorumlu olmaktan kurtarmayacaktır.³⁷

1926 tarihli Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Kanunun 44. maddesi, kural üzerinde hatanın bazı hallerde mazeret sayılmasını engellememiştir.³⁸ 2004 tarihli TCK’de yer alan söz konusu hüküm ise bu konuya açıklık getirmekte ve bu arada kural üzerinde hatanın kapsamını da genişletmektedir. Öte yandan Kanuna bu konuda açık bir hüküm konulmasının yerinde ve gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Zira sadece kural üzerinde hatanın mazeret sayılmayacağını belirtmesiyle yetinilmesi halinde de uygulamada bu nitelikteki hatanın kimi durumlarda kusurluluğu kaldırdığının kabul edilmesi mümkündür.³⁹ İtalyan Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, 1930 tarihli halen

³⁶ Bu konuda bkz., Hafızoğulları, *Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1977, s. 195.

³⁷ Bu konuda bkz., Manzini, Vol. II, ss. 28-29, dn. 8.

³⁸ Bu konuda bkz., Hafızoğulları, *Hukuki Bilmeme*, ss. 193-211.

³⁹ 1926 tarihli TCK yürürlükte iken Yargıtay, verdiği bir kararla kural üzerinde hatayı mazeret saymıştır. Söz konusu karar şu şekildedir: “*Milli Korunma Kanunu hükümlerine dayanılarak, şahsi ihtiyaç için verilen kömürün başkasına devrinin men edilmesinden sonra, Ankara’da Ahmet isimli bir şahsa ait zati ihtiyaç kömürünü,*

yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanununun 5. maddesinde yer alan, “Hiç kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz.” hükmünü, hatanın kaçınılamaz olduğu halleri kapsamadığı şeklinde yorumlamış ve uygulama da bu yorum doğrultusunda şekillenmiştir.⁴⁰

Öte yandan pek çok Avrupa ülkesinin ceza kanununda kural üzerinde hatanın belirli koşullarla mazeret sayıldığı açıkça hükme

ödünç olarak satın almasından ötürü Maden Tetkik Arama Enstitüsünde Mühendis Veborski hakkında, Ankara Milli Korunma Mahkemesi tarafından verilen beraat kararını, Savcılığın temyizi ve Hususi dairenin bozması üzerine, mahalli mahkemenin ısrar kararına karşı, Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.10.1942 günlü kararı ile mahalli mahkemenin, iştirak mevcut olmadığı gibi, iktisadi mahiyette bulunan, bu suçun henüz Türkçeyi bilmeyen ve konuşmayan bir şahsın fiilin memnuiyetini bilmemesini mazeret sebebi saymasını tasdik etmiştir.” Sezgin, Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata, Adalet Dergisi, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5, s. 732.

⁴⁰ Söz konusu karar için bkz., Corte Costituzionale sentenza 24 marzo 1988, n. 364, FORO ITALIANO, 1988, I, s. 1385. İtalyan Anayasa Mahkemesinin 23 Mart 1988 tarihinde vermiş olduğu kararla birlikte söz konusu ilke mutlak olmaktan çıkmış ve böylece katılığı büyük ölçüde giderilmiştir. Mahkemenin, İCK md. 5'te düzenlenen “kimse ceza kanununu bilmediği mazeretine sığınamaz” hükmünün anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda verdiği kararda, cezanın kişiyi ıslah etme işlevini yerine getirebilmesi için kişinin yaptığından ötürü kınanabilmesi, bunun için ise yaptığının yasak olduğunu bilebilecek durumda olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu karara göre, kusurlu olunması için fiil ve fail arasındaki psikik bağ yeterli olmayıp aynı zamanda somut durumun kınanabilir olması da gerekmektedir (Vassalli, “L'inevitabilita dell'ignoranza della Legge Penale Come Causa Generale Di Esclusione Della Colpevolezza”, Giurisprudenza Costituzionale, Parte Seconda, 1988, s. 10). İtalyan Anayasa Mahkemesinin İCK'nin 5. maddesinin anayasaya aykırılığına karar vermesinin başlıca nedeni İtalyan Anayasasının 27. maddesinde yer alan “ceza sorumluluğunun kişisel olduğu” kuralıdır. Bu kurala göre, bir kişinin bir suç fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiğinden hareket edilerek, kaçınmayacağı bir hataya bağlı olarak yaptığı fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kişinin kusurlu sayılamayacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca cezanın ıslah etme işlevi düşünüldüğünde kaçınılamayan bir hatanın etkisiyle yaptığının hukuka aykırı olduğunu bilemeyen kimseyi cezalandırmak suretiyle ıslah etmeye çalışmanın gereksiz olduğu hükme bağlanmıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği hükmün bir başka dayanağı ise Anayasanın 3. maddesinde yer alan “eşitlik” ilkesidir. Buna göre hukuka aykırılık bilincine tam olarak sahip olan bir kimse ile yasaklayıcı kural hakkında kaçınmayacağı bir hata nedeniyle bu bilinçten yoksun olan kimsenin fiillerinin aynı cezai sonuçla değerlendirilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Çünkü her iki hipotezde failin fiile ilişkin yaklaşımı temel açıdan farklılık gösterir. Bir başka gerekçe ise yasalarda yer alan ifadelerin yetersizliğinden ve her geçen gün ceza yasalarının artmasından dolayı vatandaşlar bakımından yasaların kesin biçimde bilinmesinin zorluğu gibi nedenlerle kural üzerinde hatanın sıklıkla yapılmasının mümkün olmasıdır. Bu gibi nedenlerle kural üzerinde hata yapan kimseleri cezalandırmak adaletin gerçekleşmesi bakımından sakınca taşımaktadır (Jescheck, ss. 203-204).

bağlanmıştır.⁴¹ Örneğin İsviçre Ceza Kanununun “hukuki hata” başlıklı 20. maddesinde 1957 yılında yapılan değişiklikle konu, “Eğer failin davranışının hukuka uygun olduğuna inanmakta yeterince haklı olması halinde, yargıç vereceği cezadan indirim yapmayı serbestçe takdir edebileceği gibi, hiç cezaya gerek görmeye de bilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu’nun yine “kural üzerinde hata” başlıklı 9. paragrafı ise, “hata sonucu davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmeyen kimse bu hatası nedeniyle kınanamadığı takdirde kusursuz sayılır.” şeklindedir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ise şu şekilde devam etmektedir: “Davranışın hukuka aykırılığının herkes tarafından kolayca bilinebileceği veya hatanın failin mesleği, işi veya içinde bulunduğu diğer şartlar gereği öğrenmekle yükümlü olduğu kuralların bilinmemesinden kaynaklandığı hallerde hata kınanabilir.”

1975 tarihli Alman Ceza Kanunu’nun kural üzerinde hatayı düzenleyen 17. paragrafında, “fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılabilir olması halinde cezadan indirim yapılır.” hükmü yer almaktadır.

1978 tarihli Macaristan Ceza Kanunu’nun 27. maddesinde yer alan kural üzerinde hataya ilişkin hüküm ise şu şekildedir: “Toplum için tehlikeli olmadığını varsayarak bir fiili gerçekleştiren kimse, söz konusu hatalı varsayımı ciddi nedenlere dayanması koşuluyla cezalandırılmaz. Bu cezasızlık nedeni taksirle işlenmesi halinde de cezalandırılan bir fiil söz konusu ise geçerli değildir.”

1983 tarihli Portekiz Ceza Kanunu’nun “hukuka aykırılık üzerinde hata” başlıklı 17. maddesinde, “Fiilin hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olmayan kimse hatası nedeniyle kınanamadığı takdirde kusursuz olarak hareket etmektedir. Hatanın kınanabilir olması halinde fail kastından dolayı ancak indirim yapılarak cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır.

İspanya’da öğretide ve uygulamada uzun süre devam eden tartışmaların ardından 1983 yılında ceza kanununda yapılan değişiklikle kaçınılmaz olan kural üzerinde hata kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmiş ve hatanın kaçınılmaz olması halinde ise failin fiilin kasıtlı şekli için öngörülen cezadan indirim yapılarak cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kural üzerinde hata konusunda Kanunda

⁴¹ Bu konuda bkz., Vassalli, ss. 2-15.

yapılan bu değişikliğe 1995 tarihli yeni İspanyol Ceza Kanunu'nda da yer verilmiştir.

IV. Kural Üzerinde Hatanın Kusurluluğa Etkisi

A. Genel Olarak

“*Ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının birtakım istisnalarla ancak geçerliliğini sürdürebileceği görüşü ağırlık kazanmaya başladıktan sonra kural üzerinde hatanın esası üzerinde çeşitli tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmalarda temel noktayı kural üzerinde hatanın doğrudan kusurluluğu mu yoksa kusurluluğun bir türü olan kastı mı kaldırdığı oluşturmaktadır.⁴² Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğuna etkisi konusunda zaman içinde “*kast*” ve “*kusur*” teorisi adıyla iki anlayış ortaya çıkmıştır.

B. Kast Teorisi

Kast (Vorsatz) teorisine göre kural üzerinde hata fiil üzerinde hata gibi değerlendirilerek, fiili yasaklayan normun bilinmediği her durumun kastın gerçekleşmesini önlediği kabul edilir. Buna göre, fiilin suç olduğunu bilmeyen kimse haksızlık bilincine sahip değildir ve bu kimseyi yaptığı hatanın *kaçınılabılır* olması halinde bile fiilden dolayı kasten sorumlu tutmak mümkün değildir; böyle bir durumda ancak kanunda öngörüldüğü takdirde suçun taksirli şeklinden sorumluluk söz konusu olabilir.⁴³

Kastın varlığı için fiilin bilinmesinin ve istenmesinin yanında, ortak yaşamın gereklerine aykırı biçimde davranma, başkalarına zarar

⁴² Kural üzerinde hatanın kastı kaldırdığı düşüncesine göre; ceza sorumluluğunun temeli kast sorumluluğuna dayandırıldığı takdirde, kişinin meydana getirdiği fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için davranışının meydana getirdiği sonucu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Fiilin yasaklandığını haklı olarak bilmeyen kimsenin kasıtlı davrandığı söylenemez. Bkz., Manzini, Vol. II, s. 35; Özek, *Ceza Normunun Varlığında Hata, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt III, İstanbul 2003, ss. 821-822. Özek'e göre, 'kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' kuralı, “ceza sorumluluğu için, failin kanunu bilip bilmediğinin araştırılması zorunluluğunu kaldıran, 'kastın şümulü' kuralını sınırlayan, 'hukuka aykırı fiilin tipikliğinin' bilinmesi konusunda objektif sorumluluk yaratan bir kuraldır.” Aynı eser s. 822.

⁴³ Arzt, s. 654; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 318.

verme, kısacası fiilin anti sosyal niteliğinin bilincinde olmayı gerekli sayan anlayış, doktrinde önemli yazarlarca savunulmaktadır.⁴⁴ Öte yandan failin, toplumdaki diğer insanlardan farklı olarak, fiilinin ortak yaşamın gereklerine ters düşmediğine inanması da mümkündür. Böyle bir durumda, hukukun kendi kurallarına karşı geleni hoş görmesi beklenemeyeceğinden failin, fiilinin toplumun geneli tarafından anti sosyal olarak kabul edildiğini bilmesi kastın gerçekleşmesi için yeterli sayılır. Ayrıca fail, fiilinin yasak olduğunu bildiği her durumda hukuka bilinçli olarak karşı geldiğinden kasıtlı sayılır.⁴⁵

Kast teorisi çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Her şeyden önce fiilin suç olduğunu bilmenin, fiilin maddi nitelikteki unsurlarını bilmemekle aynı sonucu doğurarak kastı kaldırdığını kabul eden bu teorinin bir ispat sorunu yaratacağı savunulmuştur. Öyle ki, failin haksızlık bilincine sahip olarak fiili işlediğini, her türlü makul şüpheyi yenerek ispat etmenin zorluğu açıktır.⁴⁶

Kast teorisini savunanlardan bir bölümü, failin kural üzerinde hata mazeretine ancak sınırlı hallerde sığınabileceğini ileri sürmüş, bir diğer bölümü ise ceza kanununda değişiklik yapılarak taksirle işlenen fiillerin kapsamının genişletilmesini önermiştir. Böylece, hataya düşmekte kusurlu olan kişiyi işlediği fiilin taksirli şeklinden sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Öte yandan bu konuda en ilginç öneri, ceza kanununun bilinmemesinde taksirli olunmasını cezalandıran yeni bir suçun yaratılması gerektiği görüşüdür. Buna göre, fail hataya düşmekte taksirli olduğu ispatlandığı takdirde, işlediği fiil ne olursa olsun sadece kanunu bilmemekte taksirli davranmak suçundan cezalandırılacaktır.⁴⁷ Öte yandan, böyle bir düzenlemenin amacı toplumun ceza kanunlarını bilip bilmediğini test edip, bilmeyenleri sadece bu nedenle cezalandırmak olmadığından failin böyle bir suçtan mahkûm edilebilmesi için öncelikle kanunda suç sayılan bir fiili işlemesi gerekmektedir.⁴⁸

⁴⁴ Bkz., Antolisei, s. 360; Mantovani, s. 328 vd.; Toroslu, s. 186 vd.

⁴⁵ Antolisei, s. 361; Mantovani, s. 330; Toroslu, s. 187.

⁴⁶ Bkz., Arzt, s. 655.

⁴⁷ Arzt, s. 656.

⁴⁸ Arzt, s. 656. Bu durum Alman hukukuna tamamen yabancı değildir. Şöyle ki; Alman hukukunda, sarhoşluk ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir. Buna göre, sarhoş olduğu için ne yaptığını bilmeyen kimse kasıtlı davranamaz. Fakat bu kimseyi, kasten veya taksirli olarak sarhoş olunmasını suç sayan hükme göre cezalandırmak mümkündür. Ancak bunun için kişinin sarhoş halde bir suç işlemesi gerekir. Bkz., Arzt, ss. 656-657.

C. Kusur Teorisi

Kast teorisinin kastın tespit edilmesi konusunda yol açtığı çeşitli sorunlar ve buna bağlı olarak failin mahkûmiyetini zorlaştırması karşısında, özellikle kusurluluğun normatif anlayışının etkisiyle ortaya çıkan kusur teorisine göre, kural üzerinde hata kastı kaldıran bir neden olarak kabul edilmemekte, ancak kusurluluğu kaldıran veya azaltan ayrı bir neden olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹ Buna göre kural üzerinde hata kaçınılmaz olduğu takdirde kusurluluğu kaldırmakta ve mazeret sayılmakta, kaçınılabılır olduğu takdirde ise kusurluluğu azalttığı için sadece cezayı etkileyebilmektedir.⁵⁰

Kast teorisinden farklı olarak kusur teorisinde ceza kanununun bilinebilir olması yeterli olduğundan hatanın kaçınılabılır olması halinde faili fiili nedeniyle kasten sorumlu tutmak mümkündür. Zira kişinin yaptığı hata nedeniyle kınanabilmesi kusurlu sayılmasına yol açmaktadır.⁵¹

Pek çok ülkenin ceza kanunu tarafından benimsenen kusur teorisinin gelişmesinde önemli etkisi olan Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) nin 1952 yılında, kural üzerinde hata konusunda verdiği kararın üzerinde de kısaca durmak gerekir.⁵²

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht)nin çalışmalarına başladığı 1879 yılından faaliyetinin sona erdiği 1945 yılına kadar geçen sürede kural üzerinde hata ile ilgili Alman ceza mevzuatında hiçbir düzenlememe bulunmamaktaydı. Yüksek Mahkeme geleneksel ayrıma bağlı kalarak fiil üzerinde hata ve kural üzerinde hatayı birbirinden ayırmış ve yalnız birincisinin kastı

⁴⁹ Farklı biçimde hüküm altına alınmış olsa da kusurluluğun psikolojik ve normatif olarak adlandırılan iki anlayışından psikolojik anlayışı benimseyen kanunların hepsinde yasağa karşı gelme bilincinin kusurluluğun kapsamı içinde değerlendirilmediği ve yasak olan fiilin istenmiş olması şeklindeki psikolojik ilişkinin kusurluluk için yeterli sayıldığı görülmektedir. Bir başka deyişle fail ve norm arasındaki her türlü ilişkinin dışlanması doğal olarak hukuka aykırılık bilincinin kusurluluğun bir unsuru olmasını önlemektedir (Petrocelli, ss. 141-142).

⁵⁰ Arzt, *The Problem of Mistake of Fact*, Brigham Young University Law Review (1986), s. 714; Özgenc, s. 318.

⁵¹ Mantovani, s. 331; Arzt, *The Problem of Mistake of Fact*, s. 714.

⁵² Bu konuda bkz., Belfiore, *Contributo Alla Teoria Dell'Errore In Diritto Penale*, Torino 1997, ss. 117-230; Piacenza, *Errore ed Ignoranza di Diritto in Materia Penale*, Torino 1960, ss. 104-115; Jescheck, ss. 185-204.

kaldırıldığını kabul etmiştir. Yine aynı Mahkeme, ceza kanunu dışında kalan bir kanunun bilinmemesinden kaynaklanan hatayı, vatandaşın hukuk düzeninde yer alan bütün normları bilmesinin istenemeyeceği gerekçesiyle mazeret saymıştır.⁵³

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 18 Mart 1952 tarihinde verdiği bir karar Alman ceza hukukunda kural üzerinde hata konusunda bir dönüm noktası olmuştur. Mahkemenin kararına konu olan olayda, bir ceza davasını yürüten avukat hakkında, müvekkilini aksi takdirde savunmayı bırakacağını ileri sürerek ücretini ödemesi için tehdit ettiği gerekçesiyle dava açılmıştır. Sanık avukat ise savunmasında, müvekkiline, kendisine olan borcunu ödemesi için baskı yapmasının hukuka aykırı bir yanı olduğunu düşünmediğini ileri sürmüştür⁵⁴. Mahkemenin, sanığın mazeretini kabul ederek kural üzerinde hata konusundaki tutumunu değiştirdiği kararın gerekçesi şu şekilde özetlenebilir. En başta Mahkeme, Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) tarafından benimsenen ve fiil ve kural üzerinde hata şeklinde, hatanın kaynağına dayalı olarak yapılan ayrımı terk ederek, tipik suç fiili ile yasak üzerinde hata şeklinde yeni bir ayrım yapmıştır. Buna göre tipik suç fiilinin kapsamına normatif unsurlar (başkasına ait bir mala, belgeye zarar verilmesi gibi) da girmekte ve bunlar üzerindeki hata da fiil üzerinde hataya neden olmaktadır. İkinci olarak, kural üzerinde hatanın kaçınılmaz olması hali kusurluluğu kaldıran doğal bir neden olarak kabul edilmiştir; zira böyle bir durumda failden hukuka uygun davranması beklenemeyeceğinden, yaptığı hata nedeniyle faili kınamak mümkün değildir. Üçüncü olarak ise, hatanın kaçınılabılır olması durumunda "kusur teorisi" (Shuldtheorie) ne göre, failin kasten sorumlu tutulması ancak verilecek cezadan bir miktar indirim yapılması gerekir. Bu indirimin nedeni, kaçınılabılır bir hataya bağlı olarak bir suç fiilini işleyen kimsenin, hukuka aykırı olduğunu bilerek aynı fiili gerçekleştiren kişiye göre daha az kusurlu olmasıdır.⁵⁵

Kusur teorisi, kural üzerinde hatayı açık bir hükümlerle düzenleyen 1975 tarihli halen yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu tarafından da benimsenmiştir. Söz konusu Kanununun 17. maddesine göre, "fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir. Hatanın kaçınılabılır

⁵³ Jescheck, s. 189.

⁵⁴ Jescheck, s. 190; Arzt, s. 658.

⁵⁵ Jescheck, s. 191; Arzt, s. 659.

*olması halinde cezadan indirim yapılır”.*⁵⁶

⁵⁶ Bu maddenin anlamının ve bugünkü Alman hukuku içindeki yerinin daha iyi anlaşılabilmesi için Alman ceza hukukunun genel esaslarına kısaca değinmek gerekir. Şöyle ki; Alman ceza hukukunda suçun manevi unsurunu suçun yapısına ilişkin üç aşamayı dikkate almadan açıklamak mümkün değildir. Alman ceza hukukunda suç, birbirinden kesin biçimde ayrılan üç ayrı aşamada değerlendirilmektedir. Bu aşamalar şu şekilde sıralanır: Suçun *yasal unsurları* (Tatbestand); *hukuka aykırılık* (Rechtswidrigkeit); *kusurluluk* (Schuld). Bir fiilin cezalandırılabilmesi için öncelikle yasal unsurların oluşması, fiilin hukuka aykırı olması ve failin kusurlu bulunması gerekir. Bu ayırmada yasal unsurlar (Tatbestand), fiilin hem objektif hem de sübjektif unsurlarını kapsamaktadır. Yasal unsurlar içinde yer alan sübjektif unsur geniş anlamda kast (Vorsatz)ı ve manevi unsurun diğer türlerini içine almaktadır. Suçun değerlendirilmesinde ikinci aşamada hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) unsurunun bulunup bulunmadığına bakılır. Bunun için ise fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunup bulunmadığı araştırılır. Bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde yasal unsurların varlığına rağmen fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılır. Hukuka aykırılık unsuru suç fiilinin objektif bir unsurunu teşkil etmediğinden bunun sübjektif unsur üzerinde bir etkisi olmaz. Dolayısıyla failin fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi kastını etkilemez. Alman ceza hukukuna göre, yasal unsurlar (Tatbestand)ın ve hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) unsurunun gerçekleşmesiyle birlikte fiil yasadışı (Unrecht) bir nitelik kazanır. Buna karşın bu iki aşamanın tamamlanması failin yaptığından ötürü cezalandırılması için yeterli olmayıp ayrıca kusurlu olduğunun da ispatlanması gerekir. Suçun oluşmasında üçüncü aşama olan kusurluluk (Schuld) için ise failin yaptığından ötürü kınanabilmesi gereklidir. Söz konusu bu kınama koşulunun sağlanması için fail, hukuka uygun biçimde davranma imkânı var iken suç fiilini işlemeyi istemiş olmalıdır. Bu itibarla bir fiilin kasten işlenmesi sadece kusurluluğu gösteren bir belirtiden ibaret olup tek başına kusurluluk için yeterli değildir. Kusurluluk olmadan yasadışı bir fiilden söz edilebilirken, yasal unsurlar oluşmadan kusurluluk söz konusu olamaz. Örneğin kasten işlenen bir suçtan dolayı bir kişinin kusurlu sayılması için (Vorsatzschuld), sadece davranışı istemisi olması yetmez; aynı zamanda yaptığı için hukuka aykırı olduğunu bilebilecek durumda olması ve hukuka uygun bir davranışta bulunma imkânına sahip olması gerekir. Görüldüğü üzere Alman ceza hukuku sistemi içerisinde failin iradesi başlıca iki aşamada (Tatbestand- Schuld) değerlendirilmektedir. Bu ayırımın bir sonucu olarak birinci aşamada ortaya çıkan manevi (sübjektif) unsur ile kusurluluğun unsurları birbirinden ayrılmaktadır. Fiilin yasal unsurlarına ilişkin olan fiil üzerinde hata her durumda kastı kaldırırken kural üzerinde hatanın kast üzerinde bir etkisi yoktur. Kural üzerinde hata ise bazı hallerde kusurluluğu kaldırır bir neden (Schuldausschließungsgrund) olabilir. Alman ceza hukukunda önceleri kural üzerinde hata konusu kast teorisi (Vorsatstheorie) içinde ele alınmıştır. Bu anlayış 1952 tarihli yukarıda incelenen Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararıyla değişikliğe uğramış ve 1975 tarihli Alman Ceza Kanunu (StGB)nun 17. paragrafına konan hükümlerle tamamen terkedilmiş ve kusur teorisi benimsenmiştir. Kusur teorisi (Schuldtheorie) olarak adlandırılan anlayışın etkisini yansıtan Alman Ceza

V. Kural Üzerinde Hatanın Kaçınılmaz Olması

Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması için *kaçınılmaz* olması aranmaktadır (TCK md. 30/4). Buna göre önlenebilir olmayan ve dolayısıyla hata nedeniyle failin kınanamadığı durumlar ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır. Kural üzerinde hatanın hangi durumlarda kusurluluğu kaldırdığının belirlenmesi ise çözümü hiç de kolay olmayan bir sorundur.

Kural üzerinde hatanın ölenemez olması ve mazeret sayılması için en başta failin yaptığının yasak olduğunu bilmemesi ve aynı zamanda fiilin sosyal açıdan değersiz olduğu bilincine sahip olmaması gerekir. Bir diğer şart ise fiilin yasak olduğunun bilinebilir olmamasıdır.

Kural üzerinde hatanın kaçınılamaz olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle fiili yasaklayan kuralın fail tarafından bilinmemesi, ayrıca söz konusu kuralın bilinebilir olmaması gerekir.

Fiili yasaklayan kanunun fail tarafından bilinmemesi iki nedenden kaynaklanabilir. Birinci neden resmi gazetenin dağıtılamaması, kanunun metninin kendi içinde çelişkili hükümler barındırması, kanunun yorumlanması konusunda genel bir kargaşanın yaşanması, kanunun mahkemeler tarafından sürekli biçimde yanlış yorumlanıp uygulanmış olması gibi objektif nedenlere bağlı olarak yasaklayıcı kuralın içeriğinin hiç kimse tarafından doğru bilinmesinin mümkün olmadığı durumlardan oluşmaktadır.⁵⁷ Bu gibi durumlarda fail, fiilin suç olduğunu bilmediği için kınanamamakta, dolayısıyla hataya düşmekte bir kusuru bulunmamaktadır.

Kuralın bilinmemesine rağmen bilinebilir olduğu durumlarda ise faili düştüğü hata nedeniyle kınamak mümkündür; zira failin kuralı öğrenme imkânına sahip olduğu böyle bir durumda hata kaçınılabılır

Kanunu (par. 17)na göre, kural üzerinde hatanın kusurluluğu kaldırması için kaçınılamaz olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılamaz olması halinde, hukuka uygun olduğunu düşünen kişi davranışından ötürü kınanamaz. Alman ceza hukukunda suçun tespitinde kusurluluğun değerlendirilmesi üçüncü aşamayı oluşturduğundan, hatanın kaçınılabılır olması halinde kişiyi, davranışı nedeniyle kınamak mümkün olur ve bu durumun kusurluluğa bir etkisi olmaz. Bu durumda ancak cezanın indirilmesi mümkündür (BADAR, "Mens Rea-Mistake of Law&Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals", International Criminal Law Review 5, 2005, ss. 203-246).

⁵⁷ Mantovani, s. 312; Manzini, Vol. II, s. 40.

değildir. Gerçekte kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olmasına yol açan ve faili sorumlu kılan hata hipotezlerinin pek çoğu kuralın bilinebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Kuralın bilinebilir olması, failin bilerek veya taksirli olarak kuralı öğrenmemesi halinde söz konusu olur. Böyle bir durumda failin kusurlu sayılması ve dolayısıyla cezalandırılması mümkündür.⁵⁸ Bu durum üç biçimde ortaya çıkabilir. Birincisi, “*planlı kural üzerinde hata*”dır. Planlı kural üzerinde hata halinde kişi, fiilini düzenleyen bir kuralın varlığını bilmesine karşın, içeriği hakkında bilerek bilgi sahibi olmamakta, böylece hatasına mazeret sağlamak istemektedir. Daima kaçınılabilir olan planlı kural üzerinde hata durumunda, kişinin bu hatasına dayanarak kusursuz olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.⁵⁹

Failin hataya düşmekte kusurlu olduğu bir başka durum ise “*bilinçli kural üzerinde hata*” denilen ve sıkça gerçekleşen, bilmemenin bilinçli bir davranıştan kaynaklanmış olmasıdır. Böyle bir durumda kişi kanundan haberdar olmasına karşın, tembelliği veya umursamazlığı nedeniyle kuralın içeriğini öğrenmemektedir. Kanunun varlığı, içeriği veya yorumu konusunda şüphe duyulan haller de “*bilinçli kural üzerinde hata*” sayılır. Şüphe duyan kişi fiili işlemekten kaçınmayarak suç teşkil eden bir fiili işleme riskini kabul etmiş sayılır. Özellikle failin, mesleki ve teknik faaliyetlerini düzenleyen kuralları bilmemesi halinde bilinçli kural üzerinde hata söz konusu olur.⁶⁰

Kural üzerinde hataya düşülmesinde “*taksirli*” olunması da mümkündür. Bu durumun varlığı için ise taksire özgü üç koşulun bulunması gerekir. En başta hatanın yapılmak istenmemiş olması gelir. İkinci olarak ise, kural hakkında bilgi veren, kuralın içeriği konusunda kişileri uyaran ve dolayısıyla hataya düşülmesini önleyici düzenlemelere uyulmamış olması gerekir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken, uyulması gereken kuralların herkesin kendi faaliyet alanına göre belirlenmiş olmasına dikkat edilir. Üçüncü olarak ise kural üzerinde hataya düşülmesini önleyici kurallara uymamanın faile isnat edilebilir olması gerekir. Bunun için faille aynı durumdaki bir model ajan ölçütüne göre, hataya düşülmesini önleyici kurallara uyulmasının failden beklenip beklenemeyeceği araştırılır.⁶¹

⁵⁸ Bu konuda bkz., Mantovani, s. 312 vd.

⁵⁹ Mantovani, s. 312.

⁶⁰ Mantovani, s. 312; Toroslu, s. 227.

⁶¹ Mantovani, ss. 312-313.

Son olarak kural üzerinde hata konusunda sıkça karşılaşılabilecek bazı somut durumların kusurluluğu kaldırıp kaldırmadığı üzerinde durmak gerekir. Buna göre en başta idare tarafından kanun hakkında yapılan yanlış yoruma güvenerek suç oluşturan bir fiili işleyen kimsenin hatasının kaçınılamaz olmadığını ve dolayısıyla kusurluluğu kaldırmadığını belirtmek gerekir. Zira idarenin, kanunun uygulanmasına engel olacak bir yetkiye sahip olması düşünülemez. Aynı şekilde bir avukatın verdiği yanlış bilgiye dayanarak suç işleyen kimse de sorumluluktan kurtulamaz. Kanunu uygulamakla ve kanuna uyulmasını sağlamakla görevli kurumların bu görevlerini yerine getirmemeleri halinde, buna güvenerek kanunu ihlal eden kişiler bu durumu mazeret olarak ileri süremezler. Kanunun uzun süre uygulanmaması onun hukuki geçerliliği etkilemez. Ancak bu durumun kusurluluğu azaltan bir hal olarak değerlendirilmesi ve faile verilecek cezada bir miktar indirim yapılması mümkündür.⁶²

Bir kimsenin bir fiilin suç teşkil etmediği şeklindeki bir mahkeme hükmüne güvenerek aynı fiili işlemesi halinde kural olarak ceza sorumluluğunun kalkacağı söylenemez. Zira her hüküm, ilişkin olduğu somut durum bakımından geçerli olup genel bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla herkesin mahkeme kararlarının değişmez ve yargıçların yasa koyucu olmadığını bilmesi gerekir.⁶³

Sonuç

Kanunu/ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz şeklindeki ceza hukuku ilkesi, günümüzde pek çok ceza kanunu bakımından mutlak olmaktan çıkmış ve bu konuda bazı istisnaların tanınması yönünde genel bir eğilim benimsenmiştir. Ceza kanunlarını etkileyen böyle bir eğilimin ortaya çıkmasında, ceza kanunlarının sürekli bir artış içinde olması sonucu, söz konusu ilkenin katı biçimde uygulanmasının doğurduğu sakıncaların önemli rolü olmuştur. Ceza hukukunda kural üzerinde hata konusu, özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kabul edilmesinden sonra ülkemiz açısından da önem kazanmıştır. Söz konusu Kanunun 4. maddesinde, “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” şeklinde yer alan hüküm, yine aynı Kanunun 30/4 maddesinde yer

⁶² Manzini, Vol. I, s. 42.

⁶³ Manzini, Vol. I, s. 45.

alan, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, ceza kuralı üzerinde gerçekleşen hatanın bazı durumlarda mazeret sayılabileceği anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki; fiilin haksızlık oluşturması hukuka aykırı olması anlamına gelir. Söz konusu hukuka aykırılık kuşkusuz ceza hukukuna aykırılıktır. Hukuka aykırılık ise, fiil ile normun çatışmasını ifade eder. Hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olunması için, fiili yasaklayan ceza kuralının bilinmesi gerekir. Ceza kuralının bilinmediği kimi durumlarda da, fiilin anti sosyal niteliği nedeniyle söz konusu fiili yasaklayan kuralın varlığına sezgisel olarak ulaşılması mümkündür. Şüphesiz böyle bir durum da fiilin hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olunması için yeterlidir.

Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması için kaçınılmaz olması gereklidir (TCK m. 30/4). Buna göre, hataya düşmekte kusurlu olan fail, fiilden dolayı kasten sorumlu olacaktır. Zira kural üzerinde hata, fiil üzerinde hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Kusurluluğu kaldırması için ise hataya düşülmesinde taksir düzeyinde bir kusurun bulunmaması gerekir. Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes bakımından geçerli olabilecek objektif nitelikte nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan sübjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir. Kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fiilden dolayı kasten sorumlu tutulan failin cezasında bir miktar indirim yapılması mümkündür.

Türk Ceza Kanununun kural üzerinde hatanın mazeret sayılmasını mümkün kılan düzenlemesinin, uygulamada ne sonuçlar doğuracağı henüz bilinmemektedir. Buna karşın kanunların mutlak biçimde uygulanmasının gerekliliği karşısında, Türk Ceza Kanununun 30/4. maddesinin ancak sınırlı hallerde uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2003.
- Arzt, *Ignorance or Mistake of Law*, *The American Journal of Comparative Law*, 1976, ss. 646-679.
- Arzt, *The Problem of Mistake of Fact*, *Brigham Young University Law Review* (1986), ss. 711-732.
- Badar, *Mens Rea-Mistake of Law&Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*, *International Criminal Law Review* 5, 2005, ss. 203-246.
- Belfiore, *Contributo Alla Teoria Dell'Errore In Diritto Penale*, Torino 1997.
- Carrara, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Firenze 1887, Vol. VII.
- Ersoy, *Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara 1968.
- Frosali, *L'errore nella Teoria del Diritto Penale*, Roma 1933.
- Hafizoğulları, *Hukuki Bilmeme ve Açık Ceza Normları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1977, ss. 193-211.
- Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1996.
- Jescheck, *L'errore di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano*, *L'indice Penale*, Anno XXII 1988, ss. 185-204.
- Keedy, *Ignorance and Mistake in The Criminal Law*, *22 Harvard Law Review* (1908), ss. 75-96.
- Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2001.
- Mantovani, *Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc 2, Aprile-Giugno, 1990, ss. 379-397.
- Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino 1981, Vol. II.
- Özek, *Ceza Normunun Varlığında Hata, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt III, İstanbul 2003, ss. 817-830.
- Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2006.
- Petrocelli, *La Colpevolezza, Lezioni Introduttive*, Napoli 1948.
- Piacenza, *Errore ed Ignoranza di Diritto in Materia Penale*, Torino 1960.
- Sezgin, *Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata*, *Adalet Dergisi*, Yıl 42, Mayıs 1951, Sayı 5.
- Toroslu, *Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Ankara 2005.
- Vassalli, *L'inevitabilita dell'ignoranza della Legge Penale Come Causa Generale Di Esclusione Della Colpevolezza*, *Giurisprudenza Costituzionale*, Parte Seconda, 1988, ss. 3-15.

KAMU HİZMETİ: TABULA RASA¹ AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE NASIL DOLDURULACAK?

Cem Çağatay ORAK*

Giriş

40 yılı aşkın bir geçmişi olan Avrupa Birliği-Türkiye ilişkileri eksenindeki² bilimsel tartışmaların içeriği zaman içerisinde yavaş da olsa değişime uğramıştır. AB'nin başlangıçta (o dönemde AET) ağırlıklı olarak ekonomik bir karakter taşımasının ve Türkiye'nin de başlangıçta bu ilişkiyi daha çok ekonomik bir ortaklık olarak görmesinin etkisiyle öncelikle ekonomik alanda yoğunlaşmıştır. AB'ye (o dönemde AT) tam üyelik başvurusu sonrasında ve özellikle de son yıllardaki Kopenhag Kriterleri'ne uyum sürecinde bu kez hukuki ve siyasi tartışmaların sayısında önemli bir artış görülmüştür. AB-Türkiye ilişkilerinin Türk kamu yönetimine ve üst kavram olarak kamu hizmetine yansımaları

* Av. Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora programı öğrencisi.

¹ Locke'un savunduğu öğretiyeye, onun bilgi anlayışına göre, insan ya da "bilen özne" ne doğuştan kavramlara ne de önsel (a priori) bilgilere sahiptir. İnsanın tüm bilgisi yalnızca ve yalnızca dıştan gelen, sonradan edindiği duyu izlenimle sinden oluşur. İnsan zihni *tabula rasa* (boş bir levhadır). Locke'un bu deyişini analogi yoluyla *kamu hizmeti* kavramı için kullanıyoruz. Kamu hizmeti kavramını tanımlama ve içeriğini tespit yasama organının yetkisinde olduğu halde bu kavramın tanımı ve içeriği konusunda yasama, yürütme, yargı arasında müşterek bir uzlaşma sağlanamamıştır. Bu durumun yorumu inceleme konumuzun dışındadır. Ancak dönemsel olarak kamu hizmeti kavramının içi farklı şekillerde doldurulduğundan kamu hizmetini boş bir levha olgusu ile karakterize etmeye çalışmış bulunmaktayım.

² Prof. Dr. İlber Ortaylı, Türkiye'nin batılılaşmasını Osmanlı İmparatorluğu ile bağlantılı bir biçimde ele alırken Avrupalı devlet oluşumuzu 1856 Paris Kongresi'ne dayandırmaktadır. Paris barışıyla Osmanlı devletinin Avrupa concertine üye olduğunu ileri sürmektedir; Ayrıntılı bilgi için bkz., Ortaylı, İ., *Türkiye'nin Batılılaşma Hareketlerine Genel Bir Bakış, Avrupa Birliği El Kitabı*, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Ankara, 1996, 3. baskı, s. 165.

ise akademik olarak rafine bir biçimde ele alınmamıştır. Son dönemde AB-Türkiye ilişkilerinin Türk kamu yönetimine yansımaları konusunda çalışmalar yapılmakla beraber bunlar normatif bir bakış açısını yansıtmakta ve konunun toplumu derinden etkileyen olgusal boyutu hukuksal çerçeveye oturtulamamaktadır. Kuşkusuz bunda Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti nosyonuna yaklaşımında kurucu iradesini tam anlamıyla yansıtmamasının da büyük etkisi bulunmaktadır. Bu konudaki çalışmalar Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin kamu hizmeti anlayışlarından yola çıkarak tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Bu bakımdan incelememizin konusunu ve sınırını Avrupa Birliği-Türkiye etkileşiminde kamu hizmeti teorisindeki değişim ve bunun Türk hukukundaki etkilerinin irdelenmesi oluşturmaktadır. İncelemenin birinci bölümünde kamu hizmeti kavramının tarihsel geçmişi ve kamu hizmetine ilişkin temel terminoloji ortaya konulmaya çalışılacak, daha sonra sırasıyla Avrupa Birliği etkisiyle kamu hizmeti teorisinde meydana gelen değişim pozitif düzenlemelerden yola çıkılarak açıklanacaktır. Son bölümde ise Avrupa Birliği oluşumunun yansımalarıyla klasik kamu hizmeti kuramındaki dönüşüm ve başkalaşmanın Türk hukukuna etkileri pozitif düzenlemelerle sınırlı kalınmaksızın açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışma konusu dikkate alındığında, oldukça geniş bir yelpazeyi içine aldığı görülmektedir. Buna ilaveten kamu hizmeti teorisindeki değişim salt Avrupa Birliği dinamikleriyle değil global birtakım parametrelere bağlı olarak da gerçekleşmektedir. Bu bakımdan Avrupa Birliği dışındaki süreç de *analoji* yoluyla inceleme içerisine sindirilmeye çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

Kamu Hizmetine İlişkin Kavramsal Çerçeve

I. Kamu Hizmeti Kavramı

1. Genel Olarak

Kamu hizmeti kavramı, Fransa'da 19. yy. sonlarında Duguit ve Bordeaux okulu tarafından oluşturulmuş³ ve uzun yıllar idare hukukunun

³ Ulusoy, A., *Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, S. 1-4, C. 48, s. 167, Kamu Hizmeti kavramının ortaya çıkış süreci ile ilgili olarak bkz., Karahanoğulları, O., *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim*, Ankara, 2002, s. 85, Ayrıca tarihsel bir değerlendirme için bkz., Tanyeri, S., *Türk ve*

temel kavram ve kuramı olmuştur.⁴ Bununla beraber, kamu hizmetinin kamu hukuku ve özel anlamda idare hukuku üzerindeki baskın kimliği, kamu hizmetinin ortak bir tanımını vermek hususunda bir kolaylık yaratmamıştır.⁵ Kanımızca, kamu hizmetinin belirsiz bir kavram olarak ileri sürülmesi hukuken belirsizliği ifade etmektedir. Kavramın sadece hukuki kaynaklardan beslenmemesi buna zemin hazırlamıştır. Kamu hizmeti devletin ontolojik ispatına mı ilişkindir? Kamu hizmeti idarenin faaliyet alanına mı mündemiçtir? Yoksa kamu hizmeti, kamuya hizmet tanımlamasında ve açılımında toplumun ortak yararıyla mı açıklanabilir? Diğer taraftan, kamu hizmeti kavramının belirsiz olarak değerlendirilmesinin altında yatan önemli bir neden de idare hukukunu aşan bir yapıya sahip olmasıdır.⁶ Yapısı itibariyle kuralsal olarak değerlendirilen idare hukukunda, genel ve objektif olarak tespit edilemeyen bir kavramın bulunuyor olması da bu belirsizliği körüklemiştir. Kanımızca, kamu hizmeti kavramı "*hukuki bir tabula rasa*" olarak değerlendirilmiş ve kavramın içinin hukuki kıstaslardan ziyade dönemsel ihtiyaçlara göre doldurulması yolu seçilmiştir. Hukuk devleti kavramının önemli görünüşlerinden bir tanesi "*devlet faaliyetlerinin belirliliği*" olduğuna göre, kamu hizmeti kavramının belirsiz oluşu, idare edilenler açısından da zaman zaman sıkıntı yaratabilmektedir.

Kamu Hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi veya kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma çerçevesinde son yıllarda Türkiye’de görülen uygulamalar etkin bir kamu hukuku direnci ile karşılaşmakla beraber, bu direncin haklılığı ve yerindeliğini tartışanlar,

Fransız İdare Hukukunda Amme Hizmeti Mefhumu, Türk İdare Dergisi, Yıl. 29, S. 250, Ocak-Şubat 1958, s. 59.

- ⁴ Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, Cilt I, s. 123, Ozansoy, C., *Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*, AÜHFD., C. 46, S. 1-4, 1997, s.85, Tan, T., *Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*, TİD., S. 378, 1988, s. 73, Günday, M; *İdare Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 282, Uler’ e göre ise kamu hizmeti sadece idare hukukunun değil, Kamu Hukukunun da temel kavramlarındanıdır., Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayın No. 40, s. 252.
- ⁵ Kamu Hizmeti Kavramının Tanımlanmasındaki güçlükler için bkz., Günday, M., (*İdare Hukuku*), s. 282, Özay, İ., *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 230., Onar, S.S., age., s. 1966.
- ⁶ Kamu hizmetinin idari alanı taşan bir kavram olduğuna ilişkin bkz., Balta, T. B., *İdare Hukuku Ders Notları*, (Teksir), Ankara, 1970, s. 19 ayrıca Cohen, E./Henry, C., *Service Public, Secteur Public*, Décembre 1997, numéro 30, Paris, 1997, s. 9.

kamu hizmeti kavramının bir kriz içerisine girdiğinden söz etmektedirler.⁷ Bu bağlamda, kamu hizmetinin algılanış tarzında meydana gelen değişimler⁸ ve ekonomi-politiğin dönüştürücü etkisiyle⁹ kamu ve özel sektörün ayrımı, idarenin siyasi baskı mekanizmalarından uzaklaşması, kamu hizmetini ifa eden memurların karar mekanizmalarının daha reformist ve özgür kılınması, kamu hizmetlerinde etkinlik, şeffaflık gibi kavramlar ön plana geçmiştir.¹⁰ Bütün bu gelişmeler, klasik kamu hizmeti anlayışını da etkilemiş ve esasen tanımlanması çok güç olan kamu hizmeti kavramındaki belirsizliği de arttırmıştır.¹¹

Kamu hizmeti kavramı, Anayasal ilkelere ve normlara, hukukun genel ilkelerine, referans normlara ve hatta siyasal ve sosyal bilimlere ilişkin bazı kriterlere gönderme yapma ihtiyacını doğurmaktadır. Günümüzde, iktisadi ilişkilerin toplum yaşamında sahip olduğu yer nedeniyle, yasama faaliyetlerinin denetiminde giderek daha fazla iktisadi

⁷ Gülan'a, göre kamu hizmeti doğrudan ve açık bir saldırıyla karşı karşıya kalmıştır, Gülan, A., Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFM, C. XLI, S. 1-4, s. 100; Uler'e göre hem kamu hizmeti fikrine hem de kamu hizmetlerine bir saldırı vardır., Uler, Y., Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, s. 254, Özay, ise kamu hizmetinin kendisinin öldüğünün iddia edilmesine yönelik düşüncelere katılmadığını ifade ederken şu fikirleri ileri sürmektedir: "Türkiye'deki klasik kamu hizmeti anlayışı çok yaşa ya da a tes amour olarak değerlendirilmelidir. Bu hapsirink anındaki ölüme benzemektedir. Zira kalp, o anda çok kısa bir süre için durur. Sonra da yeniden çalışmaya başlamış", Özay, İ., Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı, Çok Yaşa ya da A tes amour", İHFM, C. LVI, 1998, S. 1-4, s. 295.

⁸ Kamu Hizmetinin salt algılanış tarzında bir değişim yaşanmakla kalmayıp, kamu hizmetlerinin sunumu da evrensel bir takım ölçü norm ve üst kavramlarla beslenmektedir. Örneğin 23 Temmuz 2004 - S. 25531 RG'de yayımlanan 10 Temmuz 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Büyükşehir Belediyesi'nin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 7(i) maddesinde "sürdürülebilir kalkınma" ilkesine uygun olarak gerekli düzenlemelerin yapılacağı açıkça belirtilmiştir.

⁹ 29 Ocak 2005 tarih ve 25711 sayılı Resmi Gazete'de 2005/8409 sayılı "Kamu Hizmetlerinin Ortak Platformda Tek Kapıdan Sunumu ve Vatandaşın Devlet Hizmetlerine Elektronik Ortamdan Güvenli ve Hızlı Bir Şekilde Erişimini Sağlamak Amacıyla e-Devlet Kapısı Teknik Altyapısının Kurulmasına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı" yayımlanmıştır.

¹⁰ Raadshelders/Rutger,; The Evolution of Civil Service Systems, in Bekke, Perry and Toonen, Civil Service Systems in Comparative Perspective, Indiana University Press, 1996, s. 46.

¹¹ Tan, T., Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Danıştay Yayını, Ankara, 1991, s. 329-335; Tan, T., Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Sekizinci Kitap, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1991, s.233-252, ayrıca bkz., Onar, S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Cilt: İstanbul, 1960 s. 13, Ulusoy, A., Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002, s. 6.

konulara girilmektedir. Hukukta iktisadi yaklaşımların savunulması, son yıllarda ABD’de¹² destek gören Anayasa ve iktisat akımı ile yaygınlık kazanmaktadır.¹³

Kamu hizmetine yönelik olarak yapılacak değerlendirmelerin önemi, idari sözleşme-imtiyaz sözleşmesi ve kamu hukuku birlikteliğinde ortaya atılacak tespitler bakımından önem taşımaktadır. Bu anlamda, kamu hizmetine ilişkin olarak genel kabul gören yaklaşımların ortaya konulması gerekmektedir.

2. Devletin Ontolojik İspatında Kamu Hizmetinin Rolü

Kamu hizmeti konusunda ortaya atılacak veya geliştirilecek herhangi bir görüş, kamu ve kamusala yönelik tartışmalardan bağımsız olmayacaktır. Devletin gerek kendi örgütlenmesi ve gerekse toplum ile kurduğu ilişkiyi tanımlayan tüm terimlerde “kamu” nitelmesi olduğu görülmektedir. Toplumsal ihtiyaçları mal ve hizmet üretim faaliyetini üstlenerek kamu hizmeti alanları yaratması, devletin kamusallaşma biçimlerinden biridir. Bu bağlamda kamu hizmetleri esas olarak devletin işlevlerine denk düşmektedir. Devletin işlevlerinden birincisi “toplumun yaşamını sürdürmesinin temel koşulu doğaya karşı savaşında başarı sağlaması” olduğuna göre, üretici güçlerinin korunması siyasetin birinci işlevidir. Üretim güçleri, bir yandan üretim araçlarından, öte yandan da insanlardan (üreticilerden) oluştuğuna göre, devletin ilk özelliği tüm toplumlar da üretim araçlarının ve üreticilerin korunması ve gelişimi için gerekli koşulları sağlamaktır. Bu işlev bir bütün olarak üretimin, insanlığın doğaya karşı savaşımının geliştirilmesini hedeflediğinden insanlığın tümünün hizmetindedir.¹⁴ Devlet insanların bu ortak gereksinimlerini

¹² Esasında kamu hizmetlerine girmede ayrımcılık yasağını düzenleyen Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 4. maddesinde de “kamu hizmeti” (*Public Service*)’ne ilişkin bir tanım mevcut değildir. Bkz., Smith, C. E./Spaeth, J. H., *The Constitution of the United States, With Case Summaries, Bicentennial 12th edition*, New York, 1987, s. 24.

¹³ Bu konudaki literatür için bkz., Paul Burrows ve Cento G. Veljanovski (ed), *The Economic Approach to Law*, University of Chicago Press, Chicago 1981, Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge 1990, Mark Kelman, *A Guide to Critical Studies*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

¹⁴ Eroğul, C., *Devlet Nedir?*, İmge Kitabevi, Ankara, 1990, s. 27, *Bir devletin doğuşu, nedenleri ve tanımlanması hakkında* bkz., Hobbes, T., *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi yayınları, 2005, s. 127 vd.

karşılmak için kurulmuş olan bu ortak organlardan oluşmaktadır ve bu anlamda ortak çıkarlara hizmet işlevi de kamu hizmetlerine denk düşmektedir. Kamu hizmeti bu kapsayıcı özelliği ile devletin varlık sebebidir.¹⁵ Ne var ki, burada üzerinde durulması gereken husus kamu hizmeti kavramının ortaya çıkış sürecidir. Kamu hizmeti kavramı ulus-devletlerle beraber ortaya çıkmıştır.¹⁶ Ulus devletler öncesinde vatandaş ve daha özeldir birey kavramına dair farkındalıklar belirmediği için, bu dönemden önce kamu hizmeti veya devlet hizmeti gibi kavramlar idealist malzemelerle yoğrulmaktan öteye gidememiştir. Kamu hizmeti kavramının da idare hukukunun tam ortasına oturmasının anlamlı bir tarafı vardır; o da esasında idare hukukunun varlık sebebinin de devleti tanımlayan işlevlerle açıklanmasıdır.

II. Kamu Hizmetine Hâkim Olan Temel Anlayışlar

1. Objektif Kamu Hizmeti Anlayışı

Objektif kamu hizmeti anlayışına göre, belirli faaliyetler taşıdıkları bazı özellik veya niteliklerden dolayı kamu hizmeti sayılırlar.¹⁷ Bu yaklaşımın en önemli temsilcisi olan *Duguit'e* göre kamu hizmeti; karşılıklı toplumsal bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz ve niteliği gereği tam olarak gerçekleştirilebilmesi ancak yönetici gücün devreye girmesiyle mümkün olması nedeniyle yönetenlerce sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetlerdir.¹⁸

Duguit'in anlayışında, kamu hizmeti devletin kurucu unsurlarından birisidir. *Duguit*, ülke ile birlikte kamu hizmetini de devletin kurucu unsurları arasında saymakta; egemenliği ve kamu gücünü devletin kurucu unsurları arasından çıkararak bunların yerine kamu hizmetini koymaktadır.¹⁹ Devletin işlevleri ile kamu hizmetleri arasında kurulan eşitlik, idare hukukunun tanımında da kullanılmaktadır.

¹⁵ Devletin görev ve fonksiyonlarının bir sınırı olmadığı için mevcut devletlerin yeniden yapılandırılması ve küçültülmesi yönündeki görüşler için bkz., Aktan, C.C., *Devlet Niçin Yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli* Doğu Batı, Yıl 1, sayı 1, Kasım-Aralık-Ocak 1997, s. 36.

¹⁶ Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Ankara, 1998, s. 254

¹⁷ Onar, S.S., age., C.I, s. 28.

¹⁸ Aktaran Karahanoğulları, O., age., s. 32.

¹⁹ Ibid, s. 30.

Kamu hizmetleri okulu anlayışında idare hukuku, kamu hizmetleri hukukudur.²⁰

Bu anlayışı eleştiren Duran'a göre: "(...) nitelikçe kamu hizmeti olan bir faaliyet zaten yoktur ve düşünülemez.²¹ Çünkü insanların faaliyetleri kamusal ve özel kesimlere özlerinin ve niteliklerinin gereği ve zorlanması ile değil, belli bir dönemde belli bir yerdeki topluma egemen olan iktisadi ve sosyal sistemin ibrazı, yani belirli irade ile ayrılır. Binaaleyh her faaliyet kamu hizmeti olmaya elverişlidir ve fakat bu niteliği kazanması veya yitirmesi, yer ve zaman koşulları uyarınca siyasi yöneticileri iradesine bağlıdır (...)".²²

En geniş tanımına göre kamu hizmeti; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.²³ Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür.²⁴ Kamu hizmeti kavramının gerek öğretilde, gerek uygulamada, devletçe ya da diğer kamu tüzel kişilerinince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamının gittikçe genişlediği bir gerçektir.²⁵ Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.²⁶

Türk doktrininde bazı yazarların ifade ettiği gibi kamu hizmetlerinin belirli olması ve görüldüğü zaman tanınacağı²⁷ gibi bir belirleme

²⁰ Karahanoğulları, O., age., s.18.

²¹ Duran, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 304, aynı yönde Giritli, I./Akgüner, T., İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987, s. 129.

²² *Supra* dipnot 17.

²³ Karahanoğulları, O., age. s. 32.

²⁴ Olası (Virtüel) kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin objektivist anlayışına dayanmaktadır. Yani özel olarak görünen fakat kamu yararını taşıyan faaliyetler olası kamu hizmetleridir ve bu idari yargı kararlarıyla açığa çıkar. Karahanoğulları, O., age. s. 152.

²⁵ Bununla beraber, bazı yazarlar Roma Anlaşması'nın 90. maddesinde ifadesini bulan "serbest rekabet" koşullarının elektrik, gaz ve diğer enerji sektörlerinde uygulanması sonucu kamu hizmeti terminolojisinde değişiklik olduğunu iddia etmektedirler. Fournier, J., *Public Service*, www.ambafrance-uk.org. 30.09.2004.

²⁶ İdari işlemlerde kamu hizmeti kriterinin kullanıldığı yargı kararları için bkz., UM 15.2.1999 gün ve E. 1999/10; K. 1999/18 sayılı kararı. Danıştay. 10.D. 21.5.1996 gün ve E. 1995/4326,K. 1996/2769 sayılı kararı, D. 8. D. 3.12.198 gün ve E. 1998/2595; K. 1998/4026 sayılı kararı; aktaran Karavelioğlu, C., İdari Yargılama Usul Kanunu, 2001, 5 baskı, s. 851 vd.

²⁷ Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15,

ise kanaatimizce statik bir ifade taşımaktadır ve bu bağlamda objektif yaklaşım artık terkedilmiştir.²⁸

2. Sübjektif Kamu Hizmeti Anlayışı

Devletin işlevleri ile kamu hizmeti arasında kurulmaya çalışılan birliktelik, subjektivist kamu hizmeti anlayışında bir kopuş göstermekte ve bu anlamda kamu hizmetlerinin tanımlanmasında ya da belirlenmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır. Bu anlayışın en önemli temsilcisi olan *Gaston Jéze* göre, kamu hizmeti anlayışında tek belirleyici olan yöneticilerin iradesidir. Yargıcın, yönetenlerce kamu hizmeti olarak belirlenen bir faaliyetin bu niteliğe sahip olup olmadığını tartışma yetkisi yoktur.²⁹ Doğaları gereği ya da önemli olmaları gibi gerekçelerle belirli tür faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması gibi özünde sübjektif bir öngörü içeren bu görüşten ziyade gerek Türk idare doktrininde³⁰ gerekse Fransız idare hukuku doktrininde³¹ sübjektif kamu hizmeti anlayışı daha kabul edilebilir bulunmuştur. Sübjektif kamu hizmeti anlayışına yöneltilen en önemli eleştiri ise, yasa koyucunun iradesinin yeterince açık olmadığı durumlarda, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağına da o oranda tatmin edici biçimde ortaya konulamayacağıdır.³²

Yasa koyucunun, Anayasa'ya uygun olmak koşulu ile kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis etmesi her zaman mümkündür. Bununla

27-28 Nisan 1998, s. 254.

²⁸ Ulusoy, A., *Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, S. 1-4, C. 48, s. 167.

²⁹ Aktaran Karahanogulları, O., age., s. 39.

³⁰ Duran, L., *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 304, Tan, T., *Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 1991, s.330, Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara, 2002 (6. bası), s. 223; Gözübüyük, Ş./Tan, T., *İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, 1999, C. I (Genel Esaslar), s. 435.

³¹ *Fransız hukukunda niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyetten söz edilemeyeceği, kamu hizmetini yöneticilerin kamu hizmeti olarak yerine getirmeye karar verdikleri kamusal ihtiyaçlar olarak tanımlayan Bordeaux okulundan Jez'den bu yana kabul edilmektedir.* Ulusoy, A., *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Editör Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2001, s. 3.

³² Jéze, G., *Les Principes généraux du droit administratif*, 2éd, M. Girard & E. Brière, 1914, aktaran Öztürk, B., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı-Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000) s. 14.

beraber, böyle bir belirleme yapılırken özellikle kamu hizmetini görecekt kamu kurum veya kuruluşunun işleyişine kamu hukuku rejimi yanında özel hukuk kurallarının da uygulanıyor olması, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemektedir.³³

Bu çerçevede modern idare hukukunda kamu hizmeti kavramı: “önemli derecede kamu yararı içermesi ve bireylere özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tâbi tutulan faaliyet kamu hizmetidir” biçiminde tanımlanmaktadır.³⁴

3. İktisadî Kamu Hizmeti Anlayışı

Devlet, egemenlik kudretini temsil eden bir kurum olarak bazı yetki ve sorumluluklara sahiptir. Ancak bunların neler olması gerektiği ve sınırları büyük önem arz etmektedir. Anayasal iktisatçılara göre, devletin yetki ve sorumluluklarının sınırlandırılması, bir diğer deyişle bireylerin ekonomik hak ve özgürlüklerinin korunması için ekonomik Anayasanın içerisinde mali Anayasa, parasal Anayasa, dış ticaret Anayasası ve yasal kurumsal serbestleşme ile rekabet Anayasası bölümlerine yer verilmelidir.³⁵ Anayasa ve iktisat akımının temel hareket noktası, baskı gruplarının yasama üzerindeki etkisi, yasama organında çeşitli siyasi grupların bulunması nedeniyle çıkarılan yasaların uzlaşma adına tutarsızlıklar taşıması, meclis içi gruplar arasında iletişim kurmanın maliyetlerinin yüksek olması gibi çeşitli nedenlerle iktisadi rasyonaliteye uymayan düzenlemelerin yargı organlarınca belli iktisadi ilkeler

³³ “Bu durumda, fonksiyonları yönünden kamu hizmeti gören ve bu hizmeti görürken de kamu gücünü kullanan İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN) tüzel kişiliğinin, sahip olduğu bu nitelikler dolayısıyla bir kamu kurumu statüsünde bulunması, davacının da bir kamu kurumundan emekliye ayrılması karşısında, söz konusu uyumsuzluğun görüm ve çözümünün idari yargının görev alanına girdiği açık olduğundan, mahkemece, özel hukuk tüzel kişisi olan davalı Sandık ile davacı arasındaki ihtilaflın özel hukuk ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle adli yargıda özümlemesi icap ettiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir”. D. 11. Daire; E. 2001/674, K. 2003/4126, T.17.10.2003. (Kazancı Hukuk Yayınları Mevzuat CD’si, 2005).

³⁴ Ulusoy, A., *Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*, BTHAE, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, II, Ankara, 26 Mart 2004, s. 61

³⁵ Aktan, C., *Anayasal İktisat*, İstanbul, 1997, s. 42.

çerçevesinde denetime tabi tutulmasıdır.³⁶ Yargı organlarının bu faaliyetlerinde, genel yararı gözetici, sosyal refah ya da refah maksimizasyonu kriterlerine dayanmaları önerilmektedir.³⁷ Anayasal iktisatçılar, kamu harcamalarının zaman içerisinde sürekli artış gösterdiğini ve bu artışın milli gelirdeki artış ile orantılı bir biçimde sınırlanması gerektiğini savunmaktadırlar.³⁸ Bu yaklaşımda kamu hizmeti, kamusal mal kavramından hareketle tanımlanmaktadır.³⁹ Anayasal iktisat akımının öngörülerini çerçevesinde geliştirilen iktisadi anlayışta kamusal mal, piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomik düzenlerde, sahip oldukları bazı özellikler dolayısıyla özel girişimciler tarafından ya hiç ya da yeteri kadar üretilmeyen mal ve hizmetlere verilen addır.⁴⁰ İktisadi yaklaşımda kamusal niteliğe haiz malların devlet tarafından, bunların dışında kalan özel malların ise piyasa mekanizmasına dayalı koşullarda üretilmesi gerekir. Bazı malların aslında özel mal niteliği taşıdığı halde devlet tarafından üretilmesi keyfiyetini açıklamakta kullanılan kamusal yarar kavramının, kamusal malın belirtilen özelliklerinden farklı olarak, açık ve tutarlı kriterlere dayanmadığı ve bu nedenle de ideolojik olduğu savunulmaktadır.⁴¹ İktisadi yaklaşım, bu anlamda kamu hizmetinin devletin daralan faaliyet sahasına inhisar etmekte ve daraltıcı bir kimlik taşımaktadır.

4. Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmeti Anlayışı

Anayasa Mahkemesi, 1999 tarihli Anayasa değişikliğinden⁴² önceki içtihatlarında, objektivist bir kamu hizmeti anlayışını benimseyerek; bazı faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucu-

³⁶ 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik, kanaatimizce geniş anlamda yasa koyucunun *iktisadi kamu hizmeti* anlayışını yansıtmaktadır.

³⁷ Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

³⁸ Güler, B.S., *Kompradorun Hukuk Hamlesi*, Anayasal İktisat, Adana, 2003, s. 45.

³⁹ 24 Aralık 2003 tarih ve 25326 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan *5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun kamu geliri* başlıklı 3 (i) maddesinde kamu malı ifadesi kullanılmamıştır.

⁴⁰ Savaş, V., *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 40, Ankara, 1999, s. 92.

⁴¹ Savaş, V., *agm.*, s. 94.

⁴² *Infra*.

nun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlememesinin, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir.⁴³ Bununla beraber Anayasa Mahkemesi kararlarında, genellikle bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğine ilişkin bir nitelendirmede bulunmakla yetinmiş, ancak bunun gerekçesini açıklamamıştır.⁴⁴

Ülkemizde, kamu hizmetleri konusunda geçerli-resmi kamu hukuku anlayışının bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararlarıyla oluştuğunu söylemek yerinde bir tespit olacaktır.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'ne göre bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir.⁴⁶ Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görünmez. Nitekim Anayasa'nın 47. maddesinde "...kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir"⁴⁷ denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında çeşitli faaliyetler için teknik bir kritere değinmeden kamu hizmeti nitelmesi yapmıştır.⁴⁸ Örneğin köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir; kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir.⁴⁹

Örneğin, enerji alanında özelleştirmeyi düzenleyen 3974 sayılı kanunun iptaline ilişkin olarak verdiği kararında "elektrik üretimi,

⁴³ Ulusoy, A., *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2001, s. 2.

⁴⁴ AYM., E. 1987/16, K.1988/8- 19.4.1988, RG., 23.8.1988-1908, s. 49, AYM., E. 1990/4, K. 1990/6, 12.4.1990, RG. 17.6.1990-20551, s. 12, AYM., E. 1989/9, K. 1990/8, RG. 26.7.1990-20586.

⁴⁵ Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM, C.LVI-S. 1-4 (1998), s. 104.

⁴⁶ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., *Infra*.

⁴⁷ Fransız hukukunda kamu hizmetinin işletilmesi kamu veya yarı kamu bir kuruluşa tamamen devredilebilir; genellikle bu kuruluş özel bir şirket olmaktadır. Yetkili kılınan (délégataire) bu kuruluş veya şirket bir iş veya hizmet alışverişi yapılan bir şirket gibi topluluğa karşı hizmetten sorumlu olmaz; topluluk ve ortağı arasında çok özel bir güven ilişkisi mevcuttur. Yetkili kılınan kuruluş bu hizmeti genellikle uzun bir süre için devralır. AUBY, J.B., *Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre açılması*, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 47.

⁴⁸ Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM, C.LVI-S. 1-4 (1998), s.104.

⁴⁹ AYM, 26.3.1974 tarih, E.1973/32, K.1974/11, AMKD, c.12, s.122.

iletimi ve dağıtımının stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinden" olduğu belirtilmiştir.⁵⁰

Aynı şekilde enerji üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin özel kişilere kurdurulmasını veya işlettilmesini konu alan sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve imtiyaz teşkil etmeyeceğini düzenleyen yasa kuralları Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu sonuca varırken şu saptamalarda bulunmuştur:⁵¹

"Öğretide kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Kuşkusuz Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeler saklıdır.⁵² Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğu ya da aykırılığı saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Anayasa Yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil niteliğine bakılarak saptanabilir."⁵³

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, objektivist bir kamu hizmeti anlayışını benimseyerek, bazı faaliyetlerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucunun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlememesinin, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir.⁵⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarında kamu hizmeti kavramını tanımlama gibi bir istek ve iradesinin olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu kararlarında *stratejik, kritik ve önemli kamu hizmeti* şeklinde ortaya atmış olduğu belirlemelerle objektif kamu hizmeti anlayışı ısrarla benimsenmiş ve kamu hizmeti kavramı, özel hukuk rejimine tabi tutulmak istenen fakat tüm yönleriyle kamu

⁵⁰ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, 9.12.1994, AMKD. S. 31, C.I, s. 293.

⁵¹ Karahanoğulları'na göre bu kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetleri konusunda kurucu irade açıklayan bir birim olarak ortaya çıkmaktadır. age., s. 271.

⁵² Bu kararın 4501 sayılı kanundaki yabancılik unsurunun Anayasa'ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karardan farklılaşan yönler için bkz., *Infra*.

⁵³ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, 9.12.1994, AMKD., Sayı. 31, C. I, s. 305 aynı şekilde AYM E. 1994/70, K. 1994/65-2, 22.12.1994, AMKD., Sayı. 31, C. I, s. 408-409.

⁵⁴ Ulusoy, A., *Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFHD, 1999, c.48, s. 165 vd.

hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmelerin bu niteliklerinin korunmasında ve devamında bir filtre görevi görmüştür.

III. Kamu Hizmetinin Ayırıştırıcı Kriterleri

1. Maddi Kriter

Bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya veya bir kamu tüzel kişisinin denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen faaliyetin⁵⁵ kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu faaliyetin kamu yararı⁵⁶ amacını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olması gerekmektedir. Buradaki en büyük sorunsal; kamu hizmeti kavramında olduğu gibi kamu yararı kavramının da farklı disiplinlerdeki anlam ve algılanışının araştırılması gereğidir.⁵⁷ Bu anlamda maddi kriter incelenirken, ilk kez Laroque'un ortaya attığı fakat esas savunuculuğunu *Chenot'un* yaptığı "*Virtüel-İşlevsel Kamu Hizmeti*" teorisine de kısaca değinmek gerekmektedir. Virtüel kamu hizmetinde, niteliği itibariyle özel bir faaliyet icra edilerek halkın ortak ve genel bir ihtiyacı karşılanmakta ve kamu yararı gerçekleştirilmektedir. Yol, rıhtım, akarsu gibi kamu emlakıyla özel bir ilişki söz konusu ise, idare bu faaliyetlere izin verebilir. Anılan türdeki faaliyetler için henüz kanun koyucu tarafından "*kamu hizmeti niteliği*" tanınmadan kamu yararının takipçisi sıfatıyla idare, vermiş olduğu ruhsatın öngördüğü yükümlülükleri azaltıp çoğaltabilir, hatta ruhsatı geri alabilir. Keza idare kamu hizmeti ilkelerine uygun faaliyet gösterme, tarife tespit etme gibi kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutup, faaliyetini kolluk denetimini aşar

⁵⁵ 18 Nisan 2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun Tanımlar Başlıklı 6. maddesi şu şekildedir; (...) Tüzel kişi (şirket): Bu Kanun hükümleri uyarınca doğal gazın üretimi, iletimi, dağıtım, toptan satışı, ithali, ihracı, ticareti ve depolanması fonksiyonlarını yürütmek üzere kurulmuş özel veya kamu hukuku tüzel kişisini(...) (İtalik benim C. Ç. O.)

⁵⁶ Anayasa'da kamu yararının farklı konulara ilişkin olarak düzenlendiği haller için bkz., m. 43, 44, 45, 46, 47; toplum yararı kavramının kullanıldığı madde için bkz., m. 166/2. Kamu yararı kavramını irdelemek bakımından geniş bir yelpaze için bkz., 1580 sayılı Belediye kanununun belediyelerin görevlerini düzenleyen 15.maddesi (*Mülga*). Ayrıca bkz., 24 Aralık 2004 tarih ve 25680 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan 5272 sayılı Belediye Kanunu.

⁵⁷ Hukuk ekonomi perspektifinden bakıldığında *pareto optimali* teorisi uyarınca bir grup ya da topluluğun refahının artması için o grubun asgari bir üyesinin refahında artış olması ve geri kalan üyelerin hiç birinin refahında bir eksilme olmaması gerekir. Parsons, T., *The Structure of Social Action*: Marshall, Pareto, Durkheim, Free Press, New York, 1968, s. 241 vd.

şekilde “içten” denetleyebilir.⁵⁸ Modern İdare hukukunda maddi kriter bir dönüşüme uğramıştır. Günümüzde hangi faaliyetin kamu yararı içerdiği ve dolayısıyla kamu hizmetine konu olabileceği oldukça belirsizdir. Ayrıca kamu hizmeti olarak kabul edilen bazı faaliyetlerin de kamu yararıyla doğrudan bir bağının kurulamadığı görülmektedir.⁵⁹

2. Organik Kriter

Bu kriter uyarınca bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için, bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında olan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması gerekir.⁶⁰ Kamu hizmeti ya doğrudan doğruya bir kanun ile belli bir kamu tüzel kişisine verilir, yüklenir veya kanun koyucu, bir kanun ile kurmuş olduğu kamu tüzel kişisine aynı veya başka bir yasal düzenleme ile doğrudan doğruya belli bir görev, belli bir kamu hizmeti veya hizmetlerini yükleyecek yerde, o kamu tüzel kişisine hatta başka bir kamu tüzel kişisine açıkça yetki verebilir.⁶¹ Bu anlamda, özel kişilerin faaliyetleri kural olarak kamu hizmeti oluşturmaz. Bunların faaliyetlerinin kamu hizmeti oluşturabilmesi için, bu kişilerin kuruluşu ve çalışması üzerinde bir kamu tüzel kişisinin yeterince açık bir denetimi olmalıdır.⁶² Kamu hizmeti kavramının son yüzyılda uğradığı dönüşüm kendisini en fazla organik kriterde hissettirmiştir. *Kamu hizmetinin mutlaka bir kamu otoritesince yerine getirilmesinin zorunlu olmadığı, onun yakın denetimi/gözetimi altındaki özel kişilerce de kamu hizmetinin yürütülebileceği, diğer bir anlatımla önemli olanın kamu hizmetini kimin işleteceği/yürüteceği değil, hizmetin düzgün işleyip işlememesine dair nihai sorumluluğun idarede olması ve sorumlu idarenin, bu hizmeti işleten eğer özel kişiye, üzerinde sıkı bir denetim yetkisinin olması gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır.*⁶³

⁵⁸ Gülan, A., *Kamu Hizmeti Kavramı*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfü Duran'a Armağan, Özel Sayı, S. 1-3, İstanbul, 1988, s. 149-159.

⁵⁹ Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, s. 19.

⁶⁰ Giritli, İ./Akgüner T., *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1987, s.127; Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara, 2002, s.282, Gözübüyük, Ş. /Tan, T., C. I, Genel Esaslar, s. 434.

⁶¹ Bkz., Özay, İ., *Günışığında Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 239.

⁶² Gözler, K., *İdare Hukuku*, Bursa, 2003, s. 220.

⁶³ Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, s. 18'den naklen, AB düzenlemelerinin etkisiyle organik ölçütün tamamen ortadan kalkmış olduğunu savunan yazarlar için bkz., aynı yer.

3. Şekli Kriter

Bir faaliyete uygulanacak hukuksal rejimi esas alan bu kriter uyarınca, kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olan faaliyetler kamu hizmeti sayılırlar.⁶⁴ Kamu hizmeti kavramının idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt olma niteliğinin de kaynağı olan bu kriter, günümüzde önemini yitirmiş; özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğü halde, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği kabul edilmiştir.⁶⁵

IV. Kamu Hukuku Kurgusu Olarak Kamu Hizmetindeki Değişim

Devlet olgusunun doğumunda, gelişmesinde ve aktüel var oluşunda yani geçmişinde ve bugününde, soy zincirinin her aşamasında belirleyici unsur egemenliktir. Devletin bu çekirdek unsuru yanında esasen görünen tarafı hizmet tarafıdır ve devletin yeniden yapılanmasındaki tartışmalar da çekirdek unsur olan egemenlikten ziyade bu eksen etrafında toplanmaktadır. Kapitalizmin gelişmesiyle ortaya çıkan modern devletler öncesinde Eski rejim devleti⁶⁶ kendi ilkesini ve varlığının üzerine dayandırdığı ilk neden olarak ülkede gerçekleştirilen üretimi iktisadi kurallara göre değil kendi *Raison d'Etat'sına* göre paylaşmıştır. Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanların hızla genişlemesi sonucunda devlet bir yandan gücünü ve ağırlığını artırmış diğer yandan ise bu geniş yelpazede hizmetleri sunma çaba ve güdüsüyle kaynaklarını artırmanın çeşitli yollarını aramaya girişmiştir. Devletin yeniden yapılanma projesinde ise devletin özellikle iktisadi alanlardaki ayrıcalıklarının sınırlanması ve hatta tasfiyesi yönündedir. Bu ideolojik savunuşun temelini ise liberal pozisyon oluşturmuştur.

⁶⁴ Türkiye’de özel işletmecilik esaslarına göre faaliyette bulunan KİT’lerin gördükleri hizmetin kamu hizmeti rejimi ağırlıklı olduğu yönünde bkz., Gözübüyük, Ş./Tan, T., İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.I, s. 549.

⁶⁵ Duran, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 305-306; Günday, M., İdare Hukuku, s.224, 20 Şubat 2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 1. maddesi şu şekildedir. “Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır”.

⁶⁶ Bu kavramlaştırma Prof. Dr. Mehmet Ali Kılıçbay’a aittir. Bkz., *Devletin Yeniden Yapılanması*, Doğu Batı, Devlet, Yıl 1, Sayı 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 18.

Söz konusu liberal pozisyon açılımında II. Dünya Savaşı sonrası dönem, klasik kamu hukukuna özgü bazı ilke ve kurumların yeniden yorumlandığı bir dönemdir. Yeniden yorumlanan ilkeler arasında devlet, egemenlik ve insan hakları kavramları ağırlıklı bir yer teşkil etmektedir. Bu döneme kadar esas itibariyle devletlerin kesin egemenliği doktrini hâkim olmuş, bu tarihten sonra ise yeni bir düşünce sözlüğü arama, geniş çizgilerle belirlenmiş gelecek vizyonlarını biçimlendirme ve çok terimle düşünme geleneği oluşmuştur.⁶⁷ Küreselleşme üst başlığında devletin siyasi ve ekonomik alandaki temel unsurlarının yeniden yorumlanması ile beraber *neo-liberalizm* akımı hayatiyet kazanmıştır.

II. Dünya Savaşı sonrasında *neo-liberalizm*, sadece ekonomi veya iktisadi politikalar doğrultusunda görüş oluşturmak değil fakat filozofların, sosyalistlerin, tarihçilerin, hukuk ve ekonomistlerin uluslararası düzeyde birleştiği, insancıl temelli fikri yönelimi temellendirmek amacıyla ortaya atılmıştır.⁶⁸ Neo-liberal görüşte devletin işlevleri, ideal olarak yasa ve düzene tarafsız bir çerçevenin sağlanmasına ek olarak, çok az sayıda gerçek kamu malının sunumuyla sınırlanmalıdır. Özellikle de 1980'lerden bu yana en önemli siyasi gelişmelerden biri olan dünya çapında yaygın özelleştirme süreci de bu akım doğrultusuna hız kazanmıştır. Devlet mülkiyeti kamu hizmetlerinde toplasma yönünde çok güçlü bir eğilim taşımaktadır.⁶⁹ Bunlar herkes için önemli olan [havagazı, elektrik, su gibi] ve arz edilmesinin sık sık doğal tekel⁷⁰ oluşturduğu düşünülen temel hizmetlerin sağlanmasıdır. Ancak neo-liberal yaklaşımlarla devletin temel kamusal hizmetlerin sunulmasına ayıracağı kaynağın azaltılması ve bunun yerine serbestleştirme ve rekabete açmanın daha yerinde olacağı fikri savunulmuştur. Bunun devamında nerede kamu sektörünün belirli işlevlerini devam ettirmenin zorunlu olduğu düşünülüyse, orada rekabetin sınırlı kaynakların azami verimli kullanımını sağlayacağı beklentisiyle kamu ve özel karmaşı yapılarla bu hizmetlerin sunumunun ihale edilmesi yoluna gidilmiştir. Pek çok

⁶⁷ Gül, İ., *Ekonominin Anayasallaşması*, S. 2002/3, FMR, C. 2, s. 57.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Pierson, C., *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul, 2000, s. 157 vd.

⁷⁰ Bugün altyapı hizmetlerinde özel sektörün katılımının sağlanması hususunda dünyada yaşanan genel eğilim özel sektöre açılan endüstriyi dikey olarak bölmek, rekabete açılabilen bölümleri rekabete açıp bunların faaliyetlerini rekabet kanunlarıyla düzenlemek; rekabete açılmayan bölümleri imtiyaz sözleşmeleri yoluyla özel sektöre devredip bunları bağımsız düzenleyici kurumlar aracılığıyla denetlemektir., bkz., Emek, U.

Avrupa ülkesinde bu türden reformlara hizmet sunumlarının yerel yönetim düzeyinde âdemi merkezileştirilmesi eşlik etmektedir.⁷¹

Devletin mal ve hizmetlerin doğrudan üreticisi olma rolünden geri çekilişinin en sert hissedilen ironilerinden biri kendisinden ayırdığı işlevler üzerinde denetimi sürdürmek üzere düzenleme aygıtının yayılması olmuştur.⁷² Geniş anlamda düzenleme; piyasa aktörlerinin davranışını idari veya yasal olarak denetlemek üzere devletin tüm müdahalede bulunma şekilleridir. Esasında liberalizmin çıkış noktası toplumsal bir platform değil de birey olunca devletin sistemdeki önemi artmakta ve dengenin bozulması durumunda düzeltici olarak işlev görmektedir. Kamu hizmeti kavramı kendisiyle bağlantılı olan her hukuki ilişkide kendi niteliğinden kaynaklanan farklılaşmaları doğurucu bir etkiye sahip bulunduğu gibi devlete ilişkin her etkileşimden de elbette ki nasibini almaktadır. Bu anlamda kamu hizmetleri bu yeniden yapılanma projesi içerisinde bir daralma yaşamaktadır.⁷³

Bununla beraber kamu hizmetini doğuran sosyal ihtiyaçlar devam etmektedir. İlk başlarda tahmin edilemeyecek ihtiyaçları karşılamak üretim ve hizmet için ortaya çıkan bu ihtiyaç; sosyal yapının asgari ortak paydası ve liberalizmin çözücü yan etkileri⁷⁴ karşısında görüntüsü değişmiş, temeli farklılaşmış olsa bile devam etmektedir. Kavramın içeriğindeki değişimler varlığını gereksiz kılmamaktadır. Hem sosyal faydaları korumak, hem ortak ihtiyaçları nitelikli biçimde tatmin etmek, hem de ekonomik kaynaklı talepleri karşılamak gereklidir. Ancak günümüzde kamu hizmetine ilişkin ilkelerin kapsamını ve anlamını belirlemenin gerekliliği tartışılmazdır. Ekonomik gerekçelerden kaynaklanan talepler de yanlış bir hedef olarak kamu hizmetini almaktadırlar. Nitelikli sunulan bir kamu hizmetinin liberal ekonomilerde sosyal

⁷¹ Pierson, C., age., s. 165. İngiltere’de ise bu oluşumun tersine geleneksel yerel yönetim işlevlerinin merkezi hükümetçe bakanlar tarafından atanan bir dizi seçilmemiş yetkiliye tahsis edilmesi suretiyle siyasi gücün daha da merkezileşmesi görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için *Infra*.

⁷² Son dönemdeki gelişmeler dikkate alındığında devlet küçülürken kamunun genişlemesi anakroniktir.

⁷³ Karahanoğulları, age., s. 346, Gülan, A., *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ekim 2001, Ankara, s. 151.

⁷⁴ Teorik olarak evrensel insan haklarının temeli olarak görünen liberalizmin yakın gelecekte alacağı biçime yönelik eleştiriler için bkz., Forsythe, D. P., *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Pres, UK, 2004, s. 217-237

yapının sigortası olma işlevini⁷⁵ yerine getirmek suretiyle vazgeçilmez önemi haiz olduğu kolayca anlaşılabilir.

İkinci Bölüm

Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı

I. Kamu Hizmeti Literatüründeki Değişim

Avrupa Birliği hukukunu kamu hizmeti (*public service*) kavramı içerisine oturtmaya çalıştığımızda farklı itirazlar ileri sürülebilmektedir. Fransız idare hukuku ile ilgilenen herkes, kamu faaliyetleri alanının tanımlanmasından da memnundur. Bu tanım idare hukukuna bir köşe taşı olarak hizmet etmiştir. Bu tanıma idarenin geleneksel alanını belirlemek veya geniş çaplı kamu hizmetlerine kendi faaliyetleri için bir çerçeve oluşturmak üzere yasama organı tarafından sürekli olarak başvurulmuştur. Fransa'da parlamento demiryollarını, postaneyi, elektrik üretimini kamu hizmeti olarak sınıflandırmışken, Avrupa Birliği etkisiyle bugün bu hizmetlerin çok farklı bir tanımını şimdiden düşünmek zorunda bırakılmıştır.⁷⁶ Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmeti alanına ilişkin olarak yeni tanımlar tecrübe edilmekte ve kimi yazarlara göre tuhaf hukuk melezlerinin⁷⁷ doğumuna tanık olunmaktadır.

Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti üzerindeki etkilerini araştırırken ilk karşımıza çıkan olgu, kamu hizmetinin klasik kavramlarındaki başkalaşımıdır. Bu başkalaşım ilk planda kamu hizmeti literatürüne bir takım yeni terimlerin girmesi ile başlamakta ve kamu hizmetinin temel kriter ve ilkelerinde çeşitlenme ve değişim ile devam etmektedir.

⁷⁵ Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM., C. LVI, S, 1-4 (1998), s. 107.

⁷⁶ İlginçtir ki klasik kamu hizmeti anlayışında temel bir kamu hizmeti olarak düşünülen elektrik hizmetleri Avrupa Birliği'nin birçok ülkesinde (İngiltere, Orta Avrupa, Portekiz vb.) tamamen serbestleştirilmişken Fransa'da serbestleştirme henüz başlangıç aşamasındadır. Bu da Fransa'nın klasik kamu hizmeti nosyonuna bağlılığını ortaya koymaktadır. Avrupa'da enerji serbestleştirilmesine yönelik tablolar ve karşılaştırma için bkz: http://www.epdk.org.tr/yayin_rapor/piyasagelisim/piyasagelisim.htm.

⁷⁷ Questinaux, N., *İdare ve Hukuk Kuralı: Fransız Conseil d'Etat'ın Önleyici Rolü*, Çev. Cemil Kaya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 11, S. 1-2, 2003, s. 104. Esasında bu kavramsal dönüşüm sadece kamu hukukuna veya idare hukukuna özgü değildir. Avrupa Özel hukukunda da ideolojik bir farklılaşma göze çarpmaktadır. Bu bağlamda Yeni Avrupa Özel Hukuku da daha az dogmatik ve didaktik olarak nitelendirilmektedir. Hesselink, M. W., *The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, Vol. 3, 2002, s. 65.

Avrupa Birliği hukukunda, kamu hizmetleri konusunda farklı bir terminoloji hâkimdir. Kamu hizmeti terimi sadece kurucu anlaşmanın 77. maddesinde taşımacılıkla ilgili olarak kullanılmıştır.⁷⁸ Kuşkusuz bu noktada Avrupa yapılanmasının kamu hizmeti kavramını tamamen yok sayıp bütün sistemi serbest pazar ilkesine göre kurması ve kamu yararı içerse bile hiçbir konuda monopole izin vermemesi beklenemezdi. Zira ilk önce *ekâbir kamu hizmetleri veya geleneksel kamu hizmetleri* ve hatta idari kamu hizmetleri Avrupa Birliği kurucu anlaşmalarının kapsamı dışında tutulmuş ve bu tip kamu hizmetlerine ilişkin tüm yetkiler üye devletlere bırakılmıştır. Bu bakımdan, Avrupa Birliği oluşumunun adı geçen kamu hizmetleri üzerine en azından doğrudan etkisinin olmadığı söylenebilir.

*Avrupa Birliği hukuku üye ülkelere minimalist, etkinleşmiş ve standardize edilmiş bir kamu hizmeti anlayışı empoze etmeye çalışmaktadır.*⁷⁹ Genel ekonomik yarar hizmetleri, evrensel hizmet, minimum hizmet, ek hizmetler, kamusal yarar hizmetleri, kamu hizmeti yükümlükleri⁸⁰ kamu hizmeti kavramı yerine ikame edilmek istenmekte ve bu yeni kavramsal oluşumun tamamlayıcısı olarak da fiyat dengelemesi ve pozitif ayrımcılık terimleri de sıkça kullanılmaya başlanmaktadır.

Birliğin kuruluş amacı, liberal ilkelere dayanan bir ortak pazarın yaratılmasıdır. Farklı hukuk sistemlerine mensup devletlerin bir araya gelmesindeki uyum zorluğunun yanı sıra, kurucu anlaşmada kamu hizmeti kavramının yer almamasının önemli bir nedeni de budur.

Komisyona geliştirdiği mantığa göre, kamusal hizmetlerin en az maliyetle görülmesi Avrupa ekonomilerinin rekabet gücü için temel niteliktedir ve bunu sağlamanın yolu da rekabet araçlarının kullanılmasından geçmektedir.⁸¹ Avrupa Birliği, özellikle demiryolları, elektrik,

⁷⁸ Taşımacılıkta kamu hizmeti yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için yapılan yardımlar Antlaşmaya aykırı sayılmayacaktır (Roma Anlaşması m. 77, yeni Amsterdam Birleşik metin m. 73).

⁷⁹ Ulusoy, A., *Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlaşmalarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, C: 48, S. 1-4, s. 174'den naklen.

⁸⁰ Bu kavramlara ilişkin ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz., Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, s. 84, Godfrin, P., *Droit Administratif des biens, Domaines, travaux, expropriations*, 5^e édition, Armand Colin, Paris, 1997

⁸¹ Bu konuda Avrupa Topuluğu Adalet Divanının vermiş olduğu karara örnek olarak bkz., *Germany v. European Parliament and Council (Tobacco Advertising Case) Court of Justice of the European Communities, Case C-376/98, [2000], ECR I-8419, ayrıca Conseil d'Etat, France, Mäseries de Beauce v. ONIC, Conseil d'Etat, 26 July 1985, Recueil des De-*

haberleşme ve ulaşım gibi ağ hizmetlere, birlik coğrafyasının bütünleşmesini kolaylaştıracağı ve Avrupa ekonomisinin rekabet gücünü artıracacağı için özel bir önem vermektedir. Ancak bu önem sosyal yönere vurgu biçiminde değil, maliyetleri düşürmek, rekabeti sağlamak, serbestleşmek gibi iktisadi mantık çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.⁸²

Avrupa Birliği'nin bütünleşmeye katkıda bulunacağından hareketle haberleşme sektörüne özel ve ayrı bir önem verdiği ve hatta kamu hizmetlerindeki terminolojik başkalaşıma bu sektörden başladığı açıktır. Genel ekonomik yarar hizmetleri gibi kamu hizmetine ilişkin yeni bir kavram olan evrensel hizmet kavramı da AB hukukuna ve bununla birlikte kıta Avrupa'sı ülkelerinin hukuksal düzenlemelerine AB komisyonunun 1987 tarihindeki telekomünikasyon altyapısına ilişkin olarak çıkardığı yeşil kitap ile girmiştir. Kavram daha sonra üye ülkelerin telekomünikasyon ve posta hizmetlerine ilişkin hukuksal düzenlemeleriyle birlikte aynı alandaki çeşitli AB düzenlemelerinde de önemli bir yer tutmaya başlamıştır.⁸³

1. Evrensel Hizmet Kavramı

Avrupa Birliği'nin kurucu anlaşması olan 1957 tarihli Roma Anlaşması'nda "kamu hizmetinden" belirgin bir biçimde söz edilmemiştir. Sadece Roma Anlaşması'nın 73. maddesinde ulaşım sektörüne ilişkin olarak kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. O dönemde esas amaç malların serbest dolaşımına imkan tanıyacak bir serbest pazarın oluşturulmasıdır. Bu anlamda farklı kamu hizmeti nosyonuna sahip olan devletlerin kamu hizmeti anlayışlarının yeknesak hale getirilmesi gibi bir çaba söz konusu olmamıştır. Daha sonra Avrupa Komisyonu'nun sırasıyla, 26 Haziran 1969 tarih ve 1191/69 sayılı, 20 Haziran 1991 tarihli ve 1893/91 sayılı, 23 Temmuz 1992 tarih ve 2408/92 sayılı direktiflerinde ulaşım sektörü ile ilgili konularda kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. Bu dönemde dikkati çeken husus, Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti kavramına ihtiyatlı yaklaştığı ve kavramın ulusal niteliğine öncelik tanındığıdır. 1986 tarihi Avrupa Tek Senediyle beraber her alanda

cisions du Conseil d'Etat 233; RTDE 158, kararların geniş metni için bkz., Hartley, T. C., European Union Law in a Global Context, Text, Cases and Materials, Cambridge, 2004, s. 64-193.

⁸² Karahanoğulları, age., s. 147, aksi yönde bkz., Bozkurt, E. /Özcan, M./Köktaş, A., *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara, 2001, s. 182.

⁸³ *Infra.*

liberalizasyon, rekabete açıklık gibi kavramlar ön plana geçmiş, posta ve telekomünikasyon hizmetlerinde evrensel hizmet kavramı ortaya atılmış, kamu hizmeti kavramı ise enerji ve ulaşım sektörlerinde sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Günümüzde ise Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmetlerinin görülüş usulleri bakımından, devletin kamu hizmetlerini mutlaka gerekli olmadıkça bizzat işletmemesi, sadece regülatör (*düzenleyici-denetleyici*) olması empoze edilmektedir.⁸⁴ Diğer yandan, kamu hizmetlerinin hukuksal rejiminde ekonomik yaklaşımın ön plana geçmesi savunulmaktadır.⁸⁵ Bu bağlamda, kamu hizmetlerinde sektörleşme, rekabete açılma ve yeni bir finansman anlayışı gündeme gelmektedir. Roma Anlaşması'nın 90/3 maddesi, hangi faaliyetin kamu hizmeti veya genel ekonomik yarar hizmeti olacağını belirlemede son sözü topluluk makamlarının söyleyeceğini öngörerek klasik kamu hizmetinde bir başkalaşmaya sebep olmuştur.⁸⁶ Bu anlamda *evrensel hizmet* kavramı da Avrupa Birliği kamu hizmeti kuramına yeni giren terimlerden bir tanesidir.⁸⁷ Evrensel hizmet kavramı AB Hukukuna AB komisyonunun telekomünikasyon altyapısına ilişkin olarak çıkardığı yeşil kitap ile girmiştir.⁸⁸ 1987 yılında çıkarılan yeşil kitapta evrensel hizmet; özellikle bir "*bilgi toplumu*" olarak görülen Avrupa Birliği için herkesin rahatlıkla erişebileceği bir hizmet olarak nitelendirilmekte ve evrensel hizmet bu bilgi toplumu için vazgeçilmez bir unsur olarak ifade edilmektedir.⁸⁹ Özellikle 1992 yılında telekomünikasyon sektöründeki reformist politikalarla Avrupa Birliği konsey kararlarıyla evrensel hizmetin tanımını yapmaya yönelik çalışmalar başlatılmıştır. Burada temel sorunsal, bir yandan evrensel hizmetin tanımını ve kapsamını

⁸⁴ Kuramsal açıdan iktisadi aktörlerin yaptıkları sözleşmelere uymalarını sağlamak için bir devlet gereksinen kapitalizm, reel dünyada dengesizliğin regülasyonu açısından da bir üst denetim gerektirmektedir. Ne var ki, kurumsal yapı gibi "devlet" de ortaya çıktığı andan itibaren kendini yeniden üreten bir iradeye dönüşür. İktisadi anlam dünyasının ve güç ilişkilerinin her alana nüfus ettiği bir dünyada söz konusu yeniden üretim de iktisadi alanı kullanacaktır. Her sistemde var olan gücün getiri yaratma kapasitesi kapitalist sistemde iktisadi kaynakları doğrudan veya dolaylı olarak devletin emrine verecektir. Böylece, sistem içindeki aktörler arasında hakemlik yapılması ve genel çerçevenin düzenlenmesi karşılığında devlet en güçlü iktisadi aktör olarak temayüz eder. Mahçupyan, E., "Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm", *Doğu/Batı*, Yıl 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 21.

⁸⁵ *Infra*.

⁸⁶ Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 100.

⁸⁷ Genel ekonomik yarar hizmetleri, minimum hizmet, ek hizmetler, kamusal yarar hizmetleri kamu hizmeti yükümlülükleri, AB kamu hizmeti hukukuna yeni giren terimlendendir. Bu kavramlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., *Ibid.*, s. 84.

⁸⁸ Ulusoy, A., *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 113.

⁸⁹ Scherer, J., *Telecommunication Laws in Europe*, London, 1998, s. 32.

belirlemek, diğer yandan da hizmetten faydalanacak olanlar için bir fiyat tespit etmektir. Bu amaçla, Avrupa çapında evrensel hizmeti stabilize etmeye yönelik kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. Avrupa Birliği düzenlemeleri uyarınca evrensel hizmet; bireylerin buldukları coğrafi ve ülkesel koşullara bakılmaksızın herkesin faydalanabileceği ve finansal olarak bedelini karşılamakta zorlanmayacağı standart kalitedeki hizmetler olarak tanımlanmıştır.⁹⁰ Bu hizmetlerin kapsam ve hükümlerinin tespit edilmesi ise üye devletlere bırakılmıştır. Monopol bir piyasada evrensel hizmetin sunumu ve hükümleri monopol kuruluşlar tarafından yerine getirilmekteyken, 13 Mart 1996 yılında yayınlanan tam rekabet direktifi, 30 Haziran 1997 tarihli ara bağlantı direktifi ve 1997 tarihli sesli telefon direktifiyle üye ülkelere evrensel hizmetin finansmanı ve bedeli konusunda yerel kriterleri geliştirecek ve yön verecek normlar getirilmiş ve özellikle evrensel hizmetin sunumunda ayrımcılık yasağı, coğrafi koşulların gözetilmesi, şeffaflık ve fiyatın belli bir oranda tutulması (*price cap*) gibi ilkeler getirilmiştir.⁹¹

Türk hukukunda da evrensel hizmet kavramı hukuksal düzenlemelere ilk kez telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin olarak girmiştir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. maddesinde değişiklik yapan 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı kanunda⁹² asgari hizmetler kavramı açıklanırken evrensel hizmetten açıkça söz edilerek Türk Telekom *evrensel hizmet yükümlüsü işletmeci* olarak tespit edilmiştir. Aynı kanunun 4. maddesinde de evrensel hizmet kavramının çerçevesi belirlenmeye çalışılmıştır. Telekomünikasyon hizmetleri yönetmeliğinde de, Asgari Hizmetler başlıklı 29. maddede nitelikleri ve çeşitleri idare tarafından saptanacak evrensel hizmetler için belli nitelikler taşıyan işletmelerin evrensel hizmet yükümlüsü olarak görevlendirileceği, bu yükümlü işletmelerin Türk Telekom yanında diğer işletmeler de olabileceği öngörülmekte ve 35. maddesinin (p) bendinde ise, işletmelere evrensel hizmet finansmanına katkı için mali yükümlülükler getirilebileceği ve bu hususun yetki belgelerinde belirtileceği hüküm altına alınmıştır.⁹³

Ayrıca 16 Haziran 2005 tarih ve 5639 sayılı *Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*⁹⁴ ile kamu

⁹⁰ Scherer, J., *Telecommunication Laws in Europe*, London, 1998, s. 32.

⁹¹ *Ibid*, s. 33.

⁹² RG. 29/01/2000 Sayı. 23948.

⁹³ Ulusoy, A., (Telekomünikasyon), s. 124.

⁹⁴ RG. 26 Haziran 2005 tarih ve 25856 Sayı, bu kanunun 11. maddesi ile; "4.2.1924 ta-

hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde evrensel hizmetin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri”.⁹⁵ Türk hukukunda kanun bazında düzenlenen evrensel hizmet, bu kanunun incelenmesinden de görüleceği üzere şu aşamada sadece haberleşme alanına inhisar ettirilmiştir.

Avrupa Birliği hukukunun *minimalist* kamu hizmeti anlayışı⁹⁶ çerçevesinde ortaya çıkardığı evrensel hizmete birkaç noktada eleştiri yöneltilebilir. Öncelikle bu kavram şu an için elektronik haberleşme alanına inhisar ettirilmiş olması sebebiyle eleştiriye açıktır. Çünkü bu, toplumun başka önemli ortak ihtiyaçlarını içine alacak biçimde genişletilmeye müsait değil gibi gözükmemektedir. Örneğin bir başka temel kamusal hizmet olarak görünen adalet hizmetlerini evrensel hizmet kavramıyla en azından şu aşamada açıklamaya çalışmak mümkün gözükmemektedir. Diğer yandan Avrupa Birliği direktifleriyle evrensel hizmetin tanımlanması ve bedeli konusunda üye devletlere bir serbestlik tanınmakla beraber burada gözden uzak tutulmaması gereken nokta

rihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. maddesinin sekizinci fıkrasının “Türk Telekom, görev sözleşmelerinde belirlenen asgari hizmetleri sunmakla yükümlüdür” şeklindeki son cümlesi ile aynı maddede yer alan “Asgari hizmet” tanımı madde metninden çıkarılmış; 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan “Asgari” ibaresi “evrensel” olarak değiştirilmiş ve 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi “Türk Telekom veya başka bir işletmecinin, vermekle yükümlü olduğu evrensel hizmet dahil, bazı hizmetlerin maliyetini başka hizmetlerin ücretlerinden karşılamak zorunda olduğu haller,” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹⁵ Şu anda TBMM’nde bulunan ve telekomünikasyon sektörünü düzenleyecek ana kanun niteliğine kavuşacak olan *Elektronik Haberleşme Kanunu’nun* “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde de aynen bu tanım kullanılmıştır.

⁹⁶ Özellikle Kıta Avrupasındaki üye ülkeler Avrupa Birliği Komisyonu’nu “liberalizasyon makinesi”, “ultra liberal” ve “dogmatik” olarak değerlendirmektedirler. Bu anlamda Avrupa Birliği Komisyonu geniş bir kamu hizmeti anlayışını dışlamaktadır. Ayrıntılı değerlendirmeler ve literatür için bkz., Prosser, T., *Privatization’s Unexpected Offspring*, Law and Contemporary Problems, [Vol. 63 No. 4], Freedland, M./Sciara, S., *Public Service and Citizenship in European Union Law*, 1998, Mclauchlan, H. W., *Public Service Law and the New Public Management in the Province of Administrative Law*, (Michale Taggart ed., 1997).

üye devletler evrensel hizmete yaklaşımlarında ister istemez kendi egemenlik nosyonlarını ve devlet geleneklerini bu kavrama yansıtmayı isteyecek olmalarıdır. Türk hukuku açısından bakıldığında ise uzun yıllar siyasi irade ile yüksek yargı organları arasında kamu hizmetini tanımlamaya yönelik gizil yarışma evrensel hizmet kavramıyla beraber farklı bir boyuta taşınabilir; yüksek yargı organlarının ve özellikle Danıştayın klasik kamu hizmeti kavramına göre *rakımı çok düşük* olan bu kavramı ne ölçüde sahipleneceği de merak konusudur.

2. Sektörleşme-Kamu Hizmeti İlişkisi

Günümüzde Avrupa Birliği hukuku, hangi faaliyetin kamu hizmeti olacağına ilişkin olarak o faaliyetin niteliğini değil, o faaliyetin yürütüldüğü sektörü esas almaktadır. İdare hukukunun kuruluş döneminde kamu hizmetinin tanımlanmasında kamunun faaliyeti ve kamu hukuku unsurlarının birlikteliği ilke olarak benimsenmiştir.⁹⁷ Devlet faaliyetlerinin piyasaya doğru genişlemesi, piyasa yöntemlerinin de kamuya girmesi sonucunu doğurmuştur. Serbest pazar ve devlet kontrolü arasında bir denge kurulması amacı ve bunun gerçekleştirilebilmesinin ancak her sektörün özelliklerinin ayrı ayrı dikkate alındığı bir yaklaşımla mümkün olabileceği vurgulanırken, klasik kamu hizmetlerinin büyük bölümünde gerçekleştirilmeye çalışılan *liberalizasyon* sırasında bir sarsıntıya meydan vermemek için kapsayıcı değil her sektöre ayrı önem ve öncelik veren ayrıştırıcı⁹⁸ bir yöntem tercih edilmiştir. Ne var ki, Avrupa Birliği bu ayrıştırıcı yaklaşımını bazı sektörlerde yadsıma eğilimindedir. Örneğin Elektronik Haberleşme Şebekeleri ve Hizmetlerinin Yetkilendirilmesine İlişkin 7 Mart 2002 tarih ve 2002/20/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Direktifinde (*Yetkilendirme Direktifi*) kamusal amacı olsun veya olmasın elektronik haberleşmeye ilişkin tüm hizmetler bakımından özel kişilerin yetkilendirilmesi ilkesi getirilmiştir. Daha önceki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği içinde ortak bir faaliyet sahasının gelişime katkıda bulunacağına inanıldığı için *telekomünikasyon sektörü* ayrı ve öncelikli olarak görülmekte ve bu alanda ayrıksı olarak

⁹⁷ Bunun temeli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *BLANCO* Kararı ile atılmıştır.

⁹⁸ TC Anayasası'nın 123. maddesinde idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla kamu hizmetlerini bütüncül bir yaklaşımla ele almak Anayasa'nın ruhuna daha uygun düşmekteyken Avrupa Birliği hukukunun bu öngörülerinin Türk İdare hukukuna nasıl adapte edileceği de merak konusudur.

ortak bir kamu hizmeti politikasına doğru gidilmektedir. Ancak burada unutulmaması gereken husus yine de bu kamu hizmeti anlayışının da liberal taleplerle beslenmiş olduğudur.

Sektörleşme ilkelerinin klasik kamu hizmeti anlayışını çeşitli yönlerden etkileyebileceği düşünülebilir. Bunların başında elbette kamu hizmetlerinin *süreklilik ilkesi* gelmektedir. İlgili sektörde özel sektörün o faaliyeti yürütemeyecek duruma gelmesi karşısında kamu hizmetlerinin nihai sorumlusu olarak devletin o faaliyeti yürütmesi gerekecektir. Ancak devletin o dönemde gerekli araç ve gereçleri elden çıkardığı ve nasılsa kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütüldüğü varsayımından hareketle, ilgili personeli ve organizasyonu tasfiye etmesi halinde kamu hizmetlerinin süreklilik ilkesi zedelenecektir. Herhangi bir kamu hizmetinin yürütüldüğü sektörün tamamen serbestleştirilmesi durumunda, devletin bu alanlara sadece düzenleyici olarak müdahil olması bu durumda sorunu ortadan kaldıracak nitelikte değildir.

Sektörleşme kavramı ile beraber genel bir kamu hizmeti kavramından ziyade posta hizmetleri hukuku, enerji hizmetleri hukuku, iletişim hizmetleri hukuku dallarından söz edilmesi *çok vitesli kamu hizmetleri* olarak anılan⁹⁹ bir kamu hizmeti kavramının ortaya çıkmasına yol açacaktır.

3. Rekabet-Şeffaflık-Kamuoyu Denetimi Gibi Üst Kavramların Kamu Hizmeti Anlayışına Etkisi

Rekabet kavramı üzerine kurulmuş olan Avrupa ekonomik düzeninin Fransız tarzı kamu hizmeti anlayışını rekabeti bozacak nitelikte gördüğü söylenebilir. Çünkü Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmeti kavramı ilke olarak dışlanmış, Avrupa kamu hizmetleri şartı kabul görmeyecek bir proje olarak kalmıştır.¹⁰⁰

Kamu hizmetlerine ilişkin Avrupa Birliği çerçevesinde geliştirilen yaklaşımın, kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesinin, serbestleştirilmesinin ve özelleştirilmesinin prototipi olarak gören yazarlar¹⁰¹ yanında kamu hizmeti kavramını toplumsal bir olgu olarak ele alarak onu put-

⁹⁹ Ulusoy, A., (*İncelemeler*), s. 109.

¹⁰⁰ Bell, J., *The Concept of Public Service Under Threat From Europe? An Illustration From Energy Law*, *European Public Law*, C. 5, S. 21999, 189.

¹⁰¹ Karahanoğulları, O., *Kamu Hizmeti, Kavram, Hukuksal Rejim*, Ankara, 2002, s. 141.

laştırmadan Avrupa Birliği sürecindeki yenileme ve gelişmelere adapte edilmesini savunan yazarlar¹⁰² da bulunmaktadır. Bununla beraber, Avrupa Birliği yapılanmasında kamu hizmetinin algılanışının İngiliz ve ABD uygulamalarına eklenildiğini söylemek yerinde bir tespit olacaktır.¹⁰³ Özellikle kamu kesimi faaliyetlerini rekabete açmak için AB komisyonunun geliştirdiği yöntemler Anglo-Amerikan hukuku kaynaklıdır. Avrupa Birliği açıkça liberal bir yönelim geliştirdiğine göre örneğin, karma ekonomi ve belediyeçilik hizmetleriyle özdeşleşen Almanya'nın ya da güdümlü ekonomisi ve gelişkin kamu hukuku uygulamasıyla öne çıkan Fransa'nın örnek alınmadığı da ortadadır.¹⁰⁴

Piyasa ekonomilerinde kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan yarış veya karşıtlık şeklindeki ilişkiler rekabet kavramını ifade etmektedir. Ekonomik hayatta başarıyı elde etmeye dönük olarak, eşit koşullarda tüketicilerin gereksinimlerini daha iyi ve ucuz karşılayacakları bir serbest piyasanın oluşumuna katkı sağlayacağı düşüncesinden hareketle, rekabet esasına dayalı bir ekonomik birliği hedefleyen bugünkü Avrupa Birliği'nde oluşumun ilk yıllarından itibaren ve özellikle de 1957 tarihli AET Sözleşmesi'nin 85 ve 86. maddeleriyle¹⁰⁵ bu anlayış perçinlenmiş ve 17 no'lu tüzük ile de Avrupa Komisyonu'nun rekabet kurallarına işlerlik kazandırması sağlanmıştır. Zaman içinde Avrupa topluluklarındaki genişlemeye ve entegrasyona paralel olarak Avrupa Topluluğuna ve nihayet Avrupa Birliği'ne geçiş sürecinde meydana gelen gelişmeler ve üye ülkelerin bu konuya ilişkin ulusal düzenlemeleri doğrultusunda yayınlanan beyaz kitap ile oluşturulan kamu oyu ile AT Sözleşmesi'nde ve 17 no'lu tüzükte önemli değişiklikler yapılmıştır. Aynı şekilde bugünkü Avrupa Birliği'ni kuran üye devletlerle, aday ülkeler serbest ticaret ve sanayi esasına dayalı bir ekonomik sistemi kabul eden ülkeler olup, benzeri sisteme sahip ülkelerin çoğu gibi bu ülkeler de rekabet hukuku mevcut olduğu gibi, işlevi serbest rekabetin iyi işleyişini denetlemek olan uzmanlaşmış rekabet kurumu türünden bir bağımsız otoriteye de sahip bulunmaktadırlar. Zira piyasanın ekonomik etkinliği ancak fiyatların serbestçe belirleme serbestisinin ve

¹⁰² Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul, 2004, Ülke Kitapları, s. 119.

¹⁰³ *Karşılaştırma için bkz III. Bölüm.*

¹⁰⁴ Cohen, E./Henry, C., *Service Public, Secteur Public*, Conseil d'Analyse économique, décembre 1997 – numéro 3, s. 20erin t.

¹⁰⁵ Bu maddelerin numaraları değişmiş ve Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma ATA'nın 81 ve 82. maddeleri haline dönüşmüştür.

piyasaya serbestçe girme güvencesinin tanındığı, gücü elinde tutanların ise bunları kötüye kullanmalarını engelleyen hukuki güvencelerin olduğu ortamlarda sağlanabilir. Bununla birlikte, Türkiye gibi bünyesinde KİT'lerine sahip; idare hukukunun güçlü olduğu Fransa'da rekabet dışı uygulamalarla mücadelede *tüm kamu iktisadi teşebbüslerinin de rekabet kurallarına uymaları zorunluluğu getirilmesi* ise başlangıçta kimi hukukçularca rekabeti zafere ulaştırmak için idare hukukunu öldürmek gerekir mi? sorusunun sorulmasına¹⁰⁶ yol açmıştır.

Ne var ki Avrupa Birliğinin özellikle de Avrupa Komisyonu'nun *Anglo-Amerikan* uygulamaları esas alarak geliştirdiği liberalleştirici/ticarileştirici yapının her sektöre kolaylıkla ve tamamen uygulandığını söylemek mümkün değildir. Özellikle Fransa'nın başını çektiği ve güçlü bir dayanışmacı gelenekten gelen ülkelerin 1990'lı yılların ortalarından itibaren geliştirdiği tepkiler ve özellikle kamu sektöründe çalışanların grevleri AB liberalleşmesinin sorunsuz ve hızlı bir biçimde gelişmediğini göstermektedir.¹⁰⁷

Avrupa Birliği hukukunda kural olarak bütün kamu hizmetlerinin rekabet kurallarına uyması zorunludur. Bunun tek istisnası, Avrupa Birliği'nin Anayasası niteliğindeki Roma Anlaşması'nın 90/2 maddesidir. Buna göre, kamu hizmeti yürütmekle yükümlü kuruluşlar kural olarak rekabet kurallarına tabi olmakla birlikte bu tabiiyet bunların kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirmelerini engelleyecekse bundan istisna tutulabilirler. Hangi hizmetin bu istisnadan yararlanacağını nihai olarak belirleme yetkisi ise yine aynı anlaşmanın 90/3 maddesi hükmüne göre AB organlarına ve pratikte komisyona aittir. Ne var ki, kamu hizmetleri için öngörülen rekabet kurallarından ayrık tutulabilme olanağının da sınırları vardır. Öncelikle rekabet kurallarından ayrık tutulma ancak bu kurallara tabi olmanın hizmetin gerektiği gibi sunumunu engellemesi veya güçleştirmesi halinde olanaklıdır. Yani rekabet kurallarından ayrık tutulma istisnaıdır.¹⁰⁸ Öte yandan rekabet

¹⁰⁶ Tezcan, D., *Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar*, FMR, C. 2, S. 2002/1, s. 18.

¹⁰⁷ Karahanoğulları, O., *a. g. e.*, s. 149.

¹⁰⁸ Kamu kuruluşlarının ekonomik alandaki faaliyetleri dolayısıyla rekabet hukukunun uygulama alanına ve dolayısıyla da rekabet kurumlarının yetki alanına girip girmedikleri çeşitli hukuk sistemlerinde önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında, rekabet hukuku açısından kamu sektörü ile özel sektörün eşit muamele görmesi gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz., Tan, T., *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti*, Rekabet Dergisi,

kurallarından ayrık tutulma hem AB makamlarının hem de ulusal makamların çok sıkı denetimine tabidir. Rekabet kurallarından ayrık tutulma AB'nin genel menfaatlerine de aykırı olmamalıdır.¹⁰⁹

Avrupa Komisyonu 4 Ekim 1995 tarihinde Roma Anlaşması'nın 90/3. maddesi mucibince İtalyan devletinin, *Omnitel Pronto Italia* adlı özel teşebbüs aleyhine ve bir devlet teşebbüsü olan *Telecom Italia Mobile* lehine ayrımcılık yapması nedeniyle resmi bir karar almıştır.¹¹⁰ Bu olayda *Telecom Italia Mobile*'in hakim durumunu güçlendiren ayrımcılık şu şekilde ortaya çıkmıştır. *Omnitel Pronto Italia*, aynı ödemeyi *Telecom Italia* yapmadığı halde ve düzenleyici çerçevenin kolaylaştırılması şeklinde bir tazminat *Omnitel* için ödenmeksizin, GSM lisansı için bir giriş ücreti ödemek zorunda kalmıştır. Komisyonun bu olay hakkındaki kararına göre İtalyan hükümeti ya *Telecom Italia Mobile*'in de aynı ödemeyi yapmasını şart koşmalı ya da komisyonun onayını aldıktan sonra ekonomik şartlar bakımından eşit düzeltici tedbirler almalıdır. Buna ilaveten, kesin olarak alınan tedbirlerin ikinci GSM işletmecilerin yetkilendirilmesiyle başlatılan rekabete zarar vermemesi gereği vurgulanmıştır.¹¹¹

Avrupa Komisyonu bugüne kadar üye devletlerin kamu teşebbüsleri veya imtiyazlı teşebbüsler aracılığıyla çeşitli piyasalara rekabeti bozacak şekilde müdahale etmelerini önlemek ve ekonomik sektörlerin daha çok rekabete açılmasını sağlamak amacıyla Roma Anlaşmasının 90/3. maddesi çerçevesinde çeşitli direktifler çıkarmıştır. Nitekim kamu otoriteleri ile kamu teşebbüsleri arasındaki ilişkilerde açıklığın sağlanması amacıyla çıkarılan *85/433 sayılı şeffaflık direktifi* buna örnek verilebilir. Açıklık ve şeffaflık ilkesi, kamu hizmetlerinin klasik ilkelere olmamakla birlikte Avrupa Birliği'nde hemen hemen tüm kamu hizmetleri için geçerli ve kamu hizmetlerinin demokratikleşmesi için hukuksal düzenlemelere de girmiş ve çok önemsenen bir ilke haline gelmiştir. Rekabete açılan kamusal hizmetlerde finansal dengenin

Ekim-Kasım-Aralık 2000, S. 4.

¹⁰⁹ Ulusoy, A., (İncelemeler), s. 131.

¹¹⁰ Oj L, 280, 23.11.1995, pp. 49-57.

¹¹¹ Avrupa'da temel enerji kaynaklarından biri olan elektrik Amerika'ya oranla çok pahalı olup bu durum rekabet açısından Avrupa'nın önünde ciddi bir engel olarak durmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun yayımladığı *Ciampi Raporunda* enerji sektörünü serbestleştirmede ve rekabete açmada başarısız olunmasının Avrupa ekonomisinin rekabet edebilirliği üzerinde çok olumsuz etki yaptığı vurgulanmıştır., bkz., Köksal, T., *Avrupa Birliğinde Bazı Sektörlerde Tekelleşmeyi Önlemek ve Liberalizasyonu Sağlamak İçin Yapılan Düzenlemeler*, Ankara, İdeal Yayınları, 1997, s. 21.

sağlanıp sağlanmadığı ve hizmetten yararlananların bundan bir zarar görüp görmeyeceğinin anlaşılması için¹¹² bütün bu hesapların ilgililerin incelemesine açılması da açıklık ve şeffaflık ilkesinin hayata geçirilmesi sonucu ortaya çıkmıştır.

Avrupa Birliği hukukunda rekabet politikası, anti-tröst ve devlet yardımlarının kontrolüne ilişkin politikaları da kapsamaktadır. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 yılı düzenli raporunda kamu kuruluşlarının acilen rekabete aykırı hükümler içeren sektörel mevzuatta değişiklik yapılması ve Rekabet Kurumu'nun bu sürece tam olarak ortak edilmesi gereği ısrarla vurgulanmıştır. Devlet yardımı çerçeve kanunu kabul edilmediği için hükümetin politikası eleştirilmiş ve devlet tekelleri ile özel ve inhisarı haklara sahip teşebbüsler konusunda uyum için önemli çabanın gerektiğine işaret edilmiştir.¹¹³

II. Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Hizmetine Uygulanan Hukuksal Rejim

A. Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleri Bakımından

Türk hukukunda kamu hizmeti, genel olarak siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹⁴

Her kamu hizmeti nihai olarak bir kamu otoritesinin sorumluluğundadır. Her kamu hizmeti sonuçta bir kamu otoritesi tarafından üstlenilir. Ancak bu özellik, kamu hizmetlerinin mutlaka o kamu otoritesi tarafından yürütülmesini ve işletilmesini gerektirmez. Kamu hizmeti bizzat onu üstlenen kamu otoritesi tarafından yürütülebileceği gibi, o kamu otoritesi dışındaki başka bir kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından da yürütülebilir.

Türk hukukunda kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülüş yöntemleri ise; imtiyaz ruhsat, müşterek emanet, iltizam, kamu

¹¹² Ulusoy, *Telekomünikasyon Hukuku*, Ankara, 2002, s. 145.

¹¹³ Gayriresmi Tercüme Metni için bkz., <http://www.abgs.gov.tr>.

¹¹⁴ Günday, M., *İdare Hukuku*, 9. bası, Ankara, 2004, s. 293, Özay, İ., *Günişliğinde Yönetim*, İstanbul, 1996, s. 229, Ulusoy, A., *Anayasa ve Kamu Hizmeti*, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 26 Mart 2004, s. 71.

istikraz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ile yap-işlet-devret sözleşmeleri olarak sınıflandırılmaktadır.¹¹⁵

İmtiyaz kavramı geleneksel olarak esasen kamu hizmetlerinin özel tekel kurularak özel kişilere gördürülmesini ifade ettiğinden ve bu kavram Avrupa Birliği'nde hakim olan rekabetçi anlayış ve yine Avrupa Birliği tarafından empoze edilen kamu hizmetlerinin de serbest rekabet koşullarında sunulması eğilimiyle bağdaşmadığından Fransa uygulaması dışında Avrupa Birliğinde genel olarak kabul görmemektedir.¹¹⁶ Avrupa Birliği'nde son dönemde kamu hizmeti kavramının amaca hizmet etmediği ve yerine modernize edilmiş bir kavram olan *kamu hizmeti için yetkilendirme kavramının* kullanılması önerilmektedir.¹¹⁷ Yetkilendirme rejimi özellikle Telekomünikasyon Sektöründe sıklıkla uygulanmaktadır. Telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak çıkarılan 2002/20/EC sayılı direktifte yetkilendirme rejimi telekomünikasyon hizmeti görecektek özel kişilerin genel yetkilendirilmesi ve kullanım hakkının devri sisteme oturtulmuştur. Genel yetkilendirme ve kullanım hakkının devri arasındaki fark ise yürütülecek kamu hizmetinin telekomünikasyon hukuku anlamında kıt kaynak¹¹⁸ olarak değerlendirilip değerlendirilmediği noktasında toplanmaktadır. Kıt kaynak kullanımını ihtiva eden durumlarda kullanım hakkının devri, kıt kaynak kullanımını gerektirmeyen hallerde ise genel yetkilendirme rejimi uygulanmaktadır.¹¹⁹ Hatta Hollanda gibi bazı ülkelerde telekomünikasyon hizmetleri esasen ser-

¹¹⁵ *Infra*.

¹¹⁶ Kamu hizmetlerinin sunumunda "uygulamacı ajanslar" temel birimler olup, merkezi yönetimde çalışanların % 90'ı uygulayıcı ajanslarda istihdam edilmektedir. Bu uygulayıcı ajanslar için performans göstergeleri belirlenmekte ve uygulamada esneklik sağlanmaktadır. Bakanlıklar, hedeflerin belirlenmesi ve performans göstergelerinin oluşturulması ile ilgileniyor iken, bağımsız denetim birimleri bakanlıklar adına uygulayıcı ajansları performansla dönük olarak denetlemektedir.

Uygulayıcı ajanslar "Yurttaş Şartı" denen belgeler ile sunacakları hizmetleri, bunları hangi standartlarda sunacaklarını taahhüt etmektedir. 1998 yılında ortaya konan Önce Hizmet-Yeni Şart (Service First-the New Chart) programı ile, Tony Blair Hükümeti önceki dönemlerde yapılan yeniden yapılanma çabalarını daha ileri aşamalara taşımıştır. Bkz., <http://www.basbakanlik.gov.tr>

¹¹⁷ Bettinger, C., *La gestion déléguée des services publics dans le monde concession ou BOT*, Paris, 1997, s. 109.

¹¹⁸ Kıt kaynak tanımı için bkz., 27 Ocak 2000 tarih ve 4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu

¹¹⁹ Şu anda TBMM'de alt komisyonda görüşülen Elektronik Haberleşme Kanununda da yetkilendirme rejimi olarak genel yetkilendirme ve kullanım hakkının devri yöntemleri öngörülmüştür.

best özel hizmetler olarak görülmekte telekomünikasyon hizmetleri için bireysel lisanslarla yetkilendirme dahi söz konusu olmadan ilgili düzenleyici kuruma kayıt usulü öngörülmektedir. Elektrik, doğal gaz ve petrol piyasası gibi kritik sektörlerde de yetkilendirme rejimi düzenleyici kurumlar tarafından tek taraflı idari işlemlerle verilen lisanslar üzerine oturtulmuştur.¹²⁰

Kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülmesinde lisans rejiminin yaygınlaşması elbette ki bağımsız idari kurumların işlevsel misyonunu artırmakta ve hukuki belirlilik ve istikrar açısından bu kurumların verdiği lisanslarda yeknesaklığın sağlanması gerekmektedir.

B. Kamu Hizmetlerinin Finansmanı Bakımından

Avrupa Birliği'nde kamu hizmetlerinde yeni finansman modelleri özellikle 1980'li yıllardan itibaren ortaya atılan önemli ademi merkezileştirme reformları ile gündeme gelmiştir. Kamu hizmetlerinin yönetiminin devredilmesinin klasik modeli olarak görünen imtiyaz yöntemi en etkili olarak Fransa'da uygulama alanı bulmuş hatta diğer Avrupa ülkelerinde imtiyaz yönetimi Fransa'daki algılanış tarzıyla hayata geçirilememiştir.¹²¹ Avrupa'da son dönemde gittikçe yaygınlaşan ekonomik sıkıntılar ve büyüyen işsizlik, merkezi yönetimlerde tıkanmalara neden olmuş ve yerel yönetimleri özel finansman kaynakları aramaya yöneltmiştir. Dolayısıyla, kamu hizmetleri yönetiminin devredilmesi son dönemde Avrupa'da yoğun ilgi görmüştür.¹²² Elbette kamu hizmetlerinin yönetimin devredilmesinin de çeşitli görünümleri bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülmesinin klasik mekanizması kiralama (*affermage*) yöntemi ile tamamlanmıştır. Bu sistemde yetkili kuruluş inşaat yapmamakta ve karşılığında da hizmet gelirlerinin tümünü almamaktadır. Daha yakın zamanlarda ortaya atılan mekanizmalarla yetkili kuruluş, ücretini hizmetten faydalananlardan değil, yerel yönetimlerden almaktadır. Ancak bu da hizmetin cirosuna göre değişmektedir. Buna müşterek emanet denmekte ve hizmet yürüten

¹²⁰ Prosser, T., *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, <http://www.law.duke.edu/journals/63LCP> Prosser.

¹²¹ Auby, JB., *L'Evolution Juridique Française en matiere de gestion deleguee des services publics*, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Ankara, 29 Haziran 2004, Türk-Fransız Semineri Tebliği, s. 47.

¹²² Tan, T., *İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*, AÜSBFD., c. 50, s. 3-4, 1995, s. 297.

hizmetin gelirlerine endeksli bir ücret almaktadır. Vekalet sisteminde ise hizmeti gören özel kişi götürü bir ücret ile bazen hizmetin kârına uyarlanmış bir prim almaktadır. Diğer taraftan, özellikle Fransa'da yeni çıkarılan kanunlarla, kamu hizmetlerinin yönetiminin devredilmesi usulü, sözleşmelerin imzalanmasından önce reklam yoluyla duyurulmasını şart koşarak rekabeti sağlamayı amaçlamaktadır. Kamu hizmetlerinin finansmanı bakımından Avrupa'da uygulanan bir başka yöntem ise doğrudan yönetimdir. Bu yöntem özellikle içme suyu ve su arıtma tesislerinde işletilmektedir. Bu sistemde genel bütçeden herhangi bir yardım yapılmaz. Yerel yönetimler ise tam olarak dengelenmesi gereken özel bir bütçe oluşturmak zorundadır.

Özel şirket tüm tesisin bakım, onarım ve işletilmesini almakta ve finansman bu özel bütçeden karşılanmaktadır. Kira sözleşmelerinde ise yerel yönetimler kendi yaptıkları veya bir imtiyaz sözleşmesi sona erdikten sonra devraldıkları su hizmet tesislerinin mülkiyetini ellerinde tutmaktadır. Sadece hizmetin iletilmesini bir kira sözleşmesi yoluyla özel kişiye devretmektedir. Sözleşme şartları sadece tesislerin mülkiyetini değil aynı zamanda bölgede kamu hizmetlerine ilişkin politikaları belirlemeye yetkili olan yerel yönetimin gözetimi altında hizmetin işletilmesini ve tesislerin bakımı konusunda bütün yükümlülükleri tanımlamaktadır. Özel şirket hizmeti kendi riski altında yönetmektedir. Alacağı ücretin miktarı kira sözleşmesinde tüketiciler tarafından ödenen suyun satış fiyatının bir bölümü şeklinde belirtilmektedir. Yerel yönetimler tesislerin sahibi olarak yine suyun satışı ile finanse edilmesi gereken bütün yeni yatırım giderlerinin yükünü üstlenmektedir. Kamu hizmetlerinin finansmanı hususunda yukarıda açıklamaya çalıştığımız yöntemlere bakıldığında Avrupa oluşumunun kamu hizmetlerinin fiyatlandırılması bakımından da bir değişim geçirdiği görülmektedir. Klasik kamu hizmetleri hukukunda devletler kamu hizmetlerinde fiyatları sürekli kontrol etmiş ve fiyat dengelemesine önem vermişlerdir¹²³ Fakat bugün Avrupa Birliğinde genel eğilim, hizmetin mal oluş fiyatı ve serbest pazar kurallarının¹²⁴ temel alınması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

¹²³ Ulusoy, A., (*İncelemeler*), s. 117.

¹²⁴ Nitekim Ankara Barosu, Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi'nin yüksek su tarife bedellerinin iptali için Ankara İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır. Geniş bilgi için bkz., www.ankarabarusu.org.

Üçüncü Bölüm

Avrupa Birliği Türkiye Etkileşimi ve Kamu Hizmeti Kavramı

I. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışının Türk Hukukuna Etkisi

1. Genel Olarak

Yukarıdaki değerlendirmelere genel olarak bakıldığında, klasik idare hukukunun temel kavram ve kuramı olan kamu hizmetinin, Avrupa oluşumunun etkisiyle modernize edilmeye çalışıldığı ve bunun da büyük ölçüde rekabet kavramından beslendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Avrupa Birliği-Türkiye etkileşiminde kamu hizmetine dair yapılacak her çıkarımda mutlaka rekabet olgusuna değinmek gerekecektir. Bu da temelde rekabet kültürünün Türk toplumunda durduğu yerin sorgulanmasını gerekli kılmaktadır.

Türk toplumunda geleneksel dünya görüşü hâlâ egemendir. Bu yapı içinde de sosyal bağımlılık ilişkileri ön plândadır. Geleneksel yapı içinde bir tarafta sosyal bağımlılık, grupsal çıkarlar bulunmakta; diğer tarafta ise kültürel değerler ekseninde kişi egemenliği yer almaktadır. Buna endekli olarak tam anlamıyla bir başarı, yenilik ya da rekabet motifi görmek olanaklı değildir.

Türk toplumunda özellikle ideolojiler, değerler, çıkarlar ve sosyal bağımlılıklar bizim dünya görüşümüzü belirlediği için, bizim dünya görüşümüz içinde rekabetçi bir anlayış için, yenilikçi bir anlayış için, teknoloji üretmek için yeterli bir alan oluşmamıştır.¹²⁵ Dolayısıyla, oluşan tek rekabet kişisel çıkar rekabetidir. Belki de, sanayi uygarlığında tanımlanan biçiminde orada da çıkar rekabeti vardır ancak bizdeki çıkar rekabetiyle Batı'daki çıkar rekabeti işleyişi, kültürel olarak farklı tabana oturmuştur. Yani, orada maddî çıkarın, bireysel çıkarın savunması varken, bizde sosyal ve bağımlılıkla birlikte bütünleşmiş bir çıkar arayışı söz konusudur.

Türk toplumunun rekabet kültürü Avrupa yapılanmasından farklı olduğu için ebetteki pek çok hukuksal kurum ve kuralda olduğu gibi kamu hizmetinin dönüşümü de ülkemizde çok daha sancılı bir şekilde devam etmektedir. Bu sancılı dönüşümü elbette salt rekabet kültürüne

¹²⁵ Erkan, H., *Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 49'dan naklen.

bağlamak eksik bir nitelendirme olacaktır. Kapsayıcı anlamda kamusal ve kamu hukuku kavramlarının dönüşümünden kamu hizmeti de nasibini almıştır. Ülkemizdeki geçişin sancılı oluşu farklı parametrelere bağlanabilir. Türkiye’de kamu gücüne ve devletin varlığına yüklenen anlamlardan tutun, yargı organlarının uygulamada hukuksal kavram ve kurumları yorumlayışına kadar pek çok etken bu dönüşümün hızının belirlenmesinde etkili olmaktadır.

Son yıllarda hukuksal gerçeklik haline getirilmekte olan bir kamusal dönüşüm olgusu yaşanmaktadır. Kamusalılığın dönüşümünün hukuksal gerçeklik kazanması da kuşkusuz kamu hukukçularının faaliyet alanına girmektedir. Kamusal yönetimde ya da kamu hizmeti alanında gerçekleşen üretimde ortaya çıkan yönetim ilişkisinin hukuksal metinlerle sınırlı kalınarak incelenmesi mümkün değildir. Bu anlamda kamusal dönüşüme hukuksal gerçeklik kazandırma konusunda Türkiye’yi zorlayan uluslar arası belgelerin saptanması, bu noktadan ileri gidilerek saptanan belgelerin hangi toplumsal öznelerin iradesini taşıdığını, hangi toplumsal gerçekliğin hukuksal ifadesi olduğunu, nasıl bir yapının zorunluluklarını yansıttığını¹²⁶ belirlemek gerekmektedir. Ancak kuşkusuz, dönemde özellikle Avrupa oluşumunun etkisiyle açıklık rekabet, şeffaflık, kamuoyu denetimi, katılımcılık, yerleşme gibi üst kavramlar kamu hukuku alanına da sızmaya başlamıştır.

Kamu reformunun kaynaklarını ve nedenlerini açıklamak için dayanılan metinlerin hukukilik ve bağlayıcılık özelliklerinin yanı sıra önemli bir özelliği de uluslararası nitelikte oluşudur.¹²⁷ Kamu hizmeti alanının örgütlenmesine yönelik dönüşüm programının önemli bir ayağı da yerleşmedir. Devletin merkezi idarede bloklaşan iktidarı parçalanarak yerel idarelere devredilmektedir. Ancak böyle bir devir ve bu devrin yaratacağı katılım imkânının başlı başına değerli olup olmadığı tartışılmamıştır. Piyasanın dağıtıcı, sistem dışına itici ve ağır gelir eşitsizlikleri ve bölgesel kalkınma dengesizlikleri yaratıcı etkisine karşılık, eşitlik ve adalet talebinin anlamlı olabildiği ve müdahale gücüne

¹²⁶ TÜSİAD’ın Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması Platformunun yayınladığı rapora göre reformun temel ilkeleri saydamlık ve hesap verilebilirlik, liyakat, idari kapasite ve verimlilik, reformun temel araçları ise düzenleyici reformlar, toplam kalite yönetimi ve e-devlettir. (bkz., <http://www.tusiad.org.tr>).

¹²⁷ Karahanoğulları’na göre borç sarmalındaki Türkiye, kamu hizmeti alanının örgütsel, kurumsal ve işlevsel olarak düzenleme iradesini dışarıya teslim etmiştir. Bkz., Karahanoğulları, O., *Kamuda Tehlikeli Reform*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı. 2, 2004, s. 6.

sahip alanın, yani kamusal alanın açıkça veya mümkün olduğunca küçük parçalara bölünerek daraltılması yerel demokrasiyi güçlendireceği gerekçesiyle katlanılabilir nitelikte bir tercih olarak gözükmemektedir. Siyasal iktidarın, küçük yerel birimlerde katılımcı mekanizmalarla demokratikleşmesi ancak katlanacak siyasal kamusal alanın tam ve güçlü olması ile anlamlıdır.

Söz konusu dönüşümü yansıtmaları bakımından aşağıda sunmaya çalışacağımız örneğe dikkat çekmek istiyorum. Türkiye’de vakıf üniversitelerinin kamu yararı amacıyla kamu hizmeti gördükleri çeşitli yargı kararlarıyla açıkça tespit edilmiştir.¹²⁸

Örneğin vakıf üniversitesi konumundaki Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Turgut Tan, hukuk fakültesinin konseptini sunarken aynen *“uluslararası ilişkilerin yoğunlaşmış karmaşıklaştığı günümüzde, rekabete dayalı piyasa ekonomisinin hukuki altyapısını iyi bilen, küresel ekonominin hukuki sorunlarını algılayıp çözme becerisine sahip hukukçulara gereksinim olduğunu”* ifade etmektedir. Nitekim söz konusu fakültenin ders programı incelendiğinde genel kamu hukukuna yer verilmediği sadece 3. sınıfta bahar döneminde ekonomik kamu hukuku seçmlik ders olarak programa oturtulmuştur.¹²⁹

Aynı şekilde Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde de kamu hukukuna ilişkin herhangi bir derse rastlanmamakta sadece Devlet Teorisi ve Uluslararası Kamu Hukuku dersleri ile bu açık kapatılmaya çalışılmaktadır.¹³⁰ Elbette ki burada sunmaya çalıştığımız bilgiler ideolojik bir kavramsal netleştirme için değil tamamen objektif değerlendirmeleri ortaya dökmek içindir. İncelememizin bütününde ortaya koymaya çalıştığımız gibi piyasa ekonomisi kural ve kurumları ile yavaş yavaş kamu hukukuna ve geniş anlamda kamusala sızmaya başlamış ve değerler sistemini kabul ettirmeye başlamıştır.

Bu hukuksal dönüşümün hukuk fakültelerinden başlaması da elbette ki tesadüf değildir.

Pozitif hukuksal düzenlemelere baktığımızda da satır aralarında kalmış gibi gözükken metinler kamu hukuku ile uğraşanlar için farklı

¹²⁸ Bkz., Danıştay 6. Dairesi’nin 22.9.2003 tarih ve E. 2002/946, K. 2003/4410 sayılı kararı. (Kazancı Mevzuat CD’si 2005).

¹²⁹ Programın ayrıntıları ve Sayın Prof. Dr. Turgut Tan’ın konuşma metni için bkz., <http://www.bilkent.edu.tr/giris-tur.htm>.

¹³⁰ Bkz., <http://www.bahcesehir.edu.tr/fakulteler/hukuk/syllabus.htm>.

biçimde yorumlanmaya müsaittir. Örneğin 17.03.2004 tarih ve 2004/3 sayılı Elektrik Enerjisi Reformu Yüksek Planlama Kurulu kararında:

*“Ekonomik ve sosyal hayatımızdaki yeri tartışılmaz olan elektrik enerjisinin tüm tüketicilere yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde sunulması temel amaçtır. Elektrik enerjisi sektörünün, bu amaç doğrultusunda ve Avrupa Birliği topluluk müktesebatına uyum (vurgu benim C. Ç. O.) hedefi çerçevesinde serbestleştirilmesine devam edilecektir. Sektörde gerekli reformların yapılmasını teminen, kamu mülkiyetindeki elektrik işletmelerinin yeniden yapılandırılması suretiyle elektrik enerjisi üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesi gerçekleştirilecektir. Elektrik enerjisi üretim ve dağıtım varlıklarının zamanında ve başarılı bir şekilde özelleştirilmesi, serbestleştirilmenin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır”.*¹³¹ Biçiminde bir tespitte bulunulmuştur.

Hukukumuzda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi anlamında pozitif hukukumuzda reform niteliğinde gelişme 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile gündeme gelmiştir. Bu tarihten önce bir kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülebilmesi için sözleşme ile yetkilendirme ancak ve ancak idari sözleşme (imtiyaz sözleşmesi) ile mümkün olabilmekteydi. Ancak adı geçen Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen hükümle kamu hizmetini yürütmeye özel kişilerin özel hukuk sözleşmesi ile de yetkilendirilmesine olanak tanınmıştır. Ancak bu yetkiyi genel ve olağan bir yetki olarak değil, istisnai bir yetki olarak görmek gerekmektedir. Zira özel hukuk sözleşmesi ile yapılabilecek bu tür yetkilendirme açık yasal izin ile söz konusu olabilecektir. Nitekim Anayasa değişikliği sonrasında 4493 sayılı kanunla 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu'nda yapılan değişikliklerle bu kanunda sayılan hizmetlerin özel kişilerce yürütülmesine ilişkin yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi haline getirilmiştir.¹³²

Ulusoy'a göre, aslında idari sözleşmelere oranla idare için daha dezavantajlı olan ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkesiyle bağdaştırılması her zaman kolay olmayan özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi yöntemine genel ve asli bir yöntem olarak değil, istisnai ve tali bir yöntem olarak

¹³¹ <http://www.mevzuat.dpt.gov.tr/ypk/2004/03.pdf> (siteden alınma tarihi 09.12.2005).

¹³² Ulusoy, A., *Anayasa Mahkemesi ve Kamu Hizmeti*, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 26 Mart 2004, Ankara, s. 68'dn naklen.

başvurmak ve sadece idare için finansmanı güç olabilecek önemli alt yapı yatırımları ve ulusal güvenlikle bağlantılı olmayan kamu hizmetlerinin bu yöntemle özel kişilere gördürülmesinin tercih edilmesi daha uygun görünmektedir.¹³³

13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliğinin kamu hizmetleri ekseninde getirdiği önemli bir değişiklikte kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim¹³⁴ yoluyla çözülebilmesi imkanının getirilmiş olmasıdır.¹³⁵ Türkiye yaklaşık

¹³³ *Ibid*, s. 68.

¹³⁴ Bu konudaki monografi çalışması için bkz., Orak, C. Ç., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Ankara, 2006.

¹³⁵ 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Anayasa değişikliği kanunuyla Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasına şu hüküm ilave edilmiştir:

"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Ayrıca Anayasa'nın 47. maddesinin kenar başlığı "E-Devletleştirme ve Özelleştirme" şeklinde değiştirilmiş, bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

"Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir".

Aynı Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın Danıştay'ı düzenleyen 155. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek, Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetki ve görevi "iki ay içinde düşüncesini bildirmek" olarak değiştirilmiştir. Bu Anayasa değişikliğinden sonra diğer kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıştır: 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi 18 Aralık 1999 tarih ve 4492 sayılı kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar..."

Böylece tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, idari yargının görevi dışında bırakılmıştır. 2 Haziran 2000 tarih ve 4575 sayılı kanunla da 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevleri sayılırken "(...) Tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar..." denilerek tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar Danıştay'ın yetkisi dışında bırakılmıştır.

Ayrıca 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri'nin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi de 8 Haziran 2000 tarih ve 4577 sayılı Kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

yirmi yıldır yaşanan yüksek enflasyonun etkisi ile devlet gelirlerinin büyük kısmını artan oranda iç ve dış borç ödemesine ayırmaktadır. Ülkemizde özellikle geniş çaplı altyapı ve enerji projeleri için kaynak ayrılamamış, bu tip projelerin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi ve işletilmesi yönündeki düşünce sadece bir finansman kaynağı bulma dışında, bu kesimin işletme-yönetim becerisinden yararlanmaya da kaymıştır.¹³⁶ Esasen bu durumun, devletin ekonomik kamu düzenini sağlama ödevinin doğal bir sonucu olduğu da söylenebilir.¹³⁷

Bu bağlamda özellikle 80'li yıllardan itibaren kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesine ilişkin sözleşmeler *Yap-İşlet-Devret* gibi finans modellerinin¹³⁸ işletilmesi ve özelleştirme çalışmalarına hız vermek suretiyle yaygınlaştırılmıştır. Ancak bir yandan bunlar yapılırken, diğer yandan da sosyal piyasa ekonomisi kavramının ileri

“Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları”.

Bunu müteakip çıkarılan 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun” çıkarılarak imtiyaz sözleşmeleri için tahkim yolunun öngörülmesi durumunda tarafların uymaları gereken ilke ve esaslar tespit edilmiştir.

21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesi ile “21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkeler dair kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabi kılınmıştır”. Bütün bu düzenlemelerle tahkim pozitif idare hukukumuzdaki yerini almış ve Türkiye tahkim usulüne Anayasa’ında yer veren tek ülke konumuna gelmiştir.

Henüz TBMM Genel Kurulu’na sunulmamış olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu tasarısının madde metinleri incelendiğinde 20. maddesinde ilginç bir düzenleme yapıldığı görülmüştür. Türk Borçlar kanunu tasarısının “Genel İşlem Koşulları” kenar başlıklı 20. maddesinin son paragrafında şu hüküm bulunmaktadır; *“Genel İşlem Koşullarıyla ilgili hükümler, imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, (vurgu benim C. Ç. O.) niteliklerine bakılmaksızın uygulanır”.*

4446 sayılı Anayasa değişikliği kanununun Anayasa'nın 47. maddesinde yapmış olduğu değişikliğe paralel ve tamamlayıcı bir düzenleme niteliği taşımakla beraber “özel hukuk” kurumlarının yavaş yavaş idare hukukuna sızmaya başladığını göstermesi bakımından yukarıdaki düzenleme dikkat çekicidir.

¹³⁶ Auby, B., *Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi*, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliği, Ankara, 29 Haziran 1994, s. 47.

¹³⁷ *Infra*.

¹³⁸ *Supra*.

sürülmesiyle devletin kamu yararı ile ekonomi sektörüne müdahale etmesine olanak tanınmıştır.¹³⁹ Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında bu durum; “(...) kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle ödevli olan devlet, gerektiğinde demokratik hukuk kurallarından ayrılmama ve temel hak ve özgürlükleri zedelememek koşuluyla, ekonomi alanına müdahale hakkına sahiptir”¹⁴⁰ biçiminde açıklanmıştır.

Sosyal, ekonomik ve siyasal nedenleri ne olursa olsun, kamu harcamalarının uzun vadede her ülkede devamlı olarak arttığı, bazı kısa dönemlerdeki duraklamalar ya da gerilemeler dışında bu artışın devam ettiği görülmektedir.¹⁴¹ Türkiye’de de yukarıda ifade edildiği üzere özellikle 1980 sonrası dönem liberal ekonominin kurallarıyla hayata geçirildiği, ülkenin dışa açıldığı bir dönem olmakla beraber; devletin iç ve dış borcunun kamu harcamalarının da artışına paralel olarak arttığı bir dönem olmuştur. Bununla beraber devletin özellikle altyapı, enerji, ulaşım, telekomünikasyon gibi hassas sektörlerdeki büyük projeleri¹⁴² hayata geçirme noktasındaki finansal sıkıntısı, uluslararası alanda faaliyet gösteren kreditorlere başvurma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Siyasi iradenin bu tip sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi kılma çabası Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Yargı Kararları ile engellenmiş olmakla,¹⁴³ bu alandaki hukuki yapı ile bu projelerin finansmanını gerçekleştirecek uluslararası kreditorlerin ileri sürdüğü şartlar çerçevesindeki fiili ve ekonomik yapı çatışma içerisine girmiş, hatta bu projelerin uygulamaya geçirilmesi kilitlenme noktasına gelmiştir.

Uluslararası alanda faaliyet gösteren kredi kuruluşları ve bankaların verdiği kredileri sigortalayan Fransa’da COFACE; İngiltere’de ECGD ve Almanya’da HERMES gibi devlet sigorta şirketlerinin¹⁴⁴ de yatırımın gerçekleştirileceği ülkedeki siyasal, sosyal ve ekonomik ko-

¹³⁹ Akıncı, M., *Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu*, *Rekabet Dergisi*, Sayı 5, Ocak-Şubat-Mart, 2001, s. 3.

¹⁴⁰ AYM. 28.03.1963 tarih ve E. 1963/4, K. 1963/71 sayılı kararı, Bkz., 18.10.1963 tarih ve 11534 sayılı RG.

¹⁴¹ Ülkemizde Cumhuriyet döneminin ilk yıllarından başlamak üzere günümüze kadarki kamu harcamalarının artışı hakkında geniş bilgi ve tablolar için bkz., Öner, E., *Kamu Maliyesi I, Kamu Harcamaları ve Kamu Gelirleri*, Ankara, 1986, s. 26 vd.

¹⁴² *Türkiye uygulamasına bakıldığında ise bu durum özellikle imtiyaz sözleşmeleri kapsamında gelişmiştir.*

¹⁴³ *Supra.*

¹⁴⁴ Geniş bilgi için bkz., Dayımlarlı, K., *Yatırımlar Yönünden Bakıldığında Milli ve Milletlerarası Tahkimin Önemi ve Ekonomiye Katkısı*, 13.04.2000 tarihinde Atılım Üniversitesi’nde sunulan konferans metni, s.14, (yayınlanmamıştır).

sullar yanında, yatırım sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların da yatırımın gerçekleştirileceği devlet mahkemeleri dışında daha rafine ve güvenceli olduklarına inandıkları uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi yönünde talepleri olmuştur.¹⁴⁵ Esasında gelişmiş ülkeler, bağımsız ve tarafsız olduğuna inandıkları uluslararası tahkim yolunu tercih etmekte; ulusal mahkemelerin kendi devletleri aleyhine önyargılı olacaklarını iddia etmektedirler.¹⁴⁶ Gelişmekte olan devletler ise, uluslararası tahkimi reddetmekte ve hakem mahkemelerinin, sermaye ihraç eden devletlerin hukukçuları tarafından yatırımın korunması için geliştirilen normları uygulama eğiliminde olduklarını ileri sürmektedirler.¹⁴⁷ Tarafları özel yargıya yönelten sebepler arasında risk dağılımında tarafsız bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına olan ihtiyaçlar da vardır. Özellikle bir tarafın devlet kuruluşu olduğu davalarda hakimleri etkileyebilecek “*nefi hazine*” görüşü; yani devlet kuruluşlarının taraf olduğu davalarda hakimlerin devlet kuruluşlarının lehine karar verebilecekleri endişesi veya bir tarafın yabancı uyruklu olması halinde devlet mahkemelerinin vatandaşlarını koruma psikolojisi ile karar verebilecekleri riski, devlet kuruluşlarıyla sözleşme yapan yatırımcıların ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları yerel mahkemelerde değil, tahkim usulüyle giderme konusunda talepler ileri sürmelerine sebep olabilmektedir.¹⁴⁸

Esasında tahkimin pozitif idare hukukunda yerini almasından önce yabancı yatırımcıların büyük çekincelerinden bir tanesi de 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 23 (d) maddesi uyarınca Danıştay’ın im-

¹⁴⁵ Türkiye Müteahhitler Birliği üyelerini kapsayan bir anket çalışmasında; *Anlaşmazlıkları daha çok nasıl çözümlemeyi tercih edersiniz?* sorusuna verilen yanıt şu şekildedir:

Haktan feragat 5, Kısmi kabul 32, karşılıklı masrafların karşılanması 26, yargı yoluna başvurulduğunda ise mahkeme için 5, hakem heyeti için ise 33 yanıtı verilmiştir. Günay, G./Birgönül, T., *Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Çözüm Yolları*, Ankara, 2001, s. 57.

¹⁴⁶ Bunun en önemli nedenini Ortadoğu’daki petrol davaları ile ilgili olarak gündeme gelen hakem kararları oluşturmaktadır. Bu ihtilaflar, bu ülkelerdeki yönetim değişikliklerinde yeni yönetimlerin imtiyaz sözleşmelerini feshetmesi üzerine gündeme gelmiştir. Bu sözleşmelerin hemen tamamında uygulanacak hukuk olarak İslam hukuku seçilmesine karşın batılı hakem mahkemeleri İslam hukukunun bu meseleleri çözemeyeceğini gerekçe göstererek yatırımcılar lehine sonuç doğuracak kararlar vermişler, bu durum kalkınmakta ülkelerde çok etkisi yaratmış ve uluslararası tahkim müesseselerine yönelik endişelerin doğmasına yol açmıştır. Demir, L., *YİD Sorunlar ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım*, yıl 7, sayı 79, Temmuz 1999, s. 157.

¹⁴⁷ Toope, S., *International Mixed Arbitration*, Cambridge, 1990, s. 222.

¹⁴⁸ Karayalçın, Y., *Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü*, Batider, C. XIX, S. 3/1998, s.5.

tiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisiydi. Danıştay'ın bu sözleşmeleri incelerken gecikmesi ve devlet lehine karar verebilme olasılığı yatırımcılar açısından hukuki risk kapsamında değerlendirilmekteydi. Ayrıca Danıştay, incelemesi için önüne getirilen sözleşme tasarılarında yer alan tahkim ile ilgili hükümleri sözleşme metninden çıkarmaktaydı.¹⁴⁹ Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim ile ilgili hükümleri kabul etmemesinin nedeni incelememizin II. Bölümünde ayrıntılarıyla açıklandığı üzere tahkimin bir özel hukuk kurumu olması ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümününün 2575 sayılı kanunun 24/son fıkrası ve 2577 sayılı kanunun 2/1- (c) maddesi ile idari yargının görev alanı içine sokulmuş olmasıdır. Öte yandan, 2577 sayılı kanunun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hangi hükümlerinin idari yargıda uygulanacağı tahdidi olarak sayılmış olup, bu hükümler arasında HUMK'un tahkim ile ilgili hükümlerine yer verilmemiş olduğundan, sözü edilen kanunun tahkim ile ilgili hükümlerinin idari yargıda uygulanması Danıştay tarafından mümkün görülmemiştir.

Bu durum, Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda önemli adımlar atan ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum için pek çok düzenlemeyi yapmakta çekinmeyen Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinin yaklaşımlarıyla beraber incelendiğinde, özellikle imtiyaz sözleşmelerine dahil olan yabancı yatırımcılar bakımından; dar anlamda imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı dışında bir yola başvurulması, geniş anlamda ise kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olan imtiyaz usulünün tabi olacağı hukuki rejim açısından tekrar gözden geçirilmesi ve buna ilişkin Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması gündeme gelmiştir.¹⁵⁰ Anayasa değişikliğine

¹⁴⁹ *Supra*.

¹⁵⁰ Yasama organında Anayasa değişikliğine giden süreçte yaşananları yansıtmaları bakımından çeşitli görüşler aşağıya alınmıştır *Milletlerarası Tahkim gelişmiş olsun gelişmekte olsun hiçbir ülkenin kaçınmayacağı bir mekanizmadır. Bu dalda çekingen ülke daima kaybeder. Bize göre tahkimin yeri Anayasa değil yasalar olmak gerekir. Anayasa mahkemesi ve Danıştay kararlarının soruna katı yaklaşımlarının bir daha yaşanmaması hassasiyetine dayalı bu tanzim tarzının yerinde olmadığını düşünüyoruz. DYP Grubu adına Ahmet İyımaya, Uluslararası tahkim konusunda hakemlerin kararı milletlerarası özel hukuk çerçevesinde ve usul hukuku kurallarına göre tenfiz şartının devam ettiğini bir kez daha belirtmek istiyorum. Bu anlamda da Türkiye'nin bağımsızlığını zedeleyecek bir durum kesinlikle söz konusu değildir. ANAP Grubu adına Işın Çelebi, Tahkim ister Türkiye'de yapılsın ister yurtdışında yapılsın çok önemli ölçüde ya da tümüyle tarafların serbest iradesine dayanıyor. Dolayısıyla bu prosedürden korkmaya hiç gerek yok, DSP Grubu adına Ali Tekin, Uluslararası tahkimle ilgili Anayasa değişikliği tartışılmaya başlandıktan bu tarafa yanlış bir zemin üzerinde*

giden yolda “katalizör” etkisi yapan bir diğer durum da Türkiye Cumhuriyetinin bu süreçte taraf olduğu gerek çok taraflı,¹⁵¹ gerek iki taraflı “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması” anlaşmaları ile çeliştiği, tüm bu düzenlemelerin ortak bir hukuki zemine oturtulması gerektiği fikri olmuştur.¹⁵²

Esasında yabancı yatırımcıların Türk Danıştay’ına; geniş anlamda Türk idari yargısına karşı belli etmiş olduğu hassas tavır etkisini Avrupa Birliği organlarında da göstermiş ve 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanun ile Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikten¹⁵³ sonra da başka bir görünüm almıştır.

Avrupa Toplulukları Komisyonu’nun “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 Yılı Düzenli Raporunda” devletin ekonomiye müdahalesinin azaldığı, yatırım hizmetleri alanında Türk mevzuatının ilgili AB ve uluslararası standartlara uyumu hususunda olumlu ilerleme kaydedildiği ifade edilmekle beraber, *bağımsız idari kurum kararlarına karşı temyiz mercii olarak Danıştay’a başvurulmasının ve Danıştay tarafından ele alınmasında yaşanan gecikmeler endişe verici* (vurgu benim C. Ç. O.) olarak değerlendirilmiştir.¹⁵⁴

tartışılmaktadır. Bir grup, uluslararası tahkimi kapitülasyonların geri gelmesi, ikinci Sevr ve bağımsızlığımızın zedelenmesi şeklinde yorumlarken; diğer bir taraf da hükümet tarafı da uluslararası tahkimin Türkiye’de her şeyi çözeceği gibi bir yanlış anlayışın içerisinde. Kanaatimizce ikisi de yanlıştır. Yapılması gereken, ulusal çıkarımızı koruyan millî bir tahkim düzenlemesi yapmaktır. Aslında ülkenin yerli ve yabancı yatırımcıya hukuki zemin hazırlaması da idarenin bir görevidir. Veysel Candan (Konya), Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararın şu andaki uygulamada yaptığı gibi yorumlamayıp, sözleşmelerde imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, bugün TBMM Anayasası’nu değiştirmek zorunda kalmayacaktı. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Cumhur Ersümer, geniş bilgi için bkz., TBMM Tutanak Dergisi, cilt: 9, 46. Birleşim 10.8.1999 Salı, Dönem: 21, Yasama Yılı: 1.

¹⁵¹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınmasına ilişkin New York ve Cenevre Sözleşmeleri, ICSID Sözleşmesi gibi. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları için bkz., *Supra*.

¹⁵² İki taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla *İdari yargı alanına giren ihtilafların dahi* (vurgu benim C. Ç. O.) milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkündür şeklinde düşünceler ileri sürülmüştür., Birsal, M./Budak, A., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? /Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, BTHAE Yayınları No. 319, s. 174.

¹⁵³ Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerindeki inceleme yetkisi 2 ay içinde düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.

¹⁵⁴ Bkz., Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 yılı Düzenli Rapor, Avrupa Toplulukları Komisyonu, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği’nin *gayri resmi*

Tahkim mekanizmasının özel hukuk alanındaki ilişkilerde ihtilafa düşen taraflara vermiş olduğu hukuksal tatmin, devlet yargısına istisna teşkil eden bu yolu “*de facto*” tartışılmaz kılmaktadır. Ne var ki, tahkim mekanizmasının idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde idare hukukuna taşınması, ister istemez bir *ihtiyat dürtüsünü* canlandırmaktadır. Tahkim yolunun kamu hukuku alanına aktarılması, özellikle uluslararası hukuk alanında eşit sùjeler olarak faaliyet gösteren devletlerarası ilişkilerde uygulandığı düşünöldüğünde daha az sancılı olmuştur. İdari rejimi benimsemiş olan ölkelerde idari yargının varlık nedeni ve işlevi, hem bireyin hak ve hürriyetlerini, hem de kamu düzenini, kamu yararını korumak ayrıca birey ile yönetim arasındaki ilişkilerde hukuk devletinin temel ilke ve kurallarını hâkim kılmaktır.

13 Ağustos 1999 Anayasa değışikliğı ile Türk İdare Hukuku öğretilisinde bu anlamda bir kırılma noktası yaşanmış ve tahkim yolu pozitif idare hukukundaki yerini almıştır. O dönemdeki tartışmalar dikkate alınarak bir yorum yapmak gerektiğinde bunun *tam bir kapitülasyon olduğu* şeklindeki düşünce tarzı öngöröden yoksun olmakla beraber, bu müessesenin, *İdare hukukunun ve idari yargının temel ilkeleri, prensipleri, yasal ve anayasal dayanaklarının refleksi olmadan bu alana sızabileceğini ileri sürmek* de aceleci bir yaklaşım olacaktır. Buna gerekçe olarak idari yargının Anayasal ve yasal güvencesinin ihlal edilmiş olduğu, idare hukukunun dönüşüme uğratıldığı şeklinde düşünceleri ileri sürölebileceğı gibi, tahkim yargılamasının uygulayıcıları konumundaki hakemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanındaki yetkinlik ve tecrübelerinin belirsiz olduğu, bu mekanizmayı işletecek olan idarelerin de bu alandaki ehliyetinin sınırlı olduğu yönünde pratik mülahazalar da tartışılmaya müsaittir.

Esasında o dönemde tahkimi pozitif idare hukukumuzda sokmak için bir Anayasa değışikliğine ihtiyaç olmadığı inancını taşımaktayız. Tahkimi imtiyaz sözleşmelerinde uygulanabilir kılmak için bir yasa değışikliğı yeterli olabilirdi. İdare hukukunun refleksini azaltmak maksadıyla, Danıştay’ın milletlerarası tahkim yolu öngöröldüğünde nihai hakem heyeti kararlarına karşı tenfiz mercii, kamusal rejime tabi imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözümünde, tahkim yerinin Türkiye olarak tespit edilmesi halinde hakem heyeti kararına karşı iptal davasının açılacağı mahkeme olarak

tercüme metni, s. 79, <http://www.abgs.org>.

belirlenmesi düşünülebilirdi. Milli tahkim sonucunda verilen hakem heyeti kararları açısından ise Danıştay temyiz mercii olarak görev ifa edebilirdi.

Kanımızca uyum kanunlarında halen bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Örneğin “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğacak Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesi Konusunda İlkeler” getiren 4501 sayılı kanunun 6. maddesinde “Bu kanuna ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm olmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı HUMK ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır” denilmekle beraber, 2577 sayılı İYUK 31. maddesinde halen HUMK ve MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümlerine atıf yapılmamıştır. (vurgu benim C. Ç. O.) Ayrıca uyum kanunlarında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların - özellikle özel hukuk rejimine tabi imtiyaz sözleşmelerinde - milletlerarası alanda geniş çaplı kabul gören “arabulucu/uzlaştırıcı” gibi formüllerle çözümlenip çözümlenemeyeceği konusunda da açıklık yoktur.

Özetlemek gerekirse; pozitif idare hukukumuzun yeni tanıştığı tahkim kurumunun tabi olduğu mevzuat sabit bir hal alsa da, idari rejimle *müسابık* hal de mi yaşayacağı, yoksa özel hukuktaki konumunda olduğu gibi “*istisnai yol*” olmayı aşip etkin ve güçlü bir mekanizma mı yaratacağını uygulama belirleyecektir.

2. Türkiye’de Devlet Geleneği ve Bürokrasi Açısından Kamu Hizmeti Algısı

Raison D’Etat kavramı devlet aklını ifade etmektedir. Kişilerden bağımsız bir kurum olarak var olan devlet icaplarını, menfaatlerini kapsayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Devletin âli-menfaatleri burada ön planda tutulmaktadır. Kişisel, hatta toplumsal çıkarlarla, bağımsız bir kişilik olan devletin çıkarları çeliştiği zaman devleti önceleyen mantığı ifade eden bir terimdir. Uzun ve köklü bir devlet geleneğine sahip olan ülkelerde *Raison d’Etat*’nın kuvvetli olduğu iddia edilmektedir.¹⁵⁵ Türkiye Cumhuriyeti de esasında devlet olarak köklü bir geleneğe yaslandığına göre *Raison d’Etat* etkilerini bu topraklarda kuvvetli bir biçimde hissettirmektedir. Avrupa’da feodalite-monarşi

¹⁵⁵ Türköne, M., “Derin Devlet”, *Doğu-Batı*, “Devlet”, Yıl. 1, S. 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 43.

ve kilisenin oluşturduğu merkez-kaç güçlerin devleti sıkıştırmasına mukabil, Türkiye’de bu tip sınırlandırmalardan arındırılmış bir otoritenin gölgesinde devlet aklının özgür ve hükmünü icra eden bir alana sahip olması buna uygun zemin hazırlamıştır. Türkiye’de de üniter milli devletin kökleşmesi için uygulanan toplumsallaşma projeleri ve modernleşme dinamikleri hep bu mantık içinde anlam kazanmıştır.

Bürokrasi, Türkiye için diğer bütün ülkelerden ayrı bir kategoride önem taşır. Bürokrasinin tarihin içinden gelen bu ideolojik oluşumu, devleti son tahlilde kar sağlama aracı olarak gören siyasal felsefe ile de uzlaşmaz bir çatışmanın kaynağıdır. Devletleşme olgusu insanlık tarihinin en önemli aşamasıdır. Devlet en yüce varlıktır ve hatta uluslar kişiliklerini devletleşerek bulmuşlar ve korumuşlardır. Ancak, Avrupa’da batı’nın kendi sosyolojisi içinde tarihsel yerine oturttuğu bir devlet anlayışı genel olarak bürokrasiyi bir “sınıf” olarak görmediğinden bürokrasi/devlet ilişkileri bambaşka bir açıdan ele alınmıştır.

Türk bürokrasisi, merkezci, tümcül, otoriter güçlü bir devletin varlığını temel koşul sayan ve bu politikayı uygulamak ve uygulatmakla devleti koruyup kolladıkları inancını taşıyan kamu personelinin oluşturduğu baskın bir sosyal gruptur. Nitekim Anayasamızda da kamu hizmet görevlilerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.¹⁵⁶

Türkiye’de merkezi idare bünyesinde kamu hizmetlerinin gereklerine göre yetki genişliği esasına dayalı olarak oluşturulan il yönetiminin başında valiler bulunmaktadır.

Esasında İçişleri Bakanı Sayın Abdülkadir Aksu’nun görev yeri değişen ve yeni atanan valilere hitaben yaptığı 09.09.2004 konuşmada devlet aklına ve Türk bürokrasisine ilişkin önemli referanslar verdiği görülmektedir. Bu konuşmadan bazı bölümler aşağıya alınmıştır.¹⁵⁷

“Bugün burada, il`de devletin ve hükümetin temsilcisi olması bakımından, Türk kamu yönetiminin en önemli memuriyetleri olan, valilik görevine yeni atanan ve görev yeri değişen arkadaşlarımızla bir aradayız.

Bu bakımdan, bölgenin şartlarına uygun çözümler üretmek gerekir. Müteşebbisleri tanımak ve onları bir araya getirmek, yatırıma teşvik etmek gerekir. Sanata ve sanatçıya yakın durmak, onların fikri mülkiyet haklarını korumak

¹⁵⁶ TC. Anayasası m. 128-129.

¹⁵⁷ İçişleri Bakanı Abdülkadir Aksu’nun konuşmasının tam metni için bkz.,http://www.icisleri.gov.tr/_Icisleri/Web/Gozlem2.aspx?sayfaNo=167

ve geliştirmek icap eder. Valilerin bu şekilde fonksiyon üstlenmesi, **yüzyılları aşan bir geleneğin de katkılarıyla**, onları, vatandaşlar açısından **“devlete güven”** (vurgu benim C. Ç. O.) parametresinin ilk muhatabı kılar. İşte, devlet-millet kucaklaşması da buradan neş’et eder.

Biliyorsunuz 23 Aralık tarihi, Türkiye’nin 40 yıllık Avrupa Birliği’ne giriş mücadelesi için çok önemli bir tarih... AB tam üyelik görüşmelerine başlama konusunda karar günü... Türkiye, bu 40 yıllık süreç boyunca, gerek hukuk, gerek ekonomik ve gerekse sosyal alanlarda önemli değişimler geçirdi. Cumhuriyet Hükümetleri, ciddi kararların altına imzalarını attı, sorumluluklar yüklendi.

Türk bürokrasisi ve güvenlik teşkilatının geçmişten gelen bazı alışkanlıkları olduğunu (vurgu benim C. Ç. O.) biliyorum. Ama, bildiğim bir başka husus da; genelde insan kaynağımızın ve özelde bürokrasimizin şartlara uyum kabiliyetidir.

Bürokrasimizi, il düzeyinde sevk ve idare eden sizlere bu anlamda büyük sorumluluklar düşmektedir.

Bir anlamda seferberlik ruhunun yaygınlaştırılmasına ihtiyaç var. Genel olarak şikayetçi olduğumuz **“her şeyi devletten bekleme”** (vurgu benim C. Ç. O.) felsefesi yerine, Yunus Emre’nin ifadesiyle; **Çeşmelerden bardağın doldurmadan kor isen, Bin yıl daha beklesen, kendi dolası değil, diyerek, herkesin üretime katılmasını teşvik etmemiz lazım. Bu küreselleşen ekonomik durum açısından da hayati önemi haizdir işsizlikle ancak bu şekilde baş edebiliriz.”**

Esasında Sayın İçişleri Bakanımızın konuşması hem devlet geleceği hem de Türk bürokrasisi açısından önemli dinamiklerin varlığına işaret etmekte ve Avrupa Birliği-Türkiye etkileşiminde bu kanıksanmış alışkanlıklardan kolay kolay vazgeçilmesinin mümkün olmadığı da açıkça ifade edilmektedir. Konuşmadaki vurgunun dikkat çeken tarafı Avrupa Birliği sürecinde sanki devlet aklının bu gelişmeleri çoktan içselleştirmiş olduğu ancak bürokrasinin bu konuda devlet aklına tam anlamıyla eklenmediğidir.

Yukarıda değinilen açıklamalardan da görüleceği üzere gerek Avrupa Birliği etkileşimi ile gerekse küresel baskın dinamiklerin etkisiyle olsun Türk bürokrasisinde ve geniş anlamda yürütme organında da birtakım kırılmalar yaşandığı ve yaşanacağı anlaşılmaktadır. Ne var ki bu kırılmaların kamusal anlamda etkinliği ve farklılığı toplumsal projelerde yatmaktadır. Toplumsal projelerin yönetilenler üzerindeki tanışıklığı ise elbette kamu hizmetleriyle başlamaktadır. Ancak şu dö-

nem itibariyle bu köklü değişikliklerin -uygulayıcıları benimsemekte ve genel kabul etmekte bile güçlük çekerken- kamu hizmetlerine hızlı ve kamusal yarar prensibi göz önünde tutularak nasıl yansıtılacak oluşu da merak konusudur. Hukuk devletinin özel gereklerinden biri de devlet faaliyetlerinin idare edilenler tarafından önceden bilinebilir olmasıdır. Hükümet ve bürokrasinin bu anlamda farkındalıklarının örtüşmesi de bu genel ilkenin anlam kazanması bakımından da önemlidir.

3. Avrupa Birliği Müktesebatına Uyum Sürecinde Kamu Hizmeti Kavramı

Avrupa Birliği Devlet ve Hükümet Başkanlarının 17 Aralık 2004 tarihli Zirvesinde aldığı karar doğrultusunda 3 Ekim 2005 tarihinde yapılan Katılım Konferansı ile Türkiye resmen AB'ye katılım müzakerelerine başlamıştır. Böylece, Türkiye ile AB arasındaki inişli çıkışlı ilişki, çok önemli bir dönüm noktasını aşarak yepyeni bir sürece girmiştir.

Türkiye ile müzakerelerin açılması, Kopenhag siyasi kriterlerinin yeterli ölçüde karşılanması ile mümkün olmuştur. Bu aşamadan sonra da AB'nin, Türkiye'nin bu alandaki uygulamalarını yakından izlemeye devam edeceği kesindir.

17 Aralık sonrasının bir diğer önemli yanı, siyasi kriterlere ilaveten ekonomik kriterlerin ve özellikle müktesebat uyumunun ön plana çıkmasıdır. Ekonomik kriterler müzakerelere konu olmamakla birlikte, bu alandaki gelişmeler müzakere süreci boyunca AB tarafından yakından izlenecek ve bazı müktesebat başlıklarında müzakerelerin açılmasında ölçüt olarak kullanılabilirlerdir.

Önümüzdeki Kasım ayında Türkiye hakkında komisyon tarafından Düzenli İlerleme Raporu ile beraber yeni bir Katılım Ortaklığı Belgesi de hazırlanacaktır. Katılım Ortaklığı Belgesi, tam üyelik için her alanda alınması gereken önlemleri, belirli bir takvime bağlı olarak sıralayan bir tür yol haritasıdır.

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanarak, Bakanlar Konseyince onaylanmaktadır. Bugüne kadar 2 adet Katılım Ortaklığı Belgesi yayınlanmıştır. Bu defaki belgede daha çok ekonomik kriterlere ve müktesebat uyumuna ağırlık verilecektir.

Bu itibarla Türkiye'nin ulusal programının temel amacı, Avrupa Birliği müktesebatına uyumdur.

AB Müktesebatı, AB Hukuk sistemine verilen addır. Yaklaşık 120 bin sayfadan oluşmaktadır.¹⁵⁸ AB'yi kuran ve daha sonra değişikliğe uğrayan antlaşmaları, aday ülkelerin AB'ye katılırken imzaladıkları katılım antlaşmalarını, Konsey, Komisyon, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı gibi topluluk organlarının çıkardıkları tüm mevzuatı ifade etmektedir.

Bu Müktesebat, son katılım müzakereleri için 31 başlık altında sınıflandırılmıştır. Ancak Hırvatistan ve Türkiye ile başlayan müzakere sürecinde bu sayı, geniş kapsamlı bazı konuların bölünmesi suretiyle 31'den 35'e çıkarılmıştır.

Avrupa Birliğine tam üyelik için aday olan ülkeler, üye ülkeleri bağlayan AB müktesebatını AB'ye katılmadan önce kabul etmek zorundadır. Bunu sağlayabilmek için AB müktesebatının çeşitli bölümlerinde amaçlar, hedefler ve bunlara ulaşabilmek için gerekli reformların içerikleri oldukça açık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olmasına karşın, bu durum kamu yönetimi alanı için pek de geçerli değildir. Başka bir deyişle, AB üyesi ve aday ülkeleri kamu yönetimlerinin kendi ulusal sınırları içindeki örgütlenişi ile politika saptama ve uygulamalı biçimleri hakkında spesifik kriterler belirlenmemiştir. AB'nin spesifik bir kamu yönetimi modeli öngörüp öngörmediği; öngörmüş ise bunun nasıl bir model olduğu yönünde AB düzeyindeki ilk kapsamlı çalışma *SIGMA Programı (Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries)* çerçevesinde 1998 yılında yayınlanan "Avrupa Yönetmelik (İdari) alanı içinde kamu yönetimlerinin hazırlanması (*Preparing Public Administration for the European Administrative Space*)" başlıklı rapordur.¹⁵⁹ Esasında AB müktesebatının etkili bir şekilde uygulanmasında önemli rol oynayan sektörlerde bulunması gereken bazı yönetsel yapılar ve kamu yönetiminin örgütlenişi, personeli ve işleyişi ile ilgili bazı temel siyasi-yönetmelik değer ve ilkelere; örneğin demokratik,

¹⁵⁸ <http://www.abgs.gov.tr/tarama/Ozet.htm>, Avrupa Müktesebatının başlıkları için bkz., *Ibid.*

¹⁵⁹ AB Komisyonu'nun görüşlerini temel alan bu rapor, komisyonun AB üyeliği için gerekli olan yönetsel uyum ve yönetsel kapasitenin geliştirilmesi için üyelik müzakereleri yürüten aday ülkelerde uygulamaya konulacak yönetsel reformlara verdiği önemi açıkça göstermektedir.

hukuka bağlı, etkin katılımcı, hesap verebilir ve şeffaf bir yönetime¹⁶⁰ atıfta bulunması dışında AB'ye üye veya aday ülkelerin ulusal kamu yönetimlerinin yapısı konusunda şablon bir model ya da standart bir örgütleniş biçimi öngörmemektedir.¹⁶¹ Ancak SIGMA Programı çerçevesinde 1998 yılında yayınlanan raporda; demokrasi, güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğünü güvenceye alan bir anayasa, güçlü bir hükümet sistemi ve merkezi örgütlenme, yerel/bölgesel özerklik, vatandaşın yönetime itiraz ve bilgi edinme hakkı, hükümet, sivil toplum iletişimi, profesyonel bir kamu personel sistemi, hesap verilebilirliği artırıcı ve yolsuzluğu önleyici etik kurum ve kurullar, etkili bütçe ve vergi toplama otoriteleri, hızlı ve doğru işleyen bir yargı sistemi ayrıntılı olarak belirtilmiştir.¹⁶² Yine bu raporda genel olarak ulusal kamu yönetimlerinin Avrupa Yönetişel Alanı için hazırlanmasına yönelik önlemlerin alınması ve Madrid kriterine göre kamu örgütlerinin ve kamu personel rejimlerinin AB'ye uyumlaştırılmasının gereği ifade edilmiştir.¹⁶³

¹⁶⁰ Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın 5. maddesinin (b) bendi bu düzenlemelere paralel niteliktedir.

Madde 5- Kamu yönetiminin kuruluş ve işleyişinde esas alınacak temel ilkeler şunlardır: b) Kamu Yönetimi Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde, sürekli gelişim, katılımcılık, saydamlık, hesap verebilirlik, öngörülebilirlik, yerindelik, beyana güven ile hizmetten yararlananların ihtiyacına ve hizmetlerin sonucuna odaklılık esas alınır.

¹⁶¹ Kösecik, M., *Avrupa Birliği Entegrasyonu ve Ulusal Kamu Yönetimleri*, Çağdaş Kamu Yönetimi II, Ankara, Nobel, 2004, s. 14.

¹⁶² Ömürgönülşen, U., *Türk Kamu Yönetiminin Avrupa Birliği'ne Uyumu ve Yönetişel Kapasitenin Artırılması*, (Ders Notları-Çoğaltma)-ATAUM, Dönem 36, dosya No: 17, 1.6.2005.

¹⁶³ <http://www.basbakanlik.gov.tr/tasarilar/> "Küreselleşme ve bilgi toplumu süreçlerinin bütün dünyada meydana getirdiği değişim, yeniden yapılanma süreci içinde dikkatle izlenmeli ve değerlendirilmelidir. Bu değişim süreçleri rekabeti artırmakta, halkın yönetimden beklentilerini yükseltmekte ve daha kaliteli bir yönetimi zorunlu kılmaktadır. Küresel rekabet ortamında, kötü yönetimin bedeli son derece ağır ödenmektedir. İçe kapanmanın da bir çare olmadığı gerçeğinden hareketle, küresel süreçlere strateji geliştirerek uyum sağlama ve fırsatları değerlendirme dışında anlamlı bir seçenek kalmamaktadır.

Küreselleşme süreci; bir yandan uluslar üstü ve bölgesel entegrasyonları güçlendirirken, diğer yandan yerel değerleri ve farklılıkları canlandırmakta, yerinden yönetimin önemini artırmaktadır. Birbirini tamamlayan bu süreçler, ulus devletler ve merkezi yönetim yapıları üzerinde çift yönlü bir baskı oluşturmaktadır. İnsanların, bilginin, sembollerin, mal ve hizmetlerin ve sermayenin hareketliliğinin arttığı bir ortamda, geleneksel kurallar ve kontrol yapıları anlamını yitirmiş veya etkisizleşmiş, klasik talep ve beklentiler son derece çeşitlenmiş ve her an değişime açık hale gelmiştir. Bu yeni ortamda kamu yönetimleri; klasik yaklaşım ve kurumsallaşma içinde, paradoksal bir durum ile karşı karşıya kalmıştır. Bir yandan kamu yönetimi, eski gücünü ve araçlarını yitirirken, diğer yandan eskisinden de etkili ve çeşitli hizmetler sunma zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır.

Bütün bu değişim süreçleri ulus devletleri ve merkezi yönetim yapılarını ortadan kaldırılmakta, ancak bu kurumların rolünün yeniden tanımlanmasını gerektirmektedir. Değişim

Bu itibarla Türkiye açısından bakıldığında ilk önemli adım yasama organından gelmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde çıkarılacak kanunların Avrupa Birliği mevzuatına uyumu konusunda çalışmak üzere *Avrupa Birliği Uyum Komisyonu* kurulmuştur. 19 Nisan 2003 tarih ve 25084 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe giren 4847 sayılı Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Kanunu'nun Amaç başlıklı birinci maddesinde komisyonun amacı şu şekilde açıklanmıştır:

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecine ilişkin gelişmeleri izlemek ve müzakere etmek, Avrupa Birliği'ndeki gelişmeleri takip etmek ve bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni bilgilendirmek ve istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelemlerin Avrupa Birliği Mevzuatına uygunluğunu

sürecine başarıyla uyan devletler ve merkezi yönetimler; bir taraftan uluslararası, uluslar üstü ve bölgesel entegrasyon süreçlerinin taşıyıcısı olarak, diğer taraftan farklılıkları hukuk düzeni içinde bir arada tutabilen demokratik ortamlar şeklinde yeniden yapılanmaktadır. Sonuç olarak; kamu kurumları daha az kaynakla, daha fazla ve kaliteli hizmet üretecek şekilde etkinliklerini artırmakta ve enerjilerini öncelikli alanlara yoğunlaştırmaktadır.

Küreselleşme sürecinde devletin değişen rolü, özellikle ekonomi alanında belirginlik kazanmaktadır. Bütün dünyada devletin ekonomik yaşamdaki rolü dönüşmekte, buna bağlı olarak devletin yapı ve işlevleri değişmektedir. Devletin politika belirleme ve katalizör işlevi göyerek yönetme kapasitesi gelişirken, hizmet üretimi ve sunumunda piyasa ve sivil toplum kuruluşları ön plana çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile, doğrudan üreten bir devlet anlayışı yerine, üretme fırsatları yaratan, toplumun ortak çıkarları için rekabet ortamını gözeten, piyasaları düzenleyen ve denetleyen bir devlet anlayışı hakim hale gelmektedir. Hizmetlerin üretilmesinde ve halka sunulmasında piyasa ve sivil toplumun öneminin arttığı bu yeni ortamda, kamunun doğrudan üretim yapmasının sadece diğer alternatiflerin geçersiz olduğu alanlarla sınırlandırıldığı gözlenmektedir. Gelişen teknolojiler ve organizasyon yapıları içinde bu sınırlar da yeniden tanımlanmakta, geleneksel olarak devletin doğrudan rol üstlendiği birçok alan, zaman içinde diğer aktörlere açılabilir. Son dönemlerde telekomünikasyon ve enerji alanında yaşanan gelişmeler bu eğilimin açık örnekleridir.

Zannedilenin aksine, devletin ekonomideki değişen rolü sosyal devlet vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Artan rekabet ortamı ve piyasanın ürettiği sosyal sorunlar, devlete eskisinden de önemli sosyal sorumluluklar yüklemektedir. Üretim yapmayan devlet sosyal devlet vasfını yitirmemekte, tam aksine gereksiz hale gelmiş işlemlerden arınarak dış politika, güvenlik ve adalet gibi asli işlevleri ile sosyal politikalar üzerinde yoğunlaşabilmektedir. Bütün bu işlevlerini yerine getirirken, devletin en az kaynakla en fazla katma değer üretmesi ve kaliteli hizmet sunumu eskisinden de hayati bir unsur haline gelmiştir. Bu çerçevede, sosyal devlet çağdaş araçlar kullanılarak, piyasa ve sivil toplum ile işbirliğini geliştirilerek hayata geçirilmektedir.

Devletin bu değişen rolü özelleştirme, sivilleşme ve yerelleşme şeklinde gelişen eğilimleri desteklemektedir. Kamu kuruluşları özel sektörün daha verimli üretim yaptığı alanları terk etmekte, eskiden "doğal tek" olarak düşünülerek devletin kontrolüne bırakılan alanlar dahi, düzenleyici yapılar kurulmak suretiyle özel kesime açılmakta, bazı kamu hizmetleri sivil toplum kuruluşlarına devredilmekte, merkezi yapılar yerine yerinden yönetim anlayışı hâkim hale gelmektedir".

inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun kuruluş, görev, yetki, çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı adını almasına karşın esasında kamu hizmetine dair pek çok referans normu içeren kanun tasarısına ilişkin olarak Başbakanlık tarafından hazırlanan dokümanda Avrupa Birliği etkileşimi ile kamu yönetimi alanındaki değişim gereği aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır.

Türkiye'nin AB'ye tam üyelik hedefi doğrultusunda yönetim yapısını katılmayı hedeflediği topluluk standartlarına kavuşturma çabası, kamu yönetiminde yeniden yapılanma açısından önemli bir değişim faktörü olarak gündeme gelmektedir. Coğrafi ve tarihsel ilişkilerimiz ile ekonomik bağlarımızın yanı sıra, milyonlarca insanımızın fülü olarak yaşadığı bu birliğe katılma hedefi 40 yılı aşkın bir zamandır ülke olarak benimsediğimiz temel bir tercih olarak ortaya konmuştur.

1963 yılında imzalanan Ankara Anlaşması, 1970 yılında imzalanan Katma Protokol, 1987 yılında yapılan tam üyelik başvurusu, 1995 yılında sağlanan Gümrük Birliği ve nihayet 1999 Helsinki Zirvesi ile kabul edilen aday ülke statüsü, Avrupa Birliği yolunda alınan mesafeyi göstermektedir. Aday ülke statüsü alındıktan sonra; Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler Katılım Ortaklığı Belgesi, Ulusal program, İzleme Raporları, Katılım Öncesi Ekonomik Program ve Ulusal Kalkınma Planı gibi bir dizi plan ve program tarafından şekillendirilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda ülkemizin mevzuat ve kurumsal yapı olarak Avrupa Birliği'ne uyumu temel bir unsur olarak gündeme gelmiştir. Kopenhag kriterleri çerçevesinde siyasi ve ekonomik alanlarda ve müktesebata uyum sağlanması konusunda çok yönlü çabalar yoğunlaşmıştır.

Küreselleşme sürecinin de bir parçası olarak görülebilecek olan bu bölgesel entegrasyon çabası, piyasa, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokratik değerler üzerine kurulu bir birliktelik ve yönetim anlayışını yansıtmaktadır. Demokratikleşme ve gelişmiş bir piyasa düzeni kurma, ekonomik gelişmenin nimetlerini adil bir şekilde paylaşma hedefleri ile de uyum içinde olan AB'ye tam üyelik sürecinde, yönetim yapımızın çağdaş standartlara kavuşturulması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

1980'li yıllarda Avrupa Birliği'ne üye olduktan sonra ekonomik olarak hızla büyüyen ve Avrupa fonlarından yararlanarak refah düzeyi yükselen Yunanistan, İspanya, Portekiz gibi ülke örnekleri, ülkemizin zamanında Avrupa

Birliği üyesi olamamasının ortaya çıkardığı maliyetleri göstermek bakımından önemli örneklerdir. Günümüzde ise Doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa Birliği'ne üye olmaları ve nispi konumlarını hızla iyileştirmeleri süreci yaşanmaktadır. Katılım süreci sona erdiğinde Türkiye dahil 28 üyeli dev bir pazar haline gelecek olan ve nüfusu yüksek ülkelerin karar alma süreçlerini daha fazla etkileme şansı bulacakları bu topluluğa girmek için, yönetimde yeniden yapılanma kaçınılmaz bir gerekliliktir.¹⁶⁴

II. Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi

Türkiye devletçi bir geçmişten gelen, daha doğrusu devletçiliğin bir Anayasa ilkesi olduğu¹⁶⁵ bir mazinin doğurduğu sosyo-ekonomik yapılanmaya sahiptir. Devletçilik ilkesi 1924 Anayasası'na 1937'de yapılan bir değişiklik ile girmiştir. Daha sonra 1961 ve 1982 Anayasaları'nda yer almamış ise de, planlama 1933 yılındaki ilk sanayi planı uygulaması ile bir politika olarak uygulamaya katılmış; ancak 1961 ve 1982 Anayasalarında hükme bağlanarak kurumsallaştırılmıştır. Bu nedenle bir Anayasa hükmü olarak devletçilik ilkesi yürürlükten kaldırılmasına rağmen, özellikle 1961 Anayasası'nın planlamayı kabulü ile gölge bir Anayasa ilkesi olarak devam ede gelmiştir.¹⁶⁶ Zira, plan hedefleri eliyle uygulamaya aktarıldığından 1950-1960 sonrasında da KİT'ler gelişmeye devam etmiştir.

Son yıllarda çağdaş devletin en önemli vasfı olduğu öne sürülen refah devleti veya sosyal devlet kavramının boyutlarını, dolayısıyla toplumsal gelir transferlerinin hem miktarını ve hem de yönünü belirleyecek olan unsurun, ekonomik hakların sayısı ve niteliği olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶⁷

Son yirmi yılda ise Türkiye'nin de içinde bulunduğu çoğu ülke farklı amaçları bulunsa da, özellikle teşebbüs performansını geliştirmek

¹⁶⁴ <http://www.basbakanlik.gov.tr>.

¹⁶⁵ 1924 Anayasası'nda 1937 değişikliği madde 2.

¹⁶⁶ Akalın, G., *Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi*, Anayasa Yargısı II, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994, s. 72.

¹⁶⁷ Savaş, V.F; *Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri*, Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi, Anayasa Yargısı II, Anayasa Mahkemesi'nin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 28-29 Nisan 1994, s. 216.

için özelleştirme, piyasaların serbestleştirilmesi ve regülasyon yönünde politikaları takip etmeye başlamıştır. Özelleştirme, bir taraftan kamu varlıklarının mülkiyetinin tamamını veya bir kısmının özel teşebbüslere devri, diğer taraftan da kamu hizmeti olarak nitelenen bazı altyapı hizmetlerine özel sektörün özellikle imtiyaz sözleşmeleri acılığıyla katılımının sağlanması şeklinde olmaktadır. Özelleştirme uygulamaları ile beraber, devletin piyasa aktörlerinin karar alma süreçlerini etkileyen pozisyonundan çekilmesini öngören deregülasyon ve piyasaya yeni firmaların girmesine imkan tanıyan serbestleşme politikaları da çoğu ülke tarafından uygulanmaya başlanmıştır.¹⁶⁸ Özelleştirme uygulamalarının kamu hizmetine son vereceğini ileri süren yazarlar¹⁶⁹ yanında, özelleştirmenin hızlı, etkili ve verimli idarenin kurulması için gerekli gören yazarlar da bulunmaktadır.¹⁷⁰

Özelleştirme farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. En dar anlamıyla özelleştirme kamu iktisadi teşebbüslerinin satış ve benzeri yöntemlerle özel kişilere devrini ifade etmektedir. Dar anlamıyla özelleştirmeden “*devletin sahip olduğu mal varlıklarının ya da para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının satış ya da benzeri yollarla yerli ya da yabancı gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişilerine devri*” de anlaşılmaktadır. Fakat her halde özelleştirilen kamu varlığının mülkiyetinin devri söz konusudur. Bu nedenle, idarenin hizmetin sorumluluğunu ve hizmet için kullanılan malların mülkiyetini muhafaza ettiği imtiyaz yönteminin dar anlamda özelleştirme kapsamında düşünülmesi mümkün değildir.

Geniş anlamda özelleştirme ise kavramın ideolojik anlamını ve amacını da kapsayacak biçimde, piyasa mekanizmasının işleyebilmesi için, devletin piyasa üzerindeki müdahalesinin azaltılması ya da kaldırılmasını ifade etmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin devri yanında yöntemlerinin özel kişilere devri ya da *kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi* de geniş anlamda özelleştirme kapsamında mütalaa edilmektedir. Geniş anlamda özelleştirme tanımından hareket edilerek, kamu hizmetlerinin imtiyaz usullüyle özel kişilere gördürülmesinin de

¹⁶⁸ Baytan, İ., *Özelleştirme*, Ankara, 2002, s. 20, Emek, U., Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon, s. 1.

¹⁶⁹ Yıldırım, T., *Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*, Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslar arası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001, s. 42.

¹⁷⁰ Tan, T., *Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*, Türk İdare Dergisi, S. 378, 1988, s. 74.

özelleştirme yöntemlerinden biri olduğu savunulmaktadır.¹⁷¹ Gerçekten, geniş anlamda özelleştirme tanımı imtiyaz usulünü¹⁷² de kapsar görünmekle birlikte, XX. yy. başlarında, kamu hizmeti kavramını esas alarak oluşturulan imtiyaz yönteminin, aynı yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmış olan ve içerdiği ideolojik anlam dolayısıyla kamu hizmeti kavramına pek de sıcak bakmadığı bilinen özelleştirme uygulamaları kapsamında değerlendirilmesi anakroniktir. Kaldı ki, genel olarak kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri ile özelleştirme uygulamaları arasında, amaçları esas alındığında herhangi bir paralellik bulunduğu da söylenemez. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde amaçlanan, hizmetin en iyi şekilde yürütülmesi ve böylece kamu yararının sağlanması iken, özelleştirme, sözü edildiği gibi serbest piyasa ekonomisinin mekanizmasının gereksinimlerini karşılamaya yönelik bir araçtır. Bu bakımdan, geniş anlamda özelleştirmenin, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini de kapsadığı görüşü çok da isabetli görünmemektedir.

1961 ve 1982 Anayasası'nın ilk metninde devletleştirme ile ilgili kurallar yer almasına karşın özelleştirme ile ilgili bir kural yer almamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu dönemde verdiği kararlarda özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem kabul ederek, Anayasa'da açıkça bir hüküm bulunmasa da Anayasa ilkelerine aykırı düşmemek kaydı ile özelleştirme ile ilgili düzenleme yapılabileceğini kabul etmiştir. Ancak, mahkemeye göre özelleştirmenin esas ve yöntemlerine ilişkin düzenleme ancak yasayla yapılmalıdır. Bu yasa genel nitelikli çerçeve

¹⁷¹ Serim, B., *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme*, Ankara, 1996, s. 26.; Ruhi, E., *1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme*, Ankara, 2003, s. 19 vd.

¹⁷² Özelliikli ve ilgi çekici bir bakış açısını yansıttığı için Sayın Prof. Dr. Baskın Oran'ın görüşlerini buraya almayı uygun bulduk. "Türkiye, yine aynen Osmanlı İmparatorluğu gibi, kamu hizmetlerini yürütecek geliri kalmadığı için, kamu hizmetlerini artık imtiyaza vermekle meşgul. Ama bunların adı da artık imtiyaz değil, yap-işlet-devlet. İmtiyazın yeni ve kibar adı bu. Bunlar yeni bir isimle anılıyor. Bu durumda Türkiye, Osmanlı'nın düştüğü bir noktadadır. Neden? Çünkü 6 Haziran 2000 tarihli Milliyet'te yazıldığı kadarıyla, IMF'nin Türkiye Masası Şefi Carlo Cottarelli, IMF'nin artık Türkiye bütçesinde taslak aşamasında değil, hazırlık aşamasında müdahale edeceğini söylemiştir. Aynen Sev'r'in daha önce okumuş olduğum 232. maddesi gibi. Yani, Osmanlı bütçesi Meclisi Mebusuna gitmeden önce Maliye Komisyonuna gider, İngiliz, Fransız ve İtalyan üç kişilik komisyona gider, Maliye Komisyonundan onay aldığı takdirde Meclisi Mebusuna gider, eğer Meclisi Mebusunda bir değişiklik yapılacak olursa o zaman kanunlaşmadan tekrar Maliye Komisyonunun onayını almak gerekir. Cottarelli'nin söylediği, "Artık tasarı aşamasında değil hazırlık aşamasında mücadele edeceğiz, o 232. maddedir. Oran, B., *Kaçıncı Küreselleşme, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları*. Haziran 2000, s.121.

yasa olmamalı; her özelleştirme için ayrı yasayla özel düzenleme yapılmalıdır. Aksi halde, yasama yetkisinin devri ve yasama yetkisine aykırılık söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesi bu dönemde bir yandan özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem kabul ederek, özelleştirmeyle ilgili ilkeleri, devletleştirme maddesinden çıkarırken; öte yandan devletleştirmenin temel unsurlarını oluşturan kamu hizmeti niteliği taşıma ve kamu yararının zorunlu kıldığı haller koşulları üzerinde durmamıştır.

Türkiye'nin katılım yönünde ilerlemesi hakkında 2004 yılı düzenli raporunun sonuç kısmındaki aşağıdaki ifadeler de Avrupa Birliği'nin özelleştirme uygulamalarına ne kadar sıcak baktığını göstermesi bakımından önemlidir.

“Ekonomik kriterlere ilişkin kısa dönemli öncelikler kısmen tamamlanmıştır. Enflasyonla mücadeledeki mevcut programın etkin olarak uygulanmasına devam edilirken finans sektöründeki reformlar sürdürülmektedir. Yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin yasal çerçeve geliştirilmiştir. AB ile makroekonomik konularda sürdürülen diyalog tatmin edici seviyededir. Ancak, özelleştirme konusunda daha fazla çaba harcanmasına ihtiyaç duyulmaktadır”. (vurgu benim C. Ç. O.)

1. Hukuki Rejimin Özelleştirilmesi

Kamunun iktisadi kuruluşlarının dış ilişkilerde özel hukuk kural ve usullerine, iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı buldukları kabul edilmektedir. Ancak, özel hukuk kural ve kurumları esas olarak serbest ekonominin mantığına uygun olarak geliştiğinden, örgütlenme ve işleyişin bu kurallara uyması ihtiyacı doğmakta ve bu uyum sorunu da klasik kamu hukuku kurallarını zorlamaktadır.

Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin¹⁷³ örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin düzenleyici işlemler idari yargının görev alanına girmektedir. Bu hizmetlerin bayındırlık işlerine ve bu hizmetlerin işleyişinden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklar ise adli yargının görev alanında kabul edilmektedir.

¹⁷³ Conseil d'Etat'nın endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerini idari yargının “görev bloğu” olarak kullandığına ilişkin olarak bkz., Godfrin, P., *Droit Administratif des biens, Domaines, travaux, expropriations*, 5^e édition, Paris, 1997.

Hukukumuzda 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile özelleştirmelerin Anayasal dayanağa kavuşturulmasının haricinde de kamusal hizmetler Avrupa Birliği başta olmak üzere global dönüşümün etkisiyle ekonomik yaklaşımın etkisi altına girmekte kamu hizmetine hakim olan kamu hukuku kurgusu yavaş yavaş dışlanmaktadır. Örneğin *Hizmet Ticareti Genel Anlaşması* (GATS) incelendiğinde kamu hizmetlerinin münhasıran devlet tarafından sunulmasıyla karşılanmayacağı, karma bir sistem uygulanacağı vurgulanmıştır.¹⁷⁴ Hatta idari kamu hizmetleri olarak adlandırılan ve devletin egemenlik yetkisinden köken alan bazı hizmetler de özel teşebbüse açılmış durumdadır. Örneğin devlet düzen sağlama hizmetleri arasında yer alan iç güvenlik hizmetlerinde özel güvenlik şirketleri de hizmet sunmaktadır.¹⁷⁵ Esasında bu gelişim süreci Avrupa yapılanmasına uygun bir seyir almaktadır. Örneğin kamu hizmeti kuramının kurucu ülkesi olan Fransız Anayasa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın yeni geliştirdiği eğilim, kamu hizmetlerini ve kamu hukukuna bağlanan kamu hukuku sonuçlarını sadece klasik idari kamu hizmetlerinin de gerisine düşer şekilde egemenliğin kullanılmasına ilişkin hizmetlere hasretme yönündedir.¹⁷⁶

Kamu hizmetlerinin rekabete açılması ve özelleştirme ekseninde dikkat edilmesi gereken bir hususta kamu kurum ve kuruluşlarına rekabet hukuku rejiminin uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 3. maddesinde teşebbüs, teşebbüs birliği, mal ve hizmet kavramları tanımlanmaktadır.

¹⁷⁴ Karahanoğulları, O., *Hizmetler Ticaretinde Küreselleşme, GATS Anlaşması*, Ankara, 10 Haziran 2002, DİSK Genel-İş Yayını, s. 66.

¹⁷⁵ Bkz., *Supra*.

¹⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Pellegrin Vs. France* no. 28541/95, 8 Aralık 1999 tarihli kararında "üye devletlerin kamu hizmeti sektörlerinde, kamu hukuku tarafından verilen yetkilerin kullanıldığı belirli görevler vardır. Bu görevlerde bulunanlar, devletin egemen yetkisinin bir kısmına sahiptirler. Bu tip faaliyetlerin tipik örneği, silahlı kuvvetler ve polistir. Bu nedenle, devletlerin bu hizmetlilerden özel bir güven ve bağlılık beklemekte meşru bir yararı vardır. Öte yandan bu kamu hizmet yönetimi özelliği taşımayan görevler için böyleleri bir yarar yoktur". Şeklinde saptamada bulunmuştur. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da *European Commission Vs. The Grand Duchy of Luxembourg* (c-473/93, 2 Temmuz 1996, ECR I-3248 sayılı kararında "söz konusu görevin kamu hukuku tarafından verilen yetkileri kullanan ve devletin kamu yararını korum sorumluluğunu sahip olan kamu hizmeti faaliyetlerinin bir örneği olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Araştırma, sağlık, dahili taşımacılık, posta, telekomünikasyon, su, gaz ve elektrik gibi alanlardaki görevler genel olarak özgül kamu hizmeti faaliyetlerinden uzaktır; çünkü bunlar kamu hukuku tarafından tanınan gücün kullanımıyla ya da devletin kamu yararını koruma yükümlülüğü ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili değildir".

Kamu kuruluşlarının faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamına girip girmeyeceği veya ne tür faaliyetlerin gireceğinin belirlenmesi açısından açıklığa kavuşturulması gereken temel kavram teşebbüs olmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına göre finansman birimi ve hukuki statüsü ne olursa olsun, ekonomik faaliyet yerine getiren her kuruluş teşebbüs sayılmakta, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması gerekli görülmemektedir. Dolayısıyla bu tanım doğrultusunda herhangi bir devlet dairesi teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir. Kamu teşebbüsü ise Avrupa Birliğinin üye devletlerle kamu teşebbüsleri arasındaki mali ilişkilerin saydamlığı konusundaki direktiflerinde belirlenmiştir. Buna göre, kamu güçlerinin mülkiyet, mali katkı ve işletmeye uygulanan kurallar dolayısıyla, doğrudan veya dolaylı biçimde hakim etkiye sahip olduğu teşebbüsler kamu teşebbüsü olarak nitelenmektedir.

Bilindiği üzere Türk hukukunda mal ve hizmet üretimi, pazarlanması ve satışı faaliyetinde bulunan kamu tüzel kişilerinin tipik örneği kamu iktisadi teşebbüsleridir. Bunlar endüstriyel ve ticari kamu kurumları olarak da nitelenmektedir. Bu kuruluşlar tarafından yerine getirilen hizmetler de endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri olarak isimlendirilmektedir. Fransız hukukunda da 1986 tarihli *Rekabetin Korunması Hakkında Kararnamenin* 53. maddesinde kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi endüstriyel ve ticari nitelikli faaliyetlerini kapsadığı kabul edilmektedir.¹⁷⁷ Bu itibarla Türk hukuku açısından 4054 sayılı kanunun ilgili bölümleri dikkatli incelendiğinde rekabet kurallarının kamu kurumlarına ve kamu şirketlerine uygulanmayacağına dair herhangi bir istisna hükmü çıkarmak olanaklı gözükmemektedir. Hatta 4054 sayılı kanunun bazı durumlarda kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerin rekabet kurallarından ayırık tutulabileceğine ilişkin Avrupa Topluluğu kurucu anlaşmasının 86. maddesinin 2. fıkrasındaki istisna hükmüne yer vermemek suretiyle Avrupa Birliği düzenlemelerinden daha liberal bir tavır sergilediği de iddia edilebilecektir. Ancak uygulamada Rekabet Kurumunun kanunu oldukça dar yorumlayarak kamu kurumlarına ve kamu hizmetlerine rekabet kuralının uygulanmasında çok istekli olmadığı da gözlenmektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Tan, T., *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye-Fransa ve İtalya Örnekleri)*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, s. 7 vd.

¹⁷⁸ Buna ilişkin olarak Rekabet Kurulu Kararları için bkz., Rekabet Kurulunun 20.05.1999 tarih ve 99-24/217-130 sayılı TOBB kararı, RG. 12.06.2000, S. 24077, Rekabet Kurulunun 03.03.1999 tarih ve 99-12/91-33 sayılı Türkiye Şoförler ve Otomobilciler

2. Hizmetin Yerine Getirilmesinde Özel Kesimden Yararlanma

İncelememizde kamusal alanın ve kamusal hizmetlerin tartışmaya açıldığı dönemin gelişmelerine ortam hazırlayan süreci genel olarak Avrupa yapılanması çerçevesinde açıklamaya çalıştık. Ancak bu süreç elbette sadece Avrupa Birliği etkisiyle tetiklenmiş değildir. Bu süreçleri üç başlık altında sıralayabiliriz. Birincisi, özellikle ABD, İngiltere,¹⁷⁹ Fransa gibi ülkelerin öncülük ettiği kamuyu küçültme ve özelleştirme düşüncesi, ikili ilişkiler ya da uluslar arası finans kuruluşları nedeniyle gelişmekte olan ülkelere aktarılmıştır. İkincisi, Türkiye'deki siyasal gelişmelerle ilgili olarak 1980 sonrasında başlayan ekonomi-politika değişiklikleri hükümet politikaları olarak devam etmiştir. Üçüncüsü iktidar ve muhalefet partileri arasında özellikle özelleştirme uygulamaları hususunda görüş ayrılıklarının azalmasıdır.¹⁸⁰ Uygulamaların benimsenmesinde yerel yönetimlerin hizmet birimlerinde yer alan yanlış örgütsel birimler de rol oynamıştır.¹⁸¹ Bu yanlış örgütlenmenin düzeltilmesi ve yerleşik yapının değiştirilmesi güç ve masraflı olduğundan kamusal hizmetlerin yürütülmesinde özel kesimden faydalanma daha kabul edilebilir bulunmuştur. Örneğin, *Mahalli İdareler ve Büyükşehir Yönetimi, Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporunun* yerel yönetimlerin harcamalarına ilişkin öneriler bölümünde kısa vadeli çözüm önerileri arasında bazı belediye hizmetleri özel sektöre verilmelidir önerisi de yer almıştır. Hizmetlerin yerine getirilmesinde başka bir uygulama da şirketleşme uygulamasıdır. Özellikle belediyeler, kamu hizmeti için var olduklarını unutturacak boyutta şirketleşmiş;¹⁸² yani kamusal bir güce ve yetkiye dayanarak kamu hizmetini ticari iş veya faaliyet konumuna getirmişlerdir. Belediyelerin yükümlülüğü altında bulunan hizmetlerin neredeyse tümü doğrudan kamu eliyle görülmekten çıkmış; ticaret yasasına tabi şirketle eliyle ve fiyatlama yöntemiyle yürütülür olmuştur. Bu uygulamalar incelendiğinde ise

Federasyonu kararı, RG. 09.09.1999, S. 23811, Rekabet Kurulunun 13.08.1998 tarih ve 96/785-169 sayılı kararı Türkiye Şeker Fabrikaları AŞ. Kararı, RG. 30.04.2000 sayı 24035.

¹⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz., Parpworth, N./Padfield, N., *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, 2000.

¹⁸⁰ Fırat, S., *Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları*, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt 7, Sayı 1, Ocak 1998, s. 78.

¹⁸¹ Yaşamış, F., *Çukurova Projesi Deneyimleri Işığında Belediyelerde Reorganizasyon ve Örgütsel Gelişme*, Türk İdare Dergisi, Mart 1988, s. 437.

¹⁸² İstanbul Büyükşehir Belediyesi 22, İzmir Büyükşehir Belediyesi 14, Ankara Büyükşehir Belediyesi 8 şirkete iştirak etmiş durumdadır.

hukuksal altyapısının tam manası ile oluşturulmadığı görülmektedir. Örneğin Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ), endeks okuma, sayaç açma, kapama, kaçak su kullanımı takibi, kanalizasyon bakım ve onarımını özelleştirmiştir. Endeks okuma ve sayaç ama kapama ile kaçak takip işi hizmet sözleşmesiyle özel şirketlere yaptırılmış; çalışanların aylık ücretleri bu şirketlerce ödenmiş ancak şirketler hizmetlerini ASKİ binasında yürütmüş işçilerin araç ve gereçleri ve kullandıkları motorlu araçlar da ASKİ tarafından temin edilmiştir. Ulaşım hizmetlerine ilişkin olarak bir başka örnek de Ankara'dan verilebilir. Ankara metrosu Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından yap-işlet-devret yöntemiyle bir araya gelen uluslararası birkaç şirkete verilmiştir. Ankara Büyükşehir Belediyesi, Kızılay-Batıkent arasında yapılacak olan metroyu, yap-işlet-devret modeline göre tamamı dış kredilerle gerçekleşmesi ve projesi DPT tarafından onaylanmadıkça harcama yapılmaması koşulu ile ilk kez 1989 yılında yatırım programına almıştır. Bütün giderleri yaklaşık 660 milyon ABD doları olarak hesaplanan metro çalışmalarına 1990 yılında başlamıştır. Ancak ilgili belediye kredi sözleşmesi imzalamadan metronun yapımını başlatmış, bu süre zarfında metre giderlerini yurt dışında sattığı tahvil gelirleri ile karşılamaya çalışmıştır.¹⁸³

Bu bağlamda özellikle yerel yönetimler bakımından hizmet alanlarının genişliği kamu hizmetlerinin özel kesim tarafından yerine getirilmesinde de çeşitlilik ve genişlik kazandırmış ancak bu durum dağınık ve koordinasyonsuz bir yapı arz ettiğinden beklenen verim ve standart gerçekleştirilememiştir. Hatta bazı hizmetlerde özel şirketlerin kamu hizmetini görmek için idarenin araç ve gereçleri ile tesislerini kullandığı dikkate alındığında Avrupa Birliği düzenlemelerinin de üzerinde ısrarla durduğu rekabet ve şeffaflık sağlanamamış, aksine sadece kamu kaynaklarının bazı özel sektör firmalarına devri için sistemler yaratılmıştır.

III. Avrupa Birliği Sürecinde Yerel Yönetimlerin Etkinleştirilmesi ve Kamu Hizmetine Etkileri

1970'lerin ikinci yarısından itibaren Avrupa Birliğinde *desantralizasyon* amaçlı reform programları uygulanmaya başlanmıştır. Bu programlar yerel ve bölgesel yönetimlere daha fazla işlev verilmesini, mali konularda takdir yetkisi verilmesini ve merkezi düzenlemelerin

¹⁸³ Yaşamış, F., a. g. m., S. 86.

azaltılmasını öngörmektedir.¹⁸⁴ Yerel yönetimler, Kıta Avrupa'sında genel yeterlilik Anayasal ilkesine dayanarak geniş bir alanda meşru sorumluluk ve etkinliğini koruyabilmiştir.¹⁸⁵ Diğer yanda İngiliz *ultra vires* prensibi harcama konusunda belli işlevlerin yerel yönetimlere tahsisatına izin vermiştir. Sonuçta yerel yönetimler İngiltere örneğinde kamu hizmetlerinin görülmesinde bir araç olarak görülürken, Kıta Avrupa'sında, bir yandan yerel topluluğun kendi kendisini yönettiği bir sistemi temsil ederken,¹⁸⁶ diğer yandan da özgür komün deneyimi ile yerel bir otorite olarak komün fikrinin canlandırılması amaçlanmıştır.¹⁸⁷ Piyasalaşmanın özellikle hizmetlerin özelleştirilmesinin verimliliği ve müşteriye karşı sorumluluğu artırdığı iddiası yerel yönetimlere piyasa yöntemlerini taklit etme ya da sorumlulukların tanımlanmasında ve uygulamalarda özel sektör benzeri yaklaşımları benimseme gibi asgari bir rol yüklemektedir.

Neo-liberal politikaların retoriği özelleştirmeyi teşvik etmiş ve muhafazakar kuramın belli temalarını gündeme getirmiştir. Bu söylem uyarınca devlet çok büyük, çok masraflı, ekonomik ve sosyal işlerle fazla ilgilidir; piyasa doğası gereği sosyal ve ekonomik değişikliğe devletten daha duyarlıdır; devletin kontrol ve desteğinin kalkması firma ve bireylere girişim ve kendine güven gibi geleneksel değerleri yeniden kazandıracaktır. Yeni sağ politikaların hedefleri kamu mal ve hizmetlerinin ekonomik performansının artırılması, ekonomik kararların depolitize edilmesi; kamu mallarının satış yoluyla bütçe geliri elde edilmesi; kamu harcamaları ve vergilerde kesinti yapılması olarak

¹⁸⁴ Batley, R., *Comparison and Lessons, Legal Government in Europe*, London, 1991, s. 212
Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun ile merkezi idarenin güçsüzleştirilmek istendiği yönünde bkz., Günday, M., Kamu Yönetimi Reformu'nun Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, Danıştay Başkanlığı Sempozyum, Bildiriler, 11 Mayıs 2005, Ankara, s. 164 vd.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Avrupa Konseyi, 1981-1984 yılları arasında yerel idarelerin özerkliği ile ilgili bazı ilkeleri tartıştı ve bir karar tasarısı hazırladı. "Yerel idarelerin güçlendirilmesi, özerkliklerinin savunulması, yerinden yönetim ve demokrasi ilkelerine dayanan bir Avrupa'nın kurulmasının temel koşuludur" görüşünden hareketle hazırlanan tasarı daha sonra "Özerklik Şartı" olarak Avrupa Konseyi'nce kabul edildi. Türkiye, Şartı 1988 yılında imzaladı. 1991 yılında da 3723 sayılı yasa ile TBMM tarafından onaylanması uygun görüldü ve 1992'de 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandı. (*Resmî Gazete*: 3.10.1992 - 21364) Yürürlük tarihi ise 1 Nisan 1993 olarak belirlendi. Türkiye, *Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın* bazı hükümlerini benimsedi. (Türkiye'nin benimsediği maddeler için 3723 sayılı yasaya bakınız...)

¹⁸⁷ *Supra*, s. 214.

özetlenebilir. Bu hedeflere ulaşma yolunda özelleştirme girişimleri çeşitli şekillerde olabilmektedir. Kamunun işlevlerinin ortadan kaldırılması, mal ve hizmetlerin üretimi ve dağıtımının kamudan özel sektöre aktarılması, kamu mallarının satışı ve özel sektör üzerindeki denetimlerin kaldırılması ya da deregülasyon (yasal kurumsal serbestleşme) bunlara örnek olarak gösterilebilecektir. Zaman içinde özelleştirme politikaları hedefe ulaşmada bir araç olmaktan çıkıp başlı başına amaç olmaya başlamıştır. Yeni sağ politikalarından yerel yönetimler de nasibini almış ve özellikle ABD ve İngiltere’de kentsel hizmetlerin özelleştirilmesine hız verilmiştir.

Türkiye’de 1980 yılında ithal ikameci stratejinin gelişme üzerindeki kısıtlayıcı etkilerini ortadan kaldırmak ve ihracata dönük gelişme stratejisine geçmek amacıyla yapısal bir dönüşüm programı başlatılmıştır. 1983 seçimleriyle iş başına gelen Özal hükümeti, liberal politikaları ve yeni sağ söylemi Türkiye’ye taşımıştır. Yerel yönetim politikaları da ekonomik liberalizasyondan etkilenmiştir. Belediyeler, özellikle alt-yapı yatırımları¹⁸⁸ için uluslararası sermayeyi çekecek araçlar olarak görülmüşlerdir. Belediyelerin sorumluluklarının ve görevlerinin arttığı koşullar altında özelleştirme başat ideolojiye hizmet edecek şekilde çoğunlukla verimlilik ve etkinlik gibi kıstaslar göz önüne alınmaksızın gündeme getirilmiştir.

Türkiye’de belediyelerde özelleştirme iki şekilde gerçekleşmektedir. Biri belediye iktisadi teşekküllerinin satışı, diğeri de belediye hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanılmasıdır.¹⁸⁹

Devletin bugünkü haliyle aşırı merkezîyetçi, bürokratik ve vesayetçi olduğu için yeniden yapılandırılması gerektiği; ekonomik kararları merkezden alan ve uygulayan bir devlet sisteminde halkın değil, mer-

¹⁸⁸ Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi Hakkında Sayıştay Raporunun sonuç kısmında projenin ortaya çıkardığı olumsuz durumlara vurgu yapılırken şu ifadeler yer verilmiştir: “DSİ Genel Müdürlüğü tarafından klasik finansman yöntemi ile başlanılan konu ile ilgili uzmanlar tarafından bu yöntem ile tamamlanmasının uygun olacağı belirtilen ve yürürlükteki mevzuata göre YİD Modeli kapsamına alınması mümkün olmayan İzmit Su Projesinin YİD modeli kapsamına alınarak tamamlanması sonucunda Hazine büyük bir yük altına sokulmuş olup, bu husus çeşitli denetim birimleri tarafından düzenlenen raporlarla tespit edilmiştir”. Raporun tamamı için bkz., <http://www.sayistay.gov.tr>.

¹⁸⁹ Kartal, F., *Yerel Yönetimlerin Yeniden Yapılanması Çerçevesinde Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi: Ankara’dan Örnekler, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 9, S. 1, Ocak 2000, s.59.

kezdeki bürokratların istek ve arzuları doğrultusunda mal ve hizmet ürettiği ileri sürülmektedir.¹⁹⁰ İdari merkeziyetçiliğin devleti bürokratik ve hiyerarşik bir yapıya dönüştürdüğü; bürokratik ve hiyerarşik devlet yapısında vatandaşların kamusal kararlara katılımının güçleşeceği de neo-liberal bir bakış açısı olarak sıklıkla dile getirilmeye çalışılmaktadır. Devletin merkeziyetçi, bürokratik hiyerarşik, vesayetçi yapısına son verilmesi ve bunun yerine adem-i merkeziyetçi devlet (*desantralize devlet*) yapısının kurumsallaştırılması gerektiği hususu büyük ölçüde Avrupa Birliği projesinin öngörülerıyla örtüşmektedir.¹⁹¹

Mahalli kamu hizmetlerini kurma yetkisi kural olarak mahalli idarelere aittir.¹⁹² Ancak mahalli idarelerin bu yetkisi mutlak bir yetki değil, bir çok sınırlamalara tabi tutulmuş bir yetkidir.¹⁹³ Kıtanın bütünleşmesine bağlı olarak çeşitli Avrupa ülkelerinde özellikle altyapı bakımından artan kamu donanım gereksinimleri ekonomi ve finans konusunu yakından etkilemiştir. Ancak bu gereksinimlerin karşılanması kamu finansmanı kısıtlamaları tarafından engellenmektedir. Finansman sorununun çözümünde kamu hizmetleri yönetiminin devri modeli geniş kabul görmüştür.

Bu çerçevede içinde kamu hizmetlerinin yönetiminin kamu erkinden ayrı olan özel veya karma şirketler veya bazı hallerde kamu kuruluşlarına verilmesi, yerel yönetimlerin de bu konuda güçlendirilmesi savunulmuştur.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Aktan, C.C., *Devlet niçin yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli*, Doğu-Batı, Yıl: 1, Sayı: 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 35.

¹⁹¹ *Supra*

¹⁹² Fransa'da kamu yatırımlarının ¾'ü yerel belediyeler tarafından gerçekleştirilmektedir. Gautier, F., *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması*, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 17

¹⁹³ Bu husus bir Danıştay kararında şu şekilde dile getirilmiştir. "Demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez organları olan yerel yönetimler, merkezi idare dışında özerk, yerel gereksinimlere cevap verecek, karar verme yetkisine sahip, yönetim organlarından bir kısmı seçimle oluşturulan kamu tüzel kişileridir. Özerklik; merkezi yönetim - yerel yönetim ilişkisinde dengenin iki yönetimden birinin aleyhine bozulmasını önlemeye yöneliktir. Anayasa yerel yönetimlere özerklik tanımak suretiyle bu dengeyi korumaya çalışmıştır. Ancak, bu ilke tümüyle kamu hizmetlerinin yerel yönetimlerce yerine getirileceği sonucunu doğurmaz. Zira, Anayasa'nın 123. maddesinde: idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu belirtildikten sonra merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı vurgulanmıştır. Yani kamu hizmetlerinin yürütülmesinin sırf yerinden yönetim ilkesine dayandığı söylenemez." Dan. 10. D. E. 1996/5391, K. 1998/6116, T. 25.11.1998 (Kazancı İçtihat CD'si 2006)

¹⁹⁴ Martinand, C., *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması*, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 17.

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı ile merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasındaki görev ve yetki bölümünde bir kırılma yaşanmaktadır. Anayasa'da merkezi yönetim genel görevli ve yetkili olduğu halde (*Anayasa md 126/2*), Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nda merkezi yönetime, sınırlı olarak bırakılan yetki ve görevlerin dışında tüm yetkiler yerel yönetimlere devrolunmaktadır.¹⁹⁵ Oysa Anayasa yerel yönetimleri "yerel ve ortak gereksinimler için" yetkili kılmıştır (m. 127). Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı ile¹⁹⁶ Maliye, Dışişleri, Milli Savunma, Çalışma ve Adalet Bakanlığı dışındaki tüm bakanlıkların taşra örgütleri kapatılmaktadır. Başta Milli Eğitim ve Sağlık hizmetleri de dâhil olmak üzere, tüm kamu hizmetleri yerel yönetimlere devredilmektedir.¹⁹⁷ Merkezi yönetimin yerine getirdiği görevlerden birçoğunun yerel yönetimlere devredilmesinin öngörülmesi birçok sorunu beraberinde getirebilecek niteliktedir.¹⁹⁸ Bunlardan en önemlisi, kamu personelinin karşılaşacağı durumdur. Kamu yönetimi reformu yasa tasarısında kamu personelinin istihdamı sözleşmeye dayandırılmıştır. Oysaki Anayasamızın 128. maddesinde

¹⁹⁵ Bu durumun federatif yapıya özgü olduğu ve Türk idare hukuku bakımından kabul edilemeyeceği yönünde bkz., Azrak, Ü., *Kamuda Tehlikeli Reform*, 12.01.2004, Radikal.

¹⁹⁶ Tasarının tam metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr>.

¹⁹⁷ 11 Mart 1988 tarih ve 19751 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 3414 sayılı yasa ile Gecekondu Kanunu'nun belediye sınırları ile mücavir alanlardaki tatbikatı için Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'na verilen hak, yetki ve görevlerin belediyelere devredilmesi öngörülmüştü.

¹⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesine 3394 sayılı Kanun ile eklenen ve imar planları hususunda belediyelere verilen tüm yetkilerin Başbakan'ın onayı ile Bayındırlık ve İskân Bakanı'na verilebileceğini öngören 4. fıkrâ hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasını inceleyen kararında, somut olarak planlama yetkilerinin Anayasa'nın 127. maddesi karşısında merkezi idare ile yerel yönetimler arasında nasıl paylaşılabilirliği konusu üzerinde durmuş ve anılan fıkrâ hükmünü; "Yerel planların ülke ve bölge düzeyindeki planlarla, çevresel ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar planlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. İmar planlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle yasakoyucu, yetkileri merkezi yönetim ve yerel yönetim arasında paylaşmıştır. Merkezi yönetime bırakılan yetkilerin kamu yararı ve ülke geneli ile ilgileri nedeniyle sayılan özellikleri taşıyan somut yerlerle sınırlı makro düzeyde yetkiler olduğu görülmektedir. Anayasa'da imar planı yapılması yetkisinin kime ilişkin olduğu her ne kadar açıklanmamış ise de, yerel imar planlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak gereksinimlerinin ön planda yer aldığı göz ardı edilemez. Buna göre, yerel ortak gereksinimleri karşılamakla görevli yerel yönetimleri, yerel imar planlarının yapılmasında parsel düzeyine kadar...karar alma süreci dışında bırakan itiraz konusu kuralı, genel ve makro düzeydeki imar planlaması işinin bir bölümünü re'sen merkezi yönetime bırakan düzenlemelerin kapsamı içinde düşünmek de olanaksızdır..." gerekçesiyle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. RG, 28.11.1991, 21965.

kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür. Memurluk statüsü ise kamu hizmetlerinin devamlılığına hizmet eden birtakım ayrıcalıkları da beraberinde getirmektedir. Oysaki kamu reformu yasa tasarısındaki sözleşmeli personel bu nitelikte olmayacaktır.

Diğer taraftan belediyeler uygulamada borçlarını ödememek için hemen tüm gelirlerini mallarını yine bir belediye organı olan encümen marifetiyle kamuya tahsisli mal kapsamına sokarak, özel veya kamu alacaklılarını mağdur edebilmektedirler. Üstelik de bu alacakların bir kısmı, belediyelerin görmesi gerektiği düşünülen klasik belediye hizmetleri ile ilgili faaliyetlerden kaynaklanmış da değildir. Örneğin, bugün bazı belediyeler hastane veya poliklinik işletmektedirler. Bu tip hizmetlere el atılmış olması nedeniyle belediyelerin faaliyet alanı oldukça genişlemiş, doğal olarak bu durum tahsili kabil olmayan bir alacak havuzu yaratmıştır.¹⁹⁹

Yerel yönetimlerin parçalanması, seçilmiş yerel yönetimler giderek daha fazla sayıda sorumluluklarını diğer kurumlarla paylaşmaya başlamışlardır. Birçok yerel hizmet, rekabete dayalı teklif usulü ile özel sektöre yaptırılmaktadır.²⁰⁰ Bedelini ödemek ile hizmeti almak arasında ilişki güçlenmekte, vatandaşlar kamu ve özel sektörden oluşan bir pazardan talep eden müşterilere dönüşmektedir. Aynı zamanda hizmet dağıtıcılarının bir tür tüketim etosu benimsemeleri teşvik edilmektedir.

Yerel yönetimlerin güçlendirilip özelleştirilmesini her sorunun çaresi gibi görenlere göre ise çağdaş, çoğulcu, katılımcı öğelerden oluşan sivil toplumu yaratabilmenin altın anahtarı yerel yönetimlerde dir. Çünkü merkezden yönetim kapalı ve içe dönük karakterdedir. Yerel yönetimler ise açık ve dışa dönük özelliklere sahiptir.²⁰¹ Fransa'daki yerel yönetim reformunun yerel demokrasinin değil, yerel iktidarın güçlenmesi ile sonuçlandığı ve yeni feodal beyler yarattığı yönündeki

¹⁹⁹ Gönenç, L./Ergül, O./Kontacı, E., *Yaşayan Anayasa, 2002 Gelişmeleri*, TBB Dergisi, S. 48, 2003, s. 142, Anayasa Mahkemesi'nin Belediyelerin Kamuya Tahsisli Mallarının Haczi ile ilgili verdiği karar için bkz., AYM. 28.03.2002 tarih E. 2001/5, K. 2002/42, AYMKD, S. 38, C. 2, s. 622 vd; RG. 5.9.2002, sayı. 24867.

²⁰⁰ Özellikle Ankara Büyükşehir belediyesi bu alanda başı çekmektedir. <http://www.ankara-bel.gov.tr/ihale.asp>

²⁰¹ Gönül, M., *Seçimli Valilik Üzerine Düşünceler*, AİD, C. 25, S. 3, Eylül 1992, s. 51 vd., Yazıcıoğlu, R., *Yönetim Sistemimizin Yeniden Düzenlenmesi (II), Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 1, S. 3, Mayıs 1992, s. 7 vd.

değerlendirmeleri²⁰² eleştiren Çoker, yerel nitelikli yalnızca o yeri ilgilendiren kamu hizmetleriyle ilgili yetkilere sahip olan, bunları da merkezin düzenlediği bir sistem ve hukuk düzeni içinde merkezin ve herkesin denetimine açık olarak kullanan yerel yöneticilerin feodal bey olarak değerlendirilemeyeceğini, bu durumun hem Fransa hem de Türkiye için çok haksız ve yersiz bir yakıştırma olduğunu ifade etmektedir.²⁰³

Esasında bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme konusunda kamu yararı kavramı opsiyonel bir kavramdır.²⁰⁴ Ancak kamu yararı kavramı kendiliğinden ortaya çıkan apaçık bir kavram değildir. Bir faaliyetin içeriğine bakarak onda kamu yararı olup olmadığı anlaşılamaz. Liberal düşüncelerden etkilenen yazarlar, sadece güvenlik adalet, savunma gibi devletin tabi görevlerinde kamu yararı bulunduğunu ve dolayısıyla bunların dışındaki faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirilmeyeceğini savunurlar. Örneğin 1800'lerin sonunda Fransız İdare hukukuna damgasını vuran Maurice Hauriou'ya göre; *"devlet, insanların zenginlik üretmek için birlikte çalışmak amacıyla meydana getirdikleri bir birlik değildir, devlet sadece insanların bir arada yaşama, belirli bir birlikte olma biçimidir ki, bu esasen bir siyasal olgudur. Devlet siyasal yararları gerçekleştirmek için çalışmalıdır; ama eğer buna ilaveten ekonomik nitelikte yararlar için çalışırsa, sınai ve ticari işletmeler devletin bir unsuru haline gelir"*.²⁰⁵ Hauriou'ya göre bu vahim bir durumdur çünkü devlette değişiklik yapılmaktadır. Fransa'da bu tür liberal düşünceler bazı yargı kararlarında da yankı bulmuş, bu kararlarda hükümet komiserleri tarafından sadece devletin bizatihi özünden, doğasından kaynaklanan hizmetlerin kamu hizmeti olabileceği yolundaki görüşler ileri sürülmüş ise de; bu görüşler yargı kararlarında hiçbir zaman tam olarak kabul edilmemiştir.²⁰⁶ 1900'lerin başından 1970'lere kadar, daha önceden özel teşebbüs tarafından yürütülen ve kendisinde kamu yararı görülmeyen birçok faaliyette kamu yararı görülmeye başlanmış ve bu tür faaliyetler adım adım kamu hizmeti haline getirilmiştir.

Bu anlamda mahalli idarelerin kamu hizmeti tanımlama yetkileri hakkında şunlar söylenebilir. Mahalli idareler de Anayasa ve kanuna

²⁰² Bozkurt, Ö., *Fransa'da Ademi Merkezileştirmenin Beklenmeyen Bir Sonucu, Feodalleşme, AİD., C. 24, s. 4, Aralık 1991, s. 155*

²⁰³ Çoker, Z., *Fransa ve Türkiye'de Yerel Yönetim Reformu, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. I, S. 3, Mayıs 1992, s. 57.*

²⁰⁴ Gözler, K; *İdare Hukuku, Bursa, 2003, C. II, s. 222.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

aykırı olmamak şartıyla bir faaliyette kamu yararı olup olmadığına karar vermekte ve o faaliyeti kamu hizmeti haline getirmekte veya kamu hizmeti olmaktan çıkarmakta serbesttirler.²⁰⁷ Mahalli idarelerin bu konudaki kararları şüphesiz ki idari yargı organlarının denetimine tabidir. Ancak Anayasa'da ve kanunda o konuda bir kamu yararı tanımı yoksa idari yargı organlarının mahalli idarelerin yaptığı tanımı denetlemeleri, yerindelik denetimi yapmayı göze almadıkça mümkün değildir.

Diğer taraftan yerel halkın kendi çıkarını korumada pasif kalması halinde, yerel yönetimlere tanınan özerkliğin yerel yöneticilere hizmet etmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, mahalli halkın katkısını önce özendirip sağlayacak sonra da yalnız merkezi idareye karşı değil, bizzat kendi seçmiş de olsa kendi yöneticilerine karşı bu katkının güvencesini teşkil edecek anayasal ilke ve kurallara gereksinim vardır.²⁰⁸

IV. Avrupa Birliği Açılımlarında Yönetişim ve E-Devlet Kavramlarının Kamu Hizmetinde Yarattığı Değişimin Türk İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Modern devletin²⁰⁹ yerli yersiz her şeye karışmaktan kaçınması, işlerin özüne eğilmesi gerektiği savunulmakta; bu bağlamda bürokrasinin azaltılması gereği son dönemde yoğun bir biçimde dile getirilmektedir.²¹⁰ Bununla beraber, geleneksel devletin genel menfaati garanti eden strateji uzmanı bir devlet olması gerektiği yönündeki düşünceler de yoğunluk kazanmaya başlamıştır.²¹¹ İyi yönetim kavramı, siyasi olarak 1980'ler sonunda ortaya atılan ve esas itibarıyla sosyalizmin bir devlet örgütlenmesi olarak dünya siyaset sahnesinden çekilmesiyle üzerlerindeki güvenlik baskısı azalan batılı ülkelerin bu boşluğu kendi halklarının kamusal özgürlük alanlarını genişletmek iddiasıyla temellendirdikleri

²⁰⁷ Danıştayın vermiş olduğu kararda belediyelerin işlettikleri otopark hizmeti dahi kamu hizmeti olarak görülmüştür. Bkz., Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2003/316, K. 2004/5, T. 30.1.2004 (Kazancı İçtihat CD'si 2005).

²⁰⁸ Tan, T., *Katılımcı Yönetim Modeli Üstüne: İlksan ve İski, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 2, s. 6, Kasım 1993, s. 7.

²⁰⁹ Modernizasyonun işgal orduları gibi dünyayı istila etmeye çalışan evrensel bir din olduğu yönünde bkz., Berger, P./Kellner, *Modernleşme ve Bilinç*, Çev. Cevdet Cerit, İstanbul, 2000.

²¹⁰ Aktan, C., *Devlet Niçin Yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli*, Doğu Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım, Aralık 1997, s. 37.

²¹¹ Electronic Government Services for the 21st Century, A Performance and Innovation Unit Report, Cabinet Office, İngiltere, Eylül 2000, s. 15.

bir kavramdır. Bu kavramın ortaya atılmasının ekonomik sebebi ise, 1970'lerdeki petrol krizlerinin ardından ortaya çıkan ekonomik durgunluğun, devlet bütçelerinde büyük açıkların ortaya çıkmasına ve klasik refah devlet geleneğinin sürdürülmesinin olanaksızlaşmasına neden olduğunun düşünülmesidir. Esasında burada gerçekleştirmek istenen devlet ile vatandaş arasında yeni bir tür toplumsal sözleşmenin oluşturulması ve bu yeni anlayış çerçevesinde hem devletin hem de bireylerin hak ve yükümlülüklerinin yeniden tarif edilmesidir.²¹²

Avrupa Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli ve 77/31 numaralı kararı *Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması* başlığını taşımaktadır. Bu kararda iyi yönetimin farklı açılımlarına vurgu yapılmıştır. Bu kararın ilk bölümünde de dinlenilme hakkı başlığında; haklarını, hürriyetlerini ya da menfaatlerini zedeler nitelikte her idari işleme karşı, ilgilinin onay ve delilleri öne sürme ve kanıt araçları sunma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bunlar idarece göz önünde tutulur. Uygun durumlarda ilgiliye elverişli süre içinde ve olaya uygun şekilde hakları bildirilir. Esas olarak kişilere, haklarında yapılacak idari işlemlere daha hazırlık aşamasında katılım ve müdahale hakkı tanınmaktadır.

Avrupa Temel Haklar Şartınının 41. maddesinin 1. paragrafında herkesin işlerinin, birliğin kurumları ve organları tarafından, tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İlke niteliğindeki bu paragrafı, iyi idare hakkının içeriğinin açıklığa kavuşturulduğu 2. paragraf izlemektedir. Buna göre iyi idare hakkı şunları içermektedir:

i. Herkesin kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı;

ii. İdarenin kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğü,

Bu ifadelerle net bir biçimde çerçevesi çizilen iyi idare hakkı, yurttaş ve birlik ilişkilerinde ilginç gelişmelere kapı açacak niteliktedir.

Aynı maddede yer alan son iki paragraf, tazminat ilkesi ve birlik kurumlarına yazma ve yazdığı dilde yanıt alma hakkıyla ilgilidir. 41. maddeyle ilgili söylenebilecek son şey, iyi idare hakkının yalnız birlik yurttaşları için öngörülmeyip, birlikteki tüm bireyleri kapsadığı biçimin-

²¹² İyimaya, A., *Ortak Değer Olarak İyi Yönetim Yaklaşımı*, Ankara Barosu Dergisi, 2005/1, s. 80, Yıl. 63, ayrıntılı bilgi için bkz., *European Principles for Public Administration*, SIGMA Papers, No: 27, CCN/SIGMA/PUMA, (99), 44, OECD-SIGMA (1999).

dedir. Metnin tamamında kullanılan “herkes” zamiri böyle bir yorumu mümkün kılmaktadır.²¹³

Bu anlamda açıklık ve bilgi edinme hakkı iyi yönetimin *sine qua non* koşuludur. Bilgi edinme hakkı aslında katılım hakkını tamamlayıcı bir nitelik taşır. Bilgi toplama yetenekleri açısından oldukça dengesiz bir biçimde konumlandırılmış olan devlet ve birey ikilemi karşısında bireyin özgürlüklerini güvence altına almak, kendisini ilgilendiren konularda verilere objektif biçimde ulaşmasını temin etmek idealize edilen bir amaç olarak alınmaktadır.

Toplumsal sistemde vatandaşların karşılaştıkları haksızlıklar karşısında şikayette bulunmaları her zaman görülmektedir. Bu durumlarda yargı ve politika sisteminin müdahaleci devlet (*interventionist state*) modelinin doğurduğu çok çeşitli türdeki şikâyetleri karşılamakta yetersiz kalması açık bir şekilde gözlenmektedir. Kamu hizmetleri çeşitlendikçe, artan şikâyetleri karşılamak için öngörülen çarelerden biri de Ombudsman’dır.²¹⁴

10-11 Aralık 2000 Helsinki Zirvesinde Türkiye’ye adaylık statüsü tanıyan Avrupa Birliğinde iyi yönetim konusunda yapılan çalışmalar AB’nin genişleme perspektifinin temellerinden birini oluşturmaktadır. AB’nin beş yıllık stratejik hedeflerini belirleyen Stratejik Hedefler 2000-2005, yeni Avrupa’yı şekillendirirken başlıklı metnin giriş bölümünde aynen; “Avrupa’da iyi yönetimin geliştirilmesi için AB’nin tüm demokratik yapıları arasında yeni bir sinerji yaratmak istiyoruz. Komisyonun ve diğer AB kurumlarının eylemleri, üye devletler ve sivil toplum arasında yeni bir denge oluşturmak gereklidir. Avrupa’yı hizmet etmek için var olduğu halka daha fazla yaklaştırmak başlıca gayemizdir” denilmekte ve önümüzdeki 5 yıl için belirlenen dört stratejik hedefin ilkinin, iyi yönetimin Avrupa Birliği’nde uygulanmasının yeni yollarını önermek oluşturmaktadır. Stratejik hedeflerde genişleyen Avrupa’nın 500 milyon nüfusuyla barış, istikrar ve refahın simgesi olabilmesi için öncelikle iyi yönetimin yaşama geçirilmesi gerektiği ve bunun yeni yollarının hep birlikte oluşturulacağı belirtilmektedir.²¹⁵ Sivil toplumun iyi yönetim sürecinde

²¹³ Tezcan, E., *Avrupa Birliği Hukukunda Birey*, İletişim, İstanbul, 1. baskı, 2002, s. 139.

²¹⁴ Ombudsman hakkında geniş bilgi için bkz., Akıncı, M., *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul, 1999, Avşar, Z., *Ombudsman (Kamu Hakemi)*, Ankara (tarihsiz), Erhürman, T., *İdari Denetim ve Ombudsman*, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2001.

²¹⁵ Oralalp, F., *İyi Yönetim ve Türkiye’nin Avrupa Birliğine Adaylığı*, Ankara Avrupa Ça-

rolünün önemine değinilen stratejik hedeflerde, komisyonun bu konuda ayrıntılı bir politika saptayacağı belirtilmektedir. Komisyonun 2001 yılı programında da, iyi yönetim konusunda yayımlanan *beyaz kitabın* sivil toplum örgütlerini karar alma süreçlerine katılımının yeni yollarını açıklığa kavuşturacağı vurgulanmaktadır.²¹⁶

İyi yönetim²¹⁷ özü itibariyle idarenin basitleştirilmesi ve etkinleştirilmesi amacına yönelik bir reform çabasıdır. Fakat insanlık tarihinde devletin oynadığı rol dikkate alındığında, bu dönüşümün kişi hakları ve özgürlük açısından ne kadar ciddi bir sıçramaya işaret ettiği ortaya çıkmakta, ölçülülük ilkesi, denge ilkesi ve objektiflik ilkesi gibi ilkeler devlet ve toplum arasındaki etkileşimin temelini koyulmakta, iktidarın meşruiyeti ve halkın özgürlükler alanı baştanbaca yeniden tanımlanmış olmaktadır. Uluslararası toplumun gündeminde son yıllarda en üst sıralarda yer almaya başlayan iyi yönetimin ülkemizde sadece teorik olarak tartışılması değil, bu konuda uygulama yolları ve yöntemleri geliştirilmesi de gerekmektedir. İyi yönetim kavramı, kamu yönetiminde şeffaf, sorgulanabilir, sorumlu, katılımcı ve eşitlikçi bir yaklaşımla, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin gözetilmesi esasına dayandırılmaktadır.²¹⁸

Ülkemizde ise Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun²¹⁹ genel gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir.

“Demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden olan bilgi edinme hakkı, bireylere daha yakın bir yönetimi, halkın denetimine açıklığı, şeffaflığı sağlama işlevlerinin yanı sıra halkın devlete karşı duyduğu kamu güvenini daha yüksek düzeylere çıkarmada önemli bir rol oynamaktadır. Kullanılan bu hak sayesinde hem halkın devleti denetimi kolaylaşmakta hem de devletin demokratik karakteri güçlenmektedir.

Bilindiği üzere, kamu kurum ve kuruluşlarında açıklık ve şeffaflık

İşmaları Dergisi, Bahar 2002/ C. 1, S. 2, s. 127.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ İlginçtir ki özel hukukta da ticaret hukukunda kullanılmasına karşın iyi yönetim ilkesi *corporate governance* adıyla anılmaktadır.

²¹⁸ Oralalp, F.Ç: *İyi Yönetim ve Türkiye'nin Avrupa Birliği Adaylığı*, Ankara Avrupa Çalışmaları dergisi, Cilt 1, S. 2, bahar/2002, s. 122.

²¹⁹ RG. 24 Ekim 2003 tarih ve 25269, Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonu Raporları için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss248m.htm>

kavramı, olumsuz olarak görülen gizlilik kavramının giderilmesi ile yönetilenlerin yönetenlerin işlem ve faaliyetlerini denetlemesinin sağlanması düşünceleri üzerine ortaya çıkmıştır. Demokratik ülkelerde, bilgi edinme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir.

Şeffaflık ve gizliliğin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kurum ve kuruluşların “bilgi verme ödevi”, ikincisi ise, vatandaşların “bilgi edinme hakkı”dır.

Kurum ve kuruluşlar; bilgi edinme hakkının kullanılması konusunda yapılan başvuruları cevaplandırmak, bilgi veya belgeye erişimde gereken kolaylıkları sağlamak yoluyla şeffaf yönetimin sağlanmasına katkıda bulunabilirler.

Kamu kaynaklarıyla üretilen ve hiçbir gizliliği olmayan bilgilere erişimin gereksiz yere kısıtlanmaması, vatandaşların, kendileriyle ilgili bilgilere kolayca erişiminin sağlanması ve kamusal hizmetle yükümlü kurum ve kuruluşların çalışmalarını görmesini, izlemesini, bilgilенmesini sağlamak amacıyla bilgi edinme hakkının kullanılmasının sınırlarını da belirlemek gerekmektedir.

Bilgi edinme hakkını belirlerken göz ardı edilmemesi gereken iki husus, kamusal gizlilik ve kişisel gizlilik. Söz konusu kavramlar bilgi edinme hakkının tanıdığı serbestinin sınırlarını belirlemektedir.

Ne var ki iyi yönetim sürecini değerlendirirken Türkiye'nin toplumsal dinamiklerini de hesaba katmak gerekecektir. Sivil toplum örgütü kavramının Avrupa'da ve Türkiye'de algılanma biçimleri²²⁰ farklı olabilmektedir. Türkiye'de bu tanımlamaya bazen ticaret ve sanayi odaları da dâhil edilmektedir. Klasik Avrupalı sivil toplum örgütü kavramı ise gönüllülük ve kâr amacı gütmeme ana ekseninde tanımlanmaktadır. Ülkemizde ise bu amaç etrafında örgütlenme geleneğinin olmayışı, toplumsal reflekslerin sadece medya yönlendirmesi ile harekete geçirilmeye müsait olması ve eğitsel anlamda insan kalitesinin yükseltilememesine

²²⁰ 13.07.2005 25874 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun Belediye Meclisi bünyesindeki ihtisas komisyonlarının görev ve yetkilerini düzenleyen 24. maddesinde *Mahalle muhtarları ve ildeki kamu kuruluşlarının amirleri ile ildeki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler, sendikalar ve gündemdeki konularla ilgili sivil toplum örgütlerinin temsilcileri, oy hakkı olmaksızın kendi görev ve faaliyet alanlarına giren konuların görüşüldüğü ihtisas komisyonu toplantılarına katılabilir ve görüş bildirebilir.* Şeklinde bir hüküm getirilmiş olup bu hüküm 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda bulunmamaktadır.

dönük çekinceler dikkate alındığında, iyi yönetim kavramının Avrupa Birliği'ndeki kavranış biçimiyle Türkiye'deki kavranış biçiminin örtüşmesi şu aşamada beklenmemelidir. Türkiye'de birey devlet ilişkilerindeki devlet lehine sahiplenici anlayış da bu ilkenin tam anlamıyla hayata geçirilmesi noktasında çelişkilidir.

İyi yönetim üst kavramının beraberinde getirdiği hukuksal dönüşümün tetiklediği olgulardan biri de yönetişim kavramıdır.²²¹ Yönetişim, esasında yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının kapsamını genişleten bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.²²² Yönetişim modeli ile amaçlanan, kamu işletmeciliği ile devlet içinde başlatılan piyasalaştırma girişimleri, rekabet, etkinlik ve etkililik gibi ekonomik ölçütlere göre tanımlanan toplumsal ilişkiler alanına doğru genişlemedir. Yönetişim, kamu-özel, devlet-devlet dışı, ulusal-uluslararası aktörler tarafından gerçekleştirilen bir işlev olarak tanımlanmaktadır.²²³ İyi yönetim ile devletin toplumla ve diğer aktörlerle piyasa mantığı ile ilişkilmesi gündeme gelmektedir.²²⁴ Esasında idare hukukunun da bu sihirli kavram yerine ikame edilmeye müsait hatta onunla aynı amaca hizmet eden bir takım mekanizmaları da bulunmaktadır. İdare hukuku yapısı itibarıyla içtihatlarla beslenen ve olgunlaşan bir hukuk dalı olduğu için yargı içtihatlarında bireyin haklarını güvence altına alan ve idareye karşı güvence alan bir takım ilkeler geliştirilmiştir. Örneğin *kazanılmış hak ilkesi, ölçülülük ilkesi, bilanço ilkesi, idarenin açıklığı ilkesi*,²²⁵ *bilgi ve*

²²¹ Yönetişim kavramı ilk kez Dünya Bankası'nın "Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth" adlı 1989 tarihli raporunda kullanılmıştır. Geniş bilgi için bkz., s. 14.

²²² Yönetişim kavramı üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz., Güzelsarı, S., *Kamu Yönetimi Disiplininde Yeni Kamu İşletmeciliği ve Yönetişim Kavramları*, AÜSBF, GETA Tartışma Metinleri Serisi, Şubat 2004.

²²³ Yönetişim kavramını bu anlamda sadece Avrupa Birliği değerlerine indirgemek doğru değildir. IMF, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, OECD, Birleşmiş Milletlerin bazı kuruluşlarında da bu kavram kullanılmak istenmektedir. Bir bakış açısı kazandırması için bazı söylemleri buraya almayı uygun bulduk. "İyi Yönetişim belki de yoksulluğu sona erdirecek ve kalkınmayı sağlayacak tek ve en önemli faktördür" Kofi Annan, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, "Tüm vatandaşlara kaliteli ve üretken bir yaşam sağlamak için fırsatlar yaratmanın anahtarı, ekonomik büyüme, sosyal uyum ve iyi yönetişim arasındaki üçlü dengeyi sağlamaktır". Donald J. Johnston, "Hukukun üstünlüğünü gözetmek, ekonomik başarının bir ön şartıdır", Dünya Bankası 1997 Kalkınma Raporu'ndan.

²²⁴ Güzelsarı, S., agm., s.13., Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz., Güran, S., *Yönetimde Açıklık*, İHİD, Y. 3, S. 1-3, s. 101-112.

²²⁵ "İdare tarafından yürütülen soruşturmanın, istenilen bilgilerin verilmesine, açıklama yapılmasına engel olmadığı, davacı hakkında yürütüldüğü belirtilen soruşturma konusunda

belgelere ulaşma hakkı ilkesi, savuma hakkı ilkesi, kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi gibi ilkeler yönetim kavramından önce de hukukumuzda yer almakta ve idari yargı yerlerinde uygulanmaktaydı. Ancak dikkat edilirse tüm bu ilkelerin referansı idare hukuku ve kamu hukukunun temel kalıpları ve kurumlarıdır. Yönetim kavramı ise *neo-liberal öngörüye* dayanmaktadır.

Yönetim kavramının yakından etkileşim içinde olduğu bir başka kavram is elektronik devlet anlayışıdır. Elektronik devlet uygulamasının, kamu bilgi kaynakları, kamu bilgi stoku ve bunların paylaşımı ile çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Esas olarak, geleneksel devlet yaklaşımına karşılık olarak elektronik devlet ya da sayısal devlet yaklaşımının hayata geçirilmeye çalışılmasının ve elektronik devlet uygulamasına geçiş hazırlıklarının temelinde, karşılıklı yönetmek olarak ifade edilebilen yönetim (*governance*) kavramı bulunmaktadır. Yöneten ve talep eden geleneksel devlet, elektronik devlet yaklaşımı ile karşılıklı yönetilen, vatandaşların da kamu hizmetlerini yönlendirebildiği bir yapıya dönüşmektedir.²²⁶ Araştırmalar göstermektedir ki, Avrupa bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımı bakımından ABD'ye göre hayli geridedir. Daha da ötesi, üye ülkeler arasında sayısal uçurum adı verilebilecek önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu konuda herhangi bir gecikme Avrupa Birliği'nin dünya ölçeğinde rekabet gücünü önemli ölçüde azaltacaktır. Bu anlamda elektronik dönüşümün sadece teknolojik değil, ekonomik, sosyal ve politik gerekçeleri de bulunmaktadır. Bu nedenle Avrupa Komisyonu, 1999 yılının Aralık ayında üye ülkeler için *e-Avrupa* girişimini başlatmış ve buna ilişkin uygulama planını yürürlüğe koymuştur.²²⁷

açıklama yapılması, konuya ilişkin belgelerin gönderilmesinin davalı idareden tekrar istenilmesine" Danıştay 5. D., 11.6.1987 gün, E. 1985-1286, K.1987/567 aktaran Bereket, Z., Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara 1996, s. 22.

²²⁶ Türkiye'de bilim ve teknoloji politikalarının oluşturulduğu en üst düzeydeki karar alma mekanizması Bilim ve Teknoloji Yüksek Kuruludur. Burada hukuksal bakımdan değerlendirilmeye ihtiyaç gösteren husus bu kurulun çalışmalarında Türk Telekom A.Ş., Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve Türk Elektronik Sanayicileri Derneğinden aynı ve nakdi destek sağlamış olmasıdır (sağlanan aynı ve nakdi desteğe ilişkin olarak bkz., <http://www.dpt.org>). Kurul mahiyeti itibarıyla bir kamu hizmeti görmektedir. Bu doğrultuda kurumun çalışmalarının finansmanının da kamu hizmetlerinin gereklerine ve idare hukukunun genel ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Ancak kurulun çalışmalarında bu hususun gözden kaçırıldığı gözlenmektedir.

²²⁷ Özlü, T., *E-Avrupa, Avrupa Bilgi Toplumu ve Türkiye, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 1, S. 2 Bahar 2002, s.163.*

01.04.2005 tarih ve 25773 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan "E-dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Yılı Eylem Planına İlişkin Yüksek Planlama Kurulu Kararında" Türkiye'nin bilgi toplumu olma iddiasıyla devlet politikasının temelleri belirlenmiştir.²²⁸ Ayrıca Devlet Planlama Müsteşarlığı bünyesinde bilgi toplumu dairesi başkanlığı oluşturulmuştur. Söz konusu e-dönüşümü daha da ileri götürüp özellikle kamu hizmetlerinin elektronik ortama taşınması sonucunda "elektronik devlet" kavramının ortaya çıkacağını savunanlar da bulunmaktadır.²²⁹ Ancak burada unutulmaması gereken husus; kamunun herhangi bir biriminde geleneksel usullerle yapılmakta olan bir işlemin aynı bürokratik kademelerden geçerek ancak bu defa bilgi işlem makineleri tarafından yapılmasının, yapılan işin kalitesini artırmakla beraber gerçek anlamda beklenen faydayı yaratmayacağıdır. Bunun gerçekleşmesi için idari yapının ve buna uygun olarak idari yargı sisteminin de değiştirilmesi gerekecektir.

E-dönüşüm projesinin kamu yönetiminde ve kamu hizmetlerinin sunumunda ortaya çıkaracağı yeni etkileşimin ideolojik boyutu bir yana bırakılırsa, İdari Yargılama Usul tekniği bakımından da bir takım sorunları beraberinde getirebilecek olduğu görülecektir. Şöyle ki; bilindiği üzere İdari Yargılama hukukunda tanık bir ispat vasıtası olarak kullanılamamaktadır.²³⁰ Ancak e-dönüşüm uygulaması ile beraber kamusal bilgiler elektronik ortamda sunulabilmek ve hatta bazı idari başvurular dahi elektronik ortama taşınabilmektedir. İdari yargılama tekniğine

²²⁸ Bu kapsamda çıkarılan mevzuat şunlardır: 16 Haziran 2005 tarihli ve 5369 sayılı evrensel Hizmet Kanunu, e-dönüşüm Türkiye Projesi 2005 yılı Eylem Planına İlişkin YPK Kararı, KOBİ Bilgi Sistemine İlişkin 3 Şubat 2005 tarihli ve 2005/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi, 15 Ocak 2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 6 Ocak 2005 tarihli Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 6 Ocak 2005 tarihli Elektronik İmza ile ilgili süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ, 9 Ekim 2003 tarihli 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 19 Nisan 2004 tarihli ve 2004/7189 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller hakkında Yönetmelik, 15 Şubat 2005 tarihli ve 2005/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi, 25 Aralık 2003 tarihli ve 5035 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

²²⁹ İnce, M., *Elektronik Devlet*, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkanlar, Mayıs 2001, <http://www.ekutup.dpt.gov.tr/bilisim/incem/e-devlet.pdf>, s. 13.

²³⁰ Danıştay 8. Daire E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25/02/2004, Danıştay 3. Daire E. 1999/3165, K. 2000/1020, T. 9.3.2000 (Kazancı İçtihat CD'si 2005), Ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısında şöyle bir hüküm vardır.

MADDE 203- 1) Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.

uymadığı için²³¹ tanık bir ispat vasıtası olarak idari davalarda kullanılmazken güvenilirliği ve devamlılığı tartışılır elektronik verilerin idari yargılama usulünde delil olarak kullanılmasında da bir kanun değişikliği yapılmadan mümkün görünmemektedir.

E-devletin kırtasiyeciliği azaltacağı, halkın kamu hizmetleri ve sonuçları konusunda doğrudan ve anında bilgi sahibi olmasına hizmet edeceği iddia edilmektedir. Bilgisayarın kullanılmaya başlanması bilgisayar kullanan yerler için bir avantajdır. Buralarda daha az personelle çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu sistemin zaten yasa tasarısı sürecinde de hep dile getirilen kamuda istihdam fazlası var şeklindeki saptamaların gereklerini yerine getirmek için kullanılacağını tahmin etmek de güç görünmemektedir.²³² Kamu hizmetlerinin elektronik dünyanın vitrini olan bilgisayar ekranına sıkıştırılması pek çok kamu hizmeti bakımından mümkün görülmemekle birlikte devletin elektronik dönüşümü ile beraber idare hukukunun ve geniş anlamda kamu hukukunun temel ilkelerinde bir dönüşüm yaşanacağı da açıktır. Elektronik dünyanın bilgi toplumu olma iddia ve ideali de bu paradigma değişikliğinde katalizör etkisi yapmaktadır. Elektronik devlet yapısına geçiş, kamu yönetimi sisteminde ve vatandaşa bakış açısında belirgin bir anlayış farkını beraberinde getirmektedir. Ne var ki, idari fonksiyonun amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdare, fonksiyonunu yerine getirmek için de üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek için özel kişilerle eşit olmamak durumundadır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız elektronik devlet uygulamalarının ve bu uygulamanın fikrinsel temelini oluşturan yönetim kavramının kamu gücü ayrıcalıkları ile varoluşsal bir mücadeleye girmesi kaçınılmaz gözükmektedir.

Sonuç

Avrupa Birliği oluşumunun kamu hizmeti teorisini modernize etmeye çalıştığı bir gerçektir. Ne var ki, söz konusu modernizasyon süreci birliğe üye ya da aday ülkelerin sosyo, ekonomik durumlarını, devlet geleneklerini ve toplumsal dinamiklerini hesaba katmadan yapılmaya çalışılmaktadır. Bu modernizasyon projesi salt liberal öngörüler ve

²³¹ Gözübüyük, Ş./Tan, T., *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Aralık 1999, C. II, s. 984.

²³² Yerelleşmenin rüşveti ve yolsuzluğu artıracacağı yönünde bkz., *Ibid.*, s. 8.

ekonomik yaklaşımlar merkezinde yoğunlaşmaktadır. Türkiye’de gerek pozitif düzenlemelerle gerek yargı kararlarıyla kamu hizmeti teorisine yaşamsal bir anlam yüklediği dikkate alındığında, bu dönüşüm projenin hukuksal anlamda sancılı olacağı açıktır. Kamu hizmetinin sadece idare hukukunun değil, kamu hukukunun da temel kavramlarından olduğu dikkate alındığında, kamu hizmetinin liberal taleplerle müsabık halde yaşamasının önüne geçmek için sağlam bir hukuksal bilinç ve duyarlılığa ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, 1999.
- Akman, V., *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, Alfa Yayınları, Tarihsiz.
- Aktan, C., *Anayasal İktisat*, İstanbul, 1997.
- Aktan, Coşkun Can, *Devlet Niçin Yeniden Yapılandırılmalı ve Küçültülmeli*, Doğu-Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım-Aralık 1997, s. 35-41.
- Auby, J.B., *Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması*, Türk Fransız Ticaret Derneği Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara.
- Atasoy, V., *Türkiye’de Mahalli İdarelerin Yapısı ve Yeniden Düzenlenmesi*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1992.
- Atasoy, V., *Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu*, Ankara, 1993.
- Azrak, Ülkü, *Kamuda Tehlikeli Reform*, 12.01.2004, Radikal.
- Balta, T., *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara, 1970.
- Batley, R., *Comparison and Lessons, Legal Government in Europe*, London, 1991.
- Bell, J., *The Concept of Public Service Under Threat From Europe? An Illustration From Energy Law*, *European Public Law*, C. 5, S 2 1999.
- Berger, P./KELLNER, *Modernleşme ve Bilinç*, Çev. Cevdet CERİT, İstanbul, 2000.
- Bozkurt, Ömer, *Fransa’da Ademi Merkezileştirmenin Beklenmeyen Bir Sonucu, Feodalleşme*, AİD., C. 24, S. 4, Aralık 1991.
- Bozkurt, E./Özcan, M./Köktaş, A., *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara 2001
- Çeçen, A., *Avrupa Kamu Düzeni*, Ankara Barosu Kurultayı, 2000, s. 220 vd.
- Çoker, Z., *Fransa ve Türkiye’de Yerel Yönetim Reformu, Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 1, Sayı 3, Mayıs 1992.

- Dikmen, Ahmet Alpay, Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu Tasarısı Üzerine Değerlendirmeler, 7 Kasım 2003 tarihli *Cumhuriyet Gazete'si*, Işık Kansu'nun "Kamu Yönetimi Reformu" başlıklı yazı dizisinde yer alan metin.
- Duran, L., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- Emek, U., *Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri*, Vergi Dünyası, Ekim 1999, S. 218, (s. 93-112).
- Erkan, H., Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999.
- Erhürman, Tayfun, İdari Denetim ve Ombudsman, (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 2001.
- Eroğul, Cem, *Devlet Nedir?*, İmge Kitabevi, Ankara, 1990.
- Fırat, Serap, *Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 7, Sayı 1, Ocak 1998.
- Forsythe, D. P., *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, UK, 2004.
- Fournier, J., Public Service, <http://www.ambafrance-uk.org>, 30.09.2004.
- Giritli, İ./Akgüner, T., İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987.
- Gönenc, Levent/Ergül, Ozan/Kontacı, Ersoy, *Yaşayan Anayasa*, 2002 Gelişmeleri, TBB Dergisi, S. 48, 2003.
- Gönül, M., *Seçimli Valilik Üzerine Düşünceler*, AİD, C. 25, S. 3, Eylül 1992.
- Gözler, K., İdare Hukuku, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, Ş./Tan, T., İdare Hukuku-İdari Yargılama.
- Gül, İbrahim, *Ekonominin Anayasallaşması*, FMR., S. 2002/3, Cilt 2.
- Gülan, A., *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim*, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, Editör Ali ULUSOY, (s.140-154).
- Gülan, A., *Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütü DURAN'a Armağan, Özel Sayı*, S. 1-3, İstanbul, 1988, (s. 149-159).
- Gülan, A., *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İHFM, C. LVI-S. 1-4, (s. 97-107).
- Güler, B. S., *Kompradorun Hukuk Hamlesi*, Anayasal İktisat, 1. Bası, Ankara, 2003.
- Günday, M., *İdare Hukuku*, 6 Bası, Ankara, 2002. (İdare Hukuku).
- Günday, M., *Kamu Yönetimi Reformu'nun Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi*, Danıştay Başkanlığı Sempozyum, 11 Mayıs 2005, s. 163-177.
- Güran, S., *Yönetimde Açıklık*, İHİD, Y. 3, S. 1-3, s.101-112
- Güzelsarı, Selime, *Kamu Yönetimi Disiplininde Yeni Kamu İşletmeciliği ve Yönetişim Yaklaşımları*, AÜSBF, GETA Tartışma Metinleri Serisi, Şubat 2002.

- Işıkılı, Alparslan, *Yerelleşme*, AÜSBFD, GETA Tartışma Metinleri, Özel Sayı (2) No. 60, Kasım 2003.
- Hartley, T. C., *European Union Law in a Global Context, Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2004.
- Hesselink, M. W., *The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, vol. 3, 2004
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 2005.
- İnce, Murat, *Elektronik Devlet, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Yeni İmkanlar*, Mayıs 2001, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları.
- İyimaya, Ahmet, *Ortak Değer Olarak İyi Yönetim Yaklaşımı*, Ankara Barosu Dergisi, 2005/1, S. 80, Yıl 63, s. 73-91.
- Karahanoğulları, O, *Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Hizmetler Ticaretinde Küreselleşme, GATS Anlaşması, Disk Genel-İş Yayını*, Ankara, Haziran 2002.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamuda Tehlikeli Reform*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı 2, 2004.
- Karavelioğlu, C., *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Ankara, 2001.
- Kartal, Filiz, *Yerel Yönetimlerin Yeniden Yapılanması Çerçevesinde Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi, Ankara'dan Örnekler, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 9, S. 1, Ocak 2000.
- Kılıçbay, Mehmet Ali, *Devletin Yeniden Yapılanması, Derin Devlet*, Doğu-Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım-Aralık 1997, s. 15-21.
- Köksal, Tuncay, *Avrupa Birliğinde Bazı Sektörlerde Tekelleşmeyi Önlemek ve Liberalizasyonu Sağlamak İçin Yapılan Düzenlemeler*, Ankara, 1997.
- Kösecik, M., *Avrupa Birliği Entegrasyonu ve Ulusal Kamu Yönetimleri, Çağdaş Kamu Yönetimi II*, Ankara, Nobel Yayınları, 2004.
- Mahçupyan, E., *Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm*, DOĞU-BATI, yıl. 1, Kasım-Aralık-Ocak, 1997.
- Martinand, Claude, *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk Fransız Semineri Tebliğleri*, Ankara, 29 Haziran 1994, s. 11-35.
- Ömürgönülşen, Umut, *Türk Kamu Yönetiminin Avrupa Birliğine Uyum ve Yöneltil Kapasitenin Artırılması, (Ders Notları-Çoğaltma)*, ATAUM, Dönem 36, Dosya No. 17, 01.06.2005.
- Onar, Sıdık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966.
- Orak, C. Ç., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayımlarlı Hukuk Yayınları*, Ankara, 2006.
- Oralalp, Füsün Çiçekoğlu, *İyi Yönetim ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Adaylığı*, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 1, S. 2, Bahar/2002, s. 121-133.

- Oran, Baskın, Kaçınıcı Küreselleşme, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2000.
- Ortaylı, İlber, *Türkiye'nin Batılılaşma Hareketlerine Genel Bir Bakış, Avrupa Birliği El Kitabı*, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, Ankara, 1996.
- Ozansoy, C., *Türkiye'de Kamu Hizmeti tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85-100.
- Özay, İ., *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, 1996.
- Özlu, Tülay, *Avrupa Bilgi Toplumu ve Türkiye*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 1, S. 2, Bahar/2002, s. 153-171.
- Öztürk, B., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000.
- Parpworth, N./Padfield, N, *Constitutional and Administrative law*, Butterworths, 2000.
- Parsons, T., *The Structure of Social Action*, New York, 1968.
- Pierson, Christophor, *Modern Devlet*, Çev. Dilek Hattatoğlu, İstanbul, 2000.
- Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, Harward Univerdity Pres, Cambridge, 1987.
- Prosser, P., *Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring*, <http://www.law.duke.edu/journals/631LCPProsser>.
- Questinaux, N., *İdare ve Hukuk Kuralı: Fransız Conseil d'Etat'ın Önleyici Rolü*, Çev. Cemil Kaya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, S. 1-2, 2003.
- Raadshelders/Rutger, *The Evolution of Civil Service Systems*, in Beke, Perry and Toonen, *Civil Service Systems in Comparative Prespective*, Indiana University Press, 1996.
- Savaş, V. F., *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi yaklaşım) Anayasa Yargısı 15*, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi yayın No. 40, Ankara, 1999, (s. 79-98).
- Serim, B., *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme*, Ankara, 1996.
- Scherer, J., *Telecommunication Laws in Europe*, Baker & Mc Kenzie, 4th Edition, 1998.
- Scott, D. S., *Constitutional Law of the European Union*, Longman, First ed. 2002.
- Sunay, Ş.S., *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkler Karşısında İsbat ve Delil Hususları*, İstanbul, 1997.
- Tan, T., *Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 1991.
- Tan, T., *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*, Anayasa Yargısı, Sekizinci Kitap, Anayasa Mahkemesi yayını, Ankara, 1991, s. 233-252.

- Tan, Turgut, *Katılımcı Yönetim Modeli Üstüne: İlsan ve İski*, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 2, S. 6, Kasım 1993.
- Tan, Turgut, *Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti*, (Türkiye-Fransa ve İtalya Örnekleri), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ocak 2000, s. 3 vd.
- Tan, Turgut, *Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*, Türk İdare Dergisi, S. 378, 1988.
- Tan, Turgut, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ocak 2000.
- Tanyeri, S., *Türk ve Fransız İdare Hukukunda Amme Hizmeti Meşhuru*, TİD., Y. 29, S. 250, Ocak-Şubat, 1958.
- Tezcan, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukukunda Birey*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1. baskı, 2002.
- Tezcan, Durmuş, *Haksız Rekabeti veya Rekabete Aykırı Davranışları Önlemede İdari Cezalar*, FMR., C. 2, S. 2002/1.
- Türköne, Mümtaz'er, *Derin Devlet*, Doğu-Batı, Yıl 1, Sayı 1, Kasım-Aralık 1997, s. 41-53.
- Twining, W., *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, 2000
- Uler, Y., *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, s. 252-256.
- Ulusoy, A., *Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, 1999, S. 1-4, C. 48.
- Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, (İncelemeler).
- Ulusoy, A., *Telekomünikasyon Hukuku*, Ankara, 2002, (Telekomünikasyon).
- Ulusoy, A., *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları*, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001 (Yeni Anayasal Durum).
- Ulusoy, A., *Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*, BTHAE, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Bildiriler, Tartışmalar, II, Ankara, 26 Mart 2004.
- Yazıcıoğlu, Recep, *Yönetim Sistemimizin Yeniden Düzenlenmesi*, (II), Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 1, S 3, Mayıs 1992.
- Yaşamış, F., *Çukurova Projesi Deneyimleri Işığında Belediyelerde Reorganizasyon ve Örgütsel Gelişme*, Türk İdare Dergisi, Mart 1988.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1302-0444

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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

11. İS. B. S. N. 11.11.2003

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

5543 SAYILI İSKÂN KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASI

Necla ÖZTÜRK YILMAZ*

Giriş

Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesi esas itibarıyla, Türk Vatandaşlık Hukukunun temel kaynağını oluşturan 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununda düzenlenmiştir. Ancak, Türk vatandaşlığı ile ilgili olarak milletlerarası anlaşmalarda ve diğer kanunlarda da hükümler bulunmaktadır. Örneğin, ahâlî mübadelesi ve arazi terk ve ilhakına ilişkin milletlerarası anlaşmalarda Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin hükümler yer aldığı gibi, başta İskân Kanunu olmak üzere diğer kanunlarda da Türk vatandaşlığı ile ilgili düzenlemelere rastlanmaktadır.

Ahâlî mübadelesi, en genel anlamıyla, bir devletin vatandaşı olan bir grup ile başka bir devletin vatandaşlığını taşıyan bir grubun değiştirilmesi anlamına gelir. Diğer bir anlatımla, ahâlî mübadelesinde iki farklı ülkede yaşayan ve bu iki farklı ülkenin vatandaşlığını taşıyan belirli bir grubun, bu iki devletin anlaşması ile karşılıklı olarak değişimi söz konusudur. Bu karşılıklı değişim sonucunda, gruba dahil kişiler, diğer ülkeye göç etmeye ve göç ettikleri bu ülkenin vatandaşlığını kazanmaya zorlanmaktadır.¹

* Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Ahâlî mübadelesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Muammer, Raşit Seviğ / Vedat, Raşit Seviğ, Devletler Hususî Hukuku (Giriş-Vatandaşlık), B. 4, İstanbul 1967, s. 159 vd.; Fişek, Hicri, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara 1959, s. 105 vd.; Berki, Osman Fazıl, *Devletler Hususî Hukuku (Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku)*, C. I, B. 7, Ankara 1970, s. 102 vd.; Muammer, Raşit Seviğ, Devletler Hususî Hukuku (Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku), İstanbul 1983, s. 173 vd.; Göger, Erdoğan, *Türk Tabiiyet Hukuku*, Ankara 1972, s. 98 vd.; Uluocak, Nihal, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Karşılaştırmalı – Uygulamalı)*, İstanbul 1989, s. 155 vd.; Doğan, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B. 6, Ankara 2006, s. 185 vd.; Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, B. 15, İstanbul 2005, s.

Bu bağlamda, ahali mübadelesinde, kişiler üzerinde bir egemenlik değişikliği söz konusu olmaktadır.

Arazi terk ve ilhakında ise, arazi üzerinde egemenlik değişikliği söz konusu olmaktadır. Buna göre arazi terk ve ilhakı, bir devlete ait toprak parçasının tamamının veya bir kısmının, başka bir devletin egemenliğine geçmesi anlamına gelmektedir. Belli bir toprak parçası üzerindeki egemenlik değişikliği, daha çok savaşlar sonucunda ortaya çıkar.

Egemenlik değişikliğine uğrayan toprak parçası üzerinde yaşayan kişilerin vatandaşlıkları da, anlaşma hükümlerine göre değişir. Bununla birlikte, ahali mübadelesinden farklı olarak, ilhak edilen toprak parçası üzerinde yaşayanlara, ilhak eden devlet vatandaşlığının zorla kabul ettirilemeyeceği ilkesi gereğince, seçme (*option*) hakkı tanınır.²

Gerek ahali mübadelesi, gerek arazi terk ve ilhakı milletlerarası anlaşmalarla düzenlenmektedir.

Türk Vatandaşlığı Kanunu dışında Türk vatandaşlığının kazanılması ve/veya kaybedilmesi sonucunu doğuran kanunlar ise Hilâfetin İlgasına ve Hanedan-ı Osmaniyenin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun,³ Cumhuriyetin Ellinci Yılı Nedeniyle Bazı Suçların ve Cezaların Affı Hakkında Kanun⁴ ve İskân Kanunudur.

Bu makalenin konusunu oluşturan İskân Kanunu ise, esas itibarıyla göçmenlerin tâbi olacağı düzenlemelere yer vermekle beraber, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kurallar da getirmektedir. Göç konusu ilk olarak, 1934 yılında yürürlüğe giren 2510 sayılı İskân Kanunu'nda⁵ düzenlenmişti. Bu Kanunda göçmenlerin ve mültecilerin Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin hükümler de bulunmaktaydı (2510 sayılı İK m. 3, m.6 ve m. 8). Uzun yıllar yürürlükte kalan söz konusu Kanunun, günümüzün ihtiyaçlarına cevap vermediği gerekçesiyle,

166 vd.

² Arazi terk ve ilhakı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Seviğ / Seviğ, s. 134 vd.; Fişek, s. 96 vd.; Berki, s. 90 vd.; Seviğ, s. 146 vd.; Göğer, s. 92 vd.; Uluocak, s. 151 vd.; Doğan, s. 182 vd.; Nomer, s. 164 vd.; ayrıca, ahali mübadelesi ve arazi terk ve ilhakı konularında verilmiş Danıştay ve Yargıtay kararları için bkz., Berki, F. Osman / Ansay, Tuğrul / Arat, Tuğrul, Devletler Hususî Hukuku ile İlgili Danıştay ve YARGıtay Kararları, C. I: Tabiiyet Hukuku, Ankara 1975, s. 124 vd.

³ RG. 06.03.1924/63.

⁴ RG. 18.05.1974/14890 (Mükerrer sayı).

⁵ RG. 21. 06. 1934/2373.

yeni bir kanun (5543 sayılı yeni İskân Kanunu⁶) hazırlanmıştır.⁷ Yeni İskân Kanunu, 19 Eylül 2006 tarihinde kabul edilmiş ve 20 Eylül 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu makalenin amacı, göç yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını yeni İskân Kanunu hükümleri çerçevesinde ele almaktır.

Çalışmada, ayrıca “göç” kavramı, türleri ve unsurları üzerinde durulacak ve 5543 sayılı Yeni İskân Kanunu genel bir değerlendirmeye tâbi tutulacaktır.

Bu çalışma hazırlandığı sırada, 5543 sayılı İskân Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin herhangi bir yönetmelik henüz yürürlüğe girmemiştir.

Bu nedenle, İskân Kanunu’nun geçici 3. maddesinde belirtilen “*bu Kanunun öngördüğü yönetmelikler yürürlüğe girince kadar, mevcut tüzük ve yönetmeliklerin Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır*” hükmü gereğince; bu çalışmada, 1934 tarihli İskân Muafiyetleri Nizamnamesinin (İs. Mu. Niz.)⁸ ve 2510 sayılı İskân Kanunu’nun 2848 ve 3657 sayılı Kanunlarla Muaddel 3. Maddesine Tevfikan Hazırlanan İskanlı ve Serbest Göçmen Kabulüne Dair Esasları Muhtevi Talimatnâme’nin⁹ ilgili hükümleri esas alınacaktır

⁶ RG. 20. 09. 2006/26301.

⁷ 72 yıl yürürlükte kalan İskân Kanunu’nu yürürlükten kaldırmak ve bu Kanun kapsamındaki konuları, günümüzün koşullarına uygun olarak yeniden düzenlemek amacıyla 7 Ocak 2003 tarihinde TBMM’ye 1/352 esas numarasıyla bir kanun tasarısı sunulmuştur. Bu tasarının genel gerekçesinde; 2510 sayılı İskân Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra bazı maddelerin birkaç kez değiştirildiği ya da yeni maddeler ilave edildiği; ancak, farklı zamanlarda yapılan bu değişikliklerin Kanunun amaç ve kapsamını anlaşılabilir hale getirerek, uygulamada farklılıklara neden olduğuna işaret edilmiş; bu olumsuzlukların ve İskân Kanunu’nun bugünün yapısına uygun düşmeyen hükümlerinin, yapılacak yeni ilaveler ve değişikliklerle giderilemeyeceği gerekçesi ile Kanunun bütün ek ve değişiklikleriyle iptal edilerek, yerine geçecek yeni bir İskân Kanun’un çıkarılması uygun görüldüğü belirtilmiştir: Kanun Tasarısı’nın genel gerekçesi için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1223m.htm>. (6 Kasım 2006).

⁸ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/5058.html>. (6 Kasım 2006); Unat, İlhan; Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler – Mahkeme Kararları), Ankara 1966, s. 163 vd.

⁹ Bundan böyle makalede ‘İskanlı ve Serbest Göçmen Kabulüne Dair Talimatnâme’ olarak kısaltılacaktır. Metin için bkz., Unat, s. 159 vd.

I. Göç Kavramı

A. Tanımı

Göç, kişinin, geri dönmek üzere vatanını terk ederek, başka bir ülkeye yerleşmek amacıyla gitmesi anlamına gelir.¹⁰ Kişinin geri dönmek üzere vatanını terk etmesi ise, yerleşmek niyeti olmadan vatanını ziyaret etmesine engel teşkil etmez.¹¹

Kişinin veya kişilerden oluşan toplulukların, yaşadıkları ülkeyi bırakıp, başka bir ülkede yurt tutmalarının savaş, deprem, sel gibi doğal afetler yanında, devrimler, askerî darbeler gibi siyasal ya da ekonomik nedenleri olabilir.¹² Günümüzde, özellikle münferit göçlerin başlıca nedeni ekonomik olmakla birlikte; çoğu kez, göçün tek bir nedeninin olmadığı, bazı nedenlere duygusal nedenlerin de eşlik ettiği söylenebilir. Ancak, etnik farklılıklar, milliyet, güvenlik, ideolojik ve politik sömürü, hemen daima göç nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³

Gelişmekte olan bir ülke konumunda olan Türkiye'nin, göç alan bir ülke olduğunu söylemek oldukça güçtür. Şöyle ki, 2510 sayılı İskân Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten günümüze dek, Bulgaristan, Yugoslavya, Romanya, Yunanistan, Çin, Türkistan ve diğer ülkelerden iskânlı göçmen olarak 182.571 aile ile 714.605 kişi; serbest göçmen olarak ise, 258.032 aile ile 932.922 kişi ülkemize kabul edilmiştir.¹⁴ Bu demektir ki, serbest ve iskânlı göçmen olarak, 72 yılda toplam, 440.603 aile ile 1.647.527 nüfus göç etmiştir. Bu rakam bize, yılda ortalama 6.119 aile ile birlikte 22.882 kişinin ülkemize göç ettiğini gösterir ki, "göç alan ülke" olarak nitelendirilen ülkelerle karşılaştırıldığında bu sayı gerçekten de çok azdır.

B. Özellikleri

Göçün başlıca üç temel özelliğinden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, göçün kural olarak iç hukuka ait bir mesele olması; diğeri rızâî olması ve yerleşme niyetidir.

¹⁰ Fişek, s. 75; Berki, s. 84.

¹¹ Göğler, s. 85.

¹² Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, B. 2, İstanbul 2005, s. 164; Doğan, s. 179.

¹³ Albrecht, Hans-Jörg, 'Fortress Europe?- Controlling Illegal Immigration', *Eur.J. Crim. and Crim Just.*, Vol.10, 2002, s. 2 vd.

¹⁴ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1223m.htm>. (6 Kasım 2006).

a. İç Hukuka Ait Olması

Göç, istisnâî durumlarda milletlerarası anlaşmaların konusu olmakla beraber, esas itibariyle bir iç hukuk meselesidir.¹⁵ Millî devletlerin tâbiyet konusunda olduğu gibi, göç konusunda da mahfuz yetkileri söz konusudur.¹⁶ Her devlet, kimleri göçmen olarak kabul edip, kimleri kabul etmeyeceğine kendisi karar verir. Göç eden kişinin önceki vatandaşlığını kaybetmesi ve göç ettiği ülkenin vatandaşlığını kazanması, ilgili devletin iç hukuk kurallarına bağlıdır.¹⁷ Başka bir anlatımla, göçmen kabulü, devletlerin siyasal, ekonomik ve sosyal politikaları ile yakından ilgili olup, genellikle iç hukuka tâbi bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda yakın geçmişle ilgili en çarpıcı örnek, Amerika Birleşik Devletleri'nde meydana gelen 11 Eylül 2001 tarihindeki terörist saldırıdan sonra, ülkeye göçmenlerin kabulü ve göçe ilişkin düzenlemelerde yapılan değişikliklerdir.¹⁸

Yoğun göç alan ülkelerde, göçün yoğun ekonomik ve siyasî etkileri görülür.¹⁹ Bu nedenle, göçün vatandaşlığı nasıl etkileyeceği de göçü düzenleyen iç hukuk kurallarından hareketle incelenmelidir.

b. Rıza

Göç kişinin rızasına, talebine bağlıdır; zorunlu değildir. Bu özellik, göçü, ahâlî mübadelesinden ayıran temel özelliktir. Gerçekten de, ahâlî mübadelesinde, kişiler üzerindeki egemenlik değişimi zorunludur. Buna karşılık, göç söz konusu olduğunda, göç edecek kişi ya da gruplar üzerinde zorlama söz konusu değildir. Göç tamamen kişinin rızası ile gerçekleştirilebilir.

¹⁵ Doğan, s. 179.

¹⁶ Weis, P., *Nationality and Stateless in International Law*, B. 2, USA. 1979, s. 65-66.

¹⁷ Bu bağlamda olmak üzere, özellikle gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkelerden yoğun göç alan devletlerin, mevzuatlarında, göç ve göçmenlik konularını daha ayrıntılı düzenlediği, bu konuda yoğun akademik çalışmalar ve araştırmalar yapıldığı görülmektedir: Ozanne, Sarah, Seminar Report: '*Immigration and Nationality Law*', Int'l Legal Prac., Vol. 23, 1998, s. 123-130; Kluwer Law International, '*Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum in Europe. An Odysseus Network Financed by the European Commission*', Eur. J. Migration and L., Vol. 2, 2000, s. 407-411.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Turansick, F. Michael, '*Public International Law, Immigration and Nationality Law*', Int'l. L., Vol. 37, 2003, s. 511-521.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Abraham, David, '*Introduction to the Symposium Panel on Economic Impacts of Immigration*', U. Miami Inter-Am. L. Rev., Vol. 30, 1998-1999, s. 605 -610.

c. Yerleşme Niyeti

Göçün özelliklerinden biri de, tanımından da anlaşılacağı üzere, göç eden kişilerin, gittikleri ülkeye yerleşme niyetidir. Bu özelliği göçü diğer müesseselerden ayırmaktadır. Eğer kişi veya kişi gruplarının ayrıldıkları ülkeye tekrar dönme niyeti varsa, ya da gittikleri ülkeye yerleşmek niyetinde değillerse teknik olarak “göç”ten söz etmek mümkün değildir.

C. Türleri

a. Dışa Göç

Uluslararası hukukun ilgi alanına giren göçlerde, göç eden kişilerin, bir tarafta bıraktıkları (terk ettikleri) ülke; öte tarafta ise varıp yerleştikleri (veya yerleşmeyi amaçladıkları) ülke olmak üzere iki ülke vardır. Göç olgusu bu iki ülke açısından değişik görünümündedir. Ülkelerden biri, bırakılan (terk edilen), öteki ise yurt tutulan (yerleşilen) ülkedir. Kişinin yabancı bir ülkede yerleşmek niyeti ile vatanını terk etmesi halinde, terk edilen ülke açısından dışa göç (*emigration*) söz konusu olmaktadır. Batı dillerinde dışa göç eden kişiye “*emigrant*” yani, başka bir ülkeye yerleşmek amacıyla giden göçmen denilmektedir.²⁰ Günümüzde milletlerarası hukuk normlarının, kişilerin kendi ülkelerinden, yabancı bir ülkeye gitme özgürlüğünü (yani dışa göçü); serbestçe yaşamak istedikleri ülkeye göç etme özgürlüğüne (iç göç) göre, daha fazla desteklediği gözlenmektedir.²¹

Türk hukukunda, dışa göç konusunda yasal düzenlemeler bulunmamaktadır. Dışa göç etmek isteyen Türk vatandaşı, yabancı bir ülkeye turist olarak giden Türk vatandaşı ile aynı konumdadır. Yabancı bir ülkeye göçmen olarak giden Türk vatandaşının, gittiği ülkenin vatandaşlığını kazanması halinde ise, mevcut Türk vatandaşlığını koruyup koruyamayacağı, Türk Vatandaşlığı Kanununun hükümlerine tâbi olacaktır.

Nitekim yabancı bir ülkeye göçmen olarak giden Türk vatandaşı, izin ile Türk vatandaşlığından çıkmamış veya başka bir nedenle Türk

²⁰ Aybay, s. 164-165, dn. 88; Berki, s. 83.

²¹ Dışa göçün desteklenmesinin muhtemel nedenleri ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kleven, Thomas, ‘*Why International Law Favors Emigration Over Immigration*’, U. Miami Inter-Am. L. Rev., Vol. 33, 2002, s. 69-100.

vatandaşlığını kaybetmemiş ise, sırf yabancı bir ülkeye göçmen olarak gittiği için Türk vatandaşlığını kaybetmeyecektir.²²

b. İçe Göç

Kişinin yerleşmek niyeti ile yabancı bir ülkeye gitmesi, yerleşilen ülke açısından, içe göç (*immigration*) anlamına gelir. İçe göç eden kişiye “*immigrant*” yani dış ülkelere gelip yerleşen göçmen denir.²³

Türk hukukunda dışa göç pozitif bir düzenlemenin konusu yapılmamış olmakla beraber, içe göç düzenlenmiştir. Bu konudaki temel düzenleme 5543 sayılı İskân Kanunu’nda yer almaktadır.²⁴ Kanun’un 3. ve 4. maddelerinde göçmen olarak kabul edilebilmenin olumlu ve olumsuz unsurları belirtilerek kimlerin göçmen sıfatı ile Türkiye’ye gelebileceği; 8. maddede ise, bu kişilerin hangi şartlar altında Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri düzenlenmiştir.

c. Transit Göç

Göç amacıyla bir ülkeden ayrılan kişi ve kişi grupları, kimi zaman belirli bir ülkeye yerleşinceye kadar çeşitli ülkeleri dolaşma durumunda

²² Fişek, s. 75.; Berki, Şakir, ‘*Türk Devletler Hususî Hukuku Bakımından Aslî ve Müktesep Tabiiyetin Umumî Esasları*’, AÜHF.D., 1949, Sayı 2-4, s. 219.

²³ Berki, s. 83; Aybay, s. 165, dn. 88.

²⁴ İçe göç 2510 sayılı İskân Kanun’un 3, 4 ve 6. maddelerinde de kapsamlı olarak düzenlenmişti. 2510 sayılı İskân Kanun’un 3. maddesinde göçmen olarak kabul edilebilmek için aranan olumlu şartlara, göçmen tanımı yapılarak yer verilmişti. Bu hükme göre, Türkiye’ye yerleşmek maksadı ile dışarıdan, münferiden gelmek isteyen Türk soyundan meskun veya göçebe kişiler ve aşiretlere; münferiden veya müçtemian (toplular olarak) gelmek isteyen Türk kültürüne bağlı kimselere göçmen denir. Aynı Kanununun 4. maddesinde ise göçmen olarak kabul edilecek kişilerde bulunmaması gereken şartlar, yani olumsuz şartlar tespit edilmişti. Bu maddede, göçmen olarak alınmayacak kişiler; Türk kültürüne bağlı olmayanlar, anarşistler, casuslar, göçebe çingeneler, memleket dışına çıkarılmış olanlar şeklinde sıralanmıştı. Görüldüğü gibi, Türkiye’ye göçmen olarak kabul edilebilmek için, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmak temel şartlardı. Adı geçen Kanun’un 6. maddesi ise, göçmenlerin Türk vatandaşlığını nasıl kazanacağına ilişkin düzenleme getirmekteydi. Bu maddeye göre, göçmenler sınırlardan girdikleri veya nakil vasıtalarından çıktıkları yerin en büyük mülkî amirine kendilerini ve ailelerini yazdırıp, göçmen kağıdı almak ve vatandaşlığa girme beyannamesi imzalamak zorundaydılar. Bu şekilde alınan göçmen kağıdı bir yıl süre ile geçerliydi. Aynı maddenin (B) bendine göre, göçmen olarak alınanlar, Bakanlar Kurulu Kararı ile hemen Türk vatandaşlığına alınırlardı.

kalabilir. Bu tür göçe ise transit göç (*transmigration*); bir ülkeden başka bir ülkeye göçerken arada bir ülkede, yerleşme niyeti olmaksızın bulunan kişiye de transit göçmen denir.²⁵ Türk hukukunda, yaşadıkları ülkeyi terk edip, Türkiye üzerinden başka bir ülkeye yerleşmek niyetiyle giden kişilerin durumu, yani transit göç düzenlenmemiştir.

II- 5543 Sayılı İskân Kanunu'nun Amacı ve Kapsamı

5543 sayılı İK'nın amacı 1. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; İskân Kanunu'nun amacı, *"göçmenlerin, göçebelerin, yerleri kamulaştırılanlar ile millî güvenlik nedeniyle yapılacak iskâna ilişkin çalışmalarını, köylerde fiziksel yerleşimin düzenlenmesine ilişkin uygulamaya esas şartları ve alınacak tedbirleri, iskân edilenlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir"*.

Görüldüğü gibi, kanun hükmünün düzgün bir Türkçe ile kaleme alındığını söylemek oldukça güçtür. Bu maddeye göre, kanunun amacını üç başlık altında toplamak mümkündür.

- Göçmenlerin, göçebelerin, yerleri kamulaştırılanların ve millî güvenlik nedeniyle yerleri değiştirilenlerin iskân çalışmalarını düzenlemek.

- Köylerde fiziksel yerleşimin düzenlenmesine yönelik şartları ve alınacak tedbirleri belirlemek.

- İskân edilenlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler getirmek.

Kanun'un kapsamı ise 2. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *"bu Kanun, yurt dışından gelen göçmenlerin, yerleri kamulaştırılanların, göçebelerin ve millî güvenlik nedeniyle yerlerinin değiştirilmesine karar verilenlerin iskânı ile köylerin toplulaştırılmasına ve fiziksel yerleşimin düzenlenmesine ilişkin uygulamaya esas alınacak tedbirlere dair hükümleri kapsar"*.

Bu madde çerçevesinde Kanun'un kapsamı şu şekilde belirlenebilir. Bu Kanun; göçmenlerin, göçebelerin, yerleri kamulaştırılanların, millî güvenlik nedeniyle yerleri değiştirilenlerin iskânına ilişkin hükümleri içerir.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, 5543 sayılı İskân Kanunu,

²⁵ Berki, s. 83; Aybay, s. 165 dn. 88; Doğan, s. 179.

sadece göçmen ve göçebelerin değil, yerleri kamulaştırılanlarla, millî güvenlik nedeniyle yerleri değiştirilenlerin ve köyleri boşaltılarak yerleşmesi için yer gösterilen köylülerin iskânına ilişkin hükümleri de düzenlemektedir.

Görüldüğü gibi, 5543 sayılı İskân Kanunu'nun 1. maddesi Kanun'un amacını; 2. maddesi ise Kanun'un kapsamını düzenlemesine rağmen, bu iki madde birbirini tekrarlar gibi görünmektedir. Ancak, kanun koyucunun, 1. maddede Kanun'un amacını, 2. maddede ise kapsamını düzenleme şeklinde bir yöntem izlemesinin, kanun yapma sistematığı açısından yerinde olduğu kanaatindeyiz.

O halde, Kanun'un adı gibi, amacı ve kapsamı belirlenirken de, "iskân" kavramından hareket edilmektedir. Bu husus, hem eski hem de Yeni İskân Kanunu bakımından geçerlidir. Ancak, Yeni İskân Kanunu'nun gerekçesinde de belirtildiği üzere,²⁶ Yeni Kanun'un kapsamı günümüz ihtiyaçlarına cevap verecek biçimde genişletilmiştir.²⁷

Gerek adından, gerekse amacı ve kapsamından da anlaşılacağı üzere, İskân Kanun'un öncelikli amacı, göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanması şartlarını düzenlemek değildir. Göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanması konusu, Kanun'un 8. maddesinde bir gereklilik olarak düzenlenmiştir.

²⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1223m.htm>. (6 Kasım 2006).

²⁷ Kanun Tasarısının gerekçesinde, Kanunun kapsamının genişletilmesinin nedeni uzun uzun açıklanmıştır. Bu açıklamayı şu şekilde özetlemek mümkündür: Köylerde, mevcut yerleşim birimlerinin bazıları uygun bir yerleşim yapısına sahip değildir; bazıları çok dağınık bir yapıya sahiptir, bazılarının gelişme alanı yoktur, pek çoğu ise modern bir yerleşim planından yoksundur. Ayrıca, mevcut yerleşim birimlerinden altyapı hizmetleri bakımından uygun yerde bulunmayanlar da bulunmaktadır. Zira dağınık yerleşim yerlerine altyapı hizmetlerini götürmek çok güçtür. Mevcut yerleşimler planlı olmadıkları gibi her gün yapılan ilavelerle daha da bozuk yerleşim alanları ortaya çıkmaktadır. Dahası, köylerdeki yapıların çoğu depreme dayanıklı değildir. Baraj, havaalanı, savunma ile ilgili tesislerin inşası, tarih ve tabiat kıymetlerinin korunması amacı ile yapılacak kamulaştırmalar sonucu yerlerini terk etmek zorunda kalanların iskânının, köylerdeki mevcut iç iskânın düzenlenmesi çalışmalarının hızla yapılması, köylerin daha sağlıklı yerleşim planlarına kavuşturulmasını sağlamak üzere mevcut Kanunların yeniden ele alınmasını zorunlu hale getirmiştir. Buna ek olarak, millî güvenlik nedeniyle yapılması gereken iskân hizmetleri için 2510 sayılı İskân Kanun'unda hüküm bulunmadığı için bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi kaçınılmaz olmuştur. Zira 2510 sayılı İskân Kanunu'nun kapsamına, göçmenler, mülteciler, göçebeler ve gezginci çingeneler ve zorunlu hallede yerli halktan naklen İskâna tâbi tutulanlar girmektedir: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1223m.htm>. (6 Kasım 2006).

A. İskân Kanunu Çerçevesinde Göçmen Tanımı ve Türleri

İskân Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddesinde "göçmen" kavramının yanı sıra, "serbest göçmen", "iskânlı göçmen", "münferit göçmen" ve "toplu göçmen" kavramlarına da yer verilmiştir.

Bu maddeye göre, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlara "göçmen" (İK m. 3/d) denilmektedir.

İskân Kanunu uyarınca, Türkiye'ye göçmen olarak kabul edilenler, Türk kamu yönetiminin kendilerine iskân yardımı sağlanıp sağlanmamasına göre ikiye ayrılmaktadırlar. İskân yardımı denen bu yardım, ev, dükkân, tarla gibi şeylerin karşılıksız olarak ya da borçlanma yolu ile göçmenlere verilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip, Devlet eliyle iskân edilmelerini istememek şartıyla yurda kabul edilenlere "serbest göçmen" (İK m. 3/e);²⁸ Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olup, özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu Kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskânları sağlananlara ise "iskânlı göçmen" denir (İK m. 3/f).²⁹

İskânlı göçmen kabulü, devlet hazinesine bir yük getirdiği için, bu yoldan göçmen kabulüne siyasal zorunlulukların söz konusu olduğu istisnai hallerde gidilmektedir. Ne zaman ve ne miktarda iskânlı göçmen kabul edileceğine ise Bakanlar Kurulu karar verir.³⁰

Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yurdumuza yerleşmek amacıyla bir aile olarak gelenlere "münferit göçmen" (İK m. 3/g);

²⁸ 2510 sayılı İskân Kanunu'nda serbest göçmen tanımı yapılmamış olmakla birlikte, İskânlı ve Serbest Göçmen Kabulüne Dair Talimatname'nin 1. maddesinde bu tanım yapılmıştı. Buna göre; serbest göçmen, Türkiye'de yerleşmek maksadı ile ve Hükümetten yardım istememek şartı ile yabancı memleketlerden gelen kimselerdir.

²⁹ 5543 sayılı İskân Kanunu'nda iskân yardımlarının neler olabileceği de ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. 'İskân Yardımları' başlığını taşıyan 9. maddeye göre, göçmenlerin iskânı için Bakanlıkça hazırlanacak projeye uygun olarak öncelikle konut ve arsa; esnaf, sanatkar ve tüccarlara, geçimlerini sağlayacak işyeri ve arsası ile işletme kredisi; çiftçilere arazi, tarımsal girdiler, tarımsal yapılar veya arsası ile aynı ve nakdi krediler; hak sahiplerinin talepleri halinde ve uygun bulunması halinde, konut, işyeri ve tarım arazileri ile iskân kredisi verilebilir. Ayrıca, Kanun'un 10. maddesine göre, Türkiye'ye kabul edilen 'iskânlı göçmenler', şartların elverdiği yerlerde iskân edilirler.

³⁰ Aybay, s. 168.

Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, iki ülke arasında yapılan anlaşmaya göre yurdumuza yerleşmek amacıyla toplu olarak gelen ailelere ise “toplular göçmen” (İK m. 3/ğ) denir.

Kimlerin aile sayılacağı ise, özellikle bu kişilerin iskânlı göçmen olmaları halinde önem taşır; çünkü ancak aile olarak kabul edilenler iskân yardımlarından yararlanmaktadır. Bu nedenle, 5543 sayılı İskân Kanunu’nun 17. maddesinde kimlerin aile sayılacağı “İskânda Aile Kabul Edilecekler” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, karı ile koca; evlenmemiş çocuklar, ana ve baba ile veya bunlardan sağ olanı ile birlikte; evli çocuklar, evli torunlar ile çocuksuz erkek ve kadın dullar başlı başına; anasız ve babasız kardeş çocuklar aile olarak kabul edilirler.³¹

Toplu göçmenler ise, Türkiye ile ilgili ülke arasında yapılan anlaşma uyarınca, toplu olarak ülkemize gelmektedirler.

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, hangi tür göçmen olursa olsun, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmak” ön koşul olarak belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, kanun koyucu, “iskânlı göçmen” hariç tüm göçmen türlerinde kişinin yerleşme niyetinin varlığını açık olarak belirtmiştir. İskânlı göçmenler için açıkça yerleşmiş olma niyetinden bahsedilmemiş olması ise, kanun koyucunun bu tür göçmenler için yerleşme niyetini aramadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Her şeyden önce, kanunda yapılan “göçmen” tanımında yerleşme amacı temel unsur olarak yer almaktadır. Dolayısıyla her tür göçmen için yerleşme amacı asıldır. Öte yandan, kanun koyucunun, iskânlı göçmen statüsü verilecek kişilerde, zaten yerleşme niyetinin bulunduğu varsayımından hareket etmiş olabileceği de düşünülebilir.

İskân Kanunu’nun 4. maddesinde ise göçmen olabilmenin olumsuz şartları düzenlenmiştir.³² Bu maddeye göre, “Türk soyundan ve Türk kül-

³¹ Hemen hemen tüm toplumlarda, toplumun en basit birliği olarak kabul edilen aile, toplumun temel taşıdır. Aile birliğini korumaya yönelik haklar, sadece ulusal düzeyde değil, uluslar arası arenada da temel hak olarak kabul edilir. Bu nedenle, göçün söz konusu olduğu durumlarda, aile hayatını gereksiz yere kesintiye uğratabilecek nedenlerin yaratılmasından kaçınılmalıdır. Aynı sonuç, mülteciler bakımından geçerlidir: Wayne, Cynthia S. A., ‘Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches’, Int. J. Refugee L., Vol. 8. 1996, s. 347 vd.

³² 2510 sayılı İskân Kanunu’nun 4. maddesine göre, Türk kültürüne bağlı olmayanlar, anarşistler, casuslar, göçebe çingeneler, memleket dışına çıkarılmış olanlar göçmen olarak ülkeye alınmazlar ifadesi bulunmaktaydı. Oysa aynı Kanun’un 3. maddesindeki tanımdan, Türk soyundan olanların, Türk kültürüne bağlı olmasalar bile göçmen olarak kabul edileceği sonucu çıkmaktaydı ki, yeni düzenleme ile böyle bir

türüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler, göçmen olarak kabul edilmezler”.

Kanun koyucu “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar” kavramı ile neyi kast etmektedir? Yabancı tanımı, Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1892 tarihindeki Cenevre toplantısından bu yana, “bir devletin ülkesinde bulunup da, o devletin tâbiyetini iddia etmeye hakkı olmayan kişi” olarak yapılmaktadır.³³ Türk yabancılar hukukunda kimlerin yabancı kategorisine girdiği şu şekilde sıralanabilir: Yabancı devlet vatandaşları, vatansızlar, mülteciler ve özel statülü yabancılar.³⁴ Demek ki, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan vatansızlar, yabancı devlet vatandaşları, mülteciler ve özel statülü yabancılar göçmen olarak kabul edilmeyeceklerdir. Bu sonuca ulaşıldıktan sonra, doğal olarak Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olan yabancılar şeklinde bir kategorinin varlığından bahsedilebilir ve bu kategoriye dahil kişiler, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde Türk hukukuna göre göçmen olarak kabul edilebilirler.

Kanun'un 4. maddesinde aranan “sınır dışı edilmemiş olmak” koşulu ise yoruma elvermeyecek kadar açıktır. Bilindiği gibi, sınır dışı edilmek, kişinin zorla ülke dışına çıkarılmasıdır. 1982 Anayasasının 23. maddesine göre, vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz (Any. m.23/son). O halde, sınır dışı edilebilecek olan kişiler yabancılardır. İşte, göçmen olabilmenin diğer koşullarını sağlasa bile, bir kez sınır dışı edilmiş olan bir yabancı, salt bu nedenle göçmen olarak kabul edilmeyecektir.

Göçmen olarak kabul edilmeyecek kişiler arasında, 4. madde son sıradaki, “güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmesi uygun görülmeyen” kişileri saymaktadır. Kanunda, güvenlik bakımından uygun olmamanın kıstasları belirtilmemiştir. Bu konuda idareye geniş bir takdir yetkisi verilmiş olduğunu, idarenin bu yetkiyi kullanırken keyfi olmamak kaydıyla, ülkenin içinde bulunduğu şartları da göz önüne alarak bir değerlendirme yapacağını düşünmekteyiz.

ihtimal ortadan kalkmış olmaktadır.

³³ Seviğ, Vedat Raşit, *Türkiye'nin Yabancılar Hukuku*, İstanbul 1981, s. 13; Tekinalp, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, B. 8 (Yenilenmiş), İstanbul 2003, s. 6., Aybay, Rona, *Yabancılar Hukuku (Yabancılar)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s.10.

³⁴ Tekinalp, s. 6 vd.; ayrıca, yabancı türleri hk. bkz., Aybay (Yabancılar), s. 17 vd.

İskân Kanunu'ndaki tanımlara baktığımızda, göçmen tanımının Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmak temeli üzerine kurulmuş olduğu açıktır. Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağlılığın hangi esaslara göre belirleneceği konusunda yasalarda bir açıklık bulunmamaktadır.³⁵ İskân Kanun'un 7. maddesindeki düzenlemeye göre, bu tespit, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak, Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla yapılacaktır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, Türk soyundan olma ve Türk kültürüne bağlı olma niteliklerinin varlığının saptanması için kesin ölçüler yoktur. Bu durum uygulamada duraksamalara yol açabilmektedir.

İskân Kanunu'nda yoruma ihtiyaç gösteren diğer bir kavram da Türkiye'ye yerleşme niyetidir. Bu niyetin/amacın tespiti de her zaman kolay olmayabilir.³⁶ Yerleşme niyeti kavramına Türk Vatandaşlığı Kanununun 6 (c) maddesinde vatandaşlığa alınmanın koşulları arasında da yer verilmiş ve bu kavramla ne kastedildiği Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin³⁷ 10 (c) maddesinde örnekler verilerek açıklanmıştır.³⁸ Bununla beraber, göçmen olarak gelen kişilerin "yerleşme amacı" ile vatandaşlığa alınmak isteyen kişilerin "yerleşme niyeti" için aynı kıstaslara dayanmak âdil görünmeyebilir. Zira göçmen kişilerin, ülkelerini terk ederek Türkiye'ye gelmeleri söz konusudur ki, bu kişilerin uzunca bir süre Türkiye'de kalmadan ilgili Yönetmelikte sayılan yerleşme niyetini teyit eden davranışlarda bulunmasını beklemek adil görünmemektedir.

Dolayısıyla, İskân Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin olarak çıkacak yeni yönetmelikte bu konudaki kıstasın belirlenmesi tavsiyeye şayandır.

³⁵ İskânlı ve Serbest Göçmen Kabulüne Dair Talimatnâme'nin 1. maddesinin (a) bendinde, Pomaklarla Osmanlı İmparatorluğundan ayrılan memleket ahâlisinden olup, kendi milliyetlerine ait bağımsız devletler kurmamış olan, Türkçe konuşan ve göçebe olamayan Müslümanların da Türk soylu gibi muamele göreceği belirtilmiştir: Unat, s. 159; ayrıca, 2510 sayılı İskân Kanununa 1989 yılında eklenen bir maddeye göre, Bulgaristan'dan göçe zorlanarak 01.01.1984 tarihinden sonra Türkiye'ye gelerek yerleşmek isteyen Türk soylu kişiler 14.06.1934 tarihli İskân Kanunu hükümlerine göre Türk kültürüne bağlı serbest ve iskânlı göçmen sayılırlar (Ek m. 33).

³⁶ Aybay, s. 166.

³⁷ RG. 01.07.1964/11742.

³⁸ Bu maddeye göre, taşınmaz mal edinmek, evlenmek, ticaret ve iş merkezini başka memlekettten Türkiye'ye nakletmek, sermaye yatırımı yapmak gibi davranışlar kişinin Türkiye'ye yerleşme niyetini gösterir.

B. Göçmen ve Mülteci Farkı

a. Tanımlar Bakımından

Pek çok milletlerarası anlaşmada mülteci³⁹ tanımı yapılmış olmakla birlikte, Türk mevzuatında 2510 sayılı İskân Kanunu'nun 3. maddesinde de mülteci tanımı yer almıştı. Söz konusu madde, Türkiye'ye yerleşmek niyetiyle olmayıp, bir zaruretten gereği olarak geçici oturmak üzere sığınan kimseleri mülteci olarak tanımlamaktaydı. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, mültecilerin amacı Türkiye'ye yerleşmek ve Türk vatandaşlığını kazanmak değil, aksine, bir zorunluluk nedeniyle geçici olarak sığınmaktır. Göçmen ile mülteciyi birbirinden ayıran en önemli unsur da bu noktada kendini göstermekteydi. Göçmen, yaşamakta olduğu ülkeyi terk etmekte ve sürekli kalmak, yerleşmek niyetiyle başka bir ülkeye gitmektedir. Mülteci ise, geçici olarak başka bir ülkeye sığınmaktadır; yerleşme niyeti yoktur.

1934 tarihli 2510 sayılı İskân Kanunu'ndan yürürlüğe girmesinden yıllar sonra, 1961 yılında Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesi,⁴⁰ Türkiye tarafından onaylanarak Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu Sözleşmenin 1/ A,2. maddesinde mülteci, *"Irkı, dinî, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyâsî düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişi"* olarak tanımlanmıştır.⁴¹

Kanun'un gerekçesinde, Yeni İskân Kanunu'nda mülteci kavramına yer verilmemesinin nedeni olarak, Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin bu konuyu düzenlemiş olması zikredilmektedir.⁴²

³⁹ Mülteciler konusunda monografik çalışmalar için bkz., Altuğ, Yılmaz, Devletler Hususî Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul 1967; Altınışık, Çiğdem / Yıldırım, Mehmet Şahin, Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2002.

⁴⁰ www.tbmm.gov.tr/komiyon/insanhak/pdf01/179-199.pdf (19 Kasım 2006).

⁴¹ Sözleşmenin mülteci tanımında yer unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Yılmaz, s. 18 vd.; ayrıca Sözleşmeye göre mülteci olabilme koşul ve nedenlerinin ayrıntıları için bkz., Altınışık / Yıldırım, s. 9 vd.

⁴² <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1223m.htm>. (6 Kasım

b. Ülkeyi Terk Etme Nedenleri Bakımından

Göçmenlerin olduğu gibi, mültecilerin de yaşadıkları yerleri terk etmesinin, yangın, su baskını, deprem, kıtlık gibi doğal afet ya da dinî, ırkî, millî veya siyasi nedenleri olabilir. Mültecilerin yaşadıkları yerleri terk etmesi bazen iradîdir ve mülteci ülkesinden isteyerek ayrılır; bazen ve çoğu kez de, bu ayrılış zorunludur. Örneğin, ülkede çoğunluğun mensup olduğu dinden ayrı bir dine mensup olan kişiler ya da dinsizler tazyik görüp, ülkelerini terk etmek zorunda kalabilir⁴³ ya da siyasi görüşleri nedeniyle kendi ülkesinde baskı gören kişiler ülkeden ayrılabilir. Bu açıdan bakıldığında, göçmenlerin ve mültecilerin ülkelerini terk etme nedenleri benzer gibi görünse de, mültecilerin ülkelerini terk etmelerinin nedeni çoğunlukla, ırkî, dinî, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi nedeniyle (1951 Cenevre Sözleşmesi m. 1/A, 2).

c. Vatandaşlık Kazanma Olanığı Bakımından

2510 sayılı İskân Kanunu, bazı durumlarda mültecilerin de göçmen olarak kabul edilebileceğini düzenlemişti. Bu Kanunun 4. maddesine göre, mültecilerin göçmen olarak kabul edilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: Türkiye'ye yerleşmek ve Türk vatandaşlığına geçmek niyetinde olmaları ve bu niyetlerini buldukları yerin en büyük mülkî amirine iki yıl içinde bildirmeleri. Bunun yanı sıra, göçmenler için aranan olumsuz şartları da taşımamaları gerekmektedir. Yani, anarşist, casus, göçebe, çingene olmamaları ve sınır dışı edilmemiş olmaları gerekiyordu (2510 sayılı İskân Kanunu m.4). Kanunda tespit edilmiş olan bu şartları taşıyan kişiler, iki yıl içinde müracaat ederek, mülteci statüsünden, göçmen statüsüne geçebilme imkânına sahiptiler. 5543 sayılı İskân Kanunu'nda ise, ne mülteci kavramına, ne de mültecilerin Türk vatandaşlığını kazanmasıyla ilgili bir hükme yer verilmiştir. Burada kanun koyucunun amacı yine aynıdır: Milletlerarası sözleşme ile düzenlenmiş olan bir konuyu ayrıca düzenlememek. Dolayısıyla, günümüzde, 5543 sayılı İskân Kanunu hükümlerine dayanarak, mültecilerin Türk vatandaşlığını kazanmaları artık mümkün değildir.

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre ise, Sözleşmeye taraf devletler, mültecilerin vatandaşlığa almasını her türlü imkân

2006).

⁴³ Yılmaz, s. 4.

ölçüsünde kolaylaştıracaklardır. Vatandaşlığa alma işlemlerini çabuklaştırmaya ve bu işlemlerine ilişkin masrafları azaltmaya imkanları ölçüsünde özel çaba göstereceklerdir.

Cenevre Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olarak, Türk mevzuatında, Sözleşmenin 34. maddesini gerçekleştirme yönünde özel bir düzenleme bulunmamakla beraber, mülteciler ya Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 6. maddesinde "genel olarak vatandaşlığa alınma" başlığı altında belirtilmiş olan şartları yerine getirerek ya da Türk soyundan olmaları şartı ile yine aynı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenmiş olan istisnaî vatandaşlığa alınma yolundan yararlanarak Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir.

C. Göçmen Kabulü

İskân Kanunu'nda göçmen kabulü konusu, münferit ve toplu göçmen kabulü olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiş bulunmaktadır.

Münferit göçmen kabulünü düzenleyen 5. maddeye göre, "Türkiye'de yerleşmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunan kimselerden, Türk uyruklu ve Türkiye'deki birinci ve ikinci derecede bir yakını tarafından referans verilen veya buldukları ülkedeki konsolosluk temsilciliklerimize bizzat müracaat eden ve bu Kanun hükümlerine göre Dışişleri ve İçişleri Bakanlıkları'nca yapılacak incelemelerden sonra uygun görülerek serbest göçmen vizesi alanlar, Hükümetten hiçbir iskân yardımı istememeleri şartıyla İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul edilirler.

Bu yolla geleceklerin pasaportlarına gerekli açıklama yazılır ve haklarında 8. madde hükümlerine göre işlem yapılır".

Toplu göçmen kabulü ise, Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "yabancı ülkelerle yapılan anlaşmalar gereğince Türkiye'ye gelmek isteyen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı kimseler, anlaşma hükümlerine göre ve Dışişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca verilecek karar uyarınca İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul olunurlar.

Bunlar hakkında 8. madde hükümlerine göre işlem yapılır".

Bu maddelerden anlaşılacağı üzere, münferit ve toplu göçmen kabulünde, bu kişilerin yine bu Kanunda tanımlanmış olan ön şartı taşımaları gerekmektedir.

Başka bir anlatımla, bu kişiler Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı kimseler olmalıdırlar.

Münferit göçmenlik için başvuru iki şekilde olabilmektedir. Bu kişiler ya Türkiye'deki yakın akrabalarının referansı ile ya da kendileri, buldukları ülkedeki Türk konsolosluklarına müracaat ederek başvuruda bulunurlar. Bu başvuruları değerlendirecek olan makamlar ise Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarıdır (İK m. 6). Bu başvurular değerlendirildikten sonra, bu kişilere Türk konsolosluklarınınca göçmen pasaportu ve vizesi verilir (İs. Mu. Niz. m. 1)

Toplu göçmenlik ise, ancak, yabancı bir ülke ile yapılan anlaşma ile mümkün olabilmektedir. İlgili anlaşma hükümleri çerçevesinde bu şekilde Türkiye'ye gelenler Dışişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu'nun kararı ile İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen olarak kabul edilirler.

Bu maddeler gereğince, münferit veya toplu göçmen olarak kabul edilen kişiler, İçişleri Bakanlığınca serbest göçmen addedilirler ve böylelikle, 8. maddede düzenlenmiş olan Türk vatandaşlığını kazanma olanağını da elde etmiş olurlar.

Bu noktada Pasaport Kanunu'ndaki düzenlemeye de değinmek yerinde olur. Şöyle ki, Pasaport Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, *"hükümetin müsaadesiyle gelen göçmenler, ellerinde Türk konsolosluklarının veya göçmen sevki için yabancı memleketlere Hükümetçe gönderilen memur veya heyetler tarafından verilmiş bir vesika bulunmak şartıyla pasaportsuz da olsalar Türkiye'ye kabul olunurlar"*.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, hükümet izniyle ve göçmen vizesiyle gelen kişiler, pasaportsuz da olsalar Türkiye'ye kabul edileceklerdir.

D. Kanunun Göçmenlere Sağladığı Kolaylıklar

a. Gümrük Muafiyetleri

Göçmenlerin gümrük muafiyetleri İskân Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, göçmenlerin aile veya topluluk olarak, yurda getirecekleri kullanılmış kişisel, mesleki ve ev eşyaları bir defaya mahsus olmak üzere gümrük vergisinden, resim ve harçtan muaftır.

b. İşlemlerle İlgili Muafiyetler

Adı geçen kanunun, 35. maddesi de, göçmenlerin pasaportları üzerinde yapılacak vize muameleleri ile kendilerine verilecek eşya belgelerinin her türlü resim ve harçtan muaf olduğuna ilişkin hüküm getirmektedir. Ayrıca, yine aynı maddeye göre, göçmenlere verilen iskân yardımı ile tapuya tescil ve nakil işlemleri dolayısıyla düzenlenecek belgeler de vergi, resim ve harçlardan muaftır.

c. Vergi Muafiyeti

Kanun'un 36. maddesine göre, bu Kanun hükümlerine göre temlik edilen taşınmazlar, veraset ve intikal vergisinden muafırlar. Ayrıca, iskân hizmetlerine ilişkin her türlü tapu muamelesinden, döner sermaye katkı payı alınmayacağı da adı geçen maddede düzenlenmiştir.

d. Askerlik Muafiyeti

Kanun'un 37. maddesine göre, göçmenlerin askerlikle ilgili muafiyetleri ve bu muafiyetlerden yararlanma usûlleri 1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanununun⁴⁴ 2. maddesine tâbidir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre, göçmenlerin askerlik yaşının başlangıcı, ülkemize geldikleri yıl nüfusa kütüklerine yazılan esasa göre hesaplanır; aynı maddenin üçüncü fıkrasında göre ise, geldikleri yıl ikinci kanun birinde 22 yaşını bitirmiş olanlar, muvazzaf hizmete tâbi tutulmayıp, yedeğe alınırlar. Başka bir anlatımla, bu durumdaki kişiler, ancak, ihtiyaç duyulduğunda askere çağrılırlar.

III. Göçmenlerin Türk Vatandaşlığını Kazanması

A. Türk Vatandaşlığını Kazanabilecek Kişiler

İskân Kanunu'nun 8. maddesine göre, Türk vatandaşlığını kazanabilecek olan göçmenler, ister münferit, ister toplu olarak gelmiş olsun, serbest göçmenler ile iskânlı göçmenlerdir.⁴⁵ Dolayısıyla, Türk vatandaşlığını kazanabilecek olan göçmenlerin öncelikle Kanunda tanımı

⁴⁴ RG. 12-17.07.1927/631-635; <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/437.html>. (23 Kasım 2006).

⁴⁵ Serbest göçmen ve iskânlı göçmen tanımları için bkz., yuk. II-A.

yapılmış olan göçmen sınıfına girmesi ve bu kişilerin ülkemize kabul edilmiş olmaları gerekir.

Göçmen tanımına uyan ve ülkemize de kabul edilen kişilerin, Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için, Kanunda belirtilmiş olan diğer usulî işlemleri tamamlaması gerekir.

B. Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İzlenecek Usûl

İskân Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, yurdumuza kabul edilen ve toplu olarak gelen göçmenler, ülkemize kabul edildikten sonra, göçmen kabul merkezlerinde sağlık, idarî ve nakil işlemleri tamamlanuncaya kadar misafir edilirler.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, özel kanunlarla Türkiye'ye getirilen iskânlı göçmenler, yurda girdikten sonra geçici veya kesin iskânları için belirlenen yerlerin en büyük mülkî amirine; serbest göçmenler ise yerleştirildikleri yerlerin en büyük mülkî amirine başvurarak kendileri ve aileleri için "*vatandaşlığa giriş beyannamesi*" imzalayarak "*göçmen belgesi*" almak zorundadırlar. Bu şekilde alınan göçmen belgesi, 2 yıl⁴⁶ için geçerli olur ve geçici kimlik belgesi olarak kullanılır. Göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra, Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanırlar.

Kanun'da ifade edilmiş olan "*gerekli işlemlerin*" neler olduğu konusu, İs. Mu. Niz.'nin 15. maddesinde açıklanmıştır. Anılan hükme göre, göçmenlerden alınacak imzalı vatandaşlığa giriş beyannameleri, bir hafta içinde Dışişleri Bakanlığı'na gönderilir. Bunun üzerine Bakanlık vatandaşlığa alınma işlemlerini takip eder ve bu işlemler tamamlandığında göçmenlerin yerleşmiş oldukları nüfus kütüğüne yazdırılır. Bu şekilde nüfus kütüğüne yazdırılan göçmenlerden, göçmen belgesi alınarak, nüfus cüzdanları verilir.

C. Göç Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasının Sonuçları

Göçmenlerin İskân Kanunu'nda düzenlenmiş hükümlere göre Türk vatandaşlığını kazanması halinde, bu vatandaşlık, doğumdan sonra ve

⁴⁶ 2510 sayılı İskân Kanunu'nun 6. maddesinde bu süre bir yıl olarak düzenlenmişti.

doğum dışı bir nedenle kazanılmış olduğundan, müktesep vatandaşlıktır. Haklardan faydalanma yönünden bu suretle kazanılan müktesep vatandaşlığın, an'asıl vatandaşlıktan hiç bir farkı yoktur. Ancak, İskân Kanunu'nun göçmenler açısından getirdiği özel muafiyetler ve devletten yardım isteme hakları saklıdır. Bu hak ve muafiyetlerden, Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre vatandaşlığa alınan kişilerin faydalanması söz konusu değildir.

Göç yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı müktesep vatandaşlık olduğundan, bu yolla Türk vatandaşı olanlar hakkında, müktesep vatandaşlığa bağlı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumun tek istisnası, müktesep vatandaşlığın kural olarak kişisel sonuçlar doğurmasıdır.

a. Mutlaktır

İskân Kanunu'ndaki hükümler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanan göçmenler ile an'asıl Türk vatandaşı olmuş kişiler arasında hukuken hiçbir fark bulunmamaktadır. Bunlar kanun önünde eşittirler. Nitekim Anayasa'nın 66. maddesinin birinci fıkrası, Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğunu belirtmekle, vatandaşlığı objektif bir kavram olarak kabul etmiş; ırk, din, etnik farklılık gözetmemiştir. Anayasa'daki bu kural nedeniyle, vatandaşlar arasında müktesep vatandaş-an'asıl vatandaş ayrımı yapılamayacağı da açıktır.

b. Süreklidir

Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığını kazanan göçmenin bu vatandaşlığı süreklidir. Başka bir anlatımla, Türk vatandaşlığını kazanan göçmen, an'asıl Türk vatandaşı gibi, kanunda düzenlenmiş nedenlerden biri ile Türk vatandaşlığını kaybedene kadar Türk vatandaşlığını muhafaza eder.

c. Kolektif Sonuçlar Doğurur

Göç yoluyla kazanılan vatandaşlık, kişisel değil, kolektif sonuçlar doğurur. Şöyle ki, Türk vatandaşlığına alınan göçmenin yakınları da, İskân Kanunu'nda sayılan sınırlar içinde olmak üzere Türk vatandaşlığını kazanmaktadır. Küçük çocuklar baba ve analarına, baba ve anaları yoksa kan ve kayın hısımlarına bağlı olarak vatandaşlığa alınırlar (İK m.8/4). Bu düzenleme ile kanun koyucunun vatandaşlık hukukunun

genel esaslarından ayrıldığı görülmektedir. Vatandaşlık hukuku alanında küçükler, yalnızca ana veya babalarına bağlı olarak vatandaşlık kazanabilirken, İskân Kanununa göre, ana-babanın bulunmaması halinde küçükler hısımlarına bağlı olarak vatandaşlık kazanabilmektedir. Burada önemli olan husus, çocukların bu şahıslardan biri ile birlikte Türkiye'ye göçmen sıfatı ile gelmiş olmasıdır. Ana ve babası, terk ettiği ülkede kalan küçüğün, hısımlarından biri ile Türkiye'ye gelmiş olması, Türk vatandaşlığını kazanması için yeterlidir. Buna ek olarak, yine aynı madde uyarınca, kimsesiz gelen küçükler de, yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınırlar.

d. Vatandaşlığın Kazanılma Anı

5543 sayılı İskân Kanunu hükümlerine göre göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararı ile vatandaşlığa alınırlar (İK m.8/4)⁴⁷. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, göçmenlerin vatandaşlığa alınma anı, Bakanlar Kurulunun karar verdiği andır. Zira Kanunda, Türk vatandaşlığının kazanılması için, Bakanlar Kurulu kararını takiben yapılması gereken herhangi bir usulî işlem yer almamaktadır.

Kanunun bu ifadesinden çıkarabileceğimiz diğer sonuç ise, göçmenlerin, Bakanlar Kurulu kararına kadar yabancı statüsünde olduklarıdır.

Ayrıca, Kanundaki "*Bakanlar Kurulu kararı ile vatandaşlığa alınırlar*" ifadesinden, Bakanlar Kurulunun bu yetkisinin bağlı yetki olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, Bakanlar Kurulunun bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır.

D. 5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümlerine Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması ile Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 7. maddesinin (c) Bendi Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması Arasındaki Farklar

Şu ana kadar incelediğimiz, 5543 sayılı İskân Kanunu hükümlerine göre Türk vatandaşlığının kazanılması ile Türk vatandaşlık hukukunun temel kaynağını oluşturan Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 7. maddesi-

⁴⁷ 2510 sayılı İskân Kanunu'nun 6. maddesinin (B) bendine göre, göçmen olarak alınanlar Bakanlar Kurulu Kararıyla hemen vatandaşlığa alınıyorlardı.

nin (c) bendindeki düzenlemeyi birlikte ele aldığımızda, aralarındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür.

aa. İskân Kanunu hükümlerine göre Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin göçmen olarak kabul edilmesi gereklidir ki; bu da, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmak şartlarının birlikte gerçekleşmesini gerektirir. Türk Vatandaşlık Kanunu'ndaki düzenlemeden yararlanabilmek için ise, kişinin Türk soyundan olması yeterlidir.

bb. Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre istisnaî vatandaşlığa alınmada Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin reşit olması şarttır. Oysa İskân Kanunu hükümlerine göre, reşit olmayan çocuklar, göçmen sıfatı ile Türkiye'ye gelmiş olması halinde de Türk vatandaşlığını kazanırlar. Ayrıca, Kanununun 8. maddesine göre, kimsesiz gelen küçükler yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlık kazanırlar.

cc. Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre vatandaşlık talebinde bulunmak ihtiyaridir. İstisnaî telsik talebinde bulunan kişinin eşi ve çocukları da, dilerlerse böyle bir talepte bulunabilirler. Buna karşın, göçmen olarak gelen kişiler, kendileri ve aileleri için vatandaşlığa girme beyannamesi imzalamak ve göçmen belgesi almak zorundadırlar.

dd. Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre istisnaî telsik, kural olarak kişisel sonuçlar doğurmasına karşın, İskân Kanunu hükümlerine göre Türk vatandaşlığının kazanılması, kolektif sonuçlar doğurabilmektedir.

ee) Türk Vatandaşlık Kanunu'nun ilgili hükmünün uygulanmasında Bakanlar Kurulunun takdir yetkisi olmasına rağmen, İskân Kanununa göre göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanmasında Bakanlar Kurulunun takdir yetkisi yoktur.

Sonuç

Türk Vatandaşlık Kanunu'ndaki düzenlemeler dışında Türk vatandaşlığının kazanılması yollarından biri olan göç müessesesi, 1934 yılında yürürlüğe giren 2510 sayılı İskân Kanunu'nda düzenlenmişti. Bu Kanun 72 yıl yürürlükte kaldıktan sonra, 5543 sayılı İskân Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 20 Eylül 2006 tarihinde yürürlüğe giren Yeni İskân Kanunu'nda da, göç müessesesi ve göçmenlerin Türk vatandaşlığını nasıl kazanacakları düzenlenmiştir. Yeni Kanun, kabul ediliş gerekçesine

uygun olarak, günün ihtiyaçlarına esas itibarıyla cevap vermektedir. Bununla beraber, göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanması ile ilgili olarak eski İskân Kanunu'nda tereddütle yol açan bazı düzenlemelerin, yeni Kanunda da varlığını sürdürdüğü görülmektedir.

5543 sayılı İskân Kanunu'nda, göçmen tanımı yanında, serbest ve iskânli göçmen ile münferit ve toplu göçmen tanımlarına da açıkça yer verilmiştir. Bu tanımların ortak yönü ise, göçmen olarak kabul edilecek kişinin, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmasıdır.

Başka bir anlatımla, İskân Kanunu'ndaki göçmen tanımı, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmak temeli üzerine kurulmuştur. Ancak Türk soyundan olma ve Türk kültürüne bağlı olmanın hangi esaslara göre belirleneceği konusunda netlik bulunmamaktadır.

İkinci olarak, göçün belirleyici niteliklerinden biri olan yerleşme niyeti ile neyin kastedilmiş olduğu, eski Kanun'da olduğu gibi Yeni İskân Kanunu'nda da yoruma ihtiyaç göstermektedir. Yerleşme niyetinin nasıl tespit edileceği hususunun, Yeni İskân Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılacak yönetmelikte açıklığa kavuşturulmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Abraham, D., "Introduction to the Symposium Panel on Economic Impacts of Immigration", U. Miami Inter-Am. L. Rev., Vol. 30, 1998-1999, s. 605 -610.
- Albrecht, Hans-Jörg, "Fortress Europe?-Controlling Illegal Immigration", Eur. J. Crim. and Crim. Just., Vol. 10, 2002, s. 1-22.
- Altınışık, Ç. / Yıldırım, M. Ş., Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2002.
- Altuğ, Y., Devletler Hususî Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul 1967.
- Aybay, R., *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, B. 2, İstanbul 2006.
- Aybay, R., *Yabancılar Hukuku (Yabancılar)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005
- Berki, O. F. / Ansay, T. / Arat, T., Devletler Hususî Hukuku ile İlgili Danıştay ve Yargıtay Kararları, C. I: Tabiiyet Hukuku, Ankara 1975.

- Berki, O. F., *Devletler Hususî Hukuku (Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku)*, C. I, B. 7, Ankara 1970.
- Berki, Ş., “*Türk Devletler Hususî Hukuku Bakımından Aslî ve Müktesep Tabiiyetin Umumî Esasları*”, AÜHF., 1949, Sayı 2-4, s. 199-221.
- Doğan, V., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, B.6, Ankara 2006.
- Fişek, H., *Türk Vatandaşlığı Hukuku*, Ankara 1959.
- Göger, E., *Türk Tabiiyet Hukuku*, B.4, Ankara 1972.
- Kleven, T., “*Why International Law Favors Emigration Over Immigration*”, U. Miami Inter-Am. L. Rev., Vol. 33, 2002, s. 69-100.
- Kluwer Law International, “*Academic Network for Legal Studies on Immigration and Asylum in Europe. An Odysseus Network Financed by the European Commission*”, Eur. J. Migration and L., Vol. 2, 2000, s. 407-411.
- Nomer, E., *Vatandaşlık Hukuku*, B. 15, İstanbul 2005.
- Ozanne, Sarah, Seminar Report: “*Immigration and Nationality Law*”, Int'l Legal Prac., Vol. 23, 1998, s. 123-130.
- Seviğ, M. R. / Seviğ, V. R., *Devletler Hususî Hukuku (Giriş-Vatandaşlık)*, B. 4, İÜHF. Yayını, 1967.
- Seviğ, V. R., *Türkiye'nin Yabancılar Hukuku*, İstanbul 1981.
- Tekinalp, G., *Türk Yabancılar Hukuku*, B. 8 (Yenilenmiş), İstanbul 2003.
- Turansick, F. Michael, “*Public International Law, Immigration and Nationality Law*”, Int'l. L., Vol. 37, 2003, s. 511-521.
- Uluocak, N., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1989.
- Unat, I., *Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları)*, SBF Yayınları, Ankara 1966.
- Wayne, Cynthia S. A. , “*Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches*”, Int. J. Refugee L., Vol. 8, 1996, s. 347-382.
- Weis, P., *Nationality and Stateless in International Law*, B. 2, USA. 1979.

Internet Adresleri

- <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1223m.htm>. (6 Kasım 2006).
- <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/5058.html>. (6 Kasım 2006).
- www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/179-199.pdf (19 Kasım 2006).
- <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/437.html>. (23 Kasım 2006).

AVRUPA BİRLİĞİNDE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

Mustafa ÖZBEK*

Giriş

Avrupa Birliği'nde alternatif uyuşmazlık çözümüne (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) ilgi giderek artmaktadır. Bu artışın üç temel nedeni vardır.

Birinci neden, kişilerin günlük hayatlarında, genel olarak adalete erişimi kolaylaştırıcı bir yol olan ADR hakkında daha çok bilgi sahibi olmalarıdır.

İkinci neden, ADR'nin, Avrupa Birliği üyesi olan devletlerin yakın ilgisini çekmesi ve pek çok devletin ADR'yi teşvik eden yasalar kabul etmesidir.

Üçüncü neden, görevi ADR yöntemlerini yaygınlaştırmak, onların uygulanması için elverişli bir ortam oluşturmak ve ADR'yi güvence altına almak için gerekli faaliyetleri yapmak olan Avrupa Birliği kurumlarının da tekrar tekrar belirttikleri gibi, ADR'nin politik bir önceliğe sahip olmasıdır. Bu politik öncelik, sınır ötesi web temelli bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak, yeni online uyuşmazlık çözümü (*on-line dispute resolution*, ODR) hizmetlerinin teşvik edildiği bilgi toplumunun çalışmaları kapsamında özellikle vurgulanmaktadır.

ADR'nin bu özel yapısı, Avrupa Komisyonu'nun (*European Commission*) ADR ile ilgili olarak, "*Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*" adlı çalışmayı yapmasının politik gerekçesini oluşturmuştur. Avrupa Birliği Konseyi (*European*

* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku) Anabilim Dalı öğretim üyesi (mozbek77@hotmail.com).

Council, Council of the European Union), Avrupa Komisyonu'ndan, ADR'nin mevcut durumunu inceleyen ve bu konuda alınan tedbirler hakkında kapsamlı görüş ve tavsiyeler içeren Yeşil Kitabı hazırlamasını istemiştir.

Yeşil Kitap, ADR'nin sunduğu kolaylıkları topluma tanıtmak ve ADR konusunda üye devletler ile Avrupa Birliği tarafından yapılan çalışmaları göstermek için bir fırsat oluşturmuştur.

Yeşil Kitap hazırlanırken, ilgili çevrelere danışılmış ve ADR hakkındaki bütün görüşler öğrenilmiştir. Bu araştırma ağırlıklı olarak, yasal konular, sözleşmelerdeki ADR şartları, süre sınırları, gizlilik sınırlamaları, verilen rızanın geçerliği, ADR usûlleri sonunda yapılan anlaşmaların uygulanması, tarafsız üçüncü kişilerin eğitimi, yeterlilikleri ve sorumluluklarıyla ilgili kurallar gibi, ADR usûllerinin dikkat çeken özellikleri üzerinde yoğunlaşmıştır.

Avrupa Komisyonu, yaptığı bu araştırmada açıklanan görüşleri, gelecekteki yasama ve uygulama sürecinde oluşturacağı politikanın genel hatlarını şekillendirmede kullanmayı planlamaktadır.

Böylece Yeşil Kitabın amacının, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyumsuzluklarında ADR ile ilgili bazı hukukî konularda, geniş tabanlı bir istişare yapmak olduğu söylenebilir.¹

Bu makalede, Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı Yeşil Kitap esas alınacak, Yeşil Kitapta yapılan tespitler ile ortaya çıkan sonuçlar tercüme edilmek suretiyle ADR'nin Avrupa Birliği'ndeki gelişimine, temel özelliklerine ve bu konuyla ilgili olarak Avrupa Birliği'nde yapılan çalışmalara değinilecektir. Böylece, ülkemizde ADR ile ilgili olarak yapılacak yasal düzenlemelere katkıda bulunulmasına çalışılacaktır.

§ 1. Avrupa Birliği'nde ADR'nin Gelişimi

A. Avrupa Birliği'nde ve Uluslararası Boyutta ADR'ye Yöneliş

ADR usûllerinin çok eski olduğu kabul edilse de, bu usuller Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerde son yıllarda gelişmiştir. ADR usûllerinin sunduğu avantajlar ve adalet sisteminin içine düştüğü kriz nedeniyle

¹ Commission of the European Communities, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Brussels 2002, s. 5.

etkin olamayışı, mahkemelere veya tahkime başvurmaktansa, anlaşmaya dayalı olarak işleyen bu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine karşı olan ilginin yeniden canlanmasına neden olmuştur.² Avrupa Birliği'nde ADR'nin gelişmesi için dikkate değer bir gayret gösterilmeye başlanmış ve özellikle, tüketicilerle küçük ve orta ölçekli işletmelerin yer aldığı elektronik ticaret alanında güvenin artması için ADR yöntemlerine başvurulmuştur.³

Yeşil Kitabın amaçları doğrultusunda ADR, "tahkim dışında,⁴ tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yönetilen yargı dışı uyuşmazlık çözüm usülleri" olarak tanımlanmıştır.⁵ Yeşil Kitap, iş hukuku ve tüketici hukukunu da kapsayacak şekilde, sadece medenî hukuk ve ticaret hukuku alanında ADR'yi düzenlemiştir.⁶

² Aslında kavram olarak eskiden beri bilinen ve uygulanan ADR usülleri, günümüzde kurumsal ve etkin bir yapıya büründürülmüştür (Mustafa Özbek *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 85; Muhammet Özkes, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi*, HPD 2006/7, s. 40-45, s. 41).

³ Commission of the European Communities s. 6.

⁴ Hakem kararı bir yargı kararının yerini tuttuğundan, Yeşil Kitapta tahkim, bir ADR yönteminden ziyade yargı benzeri bir usule (*quasi-judicial procedure*) daha yakın görülmüştür (Tahkimin bir ADR usülü olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz., Özbek s. 50 vd.; Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Ankara 2003, s. 60; Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul 2001, s. 8 vd.); Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk* (TBB 2006/64, s. 151-177), s. 171. Tahkim, üye ülkelerdeki çeşitli yasalarda, 1958 tarihli yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki New York Sözleşmesi (<http://www.uncitral.org/en-index.htm>) gibi uluslararası belgelerde veya tahkim hakkında yeknesak bir hukuk öngören 1966 tarihli Avrupa Sözleşmesi (<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/056.htm>) gibi Avrupa Konseyinin bünyesindeki metinlerde düzenlenmiştir.

⁵ Bu tanım, aşağıda sayılan usüllerin Yeşil Kitabın kapsamı dışında kalmasına neden olmuştur:

- Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayan; fakat bir dava veya tahkim sürecinde teknik bilgisine başvurulmuş bilirkişilerin görüşleri.

- Tacirler tarafından tüketicilere sunulan şikayet inceleme sistemleri. Bu usülleri üçüncü kişiler değil, uyuşmazlığın taraflarından biri yönetmektedir.

- Herhangi bir insan müdahalesi gerektirmeyen ve Bilgi Teknolojisi hizmeti sunan şirketlerce oluşturulmuş olan "otomatik müzakere sistemleri" (*automated negotiation systems*). Bu sistemler, üçüncü kişilerce yönetilen uyuşmazlık çözüm usülleri olmayıp, uyuşmazlığın tarafları arasındaki doğrudan müzakereleri (*direct negotiations*) kolaylaştırmak için oluşturulmuş teknik yöntemlerdir (Commission of the European Communities s. 6, dn. 1).

⁶ Yeşil Kitapta, kişiler hukuku, aile hukuku, rekabet hukuku ve tüketici hukuku gibi, bazı yönleriyle kamu düzenine ilişkin olup, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen haklara (*non-negotiable rights*) yer verilmemiştir. Üzerinde tasarruf edilemeyen haklar daha ayrıntılı olarak, Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesi (*Committee*

Medeni hukukta ve ticaret hukukunda kullanılan ADR, belirli yasal düzenlemelere göre farklı kategoriler altında sınıflandırılabilir. İlk ayırım, mahkemece yönetilen (yargısal arabuluculuk) veya tarafsız bir üçüncü kişiye havale edilen ADR usûlleri (mahkeme kökenli ADR) ile yargı dışı bir usûl olarak, bir uyuşmazlığın taraflarınca başvuru ADR (yani sözleşmeye dayalı ADR) usûlleri arasında yapılmaktadır.⁷ Avrupa Komisyonu'na göre, bu ayırım kadar önemli olan ikinci bir ayırım, sözleşmeye dayalı farklı ADR usûlleri (*conventional ADR*) arasında yapılmalıdır. Sözü edilen ADR usûllerinde⁸ üçüncü kişi veya kişiler, tarafları bağlayıcı bir karar vermekle⁹ veya tarafların uyup uymama konusunda özgür olduğu bir tavsiyede¹⁰ bulunmakla görevlidirler. Diğer ADR usûllerinde üçüncü kişiler, uyuşmazlığın olası çözüm şekli hakkında bir görüş beyan etmez; fakat sadece, tarafların bir anlaşmaya varması için onlara yardım ederler.¹¹

ADR usûlleri yeni bir gelişme değildir; fakat son yıllarda giderek yayılmış ve bazı araştırmacıların daha çok dikkatini çekmiştir. ADR'nin toplumdaki destek alması¹² ve ADR üzerinde yapılan akademik çalışma-

of Experts on Efficiency of Justice) tarafından 26-28 Mart 2001 tarihinde kabul edilen, "Medeni Hukukta Arabuluculuğun Avrupa'daki Yeri Nedir?" başlıklı raporda incelenmiştir. Bu rapor için bkz., Committee of Experts on Efficiency of Justice, *Report on "What place is there for civil mediation in Europe?"*, Strasbourg 2001, s. 29; Mustafa Özbek *Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması* (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 441 vd.

⁷ Commission of the European Communities s. 6.

⁸ Bu iki tür ADR usûlleri, Avrupa Komisyonu'nun, "tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı çözümünden sorumlu kuruluşlara uygulanacak ilkeler" ile ilgili 30 Mart 1998 tarihli Tavsiyesinin (98/257/EC) konusunu oluşturmaktadır. Bu Tavsiye tahkimi de kapsamaktadır. Bu Tavsiye için bkz., Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, 98/257/EC (OJ L 115, 17. 4. 1998, s. 31-34) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/L_11519980417en.html).

⁹ Örneğin, banka ve sigorta şirketleri gibi bazı sektörlerde kurulan müşteri Ombudsmanlarının kararı, sisteme katılmış olan şirketler hakkında bağlayıcıdır.

¹⁰ Örneğin, İskandinav ülkelerindeki Tüketici Şikayeti Kurullarının kararları bağlayıcı değildir.

¹¹ Tüketici hukuku alanında bu ADR usûlüne, "tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümüyle görevli yargı dışı kuruluşlara uygulanacak ilkeler" hakkındaki 4 Nisan 2001 tarihli komisyon tavsiyesinde (2001/310/EC) yer verilmiştir. Bu tavsiye için bkz., Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (2001/310/EC) (OJ L 109, 19. 4. 2001, s. 56-61) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/L_10920010419en.html).

¹² ADR'ye yönelik desteklerin çoğu uzun bir geçmişe sahiptir. Buna, Fransa, İtalya, İspanya ve Birleşik Karallık'taki tahkim ve arabuluculuk merkezleri ağıyla ilgili

ların çokluğu, resmi makamların ADR usûllerini izleme ve geliştirmesini kolaylaştırmıştır.¹³

B. Avrupa Birliği'nde Adalete Erişimin Kolaylaştırılması

ADR'nin gelişmesini destekleyen etkenlerden biri de, adalet sisteminin içinde bulunduğu krizdir.¹⁴ Devletlerin çoğunda kişiler, mahkemelerde görülmekte olan dava sayısındaki aşırı artış, davaların sonuçlanmasının uzun zaman alması ve davaların yol açtığı masrafların artması nedeniyle adalete erişmekte güçlük çekmektedirler.¹⁵ Yürürlükte bulunan kanunların çokluğu, karmaşıklığı ve teknik olarak anlaşılabilmesi, adalete erişimi daha da zorlaştırmaktadır. ADR, adalete erişimde karşılaşılan sorunlara bir çözüm sunmaktadır.

Sınır ötesi uyuşmazlıklar, ülke içindeki uyuşmazlıklardan daha uzun sürmekte ve daha yüksek miktarda masraf yapılmasını gerektirmektedir.¹⁶ Tek pazarın tamamlanmasıyla, ticaret hacmi büyümekte ve vatandaşların dolaşımı hızlanmaktadır. Sınır ötesi elektronik ticaretin de gelişmesiyle, uyuşmazlık konusunun ve uyuşmazlık konusu olan miktarın önemine bakılmaksızın, farklı üye devletlerde ikamet eden kişiler arasındaki uyuşmazlıklar sürekli artmaktadır. Buna paralel olarak, mahkemelerin önüne getirilen sınır ötesi uyuşmazlıkların sayısı da yükselmektedir. Bu uyuşmazlıklar, mahkemelerin aşırı iş yükünden kaynaklanan uygulama sorunlarına

olarak, 1994 yılında kurulan Avrupa Ekonomik Menfaat Gruplaşması (*European Economic Interest Grouping*, EEIC, <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26015.htm>) örnek gösterilebilir. Bu "Avrupa Uyuşmazlık Çözüm Ağı" (*European Network for Dispute Resolution*, ENDR), Avrupa Birliğinden, Komisyon Genel Müdürlüğü'nce (Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Genel Müdürlüğü) yönetilen malî bir yardım almıştır.

¹³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medenî usûl Hukuku*, Ankara 2006, s. 665.

¹⁴ Çeşitli Avrupa ülkelerindeki adalet sistemlerinde yaşanan krizler, bu krizlerin aşılması için yapılan çalışmalar ve getirilen öneriler hakkında geniş bilgi için bkz., *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Adrian Zuckerman ed.), Oxford 1999, s. 3 vd.

¹⁵ Özkes, s. 41; İnci Bıçkın, *Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (HPD 2006/7, s. 34-39), s. 34.

¹⁶ Bu konular, Avrupa Komisyonu'nun 9 Şubat 2000 tarihli ve "Medenî Hukuk konularında işbirliği: Sınır ötesi davalarda tarafların karşılaştıkları sorunlar" başlıklı Yeşil Kitabında incelenmiştir. Bkz., Commission Green Paper of 9 February 2000: *Judicial cooperation in civil matters: The problems confronting the cross-border litigant*, (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33122.htm>).

ilave olarak, genellikle kanunlar ihtilafı (*conflicts of law*), yargı yetkisi anlaşmazlıkları (*conflicts of jurisdiction*) ve pratik güçlüklerin de içinde bulunduğu karmaşık sorunlar doğurmaktadır.¹⁷

Adalet erişim hakkı, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan, herkesin sahip olduğu temel bir haktır. Kanuna uygun çözüm yollarına başvurulması, Avrupa Adalet Divanı (*European Court of Justice*) tarafından, Avrupa Birliği hukukunun genel bir ilkesi olarak belirtilmiş¹⁸ ve bu husus, Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi'nin¹⁹ 47. maddesinde resmi olarak beyan edilmiştir. Adalet erişim hakkının korunması, üye devletlerce, hızlı ve ucuz bir yargı süreci oluşturmak suretiyle yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bunun gibi, bazı üye devletler, yargılama usûllerini sadeleştirmek veya davaların elektronik yöntemler kullanılarak incelenmesi imkanını²⁰ değerlendirmek suretiyle, hukuk sistemlerini modernize etmeye çalışmaktadırlar.

Avrupa Birliği, yetkili ulusal makamlarca gerçekleştirilen ve güncelleştirilen bir bilgi sistemi oluşturmak gibi çeşitli tedbirlerle adalet erişimi kolaylaştırmaya çalışmaktadır.²¹ Bu çabalar, mahkeme kararlarını

¹⁷ Commission of the European Communities s. 7.

¹⁸ Bkz., Case 222/84 *Johnston* (1986) ECR 1651 (Philip Newman, *Legal problems and opportunities for ADR in the European Union*, EuroExpert Symposium, Portugal 2003) (http://www.euroexpert.org/front_content.php?idcat=16&lang=1&client=1).

¹⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 47, Right to an effective remedy and to a fair trials (2000/C 364/01) (OJ C 364, 18. 12. 2000, s. 1-22) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2000/c_36420001218en.html).

²⁰ Bu imkan, küçük miktarda taleplere yönelik olarak Almanya, Danimarka, Finlandiya ve İngiltere'de tanınmış bulunmaktadır. Bu konudaki bilgiler, Avrupa Komisyonu'na 2000 yılının Eylül ayında, küçük miktarda taleplere uygulanan yargılama usûlleri hakkında üye ülkelere gönderilen ankete verilen cevaplardan edinilmiştir. Ayrıca, daha etkili bir adalet sistemine erişilmesi için alınabilecek tedbirlerle ilgili olarak, Avrupa Konseyi bünyesinde, Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan raporda da bu konuda bilgi bulunmaktadır. Bu rapor için bkz., European Committee on Legal Co-operation, *23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice*, London 2000, s. 45 vd. ; Mustafa Özbek *Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler* (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 267 vd.

²¹ Avrupa Birliği Konseyinin, medenî hukuk ve ticaret hukuku alanında bir Avrupa Yargı Ağı kurulmasına ilişkin Kararı bu amaçla verilmiştir. Bkz., Council Decision of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters (2001/470/EC) (OJ L 174, 27. 6. 2001, s. 25-31) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/l_17420010627en.html). Bu Kararın 14. maddesine göre (Article 14, Information system for the public), "kamu için internet temelli bir bilgi sistemi" kurulacak ve bu sistem özellikle, "Tüketici Uyuşmazlıklarının Yargı Dışı Çözümü için

karşılıklı tanıma ilkesine dayalı bir Avrupa adalet bölgesi oluşturmak amacıyla yapılan çalışmaları tamamlamaktadır. Bu çalışmalara örnek olarak, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin kolaylaştırılması,²² çekişmesiz alacaklara ilişkin mahkeme kararlarının tenfizinin kaldırılması, küçük miktarlı taleplerle ilgili sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünün basitleştirilmesi ve hızlandırılması gösterilebilir.²³

Adalete erişimin iyileştirilmesini amaçlayan politikaların gerçekleştirilmesinde ADR usûllerinin önemli bir yeri vardır.²⁴ Mevcut

Topluluk Çapında Kurulmuş Bir Ağ hakkında ulusal bilgi ve danışma merkezlerini" belirten, bazıları "alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla" ilgili olan bilgi listeleri içerecektir.

²² Bu husus, "Avrupa Birliği'nde mahkeme kararlarının verilmesinde ve icrasında daha fazla etkinlik sağlanması" konusunda, Avrupa Komisyonu'nun, Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'na sunduğu görüşünde düzenlenmiştir. Bkz., Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 12, 16. 1. 2001, s. 1-23) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/l_01220010116en.html) (Brüksel I Tüzüğü). Danimarka dışında, Brüksel I Tüzüğü, "Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin yerini almıştır. Bu Tüzük hakkında bilgi için bkz., Bahadır Erdem, *Medenî ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü* (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1009-1026). 1968 tarihli Brüksel Tüzüğü için bkz., 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (consolidated version) Protocol on the interpretation of the 1968 Convention by the Court of Justice (consolidated version) (98/C 27/01) (OJ C 27, 26. 1. 98, s. 1-33) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/c_02719980126en.html).

²³ Bu konulara özellikle, medenî hukuk ve ticaret hukuku davalarında verilen kararların karşılıklı tanınması ilkesine uyulması hakkında Avrupa Komisyonu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin öngörülen tedbirler programında yer verilmiştir. Bu program için bkz., Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters (2001/C 12/01) (OJ C 12, , 15. 1. 2001, s. 1-9) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/c_01220010115en.html). Avrupa Komisyonu, çekişmesiz taleplere yönelik Avrupa tenfiz düzeni oluşturulması için bir Tüzük ve para borçları ve küçük miktarlı taleplerle ilgili uyuşmazlıklar hakkında yeni bir yargılama usulü hazırlamak için 2002 yılının ilk yarısında bir öneride bulunmuştur.

²⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Access to Justice: The Newest Wave in the World-Wide Movement to Make Rights Effective* (Buffalo Law Review 1978, Vol. 27, s. 181-292); Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Access to Justice as a Focus of Research* (Windsor Yearbook of Access to Justice 1981, Vol. 1, s. 9-25); Mauro Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement* (Modern Law Review 1993, Vol. 56, s. 282-296); Lord Woolf, *Access to Justice* (Current Legal Problems 1994, Vol. 47, s. 341-351);

uyuşmazlığın yapısına uygun oldukları ölçüde başvuru ADR usûl-leri, dava sürecini tamamlarlar. ADR, tarafların, daha önce müzakere etmelerinin mümkün olmadığı bir ortamda birbirleriyle müzakere etmelerini sağlayarak, mahkemeye başvurularının sonuçlarını bizzat değerlendirilmelerinde yardımcı olur.²⁵

ADR'nin, toplumsal uyumu ortaya çıkarma konusundaki işlevi de oldukça önemlidir. Tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı bir karar vermediği ADR usûllerinde taraflar, karşı karşıya gelmek yerine, ilişkilerinin uyumlu bir şekilde yeniden kurulmasını sağlayacak bir süreçte, uyuşmazlıklarını çözecek yolları kendileri seçer ve kendileri için en uygun olacak çözümü bulmaya çabalayarak daha aktif bir rol oynarlar. Bu anlaşmaya dayalı yaklaşım, uyuşmazlık çözüldüğünde, tarafların aralarındaki ticarî olan veya olmayan ilişkileri sürdürebilme olasılıklarını artırır.²⁶

ADR usûlleri kural olarak, tarafların ADR'ye başvurmakta, ADR sürecini yönetecek kuruluşun veya kişinin kim olacağına karar vermekte, ADR sürecini müteakiben başvurulacak usulü belirlemekte, ADR sürecine bizzat veya temsilci vasıtasıyla katılıp katılmamaya karar vermekte ve nihayet, ADR sürecinin sonucu hakkında karar vermekte özgür olduğu esnek (*flexible*) usullerdir.

ADR usûllerinin yol açtığı masraflar, taraflarca dikkate alınması gereken temel bir etkidir. Genel kural olarak, masraflar taraflarca karşılanır. Bununla birlikte taraflar, ADR usulünün gerektirdiği masrafları ödemek zorunda olmayabilir. Örneğin, ADR sürecinde görev yapan üçüncü kişilere ücret ödenmeyebilir,²⁷ ADR sürecini yönetmekle görevli kuruluşların masrafları resmi makamlarca²⁸ veya mesleki kuruluşlarca²⁹

The Stationary Office Limited, *Explanatory Notes, Access to Justice Act*, London 1999; Mustafa Özbek *Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (AÜHFD 2002/2 s. 121-162); Mustafa Özbek *Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim* (MİHDER 2006/2, s. 907-927).

²⁵ Commission of the European Communities s. 8.

²⁶ John H. Wilkinson, *Advantages and Obstacles to ADR* (Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1998, s. 11-29), s. 19; Özbek s. 174.

²⁷ Örneğin, Fransa'da adalet uzlaştırıcıları (*justice conciliators, conciliateurs de justice*). Bu konuda bilgi için bkz., Emmanuel Gaillard, Jenny Edelstein, *Mediation in France* (Dispute Resolution Journal 2001/January, s. 74-78); European Committee on Legal Co-operation s. 26.

²⁸ Örneğin, İrlanda'da aile arabuluculuğu servisi.

²⁹ Örneğin, İsveç'te, masrafları otomobil sigorta şirketleri tarafından karşılanan, trafik kazalarından doğan zararlar bürosu.

karşılabilir ya da taraflardan biri adli yardımdan yararlanabilir.

Avrupa Birliği'ne üye olan bazı devletlerde, taraflara, ADR usûllerinin ve hukukî temsilin gerektirdiği masrafları kapsayacak şekilde adli yardım alma imkânı sunulmaktadır.³⁰ Avrupa Komisyonu, adli yardım ve medenî yargının diğer malî yönleriyle ilgili kanunlar, tüzükler ve üye devletlerdeki idari mevzuat hakkında hazırlanmış olan Konsey Yönergesi taslağında, üye devletlerin bu konudaki mevzuatını uyumlu hâle getirmeyi amaçlamıştır. Bu yönerge taslağının 16. maddesine göre, “*uyuşmazlıkların yargı dışı usullerle çözülmesi halinde, kanun bu gibi usûlleri öngörürse veya mahkemeye uyuşmazlığın taraflarının bu usullere başvurmaya karar verirse, adli yardımdan yararlanılabilecektir*”.³¹

C. Avrupa Birliği'nde ADR'nin Sahip Olduğu Politik Öncelik

Avrupa Birliği Konseyi, sınır ötesi uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesinin önemini sürekli vurgulamaktadır. Özellikle, 1998 yılının Aralık ayında Viyana'da³² ve ardından 1999 yılının Ekim ayında Tampere'de gerçekleştirilen “*Avrupa Birliği'nde bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma*”³³ amacıyla yapılan toplantıda bu husus tekrar dile getirilmiştir.³⁴

2000 yılının Mart ayında Lizbon'da, “*İstihdam ve Bilgi Toplumu*”

³⁰ Örneğin Fransa'da, sulh müzakerelerini (*transactional negotiations*) yönetecek avukatların ücretlerini karşılamak için adli yardım alınabilir.

³¹ 18 Ocak 2001'de sunulan öneri, COM (2001) 13 final (Commission of the European Communities s. 8, dn. 20).

³² Başkanlık kararının 83'üncü Paragrafına göre, “Avrupa Birliği Konseyi, bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi hakkındaki Amsterdam Anlaşmasının hükümlerinin en iyi şekilde nasıl yerine getirileceğine ilişkin Konsey ve Komisyonun eylem planını onaylar” (Presidency Conclusions, Vienna, European Council, 11 and 12 December 1998, <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>). Bu eylem planının 41 (b) paragrafına göre, Amsterdam Anlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl içinde alınacak tedbirden biri de şudur: “Özellikle milletlerarası aile uyuşmazlıkları için yargı dışı çözümler oluşturma imkânının incelenmesi”. Bu plân için bkz., Action Plan of the Council and the Commission on how best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice, Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998 (1999/C 19/01) (OJ C 19, 23.1.1999, s. 1-15) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1999/c_01919990123en.html).

³³ Başkanlık kararının 30. paragrafına göre, “üye ülkelerce alternatif, yargı dışı usuller de oluşturulmalıdır”. Bkz., Presidency Conclusions, Tampere, European Council, 15 and 16 October 1999) (<http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>).

³⁴ Commission of the European Communities s. 9.

konusunda özel olarak gerçekleştirilen toplantıda, “Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Komisyonu, elektronik ticarete, özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm sistemleri aracılığıyla, tüketicilerin güveninin nasıl artırılacağını incelemeye”³⁵ davet edilmiştir. Bu amaç, 2000 yılının Haziran ayında Santa Maria da Fera’da, “e-Avrupa 2002 Eylem Planı”³⁶ (e-Europe 2002 Action Plan) onaylandığı zaman, Avrupa Birliği Konseyi’nde tekrar ifade edilmiştir. İstihdam ilişkileri alanında Avrupa Birliği Konseyi, 2001 yılının Aralık ayında Brüksel’de (Leaken), “toplumsal uyuşmazlıkların ve özellikle milletlerarası toplumsal anlaşmazlıkların, gönüllü arabuluculuk (uzlaştırma) yöntemleri aracılığıyla çözülmesinin ve önlenmesinin önemini vurgulamıştır”.³⁷

D. Avrupa Birliği’nde ADR’nin Güncelliği

ADR usûlleri, son zamanlarda elektronik ticaretle ilgili olarak yapılan tartışmalarda, özellikle tüketici davaları alanında yargı yetkisi anlaşmazlıklarından (*conflicts of jurisdiction*) doğan konularda, Avrupa³⁸ düzeyindeki ve küresel³⁹ düzeydeki tartışmalarla bağlantılı olarak çok sık gündeme getirilmiştir.⁴⁰

³⁵ Bkz., Başkanlık kararının 11. paragrafı (Presidency Conclusions, Lisbon, European Council, 23 and 24 March 2000) (<http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>).

³⁶ Bkz., Başkanlık kararının 22. paragrafı ve e-Avrupa eylem planı (Presidency Conclusions, Santa Maria Da Feira, European Council, 19 and 20 June 2000, <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>).

³⁷ Bkz., Başkanlık kararının 25. Paragrafı (Presidency Conclusions, European Council Meeting in Laeken, 14 and 15 December 2001, s. 1-35) (<http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/index.htm>).

³⁸ Bu tartışmalar, yukarıda sözü edilen Brüksel I Tüzüğü’nün kabulünden önce yapılan tartışmalardır.

³⁹ Bu tartışmalar, yargı yetkisi ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması hakkında bir milletlerarası sözleşme taslağının hazırlanmasına ilişkin Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’nın müzakerelerinde yapılan tartışmalardır. Bkz., Hague Conference on Private International Law (<http://www.hcch.net/e/index.html>).

⁴⁰ Elektronik ticaretle ilgili konular dışında, ADR usûllerinin işlevi bazı Avrupa Birliği belgelerinde doğrudan veya dolaylı olarak vurgulanmıştır. Avrupa Komisyonu, 85/374/EEC sayılı Konsey Yönergesi’nin uygulanması hakkındaki ikinci raporunda, ADR Usullerine önemli bir yer ayırmıştır. ADR usûlleri, sınır ötesi kredi transferleri hakkındaki yönergenin (97/5/EC) 10. maddesinde (OJ L 43, 14. 2. 1997, s. 25), mesafe satımlarında tüketicilerin korunması hakkındaki Yönergenin (97/7/EC) 11. maddesinde (OJ L 144, 14.6.1997, s. 19), tüketicileremalî hizmetlerin mesafeli pazarlanması hakkında bir yönerge için getirilen önerinin 12. maddesinde

Bu tartışmalar, 2000 yılının Haziran ayında, elektronik ticaret hakkında kabul edilen yönergenin 17. maddesi doğrultusunda yapılmıştır.⁴¹ Söz konusu yönergede, “*üye devletlerin, kendilerine ait mevzuatın, uygun elektronik yöntemler de dâhil olmak üzere, uyumsuzluk çözümü için, millî hukukta mevcut olan yargı dışı programların kullanılmasına engel olmamasını sağlaması gerektiği*” belirtilmiştir. Üye devletler, 17. madde uyarınca, “*ilgili taraflar için yeterli usulü güvenceleri sağlayacak şekilde, yargı dışı çözümden sorumlu kuruluşları*” teşvik etmeye de davet edilmiştir.⁴²

Avrupa Parlamentosu 2000 yılının Eylül ayında, Brüksel I Tüzüğü'nün taslağı hakkında bir öneride bulunarak, belirli koşullarda ADR usûllerinin daha da geliştirilmesini teklif etmiştir. Bu teklife göre, tüketici ve satıcının anlaşarak, aralarındaki sözleşmeye, ileride doğabilecek olan uyumsuzlukları, komisyon tarafından onaylanacak bir plana göre, yargı dışı bir uyumsuzluk çözüm yoluna havale etmelerini öngören bir şart koymaları halinde, bu şartlar bağlayıcı olacaktır. Parlamento ayrıca, bu ADR programları bünyesinde yapılan anlaşmaların cebri icra yoluyla takip edilebilmesini de önermiştir.⁴³

ve sigorta arabuluculuğu hakkında bir yönerge için yapılan önerinin 9. maddesinde açıkça zikredilmiştir. Şirketler arasındaki uyumsuzluklarda, elektronik iletişim ağı ve servisleri için ortak bir düzenleyici çerçeve hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi kabul etmek amacıyla, Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 275. maddesindeki usule göre hareket eden konseyce kabul edilen Koşulun 18 ve 19. maddelerinde de ADR Usullerine yer verilmiştir. Bkz., Common Position (EC) No 38/2001 adopted by the Council on 17 September 2001 with a view to the adopting Directive 2001/.../EC of the European Parliament and of the Council of ... on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) (2001/C 337/03) (OJ C 337, 30.11.2001, s. 34-54) http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/c_33720011130en.html.

⁴¹ 8 Haziran 2000 tarihli yönerge (2000/31/EC), tek pazarda, bilgi toplumu hizmetlerinin yargısal yönleriyle ve özellikle elektronik ticaretle ilgilidir. Buna ilaveten, yönergenin 17. maddesinde, komisyona bilgi verecek ADR kuruluşlarının kurulması önerilmiştir. Bu nedenle, söz konusu ADR kuruluşları, kamu makamlarının uygulamalarını etkilemekten öte bir işleve sahip olacak ve uygun hallerde onların hukukî politikalarını belirleyecektir. Bkz., Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) (OJ L 178, 17.7.2000, s. 1-16) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2000/l_17820000717en.html).

⁴² Commission of the European Communities s. 10.

⁴³ Enforcement of civil and commercial judgments, Proposal for a Council regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (COM (1999) 348 - C 5-0169/1999 - 1999/0154 (CNS)) (OJ C 146, 17.5.2001, s. 94-101) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/c_14620010517en.html).

Avrupa Birliği Konseyi tarafından, 2000 yılının Aralık ayında kabul edilen Brüksel I Tüzüğü, Parlamento'nun önerdiği bu değişiklikleri kabul etmemiştir. Bununla birlikte, bu tüzüğün kabulü sırasında Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Komisyonu, özellikle elektronik ticarete, ADR usûllerinin tamamlayıcı işlevinin faydasına işaret etmiştir.⁴⁴

E. ADR ile İlgili Uluslararası Çalışmalar

ADR sadece Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin millî hukuk sistemleriyle ilgili bir konu olmadığından, Avrupa Birliği bünyesinde yapılan çalışmalar, uluslararası boyut taşımaktadır. ADR bazı hükümetler arası kuruluşların da gündemindedir:

- Avrupa Konseyi (*Council of Europe*) 1998 yılında aile arabuluculuğu hakkındaki tavsiye kararını,⁴⁵ 1999 yılında ceza arabuluculuğu hakkındaki tavsiye kararını,⁴⁶ 2001 yılında idare hukukunda ADR ile ilgili tavsiye kararını⁴⁷ ve nihayet, 2002 yılında özel hukuk uyumsuzluklarında arabuluculuk (uzlaştırma) hakkındaki tavsiye kararını⁴⁸ kabul etmiştir. Avrupa Birliği'ne üye olan ve üye olmak için başvuran devletlerde yürütülen bu çalışmalar, Avrupa Komisyonu tarafından büyük bir ilgiyle izlenmektedir. Avrupa Komisyonu'nca hazırlanan Yeşil Kitapta, Avrupa Konseyi'nin bütün çalışmaları dikkate alınmıştır.

⁴⁴ Konsey ve komisyonun, 22 Aralık 2000 tarihli toplantı tutanaklarında yer alan, tüzüğün 15 ve 73. maddeleriyle ilgili ortak bildirisi, bu tüzükte kabul edilmiştir. Bu Bildiri için bkz., http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/fsj_civil_intro_en.htm.

⁴⁵ Bu tavsiye kararı için bkz., Council of Europe, *Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum* Strasbourg 1998; Mustafa Özbek *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı* (DEÜHFD 2005/2, s. 71-102).

⁴⁶ Bu tavsiye kararı için bkz., Council of Europe, *Mediation in Penal Matters, Recommendation N. R (99) 19*, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum, Strasbourg 1999; Mustafa Özbek *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" Konulu Tavsiye Kararı* (DEÜHFD 2005/1, s. 127-166).

⁴⁷ Bu tavsiye kararı için bkz., Council of Europe, *Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum*, Council of Europe 2002; Mustafa Özbek *İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller* (II) (TBB 2005/57, s. 90-132).

⁴⁸ Bu tavsiye kararı için bkz., Council of Europe, *Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues*, Strasbourg 2003; Özbek *Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması* s. 484 vd.

- Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu, ticarî tahkimle ilgili örnek yasa hükümleri hazırlamaktadır.⁴⁹

- ADR usûllerinden, (elektronik ticaretle ilgili olarak) Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün⁵⁰ (*Organisation for European Cooperation and Development*) çalışmalarında doğrudan veya dolaylı olarak söz edilmektedir. Bunun gibi, yargı yetkisi (*jurisdiction*) ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması hakkında bir milletlerarası sözleşme taslağının hazırlanmasına ilişkin Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nda gerçekleştirilen müzakerelerde⁵¹ de ADR'den söz edilmiştir.⁵²

Elektronik ticaret alanında ADR usûlleri, bazı uluslararası sivil toplum örgütlerince (*non-governmental organisations*) yayınlanan tavsiye kararlarının konusunu oluşturmaktadır. Elektronik Ticaret Üzerinde Küresel İşletme Diyalogu⁵³ (*The Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, GBDe), Transatlantik İşletme Diyalogu⁵⁴ (*The Transatlantic Business Dialogue*, TABD) ve Transatlantik Tüketici Diyalogu⁵⁵ (*The Transatlantic Consumer Dialogue*, TACD) gibi sivil toplum örgütlerinin çalışmaları, Avrupa Komisyonu'nca yakından izlenmektedir.

Medeni hukuk ve ticaret hukuku alanında ADR usûlleri, Avrupa Birliği'nin dışındaki ülkelerde de bazı temel projelerin konusunu oluşturmaktadır:

- Avrupa Birliği'ne katılmak için başvuran devletler, bu devletlerin, Avrupa Konseyi'nin yukarıda sözü edilen çalışmalarına aktif katılımının da gösterdiği gibi, ADR'yi, adalete erişimin iyileştirilmesini sağlayacak yollardan biri olarak görmekte ve ADR'nin gelişmesinin önemini üye devletler kadar iyi anlamış bulunmaktadırlar.

⁴⁹ Tahkimle ilgili çalışma grubunun çalışmaları için bkz., United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group II 2000 - present: Arbitration and conciliation (<http://www.uncitral.org/en-index.htm>).

⁵⁰ Elektronik ticarete tüketicilerin korunmasını öngören ilkelerle ilgili Konsey Tavsiyesi için bkz., <http://www.oecd.org/home/>. Ayrıca bkz., A Global Action Plan for e commerce, Prepared by Business with Recommendations for governments, October 1999 (<http://www.oecd.org/dataoecd/12/22/2091896.pdf>).

⁵¹ Hague Conference on Private International Law (<http://www.hcch.net/e/index.html>).

⁵² Commission of the European Communities s. 11.

⁵³ <http://www.gbde.org/>

⁵⁴ <http://www.tabd.com/>

⁵⁵ <http://www.tacd.org/>

- Amerika Birleşik Devletleri, çeşitli ADR usûlleri konusunda uzun ve zengin bir geçmişe sahiptir. Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler, ADR'nin gelişmesini desteklemektedir.⁵⁶ Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerin birçoğu, farklı alanlarda arabuluculukla ilgili kanunlar kabul etmişlerdir. Eyaletlerce kabul edilen bu kanunların çok fazla olması, Tek Tip Eyalet Kanunları Hakkında Ulusal Komiserler Konferansı⁵⁷ (*The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), Tek tip Arabuluculuk Kanunu'nu⁵⁸ (*Uniform Mediation Act*) hazırlamaya sevk etmiştir.

- Kanada'daki çalışmalar, 2000 yılının Ağustos ayında, arabuluculukla ilgili tek tip bir kanun hazırlama ihtiyacını değerlendirmek amacıyla yapılan Tek Tip Hukuk Konferansı'nın⁵⁹ (*The Uniform Law Conference of Canada*) çatısı altında başlamıştır.

- Japonya'da ADR usûlleri hakkındaki genel yasalaştırma çalışması, Adalet Sistemi Reform Konseyi (*The Justice System Reform Council*) tarafından 2001 yılının Haziran ayında kabul edilen son tavsiyeler arasındadır.⁶⁰

⁵⁶ ADR'nin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gelişimi, uygulaması ve özellikle mahkeme kökenli ADR programları hakkında geniş bilgi için bkz., Stephen B. Goldberg, Frank E. A. Sander, Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999; Stephen B. Goldberg, Frank E. A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 2003; Elizabeth Plapinger, Dona Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges and lawyers*, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996; Robert J. Niemic, Donna Stienstra, Randall E. Ravitz, *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, Federal Judicial Center 2001; Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St. Paul 2001; Ware s. 3 vd.

⁵⁷ <http://www.nccusl.org/> .

⁵⁸ Tek Tip Arabuluculuk Kanunu taslağı 16 Ağustos 2001'de tamamlanmıştır. Bu kanun hakkında geniş bilgi için bkz., National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Mediation Act*, Chicago 2001; Monica Rausch, *The Uniform Mediation Act* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 2003, Vol. 18, s. 603-618); Scott H. Hughes, *The Uniform Mediation Act: To The Spoiled Go The Privileges* (Marquette Law Review 2001, Vol. 85, s. 9-77); Ellen E. Deason, *The Quest For Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?* (Marquette Law Review 2001, Vol. 85, s. 79- 111).

⁵⁹ <http://www.chlc.ca/en/home/> . Bu konuda geniş bilgi için bkz., Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Mediation Act, Discussion Paper, Civil Section* (M. Jerry McHale), British Columbia 2000 (http://www.ulcc.ca/en/poam2/Mediation3_Eng.rtf).

⁶⁰ Recommendations of the Justice System Reform Council, For a Justice System to Support Japan in the 21st Century, June 12, 2001 (<http://www.kantei.go.jp/foreign/>

F. Avrupa Komisyonu'na Yeşil Kitabın Hazırlanması İçin Görev Verilmesi

ADR'ye ilişkin bu gelişmeler, Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerce ve Avrupa Birliği'nce yürütülen çeşitli çalışmaların ve projelerin daha ayrıntılı olarak incelenmesi ve ADR usûllerinin özelliklerinden dolayı ortaya çıkan hukukî konuların tartışılması ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Bu nedenle, 15 devletin Adalet Bakanları, medenî hukukta ve ticaret hukukunda ADR hakkında, Avrupa Birliği çapında bir çalışma başlatmaya karar vermiştir.

2000 yılının Mayıs ayında Adalet Bakanları, Avrupa Komisyonu'nu, medenî hukuk ve ticaret hukukuyla ilgili sınır ötesi uyuşmazlıkların ADR usûlleriyle çözümüne yönelik olarak, üye devletlerde mevcut olan durum hakkında bilgi toplamaya davet etmiştir.

Avrupa Komisyonu buna dayanarak, üye devletlerdeki durumu belirten bir Yeşil Kitap hazırlamaya başlamış ve pratik tedbirlere zemin oluşturmak düşüncesiyle kapsamlı bir istişare sürecine⁶¹ girmiştir.⁶²

§ 2. Avrupa Komisyonu'nca Yapılan Çalışmalar Sonunda Elde Edilen Bilgiler

Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Komisyonu'nu, üye devletlerde ve Avrupa Birliği'nde uygulanan ADR usûllerinin bir listesini hazırlamaya davet etmiştir. ADR hakkında yapılan bir tahlilin etkili olması için, daha önce başlatılan çalışmalara dayanması şarttır.

Bu nedenle Komisyon, üye devletlerce cevaplandırılan anketleri⁶³ ve ADR üzerindeki çalışmaları⁶⁴ incelemiştir.

judiciary/2001/0612report.html).

⁶¹ Adalet ve İçişleri Konseyi'nin (*Justice and Home Affairs Council*) bu konuda verdiği 29 Mayıs 2000 tarihli kararları için bkz., <http://ue.eu.int/newsroom/>.

⁶² Commission of the European Communities s. 12.

⁶³ Medeni hukuk ve ticaret hukukunda ADR usûllerinin uygulanması hakkındaki anket, 2000 yılının Haziran ayında, Avrupa Birliği Konseyi'nin dönem Başkanı olan Portekiz tarafından hazırlanmıştır.

⁶⁴ Bu çalışmalar, ticaret hukuku alanında ADR üzerinde çalışan ve Grotius programına göre Avrupamalıdesteğini alan mesleki birliklerce yürütülmüştür. Bu proje hakkında açıklamalar için bkz., 2000 Grotius Programme (http://europa.eu.int/comm/justice_home/pdf/grotius2000.pdf). Grotius programı, hukukçuların teşviki ve değişimi programı hakkındaki 28 Ekim 1997 tarihli Konsey Ortak Hareketiyle kurulmuştur (OJ L 287, 8.11.1996, s. 3). 2000 yılında biten ve 2001 yılında yenilenen bu programın, 2002-2006 dönemi için yeniden düzenlemesi söz konusudur (Council Regulation

A. Avrupa Birliği'ne Üye Olan Devletlerdeki Durum

Avrupa Birliği'ne üye olan devletler, henüz ADR hakkında ayrıntılı yasal düzenlemelere sahip değildirler.⁶⁵ Buna karşılık, Danimarka,⁶⁶ İtalya,⁶⁷ Avusturya⁶⁸ ve Portekiz'de,⁶⁹ bu konuda bazı çalışmalar başlatılmıştır. Bu çalışmalar, ADR'nin durumu hakkında bir fikir verebilir ve medenî usûl hukukunda ADR usûllerine daha fazla başvurulmasını sağlayabilir. Bazı üye devletler, ADR'ye ilişkin danışma makamları

(EC) No 290/2001 of 12 February 2001 extending the programme of incentives and exchanges for legal practitioners in the area of civil law, Grotius-civil) (OJ L 43, 14.2.2001, s. 1-4) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/l_04320010214en.html). Özel hukukta bir Avrupa yargı bölgesi kurulmasını kolaylaştırmak amacıyla yürütülen topluluk faaliyetleri için genel çerçeve oluşturan bir tüzük önerisi için bkz., Proposal for a Council Regulation establishing a general framework for Community activities to facilitate the implementation of a European judicial area in civil matters (2001/C 213 E/16) COM (2001) 221 final - 2001/0109 (CNS) (OJ C 213 E, 31.7.2001, s. 271-274) (<http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/ce21320010731en.html>).

⁶⁵ Bazı yerlerde bölgesel mevzuat oluşturulmuştur. Örneğin Kuzey Rhine Westphalia için bkz., <http://www.streitschlichtung.nrw.de/>.

⁶⁶ Danimarka'da Usûl Hukuku Daimi Komitesi (*Standing Committee on Procedural Law, Retsplejerådet*), Hukuk Usûlü Kanunu'nda genel bir reform yapmak düşüncesiyle çalışmalarını sürdürmektedir. 2001 yılının ilkbaharında yayımlanan ilk rapor, özel hukukta mevcut olan yargı dışı usûllerin açıklamasını içermiştir. Komite bundan sonra, ADR usûlleriyle dava süreci arasında eşgüdümü düzeltmenin yollarını araştırmaya başlamıştır.

⁶⁷ İtalya'da yargısal arabuluculuğa ilişkin yasal düzenlemeler hakkında bilgi için bkz., Giuseppe De Palo, Penelope Harley, *Mediation in Italy: Exploring the Contradictions* (Negotiation Journal 2005/October, s. 469-479), s. 470 vd. ; Giuseppe De Palo, *Crisis of Courts and the Italian Mediation Debate* (International Journal of Dispute Resolution 2003/25, s. 17-21). İtalyan kanun taslağı, 2000 yılının ilkbaharında hazırlanmıştır. Hâlen İtalyan Parlamentosu'nda tartışılmakta olan 2463 no'lu kanun taslağı, bütün özel hukuk uyuşmazlıklarında çağdaş bir arabuluculuk yolu öngörmekte, arabuluculuğa ilişkin esneklik ve gizlilik gibi temel ilkelere yer vermekte ve kamusal arabuluculuk kuruluşları kurulmasını öngörmektedir (Francesco Benigni, *Alternative dispute resolution: mediation in Italy. is it really moving?* The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003, Strasbourg, Council of Europe 2005, s. 91-93, s. 93; De Palo, Harley s. 471; De Palo s. 19).

⁶⁸ Avusturya'da, federal bir kanun olan Arabuluculuk Kanunu (*Mediationgesetz*) yürürlüğe girmiştir. (Süha Tanrıver, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış*, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842, s. 830).

⁶⁹ Portekiz Adalet Bakanlığının "dava yoluna alternatif çözümler" (*resolução alternativa de litígios*) konusunda yaptığı istişare, Sulh hâkimleri ve Ombudsman Kanununun (*Justices of the Peace and Ombudsman Act*) yapılmasını sağlamıştır (No 78/2001, 13 Temmuz 2001).

kurmak,⁷⁰ ADR kuruluşlarınınamaliyardım sunmak,⁷¹ mesleki eğitim programları oluşturmak⁷² ve toplumu ADR hakkında bilgilendirmek suretiyle, ADR'yi sektörel temelde geliştirmektedirler. Bazı ülkelerde, ADR'nin özelliklerine daha uygun olan kanun değişiklikleri için çalışmalar⁷³ yapılmaktadır.⁷⁴

I. Dava Sürecinde ADR

Mahkeme katımlı ADR ile ilgili olarak üye devletlerin hukuk usulü kanunları, uzlaştırmayla görevli bir hâkim atamayı,⁷⁵ uzlaştırmayı yargılamanın zorunlu bir aşaması haline getirmeyi⁷⁶ veya hâkimleri, taraflar arasında bir anlaşma yapılması için çaba göstermeye açıkça teş-

⁷⁰ Buna örnek olarak, Fransa'da 8 Ekim 2001 tarihli Kararname ile kurulan "Aile Arabuluculuğu Ulusal İstişare Konseyi" (*national consultative council on family mediation*) gösterilebilir. Bu Konseyin görevi, "aile arabuluculuğunun örgütlenmesinde ve gelişmesinde faydalı olabilecek bütün tedbirleri önermektir". Konsey bu amaçla, aile arabuluculuğuna başvuru alanları, aile arabulucularının eğitimi ve etik kuralları, uygulamaların değerlendirilmesi ve özellikle arabuluculuğun aile içindeki ilişkilerin sürdürülmesindeki etkisi üzerinde araştırma yapmaktadır.

⁷¹ Örneğin İskandinav ülkelerinde, Tüketici Şikayeti Kurulları'nın masrafları doğrudan ulusal bütçeden karşılanmaktadır.

⁷² Örneğin Portekiz'de Adalet Bakanlığı, 30 Ekim 2001'de, sulh hâkimlerinin ve ombudsmanların eğitimi hakkında bir protokol imzalamıştır (<http://www.mj.gov.pt/>).

⁷³ Örneğin Alman hukuku, hukuki hizmetlerin yerine getirilmesinde avukatlara tekel hakkı tanımaktadır. Almanya'da, ADR'nin hukuk hizmetlerinden sayılması gerektiği ve avukatların tekel altında bulunduğunu ifade eden mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Alman makamları kanunda değişiklik yaparak, ADR'nin avukatların tekelinden çıkarılmasını düşünmektedir (Commission of the European Communities s. 14, dn. 57).

⁷⁴ Commission of the European Communities s. 13.

⁷⁵ Örneğin İtalya'da, görevi Hukuk Usulü Kanunu'nun 322. maddesiyle tanımlanan "sulh hakiminin" durumu böyledir (De Palo s. 18). Yunanistan'da sulh hakiminin uzlaştırmacılık görevi, Hukuk Usulü Kanununun 209. maddesinde düzenlenmektedir. Belçika'da Yargı Kanunu'nun 731. maddesi, ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimlere, uzlaştırma talebiyle başvurulmasını kabul etmiştir (Commission of the European Communities s. 14, dn. 55).

⁷⁶ Örneğin Finlandiya'da, Hukuk Usulü Kanunu'nun 26. maddesine göre (Chapter 5; 26 §) hakimler, hukuk davalarının tümünde, ilk önce bir arabulucu gibi hareket ederek, tarafları uzlaştırmaya çalışmakla (yargısal arabuluculukla) görevlidirler (Teuri Brunila, *The Present Law Concerning Settlement in Procedure and the Law Proposal About Separate Court Mediation in Finland*, The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003, Strasbourg, Council of Europe 2005, s. 97-101, s. 97). Ayrıca bkz., <http://www.oikeus.fi/34225.htm>.

vik etmeyi⁷⁷ (yargısal arabuluculuğu) öngören hükümler içermektedir. Hâkimlere verilen bu özel görevler, hâkimlerin olağan işlevlerinden olmadığı için, uygun eğitim programlarıyla takviye edilmelidir.

Mahkeme kararıyla uyuşmazlığın çözümünün üçüncü bir kişiye havale edilmesini öngören ADR usûlleri, üye devletlerin çoğunda kanun hükümlerinin veya kanun taslaklarının konusunu oluşturmaktadır. Bu düzenlemeler, ADR usûllerine başvurma imkanının tanınması (örneğin Belçika⁷⁸ ve Fransa⁷⁹), ADR'ye başvurulmasının teşvik edilmesi (örneğin İspanya,⁸⁰ İtalya,⁸¹ İsveç,⁸² İngiltere ve Galler⁸³) ve hatta, kanunen veya hâkim kararıyla ADR'ye başvurulmasının bir ön şart haline

⁷⁷ Avrupa'da yargısal arabuluculuk (*judicial mediation*) ve hâkimlerin arabuluculuk işlevi hakkında geniş bilgi için bkz., Council of Europe, *The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges*, Strasbourg 2005. Örneğin, Alman Hukuk Usulü Kanunu'nun 279. paragrafına göre (§ 279 ZPO), mahkeme yargılama boyunca taraflar arasındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülmesi için gayret etmek zorundadır (Harald Koch, Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, München 1998, s. 83; Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Hague 1996, s. 278; Johannes Warbeck, *Alternative dispute resolution in the world of business: a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and in Germany*, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998/June, s. 104-131, s. 115). Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nun 21. maddesine göre, tarafların uzlaştırılması hakimin görevleri arasındadır (Gaillard, Edelstein s. 74).

⁷⁸ 21 Ocak 2001 tarihli Aile Arabuluculuğu Kanunu'yla kabul edilen Yargı Kanunu'nun 665. maddesi, hakimin, tarafların ortak talebiyle veya kendi kararı ve tarafların da rızalarıyla bir arabulucu atmasına izin vermektedir.

⁷⁹ Bkz., Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nun 131 vd. maddeleri (Gaillard, Edelstein s. 75).

⁸⁰ 9 Ocak 2001'de yürürlüğe giren 1/2000 sayılı Kanunun 414 ve 415. maddelerine göre, hakim, "olağan" yargılama sürecinin başında, taraflar talep ve savunmalarını açıkladıklarında, onları uzlaşmaya veya sulhe davet etmelidir.

⁸¹ Hukuk Usulü Kanunu'nun 183, 185 ve 350. maddelerine göre hakim, tarafların uzlaşmış olduğunu öngören bir belgeye dayanarak, uygulamada davayı bitirmek için gerekli koşulların mevcut olup olmadığını, bütün koşulları dikkate alarak değerlendirmelidir (Aleš Zalar, *Legislative and Judicial Incentives to Early (Amicable) Resolution*, The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003, Strasbourg, Council of Europe 2005, s. 57-65, s. 62, dn. 37).

⁸² Hukuk Usulü Kanunu'nun 42. bölümünün 17. kısmına göre mahkeme, uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülmesine imkân tanıyan bütün tedbirleri almalıdır.

⁸³ 26 Nisan 1999'da yürürlüğe giren Hukuk Usulü Kuralları'nın 26. 4 ve 44. 5. maddelerine göre, mahkeme, bir davayı, tarafların arabuluculuğa başvurmasına izin vermek üzere erteleyebilir. Mahkeme, tarafların arabuluculuğa katılmayı reddetmesi halinde, para cezası ödemelerine karar verebilir (Lord Chancellor, *Civil Procedure Rules, Practice Directions, Pre-Action Protocols and Forms, Vol. 1*, London 2000, Part 26, s. 3; *Blackstone's Guide to the Civil Procedure Rules*, Editor-in-Chief: Charles Plant, London 1999, s. 168).

getirilmesi (örneğin, Almanya,⁸⁴ Belçika⁸⁵ ve Yunanistan⁸⁶) şeklinde olabilmektedir.⁸⁷

ADR'nin kullanımını yaygınlaştırmak amacıyla yapılan uygulamalar, bizzat mahkemelerce yürütülen projelerde⁸⁸ veya pilot projeler vasıtasıyla yetkili bakanlıkların öncülüğünde⁸⁹ gerçekleştirilmektedir.

Mahkemelerce atanan üçüncü kişiler, kamu görevlileri,⁹⁰ belirli kıstaslara göre mahkemelerce atanan ve bir listede kayıtlı bunan⁹¹ veya davadan davaya görev yapan vatandaşlar olabilir.⁹²

II. Sözleşmeye Dayalı ADR Usulleri

Sözleşmeye dayalı ADR usûlleri, üye devletlerde özel bir yasal düzenlemenin konusunu oluşturmamaktadır. Bu konudaki düzenlemeler,

⁸⁴ 15 Aralık 1999 tarihli Federal bir Kanuna göre, üç eyalette (*Länder*) ADR usulü olarak bilinen uzlaştırmaya (*Schlichtung*) başvurulması zorunlu olup, öncelikle uzlaştırma girişiminde bulunulmadıkça dava dinlenmez. Böylece uzlaştırma, özel bir dava şartı haline getirilmiştir. Almanya'da hazırlanan yeni federal usûl kanunu taslağında, tarafların arabuluculuk için bir duruşma tarihi talep etmesine izin verilmiş ve hakimin davanın başında arabuluculuğa başvurması zorunlu tutulmuştur (Commission of the European Communities s. 15, dn. 64; Tanrıver, *Arabuluculuk Kurumuna hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış* s. 832-836).

⁸⁵ Belçika'da dava konusunun, örneğin hizmet sözleşmeleriyle ve tarımsal kiralama ile (*leasing*) ilgili olması halinde, yargı kanununa göre, yargı dışı usullere başvurulması zorunludur. Belçika'da, Yargı Kanunu'nda genel bir reform yapan ve hakimin bir arabuluculuk usûlüne başvurulmasına karar vermesini mümkün kılan bir tasarı üzerindeki çalışmalar sürdürülmektedir.

⁸⁶ Hukuk Usulü Kanunu'nun 214. maddesine göre, ilk derece mahkemelerinin görevine giren davalarda, öncelikle uzlaştırma girişiminde bulunulmadığı sürece yargılama yapılamaz.

⁸⁷ Commission of the European Communities s. 14.

⁸⁸ Örneğin, Fransız iş mahkemesinde bu tür bir proje yürütülmektedir. Bu proje için bkz., <http://www.mediationsociale.com/>

⁸⁹ Hollanda'da bu konuda pilot projeler uygulanmaktadır. Bkz., J. W. Bitter, S. C. Conway, *The Netherlands* (Dispute Resolution Methods, The Comparative Yearbook of International Business, Special Issue 1994, London 1995, s. 277-299); <http://www.justitie.nl/>

⁹⁰ Yunanistan'da, toplu iş uyuşmazlıkları hakkındaki 1876/1990 sayılı Kanunun 13 ilâ 16. maddelerine göre görev yapan uzlaştırıcılar, Çalışma Bakanlığı'nın bir memurudur.

⁹¹ Fransa'da, yasal olarak görev yapan uzlaştırıcılar belirli koşullara sahip olmalıdırlar. Buna göre uzlaştırıcılar, kısıtlı olmamalı, kamusal haklarından yasaklı olmamalı, hukukî konularda en az üç yıllık deneyime sahip olmalı ve bağımsız olmalıdırlar.

⁹² Fransa'da arabulucular, bir ceza mahkumiyeti, bir disiplin cezası veya idari bir ceza almamış olmalı, tecrübeli ve bağımsız olmalıdırlar.

sözleşme hukukunun genel hükümleri veya ADR usûlleri sonunda yapılan sulh anlaşmalarıyla⁹³ (*transaction agreements, contrat de transaction*, örneğin Fransız medenî Kanunu m. 2044) ilgili olan özel hükümlerdir. ADR usûlleri, sözleşme hukukunun, medenî usûl hukukunun ve milletlerarası özel hukukun genel ilkelerine dayandırılmaktadır. ADR ile ilgili sözleşmelerin uygulanmasının ve ADR hizmeti sunan üçüncü kişilerin meslek etiği kurallarının gelişim düzeyi, farklı üye devletlerde değişiklik göstermektedir.

Danimarka,⁹⁴ İrlanda,⁹⁵ Finlandiya⁹⁶ ve İsveç⁹⁷ gibi bazı üye devletlerde, ADR hizmetleri vermekle görevli kuruluşlar oluşturmak amacıyla sektörel kanunlar kabul edilmiştir.⁹⁸

Üye devletlerdeki düzenlemeler incelendiğinde, ADR usûlleriyle ilgili olarak bazı ortak ilkelerin kabul edildiği görülmektedir. Buna göre örneğin, uyuşmazlığın tarafları, ADR'ye başvurup başvurmamakta özgürdürler. Taraflar, ADR sürecini yönetmekle görevli olan üçüncü kişinin tarafsızlığına ve adil davranacağına güvenerek, ADR sürecini bizzat düzenleyebilirler. Üçüncü kişiye yapılacak beyanlar ve verilen bilgiler, gizlilik ilkesi gereğince açıklanamaz. Üye devletler, bu ilkelerin asgari usulü güvenceleri sunmasını sağlamalıdır.

B. Avrupa Birliği Genelinde ADR ile İlgili Olarak Yürütülen Çalışmalar

Avrupa Birliği genelinde ADR ile ilgili olarak yürütülen çalışmalardan en önemlileri, tüketicilerin korunması, aile hukuku ve iş hukuku alanlarında yapılmaktadır.

I. Tüketici Hukukunda ADR'ye İlişkin Çalışmalar

Son yıllarda, tüketicilerin adalete daha iyi bir şekilde erişebilmelerini sağlamak amacıyla yürütülen bir program çerçevesinde, tüketici

⁹³ Gaillard, Edelstein s. 77; Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 12.

⁹⁴ Örneğin Danimarka'da, iş piyasası araboluculuk komisyonu (*Arbejdsmarkedets Ankenarven*), finansal kiralama (*leasing*) komisyonu (*Huslejenaevnene*), tüketici araboluculuk komisyonu (*Forbrugerklagenævnet*).

⁹⁵ Örneğin, İş İlişkileri Komisyonu Uzlaştırma Servisi.

⁹⁶ Örneğin, Tüketici Uyuşmazlıkları Bürosu (*Kultuttajavalituslautakunta*).

⁹⁷ Örneğin, Ulusal Tüketici Talepleri Bürosu, Trafik Kazalarından Doğan Zararlar Bürosu.

⁹⁸ Commission of the European Communities s. 15.

uyuşmazlılarıyla (milli, milletlerarası, İnternet bağlantılı veya diğer uyuşmazlıklar) ilgili önemli projeler gerçekleştirilmiştir.⁹⁹ Bu projelerin genel hatlarının bilinmesi, tüketici hukuku alanında bu güne kadar yapılan çalışmaların değerlendirilmesini ve Avrupa Birliği'ndeki durumun ADR açısından tartışılmasını sağlayacaktır. Böylece, tüketici hukuku alanında daha kapsamlı çalışmalar yapılabilir.

Avrupa Birliği Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, tüketicilerin adalete erişimini kolaylaştırmak amacıyla yürütülen bir program çerçevesinde, komisyonun bir önerisi üzerine, 19 Mayıs 1998'de, tüketici menfaatlerinin korunmasına ilişkin kararlar hakkındaki Yönergeyi (98/27/EC) kabul etmiştir.¹⁰⁰

Bu yönergeye göre üye devletlerde, tüketicilerin haklarını zedeleyen belirli ticarî uygulamalara karşı, bağımsız kamu kuruluşları ve özel tüketici örgütleri dava açabilmelidirler. Ayrıca, ulaştırma¹⁰¹ ve enerji¹⁰²

⁹⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Commission of the European Communities, *Green Paper, access of consumers to justice and the settlement of consumer disputes in the single market* (presented by the Commission) COM (93) 576 final, Brussels, 16 November 1993 (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l32023.htm>; http://aei.pitt.edu/archive/00001178/01/consumer_justice_gp_COM_93_576.pdf); Commission of the European Communities, *Communication from the Commission on "the out-of-court settlement of consumer disputes" and Commission recommendation on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*, Brussels, 30.03.1998 COM (1998) 198 final (http://aei.pitt.edu/archive/00001179/01/consumer_justice_gp_follow_COM_1998_198.pdf); Commission of the European Communities, *Communication from the Commission "Action plan on consumer access to justice and the settlement of consumer disputes in the internal market"*, Brussels, 14.2.1996 COM (96) 13 final (http://aei.pitt.edu/archive/00001180/01/consumer_justice_gp_follow_COM_96_13.pdf).

¹⁰⁰ Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests (OJ L 166, 11.6.98, s. 51-55) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/l_16619980611en.html).

¹⁰¹ Avrupa Komisyonu tarafından bu konuda ADR'ye verilen önem, 12 Eylül 2001 tarihli, "2010 için Avrupa taşımacılık politikası" hakkındaki Beyaz Kitapta ve 21 Haziran 2000 tarihli, Avrupa Birliği'nde uçak yolcularının korunması hakkındaki kararda vurgulanmıştır. Bkz., Commission of the European Communities, *White Paper, "European transport policy for 2010: time to decide"*, Brussels, 12.9.2001, COM (2001) 370 final (<http://aei.pitt.edu/archive/00001187>); Commission Communication of the 21 June 2000 to the European Parliament and to the Council regarding the protection of air passengers in the European Union, COM (2000) 365 final (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l24235.htm>).

¹⁰² Bu konuda bkz., Elektrik ve doğal gaz piyasasına ilişkin ortak kurullarla ilgili Yönergeleri (96/92/EC ve 98/30/EC) değiştiren bir Parlamento ve Konsey Yönergesi için öneri (Directive 98/30/EC of The European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas) (OJ L 204,

gibi belirli sektörlerde, tüketicilerin haklarını güvence altına alan diğer tedbirler de alınmalıdır.¹⁰³

Avrupa Komisyonu, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı yollarla çözümünde uygulanacak ilkeleri belirleyen iki tavsiye kararı kabul etmiştir.

Bir Komisyon kararıyla kabul edilen bu tavsiye kararları, tüketiciler için bir Avrupa istek formu şeklinde yayımlanmıştır.¹⁰⁴

- 30 Mart 1998'de kabul edilen ilk tavsiye kararı,¹⁰⁵ nasıl adlandırıldıklarının bir önemi olmaksızın, uyuşmazlığın çözümü hakkında resmi olarak karar veren tarafsız bir üçüncü kişinin aktif şekilde katıldığı uyuşmazlık çözüm usûlleri hakkındadır. ADR usûllerinin oluşturulması ve uygulanması hakkında yedi asgari ilke belirleyen bu ilk tavsiye, genellikle "arabuluculuk" (mediation) olarak adlandırılan usullerle ilgili değildir. Üye devletler, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı çözümünden sorumlu olan kuruluşlardan, komisyonun tavsiyesine girenlerin bir listesini hazırlamaya davet edilmişlerdir. Bu millî listeler, daha sonra yayımlanmak üzere komisyona gönderilmiştir.¹⁰⁶

- 4 Nisan 2001 tarihli ikinci tavsiye kararı,¹⁰⁷ üçüncü kişinin, tarafları, sadece uyuşmazlığa ortak rızalarıyla bir çözüm bulmaları hususunda ikna etmek amacıyla bir araya getirdiği usullerle ilgilidir. Bununla birlikte üçüncü kişiye, bağlayıcı olmayan bir çözüm önerme görevi de verilebilir.

Avrupa Komisyonu ayrıca, ticarî işletmenin, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu üye devletten başka bir devlette bulunması halinde, sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde tüketicilerin yargı dışı usullere erişimini kolaylaştırmayı amaçlayan iki ayrı Avrupa ulusal kurumlar

21.7.98, s. 1-12) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/1_20419980721en.html).

¹⁰³ Commission of the European Communities s. 16.

¹⁰⁴ http://europa.eu.int/comm/consumers/overview/cons_policy/index_en.htm

¹⁰⁵ Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (OJ L 115, 17.4.98, s. 31-34) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/1_11519980417en.html).

¹⁰⁶ http://europa.eu.int/comm/consumers/overview/cons_policy/index_en.htm

¹⁰⁷ Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (OJ L 109, 19.4.2001 s. 56-61) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/1_10920010419en.html).

ağı kurmuştur. Her iki kurumun amaçlarının aynı olmasına karşılık, çalışmaları farklıdır:¹⁰⁸

- Avrupa Yargı Dışı Ağı¹⁰⁹ (*The European Extra-Judicial Network, EEJ-Net*), üye devletlerde ve İzlanda ve Norveç'te yer alan ulusal temas noktalarından oluşan bir tüketici destek ve bilgi kuruluşudur. Temas noktalarının tümü, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı çözümünden sorumlu kuruluşlara uygulanabilen ilkelerle ilgili, komisyon tavsiyelerinde bulunan koşulları taşıdıkları üye devletlerce kabul edilen 400 kuruluşa bilgi aktarmaktadır. Bu ağ, resmi olarak 16 Ekim 2001'de çalışmaya başlamıştır. Bir yıllık deneme aşamasında sonra Avrupa Komisyonu, bu ağın gelişmelerini tespit etmek ve ilgili kişilerin görüşlerini öğrenmek amacıyla, 2002 yılının sonbaharında kapsamlı bir rapor hazırlamıştır.¹¹⁰

- Malî Hizmetler Şikayet Ağı¹¹¹ (*Financial Services Complaints Network, FIN-NET*), Avrupa Komisyonu'nun ilk tavsiyesindeki koşulları haiz, yetkili ulusal ADR kuruluşlarından oluşan bir ağıdır. 22 Şubat 2002 itibariyle bu kuruluşlar 37 adettir. FIN-NET, malî hizmetlerle (bankalar, sigorta şirketleri, yatırım hizmetleri) ilgili sorunları olan tüketicilerin ADR usûllerine doğrudan ulaşabilmelerini sağlar. FIN-NET, Avrupa Komisyonu tarafından 1 Şubat 2001'de hayata geçirilmiş ve faydalı sonuçlar vermiştir. Tüketicilere, tek pazarda sahip oldukları hakları bildirmek için, Vatandaşlar ve İşletmelerle Diyalogu (*Dialogue with Citizens and Business*) kapsamında, FIN-NET'i tüketicilere tanıtacak bir rehber yayımlanmıştır.

Avrupa Komisyonu'nun her iki tavsiyesi de, üye devletleri önemli ölçüde etkilemiştir. Komisyon, EEJ-Net'in tam bir değerlendirmesini ve üye devletlerin tümüyle, ADR hizmet sağlayıcılarıyla ve ilgili diğer kişilerle kapsamlı istişareler yapana kadar tüketicilerle ilgili yeni tedbirler almayacaktır.

¹⁰⁸ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri, *Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (ADR)* (Hazırlayanlar: Suna Oksay/Tolga Ceylantepe), İstanbul 2006, s. 52.

¹⁰⁹ EEJ-Net hakkında bkz., Council Resolution of 25 May 2000 on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes (2000/C 155/01) (OJ C 155, 6.6.2000, s. 1-2) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2000/c_15520000606en.html).

¹¹⁰ Commission of the European Communities s. 17.

¹¹¹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm

Tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili ADR usûllerinde, elektronik ticarete ve özellikle e-Avrupa Eylem Planına¹¹² özel bir önem verilmektedir. Bu kapsamda, geleneksel alternatif yöntemler ve elektronik ticaretle bağlantılı olmayan uyuşmazlıkların çözümünde de kullanılabilen Online Uyuşmazlık Çözümü (*Online Dispute Resolution, ODR*) üzerinde çalışılmaktadır.¹¹³ ODR ile ilgili bazı konular, Avrupa Komisyonu'nun gelecekteki çalışmalarında ele alınacaktır.

Elektronik ticaret alanındaki tüketici uyuşmazlıklarını kapsayan ADR usûlleriyle ilgili çalışmalar, bu alanda tüketicilerin güvenliğini artırmayı amaçlayan daha genel bir politikanın parçasını oluşturmaktadır.¹¹⁴ “e-Avrupa 2002 Eylem Planı” kapsamında Avrupa Komisyonu, internette tüketici güvenliği (*e-confidence*) konusunda bir tartışma ve bilgi değişimi forumu başlatmıştır.¹¹⁵ Komisyon bu çerçevede, ilgili kuruluşlar, ticarî işletme temsilcileri ve tüketicilerle, dürüst ticarî uygulamanın yüksek standartlarının geliştirilmesini teşvik etmiştir.¹¹⁶ Bu tedbirlerin tamamı ve neticeleri, yakın gelecekte komisyonun ayrı bir çalışmasına konu olacaktır.

¹¹² Bkz., yuk. § 1. C.

¹¹³ Online uyuşmazlık çözümü hakkında geniş bilgi için bkz., Gregory P. Ewing, *Using the Internet as a Resource for Alternative Dispute Resolution and Online Dispute Resolution* (Syracuse Law Review 2002, Vol. 52, s. 1217-1225); Marc Wilikens, Arnold Vahrenwald, Philip Morris, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce. Draft report of an exploratory study*, Italy 2000; Michael E. Schneider, Christopher Kuner, *Dispute Resolution in International Electronic Commerce* (Journal of International Arbitration 1997, Vol. 14, s. 5-37); M. Scott Donahey, *Current Developments in Online Dispute Resolution* (Journal of International Arbitration 1999, Vol. 16, s. 115-130); Benjamin G. Davis, *Building the Seamless Dispute Resolution Web: A Status Report on the American Bar Association Task Force on E-Commerce and Alternative Dispute Resolution* (Texas Wesleyan Law Review 2002, Vol. 8, s. 529-538); Süheylâ Balkar, *Online Tahkim* (GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 463-497); Claro V. Parlade, *Challenges to ODR Implementation in a Developing Country*, s. 1-15 (<http://www.odr.info/unece2003/pdf/parlade.pdf>; <http://www.odr.info/unece2003/>).

¹¹⁴ Tüketici güvenliğini artırmak amacıyla yapılan çalışmalar kapsamında, Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa Birliği arasında Washington'da bir zirve yapılmış ve 18 Aralık 2000 tarihli ortak bildiri, elektronik ticaret alanında, internet ticaretinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ADR'nin destekleneceği belirtilmiştir. Bkz., U. S. -EU Statement on E-Commerce, Alternative Dispute Resolution, December 18, 2000 (<http://www.useu.be/SUMMIT/ecom1218.html>).

¹¹⁵ <http://econfidence.jrc.it>

¹¹⁶ 22 Ekim 2001'de Avrupa Tüketiciler Örgütü (*European Consumers' Organisation, BEUC*, <http://www.beuc.org/>) ve Avrupa Sanayi ve İşverenler Konfederasyonu Birliği (*Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe, UNICE*, www.unice.org), elektronik ticarete güvenlik bandrolleri için bir Avrupa akreditasyon sistemi önerisi sunmuştur.

Avrupa Birliği genelinde, elektronik ticaret alanında ADR'nin gelişimini artırmak için büyük bir çaba harcanmaktadır. Bu amaçla örneğin, online ADR girişimlerine,¹¹⁷ ticarî siteler için kalite kontrol projelerine,¹¹⁸ üniversite çalışmalarına ve eğitim programlarına¹¹⁹ malî destek verilmektedir.¹²⁰

Elektronik ticaret alanında tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için oluşturulan ADR usûlleri, bazı yasal sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Avrupa Komisyonu, geleneksel anlaşmazlık çözüm yöntemlerine uygulanan kurallarla aynı olan ilkeleri içeren genel rehberler kabul ederek, ADR ile ilgili görüşlerini yansıtmıştır. Bununla beraber komisyon, online ortamın ve özellikle teknik konuların özelliklerini içeren diğer kuralların da arayışı içindedir. Bunlara ilaveten Avrupa Birliği, ADR'ye başvurulmasını öngören sözleşme şartlarının, mevcut uyuşmazlığın bir ADR usûlüne havale edilmesi için taraflarca yapılan sözleşmelerin ve ADR süreci sonunda yapılan anlaşmaların uygulamada geçerliğini güvence altına alan yasal bir çerçeve kabul etmiştir. Nitekim yukarıda sözü edilen elektronik ticaret hakkındaki Yönerge, üye devletlerin elektronik sözleşmelere izin vermesi gerektiğini öngörmektedir (madde 9, I). Üye devletler, yasal sistemlerinin, elektronik yöntemler aracılığıyla ADR'nin kullanılmasına izin vermesini de sağlamakla yükümlüdürler (madde 17, I).

Avrupa Birliği'nin yasal düzenlemeleri, Brüksel I Tüzüğü'yle ta-

¹¹⁷ Elektronik Tüketici Uyuşmazlık Çözümü Platformu (*Electronic Consumer Dispute Resolution*, ECODIR, <http://www.ecodir.org/>), Avrupa Komisyonu Sağlık ve Tüketicinin Korunması Genel Müdürlüğü'nce yönetilen malî destekten yararlanmaktadır. Online güvenlik, Avrupa Komisyonu'nun TEN-Telekom programına göre, komisyonca destelenen bir projedir.

¹¹⁸ Web taciri (*webtrader*), ticarî siteleri kontrol etmeyi ve kalite bandrolü vermeyi amaçlayan uluslararası özel bir projedir. Sekizi üye devletlerden olmak üzere, on ülkenin tüketici örgütlerinden oluşan bu proje, etik kuralların gelişimini ve ADR sistemlerinin kurulmasını amaçlamaktadır. Web taciri projesi, Avrupa Komisyonu İşletmeler Genel Müdürlüğü'nce yönetilen malî destekten yararlanmaktadır. Bu proje hakkında geniş bilgi için bkz., http://www.budget-net.com/webtradersite/reseau_be.html

¹¹⁹ Yeni teknolojiler hakkındaki yasama çalışmalarında uzman olan beş Avrupa araştırma merkezinin meydana getirdiği bir konsorsiyum olan Elektronik Ticaret Yasal Konular Platformu (*Electronic Commerce Legal Issues Platform*, ECLIP, <http://www.eclip.org/>) tarafından çalışmalara öncülük edilmektedir. Bu çalışma, Bilgi Toplumu Teknolojisi Programına göre (*Information Society Technologies Programme*, IST, <http://www.cordis.lu/ist/home.html>), Avrupa Komisyonu Bilgi Toplumu Genel Müdürlüğü'nce yönetilen malî destekten yararlanmaktadır.

¹²⁰ Commission of the European Communities s. 18.

mamlanmıştır. Brüksel I Tüzüğü'nün, yetkili mahkemenin seçimine ilişkin şartları, ADR'ye başvurulmasının etkilerini düzenlememiştir. Bu tüzükle ADR arasındaki ilişkiler, tüzüğün kabulü sırasında yapılan müzakerelerde, politik ve yasal tartışmalara konu olmuştur. Avrupa Parlamentosu 2000 yılının Eylül ayında, belirli koşullar altında, "tüketicilerin ve tacirlerin, tüketici sözleşmelerine, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığın, Komisyon tarafından onaylanan bir programa uygun olan yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm sistemine havale edileceğine dair bir şart koyabilmelerini"¹²¹ önermiştir.

Avrupa Komisyonu, kendisinin değişiklik önerisinde, Avrupa Parlamentosu'nun bu konudaki görüşünü şu gerekçeyle kabul etmiştir: "Parlamento, tüketici ve satıcının, sözleşmelere, uyuşmazlıkların dava açılmadan önce, yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm programına havale edilmesini öngören bir şart koyabilmelerini önermektedir. Bunun için bazı koşullar öngörülmektedir. Bu koşullardan biri, programın komisyonca önceden onaylanmasıdır. Komisyon, bu değişikliğin altında yatan kaygıları ve Parlamento'nun, önerilen tüzüğü, yargı dışı uyuşmazlık çözüm programlarının oluşturulmasını da içeren bir yasal ve yasal olmayan tedbirler paketinin parçası olarak görme isteğini paylaşmaktadır. Komisyon, tarafların, uyuşmazlıklarını mahkemeye gitmektense dostane bir temelde çözebilmelerini istemekte ve mahkemelere başvurunun son çare olması gerektiğini kabul etmektedir. Komisyon, uygulamada tüketicilerin, mevcut oldukları takdirde yargı dışı çözümleri tercih etme eğiliminde oluklarını da gözlemlemektedir. Bu amaçla, bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm programlarının kurulmasını yaygınlaştırmak için, hem uygulamacılar hem de kurumlar çok sayıda proje üzerinde çalışmaktadırlar. Fakat günümüzde, tüzüğün milletlerarası yargı yetkisine (international jurisdiction) ilişkin hükümlerine göre, tüketicilerin öncelikle yargı dışı bir uyuşmazlık çözüm programına başvurmak zorunda bırakılması mümkün değildir. Birinci olarak, bu çözüm bazı üye devletlerde anayasal sorunlar doğurabilir. İkinci olarak, bu yükümlülüğün bir ön koşul olarak mevcut olduğu programlar, uygulamada henüz bulunmamaktadır. Üçüncü olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm programları ve mahkemeler arasındaki usûl hukuku ilişkileri (örneğin zamanaşımı süreleri hakkındaki) çok karmaşıktır ve ayrı bir çalışma yapılmasını gerektirir. Komisyon, tüketici uyuşmazlıkları alternatif çözüm programları hakkındaki mevcut girişimleri izlemeyi plânlamaktadır. Komisyon, 65. maddeye göre,

¹²¹ OJ C 146, 17.5.2001, s. 94-101 (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/c_14620010517en.html).

Tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonra beş yıl içinde hazırlayacağı raporda durumu değerlendirecek ve tüzük hükümlerini gözden geçirecektir” .¹²²

Brüksel I Tüzüğü, 2000 yılının Aralık ayında, Avrupa Birliği Konseyi’nce kabul edildiği şekliyle, Parlamento’nun önerdiği bu değişiklikleri içermemiştir. Tüzük kabul edildiğinde konsey ve komisyon, ADR’nin önemini ortak bir bildiriye¹²³ vurgulamışlardır: “*Konsey ve Komisyon genel olarak, tüketicilerin mahkemeye başvurmadan önce uyuşmazlıklarını dostane yollarla çözmeyi denemeleri için çaba göstermenin, tüketicilerin menfaatlerine uygun olduğu kanaatindedir. Konsey ve komisyon bu vesile ile tüzüğün amacının ve özellikle 15 ve 17. maddelerinin, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmalarına engel olmadığını vurgulamaktadır. Konsey ve komisyon bundan dolayı, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerindeki çalışmanın, konseyin 29 Mayıs 2000 tarihli kararıyla uyumlu olarak, Avrupa Topluluğu seviyesinde sürdürülmesi gerektiğinin ne kadar önemli olduğunu tekrarlamak ister. Konsey ve komisyon, bu çalışmanın büyük önem taşıdığına bilincindedir ve medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında, özellikle elektronik ticaretle ilgili olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temsil ettiği tamamlayıcı işlevin faydasını vurgulamaktadır. Tüzüğün 73. maddesi gereğince komisyon, Avrupa Parlamentosu’na, Konseye ve Ekonomik ve Sosyal Komiteye, gerek duyulursa uyarlama için kullanılabilir önerilerle birlikte, tüzüğün uygulanması hakkında bir rapor sunmuştur. Konsey ve Komisyon, raporun hazırlanmasında, tüzüğün tüketiciler, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler ve özellikle elektronik ticaretle ilgili hükümlerine özel dikkat harcanması gerektiğini düşünmüştür. Komisyon bu amaçla, gerektiğinde, tüzüğün 73. maddesinde sözü edilen süre dolmadan önce de, tüzük değişiklikleri önerecektir” .¹²⁴*

II. Aile Hukukunda ADR’ye İlişkin Çalışmalar

Avrupa Konseyi’nin, 1998 yılının Aralık ayında Viyana’da yapılan toplantısında, devlet ve hükümet başkanları, Avrupa Birliği Konseyi’nin

¹²² Commission of the European Communities s. 19.

¹²³ Konsey ve Komisyonun, sözleşmenin 15 ve 73. maddeleriyle ilgili ortak bildirisi, bu Tüzüğü kabul eden 22 Aralık 2000 tarihli konsey toplantısının tutanaklarında yer almaktadır (http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/fsj_civil_intro_en.htm).

¹²⁴ Commission of the European Communities s. 20.

ve Avrupa Komisyonu'nun eylem planını onaylamıştır.¹²⁵ Bu eylem planı, Amsterdam Anlaşması'nın, bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturulması hakkındaki hükümlerinin uygulamaya koyulması için yapılacak düzenlemelerle ilgilidir. Bu eylem planının 41 (c) maddesi, anlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içinde alınması gereken tedbirler arasında, *"özellikle milletlerarası aile uyuşmazlıklarının çözülmesi için yargı dışı yollar oluşturma imkanını"* öngörmektedir. Bu çerçevede, aile anlaşmazlıklarının bir çözüm yolu olarak arabuluculuk seçeneği incelenmelidir.

Siyasi liderler, mevcut aile uyuşmazlıkları ister velayet hakkının kullanılmasıyla (çocukların bakım ve gözetimiyle veya çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili haklar), ister ailenin ortak malvarlığının paylaşılmasıyla veya nafaka tespitiyle ilgili olsun, ADR'nin, sınır ötesi aile uyuşmazlıklarının çözümünde kilit rol oynayabileceğinin bilincindedirler. Bu nedenle, taraflar dava açmayı düşündüklerinde, dava sürecinde veya hükmün icrası aşamasında ADR'ye başvurabilmelidirler. Bununla beraber aile hukukunda, tarafların sahip oldukları haklar üzerinde serbestçe tasarruf etmesi mümkün olmadığından, ADR'ye başvurulması sınırlı olacak ve ADR'ye ancak belirli uyuşmazlıklarda başvurulabilecektir.¹²⁶

29 Mayıs 2000 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi, aile uyuşmazlıkları ve müşterek çocukların velayet hakkıyla ilgili davalarda, mahkemelelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki

¹²⁵ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998 (1999/C 19/01) (OJ C 19, 23.1.1999, s. 1-15) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1999/c_01919990123en.html).

¹²⁶ Çocuk kaçırma ve bunun ardından çocuğun iade edilmemesi için karar alınması halinde, çocuğun yetiştirilmesi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili uyuşmazlıklardan üzücü dersler çıkarılmıştır. Bu durumda, çocuğun iadesi için yapılan talebin incelenmesi sırasında ve çocuğun iade edilmemesi kararından sonra, mağdur olan tarafın çocukla görüşme hakkının düzenlenmesi şarttır. Çocukla görüşme hakkı konusunda karar vermek için ADR'ye başvurulması, yalnız taraflar arasındaki iletişim sorunları yüzünden değil; fakat aynı zamanda, mağdur olan tarafın, çocukla görüşme hakkını kullanmasını belirlemek üzere, ADR yoluyla varılan bir çözümü kabul etmekte isteksiz olması yüzünden de engellenmektedir. Bu taraf böyle bir çözümün, çocuğuyla görüşme hakkını elde etmek için gösterdiği çabalara zarar vereceğini düşünebilir (Commission of the European Communities s. 21, dn. 102).

tüzüğü¹²⁷ (EC, No 1347/2000) kabul etmiştir.¹²⁸ (Brüksel II Tüzüğü) Bu tüzük, içinde yer alan, mahkemelerin yetkisine (*jurisdiction*) ilişkin kurallara göre verilen birlik kararlarının her yerde tanınması ve tenfizi imkanını sunduğu için, önemli bir gelişme teşkil etmektedir. Bununla birlikte, Brüksel II Tüzüğü'nde öngörülen sistem, birden fazla mahkemenin yetkili olmasına yol açabilecek bir yetki kıstasını esas almaktadır. Tüzüğün 11. maddesine göre, bir davanın farklı üye devletlerdeki mahkemelerde açılması durumunda, davanın açıldığı ilk mahkeme, davanın esası hakkında karar vermeye yetkili olacaktır.¹²⁹ Bu nedenle, tüzükte belirtilen sistem tarafları öncelikle ADR'ye başvurmak yerine, kendilerine en uygun olan yetkili mahkemede, mümkün olduğu kadar çabuk dava açmaya teşvik etmektedir.

Avrupa Komisyonu, 6 Eylül 2001 tarihinde, aile hukukuna ilişkin davalarda ve müşterek çocukların velayet hakkından doğan sorumlulukla ilgili davalarda, mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında bir konsey tüzüğü taslağını kabul etmiştir.¹³⁰ Bu taslak, velayet hakkının kullanılmasından doğan sorumlulukla ilgili bütün kararlar açısından, Brüksel II Tüzüğü'nde öngörülen tanıma ve tenfiz düzenlemelerinin kapsamını genişletmeyi amaçlamıştır. Avrupa Komisyonu söz konusu taslakta, ADR'nin kullanılmasını iki yönden teşvik etmeye çalışmıştır: İlk olarak taslak, her davada tek yetkili mahkeme belirleyen bir sistem oluşturmuştur.

¹²⁷ Bu tüzük hakkında bilgi için bkz., Bahadır Erdem, *Aile Hukukuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğündeki Milletlerarası Yetki Kuralları* (MHB 2001/1-2, s. 33-42).

¹²⁸ Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses (OJ L 160, 30. 6. 2000, s. 19-36) (<http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2000/L16020000630en.html>). Brüksel II Tüzüğü, "Brüksel II" Sözleşmesi'nin içeriğini kapsamaktadır. Brüksel II Sözleşmesi, 28 Mayıs 1998 tarihli konsey yasasıyla oluşturulmuş olup, aile hukuku davalarında mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiziyle ilgilidir. Bkz., Council Act of 28 May 1998 drawing up, on basis of Article K. 3 of the Treaty on European Union, the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (98/C 221/01) (OJ C 221, 16.7.1998, s. 1-17) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/c_22119980716en.html).

¹²⁹ Section 3, Lispendens and dependent actions, Article 11.

¹³⁰ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matters of parental responsibility (2001/C 332 E/11) COM (2001) 505 final-2001/0204 (CNS) (OJ C 332 E, 27.11.2001, s. 269-274) (<http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/ce33220011127en.html>).

İkinci olarak taslak, yetkili makamlar arasında bir işbirliği sistemi oluşturmuştur.¹³¹

Taslak Brüksel II Tüzüğü, merkezi makamlar¹³² arasında işbirliği yapılmasını öngören bir sisteme dayanmaktadır. Bu makamlar, velayet hakkının gerektirdiği sorumlulukların etkin olarak yerine getirilmesini güvence altına almada, ADR'ye başvurulmasını teşvik etmek de dâhil olmak üzere, aktif bir rol oynayabilirler. Bundan başka, aile uyuşmazlıkları alanında sınır ötesi işbirliğini ve ADR'nin yaygınlaştırılmasını öngören bir sistem, Fransa tarafından 3 Temmuz 2000 tarihinde sunulan yeni bir planda da yer almıştır. Bu plan, çocuklarla kişisel ilişki kurulması hakkında ilgili kararların karşılıklı tenfizi hakkındaki konsey tüzüğü'nün kabul edilmesi için sunulmuştur.¹³³

III. İş Hukukunda ADR'ye İlişkin Çalışmalar

ADR usûlleri, üye devletlerin tümünde, sanayi ilişkileriyle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde uzun zamandır kullanılmaktadır.¹³⁴ ADR usûlleri, iş ilişkilerinin süjelerinin (işçi ve işveren temsilcilerinin)

¹³¹ Commission of the European Communities s. 21.

¹³² Bu taslağın 16 ve 17. maddelerine göre, "her üye devlet, tüzüğü'nün uygulanmasına yardımcı olmak için merkezi bir makam tayin edecektir. Bu merkezi makamlar, çocuk üzerindeki velayet hakkına dayanan sorumluluğun etkin olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, belirli hallerde işbirliği yapacaklardır. Merkezi makamlar bu amaçla ve kendi kanunlarına uygun olarak, velayet hakkına sahip olan ebeveynler arasında, arabuluculuk veya diğer yöntemlerden istifade ile anlaşma yapılmasını teşvik edeceklerdir". Bkz., Chapter IV, Cooperation Between Central Authorities (OJ C 332 E, 27.11.2001, s. 273).

¹³³ Bu planın 12. maddesinde, "üye devletlerce, çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının etkin olarak kullanılmasını sağlamak ve görüşme süresi sonunda çocukların, velayet hakkı kendisine bırakılmış olan tarafa dönmesini teşvik etmek için oluşturulan merkezi kuruluşlar vasıtasıyla", üye devletlerarasında bir işbirliği sistemi öngörülmüştür. "Bu kuruluşlar, özellikle çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının kullanılmasına ilgili herhangi bir anlaşmayı, uzlaştırma, arabuluculuk veya benzeri diğer Usullerle kolaylaştırmak için, doğrudan veya dolaylı olarak, uygun tedbirleri alacaklardır". Bkz., Initiative of the French Republic with a view to adopting a Council Regulation on the mutual enforcement of judgments on rights of access to children (2000/C 234/08) (OJ C 234, 15.8.2000, s. 7-11) (http://europa.eu.int/eurlex/en/archive/2000/c_23420000815en.html).

¹³⁴ İş uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan uzlaştırma ve arabuluculuk usûlleri hakkında geniş bilgi için bkz., Annie de Roo, Rob Jagtenberg, *Settling Labour Disputes in Europe*, Deventer 1994; Nuri Çelik, *İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk*, İstanbul 1973; İbrahim Subaşı, *Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk* (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s 743-833).

egemen olduğu özel usuller olarak gelişmiştir. Sanayi ilişkilerinde ADR usûlleri, menfaatlerle ilgili bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklarının (çatışan ekonomik menfaatlerin uyumlu hale getirilmesini sağlayan toplu iş sözleşmelerinin kabulü veya değiştirilmesi) ve haklarla ilgili anlaşmazlıkların (sözleşme veya mevzuat hükümlerinin yorumu ve uygulanması hakkındaki anlaşmazlıkların) çözülmesinde ne kadar faydalı olduğunu göstermiştir.¹³⁵ Sanayi ilişkilerinde ADR usûllerinin çoğu, iş ilişkilerinin sùjelerince bizzat organize edilmektedir. Bu düzenlemede başarısız olunması halinde taraflar, kamu makamlarınca sunulan ADR hizmetlerine başvurabilmektedirler. ADR usûlleri üye devletlerde farklı olarak düzenlenmiş olsa da, hem ADR'ye başvurulmasında hem ADR süreci sonunda verilen kararın kabul edilmesinde genellikle gönüllülük esası benimsenmiştir.

Üye devletlerin çoğunda, iş uyuşmazlıklarında taraflar tatminkar sonuçlar elde edemediklerinde ADR usûllerine başvurmaktadır. Bu durum sendikaları, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde Avrupa ADR hizmetlerini oluşturmanın faydalarını değerlendirmeye yönelmiştir. Avrupa Komisyonu, Avrupa sosyal modelini modernleştirme kapsamında, 8 Haziran 2000 tarihli kararında¹³⁶ (Sosyal Politika Gündemi), ele alınacak bir konu olarak uyuşmazlıkların önlenmesi ve arabuluculukla çözülmesi için başvurulacak yöntemlerin oluşturulmasından söz etmiştir. Komisyon, “anlaşmazlıkların çözümünde arabuluculuk, tahkim ve uzlaştırma konusunda Avrupa genelinde gönüllü yöntemler oluşturma ihtiyacı hakkında, toplumsal kuruluşlarla istişarede bulunma” niyetini bildirmiştir. Komisyon daha sonra, bu konuda hazırlık çalışmalarına başlamıştır. Bu çalışma, üye devletlerde iş uyuşmazlıklarının çözüm yollarının işleyiş tarzı (*modus operandi*) hakkında yapılanmalibir çalışmadır. Bu çalışmanın sonuçları 2002 yılının Eylül ayında açıklanmıştır. Avrupa Komisyonu, bu çalışmanın, Avrupa yöntemlerini oluşturmaya, bu yöntemlerin önemini ve uygulanma şeklini belirlemeye ilişkin etkilerini takip etmektedir. Avrupa Birliği Konseyi (Çalışma ve Sosyal İşler) 3 Aralık 2001'de, komisyonun bu amacını desteklemiş ve komisyonun, Avrupa gönüllü uyuşmazlık çözüm yöntemlerini oluşturma ihtiyacı hakkında, sosyal kuruluşlarla yaptığı istişarelerin sonuçlarına ilişkin bir rapor sunmasını

¹³⁵ George W. Adams, Naomi L. Bussin, *Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change* (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1995, Vol. 4, s. 243-262, s. 244).

¹³⁶ COM (2000) 379, 28.6.2000.

istemiştir.¹³⁷ Avrupa Birliği Konseyi, 14-15 Aralık 2001’de Laeken’de, “sosyal anlaşmazlıkların ve özellikle milletlerarası anlaşmazlıkların, gönüllü arabuluculuk yöntemleri aracılığıyla önlenmesinin ve çözülmesinin önemini”¹³⁸ vurgulamıştır.¹³⁹

§ 3. ADR’nin Temel Yapısının ve İlkelerinin Belirlenmesi

Bugüne kadar ulusal düzeyde, Avrupa Birliği çapında ve milletlerarası düzeyde gerçekleştirilen politik ve yasal girişimler ile tartışmalar, ADR usûllerinin esnekliğini koruyarak, ADR’ye kolay erişilebilmesini, ADR’nin etkinliğini ve adaletin güvence altına alınmasını sağlamayı amaçlamıştır. Bu amaçları gerçekleştirmek için, sektörel düzeyde mi yoksa küresel düzeyde mi çalışılacağına ve yapılacak çalışmaların online uyuşmazlık çözümü ile geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde farklı olup olmayacağına karar verilmelidir.

A. ADR’nin Yaygınlaştırılması İçin İzlenmesi Gereken Yaklaşım

Avrupa Komisyonu, üye devletlerin Yeşil Kitap hakkındaki görüşlerini öğrendikten sonra, ADR’nin yaygınlaştırılmasında izleyeceği yaklaşımı, üye devletlerin genel yorumlarına göre belirlemiştir. Yeşil Kitaba yönelik tepkiler, Avrupa Birliği genelinde ADR hakkında yapılacak düzenlemelere ne kadar önem verilmesi gerektiğini belirleyecektir. Bu düzenlemeler, Avrupa Birliği kurumlarınca ADR’nin uygulanmasına, malîve teknik yönlerine ilişkin olarak yapılan ve gelecekte yapılacak olan çalışmaları tamamlayacaktır. Bu gibi düzenlemelerin yasal temeli, onların içeriğine ve kapsamına bağlıdır.

ADR hakkındaki yasal düzenlemeler yararlı görülürse, ilgili düzenlemelerin kapsamı, düzeyi ve içeriği belirlenmelidir. Uygun tüzük (*regulation*), yönerge (*directive*) veya tavsiyeler (*recommendation*),

¹³⁷ Sosyal arabuluculuk hakkında konsey toplantısının sonuçları (Çalışma ve Sosyal İşler) için bkz., <http://ue.eu.int/newsroom>.

¹³⁸ Başkanlık Kararınının 25. paragrafı (Presidency Conclusions, European Council Meeting in Laeken, 14 and 15 December 2001, s. 1-35) (<http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/index.htm>).

¹³⁹ Commission of the European Communities s. 22.

planlanan tedbirlerin mahiyetine göre seçilmelidir. Böylece, Yeşil Kitap doğrultusunda ve yapılan istişarelere dayanılarak alınabilecek bütün tedbirler, Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 5. maddesinde¹⁴⁰ ve ikincillik ilkesiyle ölçülülük ilkesinin uygulanması hakkındaki protokolde öngörüldüğü gibi, ikincillik (*subsidiarity*) ve ölçülülük (*proportionality*) ilkelerine uygun olmalıdır.¹⁴¹

Üye devletlerin millî kanunlarının ve ADR hakkındaki uygulamalarının uyumlu hâle getirilmesi için Birlik Tüzüğü hazırlanmazsa, Avrupa Komisyonu, mukayeseli hukukla ilgili araştırmaları ve özellikle üniversiteler, hakimler ve bilirkişiler arasındaki işbirliğini geliştirmeyi amaçlayan bir politika izleyebilir. Bu işbirliği, belirli ADR yolları için özel rehberler ve etik kurallar¹⁴² (*codes of conduct*) taslakları da dâhil olmak üzere, ADR ile ilgili alanlarda ortak ilkelerin belirlenmesini sağlayabilir. Tüketici örgütleri ve ticaret odaları, elektronik ticaret konusunda, elektronik ticaret yönergesinin 16. maddesine uygun olarak, bilgi toplumu hizmetlerini düzenlemek için, Birlik düzeyindeki etik kuralları bizzat hazırlamaktadırlar.¹⁴³ Bölgesel ve Küresel düzeyde uygulanan ve ADR programlarında çeşitli usulü güvenceler sunan ortak etik kurallar hazırlanırken, ADR'nin özellikleri dikkate alınmalıdır.

Yeşil Kitabın ilk iki bölümünde komisyon, hem geçmişte yapılan çalışmaları listelemiş hem de bu çalışmalara ilave olarak gerçekleştirilebilecek girişimlerin politik ve yasal etkilerini ana hatlarıyla belirtmeye çalışmıştır.

B. ADR'ye İlişkin Genel Yaklaşım

Avrupa Birliği'nce hangi yaklaşım seçilirse seçilsin, özellikle adalete erişim, asgari nitelik standartları ve üçüncü kişilerin nitelikleri gibi bazı konular üzerinde çalışılmalıdır.

¹⁴⁰ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community (OJ C 325, 24.12.2002, s. 33-184) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2002/c_32520021224en.html).

¹⁴¹ İkincillik ilkesine uygun olarak, alınacak tedbirlerin amaçlarına üye devletlerde değil, sadece Avrupa Birliği düzeyinde ulaşılmalıdır. Bundan başka, ölçülülük ilkesinin gereği olarak, alınacak tedbirler, bu amaçları gerçekleştirmek için yapılması gerekenlerden fazlasını içermemelidir.

¹⁴² Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan "Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları" hakkında bkz., aşa. Ek 2.

¹⁴³ Commission of the European Communities s. 23.

I. ADR ve Adalete Erişim

Avrupa Komisyonu, Yeşil Kitabın, ADR'nin genel hatlarının incelendiği birinci bölümünde ADR'nin, herkesin adalete erişiminde oynayabileceği rolü belirtmeye çalışmıştır. ADR'nin işleyişi, adalete erişim açısından da incelenmelidir. Bu kapsamda, ADR'ye başvurulmasını öngören sözleşme şartları, zamanaşımı süreleri, gizlilik, ADR usûllerinin etkisi ve üçüncü kişilerin sorumluluğu gibi konuların kapsamı belirlenmelidir.¹⁴⁴

1. ADR'ye Başvurulması

Üye devletlerin bazılarının mevzuatında, mahkemede dava açmadan önce ADR'ye başvurulmasını zorunlu tutan hükümlere yer verilmektedir. Bununla beraber, bu devletlerin mevzuatı kapsam yönünden sınırlıdır ve belirli alanlarla ilgilidir. Üye devletlerin mevzuatı çoğunlukla, ADR ile ilgili düzenlemelerde gönüllülük ilkesini benimsemekte ve ADR'ye başvurulmasını ya hakimin önerisini tarafların kabul etmesine bağlayarak ya da taraflardan birinin ADR sürecini başlatmasını diğer tarafın kabulüne bağlı tutarak düzenlemektedir.

Bununla beraber, ADR'ye başvurulmasını öngören sözleşme şartları, mahkemelere erişim hakkının kullanılmasını geciktirebileceğinden veya engelleyebileceğinden hak arama hürriyetini kısıtlayabilir.¹⁴⁵ ADR'ye başvurulması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Anlaşması'nın 47. maddesinde belirtilen adalete erişim hakkının kullanılmasını¹⁴⁶ engellememelidir.¹⁴⁷

ADR'ye genellikle, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla başvurulur. ADR'nin uygulanmasının her aşamasında, irade özgürlüğü (*freedom of consent*) ilkesi hakimdir. Bir sözleşmenin tarafları, aralarında yaptıkları sözleşmeye, bu sözleşmenin ifasından doğacak herhangi bir uyuşmazlığın ADR ile çözüleceğine dair bir şart koyabilirler. Taraflar, yaptıkları

¹⁴⁴ Commission of the European Communities s. 24.

¹⁴⁵ Zamanaşımı sürelerinin durdurulması için yapılan düzenlemelerin kabulüyle, ADR usûlünü müteakiben dava açılması olanaklı kılınabilir.

¹⁴⁶ Bkz., aşa. Ek 1, madde 3.

¹⁴⁷ Anlaşmanın 47. maddesinin 1. paragrafı şu hükmü öngörmüştür: "Birlik hukuku tarafından güvence altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede belirtilen koşullara uygun bir mahkeme önünde etkin bir hukukî çare arama hakkına sahiptir" (OJ C 364, 18.12.2000, s. 20).

sözleşmede bir ADR şartına yer vermezlerse, daha sonra aralarında uyuşmazlık çıktığı zaman, mahkemenin yardımı olsun veya olmasın, ADR'ye başvurmakta özgürdürler.

ADR şartlarının amacı, tarafları bir ADR usûlüne katılmaya zorlamak değildir. Zira ADR sürecinin başarısı, tarafların istekli olmasına bağlıdır. Bu nedenle, ADR şartlarının bağlayıcı kılınmasının yararı tartışmalıdır.¹⁴⁸

Taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlarda, bir ADR anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ederlerse, çözüm, tarafların iradelerinin yorumlanması ve sözleşme hukukunun genel hükümlerine başvurulması yoluyla bulunabilir. Bir sözleşmede yer alan ADR şartının ihlal edilerek, ADR sürecine katılmanın reddedilmesi ve dava açılması halinde, bu davranış, sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi (borca aykırılık) hükmündedir. Böyle bir ret sonucunda hakim, sözleşmenin diğer hükümlerinin ifa edilmesiyle ilgili olarak ileri sürülen diğer bir def'iyi de kabul etmeyebilir. Benzer şekilde, ADR'ye katılmanın reddedilmesi, iyi niyet yükümlülüğünün ihlali olarak da değerlendirilebilir.

Nihayet, sözleşmenin tarafları arasında bir güç dengesizliği olduğu takdirde, ADR şartlarının kapsamı sorunu ortaya çıkar. Üye devletlerin pek çoğunun mevzuatı, sözleşmenin zayıf olan tarafının (örneğin işverenler karşısında işçilerin, kiralayanlar karşısında kiracının, sigortacı karşısında sigortalının, satıcı karşısında tüketicinin, toptancılar karşısında küçük tacirlerin ve hatta şirketler karşısında küçük hisse sahiplerinin) korunması amacına belirli ölçüde önem vermektedir.¹⁴⁹

Bu kapsamda, tüketici sözleşmelerinde yer alan ADR şartlarını, hukuka aykırı sözleşme şartları konusundaki yönergenin (93/13/EEC) yasaklayıp yasaklamadığı sorusu gündeme gelir. Bu yönergeye göre, *"ayrı ayrı müzakere edilmeyen bir sözleşme hükmü iyi niyete aykırıysa, tarafların sözleşmeden doğan hakları ve borçlarında tüketicinin zararına olacak şekilde önemli bir dengesizliğe yol açıyorsa, haksız kabul edilir"*.¹⁵⁰ Bu Yönergenin eki, haksız sözleşme şartlarının listesini örnek olarak vermiş

¹⁴⁸ Genel olarak ADR şartları ve ADR şartlarının tarafları bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar için bkz., Özbek s. 315 vd.

¹⁴⁹ Commission of the European Communities s. 25.

¹⁵⁰ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 concerning abusive clauses in contracts concluded with consumers (OJ L 95, 21.4.1993, s. 29).

ve “tüketicilerin dava açma veya diğer yasal çareleri kullanma hakkını önleyen şartları” haksız olarak nitelendirmiştir.

2. Zamanaşımı Süreleri

ADR usûllerine başvurulması halinde, dava konusu alacak veya hak için öngörülen zamanaşımı kesilmezse, ADR’ye başvurulması adalete erişim hakkının kullanılmasını sınırlandırabilir. ADR süreci sonunda anlaşmaya varılamazsa, zamanaşımı süresi dolmuş veya kalan süre yetersiz olabileceğinden, tarafların dava açması güçleşebilir hatta imkânsızlaşabilir.

Üye devletlerin bazılarının mevzuatında, onaylanmış ADR kuruluşlarına başvurulmasının, ADR usûlüyle giderilmesi istenen taleple ilgili zamanaşımı süresinin işleyişini durduracağı öngörülmüştür.¹⁵¹ ADR’ye başvurulmasının yaygınlaştırılması için, borçlar kanunu veya hukuk usulü muhakemeleri kanunu hükümlerinde zamanaşımıyla ilgili değişiklik yapılması gerekebilir. Buna göre, ADR’ye başvurulmasına karar verilmesinden (yani ADR usulünün işlemeye başlamasından) itibaren, uyuşmazlık konusu olan alacak veya hakla ilgili zamanaşımı süresi kesilmeli ve ADR usulü anlaşmaya varılmadan bitirildiği takdirde yeniden işlemeye başlamalıdır.¹⁵² Bununla beraber, bu tür bir hükmün sorun çıkarmaması için, hangi ADR usûlüne başvurulduğunda zamanaşımının kesileceği ve bu ADR usûllerinin başlama ve bitme zamanı kesin olarak belirlenmelidir.

Uyuşmazlığın taraflarının, üye devletlerden herhangi birinde bir ADR usûlüne başvurdukları, fakat anlaşmaya varamadıkları ve uyuşmazlığın, başka bir üye devletin mahkemelerinin yetkisine girdiği sınır ötesi uyuşmazlıklar, bu kuralın içeriğinin ve bu kuraldan yararlanmak için gösterilecek delillerle ilgili hükümlerin bütün üye devletlerde aynı şekilde düzenlenmesinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Yer yönünden yetkili mahkemenin (*lex fori*), hukuk usulü muhakemeleri kanunundaki zamanaşımını düzenleyen hükümleri, zamanaşımı sürelerinin kesilmesine imkân tanınmalı; fakat bu hükümlerden yararlanacak olan kişiler, ADR usûlüne başvurmuş

¹⁵¹ Almanya’da, Eyalet yargı yönetimi tarafından onaylanan ADR kuruluşlarına başvurulması halinde, zamanaşımı durmaktadır.

¹⁵² Bkz., aşa. Ek 1, madde 7.

olduklarını ve zamanaşımının kesildiği dönemde ADR sürecinin cereyan ettiğini ispatlamalıdır.¹⁵³

II- ADR'nin Dayandığı İlkeler

1. Genel Olarak

ADR usûlleri esnek usûllerdir; fakat yol gösterici usûl ilkeleri gibi bazı ilkelere dayanmalıdır. Dava sırasında başvuru ADR usûlleri, resmi makamlarca düzenlenir ve mahkemenin gözetiminde yönetilir. Sözleşmeyle başvuru ADR usûlleri, tarafların serbestçe belirleyeceği usûl ilkelerine dayanır. Örneğin taraflar, meslek odalarınca model olarak önerilen usûl ilkelerine bağlı kalabilir veya kabul ettikleri etik kuralları uygulayabilirler. Burada önemli olan konu, bu usûl ilkelerinin en doğru şekilde nasıl uygulanabileceğidir. Taraflara, bilgi toplumu çerçevesinde önerilen ilkeler doğrultusunda, kendi düzenlemelerini kendilerinin yapması (*self-regulation*) hakkının tanınması mümkündür. Avrupa Komisyonu bu hakkı desteklemekte; fakat üçüncü kişinin kontrol yetkisinin artırılmasının gerekli olduğunu düşünmekte ve sertifika programları oluşturmaktadır. Tarafların kendi düzenlemelerini kendilerinin yapması yetkisinin desteklenmesi, ADR usûllerinin esnekliğini korurken, ADR'ye olan güvenin artmasına da yardımcı olur ve böylece emredici nitelikte resmi düzenlemelere ihtiyaç kalmaz.

Yukarıda belirtildiği gibi Avrupa Komisyonu, millî ve milletlerarası tüketici uyuşmazlıklarının çözümüyle görevli yargı dışı kuruluşlara uygulanacak ilkeler hakkında iki tavsiye kararı kabul etmiştir.¹⁵⁴ Bu tavsiye kararları esas itibarıyla, ADR'nin taraflara bağımsızlık, şeffaflık, etkinlik ve hukuka uygunluk gibi asgari güvenceleri sunmasına yöneliktir. Tavsiye kararları böylece, bu vasıfları haiz olan kuruluşların itibarını artırmaktadır.¹⁵⁵

Avrupa Komisyonu bu ilkeleri oluşturmak için, tarafsız üçüncü kişinin, uyuşmazlığın çözüm şekli hakkında resmi bir karar vermesine (örneğin tahkim) veya sadece tarafların anlaşmaya varması için yardımcı

¹⁵³ Commission of the European Communities s. 26.

¹⁵⁴ Bkz., yuk. § 2. B, I.

¹⁵⁵ Bu tavsiye kararlarıyla Yeşil Kitabın konuları ele alış biçimi ve kapsamı birbirinden farklıdır. Örneğin, tahkim tavsiye kararlarında düzenlenmesine karşılık Yeşil Kitapta incelenmemiştir. Mahkeme kökenli ADR Usulleri Yeşil Kitabın kapsamına girmesine karşılık, tavsiye kararlarının kapsamına dâhil edilmemiştir.

olmasına (örneğin arabuluculuk) göre bir ayırım yapmıştır. Üçüncü kişi müzakereleri resmi olarak yönetmekteyse, mutlaka bağımsız olmalı ve ADR süreci karşılıklı (hasımlı, *adversarial*) olarak sürdürülmelidir. Buna göre, taraflar kendi görüşlerini ileri sürebilmeli, uyuşmazlık çözüm sürecinin bütün aşamalarına katılabilmeli ve taraflardan birince sunulan her türlü belge ve delil diğer tarafa bildirilerek özgürce tartışılmalıdır. Başka bir ifadeyle, tarafların hukukî dinlenme hakkı¹⁵⁶ (*audi et alteram partem*) korunmalıdır. Üçüncü kişinin daha az müdahaleci bir işleve sahip olması hâlinde, bu koşullar daha da esnetilebilir. Komisyonun ilk tavsiyesinde belirlenen yedi ilke şunlardır: Bağımsızlık, şeffaflık, karşılıklılık (taraf sistemi ilkesi, *adversarial principle*), etkinlik, kanuna uygunluk, irade özgürlüğü ve temsil.

Komisyonun tavsiye kararlarından birincisi üye devletlerde uygulanmaya başlanmış ve EEJ-Net'in bünyesinde olup, tavsiye kararındaki ilkeleri yerine getiren kuruluşların sayısında artma görülmüştür. Bu tavsiye kararından itibaren FIN-NET'in etkinliği ve itibarı artmış ve tavsiye kararında belirtilen ilkelere daha çok uyulmuştur. Tavsiye kararı, Avrupa Birliği mevzuatında imtiyazlı bir yer kazanmıştır. İkinci tavsiye kararında olduğu gibi gözlemcilerin tümü, bu tavsiye kararının çok yararlı olduğunu belirtmiştir. Her iki tavsiye kararının da değerlendirilmesi için daha fazla zamana ihtiyaç bulunmaktadır. Yeşil Kitapla ilgili istişareler, ilgili çevrelerde bu tavsiye kararlarına gösterilen tepkileri öğrenmek için iyi bir fırsat oluşturmaktadır.¹⁵⁷

Bu konuda Avrupa Birliği hareketinin desteklenmesi ve Avrupa Komisyonu'nun tavsiye kararlarında belirlenen ilkelerin başarısı nedeniyle, söz konusu ilkeler tüketicinin korunması hukukunun yanında diğer hukuk dallarına da teşmil edilmiş ve bu ilkeler doğrultusunda, genel olarak ADR'nin lehine olan düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa Birliği Konseyi, yukarıda sözü edilen 29 Mayıs 2000 tarihli kararında,¹⁵⁸ Yeşil Kitaba üstünlük tanınması konusundaki arzusunu açıklamıştır. Konsey, ADR konusunda daha sonra yapılacak çalışmanın, "*adalet yönetiminin gereği olarak, uyuşmazlıkların yargı dışı kuruluşlarca çözülmesinin güvenilirliğini artırmak için, gerekli garantileri sunacak temel*

¹⁵⁶ Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, Ankara 2003, s. 31.

¹⁵⁷ Commission of the European Communities s. 27.

¹⁵⁸ Bkz., yuk. § 1. F.

ilkelerin, genel olarak veya özel alanlarda oluşturulması” üzerinde olması gerektiğini belirtmiştir.

ADR usûlleri, asgari düzeyde usûl güvencelerine sahip kılınırken, yasalarda yer alan genel ilkelerle veya etik kurallarla düzenlenebilir. ADR'nin uygulanmasında etik kurallara büyük önem verilmektedir.¹⁵⁹ Etik kuralların gelişmesi, uygulamacıların, ADR'nin standartlarını güvence altına almak için çaba gösterdiklerinin delilidir. Bu konuda, üçüncü kişilerin (örneğin uzlaştırıcıların) tarafsızlığını korumak, ADR sürecinde üçüncü kişilerin görevlerini tam olarak tanımlamak ve sonuçta yapılacak anlaşma için uygun düzenlemeler meydana getirmek amacıyla usûl kuralları oluşturulmuştur. Bu kurallar, ADR'nin standartlarını yükseltmek için çok yararlıdır.

Avrupa Komisyonu ayrıca, ADR'ye ilişkin asgari usûl güvenceleri arasında gizlilik ilkesini de vurgulamıştır.

2. ADR'de Gizlilik

Uyuşmazlıkların çoğunda ADR'ye başvuran taraflar, ADR sürecinde, karşı tarafa sözlü veya yazılı olarak verdikleri bilgilerin gizli kalmasını istemektedirler. Gizlilik, ADR'nin başarısında büyük önem taşımaktadır; çünkü gizlilik, tarafların açık sözlü olmalarına ve uyuşmazlığın çözüm müzakerelerinde samimi davranmalarına katkıda bulunur.¹⁶⁰ ADR sürecinin kötüye kullanılmasının ve müzakereler sırasında bir belge veya delil sunan tarafın, ADR'nin başarısız olması halinde açtığı davada belli koşullarla bunları kullanabilmesinin sağlanması gereklidir.¹⁶¹ Hem tarafların hem üçüncü kişilerin gizliliğe uyması zorunludur.¹⁶²

Gizlilik yükümlülüğü öncelikle tarafları bağlar. Uyuşmazlık çözüm müzakereleri sırasında verilen herhangi bir bilgi, sonradan dava veya tahkim sürecinde delil olarak kabul edilmemelidir. Bu kurala bazı istisnalar getirilebilir. Örneğin taraflar, ADR sürecinin tamamının veya bir kısmının gizli olmayacağını kararlaştırabilirler. Taraflardan biri, bir kanun hükmü icabı, ADR sürecinin belirli aşamaları hakkında açıklama yapabilir. Nihayet, taraflardan biri, ADR süreci sonunda

¹⁵⁹ Bkz., aşa. Ek 1, madde 4.

¹⁶⁰ ADR'de gizliliğin sunduğu faydalar için bkz., Özbek s. 161 vd., 213 vd.

¹⁶¹ Bkz., aşa. Ek 1, madde 6.

¹⁶² Commission of the European Communities s. 28.

yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi için gerekli olduğu takdirde, bu anlaşmanın içeriğini açıklayabilir.

Gizlilik yükümlülüğü özellikle üçüncü kişileri bağlar. Taraflardan biri, ikili görüşmeler (özel oturumlar,¹⁶³ caucus) sırasında üçüncü kişiye, belirli bilgiler verirse, üçüncü kişi bu bilgileri diğer tarafa açıklamamalıdır. Bunun yanında gizlilik yükümlülüğü, ADR sürecinin dürüst bir şekilde cereyanını güvence altına almak için, ADR sürecinde üçüncü kişinin işlevinin daha açık belirlenmesini sağlar. Üçüncü kişiye, uyuşmazlığa çözüm bulması için aktif bir rol verilirse, üçüncü kişi, ADR sürecinde tarafların iddia ve savunmalarını beyan etmelerine izin vermelidir. Üçüncü kişinin amacı, tarafların bir anlaşmaya varmalarını kolaylaştırmaksa, üçüncü kişi tarafları ayrı ayrı dinlemelidir. Üçüncü kişi, ADR süreci sonunda bir karar verecekse veya bir tavsiyede bulunacaksa, taraflarla gizli görüşme yapmaktan kaçınmalıdır. Avrupa Komisyonu'nun yukarıda zikredilen 4 Nisan 2001 tarihli tavsiye kararının, "Dürüstlük" (Fairness) başlıklı bölümünde şu hükme yer verilmiştir: "Üçüncü kişi, herhangi bir aşamada, uyuşmazlığın çözümünü için olası çözüm şekillerini önerirse, taraflardan her biri, diğer tarafça ileri sürülen iddia, bilgi veya deliller hakkında kendi fikrini bildirme fırsatına sahip olmalıdır".¹⁶⁴

ADR sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, üçüncü kişi kural olarak, uyuşmazlık hakkında tanıklık yapmamalı veya hakem olarak uyuşmazlığa müdahale etmemelidir. Zira üçüncü kişi, ADR sürecinde, bir hakemin normalde bilmemesi gereken bilgileri öğrenmiş olabilir. Bununla beraber tarafların, gizli olan bu bilgilerin açıklanmasına izin vermesi veya mesleği gereği gizliliğe riayet etmesi gereken üçüncü kişinin, bir kanun hükmü nedeniyle¹⁶⁵ bu bilgileri açıklamak zorunda kalması halinde gizlilik ilkesine istisna getirilebilir.¹⁶⁶

¹⁶³ Özel oturumlar hakkında bilgi için bkz., Özbek s. 253 vd.

¹⁶⁴ OJ L 109, 19.4.2001, s. 60.

¹⁶⁵ Örneğin, mali sistemin para aklama amacıyla kullanımının önlenmesi hakkındaki yönergeyi değiştiren 19 Kasım 2001 tarihli yönergede olduğu gibi, para aklama şüphesine ilişkin mevzuat, noterleri, avukatları ve hukuk firmalarını, dava sürecinden önce, dava sırasında veya davadan sonra ya da müvekkillerinin yasal durumunun değerlendirilmesi sırasında, müvekkillerini temsil ettiklerinde, para aklama şüphesine ilişkin olarak bilgi verme yükümlülüğünden muaf tutmaktadır. Bu kural, noterlerin ve avukatların müvekkilleri adına hareket etmesi halinde onları korumakta; fakat, bir ADR usulünde üçüncü kişi olarak görev yapmaları durumunda onlara bir koruma imkanı bahsetmemektedir.

¹⁶⁶ Commission of the European Communities s. 29.

3. ADR Sonunda Yapılan Anlaşmaların Geçerliliği

ADR süreci sonunda taraflarca yapılan anlaşma, ADR sürecinin en önemli aşamasıdır. Bu nedenle, taraflarca yapılan anlaşmanın geçerli olması şarttır. Sonuçta yapılan anlaşmada, tarafların başlangıçtaki taleplerinden ne ölçüde feragat ettikleri belli olmalı, kabul etmek istedikleri fiili uzlaşma koşulları yer almalı ve anlaşmada tarafların gerçek arzuları yansıtılmalıdır. Aksi halde ADR usûlünün, uyuşmazlığın gerçekten çözülmesini ve toplumsal uzlaşmayı sağlamak şeklindeki temel amaçları gerçekleşmemiş olur. Böyle bir durumda başka uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Örneğin, yapılan anlaşmanın geçerliliği üzerinde uyuşmazlık doğabilir veya taraflardan birinin menfaatlerini koruyarak haksız bir anlaşma düzenlemiş olduğu gerekçesiyle, üçüncü kişinin (örneğin uzlaştırıcının) hukukî sorumluluğu doğabilir. Özellikle taraflar arasında ekonomik yönden bir güç dengesizliği bulunması halinde, anlaşmanın sonuçlanması ve imzalanması aşamasında, bir takım koruyucu şekil şartlarına uyulması gereklidir. ADR sürecinin bütün aşamalarında, tarafların gerçek iradelerini açıklamaları temin edilmelidir. Bu nedenle, anlaşmanın imzalanmasından önce taraflara düşünmeleri için süre tanınması¹⁶⁷ veya anlaşmanın imzalanmasından sonra belli bir süre içinde rücu etme imkanının verilmesi gerekir.¹⁶⁸ Benzer şekilde, anlaşmanın icra edilebilirlik vasfını kazanmasından önce, geçerli hale gelmesini sağlayacak bir onay aşamasının öngörülmesi de düşünülmelidir.¹⁶⁹ Bu aşamada, anlaşmanın icra edilebilmesi için bir hakimın veya noterin onayına sunulması ya da belirli uyuşmazlıklarda Ticaret Odaları gibi kuruluşlara yetki verilmesi mümkündür.¹⁷⁰

¹⁶⁷ 4 Nisan 2001 tarihli tavsiye kararında bu konuda şu hükme yer verilmiştir: “Taraflara, uyuşmazlığın çözülmesi için önerilen bir çözümü kabul etmeden önce, bu çözümü düşünmeleri için makul bir süre tanınmalıdır” (OJ L 109, 19.4.2001, s. 60).

¹⁶⁸ Bu yöntem, Avrupa Birliği hukukunda bilinmektedir. Örneğin bkz., ticarî işletmeler dışında müzakere edilen sözleşmelerde tüketicilerin korunmasıyla ilgili 20 Aralık 1985 tarihli Yönerge (85/577/EEC) (OJ L 372, 31.12.1985, s. 31); Doğrudan hayat sigortalarıyla ilgili kanunların, tüzüklerin ve idari hükümlerin uyumlu hale getirilmesi hakkındaki 8 Kasım 1990 tarihli yönerge (90/619/EEC) (OJ L 330, 29.11.1990, s. 50); Taşımazların devre mülk olarak kullanılması hakkının satın alınmasıyla ilgili sözleşmelerin belirli yönlerine ilişkin olarak alıcıların korunması hakkında 26 Ekim 1994 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (94/47/EC) (OJ L 280, 29.10.1994, s. 83); Mesafe satımlarıyla ilgili sözleşmelerde tüketicilerin korunması hakkında 20 Mayıs 1997 tarihli Yönerge (97/7/EC) (OJ L 144, 4.6.1997, s. 19).

¹⁶⁹ Bkz., aşa. Ek 1, madde 5.

¹⁷⁰ Commission of the European Communities s. 30.

4. ADR'nin Etkinliği

Tüketici hukukunda, tüketicinin korunması amacıyla üçüncü kişi, uyuşmazlığın çözümü hakkında tarafları bağlayıcı bir karar vermekle görevlendirilebilir. Banka ve sigorta şirketleri gibi belirli sektörlerce tayin edilen müşteri ombudsmanları buna örnek teşkil eder.¹⁷¹ Bu ombudsmanların kararları, programa üye olan şirketler için bağlayıcıdır. Bu halde, alınan kararın etkinliği piyasa koşullarında değerlendirilebilir. Bu şirketler alınan karara uymazlarsa, kararın yayımlanması veya şirketlerin üye oldukları ticarî sistemlerden (örneğin garanti markası sistemlerinden) ihraç edilmeleri söz konusu olabilir.

Taraflar arasında bir anlaşma yapılırsa, özellikle sınır ötesi uyuşmazlıklarda bu anlaşmanın kapsamı büyük bir önem taşır. ADR süreci sonunda yapılan anlaşmanın hukukî niteliği, ADR'nin etkinliğini belirleyecektir. Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerde bu anlaşmalar farklı adlarla anılmaktadır. Bazı devletlerde ADR süreci sonunda yapılan anlaşma bir sözleşmeden ibarettir; fakat uzlaşma tutanakları veya arabuluculuk tutanakları gibi başka adlarla da anılabilir. Bu anlaşmalara verilen adlar ne olursa olsun, bunlar aslında hukukî bir işlemdir. Böylece taraflar arasında yapılan anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanarak ilamlı icraya dayanak olabilecek bir belge oluşturulması veya noter gibi resmi bir makama başvurularak resmi bir senet düzenlenmesi yoluyla icra edilebilir. Nihayet bazı üye devletlerde, resmi bir ADR oturumunun tutanaklarına geçirilen anlaşmalar icra edilebilirlik vasfını ihtiva eder.^{172, 173} Buna karşılık söz konusu anlaşma, üye devletlerin tamamında aynı yasal güvenceye sahip değildir. Sonuç olarak, bu anlaşmaların geçerliği (ve böylece etkinliği) konusu, kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen hukukun öngördüğü kurallara bağlıdır.¹⁷⁴

¹⁷¹ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri s. 29.

¹⁷² Örneğin Almanya'da, Hukuk Usulü Kanunu'nun 794. paragrafının 1. fıkrasına göre, anlaşmanın, yapıldığı mahkemenin Eyalet yargı yönetimince tanınması halinde durum bu şekildedir (Tanrıver, *Arabuluculuk Kurumuna hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış* s. 836).

¹⁷³ 1998 yılından beri, Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nun 1441. maddesi, *Tribunal de Grande Instance*'ın başkanına, taraflardan birinin kendisine başvurması üzerine, anlaşmaya icrailik vasfı kazandırma yetkisini tanımıştır. Bununla beraber, bu şekilde onaylanan anlaşmanın, bir mahkeme karar mı, yoksa sözleşme statüsünde bir işlem mi olduğu konusu hala tartışmalıdır.

¹⁷⁴ Bu konuda, kanunlar ihtilafına ilişkin yeknesak kurallar, Avrupa Birliği düzeyinde, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk hakkında, 19 Haziran 1980 tarihli Roma Anlaşması'nda düzenlenmiştir. Bkz., Convention on the law applicable to

Bunlara ilaveten, Brüksel Sözleşmesi ve Brüksel I Tüzüğü'nün 58. maddesi uyarınca,¹⁷⁵ yasal bir uzlaşma (*legal settlement*), tarafların karşılıklı anlaşarak, uyuşmazlığı bitirmek için hâkim önünde yaptıkları bir sözleşmeden ibarettir. Benzer şekilde, Avrupa Adalet Divanı'nın, yerini Brüksel I Tüzüğü'ne bırakan 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi hakkında verdiği bir kararda belirttiği gibi, bu tür anlaşmalar, Sözleşmenin 25. maddesi anlamında "karar" (*decision*) teşkil etmezler; zira "mahkemede yapılan anlaşmalar, koşulları öncelikle tarafların iradesine bağlı olan sözleşmelerdir". Bir hüküm ile bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sonunda ortaya çıkan, aynı konudaki bir anlaşma arasında çatışma olması halinde, hukukî bir işleme benzer olan ADR anlaşması, karşı tarafın, bu hükmün tenfizi için talepte bulunmasına imkân tanımaz.¹⁷⁶

Resmi belgeler, Brüksel Sözleşmesi'nde ve Brüksel I Tüzüğü'nde öngörülen basitleştirilmiş tenfiz sisteminden yararlanmakta ve Avrupa Birliği'nin sınırları içinde etkili olmaktadır. Avrupa Adalet Divanı, verdiği bir kararında, Lugano Sözleşmesi hakkındaki Jenard-Möller raporundan söz ederek, resmi belgelerin taşınması gereken koşulların şunlar olduğunu tekrarlamıştır:¹⁷⁷ "Belgeye resmi bir makam tarafından resmîyet kazandırılmalıdır; belgenin resmîliği sadece belgenin imzasını değil, belgenin içeriğinin tamamını kapsmalıdır; belge düzenlendiği devlette icra edilebilir olmalıdır". Bu gerekçeye dayanarak Avrupa Adalet Divanı şu kararı vermiştir: "Düzenlendiği devletin hukukuna göre icra edilebilen bir borç ikrarına, resmi bir makam veya devletin bu amaçla yetkilendirdiği diğer bir makamca resmîyet kazandırılmamışsa, (bu borç ikrarı) Brüksel Sözleşmesi'nin 50. maddesine göre resmi bir belge olmaz". Bu karar nedeniyle,

contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (OJ C 27, 26.1.1998, s. 36-53) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/c_02719980126en.html).

¹⁷⁵ Chapter IV, Authentic Instruments and Court Settlements, Article 58. Brüksel I Tüzüğü'nün 58. maddesi şu şekildedir: "Davanın devamı sırasında mahkemece onaylanmış olan ve yapıldığı üye devlette icra edilebilen bir anlaşma, muhatap devlette resmi belgelerle aynı koşullar altında icra edilebilecektir. Anlaşmanın onaylandığı üye devletin mahkemesi veya yetkili makamı, taraflardan birinin talebi halinde, bu tüzükteki ek V'te yer alan standart formu kullanarak bir belge yayınlacaktır" (OJ L 12, 16.1.2001, s. 13).

¹⁷⁶ Commission of the European Communities s. 31.

¹⁷⁷ Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 17 June 1999 in Case C-260/97 (reference for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof): *Unibank A/S v Flemming G. Christense* (OJ C 226, 7.8.1999, s. 7) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1999/c_22619990807en.html).

resmi makamlarca düzenlenen ve icra edilebilen ADR tutanakları, Brüksel I Tüzüğü uyarınca resmi belgelerden sayılmalıdır. Tarafların isteği doğrultusunda düzenlenmeyen ve resmi bir makamın (örneğin bir hakimın veya noterin) onayını almayan belgeler bu kurallardan yararlanamazlar. Yukarıda sayılan düzenlemeler neticesinde, ADR usûlleri sonunda yapılan anlaşmaların niteliği, yasal etkileri ve Avrupa genelinde milletlerarası geçerlikleri konusunda daha fazla uyum sağlanacaktır. Bununla beraber bu hükümler, ADR'nin temel amacı olan, mahkeme işlemlerinden sakınma çabalarına rağmen, ADR usûlleri sonunda yapılan anlaşmalara icra edilebilirlik vasfı kazandırmak için mahkemeye başvurulmasına yol açacaktır.¹⁷⁸

III. ADR Sürecinde Görev Yapan Üçüncü Kişilerin Durumu

ADR sürecinde görev yapan üçüncü kişi ya da kişiler taraflarca seçilir. Taraflar, üçüncü kişileri doğrudan seçebilecekleri gibi, onları atamakla görevli bir kuruluşa da başvurabilirler. Üçüncü kişilerin seçimi, yukarıda sözü edilen etik kurallara uymayı taahhüt ederek belirli güvenceler sunmaları halinde daha da kolaylaşır. Ayrıca, üçüncü kişilerin eğitimi, onların yeterliliğinin belirlenmesinde büyük önem taşır.

1. Üçüncü Kişilerin Eğitimi

Başvurulan ADR usulünün türü, ADR usulünde görev alan üçüncü kişinin işlevine göre değişir. ADR usûllerinde kullanılan teknikleri başarıyla uygulamak için iyi bir eğitim alınması şarttır.¹⁷⁹ Bu nedenle, üçüncü kişilere mesleki eğitim verilmesi, ADR'nin işleyişinde, başarısında, tarafların haklarının korunmasında ve Avrupa Topluluğu anlaşmasının 49. maddesiyle¹⁸⁰ güvence altına alınan, ADR hizmetlerinin serbestçe sunulmasında önemli bir etkidir.¹⁸¹

¹⁷⁸ Commission of the European Communities s. 32.

¹⁷⁹ Özbeğ s. 286. Bu bağlamda, hukuk eğitiminde de ADR hünerlerinin öğretilmesi büyük önem taşımaktadır (Mustafa Özbeğ *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış*, GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 261-292, s. 266).

¹⁸⁰ Treaty Establishing the European Community Title III, Free Movement of Persons, Services and Capital, Chapter 1, Workers, Article 48 (<http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc053.htm>).

¹⁸¹ Bkz., aşa. Ek 1, madde 4.

ADR konusunda üçüncü kişilerle beraber hâkimlerin de özel bir eğitime ihtiyacı vardır. Mahkeme yönetiminde gerçekleştirilen ADR usûllerinde görev alan üçüncü kişiler, hakimce her davada ayrıca değerlendirilecek olan hünerleri, eğitimi veya asgari tecrübeyi kazanmalıdırlar. Buna karşılık sözleşmeyle başvuru ADR usûllerinde, üçüncü kişilerin bu niteliklere sahip olması zorunlu değildir.

Üçüncü kişiler, belli bir mesleğe mensup olsun veya olmasınlar, meslek odalarının üyesi olabilirler. Bu gibi meslek odaları, üyelerini bir eğitim programına katılmaya teşvik edebilir veya bazen kendileri ADR hizmeti sunarak, bu eğitim kursları yanında bir sertifika, akreditasyon (denklik) sistemi oluşturur ve üyelerini belirli aralıklarla değerlendirirler.

Bunun gibi bu meslek odaları, etik kurallar ve usûl kuralları hazırlarlar.¹⁸² Üçüncü kişilerin belirli bir meslek grubundan olmaması halinde, niteliklerinin onaylanması ve çalışma özgürlüklerinin korunması için, ADR usûllerini uygulamada özel bir uzmanlık alanının oluşturulması yararlı olacaktır.

2. Üçüncü Kişilerin Akreditasyonu

Resmi makamların görevlerinden biri de, üçüncü kişilerin, yeterliklerinin sağlanmasıdır. Resmi makamlar, uygulamacıların, üçüncü kişilere yönelik akreditasyon programları oluşturmalarını desteklemeli; fakat ADR usûllerinin esnekliğine ve sadeliğine zarar vermemelidirler.¹⁸³

Üçüncü kişilerin bir mesleğe mensup olmaları halinde, üye devletlerarasında, onların nitelik ve yeterliklerini belirleyen genel bir onay sistemi¹⁸⁴ veya ADR hizmetlerinin verilmesini ve avukatların

¹⁸² Arabuluculara ilişkin Avrupa etik kuralları hakkında bkz., aşa. Ek 2.

¹⁸³ Bu konuda özellikle bkz., Avrupa Parlamentosu'nun, Taslak Brüksel I Tüzüğü'ne ilişkin değişiklik önerisinin 35 ve 39. maddeleri (OJ C 146, 17.5.2001, s. 94-101). (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2001/c_14620010517en.html).

¹⁸⁴ Avrupa Komisyonu'nun, mesleki yeterliğin kabulü konusunda gelecekteki rejime ilişkin çalışmaları için bkz., http://europa.eu.int/comm/internal_market/qualifications/future_en.htm

kurumsallaşmasını kolaylaştıracak Yönergeler¹⁸⁵ oluşturulmalıdır. Aksi takdirde, bu konuda çeşitli sorunlarla karşılaşılabilir.¹⁸⁶

3. Üçüncü Kişilerin Sorumlulukları

ADR ile ilgili düzenlemeler yapılırken, üçüncü kişilerin sorumlulukları konusu da dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişiler ister özel bir sıfatla ister resmi bir sıfatla görev yapsınlar, katıldıkları ADR sürecindeki kusurlu hareketlerinden sorumlu tutulmalıdırlar.¹⁸⁷ Örneğin, ADR sürecinde gizlilik yükümlülüğü ihlal edilirse veya tarafsızlığın ihlali suretiyle taraflardan birine zarar verilirse, üçüncü kişinin sorumluluğu ortaya çıkar. Üye devletlerde, arabulucuların veya uzlaştırıcıların sorumluluğuna ilişkin özel kurallar bulunmasa bile, üçüncü kişilerin genel olarak özel hukuktan kaynaklanan sorumlulukları mevcuttur.¹⁸⁸ Üye devletlerde, üçüncü kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yapılmalı veya en azından, ADR usulünde onların görevlerini tam olarak belirleyen özel kurallar oluşturulmalı; ancak bu yapılırken, aşırı bağlayıcı ve sınırlayıcı tedbirler öngörmek suretiyle tarafların kendi istekleri doğrultusunda hareket etmeleri engellenmemelidir.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Bu konuda, avukatların, avukatlık yapma hakkını kazandıkları devletten başka bir üye devlette, devamlı olarak mesleklerini icra etmelerini kolaylaştırmak için hazırlanmış Parlamento ve Konsey Yönergesi örnek olarak gösterilebilir. Bkz., Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained (OJ L 77, 14.3.98, s. 36-43) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/l_07719980314en.html). Benzer şekilde bkz., Directive 1999/42/EC of the European Parliament and of the Council of 7 June 1999 establishing a mechanism for the recognition of qualifications in respect of the professional activities covered by the Directives on liberalisation and transitional measures and supplementing the general systems for the recognition of qualifications (OJ L 201, 31.7.1999, s. 77-93) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1999/l_20119990731en.html).

¹⁸⁶ Commission of the European Communities s. 33.

¹⁸⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz., David Bristow, *The gathering storm of arbitrators' and mediators' liability* (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 2000/4, s. 312-323).

¹⁸⁸ Bazı ülkelerde, üçüncü kişilerin atanmasını ve taşınmaları gereken nitelikleri tam olarak düzenleyen kurallar bulunmakta ve bu nedenle, yükümlülüklerine aykırı davranışları halinde görevlerinden uzaklaştırılmaları mümkün olmaktadır. Örneğin Fransa'da, adalet uzlaştırıcılarıyla ilgili 20 Mart 1978 tarihli Kararnamede, mahkemenin, ilgili tarafları dinledikten sonra, haklı bir nedene dayanarak üçüncü kişileri, görev süreleri dolmadan önce görevden alabileceği öngörülmüştür.

¹⁸⁹ Commission of the European Communities s. 34.

Sonuç

Adalet erişiminin kolaylaştırılması, Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin tamamının siyasi gündeminde yer alan öncelikli konular arasındadır.¹⁹⁰ Mahkemelerde görülmekte olan dava sayısının her geçen gün artması, uyuşmazlıkların çözülme süresini uzatmakla kalmamış, aynı zamanda yargılama giderlerinin, uyuşmazlık konusu olan mal veya hakkın değeriyle orantısız ölçüde artmasına da yol açmıştır. Bunun sonucunda, üye devletler dava yolu dışında uyuşmazlık çözüm usûllerinin arayışına yönelmişlerdir.

Avrupa tek pazarının ortaya çıkmasıyla, malların ve kişilerin Avrupa Birliği genelinde dolaşımı artmış; bu da farklı üye devletlerde ikamet eden kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çoğaltmıştır. Bu uyuşmazlıkların sınır ötesi nitelik taşıması, mevcut sorunları daha da karmaşıkleştirmiştir. ADR, Avrupa Birliği düzeyinde adil ve etkin uyuşmazlık çözüm yöntemleri üretmekte önemli bir adım olarak görülmektedir.¹⁹¹

Avrupa ekonomisindeki büyüme ve bütünleşme geliştikçe, ADR'ye olan ilgi artmaktadır. Kuzey Amerika'da son derece yaygın olan ADR, büyük bir hızla Avrupa'da da yayılmaktadır.¹⁹² Avrupa Birliği'ne üye olan devletler, ADR ile ilgili gelişmeleri yakından takip etmektedirler. Son yıllarda, özellikle bireylerle idare arasındaki uyuşmazlıklarda, aile hukuku, iş hukuku, tüketici hukuku ve ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda ADR'ye başvurulması giderek yaygınlaşmıştır. Avrupa Komisyonu'nun, Yeşil Kitabı yayımlamasıyla gündeme gelen tartışmaların ardından, arabuluculukta doğru uygulamaya yönelik bir Avrupa planının oluşturulması ve arabuluculuk hakkında bir yönerge hazırlanması için çalışmalar başlatılmıştır.¹⁹³ Bu doğrultuda 2004 yılında, Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğü'nce (*Directorate-General for Justice and Home Affairs*), son şekli Avrupa Komisyonu tarafından verilecek olan

¹⁹⁰ Newman s. 2.

¹⁹¹ Settling out of court - developing alternative methods to resolve civil and commercial disputes in the European Union (http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/dispute/fsj_civil_dispute_en.htm).

¹⁹² Robert Coulson, *Will the Growth of Alternative Dispute Resolution (ADR) in America be Replicated in Europe?* (Journal of International Arbitration 1992, Vol. 9, s. 39-43), s. 43.

¹⁹³ Follow-up to the Green Paper on Alternative Dispute Resolution Consultation with Interested Parties (http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/news/news_adr_announcementl_en.pdf).

bir Yönerge taslağı oluşturulmuş¹⁹⁴ ve bu taslak internette yayınlanarak tartışmaya açılmıştır. Bundan sonra da Avrupa Komisyonu, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uzlaştırmaya ilişkin bir Yönerge önerisi hazırlayarak Avrupa Parlamentosu'na sunmuştur.¹⁹⁵

Bu yönerge önerisi Avrupa Parlamentosu'nda kabul edildiğinde, üye devletler üzerinde bağlayıcılık kazanacak ve üye devletler, yönergenin amacına ulaşmak için yönerge kapsamında gerekli düzenlemeleri yapacaklardır.¹⁹⁶

Avrupa Birliği'nde yaşanan tüm bu gelişmeler karşısında, ülkemizde de adalet hizmetlerinin etkinliğini artırmak amacıyla, Avrupa Birliği müktesebatına (*Acquis Communautaire*) uyum sağlamak için yürütülen çalışmalar kapsamında, ADR ile ilgili yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Özellikle özel hukukta, aile hukukunda ve tüketici hukukunda, yargı dışı ve mahkeme kökenli ADR usûllerine başvurulması özendirilmeli; başta Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan uzlaştırma yönergesi önerisi olmak üzere, mukayeseli hukuktaki konuyla ilgili düzenlemeler esas alınarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda mahkeme kökenli ADR'ye başvurulmasına imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmelidir.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Bkz., aşa. Ek 1.

¹⁹⁵ Halen Avrupa Parlamentosu'nda bulunan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında ve ticarî Uyuşmazlıklarda Uzlaştırmanın Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi Önerisi" için bkz., Commission of the European Communities, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters* {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004.

¹⁹⁶ Hakan Pekcanitez, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (HPD 2005/12-16), s. 13; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları* s. 156.

¹⁹⁷ Bu konudaki görüşler için bkz., Özekes, s. 45; Tanrıver, *Arabuluculuk Kurumuna hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış* s. 842.

Ek 1:

**Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku Uyuşmazlıklarında
Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Yönerge için Adalet ve
İçişleri Genel Müdürlüğü'nce Önerilen Ön Taslak¹⁹⁸**

Madde 1- Amaç ve Kapsam

1. Bu Yönergenin amacı, medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanılmasını özendirmek suretiyle, adalete erişimi kolaylaştırmak ve arabuluculukla dava süreci arasında sağlıklı bir bağlantı kurmaktır.

2. Bu Yönerge;

a. Mevcut uyuşmazlığa uygulanacak kanuna göre, yargı dışı çözüme uygun olmayan uyuşmazlıklar ve

b. Hizmet sözleşmeleriyle ilgili toplu iş uyuşmazlıklarının dışında kalan medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda uygulanır.

Madde 2- Tanımlar

1. “Arabuluculuk”, ne şekilde adlandırılırsa adlandırılınsın ve usulün taraflarca başlatıldığına, mahkemece emredildiğine veya bir üye devletin ulusal hukukunda öngörüldüğüne bakılmaksızın, bir uyuşmazlığın çözülmesinde, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, anlaşmaya varmalarına üçüncü bir kişi tarafından yardım edilmesini sağlayan bir usuldür.

Arabuluculuk, bu uyuşmazlıkla ilgili dava sürecinde, uyuşmazlığın çözümü için hakimce veya mahkeme heyetince yapılan girişimleri kapsamaz.

2. “Üçüncü kişi”, bu kişinin ilgili üye devletteki sıfatına veya mesleğine ve arabuluculuğu yönetmek için atanma veya görevlendirilme şekline bakılmaksızın, arabuluculuğu yöneten herhangi bir kişiyi ifade eder.

¹⁹⁸ Preliminary draft proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/news/news_adr_draft_proposal_en.pdf).

Madde 3- Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Havale Edilmesi

1. Davayı görmekte olan mahkeme, uygun olduğunda, davanın bütün koşullarını dikkate alarak tarafları, uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuğa başvurmaya davet eder. Mahkeme her halükarda, tarafları, arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmaya zorlama hakkına sahiptir.

2. Bu Yönerge, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya dava açılmasından önce ya da sonra teşvik eden veya müeyyideye bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, özellikle taraflardan birinin, mahkemenin bulunduğu devletten başka bir üye devlette ikamet etmesi halinde, yargı sistemine erişim hakkını engellememesi şartıyla, etkilemez.

Madde 4- Arabuluculuğun Kalitesinin Sağlanması

1. Üye devletler, arabuluculuk hizmetlerinin sunulmasıyla ilgili etkin kalite kontrol yöntemleri geliştirir.

2. Üye devletler, uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuğu tarafların beklentilerine uygun olarak yönetebilecek bir üçüncü kişiyi seçmelerini mümkün kılmak için, üçüncü kişilerin eğitimini geliştirir ve desteklerler.

3. Komisyon ve üye devletler, bu maddenin 1. paragrafının uygulamasına katkıda bulunmak için, ulusal düzeyde olduğu kadar topluluk düzeyinde de, üçüncü kişiler ve arabuluculuk hizmet sağlayıcıları aracılığıyla gönüllü etik kuralların gelişmesini ve bu kurallara bağlılığı destekler ve kolaylaştırır.

Madde 5- Anlaşmaların İcra Edilmesi

1. Üye Devletler, tarafların talebi üzerine, arabuluculuk sonunda yapılan bir uzlaşma anlaşmasının, anlaşmaya uygulanacak kanuna göre anlaşmanın bağlayıcı bir sözleşme olarak kabul edilmesi şartıyla, bir hükümde, resmi belgede veya anlaşmayı ulusal hukuka göre icra edilebilir kılan herhangi bir biçimde onaylanmasını sağlar.

2. Üye Devletler, 1. paragrafta göre yapılacak bir talebi kabule yetkili olacak ve komisyona bilgi verecek bir veya daha fazla mahkeme ya da kamu kuruluşu tayin eder.

Madde 6- Arabuluculukta Gizlilik

1. Arabuluculuk hizmetlerinin uygulamasına katılan üçüncü kişiler ve diğer kişiler, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, aşağıdaki konularda davalarda tanıklık yapamaz ve delil göstermez:

a. Arabuluculuğa başvurmak için taraflardan birisince yapılan bir davet veya taraflardan birinin arabuluculuğa katılmayı istemiş olması;

b. Arabuluculukta, uyuşmazlığın muhtemel çözümü hakkında taraflardan birisince açıklanan veya önerilen görüşler;

c. Arabuluculuk esnasında taraflardan birisince yapılan beyanlar veya ikrarlar;

d. Üçüncü kişice yapılan öneriler;

e. Taraflardan birisinin, üçüncü kişice çözüm için yapılan öneriyi kabul etmek istediğini belirtmesi;

f. Sadece arabuluculuğun amaçları için hazırlanan bir belge.

2. Bu maddenin 1. paragrafı, bu maddede belirtilen bilginin veya delilin biçimine bakılmaksızın uygulanır.

3. Bu maddenin 1. paragrafında belirtilen bilginin açıklanması, mahkemece veya diğer bir adli makamca emredilemez ve bu tür bir bilgi, bu maddenin 1. paragrafına aykırı şekilde delil olarak sunulursa, bu delil kabul edilemez. Buna karşılık, böyle bir bilgi, arabuluculuğun doğrudan sonucu olarak yapılan bir anlaşmanın yerine getirilmesinin veya icra edilmesinin gerektirdiği ölçüde açıklanabilir veya delil olarak kabul edilebilir.

4. Bu maddenin 1, 2 ve 3. paragraflarındaki hükümler, davalar arabuluculuk konusu olan uyuşmazlıkla ilgili olsun veya olmasın uygulanır.

5. Bu maddenin 1. paragrafındaki sınırlamalara bağlı olarak, yargılama sürecinde başka türlü kabul edilebilen delil, arabuluculukta kullanılmış olması nedeniyle kabul edilemez olarak nitelendirilemez.

Madde 7- Zamanaşımı Sürelerinin Durması

1. Arabuluculuğun konusu olan bir talebe ilişkin zamanaşımı süresinin işleyişi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından, tarafların arabulucu-

luğa başvurmaya karar vermesinden, arabuluculuğa başvurulmasına mahkemece karar verilmesinden veya bir üye devletin millî hukukuna göre arabuluculuğa başvurma yükümlülüğünün ortaya çıkmasından itibaren durur veya kesilir.

2. Arabuluculuğun bir anlaşma yapılmadan sona ermesi halinde, zamanaşımı süresi, taraflardan birinin veya her ikisinin ya da üçüncü kişinin, arabuluculuğun bitirildiğini beyan ettiği tarihten hesaplanarak işlemeye devam eder.

Madde 8- Uygulama Hükümleri

Komisyon, üye devletlerce madde 5 (2)'ye uygun olarak oluşturulan yetkili mahkemeler ve makamlarla ilgili olarak kamuya bilgi verir.

Ek 2:

Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları¹⁹⁹

Arabuluculara ilişkin Avrupa etik kuralları, bireysel arabulucuların, kendi sorumlulukları altında, uymayı gönüllü olarak taahhüt edebilecekleri bazı ilkeler koymaktadır. Etik kurallar, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyumsuzluklarında başvuru her çeşit arabuluculuğa uygulanmayı amaçlamıştır.

Arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlar da, kendi bünyelerinde çalışan arabuluculara sorarak, böyle bir taahhütte bulunabilirler. Bu kuruluşlar, bireysel arabulucuların, etik kurallara riayet etmesini sağlamak için, alacakları tedbirler hakkında erişilebilir bilgiler oluşturma imkanına sahiptirler; örneğin, eğitim, değerlendirme ve gözleme.

Bu etik kuralların amaçları doğrultusunda arabuluculuk, iki veya daha çok tarafın, bağlayıcı bir karar vermeden ve bu usulün üye devletlerde nasıl adlandırıldığına veya genellikle nasıl anıldığına bakılmaksızın, tarafların anlaşmaya varmak suretiyle mevcut uyumsuzluğu çözmelerine yardımcı olması için üçüncü bir kişiyi ("*arabulucuyu*") atamay kabul ettikleri bir usûl olarak tanımlanmaktadır.

Etik kurallara uyulması, ulusal mevzuatın, bireysel uygulamacılar hakkında düzenleme yapmasını engellemektedir.

Arabuluculuk hizmeti veren kurumlar, örneğin, aile veya tüketici arabuluculuğu²⁰⁰ gibi özel alanlara, kendi özel bünyelerine veya sundukları arabuluculuk hizmetlerinin türüne bağlı olarak, daha ayrıntılı kurallar geliştirebilirler.

¹⁹⁹ Arabuluculara yönelik Avrupa etik kuralları (*European Code of Conduct for Mediators*), Avrupa Komisyonu'nun desteğiyle, bir grup ADR uygulayıcısı tarafından geliştirilmiş ve 2 Temmuz 2004'te Brüksel'de yapılan bir konferansta uygulamaya koyulmuştur. Etik kurallar, arabuluculukta kalitenin ve güvenin artırılması için hazırlanmış, uyulması gönüllü olan ilkelerdir. Bu kurallar henüz gayri resmi olup, Avrupa Birliği'nin herhangi bir kurumunca resmen kabul edilmiş değildir. (http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm).

²⁰⁰ Tüketici uyumsuzluklarında arabuluculuk hizmeti veren arabulucular ve kuruluşlar, bu kurallara uyabilirler; fakat, tüketici arabuluculuğundaki özel konulara ilişkin olarak Avrupa Komisyonu'nca 2001'de kabul edilen resmi tavsiye (bkz., yuk. dn. 11) mutlaka dikkate alınmalı ve bu tavsiyenin kapsamına giren arabulucular veya kuruluşlar, tavsiyede yer alan ilkelere uymalıdır.

1. Arabulucuların Yeterlikleri ve Atanmaları

1.1 Yeterlik

Arabulucular, arabuluculuk sürecinde yeterli ve bilgili olacaklardır. İlgili standartlar ve akreditasyon programları dikkate alınarak, arabuluculara uygun bir eğitim verilecek ve onların arabuluculuk hünerlerindeki eğitim ve uygulamaları devamlı güncelleştirilecektir.

1.2 Atanma

Arabulucu, arabuluculuğun gerçekleştirilebileceği münasip tarihler hakkında taraflarla görüşecektir. Arabulucu, atanmayı kabul etmeden önce, arabuluculuğu yönetme tecrübesi ve yeterliliği konusunda kendinden emin olacaktır ve talep edilirse, geçmişteki eğitimi ve tecrübesiyle ilgili olarak bilgi verecektir.

1.3 Arabuluculuk hizmetlerinin tanıtılması

Arabulucular, uygulamalarını mesleki, güvenilir ve onurlu bir şekilde tanıtabilirler.

2. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

2.1 Bağımsızlık

Arabulucu, bağımsızlığını veya taraflarla arasındaki menfaat çatışmasını etkileyebilecek ya da bu izlenimi verebilecek durumları açıklamadan görev yapmamalı veya göreve başlamışsa devam etmemelidir. Açıklama ödevi, süreç boyunca devam eden bir yükümlülüktür.

Bu gibi durumlar aşağıdaki halleri kapsayabilir:

- Arabulucunun, taraflardan biriyle herhangi bir kişisel veya iş ilişkisinin bulunması,

- Arabulucunun, arabuluculuğun sonucuna yönelik, doğrudan veya dolaylı, herhangi bir malmüveya diğer menfaatinin bulunması,

- Arabulucunun veya onun firmasından birinin, taraflardan biri için arabuluculuk dışında herhangi bir yetkiyle görev yapması.

Bu gibi hallerde arabulucu, tamamen tarafsız olacağını garanti

etmesi için, ancak arabuluculuğu tam bir bağımsızlık ve tarafsızlıkla sürdürebileceğine emin olması ve tarafların açıkça rıza göstermesi koşuluyla, arabuluculuğu kabul edebilir veya sürdürebilir.

2.2 Tarafsızlık

Arabulucu, taraflara karşı her zaman tarafsız davranacak ve tarafsız görünmeye gayret edecek ve arabuluculuk süreci hakkında tarafların tümüne eşit muamele etmeyi taahhüt edecektir.

3. Arabuluculuk Anlaşması, Süreç, Çözüm ve Ücretler

3.1 Usul

Arabulucu, tarafların, arabuluculuk sürecinin niteliklerini ve arabulucunun ve kendilerinin arabuluculuktaki işlevini anladığına emin olacaktır.

Arabulucu, arabuluculuğun başlamasından önce, tarafların arabuluculuk anlaşmasının hükümlerini ve koşullarını ve özellikle, arabulucu ve taraflar hakkındaki gizlilik yükümlülüğüyle ilgili uygulanabilecek hükümlerini anlamalarını ve açıkça kabul etmelerini mutlaka temin edecektir.

Arabuluculuk anlaşması, taraflarca talep edilirse, yazılı hâle getirilecektir.

Arabulucu, taraflar arasındaki olası güç dengesizliğini ve hukuk kurallarını, tarafların açıklamak isteyebileceği arzuları ve uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi ihtiyacı da dâhil olmak üzere, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, arabuluculuğu uygun bir şekilde yönetecektir. Taraflar, belirli kuralları esas almak suretiyle veya diğer bir şekilde, arabuluculuğun yönetim şekli hakkında arabulucuyla anlaşmakta özgürdürler.

Arabulucu, faydalı görürse, taraflarla ayrı toplantılar yapabilir.

3.2 Adalet ve Süreç

Arabulucu, tarafların arabuluculukta yeterli fırsata sahip olmasını sağlayacaktır.

Arabulucu, uygun olduğu takdirde, tarafları bilgilendirecek ve aşağıdaki koşulların varlığı hâlinde arabuluculuğu bitirebilecektir:

- Somut olayın özellikleri ve arabulucunun böyle bir değerlendirme yapmaktaki yeterliği dikkate alınarak, varılan bir anlaşma, arabulucuya icra edilmez veya kanuna aykırı görünüyorsa,

- Arabulucu, arabuluculuğun bir anlaşmayla sonuçlanmasının mümkün olmadığını düşünüyorsa.

3.3 Sürecin Sonu

Arabulucu, kararların taraflarca bilerek ve sahih rızayla alınmasını ve tarafların tamamının anlaşmanın hükümlerini anlamasını sağlayacak uygun tedbirleri alacaktır.

Taraflar, herhangi bir sebep göstermeden, arabuluculuktan her zaman vazgeçebilirler.

Arabulucu, taraflarca talep edilirse ve yetkisinin sınırları dahilinde, tarafların anlaşmayı nasıl resmileştirebileceği ve anlaşmanın nasıl icra edilebileceği hakkında taraflara bilgi verebilir.

3.4 Ücretler

Arabulucu, daha önce kararlaştırılmamışsa, başvurmak istediği ücret şekli hakkında taraflara her zaman tam bilgi vermelidir. Arabulucunun ücrete ilişkin ilkeleri taraflarca kabul edilmeden, arabulucu, arabuluculuğu kabul etmemelidir.

4. Gizlilik

Arabulucu, kanunen veya kamu düzeni gerekçesiyle zorunlu olmadıkça, arabuluculuktan veya arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkan bütün bilgileri gizli tutacaktır. Taraflardan birince arabuluculara verilen gizli bilgiler, bilgiyi veren taraftan izin alınmadıkça veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklanmayacaktır.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU (HMK) TASARISIYLA ŞİMDİKİ HUMK KURALLARINA GETİRİLMEK İSTENEN DEĞİŞİKLİKLERİN BAŞLICALARI

Bilge UMAR*

I. Çalışmaların Şimdiki Durumu Hakkında Çok Kısa Bilgi

Değerli meslekdaşımız -kendisinin akademik mesleğe DEÜ HF'nde adım atışında girdiği, o zaman başkanı bulunduğum kürsüde sonradan hayr ül halef'im ve Fakülte Dekanı olmasıyla övünç duyduğum- Prof. Dr. Hakan Pekcanitez başkanlığındaki komisyonun Adalet Bakanlığı'na görevlendirilerek hazırladığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (bundan sonra kısaca HMK) Tasarısına son şeklini veren toplantı 18.5.2006'da yapıldı. Metin Adalet Bakanlığı'nın İnternet'teki Web sitesinde Kanunlar Dairesi bölümünde yayınlandı ve ben de oradan yazımını çıkartarak bu metni inceledim. Bilindiği gibi bu metin TBMM'ye gönderilme sonrasında orada da komisyon incelemesinden geçip sonra genel kurula gidecek ve genel kurulda müzakeresi yapıлып, güçlü olasılıkla (İİK değişikliklerinde gördüğümüz üzere) bankalar gibi süper güç odaklarının telkin ve istekleri doğrultusunda birtakım değişiklikler geçirdikten sonra büründüğü içerikle yürürlüğe konacaktır.

Önümüzdeki metin, 12 puntoluk Times New Roman karakterleriyle yazıcıdan çıkmış hâliyle, 96 sayfa tutuyor; buna s. 97-108 olarak 12 sayfalık bir "Genel Gerekeçe", sonra s. 109-234 olarak 125 sayfalık bir "Madde gerekçeleri" bölümü eklenmiştir. Genel Gerekeçe bölümünde, yeni bir usul kanunu tasarısının hazırlanmasının sebepleri, tasarının hazırlanmasında esas alınan ilkeler, komisyonun oluşumu, yararlanılan kaynaklar, tasarı ile getirilen yenilikler (genel bakışla) anlatılmıştır.

* Prof. Dr. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim dalı başkanı.

Tasarıda öngörülen yeniliklerden bazıları TBMM'deki çalışma aşamalarında kaldırılacak mıdır ve öyle olacaksa hangileri kaldırılacaktır, keza bunlara bazı yenilikler eklenecek midir ve öyle olacaksa ne gibi yenilikler eklenecektir, şimdiden bilinemez. Yine de, tasarının öngördüğü değişiklikler hakkında hukukçular toplumunu ve hukukçu adaylarını yani hukuk öğrencilerini, bu arada Fakültemdeki sevgili öğrencilerimi bilgilendirmekte yarar olacağını düşünerek, Fakültemiz dergisinde yayınlanmak üzere, okumakta olduğunuz yazıyı hazırladım.

II. Başlıca yenilikler

1. HUMK m. 2, istem para dışında bir şey idiyse, görevli mahkemeyi belirlemek için onun değeri hakkında davacının beyanına bakılacağını, ancak *karşı taraf bu bildirimde itiraz ederse o zaman mahkemenin değer takdirine gideceğini* söyler. Kuru hocamız maddenin lâfzen anlaşılıp uygulanmasını şiddetle eleştirir ve görev konusunda taraflar sözleşme yapamayacağına göre davalının değer konusunda susmakla, bildirilen değere itiraz etmemekle görevsiz mahkemeyi görevli hâle getiremeyeceği görüşünü savunur. Oysa yasada açık açık *"iki taraf kıymetinde uzlaşmazlarsa"* deyişi vardır. Tasarı (m. 2 f. IV) şimdi bu deyişi kaldırıyor ve *"dava konusunun değerini mahkeme kendiliğinden tespit eder"* diyor.

2. HUMK m. 4 f. I ve II'deki, alacağın bir kısmı için dava açıldığında, görevli mahkemeyi belirlemek için, alacağın tamamı münazaalı ise bütünün tutarına bakılır içeriğindeki kural değiştiriliyor ve Tasarı m. 5, *münazaalı olsa da olmasa da alacağın tamamına bakılacağı* kuralını getiriyor.

3. HUMK m. 8 f. II bent 1'de Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevine verilen, kira sözleşmesiyle ilgili davaların kapsamı genişletiliyor ve Tasarı m. 8 f. b bent 1'de, *"kiraya ilişkin mevzuatın uygulanmasından kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları konu alan davaları"* deniyor.

4. HUMK m. 9 f. I'deki, *"...Davalının ikametgahı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır"* kuralı yerine, tasarıda m. 14, *"Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, bir malvarlığına ilişkin dava, ihtilâf konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir"* diyor.

5. Sözleşmeden doğan bir davanın, o sözleşmenin vaktiyle yapılmış olduğu yer mahkemesinde açılabilmesi için HUMK m. 10'un aradığı *“müddeialeyh veya vekili dava zamanında orada bulunmak şartıyla”* kaydı kaldırılıyor; tasarıda m. 15 bu şartı aramıyor.

6. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkili olmasına ilişkin HUMK m. 21 kuralı genişletiliyor: Tasarıda m. 21, *“Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir”* diyor.

7. Tasarıda m. 22 ve m. 23, yetki sözleşmesiyle ilgili HUMK m. 22 kuralında çok önemli değişiklik yapıyor. Madde 22'ye göre, *“Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi tararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemede açılır”*. Madde 23'e göre de, *“Tacirler ile kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, kanunen yetkili kılınan genel ve özel yetkili mahkemeler yanında başka bir mahkemeyi de yetkili kılabilirler”*. Bu ifadelerle göre, önce, yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerin çerçevesi sınırlanıyor; çünkü m. 22'ye göre tacirler, kendi aralarında; kamu tüzel kişileri kendi aralarında; bir tacir ile bir kamu tüzel kişisi, kendi aralarında; ayrıca m. 23'e göre de ne tacir ne kamu tüzel kişisi olan kişiler, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilecek; ama dikkat edilirse bu sonuncularla bir tacir veya bir kamu tüzel kişi arasında yetki sözleşmesi yapılamayacak. Gerekçede, tacirlerle kamu tüzel kişileri güçlü oldukları, sözleşmelerde diledikleri koşulları tacir yahut kamu tüzel kişisi olmayan muhataplarına kabul ettirdikleri için bu sonuncuları korumak amacıyla böyle bir düzenleme yapıldığı açıkça söyleniyor (böyle iken gerekçede bir ifade yanlısına düşülmüştür, bkz., HMK Tasarısına Katkı yazımızda No. 5). İkinci olarak da, bugünkü yasamızın sisteminde m. 22 yetki sözleşmesi yapmakla *ancak yetkili olmayan mahkemeye yetki kazandırıcı içerikte* sözleşme yapılacağını ve dava orada açılırsa o mahkemenin yetkisizlik kararı veremeyeceğini söylediği, yani yasaya göre yetkili bir mahkemenin yetkisini kaldırıcı sözleşme yapılmasına olanak tanınmadığı, uygulamamız da yıllardır bu doğrultuda olduğu halde, tacirlerin kendi aralarında veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında veya bir tacirle bir kamu tüzel kişisi arasında yapılacak yetki sözleşmesinin, taraflarca aksi kararlaştırılmış değilse, belirlenen mahkemeye inhisarı yetki vereceğini yani yasadaki

yetkili mahkemenin veya mahkemelerin yetkisini kaldıracağını söylüyor. Oysa m. 23'de düzenlenen faraziye de yani ne tacir ne de kamu tüzel kişisi olan kişilerin kendi aralarında yaptığı yetki sözleşmesi için böyle bir sonuç ve etki kabul edilmemiştir.

Değişikliğin önemi ortadadır.

8 ve 9. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesinden sonra yapılacak işlem konusunda HUMK m. 193'de iki yönden değişiklik yapılıyor. Tasarıda m. 26'ya göre, davası böylece reddedilen davacı, artık, dilerse kararı veren mahkemeye dilerse dosyanın gönderileceği mahkemeye dilekçe vererek davasını o yeni mahkemede devam ettirmek olanağına sahip değildir; dilekçesini sadece ve sadece, *kararı vermiş mahkemeye* sunabilir. İkinci olarak, bunu artık kararın kesinleşmesinden başlayarak 10 gün içinde değil 15 gün içinde yapabilecektir.

10. Tasarıda m. 33 tümüyle yenidir; bununla, *“en temel yargısal hak olarak kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerle anayasalarda yerini bulan hukukî dinlenilme hakkı, tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur”*.

11. HUMK m. 149 f. III, *“Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar açık duruşmada açıklanır”* diyor. Tasarıda m. 34 f. III ise, gizliliğin amacının ortadan kalkmaması için, *gizlilik kararı gerekçesinin hemen değil de esas hakkındaki kararlarla birlikte açıklanmasını kabul ediyor*.

12. Tasarıda m. 35, TMK m. 2'deki dürtütlük ilkesinin dava süreci içinde de geçerli olduğunu vurguladıktan başka, buna uyulmamasının yaptırımlarından biri, gerekçede belirtiliyor: *“Doğruyu söyleme ödevi, hem yazılı hem de sözlü beyan ve açıklamalar için geçerlidir. Bu ödevde aykırılık hâlinde beyanlar mahkemece dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir”*.

13. HUMK m. 28, hâkimin taraflardan biriyle nişanlı olmasını bir yasaklılık nedeni olarak anmamıştır, bu ancak m. 29 bent 6 kapsamında bir ret sebebidir. *Tasarıda m. 40 ise nişanlılığı yasaklanmışlık nedeni sayıyor*.

14. HUMK m. 30, iki tarafın yazılı rızası bulunduğu anda, hakkında yasaklanmışlık nedeni olan hâkimin davaya bakabileceğini söyler; bu kural Tasarı m. 41'de kaldırılmıştır yâni *taraflar yazıyla razı olsalar hatta talep etseler bile yasaklılık durumu olan hâkim davaya bakamayacaktır*.

15. HUMK m. 34 f. V'deki, ret sebebinin kanıtlanması için yazılı kanıt sunulmamış diye, inceleme merciinin ret talebini hemen reddetmek veya gösterilen tanıkları dinleyerek karara varmak seçeneği bulunduğu

yolundaki kural, Tasarıda m. 44' de yer almamaktadır. Merci, yazılı kanıt sunulmamış olsa da incelemesini yapacaktır.

16. Tasarıda m. 52 gerçek bir devrim kuralıdır ve hâkimin kusurlu davranışlarından dolayı sadece kendisinin pek sınırlı bir çerçeve içinde sorumlu tutulabileceği ilkesini (HUMK m. 573) nihayet kaldırarak devlete karşı tazminat açılabilmesi kuralını getirmektedir. Bu konu, tasarıda hayli ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aslında, Yargıtay'ın HUMK m. 573'ü, sadece hâkime karşı dava açılmasına imkân veriyor ve devletin dava edilmesini yasaklıymış gibi yorumlayan bazı kararlarına rağmen bu görüşün yanlış olduğu; Anayasamızın ve İdare hukukumuzun ilkeleri karşısında devlete karşı da birinci dereceden sorumluluk davası açılabilmesi (yani hakim dava edilip de ondan tazminat alınması yolunda karar elde eden mağdur kişi yaptığı icra takibinde alacağını tahsil edemezse tahsil edilemeyen kısım için devleti dava etmesi gerekir diye bir ikinci kademedede sorumluluk kabul etmenin de doğru olmayacağı) öğretide yakın zamanda, hatta monografi türü yayımla, çok ayrıntılı olarak ortaya konmuştur.

17. Davanın ihbarına ilişkin HUMK m. 49 yalnızca, dava tarafı kişinin davayı kaybederse bir üçüncü kişiye rücu edebileceği durum varsa o kişiye ihbarda bulunmasını düzenlemekte iken, tasarıda m. 67 f. I, üçüncü kişinin dava tarafına rücu edebileceği durumda dahi dava tarafının ona (üçüncü kişiye) davayı ihbar edebileceğini belirtmektedir.

18. HUMK m. 49 f. II'ye göre, "Davanın her hâlinde ihbar câizdir"; tasarıda m. 67 f. I ise, tahkikat sonuçlanıncaya kadar ihbarın yapılmasına izin vermektedir.

19. HUMK m. 49, davanın ihbar edildiği kişinin, ihbarı yapan tarafın hasmı yanında ona yardımcı olmak için davaya müdahale edemeyeceği izlenimini uyandıran bir ifade kullanmaktadır. Oysa hasım taraf yanında müdahil olmakta üçüncü kişinin çıkarı varsa bu kişi kendisine ihbarda bulunulmadan önce veya sonra HUMK m. 53 uyarınca böyle bir müdahale yapabilir. Bu nedenle tasarıda m. 69, biraz bozuk ifadeyle, "Kendisine dava ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukukî yararı olan taraf yanında davaya katılabilir" demek, "ihbar edenin yanında davaya katılabilir" demekten geri durmaktadır. İfadedeki yanlışlık şuradadır ki, davadaki her iki tarafın o davayı kazanmakta elbette hukuksal yararı vardır. Bu yanlış ifadenin tasarıda m. 72' de de kullanıldığını görüyoruz. Her iki

yerde, “...kişi, davayı kazanmasında kendi hukukî yararının bulunduğu taraf yanında...” denmeliydi.

20. HUMK m. 49 düzenlemesinde, ihbarda bulunan, üçüncü kişiye, “*makamına kaim olarak davayı takip veya davada üçüncü şahıs [yani, fer’i müdahil] olarak. Kendisine iltihak etmesi lüzumunu*” bildirir. Tasarı m. 69 düzenlemesinde ise üçüncü kişinin sadece onun yanında veya hasmının yanında *fer’i müdahil olabilmek* yahut dava dışında kalmak seçenekleri vardır. Onun avukatıymış gibi onun iradî temsilcisi olmak yetkisi yoktur.

21. Tasarıda m. 70, davanın bir üçüncü kişiye *hâkim tarafından re’sen ihbar edilmesine* de olanak tanımaktadır.

22. Aslî müdahale, HUMK’da düzenlenmiş değildi; Tasarıda m. 71 bu eksikliği gidermektedir.

23. Tasarıda m. 75, fer’i müdahalenin etkisini, daha doğrusu üçüncü kişinin fer’i müdahil olarak katıldığı davadaki hükmün fer’i müdahile etkisini düzenlemektedir.

24. Ancak, bu arada, HUMK m. 57 cümle 3’deki, “*mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakkı rücu davasını birlikte halledebilir*” kuralı (kaynak yasada, 1925 tarihli CPCN m. 52’de yoktu) tasarıya alınmamıştır; niçin bu yola gidildiği de gerekçede belirtilmiş değildir.

25. Bazı hukuk davalarında kendisine görev verilen Cumhuriyet Savcısı’nın (örneğin bkz., TMK m. 146 f. I: “[Evlilikte] Mutlak butlan davası, Cumhuriyet Savcısı tarafından re’sen açılır”; TMK m. 298 f. I: “Ana, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu, Cumhuriyet Savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanınmanın iptalini dava edebilirler”) “*hukuk davalarındaki görevlerinin niteliğini ve temelini açıklığa kavuşturmak için, taraf olduklarının [Tasarıda m. 76’da] açıkça belirtilmesine gerek duyulmuştur*” (Gerekçeden).

26. Tasarıdaki diğer bir devrim kuralı da, “*Avukat ile temsil zorunluluğu*” başlıklı m. 77’dir. Buna göre, Sulh Hukuk, İş ve Kadastro Mahkemeleri’ndeki davalar ile değeri 50.000 YTL’den az olan diğer davalar dışındaki bütün davalarda, davacının/davacıların ve davalının/davalıların kendini yahut kendilerini *bir avukatla temsil ettirmeleri zorunlu* olmaktadır.

27. Tasarıdaki m. 90 da çok önemli değişiklikler getiriyor. Bu maddeye göre, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı Türkiye’de dava açarken, davacı yanında fer’i müdahil olurken veya icra dairesinde icra takibi yaptırırken teminat göstermek zorundadır ve bu zorunluluğun yerine getirilmesi *re’sen istenecek, gözetilecektir* (HUMK m. 187 bent 1’deki ilk itiraz, kaldırılmaktadır). Tasarıda m. 91, 119 bent 3 ve m. 121 de artık teminat gösterme zorunluluğunun bir ilk itiraz nedeni değil bir dava şartı olduğunu belirtir içeriktedir.

Bu maddenin “*Türkiye’de mutad meskeni olmak-olmamak*” ölçütünü benimsemesi doğru olmamıştır; bu konuda “*HMK Tasarisına Katkı*” yazımıza bkz.,

28. Tasarıdaki m. 90’ın getirdiği önemli değişikliklerden biri de, yukarıda No. 27 dikkatle okunmuşsa fark edilmiş olacağı üzere, Türkiye’de *icra takibi yaptırılırken de* teminat gösterme yükümlülüğünün kabulüdür.

29. Tasarıdaki m. 90 ile gerekçeden aktaralım, “*teminat gösterme zorunluluğu doğuran haller arasına, ... davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemededen aciz belgesinin varlığı gibi ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı hâli de eklenmiştir*”.

30. Tasarıda m. 94, hâkim tarafından belirlenen süre içinde *teminatın gösterilmemesi hâlinde, davanın usulden reddedileceğini* belirtmektedir. Böylece, HUMK m. 99’daki, teminat vermeyen kişi duruşmada hazır bulunmamış sayılır diyen kuralın öngördüğü tuhaf ve etkisiz yaptırım tarihe karışmaktadır.

31. Tasarıda m. 102, eski hale getirme isteminde bulunma süresini (HUMK m. 168’de 10 gün) 15 güne çıkarmaktadır.

32. Tasarıda m. 103, eski hale getirme isteminde bulunulurken, daha önce yapılamamış işlemin de o sırada (eski hale getirme istemini öne sürme süresi içinde) yapılmasını istemektedir; böylece o işlemin yapılması için süre istenip verilmesinin getireceği zaman kaybını önlemek amacı güdülmüştür.

33. Tasarıda m. 105, eski hale getirme istemekle yetinmeyip bir de bu istemi nedeniyle yargılamanın ertelenmesi yahut hükmün icrasının

ertelenmesi yolunda karar verilmesini isteyen dava tarafı devlet idiyse onun teminat göstermek yükümlülüğünden başışık sayılacağı yolundaki HUMK m. 171 cümle 3 kuralını kaldırmaktadır. Bunu ve HUMK m. 171 cümle 3'ün yollama yaptığı HUMK m. 110 cümle 2'deki benzer başışıklık kuralının dahi (ileride göreceğimiz üzere, tasarıda m. 396'da) kaldırılmasını doğru bulmuyorum. Bu konuya "HMK Tasarisına Katkı" yazımda değindim.

34. Tasarıda m. 109'un yeni içeriğiyle, *Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülen işler, adli tatilde görülebilecek işler olmaktan (HUMK m. 176 bent 10) çıkarılmıştır.*

35. Tasarıda m. 114, kısmi dava konusunda önemli bir yenilik getiriyor: Alacak tutarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda, alacaklı, kısmi dava açamayacaktır. Şimdiki HUMK m. 204-206'daki sınırlamalar içinde böyle bir kural yoktur.

36. Tasarıda m. 115, Yargıtayımız'ın yerleştirdiği çok haksız bir uygulamaya son verecektir. Yeni kuralın açıkça belirttiği ve zaten hâlen de hukukumuzun genel kurallarının gereği olduğu üzere, kısmi dava açılırken, öne sürülen istem dışında kalan alacak bölümünü ayrı dava ile istemek hakkının saklı tutulduğunun kaydedilmemiş olması, o bölümden feragat edildiği anlamında yorumlanamayacak ve dolayısıyla kişinin saklı tuttuğunu belirtmeye asla mecbur olmadığı bakiye kısmı ayrıca dava etmesine, bundan feragat etmiş sayıldın diye, hukuken engel bulunduğu vehmedilemeyecektir (Yargıtay'ın bu vehmi yansıtan görüşünün eleştirilmesi için bkz., YTÜ HF Dergisi c. I/1 s. 419-426'daki yazımızda s. 425-426).

37. Tasarıda m. 117, HUMK'da düzenlenmeyen, seçimlik borçların ifa ettirilmesi davası diye tanımlayabileceğimiz davayı düzenlemektedir. Ancak, bunun seçimlik dava diye adlandırılması pek doğru olmuyor; çünkü seçimlik olan dava değildir, o davanın açılmasına yol açan borçtur; seçimlik borç davası dense daha uygundur. Dikkat edelim: alacaklının bu davayı isterse şu içerikte isterse bu içerikte açabilmek bakımından bir seçim olanağı yoktur.

38. Tasarıda m. 118, "Grup dâvası" başlığıyla, özel hukukumuzda yeni bir dava türü getiriyor. Bu maddeye göre, "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının

tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için, dava açabilirler”. Batı ülkeleri yargılama hukuklarının çoğunda kabul gören bu dava türü, Türk İdare hukukunda, İdare Mahkemelerimizin içtihatları ile hayli zamandır yerleşmiş bulunmaktadır.

39. Tasarıda m. 119, dava şartlarını tek tek saymaktadır; HUMK’da böyle bir kural yoktu. Sözü geçen madde, bent 1’de, aynı konuda derdest bir davanın bulunmamasını dava şartları arasında saymakla, derdestliği ikinci kez aynı davanın açıldığı mahkemece re’sen gözetilmesi gereken bir dava şartı eksikliği niteliğine getirmektedir. Böylece, sözü edilen durum, HUMK m. 187 bent 4 ve m. 194 kurallarındaki düzenlemenin tersine, artık bir ilk itiraz konusu olmayacaktır.

40. Tasarıda m. 121, ilk itirazları tek tek saymış ve bunların sayısını üçe indirmiştir (yetki itirazı, işin tahkimlik olduğu itirazı, işbölümü itirazı).

41. Aynı madde, ilk itirazların “*davanın bidayetinde/başlangıcında ve esasa girişilmezden önce, esasa cevap süresi içinde*” (HUMK m. 187 f. I, m. 188, m. 189 f. I) değil, *cevap dilekçesinde* öne sürülmesini istemektedir. Bu değişiklik yalnızca basit yargılama usulü bakımından önem taşıyor. Çünkü tasarı, sözlü yargılama usulünü kaldırmaktadır (o usulde davalı gerek ilk itirazlarını gerek esasa cevabını ilk duruşmada sözlü olarak açıklayabiliyor; HUMK m. 478); seri yani hızlandırılmış yargılama usulü dahi tasarıda kaldırılmakla birlikte o usulde zaten, sadece süreler yönünden kısaltmalar vardır (HUMK m.504, 505, 506); esasa cevabın ve ilk itirazların cevap süresi içinde cevap dilekçesiyle bildirilmesi gereği tıpkı yazılı usuldeki gibidir (HUMK m. 503). Basit yargılama usulünde ise durum farklıdır. Tasarı, bu yargılama usulünü muhafaza ediyor (m. 320-326); ancak, HUMK m. 509 ve 510 kurallarına göre, davalı, hâkim bir ara kararı ile esasa cevabın ve ilk itirazların yazılı olarak bildirilmesini istemiş olmadıkça, bu bildirimini *ilk duruşmada sözlü olarak da yapabileceği* halde, Tasarı m. 323, kuralı değiştiriyor, *basit yargılama usulünde de cevap dilekçesi verilmesini* istiyor ve m. 122, yargılama usulü farkı gözetmeksizin, ilk itirazların cevap dilekçesinde bildirilmesini emrediyor.

42. HUMK m. 179 bent 6, cevap süresinin, davacı tarafından dava dilekçesinde gösterilmesini ve davalıya dava dilekçesi tebliğinin bu kayıtlı yapılmasını buyurmaktadır. Öğretide ve mahkeme içtihatlarında -bildiğim kadarıyla, oybirliğiyle- benimsenen görüş; süreyi aslında

HUMK m. 195 (şimdi, dava dilekçesi tebliğinden başlamak ve o gün HUMK m. 161 f. I gereğince sayılmamak üzere 10 gün olarak) belirlediği için, davacı dilekçede daha kısa bir süre yazmışsa bunun hükmü olmayacağını, davalının yine de yasal süre içinde cevap verebileceğini; ancak, davacı daha uzun süre bildirmişse davalının o daha uzun süre içinde cevap vermek hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Oysa davacının, yasa ile belirlenmiş bir süreyi uzatması geçerli olmamak gerekir. Bu nedenle tasarıda m. 127, süreyi 10 günden 15 güne çıkarırken, “*Davalının on beş gün içinde davaya cevap verebileceği tebliğ zarfında gösterilir*” demektedir.

43. Bugünkü uygulamamızda, davacının davalı tarafta, hasmının rızasıyla değişiklik yapabilmek şöyle dursun ıslah yoluyla dava dilekçesini yenileyerek bile bunu yapabilmesi kabul edilmemektedir. Tasarıda m. 129 ise, *hasmın rızası ile hasım değiştirmeye* (dikkat edelim, yalnız davalı taraftakini veya onlardan birini değil, keza davacı taraftakini veya o taraftakilerden birini dahi değiştirmeye) izin veriyor: “*Bir davada taraf değişikliği ancak, karşı tarafın açık rızası ile mümkündür*”.

44. Şimdiki HUMK m. 186 kuralı değiştirilmekte ve davacının dava konusu mal veya hakkı üçüncü kişiye temlik etmesi durumunda *yeni malikin kendiliğinden mevcut davada davacı yerine geçebileceği yolunda* Yargıtayımızın, aslında uygun ve yerinde bir çözüm getirdiği teslim edilmekle birlikte HUMK m. 186’nın açık ifadesine uymuyor diye eleştirilen görüşü, Tasarı m. 130 f. II ile kabul edilmektedir.

45. Cevap süresinin, tasarıdaki m. 132’de, 10 günden 15 güne çıkarıldığına yukarıda değinmiştik.

46. Davalının, yasal cevap süresi içinde esasa cevabını hazırlaması zor olacaksa kendisine mahkemenin yeni bir süre verebileceği yolundaki HUMK m. 197 kuralı o yeni sürenin en çok ne kadar olacağını söylemiyordu, bu konuda bir sınırlama yoktu. Tasarıda m. 132 yeni sürenin *bir ayı geçemeyeceğini* belirtmektedir.

47. Cevap süresi içinde mahkemeye başvurup da yeni süre istemek yetkisini kullanmış olmayan davalının ilk duruşmada yeni süre isteyebileceği ve kendisine 3 günü geçmemek ve kesin süre niteliğinde olmak üzere böyle bir süre verilebileceği yolundaki HUMK m. 198 kuralını, tasarıda m. 132 kaldırmakta, böyle bir imkân tanımamaktadır. Ancak, davalının yasal cevap süresi içinde cevabını hazırlayamaması ve ek süre de isteyememiş

olması bir zorlayıcı nedenden ileri gelmiş idiyse, eski hâle getirme talebinde bulunmasına engel yoktur.

48. Tasarıdaki, sözünü etmekte olduğumuz, cevap süresine ilişkin m. 132, HUMK m. 195 f. II'nin, davada Hazine Avukatı tarafından temsil edilen *kamu kuruluşları için cevap süresini pek iltimaslı olarak 30 gün diye belirleyen kuralını, eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle, kaldırmakta, benimsememektedir.*

49. Tasarıdaki m. 137, karşı dava açmanın yasal koşulları gerçekleşmediği halde bir davanın karşı dava olarak açılması durumunda yasaya aykırılığın ancak ilk itiraz öne sürülürse mahkemece göz önüne alınabileceği kuralını (HUMK m. 187 bent 8) benimsememekte; tersine, mahkemenin talep üzerine *yahut kendiliğinden* ayırma kararı verip, karşı dava olarak açılan davayı görevli ve yetkili mahkemeye (nedense yalnız "*görevli mahkemeye*" denmiş) göndereceği kuralını getirmektedir.

50. HUMK m. 203'e göre, karşı dava, cevap lâyihası ile açılır. Tasarıda m. 138, davalının karşı davasını isterse böyle, isterse yine *cevap süresi içinde vereceği ayrı bir dilekçe ile* açabilmesini kabul etmektedir.

51. Cevap dilekçesi verme süresinin 10 günden 15 güne çıkarılmasına paralel olarak, o dilekçeye davacının verebileceği "*cevaba cevap*" dilekçesinin süresi de 15 güne çıkarılmıştır (Tasarıda m. 141).

52. Tasarıda m. 142, davaya, layihalar teatisi aşamasından sonra ve tahkikat aşamasının öncesinde, bir "*ön inceleme*" aşaması eklemektedir. Aslında o aşamada yapılacağı belirtilen incelemeleri hakim (toplular mahkemede tahkikat hakiminin) tahkikat aşaması başlarken yapmasına bugünkü yasamızda da hiçbir engel yoktur, hatta HUMK'daki çeşitli maddelerin arayışları o incelemenin o sırada yapılmasını gerektirir; ancak uygulamada pek çok kez böyle yapılmadığı ve bu yüzden işlerin karıştığı, uzadığı görülmektedir; bu nedenle m. 142 kuralının getirilmesi yerinde olmuştur.

53. Söz konusu maddede f. II gereğince, "*Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için oturum günü verilemez*" demektedir. Gereçcede belirtildiği üzere, bu kural, eski alışkanlıkların sürdürülmesini kesinlikle engellemek amacını gütmektedir ve yasanın açık kuralına aykırı davranış, hâkimin sorumluluğunu gerektirecektir.

54. Dava temeli vakıalara ilişkin iddiaların, istemin ve savunma temeli vakıalara ilişkin iddiaların değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı (HUMK m. 185, 202) kaynak Neuchâtel yasasında (m. 160, 170) ve uygulamasında, bizdeki uygulamaya göre çok daha serttir. Kaynak yasa da tıpkı bizdeki gibi, hasmın rızası olmaksızın bu değiştirme ve genişletmenin yapılamayacağını söyler ve bizim uygulamamızda hasmın itirazda bulunmaması her ne hikmetse yapılan zımnen muvafakat verme sayıldığı, itiraz olmadıkça hâkim re'sen değiştirme ve genişletmeyi geçersiz saymadığı, keza (HUMK m. 75'deki ilke nedeniyle) itiraz olanağını hasma hatırlatmadığı halde Neuchâtel'deki yerleşik uygulama, hasmın açık rızası yokken yapılan değiştirme veya genişletmeyi mahkemenin re'sen geçersiz sayacağı yolundadır (örneğin Kanton Mahkemesinin 15.9.1971 günlü, RJN c. V, 1. Kısım, s. 138'de yayınlanmış kararı, genişletme yoluyla öne sürülen iddiayı re'sen geçersiz saymayan hükmü bozmuştur). Bizdeki uygulama, hasmın itiraz etmemesini zımnen razı olmak saydığı ve hâkimin genişletme ya da değiştirmeyi re'sen geçersiz saymasını kabul etmediği için, yasağı pek yumuşatmıştır. Şimdi de tasarıda m. 144, yasağı bir diğer yönden yumuşatıyor: Lâyhalar teatisinden sonra ön inceleme duruşmasına çağrılan taraflardan biri bu duruşmaya gelmezse, kendisinin muvafakati olmasa da diğer tarafın iddia veya savunmasını genişletip değiştirmesi caizdir ve böyle olduğu, gönderilecek çağrı yazılarında belirtilecektir.

55. Yasağın bir diğer yönden de daha yumuşatılması, tasarıda m. 146'da görülüyor. Şimdiki sistemde, değiştirme ve genişletme yasağı, davacı için, dava açılmasıyla başlar, çünkü bu yasağın ortaya çıkması, "*dava ikamesi ile hâsil olan neticeler*" den biridir (HUMK m. 185). Davalı için ise, yasağın başlaması cevap lâyihasının davacıya tebliğ edilme anında olur (HUMK m. 202). Dolayısıyla, davacı, cevaba cevap yazısında yalnızca davacının cevap lâyihasında söylediklerine cevap verebilir; kendi dava dilekçesindeki dava temeli vakıaları yahut istemi genişletemez, değiştiremez. Davalı dahi, ikinci cevap yazısında, kendisine davacı tarafından tebliğ ettirilen bu cevaba cevap yazısında söylenenlere cevap verir, kendi cevap layihasında öne sürülmüş savunma temeli vakıa iddialarını değiştiremez, genişletemez. Oysa tasarıda m. 146'ya göre, bu ikinci lâyhaların teatisi aşamasında hasmın rızasına muhtaç olmadan, bir önceki yazıları içeriğine göre değiştirme veya genişletme niteliğinde iddialar öne sürebileceklerdir. Yukarıda No. 54'de değindiğimiz birinci yeni yumuşatma kuralı dahi bu m. 146'da (f. I cümle 2'de) yer alıyor:

“Ön inceleme oturumuna taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir”.

56. Ön inceleme aşamasında her iki taraf hazır bulunursa, üzerinde durduğumuz yasak bakımından, farklı bir çözüm vardır; bu takdirde, Neuchâtel’deki gibi, taraf ancak *hasmın açık rızası ile* iddia veya savunmasını değiştirebilir (tasarıda m. 146 f. I cümle 1, 2. yarım). Yani, itiraz edilmemesini zımnî muvafakat sayıp genişletme veya değiştirmeye geçerlilik tanımak mümkün olmayacaktır.

57. Bunlara karşılık, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunmanın (*hasmın muvafakatiyle dahi!*) değiştirilemeyeceği, tasarıdaki aynı m. 146’da, f. I cümle 3’de ifade edilmekle, yasak, ön inceleme sonrası aşamalarda, Neuchâtel’dekinden bile daha katı hâle getirilmektedir.

58. Tasarıda m. 147, yeni bir kural getiriyor: “Ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri karara bağlar”. Gerekçede de belirtildiği üzere, uygulamada, öne sürülmüş zamanaşımı savunmasının öncelikle incelenmesini davalı borçlu ısrarla istediği halde hâkimin buna kulak tıkaması, davanın yıllarca sürmesi sonrasında konunun ele alınıp davanın zamanaşımından reddi gibi haller pek de az olmayarak görüldüğünden, boşuna zaman ve emek harcanmasını önlemek amacıyla yeni kural getirilmektedir.

59. Tarafların, dava sürecinin hangi aşamasında delillerini sunabilecekleri bugün de yasada belirtilmiştir (HUMK m. 179 bent 3, m. 180, m. 200 f. II, m. 218, m. 220, m. 244, m. 378). Buna rağmen uygulamada, tarafların, yasada belirtilmiş dava aşamasında veya mahkemenin ara kararı ile verilen süre içinde delil sunmakta her zaman titizlik gösterdikleri söylenemeyeceği gibi onların titizlik göstermemesine mahkemenin yasal yaptırımları uygulamadığı da görülebilmektedir. Bu hallere son vermek için, tasarıda m. 150 f. I cümle 1 kuralı getirilmiştir: “Taraflar, kanunda belirtilen süreden sonra yeni delil gösteremezler”. Maddede cümle 2, bu kurala iki istisna getiriyor: “Ancak yeni delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya [böyle: ve değil veya] süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir”.

İki ayrı durumun iki ayrı istisna için temel sayılması doğru olmamıştır; bu konuya “HMK Tasarısına Katkı” yazımızda değinıyoruz.

60. Tasarıda m. 154, içinde bulunduğumuz teknoloji çağının gereklerine uymak amacını taşıyor ve şöyle diyor: “Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden oturuma katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir./Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme, bir tanığın, bilirkişinin veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir”.

61. HUMK m. 409 kuralı, tasarıda m. 155’e aktarılmıştır ve bu m. 155 gerekçesinde cümle 2’ye bakarsak, hükümlerde bir değişiklik olmamıştır. Maddeler incelendiğinde, gerçekten de, özde değişiklik yok; ama m. 155 gerekçesinin daha sonraki satırları (sıra 9-15) çok farklı bir havadan çalmaktadır (maddenin uygulanacağı durumda yâni duruşmaya taraflardan birinin gelmiş diğerinin gelmemiş olması durumunda, gelenin, eski iddia veya savunmasını aklına estiği gibi değiştirip genişletebileceği doğrultusunda bir kural değişikliği getirilmiş gibi ifadeler kullanılmaktadır). Burada düşülen yanlışlığa, “HMK Tasarısına Katkı” yazımızda değindik.

62. Tasarıda m. 157 f. I, yeni bir kural getiriyor: “Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz”. Gereğede, bu kuralın konma nedenleri üzerine akla yakın açıklama veriliyor.

63. HUMK, bekletici sorun konusunu düzenlemez. Bu eksik, HMK Tasarısında m. 169 ile giderilmiştir. Yeni maddenin getireceği düzen, hâlen öğreti ve uygulamanın kabul etmiş bulunduğu düzendir. Ancak, kullanılan ifadelerde bazı değişiklikler ve eklemeler yapılması yerinde olacaktır; bu konuya, HMK Tasarısına Katkı yazımızda m. 169 ile ilgili bölümde değinıyoruz.

64. Tasarıdaki m. 170’e göre, artık, ayrı yargı çevrelerinde yer alan, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılan davalarda birleştirme talepleri, ikinci davanın açıldığı mahkemede, her zaman ileri sürülebile-

cektir (HUMK m. 45 f. II'deki ilk itiraz düzenlemesi tarihe karışacaktır). Birleştirme kararı kesinleşince dosya ilk davanın açıldığı mahkemeye gönderilecek ve o mahkeme, birleştirme kararıyla bağlı olacaktır.

65. HUMK m. 45 f. III'dekinden farklı kural getiren tasarıda m. 170, birleştirme talebine dayanak olarak öne sürülecek "davalar arasında bağlantı"nın kabulü için, *davaların benzer sebeplerden doğmuş bulunmasını* da yeterli görmektedir.

66. HUMK m. 47'deki "Kanunu Medenî mucibince müştereken dava ikame etmeleri veya aleyhlerine ikame olunması iktiza edenlerin davalarında tefrik kararı verilemez" kuralı, mecburî dava arkadaşlığında zaten birden çok değil tek dava bulunması nedeniyle ayırma düşünülmemeyeceğinden, tasarıya alınmamıştır. Ancak, gerekçede böyle açıklama verilmesi doğru olacakken "uygulanma alanının bulunmaması sebebiyle ve teorideki düşüncelere de uygun olarak bu tasarıda yer almamıştır" deniyor.

67. Tasarıdaki m. 173'ün gerekçesinde, bu maddenin bir değişiklik getirmiyor gibi gösterilmesinin doğru olmadığını, HMK Tasarısına Katkı yazımızda anlattık ve getirilen değişikliği belirttik.

69. HUMK m. 231, tasarıya m. 174 olarak geçmiş, ama mahcurlar ve küçüklerle ilgili düzenlemesi alınmamıştır yani bunların yerine *yasal temsilcilerinin isticvap edileceği kabul edilmemiştir*.

69. Tasarıda m. 176 f. I cümle 2, yeni bir kuraldır: "Ancak, isticvap edilecek kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda [simültane, eşzamanlı olarak] ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile isticvap edilmesi mümkün değil ise istinabe yolu ile isticvap edilir".

70. Tasarıdaki m. 176 f. II de, gerekçede böyle olduğu belirtilmemekle birlikte, yenidir: "İsticvap edilecek kimse hastalık, sakatlık veya benzeri sebeplerle mahkemeye bizzat gelemeyecek durumda ise, bulunduğu yerde isticvap edilir". Ancak, benzer yolda davranış, tanıklara ilişkin HUMK m. 255 f. I cümle 2'de kabul edilmişti; o kuralın isticvap konusunda da kıyas yoluyla uygulanması olanağı vardı.

71. Tasarı m. 177 f. III'deki yeni düzenlemede, *karşı tarafın isticvapta hazır bulunması hâkimin iznine bağlı olmaktan (bkz., HUMK m. 233 f. I cümle 1) çıkarılmıştır*.

72. Tasarı m. 177 f. IV ve m.179, isticvap'ı tarafın kendi davasında tanıklığına kıyas ederek, *tanıklara ilişkin (tanıklıktan çekinme nedenleri*

öngören HUMK m. 252, 253 vb. maddeler gibi) bazı kuralların isticvap konusunda da uygulanacağını kabul etmektedir.

73. Tasarıdaki m. 182, HUMK m. 86 kuralında bazı değişiklikler yapmaktadır. Örneğin, ıslah sebebiyle bazı işlemlerin geçersiz hale gelmesi yüzünden karşı tarafın yalnız uğradığı zarar değil uğrayabileceği zarar da teminatın belirlenmesinde göz önüne alınacaktır.

74. Tasarıdaki m. 184, davanın tümüyle ıslah edileceğinin bildirilmesinden sonra yeni dava dilekçesi verme süresini (HUMK m. 88’de üç gün iken) yedi güne çıkarmaktadır.

75. Tasarıda n. 185, kısmen ıslahta bulunacağını bildiren tarafı dahi, hangi işlemini ne suretle ıslah ettiğini yedi gün içinde bildirmek yükümlülüğünde tutmaktadır.

76. Tasarıdaki m. 186, kötü niyetle ıslah yapmanın sonuçlarına ilişkin m. 90’da önemli değişiklikler öngörüyor:

a. Bu faraziye de mahkeme, yapılan ıslahı dikkate almadan karar verebilecektir;

b. şimdiki kuralda, sonda, “mahkûm edebilir” denerek hâkime takdir yetkisi bırakılmış ilen yeni kural mutlaka ceza verilmesini buyurmaktadır;

c. Öngörülen para cezası, arttırılmıştır.

77. Tasarıda m. 188, HUMK m. 375’deki düzenlemeyi değiştiriyor. Şimdiki düzenlemede, tahkikat sonunda, talep vukuunda, tarafların son bir layihalar teatisi yapmalarına ve dolayısıyla, layihalar mahkemeye sunulduğu için, son diyeceklerini böyle yazılı olarak bildirmelerine izin veriliyordu. Yeni sistemde ise tahkikat sonunda layiha vermek yoktur, hâkimin taraflara ikişer kez söz vermesi kabul edilmiştir.

78. Tasarıdaki m. 197, delil sözleşmesi konusunu yeniden düzenlerken, birkaç on yıldan beri yasa değişikliklerinde hele İİK değişikliklerinde en pervasız ölçüde güçlülere, özellikle bankaları kollayan kurallar getirilmesini artık kanıksamış iken bize pek şaşırtıcı gelen, sömürü engellemeye çabalar bir tutum gösteriyor: *Taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır.* Demek ki bundan böyle, örneğin bankalar, yaptıkları sözleşmelere “Bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlık ve

davalarda münhasıran bankanın kayıtları delil olarak kabul edilecektir" gibi utanmazlık kanıtı maddeler koyamayacaklardır, koysalar da madde geçersiz olacaktır. Aslında şimdi dahi TMK m. 2'deki dürüstlük ilkesini çiğneyen bu gibi maddelerden, onu koydurup karşı tarafa imzalatanlar lehine hiçbir yetki doğmadığının kabulü gerekir. *"Omnipotent/Güçlü herşeye yeten Bankacılık Sektörü"* TBMM'nin bu kuralı yasalastırmasına izin verecek mi, TBMM egemenliğin bu sektörde değil de millette ve milletin temsilcisi sıfatıyla yasama işlevi bakımından kendisinde olduğunu kanıtlayacak mı, göreceğiz.

79. Tasarıda m. 198, ispat hukukuna yeni kurallar getiriyor: *"Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur"*. Tabii ki bu işleri davacının dava dilekçesinde, davalının cevap layihasında kendi dayanağı vakıaları gösterirken yapması ve sonradan yeni vakıa iddiası ne zaman öne sürülürse bu kurala hemen o sırada uyulması gerekir. Somutlaştırmadan kasıt şudur ki, *"Kusurlu davranışıyla zararına yol açtı"* gibi vakıa iddiası kabul edilmeyecektir; kusurlu davranışın hangi somut davranışta kendini gösterdiği açıkça söylenecek ve o somut davranışın yapıldığının nasıl kanıtlanacağı belirtilecektir.

80. Tasarıda m. 203, senedi ve yazılı delil başlangıcını da kapsayacak bir üst kavram olarak belge kavramını düzenliyor, ancak senedi tanımlamıyor ve bundan kasden kaçınıldığı gerekçede belirtiliyor. Konunun önemi özellikle bu m. 203 tanımlamasına giren *ama yazılı olmayan (fotoğraf, film, hatta ses kaydı gibi) belgelerin de tanımlaması* m. 206'da yapılan *yazılı delil başlangıcı kavramı kapsamında olacağı*nun böylece belli edilmesindedir.

81. HUMK m. 288'deki 400 TL (YTL) sınırı tasarıda m. 204'da 500 TL'ye çıkmaktadır.

82. Tasarıda m. 207'de, senede karşı *üçüncü kişilerin* öne sürdüğü muvazaa iddiasının tanıkla da ispat edilebileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

83. Tasarıda m. 210, mühürlü veya parmak izi basılmış senetler konusunu yeni bir düzenlemeye tâbi tutmaktadır. *"Hey'et-i ihtiyariye"* ye ve *"mahallince marufiki şahus"* a (HUMK m. 297) mühür veya parmak izi tasdik ettirme tarihe karışmaktadır.

84. Tasarıda m. 212-218, imzanın veya yazının inkâr edilmesi ve sahtelik iddialarının öne sürülmeleri, incelenmeleri konusunda bugünkülere göre daha ayrıntılı kurallar getirmektedir.

85. Tasarıda m. 214 yenidir ve güvenli elektronik imzanın inkârı konusunu düzenlemektedir.

86. Tasarıda m. 217’de, haksız yere sahtelik iddiası öne sürülmesinin yaptırımları düzenlenmiştir.

87. Tasarıdaki, yeminle ilgili maddeler arasında şimdi HUMK m. 355-356’da düzenlenen, hâkimin re’sen yönelttiği tamamlayıcı yemine yer verilmemiştir.

88. Tasarıdaki m. 236, yemin formülünü lâikleştirmektedir. HUMK m. 339’deki formülde, “...Allahınız ve namusunuz üzerine yemin eder misiniz?” diye soruluyordu. Oysa herkes, Allah’ı tanıyan İslâm dinine mensup değildir, hatta tek Tanrı’yı tanıyan bir dine mensup olmayabilir ve hatta hiçbir dinsel inancı benimsemiyor olabilir. Tasarının benimsediği formülde, “...namusunuz, şerefınız ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?” diye sorulacak ve kişi de aynı formülü tekrarlayıp sonunu “...üzerine yemin ediyorum” diye bitirecektir.

89. Tasarıdaki m. 244, hâkimin, ispat edilmek istenen vakıalar hakkında tanıklardan bir kısmının tanıklığı sayesinde yeterince bilgi edinmişse, geri kalan tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmesine karar vermek yetkisini tanımaktadır.

90. Tasarı, tanıklarla ilgili kurallarda ufak tefek pek çok değişiklik yapmaktadır. Örneğin tanık artık telefon, faks veya elektronik posta gibi araçlarla duruşmaya çağrılabilir (m. 246); gelmeyip de zorla getirilen sanığa, neden gelmemiş olduğu sorulacak ve gelmeyişinin haklı nedene dayanmaması halinde adli para cezası verilebilecektir (m. 248); gelen tanık, çağrılmasına neden olmuş dava hakkında ve özellikle aydınlatması istenen olay hakkında hâkim tarafından bilgilendirilecektir (m. 263).

91. Bilirkişi konusunda da durum böyledir yani tasarı bu konuda da çeşitli yeni kurallar getirmektedir, örneğin bilirkişi kurulunun en çok üç kişiden oluşacağı yolundaki HUMK m. 276 f. III cümle 2’nin getirdiği bu sınırlama kaldırılmaktadır; hatta değişikliklerden kimi, örneğin hukuk sorunları hakkında bilirkişiye başvurulmasının kesinlikle yasaklanması (bunu doğru bulmadığımızı HMK Tasarısına Katkı yazımızda belirtti-

yoruz) büyük önem taşıyan değişikliklerdir. Keza, bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü altında olmak için, “*malumatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen icrayı sanat eden kimse*” (HUMK m. 278) olmak gerekmeyecek; mesleği icra etmeyen kişi de bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü altında olacaktır (m. 274 f. I bent b), hatta vaktiyle de o mesleği icra etmiş olması gerekmeyecek ve sadece icra etmeye resmen yetkili kılınmış olması yetecektir (m. 274 bent c). Bilirkişiler için Adalet Bakanlığı bir ücret tarifesi hazırlayacak ve bu tarife her yıl güncelleştirilecektir (m. 287).

92. Keşif konusuna ilişkin maddelerde de ufak tefek birtakım değişiklikler getirilmiştir. Bunlardan m. 296 özellikle önemlidir. Sözü geçen maddenin, “*...herkes, soy bağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*” kuralı getirmesini, HMK Tasarısına Katkı yazımızda eleştiriyoruz.

93. Ayrı bir bölümün tek maddesi olan m. 297, Anglo-Sakson yargılama usulü hukuklarında uygulanması yaygın bir kurumu, uzman tanık işlevindeki “*taraf bilirkişisi*” kurumunu bizim hukukumuzda almaktadır.

94. Hükmün verilmesi, tefhimi, tebliği ile ilgili kurallara bazı değişiklikler getirilmektedir. Bunlardan belki en önemlisi, “*İlâm almak isteyen taraf, karar ve ilâm harcından ancak, hüküm sonunda kendisine yüklenmiş olan kısmı öder*” diyen m. 306 f. I cümle 1’in getirdiği yeni kuraldır.

95. HUMK, sulh kurumunu düzenlememiştir. Tasarıda m. 317 bu eksikliği gideriyor ve kurumu şimdiki uygulanış biçimiyle düzene bağlıyor.

96. Tasarı, sözlü ve seri (hızlandırılmış) yargılama usullerini kaldırmakta, yazılı usulün yanında yalnızca basit yargılama usulünü bırakmaktadır. Bu usul, HUMK’ dakine göre daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Basit yargılama usulüne ilişkin eski kuralların çoğu da geçerli kalmaktadır. Yapılan en önemli değişiklik, bu usulde davalının bir cevap dilekçesi sunmaksızın ilk oturuma gelip cevaplarını oturumda söyleyebilmesi olanağının kaldırılmış bulunmasındadır; m. 321’e göre, cevap, tıpkı yazılı yargılama usulünde olduğu gibi 15 günlük süre içinde ve dilekçeyle verilecektir.

97. Tasarının getirdiği en önemli ve en isabetli değişikliklerden biri de, Avukatlık Kanunu m. 164 f. V'deki, avukatların bir koyundan iki pösteki çıkarması kuralı işlevinde olan "*Dava sonunda... karşı tarafa yüklenilecek vekâlet ücreti avukata aittir*" kuralının kaldırılmasıdır (Tasarıda m. 334). Ancak sayın avukatlar besbelli ki buna rağmen şimdiki tasarımı pek seveceklerdir, çünkü gördüğümüz üzere tasarı kişilerin bazı istisnalar dışında bütün davalarda kendilerini avukatla temsil ettirmek mecburiyeti ilkesini getiriyor.

98. Yine yargılama giderleriyle ilgili kurallar arasında bulunan m. 336'daki f. III, bir yenilik getiriyor. Bu, hükümden sonra (örneğin, istinaf ve/veya temyiz aşamasında) hükmün kesinleşmesine kadar yapılan giderlerin tespit edilmesi, dava taraflarından kime bunların tutarından ne kadarının yükleneceğinin belirlenmesi ve bu hususta mahkemenin vereceği kararın hükme eklenmesi maddesidir. Bu aslında, gerekçede de belirtildiği üzere, mahkemenin hüküm kesinleştikten sonra yaptığı bir idarî işlemdir ve ilâmın icrası sırasında önem taşıyacaktır.

99. Adli yardım konusu tasarıda şimdiki HUMK kurallarındakine göre çok daha ayrıntılı düzenlenmiştir; dolayısıyla bu konuda getirilen yenilikler çoktur; o arada kanun yollarına başvurma aşamasında da adli yardımdan yararlanılabileceği kabul edilmiştir (m. 340).

100. HUMK m. 427'nin, hazine avukatı tarafından temsil edilen kamu kurumları için temyiz yoluna başvurma süresini uzun tutan kuralı, "*devletle kişiler arasında mahkeme karşısında eşitlik ilkesi dikkate alınarak*" ve tıpkı davada esasa cevap süresi konusunda yapıldığı üzere, terkedilmiştir, tasarıya konmamıştır (m. 365).

101. Yargılamanın yenilenmesi konusundaki kurallar ufak tefek değişiklikler getirmektedir.

102. Çekişmesiz yargı başlıklı kısımda yer alan kurallar (m. 386-392) tümüyle yenidir. Ancak, şimdiki uygulama buraya yansıtılmakla yetinilmiş, uygulamadakine göre sapma denebilecek değişiklikler getirilmemiştir.

103. İhtiyatî tedbirlerle ilgili kurallarda önemli değişiklikler vardır. Birinci olarak, dava öncesinde ihtiyatî tedbir kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme konusunda şimdiki düzenin başıboşluğu giderilmekte ve açık seçik kural konmaktadır (m. 394). Kanun yolu aşamasında da, başvuru yüksek mahkemenin ihtiyatî tedbir kararı verebileceği (aynı

maddede) kabul edilmiştir. İhtiyatî tedbir talebi reddedilirse bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilecektir (m. 395). Devletin ihtiyatî tedbir isterken teminat göstermekten bağışık olduğu kuralı (HUMK m. 110 cümle 2) kaldırılmıştır; bunu doğru bulmadığımızı ve gerekçelerimizi HMK Tasarısına Katkı yazımızda açıkladık. İhtiyatî tedbir kararı alındıktan sonra bunun uygulanması konusunda HUMK bir süre öngörmemiş iken, tasarıda m. 397, öngörüyor. İhtiyatî tedbirin, hâkim tarafından aksine karar verilmiş değilse, esas hakkında hükmün tefhim veya tebliğ edilmesiyle kalkacağı yolundaki, pek sakıncalı sonuçları olabilen HUMK m. 112'deki ilke değiştirilmiştir; şimdiki bu düzenlemenin tam tersine, aksi hâkim tarafından kararlaştırılmadıkça tedbir kararı nihai kararın kesinleşmesine kadar geçerli olacaktır. Haksız ihtiyatî tedbir kararından dolayı zarara uğrayan kişi, teminat yatmış olmasına rağmen, zararını bu teminattan veya sorumlu kişinin diğer malvarlığı parçalarından tahsil edebilmek için bir tazminat davası açıp hüküm almak ve bu hükmü icraya koymak ihtiyacında olduğundan, o dava konusunda düzenleme yapılmıştır (m. 403).

104. Tasarıda m. 405'de f. I ve IV, HUMK m. 370'in tersine, delil tespiti görev ve yetki konusunu açık seçik kurala bağlamaktadır: *"Henüz dava açılmamış olan hallerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir"* (f. I); *"Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir"* (f. IV). Ancak, esas hakkında açılan davada, tespit yoluyla dosyaya girmiş bir delil kullanılmak istendiğinde o tespit görevsiz ve/veya yetkisiz mahkeme eliyle yaptırılmış olması elbette ki delilin delil niteliğini eksiltmez ve hâkimin bu delili dahi değerlendirip ispat gücünü takdir etmek yetkisi baki kalır; tespiti yapıp delili dosyaya koyan mahkeme mutlaka bu delili *"murdar"* ve şimdi kullanılamaz sayacak değildir; aksi görüşün de savunulmuş olması nedeniyle duraksamayı önlemek için yasa f. III'te de yeni bir kuralla konuya açıklık getiriyor: *"Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez"*.

105. Tasarıda m. 412, Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin aynı haklarla ilgili uyuşmazlıklarda tahkime gitmek olanağını artık tanımıyor; bu değişikliği gerekli ve hatta yerinde saymadığımızı, *"HMK Tasarısına Katkı"* yazımda belirtiyorum.

106. Tasarıda m. 422, hakemin reddedilmesi sürecine bazı yenilikler getirmektedir.

Tasarı, aslında, 455 madde içinde bulunan binlerce kuralından bir haylisi ile pek çok sayıda yeniliği hukukumuzda getirmektedir; bu yeniliklerin bana göre en önemlileri yukarıda listelediklerimdir.

Gerekçe, m. 423'te de bir değişikliğin (hatta çok önemli bir değişikliğin) yapıldığını söylüyor: *"Maddede, hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu, görevi kabul edip yerine getirmemiş olması hâli ile sınırlandırılmış; böylelikle görevin, sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır"*. Ben maddede böyle bir sınırlayıcı kural görmedim (zaten olamazdı); bakalım siz göreceksiniz: *"Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hâkim, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür."* Bundan daha doğal ne olabilir? Ama tarafların her ikisinin bir işini görmeyi üstlenmiş, BK m. 386 anlamında onlarla vekalet akdi yapmış olan hakemin, üstlendiği görevi *"Hüsnü surette ifa mükellefiyeti"* ni (BK m. 390 f. I, II) ayaklar altına alıp çiğneyerek sonuçta iki taraftan birinin yahut her ikisinin zararına sebebiyet vermesi durumunda akitler hukukunun genel ilkeleri gereğince tazminat davasına muhatap olabilmesi de bir o kadar doğaldır ve tasarıdaki, yukarıda aktardığım m. 423 metni, gördük ki, bunu asla engellemiyor; *"Hakem sadece, görevi kabul etmişken yerine getirmemesi halinde bu tutumundan doğan zararı tazminle yükümlüdür, ona karşı başka temelde tazminat istemi öne sürülemez"* demiyor.

SU HAKKI

Özden SAV*

I. Bir İnsan Hakkı olarak “Su Hakkı”

Birleşmiş Milletler (BM) sisteminin iyileştirilmesi amacıyla yaklaşık iki yıl önce bir İnsan Hakları Konseyi oluşturuldu. B, M Örgütü içindeki, insan hakları izleme mekanizmasının temel taşı olarak algılanabilecek bu yeni organ, BM Örgütü’nün gözden geçirilmesi ve iyileştirilmesi çalışmaları sırasında, 2005 yılında oluşturulmuştur. İnsan Hakları Konseyi, BM Örgütü bünyesinde hazırlanıp imzaya açılmış bulunan, başta Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi (ya da Misakı)¹ ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi² olmak üzere, bir dizi insan hakları antlaşmasının taraf devletlerdeki uygulanışını izleyen önceki temel insan hakları izleme organı olan “*BM İnsan Hakları Komisyonu*” nun yerini almıştır. Bu organ, önceki BM İnsan Hakları Komisyonu’nun çalışmasındaki yinelemeler, çarpıklıklar ve etkisiz olduğu düşünülen öğelerden kurtulmak amacıyla, önceki komisyon üzerinde yapılan bir biçim ve kabuk değişikliğidir.

BM Örgütü’nün insan haklarından yararlanılmasını izleme organı, yıllık olağan çalışmalarını artık anılan Konsey toplantıları ile sürdürecektir. Önceki anlayıştan farklı olarak, tek tek ülkelerdeki insan haklarına ilişkin sorunlara eğilmektense, türcül³ konulara ağırlık verilmesi öngörülmektedir.

* Av. Dr., Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri. Bu makalede yer alan görüşler yazara ait olup, kurumunu bağlamaz.

¹ International Covenant for Civil and Economic Rights.

² International Covenant for Economic, Social and Cultural Rights.

³ “Türcül” kavramı İngilizce’deki “generic” kavramı karşılığında önerilmektedir.

İkinci Oturumunu Eylül-Ekim aylarında yapan İnsan Hakları Konseyi'nin bu oturumunda, Almanya ve İspanya tarafından ortaklaşa, "*Uluslararası İnsan Hakları ve Suyu Erişim*" (International Human Rights and Access to Water) başlıklı bir karar tasarısının önerildiği anlaşılmaktadır. Toplam yarım sayfada beş paragraftan oluşan taslak metnin ilk paragrafında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medenî ve Siyasî Haklar Misakı, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi teyit edilmektedir. Karar taslağının ikinci paragrafında, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 2002 tarihli "*su hakkı*" başlıklı, "*15 sayılı Genel Yorumu*" anımsatılmaktadır. Karar tasarısının üçüncü paragrafında, BM İnsan Haklarının Korunması ve İyileştirilmesi Alt-Komitesi'nin içme suyu ve hijyen hakkının gerçekleştirilmesi için Rehber İlkeler⁴ başlıklı çalışmasının desteklediği kaydedilmektedir. Dördüncü paragrafta, 1977 Mar del Plata Bildirgesi, 1992 BM Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda kabul edilen Gündem 21, 1994 Nüfus ve Kalkınma Uluslararası Konferansı Eylem Planı ile 2005-2015 "*Yaşam için Su*" Uluslararası Eylem On yılı başta olmak üzere, belli başlı BM konferansları, zirveleri ve özel oturumları ile bunların izleme süreçlerinde kabul edilen bildirgelerin ve programların ilgili bölümleri anımsatılmaktadır.

Karar tasarısının beşinci ve son paragrafında ise, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisinin, uluslararası insan hakları belgelerinin içerdiği ilgili insan hakları yükümlerinin kapsamı ve içeriği üzerinde geniş bir çalışma yaparak, bu konuda (Konsey'in altıncı oturumundan önce sunulmak üzere) öneriler ve tavsiyeler belgesi hazırlaması istenmektedir.

Böylece, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Ofisinden, bugüne dek yürürlüğe konmuş olan tüm temel insan hakları antlaşmaları ile su konusuna değgin uluslararası konferanslarda kabul edilmiş olan sonuç bildirgesi, eylem planı gibi belgelerin gözden geçirileceği bir çalışma yapması karar altına alınacaktır. Bu çalışmayla, uluslararası düzlemde kabul edilmiş bir "*su hakkı*"nın var olup olmadığı, eğer böyle bir hak yoksa buna en yaklaşan hangi öğelerin bulunduğu saptanması amaçlanmaktadır.

⁴ Bu belgenin özgün adı şöyledir: "Guidelines on the realisation of the right to drinking water and sanitation".

Bu karar tasarısı ile açıkça söylenmemekle birlikte, uzun dönemde “*su hakkı*” başlıklı yeni bir kamu özgürlüğünün yaratılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

“Su hakkı” Başlıklı Bir Kararın Kabul Edilmesinin Uzun Dönemde Yaratacağı Etki

İspanyol-Alman ortak girişimi olarak ortaya çıkan bu karar tasarısıyla, evrensel insan hakları platformu olan BM İnsan Hakları Konseyi’nde bir çalışma yapılması ve bu çalışmayla, “*su hakkı*” başlıklı yeni bir kamu özgürlüğünün yaratılması yolunda adım atılacaktır. Böylece, uluslararası hukukta, bugüne dek bulunmayan bir kavramın, gerçekte tüm insan hakları belgelerinin temelinde yer aldığı veya gelişmekte olduğu sonucuna varılmasını sağlayacak veriler bir araya getirilecektir.

Bir hakkın tanınması, iki boyut içerir:

- a. O hakkın hukukî-işlevsel olarak adlandırılabilir yön.
- b. Hakkın psikolojik, sosyo-psikolojik boyutu.

Bunlardan ilki ve belki de daha kolay anlaşılabilir olanı, hukukta bir “*hak*”kın var olabilmesi için, bir kamu otoritesinin bu hakla bağdaşmayan, hakkın ihlali niteliğindeki eylemleri denetlemesi, gözden geçirmesi ve ihlal niteliğindeki eylemleri durdurması gerekmektedir. Bu bağlamda, hakkın yararlanıcısı, hakla ilgili olarak örneğin hakkın ihlal edilmesi durumunda yasal işlem başlatabilecektir. Böyle bir süreçte mahkemenin zararı gidermek amacıyla yasal giderime hükmetmesi beklenir. Hükmedilen giderimin hak sahibinin zararını hafifletmesi gerekir.⁵

Hukukta bir hakkın var olması için koşullar aranması gerektiğini belirten bir yazar, bu haktan yararlanacak olanların (örneğin hakkın esirgenmesi için hükmedilecek giderimden yararlanacak olanın) canlı olmasının yeterli olmayacağını, ayrıca, bu giderimin hukuktaki anlamını takdir edebilecek durumda olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu savdan hareketle, örneğin ağaçların hakkı olduğunun savunulamayacağı

⁵ C.Stone, “Should Trees have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects”, (1972), 45 Southern Californian L.R. 450’den naklen, M. Dixon & R. McCorquodale, *Cases And Materials On International Law*, s. 490 (Londra, 1991).

sonucuna varmaktadır.⁶ Yazımızın konusu olan “su hakkı” uluslararası düzlemde kabul edilecek olursa, insan dışındaki tüm canlılar bakımından da yaşamın sürmesi için suya gerek olduğuna göre, aynı hakkın tüm canlılar bakımından da bulunduğu savunulup savunulamayacağı üzerinde durulabilecektir.

İspanyol-Alman karar taslağında, kararın kabul edilmesiyle başlatılacak çalışma bakımından dayanak olarak birkaç belgenin sunulduğu görülmektedir. Bunlardan biri, BM İnsan Hakları Komisyonu çerçevesinde hazırlanmış olan 2002 tarihli “15 sayılı Genel Yorum”daki, ‘içme suyu hakkı ve sağlık’ temalı rehber ilkeler belgesidir.

Karar tasarısının giriş paragraflarından ilkinde, devletlerin kendi vatandaşlarına yeterli ve temiz içme suyu ve sağlık için gereken suyu⁷ sağlama ödevinin bulunduğu belirtilmektedir. Söz konusu belge ve benzeri başkaca siyasal nitelikli birçok belge ve bildiri de koşul olarak insan yaşamının suya dayandığı, suyun sağlık için temel bir öge olduğu, dolayısıyla, devletin yeterli ve temiz suyu vatandaşlara sağlamak ödevi bulunduğu ilişkin bir anlayış yer almaktadır. Ne var ki, insan hakkı olarak “su hakkı”nın bugüne dek uluslararası düzlemde kabul edilmiş olduğu söylenemez.

Bu bağlamda, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin içerdiği “herkesin, kendisi ve ailesinin sağlığı ve iyiliği için yeterli bir yaşam standardına hakkı bulunduğu”ndan söz edilen 25 ilkeden başka, su ya da yaşamın sürmesi için vazgeçilmez bir başka değer üzerinde herhangi bir hakkın kurulmamış olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Böylesi bir insan hakkının kabulü, uzun dönemde, devletlerin vatandaşlarının su hakkını sağlayabilmek için, elinde su kaynağı olan başka devletlerden su talep etmesi gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu ise, doğal olarak su kaynakları kıt olan coğrafi bölgelerde, örneğin böylesi bir bölgede yer alan ülkemiz açısından, ciddi yeni yükümler ve sorunlar doğurabilecektir.

Dolayısıyla, “su hakkı” gibi bir hakkın, kamu özgürlükleri arasına yerleştirilmesinin uzun dönemde doğuracağı ciddi sakıncalar ve böyle bir hakkın kabulünün insan hakları sistemi içinde yol açacağı karmaşa göz önünde bulundurularak, karşımızdaki Almanya-İspanya ortak karar

⁶ Ibid.

⁷ Sağlık için gereken su, İngilizce “water for sanitation” karşılığındadır.

tasarısı karşısında kararlı bir tutum belirlenmesi yerinde olacaktır. Doğal çevre ile çevrenin insan yapısı öğelerinin korunması ve yer kürede canlı yaşamının devamı için gereken önlemlerin alınması konusunda duyarlı olan hukukçuların ve siyaset adamlarının konuya bu aykırı açıdan yaklaşması düşünüülerek aşağıdaki çözüm önerilmektedir.

Su Hakkı Savına Dayanak Olarak Sunulan Belgeler

Söz konusu karar tasarısında, uluslararası düzlemde bugüne dek kabul edilmiş olan yazılı belgelerde bir “su hakkı” bulunduğu düşünüülerek kaynak gösterilen belgeleri tek tek irdelemek yerinde olacaktır.

1. Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde hazırlanarak imzaya açılmış olan insan hakları alanındaki antlaşmaların lafzında, bu antlaşmalar hazırlanırken bir “su hakkı” düşüncesinin öngörülmemiş olduğu açıktır.

İlk olarak, Almanya ile İspanya tarafından kaleme alınan Karar Tasarısı’nda yollama yapılan (“15 sayılı Genel Yorum”un dayanağı olarak gösterilen) *BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*’nin (Misak) 11 ve 12. maddelerini inceleyelim. Bu maddelerden ilkinde, “bu Sözleşme’ye taraf olan devletlerin, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine erişme ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul ettikleri”nden söz edilmektedir. Sözleşmeye Taraf Devletler, bu konuda hür rızaya dayalı uluslararası işbirliğinin önemini kabul ederek, bu hakkın gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun önlemleri alacaklardır.

Sözleşmenin 12. maddesinde ise, “Sözleşme’ye taraf olan her bir devletin, herkesin ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ettiği”nden söz edilmektedir. Bu bağlamda devletlerin, ölü doğum, bebek ölümü oranlarının düşürülmesi, çocukların sağlıklı biçimde gelişmesini sağlamak üzere gerekli önlemleri alacakları, çevre ve endüstrideki sağlık koşullarının iyileştirilmesi, salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi ve denetim altına alınması için gerekli önlemleri alacakları hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı’nda, kişilerin sağlıklı bir yaşam sürdürme hakkının bir parçası olarak barınma hakkının bulunduğu düzenlenmektedir. Buradaki ‘barınma olanağı’nın ise, içinde akarsuyu da bulunan bir ev olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Bu

öğelerin, tek tek kişilerin yaşam kalitesini arttırmanın bir gereği olarak öngörülmüş olduğu sonucuna varılmaktadır.

2. İkinci olarak, bir BM İnsan Hakları Komisyonu belgesi olan, üye devletlerce görüşülüp kabul edilmediği bilinen “15 sayılı Genel Yorum” metninde BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi su hakkının dayanağı olarak sunulmaktadır. Anılan sözleşmede “su” teriminin kullanıldığı tek hüküm olan 14. maddenin, (h) bendi şöyledir:

“Taraf Devletler, kadın ve erkeklerin eşitliği prensibine dayanarak, kırsal kalkınmaya katılmalarını ve bundan yararlanmalarını sağlamak için, kırsal kesimdeki kadınlara karşı ayırımı ortadan kaldıran tüm uygun tedbirleri alacaklar ve özellikle kırsal kesim kadınlarına aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: ... (h) Özellikle konut, sağlık, elektrik ve su temini, ulaştırma ve haberleşme konularında yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını sağlamak”.

3. Bir BM antlaşması olmayan, ancak, su hakkı bakımından incelenmesi gereken üçüncü bir antlaşmanın da, Uluslararası Kızılhaç Komisyonu (ICRC) koruyuculuğunda hazırlanmış olan ve uygulanışı yine aynı Örgüt tarafından izlenen 23 Ağustos 1949 tarihli “Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmesi” dir. Bu sözleşmede, silahlı bir çatışma sırasında sivillerin günlük gereksineceği yıkanma suyu (m. 85), içme suyu (m. 89) ve enterne edilmiş olanlara içme suyu sağlanması ödevi (m. 127) konusunda özel maddeler bulunmaktadır. Yine aynı Sözleşme’de, silahlı çatışma sırasında sivil halka sağlanması gereken gıdaya ilişkin bir dizi hüküm de bulunmaktadır (örneğin, m. 15, 23, 36, 50, 55, 59, 76, 87, 89, 100 ve 108).

Buraya kadar değinilen uluslararası antlaşmaların incelenmesinden, top yekün bir silahlı çatışma gibi en zorlu koşullarda bile olsa, insan yaşamının sürdürülebilmesi için tek tek kişilerin içme ve yıkanma suyuna gereksindiği öngörülmektedir. Bu gereksinimin karşılanması için gereken önlemlerin alınması konusunda her bir taraf devletin yükümlülüğü de kabul edilmektedir. Bir başka anlatımla, Cenevre Sözleşmeleri’ne taraf devletler, silahlı bir çatışma sırasında sivil halkın gereksindiği su ve sağlık koşullarını sağlamak ödevini üstlenmiştir.

Buraya kadar anılan antlaşmalara taraf olan devletlerin, kişilere suya erişme olanağı sağlamanın, sınır aşan akarsuların akılcı kullanılmasını sağlamanın ötesinde bir ödev yüklediğini savunmak güç görünmek-

tedir. Bir başka anlatımla, yerkürenin zorlu iklim kuşaklarında yer alan, ya da ekonomik gelişmesini tamamlayamamış olan veya egemenliği ya da kontrolü altındaki su kaynakları ulusal gereksinimlerini karşılamaya yetmeyen devletlere, uluslararası yardım yapma yükümünün kabul edildiği bu antlaşmalar hükümlerine dayanılarak savunulamaz.

4. Uluslararası düzlemde kabul edilmesi istenen su hakkının dayanağı olarak gösterilen bir başka belge yukarıda anılan 2002 tarih ve "15 sayılı Genel Yorum" başlıklı belgedir. Söz konusu kâğıt, bağlayıcı bir hukukî belge niteliğini taşımaz. Yalnızca, bir grup uzman ya da bir çalışma grubu tarafından yapılan bir çalışma niteliğindedir. Bu çalışmanın, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nın 11 ve 12. maddeleri yorum yoluyla genişletmeyi ve bu genişletilmiş yorumun uygulanmasına önayak olmayı hedeflediği söylenebilir. Bu yorumun bağlayıcı olduğunu ileri sürmek güçtür. Bu çalışma, sunulduğu BM İnsan Hakları Komisyonu'nda görüşülmemiş ve kabul edilmemiştir.

5. Alman-İspanyol karar tasarısında su hakkı bakımından dayanak olarak gösterilen 1977 tarihli *Mar del Plata Konferansı Raporu*, su kaynaklarının durumunun saptanması ve akılcı yönetilmesine ilişkin temel anlayışı derlemiştir. Bir konferans raporudur ve Panama Kanalı ve yarı kapalı denizler gibi sığ denizlerin de dahil edildiği su kaynaklarının akılcı yönetimi ve kullanımına ilişkin temel anlayışı dile getirmektedir. Mar del Plata Konferansı, salt su kaynaklarına özgüdür. Dolayısıyla, Rapor da yalnızca su kaynaklarına ilişkin, genel bir belgedir. Bu Rapor'da, öncelikle her bir su kaynağına ilişkin somut verilerin saptanması,⁸ ardından bu kaynağın akılcı kullanılması ve akılcı biçimde yönetilmesi için atılabilecek adımlara yer verilir.

Mar del Plata Konferansı Raporu'nda, "paylaşılan sular" başlıklı bir bölümün yer aldığı, ancak bu terimin kullanıldığı her yerde aynı dipnota yollama yapılarak, bu terimin, "sınır aşan akarsular", ya da "uluslararası sular" terimlerini yeğleyen devletlerin anlayışına ters düşmemek üzere, salt metinde bir terim birliği sağlanabilmesi amacıyla kullanıldığı açıklanmıştır. Sınır aşan sulara ilişkin hukuk kuralları bakımından temel bir kavram üzerinde dahi katılımcı devletlerarasında görüş birliğinin sağlanamamış olduğu anlaşılan söz konusu Konferans Raporunun, şimdi, sınır aşan sulara özgü olmayan bir forumda anılarak masaya getirilmesi yanlış anlamalara yol açabilecektir. Bu Rapor, bugüne dek

⁸ İngilizce metinde kullanılan "assessment" karşılığındadır.

devletimiz tarafından bağlayıcılığının kabul edildiği biçimde yorumlanmasına yol açacak biçimde hiç kullanılmamıştır. Bu belgenin bugüne dek olduğundan fazla bir önem ve ağırlık kazanacak biçimde bundan sonra da kullanılmaması yerinde olacaktır.

Gözönünde tutulması gereken bir başka konu ise, Mar del Plata Konferansı'nı izleyen yıllarda, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda görüşülerek, hazırlanmış olan Sınır aşan Akarsuların Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımına ilişkin Çerçeve Sözleşme metni üzerinde de bir oydaşma⁹ sağlanamamış olmasıdır. Gerek bu metnin hazırlandığı Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndaki (UHK) görüşmeler sırasında, gerek UHK bünyesinde kaleme alınan sınır aşan akarsuların ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasına ilişkin taslak maddelerin kabul edilmesi için toplanan diplomatik konferansta bir oydaşma sağlanamamıştır. Sözleşme'nin imzaya açılmasından bu yana geçen süre de, sınır aşan akarsuların kullanımı bakımından hazırlanmış bulunan metinlerin ve bu metinlerin içerdiği hükümlerin yapıya geliş kuralı niteliğini kazanamamış olduğunu ortaya çıkarmıştır.¹⁰

6. Alman-İspanyol karar tasarısında uluslararası düzlemde bir su hakkının varlığına kaynakça olarak gösterilen bir başka düzenlemenin de 1982 yılında Rio de Janeiro'da yapılan *Dünya Çevre ve Kalkınma Zirvesi'*nde kabul edilen *Bildirge ve Gündem 21* başlıklı eylem planıdır. Bunlar, her bir devletin, egemenliği altındaki yerlerde bulunan doğal çevre ve doğal kaynakları sürdürülebilir biçimde kullanması gerektiği anlayışından ilk kez söz edilen, kapsamlı belgelerdir. Bu belgelerde, yerli halkların doğayla uyumlu biçimde yaşama anlayışından söz edilmekte ve gelecek kuşakların da doğal kaynaklardan bugünkü kuşakların yararlandığı biçimde yararlanabilmesine olanak tanıyacak biçimde tutulması ve kullanılmasına kadar yayılan geniş bir ilkeler bütünü yer almaktadır. Bu belgeler gerçekte yerkürenin doğasının ve kaynaklarının esirgenmesi bakımından 21. yüzyıla hazırlık amacını güden bir gündem içermektedir. Bunlarda, doğal çevreye duyarlı yeni üretim ve tüketim yöntemlerine geçilmesi gerektiği anlayışı yer almaktadır. Rio Zirvesi'nde kabul edilen bu belgeler, doğal çevreyle uyumlu biçimde yaşayabilme-

⁹ İngilizce'deki "consensus" karşılığındadır.

¹⁰ Dr. Ö. Sav, *Sınır aşan Akarsular*, Ankara Barosu'nca düzenlenen Hukuk Kurultayı 2000, Tebliğler Kitabı, Cilt 4, s. 429-445 (Ankara Barosu'nca Ankara'da, 12 - 16 Ocak 2000 tarihlerinde düzenlenen Kurultay'a sunulan tebliğdir).

miz için günlük yaşamımızda dikkat edilmesi gereken üretim ve tüketim biçimlerinden söz edilmiş olması dolayısıyla önemlidir.

Gündem 21, “sürdürülebilir kalkınma” olarak anılan ve doğal çevrenin korunmasından çok ekonomik kalkınmaya ilişkin küresel bir anlayışın ayrıntılarının düzenlendiği bir kaynak belgedir. Dolayısıyla, 21. Yüzyıl’da yaşamın sürmesi amacını güden evrensel bir eylem planı niteliğinde olan bu belgede, yeryüzündeki yaşamın sürmesi bakımından önemli görülen birçok doğal kaynağa olduğu gibi su kaynaklarına da değinilmiş olması doğaldır. Bu nedenle, su konusunda, devletlerin, tek başlarına ya da işbirliği halinde, “yoksulların temiz su ve hijyen altyapısına (sanitation) erişimini sağla” mak¹¹ ödevinin bulunduğundan söz edilmektedir. Bu bağlamda, su kaynaklarının kirlenmeye karşı korunmasına ve su kaynaklarının yönetimine ilişkin başlıklar içermesi ise anlamlıdır ve kabul edilebilir niteliktedir.

7. İspanyol-Alman ortak önerisi karar tasarısında yollama yapılan bir başka belge ise, 1994 yılında Kahire’de toplanan *Nüfus ve Kalkınma Konferansı*’nda kabul edilen *Bildirge*’nin 2. İlkesi’nde, insanın, “sürdürülebilir kalkınma kaygısının temelinde yer aldığından, doğayla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam sürmek, kendisi ve ailesi için yeterli gıda, giyim, ev, su ve hijyen altyapısı da dahil, yeterli yaşam koşullarına sahip olma hakkı” bulunduğu belirtilmektedir.¹²

Sonuç olarak, hukuken bağlayıcılığı bulunmayan bu tür konferans sonuç belgelerinde ve yukarıda adı geçen antlaşmalarda, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ya da benzeri bir insan hakkından söz edildiğinde, devletlerin egemenliği ya da denetimleri altındaki coğrafi alanlarda bulunan (su da dahil olmak üzere) doğal kaynaklar üzerinde sahip oldukları egemenlik haklarını kısıtlayacak ya da ortadan kaldıracabilecek nitelikte bir yazıma yer verilmediği görülmektedir.

¹¹ Özgün metin şöyledir: “(p) Provide the poor with access to fresh water and sanitation”.

¹² 2. İlke’nin İngilizcesi şöyledir: “Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature. People are the most important and valuable resource of any nation. Countries should ensure that all individuals are given the opportunity to make the most of their potential. They have the right to an adequate standard of living for themselves and their families, including adequate food, clothing, housing, water and sanitation”.

Uluslararası Düzlemde “Su Hakkı”nın Var Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme

İnceleme konusu olan karar tasarısında adı geçen belgelerin irde-lenmesinden, BM bünyesinde kabul edilmiş olan insan hakları arasın-da açıkça düzenlenmiş ya da adı konmuş bir hak olarak “*su hakkı*”nın bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Kaldı ki, BM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde üretilen ve konuyla en ilişkili görünen belgelerden biri, anılan Komisyon’a bağlı İnsan Hakları Alt-Komisyonu’nda, 10 Ağustos 2001 tarihinde (E/CN.4/BUB.2/RES/2001/2 simgeyle) kabul edilen “*İçme suyu ve hijyen hakkının gerçekleştirilmesinin iyileştirilmesi*” (Promotion of the realization of the right to drinking water and sanitation) başlıklı karardır. Anılan kararda da “*su hakkı*”nın, uluslararası düzlemde kabul edilmiş bir hak olarak kabul edildiğini gösterecek bir veri bulunmamaktadır.

Suyun, yeterli ve sağlıklı gıdaya erişim hakkı, konut hakkı, yaşam kalitesini arttırmak hakkı, sağlıklı biçimde yaşamı sürdürme hakkı gibi BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı’nda yer alan hakların bir parçası, yaşam kalitesinin arttırılmasının ise vazgeçilmez bir ögesi olduğu tartışmasızdır. Ancak, bu anlayıştan hareketle bireylerin bir “*su hakkı*”nın var olduğundan söz edilmesi, böylesi bir söylemin kabul edilmesi, kamu özgürlüklerine bir yeni hak ve özgürlüğün katılması anlamına gelir. Bu, giderek karşılanamayacak bazı istemlerin önünü açacaktır. Bugün “*su hakkı*”nın varlığı kabul edilirse, örneğin, yarı kurak ve kurak iklim kuşağında yer alan ülkelerde mevsimsel olarak baş gösteren kuraklığa bağlı olarak ortaya çıkan su ve yiyecek kıtlığını aşmak üzere, suyu bol olan ve kişi başına düşen su miktarı yüksek olduğu bilinen kimi ülkelerin, kendine fazla gelen suyu su kıtlığı yaşanan ülkelere kullandırması gibi bir sonuca varılmasına neden olup olmayacağını sorgulanması gerekir. Zira yeryüzündeki canlı yaşamının temel ögesi olan ve giderek kıt bir kaynak haline dönüşen su, değeri artan stratejik bir nitelik, değer kazanacaktır.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, Kuzey Kutup (Arktik) bölgesindeki buzullarda gözlenen kayıp miktarı, Avrupa anakarasının en kuzeyindeki bir noktayla Kuzey Kutbu arasında meydana gelen büyük yarık nedeni-yle, insanın tükettiği hidrokarbonlara bağlı olarak dünya ikliminde bir değişiklik yaratmaktadır. Bu değişikliğin aşılması için alınması öngörü-len önlemlerin başarısız olduğu günümüzde, yerküremizde var olan su

kaynaklarının durumu dikkate alınmaksızın böylesi bir “su hakkı”nın varlığından söz edilmesinin uzun dönemde doğurabileceği etkilerin iyi düşünülmesi gerekir. Dünyanın ısısı her geçen gün yükselmektedir. Bu oluşum içinde su kaynaklarının hakça dağılımı, akılcı kullanımıyla doğrudan bağlantılı olan bir su hakkında söz edilmesinin ilk başta eski emperyalist güçlerin de işine gelmeyeceği düşünülmektedir.

İnsanoğlunun değiştiremediği üretim ve tüketim alışkanlıklarından etkilenen yerkürenin, hızla değişen doğal koşullarında, yerkürenin doğal dengesinin, yaşayan tüm canlıların oluşturduğu yaşam döngüsüne bağlı olduğu, bunun eski sağlıklı biçimini sürdürmek isteniyorsa, tüm canlıların var olmaya devam etmesine çalışılması gerekeceği ileri sürülerek, bir “su hakkı” kabul edilecek olursa, bu hakkın tüm canlılar için, (bir başka deyişle, insanlar kadar hayvanlar için de) eşit biçimde geçerli olması gerekeceği savunulabilecektir. Hatta daha da önemlisi, eğer bir “su hakkı” olacaksa, buna koşut olarak, bir de “hava hakkı” ya da “soluk almak hakkı”nın varlığı da ileri sürülebilecektir.

II. Türk Hukuku Açısından Sular

Tümüyle insanî gibi sunulan böyle bir yeni insan hakkının varlığına ya da oluşturulmasına itiraz edilirken, karşı duruşu güçlendirecek olan bir verinin de, Osmanlı’dan günümüze su kullanımı konusundaki geleneklerimiz ve hukukî düzenlemelerimiz olduğu düşünülmektedir. Tüzel düzenlemelerimizde, “sular hukuku”nun “malvarlığı hukuku”nun bir konusu olarak yer aldığı gözden kaçırılmamalıdır.

Yüzlerce yıl şeriat mahkemelerince hayli dağınık ve bazen tutarsız biçimde uygulanmış olan hükümlerin temel bir yasada toplanması düşüncesinin ürünü olarak ortaya çıkan Mecelle-i Ahkam-i Adliye’de suya ilişkin hükümler bulunmaktadır. 1869 yılından başlayarak Osmanlı İmparatorluğu’nda uygulanmış bulunan ve toplam 1851 maddeden oluşan Mecelle’nin 67 maddesi doğrudan su üzerindeki mülkiyetin kurallaştırılmasıyla ilgilidir. Bu hükümlerde, “suyun, ot ve ateş gibi hiç kimsenin malı olmadığı, tüm insanların (nas) bunda ortak olduğu” (m. 1234) ve “yeraltında cereyan eden suların kimsenin mülkü olmadığı” (m. 1235) hükme bağlanmıştır.¹³ Ayrıca, “yüzey ve yeraltı sularına akçalı bir değer

¹³ “Madde 1234 – Su ve ot ve ateş mubahdır. Nâs bu üç şeyde şürekâdır.

Madde 1235 – Yeraltında cereyan eden sular kimsenin mülkü değildir.” (Mecelle

biçilmesi” anlayışının Mecelle’de benimsenmemiş olduğunu gözden kaçırmamak yerinde olacaktır.¹⁴

Örnek olarak verilen bu birkaç madde hükmü bile, Osmanlı’da geçmişi Kербela olayına dek uzanan ve su kaynakları kadimden beri kıt olan Ortadoğu’da suya verilen değeri yansıtır. Su öyle değerli bir varlıktır ki, hiç kimsenin malı olamaz; ancak, insanlığın ortak varlığıdır. Bir başka anlatımla, modern dönemin uluslararası toplumunun 1970’lerde vardığı “*insanlığın ortak kalıtı*” gibi soyut, evrensel ve neredeyse ütöpik bir anlayışı Osmanlı’nın su bakımından 19. yüzyılda anlamış ve günlük yaşamının her aşamasında, örneğin sebiller, çeşmeler, su yolları, kanalları gibi hayır için yapılar inşa etmek yoluyla uygulamıştır. Üstelik Mecelle, Osmanlı İmparatorluğu’nun sona ermesi ve yerine yeni devletler kurulmasından sonra bağımsız olan Lübnan, Filistin, Suriye ve Suudi Arabistan gibi devletlerde de uygulanmaya devam etmiştir. İçerdiği temel anlayışın günümüzde dahi bazı ulusal yasalarda yer aldığı ileri sürülebilir.

Günümüzde uygulanan hukuk kuralları bakımından ilkin, Anayasa’nın doğal zenginlikler ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu amir olan “*doğal servetler ve kaynakların aranması ve işletilmesi*” başlıklı 168. maddesini anımsamak yerinde olacaktır. Öte yandan Medeni Kanunumuz uyarınca, kişiler sahip oldukları taşınmaz içinde bulunan su kaynağı üzerinde, mülkiyet hakkına bağlı olarak sahip olabilmekte, bu hak tapu siciline kaydolunabilmektedir. Ancak, su üzerindeki hak araziden bağımsız biçimde edinilememekte ve devredilememektedir. Yeraltı suları ise kamuya aittir (m. 756). Ayrıca, yine Medeni Kanun’un taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümleri arasında, doğal olarak akan kaynak suları üzerinde taşınmaz mülkiyetine bağlı olarak bu akışa katlanmak zorunluluğu getirilmekte; komşulardan hiçbirinin bu su akışını diğerinin zararına değiştiremeyeceği ve üstteki arazi malikinin, alt taraftaki taşınmaza gerekli olan suyu, ancak kendi taşınmazı için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği kuralı yer almaktadır (m. 742).

(Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), metni kontrol eden ve lûgatçeyi hazırlayan Ali Himmet BERKİ (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1959)).

¹⁴ Prof. Dr. Ö., Uluatam, Damlaya Damlaya ... (Ortadoğu’nun Su Sorunu), s. 145-153 (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1998). Mecelle’nin anılan maddesinde özgün metinde “su, ot ve ateş gibi mübahdır. İnsanlar bunda ortaktır” denmektedir.

Özetle, Türk hukuk sisteminde, su kaynakları üzerinde kişilerin sahip olduğu hak, hep mülkiyet hakkıyla birlikte, onun bir parçası olarak düşünülmüştür. Oysa Mecelle'nin yazım biçimi, yukarıda da belirtildiği gibi, su kaynaklarının daha çok insanlığın ortak değeri olarak algılandığı izlenimi vermektedir. Bu temel anlayış, günümüzde uluslararası hukukta yeri bulunan "*insanlığın ortak kalıtı*" anlayışından da farklıdır.

İnsanlığın ortak kalıtı kavramı uluslararası düzlemde, ilk olarak III. Deniz Hukuku Konferansı sırasında Malta'nın Konferanstaki temsilcisi Büyükelçi Arvid Pardo tarafından sözlü olarak dile getirilmiş bir kavramdır. Bu kavram her ne kadar uluslararası deniz hukuku bağlamında ortaya atıldıysa da, ilk kez uzay hukuku alanındaki bir uluslararası antlaşmada yer alarak, devletleri bağlayıcı olmuştur.

III. Deniz Hukuku Konferansı görüşmeleri ise, ancak 1982 yılında Jamaika'nın Montego Körfezi'nde imzaya açılan BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'yle sonuçlanmıştır. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi taslağı üzerinde on yıla yakın süren görüşmeler sürerken, insanlığın ortak kalıtı kavramının başka bir antlaşmaya taşındığı ve yazılı hale getirilerek bağlayıcılık kazandığı görülmüştür. Bu, 1971 yılında imzaya açılan Ay ve Öteki Gök Cisimlerine ilişkin sözleşmedir. Mecelle'deki suyla ilgili hükümlerin, devletler hukukunun bu iki düzenlemesindeki "*insanlığın ortak kalıtı*" (mirası) kavramına yaklaştığı, ancak, günlük yaşamdaki uygulanışı bakımından, bunlardan daha fazla yaşayan ve uygulanan kurallar olduğu görülmektedir. Bu kavram, uluslararası düzlemde ilk ortaya atıldığında bir ütopya gibi görünmüş bile olsa, özellikle BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne yerleştirilir, kurumlaştırılırken, tüketim toplumlarının bitmeyen hırslarına yenik düşüldüğü unutulmamalıdır.¹⁵

Suyla ilgili olarak ülkemizde yürürlükteki hukuk düzenlemeleri gözden geçirilirken unutulmaması gereken bir düzenleme de Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkındaki 18

¹⁵ BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde, dünyanın açık denizlerinin altında yer alan deniz tabanı "*insanlığın ortak kalıtı*" olarak kabul edilmiştir. Ancak, burada gezer biçimdeki mangan ve bakır yumrularının, bu kaynağa ilk ulaşabilen devletlerce (Öncü Yatırımcılar) işlenmesi, ancak geri kalan kısmının da kurulacak ortak bir Şirket (Enterprise) tarafından işlenerek, elde edilecek gelirin paylaşılması olarak özetleyebileceğimiz bir yapı Sözleşme'yle düzenlenmiştir. Sözleşme'nin kabul edildiği diplomatik konferansta ABD'yi temsil eden büyükelçi, bu hükümler dolayısıyla, Sözleşme'nin komünist bir anlayışla yapıldığından söz ederek kınmıştır. ABD, anılan Sözleşme'ye uzun süre uzak durmuştur.

Aralık 1953 tarih ve 6200 sayılı Yasa'dır. Anılan yasayla, Bayındırlık Bakanlığı'na bağlı bir tüzel kişi olarak kurulmuş olan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ), ülkemizdeki yerüstü ve yeraltı sularının zararlarını önlemek ve bunlardan çeşitli yönden yararlanmak amacıyla kurulmuştur. Bu kurum oluşturulurken akıldaki ilk hedeflerden birinin, ülkemizde taşkınlar ya da sel, kuraklık gibi afetlere neden olan su kaynaklarının denetim altına alınması olduğu anlaşılmaktadır (6200 s.Y. m. 2). Kontrol altına alınması ve önlenmesi hedeflenen koşut bir başka afet de sıtmadır. Cumhuriyet'in ilk yıllarında Anadolu'daki nüfusu kıran sıtma salgınlarının önlenebilmesi için, özellikle sivrisinek larvalarının bulunduğu ortamlar olan durağan su kaynaklarının denetim altına alınması olduğu bilinmektedir (6200 s.Y.'nin 2. maddesinin c bendinde, "bataklıkları kurutmak" DSİ'nin görevleri arasında sayılmaktadır). Bu kurumdan beklenen bir başka hizmet de tarımda kullanılacak su kaynaklarını işlemek, düzenlemek, tarım alanlarına barajlar, kanallar, sulama tesisleri yoluyla ulaştırmaktır. Özetle amaç, hep kamusal yararadır.

Ülkemizdeki Hukuk Kuralları İle Uygulamanın Karşılaştırılması

Burada ilkin, son günlerde sıklıkla gündeme geldiği görülen ve DSİ'nin bir kısım yetkileriyle bağlantılı görülen bazı hatalı uygulamalara değinilmelidir. DSİ kendisinden beklenen hizmetlerin çok önemli bir bölümünü uzun yıllardır başarıyla yürütmektedir. Ancak, özellikle son yıllarda, su kaynaklarımızın günümüzün doğal kaynakların kullanımı konusunda değişen anlayışlara uygunluğunun tartışmalı olduğu ortaya çıkmaktadır. Sulak alanlar, tıpkı ormanlar gibi, kıyılar gibi, kendine özgü flora ve faunasıyla çok değerli yaşama ortamlarıdır. Özellikle buradaki sığ suların, bu sulara yaşayan yeşil bitkilerin ürettiği oksijen dolayısıyla yerkürenin akciğeri olduğu kabul edilmektedir. Ekolojik açıdan çok değerli olan bu tür su barındıran tüm alanlar, DSİ'nin kurutmak görevi içinde yorumlanmış ve yok edilmiştir. 6200 sayılı yasada, "bataklık" kavramının tanımlanmadığı, hangi doğal alanların bu kavramın kapsamına girdiği betimlenmemektedir. Bu tür doğal alanlardan, hangi koşulları taşıyanların kurutulması gerekeceğine ilişkin ayrıntılar belirlenmemiştir. Böylece kaleme alınmış olan DSİ'nin kuruluş yasası, uygulamada mevsimsel ya da dönemsel bile olsa, su barındıran tüm alanların bataklık kabul edilmesi ve kurutulması sonucunu yaratmıştır.

Günümüzde, Amik Gölünün kurutulmasıyla yaratılmış alanın, Beyşehir Gölünün yitmekte olan sularının böyle yanlış uygulamaların kurbanı olduğu ortaya çıkmaktadır.¹⁶

Benzeri bir yanlış uygulamanın da, yaratabileceği uzun dönemli sonuçların düşünülmezsizin akarsularımızın akışının ya da yönünün tarım alanlarının sulanması amacıyla değiştirilmesi olduğu anlaşılmaktadır.¹⁷

Bir başka yanlış uygulamanın ise, Yeşilirmak ve Kızılırmak havzalarında kurulmasına izin verilen ve ürettikleri atıkların akarsuya karışmasının önlenmesi için gereken denetimleri yapılmayan sanayi tesisleri olduğu ortaya çıkmıştır.¹⁸ Böylece günümüzde, Karadeniz bölgesinin bu iki çok değerli nehir havzasının de ölmekte olduğu düşünülmektedir.

Benzeri bir başka yanlış uygulamanın, Kuzey Ege Havzasındaki Kınık Ovası'nın kanaletler yoluyla sulanmasını sağlamak üzere yapılmış olan Yortanlı ve Çaltıkoru Barajlarında yapılmaktadır. Yortanlı Barajı, 1985 yılında planlanmıştır; 18 304 hektarlık Kınık Ovası'nın yüzde 43'ü olan 7793 hektar tarım arazisinin sulanması için, toprak dolgu tipinde olacak ve 117.50 metre yüksekliğe ulaşacaktır. Barajın tamamlanmasının yaratacağı olumsuz etkilerden biri, 67.3 hektar tarıma elverişli alanın su altında kalacak oluşudur. İkinci olumsuzluk ise, Allionoi antik kentinin baraj göleti altında kalacak olmasıdır.¹⁹ Baraj inşaatı bakımından yerli ve yabancı arkeologlar ile çevrecilerin yönelttiği en ciddi eleştiri, yaşam süresi sınırlı olan böyle bir baraj için yer seçilirken hiçbir tarihsel ya da arkeolojik araştırmanın yapılmamış olmasıdır. Helenistik dönemde bölgedeki termal su kaynağının sağaltım amaçlı kullanılması için kurulan antik Allionoi sağlık yurdu, yaşam ve hizmet süresi sınırlı bir baraj dolayısıyla, iki bin yaşında sular altına gömüle-

¹⁶ Halil Uslu, "Suyu çalınan Beyşehir ölüyor", *Milliyet Gazetesi*, 28 Ekim 2006, s. 5, sü. 6-8.

¹⁷ Olcay Akdeniz, "Muğla Valiliği Bafa Gölü'nde koliform miktarı fazla; DSİ, balık ve karides ölümleri mevsimsel dedi; 'Kirlilik' sahihsiz kaldı", *Cumhuriyet Gazetesi*, 15 Ekim 2006, s. 20, sü. 2-8; Serhat Oğuz, "Bafa Çölü!", *Milliyet Gazetesi*, 24 Ekim 2006, s. 14, sü. 1-8.

¹⁸ Mehmet Altan, "Kızılırmak ne oldu?", *Sabah Gazetesi*, 8 Ekim 2006 Pazar, s. 3, sü. 1-5; Kayseri AA, "Kızılırmak'tan ölüm akıyor", *Milliyet Gazetesi*, 28 Ekim 2006, s. 5., sü. 2.

¹⁹ Ahmet Yaraş, "Yortanlı (Bergama) Baraj Havzasındaki Tarihsel Miras", *Zeugma Yalnız Değil! Türkiye'de Barajlar ve Kültürel Miras*, 109-114 (Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı yayını, İstanbul 2000); "Allionoi -Bergama Yortanlı Barajı", www.allionoi.org/main/tr/baraja... internet adresi.

cektir. Böyle bir uygulama da, DSİ'nin işlevinin gözden geçirilmesini gerekli kılan bir neden olarak değerlendirilmektedir.

Son olarak, yine son günlerde basında yayımlanan ve bir biçimde su kaynaklarıyla bağlantılı görünen haberlere bakılmalıdır. Kendisiyle görüşülen bir çevre gönüllüsünün verdiği bilgiye dayanılarak kaleme alınmış bir günlük gazete haberindeki şu verilere dikkat çekmekte yarar görülmektedir:²⁰

- Akdeniz'de yağış miktarında son on yılda yüzde yirmi oranında bir azalma görülmektedir;

- Yerküre 0.7 derecelik bir ısınmanın etkisine girmiştir. Bu küçücük artışın bile yerküre üzerinde olumsuz etkisinin olacağı belirtilmektedir.

Ülkemizde ise:

- Konya Havzası'nda göllerin kuruduğu, Akşehir Gölü'nün yok olduğu;

- Amik Gölü'nü kuruttuğumuz, ama Amik Ovası'nı yönetmede başarılı olmadığımız;

- Türkiye'nin çölleşmekte olduğu; zaten az olan su kaynaklarımızın ise akılcı yönetilmediği;

- Her yıl yedi milyon insanın susuzluk nedeniyle öldüğü;

- İç Anadolu'nun ise giderek Afrika'ya benzeyeceği görüşü ileri sürülmüştür.

Yine aynı yazıda, dünyanın su yoksulu iki ülkesi Ürdün ve İsrail'de kişi başına düşen su miktarının 200 metreküp olduğu, Türkiye'de yirmi yıl önce kişi başına dört bin metreküp su düşerken, bugün bu miktarın 1430 metreküpe düşmüş olduğu; nüfus öngörülerıyla de önümüzdeki on yıl içinde bin metreküpe düşmesinin kaçınılmaz görüldüğü; böylece, Türkiye'nin Avrupa'nın en su yoksulu ülkesi olacağı dile getirilmektedir.²¹

Aynı makalede, Dicle ve Fırat nehirlerinin ulusal önceliklerimiz açısından önemine değinildikten sonra, bu nehirler üzerinde yapılan

²⁰ Doğal Hayatı Koruma Vakfı Genel Müdürü Filiz Demirayak ile yapılan, 25 Eylül 2006 tarihli *Milliyet Gazetesi*'nde yayımlanan yazı.

²¹ Agm.

barajların bir anlamda stratejik olduğu belirtilmektedir. Çevre gönüllüsü bir tüzel kişilik olarak katıldıkları uluslararası toplantılarda Irak delegasyonunun “*Türkiye bizi açılığa mahkûm ediyor*” diyerek lobi yapmaktan, benzeri biçimde Suriyelilerin de şikayetçi olmaktan kaçınmadıklarına, bu tür bir lobi etkinliği karşılığında ise, ülkemizin diplomatik ajanlarınca temsil edilmediği ve savunulmadığına da işaret edilmektedir.

Komşuluk ilişkilerimizi dostça yürütmek zorunda olduğumuz komşularımız, dayanak olarak kullanabilecekleri haklı nedenler yokken böylesi savları ileri sürebilmektedir. Bireysel açıdan “*su hakkı*” diye bir kavramın varlığı kabul edildikten sonra, zaten karmaşık bir ilişkiler ağının sürdüğü Ortadoğu’da komşu ülkelerin birbirlerine karşı ne tür savlar ileri süreceklere ve uluslararası ilişkilerde bu tür dayanaksız istemlerin lobicilik çalışmaları sonucunda çözülmesi güç sorunlara yol açtığı unutulmaması gerekmektedir.

III. Sonuç

Açıklanan veriler ışığında, uluslararası boyutta bireysel bir “*su hakkı*”nın varlığının kabul edilmesine yol açacak bir kararın kabul edilmesi, ya da insan hakları forumunda böylesi bir gelişmeye olanak tanıyacak herhangi bir işlemin yapılmasından yana bir tutum izlenmesinin yerinde olup olmayacağı düşünülmelidir.

Günümüzde kamusal açıdan su kaynaklarının, yeri ve öneminin değiştiği sonucuna varılmaktadır. Bu değişme, iklim değişikliğinin bir uzantısıdır. İkinci bir değişken de, özellikle Ortadoğu’daki siyasal ilişkiler ve yapılanmadır. Su kaynakları, giderek tıpkı petrol ya da doğal gaza benzer biçimde daha stratejik bir nitelik kazanmaktadır. İklimdeki değişikliğe bağlı olarak giderek kıtlaşan ve değeri yükselen suyun, petrolden zengin bazı ülkelerde, benzinden daha değerli, benzine oranla daha pahalı olduğu gözlenmektedir. Su konusundaki ulusal siyasalarımızı bu değişen koşullar göz önünde tutularak, daha sağlıklı ve bilinçli biçimde oluşturmamız, izlememiz ve savunmamız zorunlu hale gelmektedir.

VERGİ YARGISINDA DAVAYA KONU İCRAİ İŞLEM-II*

Serkan AĞAR **

f. Haciz

6183 sayılı kanunun ikinci kısmının, “*Cebren Tahsil ve Takip Esasları*” başlığını taşıyan birinci bölümünde yer alan 54. maddesinde; ödeme süresi içinde ödenmeyen kamu alacaklarının tahsil dairesince cebren tahsil olunması ve bu tahsilatın, teminat gösterilmişse teminatın paraya çevrilmesi, gösterilmeyen hallerde borçlunun borca yetecek miktarda malının haczedilerek paraya çevrilmesi ya da gerekli şartlar varsa borçlunun iflasının istenmesi şekillerinden birinin uygulanması yoluyla gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Teminat gösterilmeyen hallerde tahsil dairesi, süresi içinde kamu borcunu ödemeyen borçlunun, borca yetecek miktarda malını haczederek satmak ve borcu karşılamak durumundadır. Bu yol izlendiğinde ise kamu borçlusuna, öncelikle ödeme emri tebliği ve borçlunun borcu karşılamaya yeter miktarda mal alacak ve haklarını bildirmeye çağırılması gerekir. 6183 sayılı kanunun 62. maddesine göre, kural olarak, mal bildiriminde gösterilen, ayrıksı olarak da tahsil dairesince saptanan mal, alacak ve hakları haczedilebileceğinden bu yolun izlenmesi zorunludur.

Haciz, idari bir kararla, ödeme emri tebliğine karşın kamu alacağını ödemeyen borçluların kendi ellerinde bulunan ya da üçüncü kişilerin ellerindeki taşınır ve taşınmaz mallarına, alacağın asıl ve ferileri ile takip giderlerini karşılayacak miktarda alacaklı tahsil dairesi tarafından el konulmasıdır.¹ Görüldüğü üzere, kamu alacağının muaccel olması,

* Bu çalışmanın ilk bölümü için bkz., Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67 (Kasım/ Aralık 2006), s. 285-316.

** Avukat (Ankara Barosu), Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD doktora öğrencisi.

haczin uygulanması için yeterli değildir; haczin ön koşulu, borçluya ödeme emri tebliği ile kamu alacağının teminata bağlanmamış olmasıdır. Kamu alacağı teminata bağlanmış ise, ilk önce, teminatın paraya çevrilmesi yoluna başvurulur; teminat alacağı karşılamaya yetmez ise, yetmeyen miktarla sınırlı olmak üzere, borçlunun mallarının haczi yoluna başvurulabilir.

Vergi icra hukukunda, özel hukuktaki ödeme emrinin kesinleşmesi durumu, haczin uygulanması için gerekli değildir; zira ödeme emrine karşı 7 günlük yasal sürede açılacak dava yürütmeyi kendiliğinden durdurmayaacağından, dava aşamasında haczin uygulanmasında bir engel yoktur.

Haciz işleminin konusunu, kamu borçlusuna ait taşınır ve taşınmaz mallar oluşturur; ancak kimi durumlarda haczedilen bir malın gerçekten borçluya ait olup olmadığı konusunda kuşklar ortaya çıkabilir. İşte, mahcuz mallar üzerinde mülkiyet ya da rehin hakkına sahip olunduğunun ileri sürülmesi, istihkak iddiası olarak adlandırılır.² İstihkak iddiasına konu malların haczi, ilke olarak, en sona bırakılır. İstihkak davalarına bakmak konusunda haczi yapan tahsil dairesinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin 6183 sayılı kanunun 68. maddesinin 1. cümlesinde geçen “mahkeme” ibaresini, adli yargı bünyesinde örgütlenmiş yargı organı olarak anlamak gerekir; dolayısıyla, mülkiyetten doğan bir uyuşmazlık niteliğindeki istihkak iddialarının idari yargı organları tarafından incelenmesi olanaklı değildir.³

6183 sayılı kanunun 64. maddesi gereğince mahallin en büyük mülki amirinin onayı alınmadan haciz varakası⁴ düzenlenip haciz işlemi yapılamaz. Cebri takip yollarından biri olan haciz işleminde “haciz varakası” düzenlenmesi ve söz konusu haciz varakasının 6183 sayılı kanunun anılan maddesi gereğince mahallin en büyük mülki amirinin onayına sunulmasının ardından vergi borçlusunun taşınmaz kaydına haciz şerhi verilmesi olanaklıdır.⁵

¹ Dönmez, R., *Vergi İcra Hukukunda İhtiyatî Haciz*, Eskişehir, 1998, s. 142-143.

² Dönmez, s. 177.

³ Dan. 4. D., 29/05/1991, E. 1990/4206, K. 1991/2013, in DD, S. 84-85, s. 202, nak. Gözübüyük, AŞ., Tan, T., *İdare Hukuku*, C. II, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, 1999, s. 194-195.

⁴ “Haciz varakası, idari davaya konu olabilecek bir işlemdir.”, Dan. 7. D., 16.09.2004, E. 2002/3307, K. 2004/2237.

⁵ Dan. 9. D., 20/03/2001, E. 1999/2350, K. 2001/798.

6183 sayılı kanununun 64. maddesinin son fıkrasında Maliye Bakanlığı'na verilen yetki uyarınca, şekli ve kapsamı anılan bakanlıkça belirlenen haciz varakalarında; *"Borçlunun mal bildiriminde gösterdiği veya tahsil dairesince saptanan menkul ve gayrimenkul malları ile alacak ve haklarının amme alacağına yetecek miktarının haczine karar verilmiştir."* açıklaması yer alır. Bu niteliği ile haciz varakaları, tahsil dairesine borçlunun malvarlığı üzerine, borca yetecek miktarda ve paraya çevrilmek üzere haciz konulmasına izin veren, idarenin kesin, icrai (yürütülmesi gerekli, etkili) ve tek yanlı işlemlerindedir. Borçlunun mal varlığı üzerine haciz konulması, sadece bu işlemlerin uygulanmasını gösterir. 6183 sayılı kanunda, haciz varakasının borçluya bildirilmesi öngörülmemiştir. Borçluya bildiri zorunlu olmayan bu işlemler, kural olarak, haczin uygulanması suretiyle borçlunun bilgisine sunulur. Haczin uygulanması yoluyla hakkında haciz varakası düzenlenerek haciz kararı verildiğini öğrenen kamu borçlusunun, 6183 sayılı kanununun 78. maddesinde yazılı haciz tutanağının düzenlenmesi veya tebliği üzerine açtığı dava ile tebliği zorunlu olmayan haciz varakasının bildiri üzerine açtığı dava arasında konu bakımından da bir ayırım bulunmaz. 6183 sayılı kanununun 78. maddesinin ikinci fıkrasında, düzenlenen haciz tutanağında hacze dayanak olan haciz varakasının tarih ve numarasının yazılması zorunlu kabul edildiğinden, haciz kararının kaçınılmaz sonucu olan tutanakla hakkındaki haciz kararını öğrenen kamu borçlusu gibi kendisine haciz varakası tebliğ edilen borçlu da haciz kararının yasal dayanağının bulunmadığı itirazını yargı yeri önüne götürmek, yargı yeri de haciz kararının hukuka uygunluğunu incelemek durumundadır. Buna karşılık, daha önce haciz varakasına ilişkin bildirim karşın bu işlemi dava konusu yapmayan borçlunun, haciz tutanağının bildiri üzerine açtığı davanın konusu, hacze konu malın haczi caiz olmayan mallardan olduğu ya da istihkak iddiaları gibi çok sınırlı alanları içerir. Bu nedenle, idari işlemlerin temel özelliklerini taşıyan haciz varakaları, idarenin kesin ve icrai işlemlerinden sayılır.⁶

⁶ Dan. VDDK, 02.06.1989, 1989/40-45. Kararın karşı oy gerekçesi, kendi içerisinde tutarlı olması itibarıyla dikkate değerdir: *"Anlaşmazlık, haciz varakasının idari davaya konu yapılacak nitelikte bir idari işlem olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkindir. 6183 sayılı kanununun 54. maddesi ve devamı madde hükümlerinde amme alacağının cebren tahsil ve takip esasları düzenlenmiştir. Söz konusu kanununun 54. maddesine göre cebren tahsilat teminatın paraya çevrilmesi veya kefilin takibi; borçlu mallarının haczi veya borçlunun iflasının istenmesi yoludur. Bu işlemlerin ne şekilde yapılacağı kanunla belirlenmiştir. Yasa koyucu haciz işlemi 6183 sayılı kanununun 62. maddesinde düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre haciz işlemi 'borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince*

Haciz yolu ile takip, mahcuz malların satılarak paraya çevrilmesi ve bu şekilde kamu alacağının karşılanması ile son bulur. Haczedilen her türlü mallar satılarak paraya çevrilir. Satıştan elde edilen bedelden, takip masrafları ve takip edilen kamu alacağı düşüldükten sonra geriye kalan kısım borçlunun ödeme zamanı gelmiş veya muacceli yet kazanmış borçlarına mahsup edilir ve artanı, hacze iştirak etmiş başka kamu alacaklısı yoksa borçluya verilir; hacze iştirak etmiş başka kamu alacaklısı varsa, artan kısımdan öncelikle bu dairelerin alacakları ayrıldıktan sonra, bakiyesi borçluya verilir. Satıştan elde edilecek bedelin kamu alacağından önce ödenmesi gereken borçlarla takip giderlerini geçmeyeceği kesin olarak biliniyorsa, hacizli malın satışını tahsil dairesi erteleyebilir; ancak alacağı, kamu alacaklısının alacağından önce gelenlerin takip hakları saklıdır.

6183 sayılı kanununun 75. maddesinin 1. fıkrasına göre; yapılan takip sonunda, kamu borçlusunun haczedilebilir nitelikte malı bulunmaz ya da bulunan malların satış bedeli kamu borcunu karşılamaya yetmez ise kamu borçlusu “aciz hali”nde sayılır.

Aciz halindeki kamu borçlusu hakkında teminat ve faiz aranmadan 6183 sayılı kanununun 48. maddesinde hükme bağlanan tecil hükümleri uygulanır; bir başka deyişle bu durumda, kamu borçlusu borcunu, taksitler halinde ödeyebilir, ancak alacaklı tahsil dairesi aciz halindeki

tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarın tahsil dairesince haciz olunması’ şeklinde tanımlanmıştır. Haciz varakası ise, haciz işleminin yapılabilmesi için gerekli ön işlemdir (6183 sayılı kanununun 63. maddesi). Haciz varakası bağımsız vergi dairesi işlemi yönergesine göre karşı tarafa tebliği gerekmeyen idarenin bir iç işlemidir. Haciz varakasında dava konusu işlemlerde aranan derhal yerine getirilme vasfı bulunmamaktadır. Bu varaka icrai niteliğe, haciz işlemiyle kavuşmaktadır. Haciz işleminin yerine getirilmesi ise, amme borçlusunun hacizden önce borcunu ödeyip ödememesi koşuluna bağlıdır. Şayet haciz işleminden önce amme borçlusu borcunu ödemeyi kabul eder ve öderse haciz işlemi yapılamayacaktır. Oysa icrai nitelikte bir karar idare tarafından mutlaka yerine getirilmesi gereken bir karardır. Nitekim aynı nitelikte bulunan ihtiyati haciz işleminde yasa koyucu dava konusu işlemin ihtiyati haciz kararı değil ihtiyati haciz uygulaması olduğunu vurgulamak suretiyle bu hususu açıklığa kavuşturmuştur (6183 sayılı Kanun’un 15. maddesi). Kaldı ki, haciz kararları muhataplarına bildirilecek kararlardan olmadığı cihetle amme borçlularını haciz kararlarına haciz işlemiyle muttali olmaktadır. Olaydaki tebliğ alacaklı amme idaresi ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle yükümlü bulunan tahsil dairesinin bir kamu kuruluşu olan davalıyı uyarmak amacıyla yazılmış bir yazı tebliğidir. Haciz kararının tebliği değildir. Açıklanan bu nedenlerle ve mahkeme kararının dayandığı gerekçelerle haciz varakasının idari davaya konu olacak icrai bir işlem niteliği taşıması nedeniyle açılan davayı incelenmeksizin reddeden vergi mahkemesi ısrar kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumuzdan bozma kararına karşıyız.”

kamu borçlusunun mali durumunu zamanaşımı süresi içinde takip etmeyi sürdürür.

Kamu borçlusunun aciz hali ortaya çıktığında, borçlu hakkında girişilen takip aşamaları ile borçlunun bakiye borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali belirlenir; ancak uygulamada, kanun koyucu tarafından kamu borçlusunun lehine konulmuş bulunan acze ilişkin hükümlerin işletilmediği görülür. Aciz hali, haciz işleminin tesisi aşamasında saptanması gereken bir durumdur; bu cümleden olarak, hacizle ilgili 6183 sayılı kanunun 62. maddesinin son fıkrası gereğince, haczin uygulanması sırasında tahsil dairesi, kamu alacaklısı ile kamu borçlusunun çıkarlarını olabildiğince telif etmekle yükümlüdür.⁷ Dolayısıyla, acze düşmüş bir kamu borçlusunun bu durumunun derhal belirlenmesi ve yasal hükmün uygulanması 6183 sayılı kanun gereğidir.

Eylem yönü de bulunan bir idari işlem olduğunda kuşku bulunmayan haciz işleminin dava konusu edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak 6183 sayılı kanunda açık bir hüküm yoktur. Hukuki niteliği itibariyle tek yanlı, kesin ve icrai bir işlem olan haciz işlemine karşı dava yoluna başvurulabilmesi gerekir. 6183 sayılı kanunda bir hüküm bulunmadığından, dava açma süresi bakımından genel hükümlere başvurulur. Buna göre, vergi mahkemelerinin görevi içindeki kamu alacakları bakımından 30 gün, idare mahkemelerinin görevi kapsamındaki kamu alacakları bakımından 60 günlük süreye uymak gerekir. Diğer yandan, ödeme emrine karşı 7 gün içinde dava yoluna başvurulması gerekirken, diğer aşamalara göre kristalize olmuş bir kamu alacağını mündemiç haciz işlemine karşı 7 gün yerine 30 ya da 60 günlük dava açma sürelerinin uygulanması da ilginç bir durumdur.

Uygulamada, haciz aşamasında çeşitli idari işlemler tesis edildiği ve bunların iptal edilebilirliği ile ilgili olarak çelişkili kararlar verildiği görülür. Örneğin; haciz işlemi, haczin sürdürüleceğini belirten bilgilendirme niteliğindeki idare yazısı ile öğrenilse dahi, söz konusu yazı ile birlikte bu yazının dayanağını teşkil eden haciz işleminin de iptalinin istenmesi olanaklıdır.⁸ Bir başka olayda ise Danıştay; vergi borcu bulunan şirketin, davacı şirketten olan alacağına haciz konulduğuna dair tebliğ edilen bildirimden sonra, haczin gereklerinin yerine getirilmesi

⁷ Tahsil dairesinin söz konusu yükümlülüğünü vergi icra hukukunun temel bir ilkesi olarak saymak olanaklıdır, Dönmez, s. 29.

⁸ Dan. 4. D., 30.11.1992, E. 1991/4352, K. 1992/5134.

aksi halde 6183 sayılı kanun hükümlerine göre işlem yapılacağına ilişkin yazının iptali istemini, dava konusu edilen yazının tek başına hakkın kaybına neden olan kesin nitelikte yürütülmesi gerekli bir idari işlem olmayıp kamu alacağının sürüncemede kalmadan tahsili amacına yönelik haciz işleminin yerine getirilmesiyle ilgili bir ön işlem olduğu gerekçesiyle reddeden vergi mahkemesi kararını onamıştır.⁹ Oysa anılan yazıda, kamu alacağının tahsilinin sağlanabilmesi için belirtilen miktarın derhal vergi dairesine yatırılması gerektiği, aksi takdirde 6183 sayılı kanun hükümleri gereğince işlem yapılacağı hususu belirtildiğinden söz konusu yazının, muhatabın hukuki durumunu etkileyen kesin ve icrai bir işlem niteliğini taşıdığı kuşkusuzdur.

g. Tahsil Aşamasına İlişkin Özel Durumlar

aa. Tecil İsteminin Reddi

Tecil, cebri icra yetkisi ile donatılmış kamu alacaklısının tahsil işlevini yerine getirirken, kamu borçlularının ekonomik faaliyetlerinin sona ermesi ile acze düşmelerini önlemek amacıyla taşıyan ve bu yönü ile kamu yararını gözeten hukuki bir kurumdur.¹⁰

6183 sayılı kanununun 48. maddesinin 1. fıkrasına göre; kamu borcunun vadesinde ödenmesi veya haciz uygulanması ya da mahcuz malların paraya çevrilmesi kamu borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından teminat gösterilmesi koşulu ile alacaklı kamu kuruluşu¹¹ ya da yetkili kıldığı makamlar tarafından, vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait yargılama gideri, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı alacakları 2 yılı, sayılanlar dışında kalan kamu alacakları ise 5 yılı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir.

Tecil istemi reddedilen kamu borçlusu, istem konusu borcunu, ret kararının tebliğ tarihinden itibaren, alacaklı kamu kuruluşu tarafından verilecek en fazla 30 günlük süre içerisinde ödemediği takdirde, anılan kamu alacağı ödendiği tarihe kadar faiz alınmak suretiyle yine tecil olunabilir.

⁹ Dan. 4. D., 12.03.1999, 1999/77-1951.

¹⁰ Dönmez, R., *Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip (Haciz)*, Ankara, 2005, s. 76.

¹¹ Tecil yetkisini kullanacak ve bu yetkiyi devredecek olanlar; Devlete ait kamu alacaklarında ilgili bakanlar, il özel idaresine ait kamu alacaklarında valiler, belediyelere ait kamu alacaklarında ise belediye başkanıdır.

Tecil olunan kamu borcu miktarı ve tecil süresi her bir kamu borçlusu bakımından farklılık taşıdığından öznel birer idari işlem olan tecil¹² ya da reddi işlemlerinin tesis edilebilmesi için kamu borçlusunun tecil istemli bir başvuru yapması gerekir. Kamu alacaklısı tecilde re'sen harekete geçmez, kamu borçlusunun bu konudaki başvurusuna gereksinim duyar.

Kanun koyucu, kamu alacaklısının tecil istemini karara bağlamasından önce, uzlaşmada olduğu gibi, kamu borçlusu ile yapılması gereken bir müzakere sürecini öngörmemiştir; kamu alacaklısı bu konuda, koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve kamu borçlusunun mali ve ekonomik durumunu inceleyerek takdir hakkını kullanır ve sonuçta ya tecil istemini kabul eder ya da buna gerek görmeyerek kamu alacağının tahsili yoluna gider.

Vergi idaresi, tecil işlemini tesis edip etmemek ve özellikle çok zor durum koşulu ile tecilin diğer yasal koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ve taksit zamanlarını belirlemek konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bilindiği gibi, vergi idaresi, kural olarak, bağlı yetki ile donatılmıştır; dolayısıyla vergi hukukunda takdir yetkisi istisnai ve tecil işlemi de bu istisnai hallerden biridir; zira vergilendirme işlemlerinde takdir yetkisi ancak sebep ve konu unsurları bakımından kullanılabilir.

Tecil işleminde vergi idaresinin takdir yetkisi, salt tecil isteminin kabul edilip edilmemesinde değil, istemin kabulü durumunda aynı zamanda taksit zamanlarının ve diğer koşulların belirlenmesinde de kendini gösterir. İşte, tecil işlemi, tıpkı ihtiyati tahakkukta olduğu gibi, vergi hukukunda sayılan özellikleri haiz sınırlı takdir yetkisinin kullanılmasının somut bir örneğini teşkil eder. Vergi idaresi, tecil işleminde takdir yetkisini, aynı zamanda, genel amaç olan kamu yararına yönelik olarak kullanmalıdır.

6183 sayılı kanununun 48. maddesinin 5. fıkrasına göre, tecilde taksit zamanları ile diğer koşullar tecile yetkili makamlar tarafından belirlenir. Bu hükme istinaden, 249 seri numaralı Tahsilat Genel Tebliği,¹³ tecil isteminin kabul edilmesi bakımından 6183 sayılı kanununun 48. maddesinde yer almayan "*kamu borçlusunun iyi niyeti*" koşulunu öngörmek

¹² Özel hukukta tecil, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve borç ilişkisinin içeriğini değiştiren bir sözleşmedir.

¹³ RG, 25.01.1955.

suretiyle kamu hukukuna yabancı ve tecil koşullarına yeni bir unsur eklemiştir.¹⁴

Kamu borçlusunun tecil istemi ile alacaklı tahsil dairesinin söz konusu bu istemi uygun görerek kamu alacağının tahsilini vadeye bağlayarak ertelemesi biçiminde gerçekleşen tecil işlemi, kamu borçlusu ile alacaklı tahsil dairesi arasında gerçekleşen bir anlaşma değil, salt alacaklı tahsil dairesinin, kamu borçlusunun dürtüsü ile ve kamu borçlusu yararına hareket ederek tesis ettiği bir idari işlemdir. Tecil işleminin kamu borçlusunun istemi üzerine tesis edilmesi kamu borçlusu ile kamu alacaklısı arasındaki bir anlaşma olarak görülemez;¹⁵ zira “*tek yanlı*” olmaları, bir diğer deyişle tesis edilmeleri bakımından başka bir iradeye gereksinim duymamaları idari işlemlerin karakteristik özelliğidir. Dolayısıyla, idari bir işlem olan tecil işleminin de başka bir iradeye ihtiyaç duyması düşünülemez.

Burada kamu borçlusunun tecil istemi, olsa olsa tecil işleminin hazırlık aşamasında kamu alacaklısının tecil işlemini tesis edip etmemeye ilişkin takdir hakkını kullanmasını sevke yönelik bir dürtü olarak kabul edilebilir.

Tecil işlemi ile kamu alacağının tahsili ertelenir; ancak bunun geçerliliği, kamu borçlusunun tecilin koşullarına uymasına bağlıdır. Dolayısıyla burada, şarta bağlı bir işlem olarak belirlenen tecil işleminin “*taliki*” bir etkisinin bulunduğu söz edilebilir. Tecilin hüküm ve sonuç doğurmasının, kamu borçlusunun tecilin koşullarını yerine getirmesine bağlı olması, tecil için “*zorunlu şart (conditio sine qua non)*” hükmündedir. Başka bir anlatımla, kamu borçlusunun tecilden yararlanması, tecil koşullarını yerine getirmesine bağlıdır; tecil, bu koşullara uyulduğu takdirde hüküm ve sonuç doğurur. Bu bakımdan, tecil işleminin kamu alacağının tahsiline etkisi, “*taliki (geciktirici)*” bir nitelik arz eder. Tecilin koşullarının yerine getirilmemesi ise, cebren tahsil bakımından “*infisahı (bozucu) şart*”tır;¹⁶ ancak bu husus, bir idari işlem olarak tecilin değil,

¹⁴ 249 seri numaralı TGT'nin 4 numaralı paragrafı aynen şu şekildedir: “*Tecil hakkında karar verilirken borçlunun öteden beri borçlarını ödemedeki hüsnüniyet sahibi olup olmadığına bakılacak ve ayrıca borçlunun tecil talebi tarihi ile tecilin yapıldığı tarih arasında geçen müddet zarfında tecil talebinde ileri sürdüğü taksit şartlarına göre kendiliğinden tediyede bulunup bulunmadığı da gözönünde bulundurulacak ve borçlunun tecil talebinin kabulünü beklemeden tediyelerine başlaması ve devam etmesi hüsnüniyetinin bir delili olarak alınacaktır.*”

¹⁵ Dönmez, *Haciz*, s. 76-77.

¹⁶ Age., s. 79.

bu idari işlemle ilgili olarak kamu borçlusunun üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesinin bir sonucudur, dolayısıyla doğrudan doğruya tecil işlemine izafe edilemez.

Her kamu borçlusu bakımından tecil olunan kamu alacağı tutarı ve vadesi farklılık arz ettiğinden öznel bir idari işlem olarak nitelendirilebilecek tecil işlemi, hukuki görünüm itibariyle kamu borçlusu lehine tesis edilmesi nedeni ile yararlandırıcı işlemler kategorisinde yer alır. Aynı zamanda, kamu alacaklısı ile kamu borçlusu arasında yeni bir hukuki ilişki ortaya çıkardığından, bir başka deyişle tecil isteminde bulunan kamu borçlusu bakımından yeni bir hukuki durum tesis ettiğinden tecil işlemi, kamu alacağının tahsili bakımından taliki bir etki doğuran yapıcı (inşai) bir idari işlemdir; zira tecil işlemi, kamu alacağı yönünden yasal ödeme zamanı dışında bir vade ve taksitlendirme getirerek yeni bir hukuki durum yaratır. Tecil işlemi ile birlikte kamu alacağının niteliği bir tür başkalaşım geçirir; örneğin; tecile konu kamu alacağına gecikme faizi değil, tecil faizi uygulanır; ancak tecil koşullarına uyulmaması, değerini kaybeden teminatın ya da mahcuz malların tamamlanmaması veya yerlerine başkalarının gösterilmemesi hâllerinde kamu alacağı muaccel olur ve bu kez normal vade tarihinden itibaren kamu alacağına gecikme zammı yürütülür.

Yükümlünün tecil isteminin idarece reddi üzerine söz konusu işlemin iptal davasına konu edilebilmesi olanaklıdır. Öte yandan, tecil istemi hakkında kabul veya ret işlemi tesis edilmeden yahut tecil isteminin kabulü veya reddi üzerine yeni vadeler belirleneceğinden tecil isteminin sonucu beklenmeden kamu alacağının vadesinde ödenmediğinden bahisle ödeme emri düzenlenmesi olanaklı değildir.¹⁷ Yine, tecil için yapılan başvuruya yanıt verilmeden ve 30 güne kadar ödeme süresi tanınmadan kamu alacağının tahsili amacı ile ödeme emri düzenlenemez.¹⁸ Bunun gibi, tecil ve taksitlendirme yoluyla borcunu ödemek için başvurmuş olan yükümlü hakkında vadesi gelmeden borcun ödenemeyeceği kabul edilerek ödeme emri düzenlenmesi olanaklı değildir.¹⁹

Vadesinde ödenmeyen vergi borçlarına karşılık taşınmazına haciz uygulanan yükümlünün tecil isteminin kabul edilmesi ile 6183 sayılı

¹⁷ Dan. 4. D., 18.10.1990, E. 1989/1715, K. K. 1990/2810. Dan. 4. D., 07.06.1989, E. 1988/3943, K. 1989/2585.

¹⁸ Dan. 3. D., 07.04.1993, E. 1992/1833, K. 1993/1330

¹⁹ Dan. 4. D., 11.03.1999, E. 1998/4548, K. 1999/1021.

kanununun 48. maddesi uyarınca haczedilen taşınmazı teminat yerine geçeceğinden, haczin kaldırılması istemi ile yaptığı başvurunun reddi işleminde hukuka aykırılık olmadığı²⁰ gibi idarece önerilen tecil koşullarına uyulmaması durumunda teminat karşılığı temin edilen kamu alacağının teminatın paraya çevrilmesi yoluyla cebren tahsilinde de hukuka aykırılık yoktur.²¹

Öte yandan, yalnızca tecil ve taksitlendirme isteminde bulunulması, vergi alacağının haciz yoluyla tahsilini durdurmaz;²² ancak tecil isteminin kabul edilerek borcun taksitle bağlanması ve satış işleminin durması, satış öncesi işlemlerde kanuna aykırılık bulunduğu iddiası ile açılan davanın incelenmesine engel değildir.²³

bb. Takas İsteminin Reddi

6183 sayılı kanununun 23. maddesine göre, kamu kuruluşlarınca yükümlüden tahsil edilen, fakat yasal nedenlerle ret ve iadesi gereken kamu alacakları, yükümlünün, reddi yatı yapacak kamu kuruluşuna olan muaccel borçlarına mahsup edilmek suretiyle reddolunur. Bu hükümde her ne kadar mahsup kelimesi kullanılmış olsa da, aslında murat edilen “*takas işlemi*”nden başka bir şey değildir;²⁴ ancak bu noktada, takas ve mahsup kavramlarının hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden farklı olduğunu belirtmekte yarar vardır. Öncelikle takas işlemi, vergi icra hukukunun kapsamına girdiği, bir başka deyişle kamu alacağının tahsil aşamasında gerçekleştiği halde, mahsup tarh aşamasına ilişkindir.²⁵ Bunun yanında, “*ödeşme*” ya da “*sayışma*” olarak da adlandırılan takas, aynı cinsten ve ikisi de muaccel karşılıklı iki alacağın birbirine sayılması olduğu hâlde, mahsup, “*hesaplaşma*” anlamına gelmek üzere, bir alacak miktarının kimi nedenler yüzünden indirime tâbi tutulmasıdır. Görüldüğü gibi mahsup, takasta olduğu gibi, alacakların karşılıklı olması gerekmez.

Vergi icra hukukunda takas işleminin gerçekleşmesi, yükümlünün alacağının kesinlik kazanmış bulunmasına ve aynı zamanda kamu

²⁰ Dan. 3. D., 12.04.2004, E. 2004/574-2478.

²¹ Dan. 3. D., 17.11.1988, 1988/209-2691.

²² Dan. 4. D., 19.04.1994, E. 1993/5915, K. 1994/2341.

²³ Dan. 4. D., 24.04.1995, E. 1994/5341, K. 1995/1892.

²⁴ Öncel, M., *Vergi Hukukunda Takas*, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, s. 9.

²⁵ Age., s. 9.

borcunun da muaccel olmasına bağlıdır; örneğin, henüz tahakkuk etmemiş bulunan bir kamu borcu ile yükümlünün muaccel alacağı takas edilemez; ancak yükümlünün vergi idaresinden olan alacağı kesinlik kazanmış, bir başka anlatımla kamu alacağı tahsil edildikten sonra yasal nedenlerle iadesine karar verilmiş ve bu husus yükümlüye tebliğ edilmiş ve aynı zamanda kamu borcu da muaccel ise, verginin vadesi gelmeden önce yapılan takas isteminin kabulü gerekir.²⁶

6183 sayılı kanun ile kamu borçlusuna tanınan takas isteminde bulunabilme hakkı, sınırlı bir hak olarak anlaşılır; zira vergi idaresinin ve yükümlülerin karşılıklı ve muaccel her türlü alacaklarının birbiriyle takas edilmesi olanaklı değildir, bunların kamu hukuku ilişkisinden doğması gerekir; örneğin, iki taraf için de özel hukuk ilişkisinden veya taraflardan biri için özel hukuka, diğeri için kamu hukukuna dayanan ilişkiden doğan alacaklar takasa konu edilemez. Takası istenebilen alacaklar, tahsil edildikten sonra yasal nedenlerle yükümlüye ret ve iadesi gereken paralar ile yükümlünün reddi yatı yapan kamu kuruluşuna olan muaccel kamu borcudur.²⁷

Yükümlülerin, vergi dairesi nezdindeki KDV alacaklarının, kendilerinin muhtelif vergi borçları ile takas edilmesini istemeleri durumunda, istemin, inceleme raporu ve teminat aranmaksızın yerine getirilmesi gerekir.²⁸

Takas, hukuki niteliği itibariyle infisahı (bozucu) etki doğurur; bir başka deyişle takas, borçlardan az olanı oranında borç ilişkisini sona erdirir. Takasın gerçekleşebilmesi; takas edilecek alacakların karşılıklı ve aynı türden²⁹ olmalarının yanı sıra takası ileri sürülen alacak muaccel³⁰ ve dava edilebilir olmalıdır.

Yükümlünün yaptığı başvurusu üzerine vergi idaresince takas işleminin gerçekleştirilmesinin ardından yükümlüden takasa konu vergi borcunun istenmesi olanaklı değildir. Örneğin; KDV iade alacağı ile gelir (stopaj) vergisi borcunun takas edilmesi istemi kabul edilip, takas

²⁶ Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ankara, 2005, s. 147.

²⁷ Age.

²⁸ Dan. 7. D., 31.10.2001, 2001/2740-3329, Dan. 7. D., 23.10.1997, E. 1996/1562, K. 1997/364, Dan. 7. D., 19.11.1993, E. 1990/3095, K. 1993/4928, Dan. 7. D., 09.03.1993, E. 1989/2749, K. 1993/884.

²⁹ Takas edilecek alacaklardan birinin özel hukuktan, diğersinin kamu hukukundan doğması mümkündür.

³⁰ Takas için her iki alacağın da muaccel hale gelmiş olması gerekli değildir.

işlemi tesis edildikten sonra, KDV iade alacağının olmadığı sebebine dayanılarak takas edilen gelir (stopaj) vergisi doğrudan ödeme emri ile tahsil edilemez;³¹ zira mahsup alındısının düzenlenip tebliğinden sonra takas isteminin reddini gerektiren sebepler saptanmışsa, takas işlemi geri alınıp tersine işlem kurulması gerekir.³²

Vergi borcunun vergi idaresinde bulunan alacağı ile takas edilmesi suretiyle tahsili için süresinde başvuran yükümlünün takas talebine karşı idarece olumlu veya olumsuz bir yanıt verilmeden kamu alacağının kesinleştiğinden söz edilemeyeceğinden söz konusu alacak için ödeme emri düzenlenmesi olanaklı değildir.³³

Kamu borçlusunu borcunu, kamu alacaklısından olan alacağı ile takas edemez. Kamu hukukundan doğan borçlar bakımından takas iradesi, kamu borçlusunun değil, kamu alacaklısının yetkisindedir. Bu arada, 6183 sayılı kanun uygulamasında kamu alacaklısı sayılan kamu kuruluşlarının sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden, bir başka deyişle özel hukuktan doğan alacakları kamu alacağı niteliğini taşımadığından, üçüncü kişilerin, bu kuruluşlara olan anılan nitelikteki borçlarını, bu kuruluşlardan olan alacakları ile takas etmelerinde bir engel yoktur. Alacaklı-borçlu sıfatlarının birleşmesi nedeni ile yükümlünün takas isteminde bulunması, ödemenin hukuki sonuçlarını doğuracağından kamu borcunu ortadan kaldırır.

Vergi dairesinden olan alacağın aynı holding bünyesinde yer alan şirketin vergi borcu ile takas edilmesi isteminin reddedilmesi işlemi, iptal davasına konu yapılabilecek kesin ve icrai nitelikte bir işlemdir; zira bu tür bir istemde bulunulmasında hiçbir yasal engel yoktur.³⁴

cc. Terkin İsteminin Reddi

Kamu alacağı; bir yargı kararına dayanılarak, vergi hataları dolayısıyla, tabii afetler ya da tahsil imkansızlığı nedenleri ile terkin edilebilir. Kamu borcunu sona erdiren nedenlerden olan terkin işlemi, asli ve/veya ferî nitelikteki kamu alacakları hakkında tesis edilebilir, bir başka deyişle, terkin işlemi ile terkin edilen kamu alacağının aslı kadar bunlara

³¹ Dan. VDDK, 18.02.2005, E. 2004/157, K. 2005/6.

³² Dan. VDDK, 11.12.1992, 1992/63-454.

³³ Dan. 3. D., 27.02.2001, E. 1999/4636, K. 2001/734.

³⁴ Dan. 4. D., 23.03.1999, E. 1998/2920, K. 1999/1201.

ilişkin cezalar da ortadan kaldırılır. Kamu alacağının tabii afetler dolayısıyla terkini, özel hukuktaki borcu sona erdiren nedenlerden “*borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık*” kavramına benzetilebilir.

Yükümlü aleyhine doğmuş olan vergi hatalarının düzeltilmesi durumunda, vergi borcu henüz tahakkuk etmemiş ise hatalı işlemin düzeltilmesi ile yetinilmesine karşılık, vergi tahakkuk etmiş ise vergi alacağının terkini gerekir; ancak vergi, tahakkuk etmesinin yanı sıra aynı zamanda tahsil edilmiş ise, terkin edilen vergi, yükümlüye ret ve iade edilmelidir.³⁵ Yine bunun gibi, vergi yargısının kesinleşmiş kararları gereğince, tarh veya tahakkuk etmiş vergiler de terkin olunabilir.

213 sayılı VUK’un, 1. maddesinde belirtilen vergi ve resimler hakkında uygulanan ve borçlanılan edimin yerine getirilmesinin objektif ve sürekli olarak mümkün olmaması³⁶ (sonraki imkansızlık) hallerini düzenleyen BK’nin 117. maddesinde sayılan nedenlere benzer bir düzenleme getiren 115. maddesine göre;³⁷ yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzer tabii afetler yüzünden, varlıklarının en az üçte birini kaybeden yükümlülerin bu afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili bulunan vergi borçları ve vergi cezaları, ürünlerinin en az üçte birini kaybeden yükümlülerin afete uğrayan arazi için zararın tahakkuk ettiği hasat ve devşirme zamanına tesadüf eden yıla ait olarak tahakkuk ettirilen arazi vergisi borçları ve vergi cezaları, Maliye Bakanlığı tarafından zararlı mütenasip olmak üzere, kısmen veya tamamen terkin olunur; ancak Maliye Bakanlığı bu yetkisini mahalline devredebilir.

213 sayılı VUK’a göre, tabii afete uğrayan vergi yükümlülerinin tabii afetin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili vergi borçları ve vergi cezalarının afetin meydana geldiği tarihe kadar geçen yükümlülük dönemleri ile ilgili olması ve söz konusu tarihe kadar ödenmemiş olması gerekir.

213 sayılı VUK kapsamındaki vergiler dışındaki kamu alacakları hakkında hüküm ifade eden 6183 sayılı kanunun 105. maddesinde ise, yine sonraki imkansızlık hallerini düzenleyen BK’nin 117. maddesinde

³⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 150.

³⁶ Eren, F., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 6. Bası, C. II, İstanbul, 1998, s. 1285.

³⁷ Bu madde ile ilgili işlemlerde halen, *Resmî Gazete*’nin 16.03.1950 günlü nüshasında yayımlanan 1 sıra numaralı VUK Genel Tebliği uygulanmaktadır. 5432 sayılı eski VUK’a ilişkin olarak yayımlanan işbu Tebliğ’in uygulanmasına halen ısrarla devam edilmesi, ilginç olduğu kadar düşündürücüdür.

sayılan nedenlere benzer bir biçimde, yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara uğrayan varlıklarının ve ürünlerinin en az üçte birini yitirenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili kamu alacaklarının Bakanlar Kurulu kararı ile kısmen veya tamamen terkin olunacağı hükme bağlanmıştır.³⁸ Belirtilen hükümden yararlanma, tabii afetin gerçekleşme tarihinden itibaren 6 ay içinde ilgili kamu alacaklısına başvurulmasına bağlıdır.

Görüldüğü üzere, 6183 sayılı kanunda düzenlenen terkin hükümlerinden yararlanmak 6 aylık başvuru koşuluna bağlıyken, 213 sayılı VUK kapsamındaki vergiler bakımından böyle bir koşul öngörülmemiştir.³⁹ Ayrıca, 6183 sayılı kanuna tabi kamu alacaklarının terkininde Bakanlar Kurulu yetkili iken, 213 sayılı VUK'a tabi vergiler bakımından bu yetki Maliye Bakanlığı'na aittir.

Kamu alacağının bir başka terkin türü, "*tahsil olanaksızlığı nedeni ile terkin*" dir. Buna göre; yapılacak takip sonunda tahsili olanaksız ya da tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla bulunduğu anlaşılan 8,00 YTL'ye kadar⁴⁰ (8 YTL dahil) kamu alacakları, kamu kuruluşlarında terkin yetkisine sahip olanlar tarafından tahsil zamanaşımı süresi beklenilmeksizin terkin olunabilir.

Terkin yetkisine sahip olanlar, bu yetkilerinin tamamını ya da bir kısmını mahalli makamlara bırakabilirler. Kamu alacaklarının takip ve tahsilinde; posta ile yapılacak tebligatta posta masrafı, ilan yoluyla yapılacak tebligatta ilan giderleri, kırtasiye giderleri, tahsilat için araç kullanılması gereken durumlarda benzin, mazot gibi giderler, kamu alacağının tahsilini masraflı hâle getirebilir. Bu düşünce ile sevk edilen anılan hüküm çerçevesinde, her bir kamu alacağı türü ve dönemi itibarıyla, asıl alacak, gecikme zammı, gecikme faizi ve varsa bağlı cezaları

³⁸ Tabii afet olarak nitelendirilerek kamu alacağının terkinini sağlayan nedenler, aslında, 213 sayılı VUK'un 13. maddesi anlamında yükümlülüğün yerine getirilmesini engelleyen birer mücbir sebeptir.

³⁹ "213 sayılı VUK'un 115. maddesine göre yapılacak terkinler için kanunda bir müddet tayin edilmediği gibi bu terkinlerin, mükelleflerin müracaatları hâlinde yapılacağı hakkında da bir hüküm mevcut değildir. Bu itibarla mükellefler, mezkûr maddede yazılı sebepler ve şartlar mevcut olduğu takdirde tahakkuk etmiş vergi borçları ve cezalarından tahsil edilmemiş olan kısımlarının terkinini için tahsil bakımından zamanaşımı vaki oluncaya kadar vergi dairelerine müracaatla terkin talebinde bulunabilirler.", 1 sıra numaralı VUK Genel Tebliği.

⁴⁰ Bakanlar Kurulu kararı ile 5.000.000 Türk Lirası olan terkin tutarı 8,00 Yeni Türk Lirası'na yükseltilmiştir, RG, 31.12.2004, mük. 25687.

toplamı 8,00 YTL tutarını (8,00 YTL dahil) aşyorsa, alacaklı tahsil dairelerince terkin edilir.

Tahsil olanaksızlığı nedeni ile terkin hükmüne benzer bir biçimde, 213 sayılı VUK'un mükerrer 115. maddesinde; ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergi ve bunlara ilişkin⁴¹ cezaların toplam miktarı 14.00 YTL'yi⁴² aşmaz ve tahakkukları için yapılacak giderlerin bu miktardan fazla olacağı belirlenir ise, Maliye Bakanlığı tarafından belirlenecek usul ve esaslar dahilinde bu alacakların tahakkuklarından vazgeçebileceği hükme bağlanmıştır.

Tahakkuktan vazgeçme, ne tahakkuk eden ne de tahsil edilen bir vergi hakkında uygulanması nedeni ile tahakkuk etmiş ya da tahsil edilmiş kamu alacakları hakkında tesis edilen diğer terkin işlemleri karşısında farklılık arz eder.⁴³

Terkin, kimi koşulların gerçekleşmesi ile birlikte, bütün hukuki sonuçları ile kamu alacağını ortadan kaldıran bir idari işlemidir.⁴⁴ Terkin işleminin tesisi için gerekli koşullar oluşmuş ise, yükümlünün bu konudaki başvurusu ile tahakkuk eden kamu alacağı silinir ya da tahsil edilen kamu alacağı yükümlüye ret ve iade edilir. Bir kamu alacağı bakımından terkin işleminin tesisi, tecil işleminde olduğu gibi, yükümlünün bu konuda bir başvurusuna ihtiyaç gösterse de, bu husus işlemin hazırlık aşamasına ilişkindir; dolayısıyla terkin işlemi, bir idari işlemde bulunması gereken tüm özellikleri bünyesinde taşıyan, bir başka anlamıyla tek yanlı, kesin ve icrai (yürütülmesi zorunlu) nitelikte öznel bir işlemidir. Vergi idaresinin terkin konusundaki yetkisi bağlıdır; yukarıda belirtilen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda terkin işleminin tesis edilmesi gerekir. Tüm koşulların gerçekleşmesine karşın terkin işleminin tesis edilmemesi durumunda zimni ya da sarih ret işleminin iptalinin istenmesi olanaklıdır.

Bir kamu alacağının terkin işlemine konu edilebilmesi için tahsil edilmiş olması gerekmez; terkin koşullarının gerçekleşmesi durumun-

⁴¹ " Vergiye ilişkin vergi cezasından neyin amaçlandığı açık değildir. 'İlişkin olma' hali, vergi ile ceza arasındaki gevşek bir bağı ifade ettiğinden; tahakkuktan vazgeçmeyi, vergi ziyama bağlı vergi cezaları ile sınırlı tutmak doğru değildir. Bu yüzden; verginin ikmalen, re'sen veya idarece tarhını gerekli kılan sebep dolayısıyla kesilen her türlü vergi cezasının 'ilişkin olma' hali içinde mütalaası uygun olur.", Candan, *Uzlaşma*, s. 199-200.

⁴² 354 sıra numaralı VUK Genel Tebliği, RG, 17.12.2005, 26026.

⁴³ Bilici, N., *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Mart, 2005, s. 122.

⁴⁴ Öncel, Kumrulu, Çagan, s. 149.

da tahakkuk etmesine karşın henüz tahsil edilmemiş kamu alacakları da terkin edilebilir. Örneğin; yukarıda belirtildiği gibi, yapılacak takip sonunda tahsili olanaksız ya da tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla bulunduğu anlaşılan 8 YTL'ye kadar (8 YTL dahil) kamu alacakları, kamu kuruluşlarında terkin yetkisine sahip olanlar tarafından tahsil zamanasını süresi beklenilmeksizin tahsil olanaksızlığı nedeni ile terkin edilebilir, bu halde terkin işleminin konusu, tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş bir kamu alacağıdır.

Bir işlemi tesis etmek konusunda yetkisi bulunan idari organ ya da makam, o işlemin tersi söz konusu olduğunda, eğer bu konuda aksi bir yasal düzenleme yoksa, kural olarak yine yetkilidir; söz konusu bu duruma "aksine işlem" ya da "yetkide koşutluk" adı verilir. İçtihat ile geliştirilen söz konusu yetki kuralına göre, bir idari işlemi yapmış olan idari makam, aksine bir hüküm bulunmadıkça, o idari işlemi değiştirmeye, kaldırmaya ve geri almaya da yetkilidir.^{45,46} İşte, kamu alacağını tarh ve tahsil etmeye yetkili bulunan tahsil dairesi, aynı şekilde terkin etme yetkisine de sahiptir.

5. İdari Çözüm Aşamalarının Tüketilmesinden Doğan İcrai İşlemler

a. Düzeltme ve Reddiyat

Vergilendirme işlemlerinde, hesap hatası ve vergilendirme hatası olarak gerçekleşen kimi hataların giderilmesini temin maksadı ile VUK'un 116 ile 126. hükümleri arasında düzenlenen "düzeltme", uzlaşma gibi, vergi uyuşmazlıklarının idari yoldan çözümünü amaçlayan bir imkan olmasının yanı sıra vergi gelirlerinin idari denetimini sağlaması bakımından da önem arz eder.⁴⁷

⁴⁵ Günday, M., *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, 2003, s. 124.

⁴⁶ "Kamu hukukunda bir makama verilen yetkinin, aksine bir hüküm bulunmadıkça o makam tarafından kullanılacağı, bir makamın yetkisinin başka bir makama devredilmesi için mevzuatla yetkili kılınması gerekeceği tartışmasızdır.", Dan. 5. D., 15.04.2003, E. 2000/1711, K. 2003/1421, in DKD, Y. 1, S. 2, 2003, s. 211.

⁴⁷ 213 sayılı VUK'un 112. maddesinin 4. fıkrasına göre; fazla veya yersiz olarak tahsil edilen ya da vergi yasaları uyarınca iadesi gereken vergiler, ilgili mevzuatı gereğince yükümlü tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tekemmül ettiği tarihi izleyen 3 ay içinde iade edilmelidir; aksi halde, 213 sayılı VUK'un 120. maddesi hükmüne göre ret ve iadesi gereken vergi ile birlikte, bu tutarlara 3 aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin yükümlüye tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında

Şekli vergi hukuku penceresinden bakıldığında vergi usul hukukunun vergi uyumsuzluklarını idari yolla çözen kurumlarından biri olan düzeltme yolu, aynı zamanda, düzeltilen vergi miktarı oranında vergi borcunu sona erdiren, bir başka deyişle infisahi etkili bir idari işlemdir ve idare hukukunun yasal idare, bağlı yetki ve idari işlemin geri alınması gibi konularının bir yansımasıdır. Düzeltme işlemi, bu anlamda, öznel (dar anlamda subjektif) vergilendirme işlemleri bakımından vergilerin yasallığı ilkesinin gerçekleşmesini sağlar.⁴⁸

Kesin ve yürütülmesi gerekli birer öznel idari işlem niteliğini taşıması gereken düzeltme kapsamındaki vergilendirme işlemlerinin, doğrudan vergi miktarını etkileyerek haksız yere fazla veya eksik vergi tarh, tahakkuk ve tahsiline yol açan maddi bir yanlışlık (hesap hatası)⁴⁹ ya da değerlendirme yanlışlığı (vergilendirme hatası)⁵⁰ olarak tanımla-

eklenen faiz yükümlüye ödenmek zorundadır. Öte yandan, 2577 sayılı İYUK'un 28. maddesi ile 213 sayılı VUK'un 112. maddesinin 4. fıkrası birbiri ile çelişen hükümler içermektedir. Vergi mahkemesi, uyumsuzluk konusu verginin yükümlüden fazla veya yersiz olarak tahsil edildiğine ve iadesine karar verdiğinde, vergi dairesi söz konusu vergiyi 2577 sayılı İYUK'un 28. maddesinin 1. fıkrası gereğince en geç 30 gün içinde iade etmeli iken, bu süre 213 sayılı VUK'un 112. maddesinin 4. bendinde 3 ay olarak belirlenmiştir. Bu konuda hangi sürenin uygulanacağı bir sorun olarak gözüktüğü de, 2577 sayılı İYUK'a göre özel bir kanun niteliğinde olan 213 sayılı VUK'un değinilen hükmüne riayet etmek gerekir. Ayrıca yine, 2577 sayılı İYUK'un 28. maddesinin 6. fıkrasına göre, tazminat ve vergi davalarında infazın gecikmesi nedeni ile kararın idareye tebliğinden itibaren yasal gecikme faizi hesaplanırken, 213 sayılı VUK'un söz konusu maddesinde yasal gecikme faizi yerine 6183 sayılı kanuna göre tecil faizi uygulanması öngörülmüş ve tecil faizinin de öngörülen 3 aylık sürenin sonundan düzeltme fişinin yükümlüye tebliğ edildiği tarihe kadar hesaplanacağı hükme bağlanmıştır.

⁴⁸ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 173-174.

⁴⁹ 213 sayılı VUK'un 117. maddesi: "Hesap hataları şunlardır: 1. Matrah hataları: Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, teklif 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 kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır."

⁵⁰ 213 sayılı VUK'un 118. maddesi: "Vergilendirme hataları şunlardır: 1. Mükellefin şahsında hata: Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır; 2. Mükellefiyette hata: Açık olarak vergiye tâbi 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: Aranan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibarıyla eksik veya fazla hesaplanmış olmasıdır."

nabilecek olan vergi hatası kapsamında incelenebilmesi için kanuna, bir başka deyişle vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi sırasında yürürlükte bulunan kanun hükümlerine sebep ve konu öğeleri bakımından aykırı olması gerekir.⁵¹

Düzeltilme yoluna, vergi asıllarına olduğu kadar 213 sayılı VUK'un 375. maddesi hükmü çerçevesinde, vergi cezaları hakkında da başvurmak olanaklıdır. Vergi cezalarında hata, vergi aslına bağlı ya da ondan bağımsız olarak yapılabilir. Düzeltme isteme hakkı doğuran vergi hataları, kendisinden düzeltme isteminde bulunulan idari makamın ya da uyuşmazlık halinde yargılama makamının yorum tekniklerine başvurmadan, ilk bakışta anlayabileceği açıklıktaki yanlışlıklardır. Uyuşmazlığın çözümü hukuki bir sorun ise, bir başka deyişle, yargı organı tarafından delillerin değerlendirilmesi ile yasaların hukuki analizi ve yorumu sonunda çözümlenebilecek bir nitelikte ise, vergi hatası iddiası ile düzeltme yoluna başvurulması olanaklı değildir.

Haksızlığı açık olan verginin, her zaman düzeltme yolu ile vergi hatası kapsamında değerlendirilerek incelenmesi olanaklı değildir; ancak haksız alınan verginin düzeltme hükümleri kapsamı dışında bulunması nedeni ile bu yolla düzeltilemeyecek olması vergi idaresinin söz konusu vergiyi iade etmeyeceği anlamına da gelmez. Haksız vergi işlemi nedeni ile ortaya çıkan ve açıkça görülen bir haksızlığın usulüne uygun olarak dava edilmesi durumunda, vergi hatalarının düzeltilmesi ile ilgili prosedürün tamamlanması için konunun bir defa da şikayet makamu tarafından incelenmesine gerek yoktur.⁵²

Vergilendirme sürecinde, genel olarak, tarh aşamasındaki vergi borçları hakkında başvuru düzeltme yoluna, tahsil aşamasına ulaşmış vergi borçları bakımından da başvurulması olanaklıdır. Örneğin; ilgili dönemde kanuni temsilci sıfatı taşımayan kişinin takibata tâbi tutulması açık bir vergilendirme hatası (yükümlünün şahsında hata) olduğundan bu husus düzeltme ve şikayet başvurusuna konu yapılabilir; bir başka anlatımla bu tür açık bir hatanın varlığı durumunda ödeme emrine karşı da düzeltme ve şikayet yoluna başvurulması olanaklıdır.⁵³

Yine, vergi borcunu ödeyen bir yükümlünün, anılan işlemin hatalı olduğu ve verginin iade edilmesi gerektiği yönündeki istemi, ödeme

⁵¹ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 175.

⁵² Dan. 4. D., 22.04.1994, E. 1992/1353, K. 1994/1081.

⁵³ Dan. VDDK, 13.06.2003, E. 2002/611, K. 2003/320.

emrine karşı açılacak bir davada değil, bu işleme karşı düzeltme yoluna başvurulması suretiyle ileri sürülebilir. Öte yandan, uygulamada, ödeme emri aşamasındaki uyuşmazlıklar bakımından düzeltme yoluna başvurulamayacağına ilişkin kararlara da rastlanır.

Örneğin; ödeme emrine ilişkin dava yolunu düzenleyen 6183 sayılı kanunda ödeme emrine itiraz dolayısıyla vergi hatalarının düzeltilmesine izin veren bir hükmün yer almaması ve aynı zamanda 213 sayılı VUK hükümlerinin bu aşamada kıyas yolu ile uygulanmasına hukuki olanak bulunmaması gerekçeleri ile ödeme emrine karşı dava açılması üzerine vergi hatalarının düzeltilmesi yoluna gidilemeyeceği belirtilerek, yükümlü beyanına göre ödeme emri tebliğ edilen kesinleşmiş bir kamu alacağı için düzeltme istenemeyeceğine hükmedilmiştir.⁵⁴

Böylece, tarh işlemi sırasında ve tahsil işleminden sonra istenmesi olanaklı bulunan düzeltmenin, bu iki aşama arasında tahsil işlemleri yürürken istenememesi gibi ilginç bir durum ortaya çıkar; söz konusu bu durumun nedenini, 213 sayılı VUK ile 6183 sayılı kanunun getirdiği düzenlemelerin uyumsuzluğunda aramak gerekir.⁵⁵ Özetle, uygulamada aksi yönde kararlar bulunmasına karşın, ödeme emri aşamasına gelmiş bir vergi borcu hakkında da düzeltme yoluna başvurulması olanaklıdır.

213 sayılı VUK'un 125. maddesine göre, vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ve Danıştay incelemesinden geçmiş olan vergilendirme işlemlerinde vergi hataları bulunduğu takdirde, söz konusu hatalar, yargı kararları kesinleşmiş olsa bile, düzeltme yoluna konu edilebilir; ancak bu halde düzeltme yolunun işletilebilmesi için vergi hataları hakkında sayılan yargı organları tarafından bir karar verilmemiş olması gerekir. Vergi hatasının esası hakkında vergi yargısında verilen bir karar mevcut ise, uyuşmazlığın düzeltme yolu ile incelenmesi olanaklı değildir.

Vergi hataları, yükümlünün⁵⁶ vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden istemesi ile anlaşılabilceği gibi, ilgili memurun hatayı fark etmesi, üst memurların yaptıkları incelemeler sonucunda hatanın görülmesi, teftiş sırasında hatanın anlaşılması ya da vergi incelemesi sırasında hatanın farkına varılması ile de ortaya

⁵⁴ Dan. 7. D., 02.04.1982, E. 1980/1487, K. 1982/671.

⁵⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 181-182.

⁵⁶ 213 sayılı VUK'un 8. maddesi muvacehesinde, yükümlü tabiri vergi sorumlularını da kapsadığından, sorumlular da düzeltme başvurusunda bulunabilir.

çıkarılabilir. Tereddüt gerektirmeyen açık ve mutlak vergi hataları vergi dairesi tarafından re'sen düzeltilir; ancak kendi aleyhine düzeltme işlemi tesis edilen yükümlü, bu işleme karşı dava açabilir. Bu yönü ile düzeltme aşamasında, vergi dairesinin hatayı kendiliğinden saptayıp düzeltmesi durumunda iç denetim, yükümlünün başvurusu üzerine düzeltme işlemi tesis eden idari makama göre ise, istinaf denetimi⁵⁷ ya da hiyerarşik denetim⁵⁸ söz konusu olur.⁵⁹

213 sayılı VUK'un 124. maddesinde, yükümlülere, bu işlemlere karşı dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme taleplerinin reddedilmesi üzerine "şikayet" yolu ile Maliye Bakanlığı'na başvurabilme olanağı tanınmıştır; aynı şekilde, il özel idare vergileri hakkında valiliğe ve belediye vergileri hakkında belediye başkanlığına başvurulabilir. Anılan hükümde, dava açma süresini geçirenlerin izleyebilecekleri yol düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, bu hükümden sadece dava açma süresi geçtikten sonra düzeltme ve şikayet yoluna başvurulabileceği anlamı çıkarılamaz; zira dava yolunun, 30 gün olarak öngörülen vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra düzeltme isteminde bulunanlar tarafından kullanılabilmesi, dava açma süresi içinde başvuru bu istemleri reddedilenlerin, dava yolunu kullanamayacaklarını kabul etmek, düzeltme müessesesinin vergi hukukundaki düzenleniş amacına ters düşer. Kanun hükmü ile dava açma süresini geçirenlere başvuru hakkı tanındığına göre, bu süreyi geçirmeyenler de evleviyetle bu haktan yararlanabilmelidir.

Vergi yükümlüsü, hatalı olduğunu düşündüğü vergi işlemine karşı doğrudan yargı yoluna başvurabileceği gibi, düzeltme yolunu da tercih edebilir; bu noktada muhayyerdir.

Vergi hatalarının düzeltilmesi istemlerinde vergi davasına konu edilen idari işlem, düzeltme isteminin reddine ilişkin vergi dairesi işlemine karşı şikayet yolu ile başvuru sonucu Maliye Bakanlığı tarafından

⁵⁷ İstinaf denetimi, kararından hoşnut olunmayan idari makamın bizzat kendisine başvurularak kararın düzeltilmesini istemek anlamına gelir.

⁵⁸ Hiyerarşik denetim, hiyerarşi (*silsile-i merâtip/sıralıdüzen*) ilişkisine istinaden alt makamın işlemi bir üst makamın incelemesidir.

⁵⁹ Kumrulu, A. G., *Vergi İşlemlerinde Hata ve Düzeltme* (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1979, s. 15, nak. Akkaya, M., *Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu (Vergi Sorumlusu)*, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, Ankara, 1997, s. 199.

tesis edilen ret işlemidir;⁶⁰ yoksa vergi dairesinin tarh ya da tahsil işlemi değildir.

Bu noktada, bir hususa daha değinmekte yarar vardır. Bilindiği üzere yükümlüler, 213 sayılı VUK'un 378. maddesinin 2. fıkrası gereğince, beyan ettikleri matrahlar ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava yoluna başvuramazlar; anılan madde, aynı zamanda, vergi hatalarına ilişkin beyanları, değinilen kapsam dışında tutmuştur. Bir başka anlatımla, yükümlüler, beyan ettikleri matrahlarda ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilerde vergi hatası bulunması durumunda bunlara karşı dava yoluna başvurabilirler. Örneğin; 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, miras yolu ile gerçekleşen intikallerde değerlemenin, malların hukuken iktisap edildiği tarihteki durumu dikkate alınarak yapılması gerektiğinden, 2005 yılında iktisap edilen bir taşınmaz için, 2005 yılına ait vergi değeri yerine, 2006 yılı için hesaplanan vergi değerinin beyan edilmesinde, vergilendirmede hesap hatasının bir türü olarak matrah hatası bulunur ve bu beyana dayanılarak dava yoluna başvurulabilir.

"Düzeltilme Yetkisi ve Reddiyat" başlıklı 213 sayılı VUK'un 120. maddesi gereğince, vergi hatalarının düzeltilmesinde yetki, ilgili vergi dairesi müdürüne aittir. Vergi hataları, düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir. Vergi hatası yükümlü aleyhine gerçekleşmiş ve fazla vergi, düzeltme fişine dayanılarak terkin ve tahsil olunmuş ise, yükümlü adına reddolunur. Reddedilecek miktarla başvuracağı muhasebe ve müracaat süresi belirtilmek suretiyle düzeltme fişinin bir örneği yükümlüye tebliğ olunur. Yükümlü, tebliğ tarihinden itibaren 1 yıl içinde adına reddolunan miktarı geri almak üzere vergi dairesine başvurmalıdır; aksi halde bu hakkını yitirir.

213 sayılı VUK'un 126. maddesi delaletiyle 213 sayılı VUK'un 114. maddesinde yazılı, vergiyi doğuran olayı takip eden takvim yılının

⁶⁰ "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 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.

başından itibaren 5 yıllık tahakkuk zamanaşımı süresi geçtikten sonra ortaya çıkarılan vergi hatalarının düzeltilmesi olanaklı değildir. Aslında hak düşürücü bir süre niteliğini taşıyan düzeltme zamanaşımı süresi, kimi durumlarda, 6 seneye kadar uzayabilir; düzeltme zamanaşımı süresinin son yılı içinde tarh ve tebliğ edilen vergilerde hatanın yapıldığı, ilan yolu ile tebliğ edilip vergi yargısında dava konusu yapılmaksızın tahakkuk eden vergilerde yükümlüye ödeme emrinin tebliğ edildiği, ihbarname ve ödeme emri ilan yoluyla tebliğ edilen vergilerde ise 6183 sayılı kanuna göre haczin uygulandığı tarihten başlamak üzere 1 yıldan aşağı olamaz. Kanun koyucu, sayılan durumlar bakımından tamamlayıcı bir süre öngörmüştür.

b. Uzlaşma Komisyonunun Uzlaşma Başvurusunu Yetkisizlik veya Süreaşımı Nedeniyle Reddi İşlemi

213 sayılı VUK'un Ek 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, vergi yükümlüsü veya ceza muhatabı, uzlaşma isteminde bulunduğu vergi ve ceza hakkında, ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava yoluna başvurabilir. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre de, uzlaşmanın vaki olması durumunda yükümlü, uzlaşılan vergi ve cezaya (bunlardan biri üzerinde uzlaşılsa 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, vergi mahkemelerinde uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce incelenmez; incelenip karara bağlansa bile hükümsüz sayılır.

Kimi zaman uzlaşma başvurusu, ön inceleme aşamasında reddedilir. Uzlaşma Yönetmeliği'nin⁶¹ 10. maddesine göre ön inceleme, uzlaşma başvurusunun, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. maddesi çerçevesinde şekil (yazılı olarak yükümlü tarafından bizzat ya da resmi vekaletnameye sahip vekili ya da tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin yasal temsilcileri tarafından yapılması) koşuluna uygun olarak 30 günlük süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı ve uzlaşma komisyonunun yetkisi bakımından incelenmesidir. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. maddesine uygun olarak yapılmadığı saptanan ya da yapıldığı komisyonun yetkisine girmediği görülen⁶² uzlaşma başvurusu, esaslı incelenmeksizin reddedilir.

⁶¹ RG, 03.02.1999, 23600.

⁶² Uzlaşma başvurusunun ön inceleme aşamasındaki reddi gerekçelerine örnek olarak;

İdari işlemler kuramı bakımından ön incelemede verilen uzlaşma başvurusunun reddine ilişkin kararlar “tek yanlı, kesin ve icrai (yürütülebilir)” niteliktedir ve dolayısıyla vergi davasına konu edilebilirler.⁶³ Danıştay’ın içtihadı da bu yöndedir.⁶⁴

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 VUK’un Ek 7. maddesinde öngörülen 15 günlük ek dava açma süresinin kullanılması da olanaklı değildir; ancak

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.

⁶³ 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, age., s. 285-286.

⁶⁴ 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. age., s. 284.

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.⁶⁵

c. Uzlaşmanın Vaki Olmaması ya da Temin Edilememesi

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 kayıtla”* imzalamak isterse, uzlaşma temin edilememiş sayılır. Uzlaşmanın vaki olmaması ise, *“uzlaşmaya varılamaması”* anlamına gelir ve *“komisyon teklifinin yükümlü tarafından 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 dairesinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilir.⁶⁶ 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 iş'arı üzerine devam edilir.

Uzlaşmaya varılamaması dolayısıyla uzlaşma başvurusunda bulunan tanınan ek dava açma süresi 213 sayılı VUK'un Ek 7. maddesinin

⁶⁵ Age., s. 286-287.

⁶⁶ *“Uzlaşma temin edilemediği takdirde bu hususun ilgiliye tebliğ olunacağı (213 sayılı VUK'un Ek 5. maddesinde) 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; *“Uzlaşma temin edilemediği takdirde bu hususun ilgiliye bildirim, uzlaşma isteminde bulunan kişinin hukukunu etkileyen idarenin tek yanlı ve icrai bir işlemi niteliğinde olduğundan iptal davasına konu yapılabilir.”*, Dan. 4. D., 16.10.1986, 1986/5182-3057.

4. fıkrasında 15 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 itibariyle genel dava açma süresinin bulunduğu duruma bakılarak belirlenir: Tebliğ tarihinde, 30 günlük vergi davası açma süresinin dolmasına 15 gün veya 15 günden fazla zaman varsa ek dava açma süresi işlemez. Dava, kalan süre içinde açılmalıdır. Tebliğ tarihinde 30 günlük vergi davası açma süresi dolmuş veya dolmasına 15 günden az bir zaman kalmışsa tebliğden itibaren ek 15 günlük süre içinde dava açılabilir.⁶⁷

Bir vergi incelemesi sonucu düzenlenen raporda inceleme elemanı tarafından, tarhı gereken verginin matrahı ve miktarı ile kesilecek cezanın türü ve miktarının gösterildiği durumlarda vergi dairelerinin, bu vergi ve cezaların yükümlülere duyurulmasına yarayan araçlar olan vergi ve ceza ihbarnamelerini düzenlerken inceleme raporu doğrultusunda işlem yapmaları gerektiğinden ve tarhiyat öncesi uzlaşmaya varılmadığını saptayan tutanağın düzenlenmesiyle de vergi ve cezanın belirliliği amacı gerçekleştirildiğinden, vergi davasının açılmasından sonra tebliğ edilen ihbarnamelerde istenen vergi ve cezalarla, tarhiyattan önce uzlaşmaya varılmadığına ilişkin tutanakta gösterilen vergi ve cezaların, vergi inceleme raporunda salınması ve kesilmesi öngörülen vergi ve cezalarla aynı olması ile yükümlünün, hakkında yapılacak tarhiyattan bilgi sahibi olduğu ve bu vergi ve cezaya ilişkin ihbarname tebliğinin yükümlünün durumunda bir değişiklik yaratmamış olması karşısında, ihbarnamenin tebliği beklenmeksizin ve tarhiyattan önce uzlaşmaya varılmadığı yolundaki tutanağın düzenlenmesi üzerine açılan davaların da vergi mahkemesince incelenmesi olanaklıdır.⁶⁸

C. İdari İşlem Kuramlarının Vergilendirme Aşamalarına Yansımaları

İdari işlem kuramlarından zincir işlemler ile ayrılabilir işlemler kuramları vergisel işlemlerden müteşekkil idari prosedüre uygulandığında, bu uygulamanın ilginç ve dikkat çekici çeşitli yansımalarının olduğu görülecektir.

⁶⁷ Candan, *Uzlaşma*, s. 306-307.

⁶⁸ Dan. VDDK, 06.12.1996, E. 1995/173, K. 1996/406.

20. yüzyıl başlarında ortaya atılan zincir işlemler kuramı, belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacı ile birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem olarak tanımlanır⁶⁹ ve idari prosedür, belirli işlemlerin art arda ve zincirleme olarak yapılması ile tamamlanır.⁷⁰

Bir başka anlatımla, zinciri oluşturan halka işlemin amacı, nihai işlemin ortaya çıkmasını sağlamaktır ve halka işlemlerin ayrıca dava konusu yapılması olanaksızdır. Halka işlemlerle ilgili hukuka aykırılık iddiaları, ancak nihai işleme karşı açılan bir iptal davasında ileri sürülebilir.

Danıştay, kesin ve yürütülebilir bir nitelik taşıyabilmesi için idari işlemin, tüm idari prosedürü tüketmiş, bir başka deyişle gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş, başka bir idari makamın onay ve iznine tabi olmaksızın hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilecek ve ilgililerin hukuki durumunu doğrudan etkileyebilecek bir işlem olması gerektiğini belirtmiştir.⁷¹

Örneğin; yoklama fişine dayanılarak gerçek usulde yükümlülük tesis edilmesine ilişkin bir idari işlem, herhangi bir makamın onayına tabi bulunmadığı gibi yükümlüyü defter tasdik ettirme, fatura ve fiş kullanma, beyanname verme gibi vergi ile ilgili ödevleri yerine getirme zorunda bıraktığından, idari davaya konu olabilecek nitelikte, icrai, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olarak kabul edilmiştir.⁷²

İdari işlemin kesinliğini, başka bir idari makamın onay ve iznine tabi olmama biçiminde anlayan Danıştay'ın değinilen yaklaşımı, birden fazla işlemin birbirini takip ederek nihai işlemi oluşturması biçiminde özetlenebilecek zincir işlemler kuramı perspektifinden değerlendirildiğinde tatmin edici değildir; zira bir idari prosedür içinde yer alan çeşitli aşamalarda tesis edilen işlemler ilgilinin hukukunu etkiler nitelikte, bir başka deyişle icrai ise, prosedürün o aşamasının tamamlandığı ve ortada kesin bir idari işlemin bulunduğu kuşkusuzdur;⁷³ dolayısıyla bu durumda, zincir işlemin son sırasındaki nihai (temel) işlemin tesis

⁶⁹ Günday, s. 122.

⁷⁰ Tercinet, M-R., *L'Acte Conservatoire en Droit Administratif*, Paris, 1979, s. 19, nak. Erkut, C., *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (İdari İşlem)*, Ankara, 1990, s. 122.

⁷¹ Dan. 12. D., 07.07.2003, 2003/380-2077, in DKD, Y. 2, S. 3, 2004, s. 344.

⁷² Dan. 3. D., 11.03.2004, E. 2003/1501, K. 2004/703, DKD, Y. 2, S. 4, 2004, s. 120.

⁷³ Erkut, C., *İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı (Kesin ve Yürütülebilir İşlem)*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 113.

edilmesini beklemek gerekmez, icrai işlem zincirden ayrılarak bağımsız olarak dava konusu edilebilir.

Uygulamada zincir işlemler, “amaç işlemin oluşumuna kadar, aynı ya da değişik merci ve organların irade açıklamalarını gerektiren işlemler” biçiminde tanımlanmıştır.⁷⁴ Bu tanımda dikkati çeken en önemli husus, nihai (temel) işleme giden süreçte zinciri oluşturan işlemlerin aynı makam tarafından da tesis edilebileceğine işaret edilmesidir.

İdari prosedür içerisinde tesis edilen tüm işlemlerin ortak amacı, temel işlemi ortaya çıkarmaktır. Dolayısıyla, temel işlem gerçekleşmedi ise, temel işleme kadar idari prosedür içerisinde yer alan diğer işlemlerin hukuki varlık kazanması söz konusu değildir; ancak temel işlemde bağımsız ve ayrı olarak hukuki değer taşıyabilen ve yapıldığı anda birtakım hukuki sonuçlar doğurabilen işlemler, idari prosedürden ayrılarak dava konusu edilebilir.⁷⁵

Zincir işlemin halkaları durumundaki işlemler, temel işlem gerçekleşene kadar bir süreklilik içinde birbirini izler;⁷⁶ dolayısıyla tesis edilen işlemler arasında, doğrudan ve zorunlu bir hukuki bir bağlılık vardır, bir başka deyişle, zincirin halkalarını oluşturan her işlem bir sonrakinin hukuki dayanağıdır. Halka işlemler arasındaki bu hukuki bağ, doğrudan ve zorunludur. Buna dayanarak, halka işlemlerin amacının temel işlemin ortaya çıkarılması olduğu ve bu nedenle de ancak temel işlemle birlikte dava konusu edilebilecekleri söylenebilirse de, bir gömleğin ilk düğmesinin yanlış iliklenmesinin diğer düğmelerin de yanlış iliklenmesi sonucunu doğurması gibi, zincir işlemlerde temel işlem ortaya çıkmadan önce, bir başka deyişle, gömleğin tüm düğmelerinin iliklenmesini beklemeden, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen halka işlemlerin de zincirden ayrılarak iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmek gerekir.⁷⁷

Halka işlemlerin ancak temel işleme karşı açılacak davada incelenebileceği ve bağımsız olarak dava konusu yapılamayacağı biçimindeki yukarıdaki anlayışı savunan zincir işlemler kuramının, ayrılabilir işlem kuramının geliştirilmesi ile önemini yitirdiği ileri sürülebilirse

⁷⁴ Dan. DDK, 25.05.1973, E. 1972/166, K. 1973/330, AİD, C. 8, S. 1, s. 226.

⁷⁵ Erkut, *İdari İşlem*, s. 121.

⁷⁶ Chevallier, J., “La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes”, AJDA, 1981, s. 335, nak. Erkut, *İdari İşlem*, s. 122.

⁷⁷ Bkz., Dan. İBK, 28.06.1979, E. 1976/1, K. 1979/10, RG, 12.06.1980, 17015.

de, ayrılabilir niteliğe sahip işleme karşı süresinde dava açılmaması durumunda, temel işleme karşı açılacak davada temel işlemle birlikte halka işlemin hukuka aykırılığının da değerlendirilmesi olanağı vardır. Halka işlemlerdeki hukuka aykırılığın, dava açma süresi geçmiş olsa bile, temel işlemin tesis edilmesinden sonra ve onunla birlikte dava konusu edilerek incelenmesinin sağlanması olanaklıdır.⁷⁸

6183 sayılı Kanun'a göre ödeme emri düzenlenebilmesi için, tahakkuk etmiş, ancak vadesinde ödenmemiş bir kamu alacağının, haciz işlemi tesis edilebilmesi için tahakkuk etmiş, ancak vadesinde ödenmemiş bir kamu alacağının, haciz işlemi tesis edilebilmesi için de usulüne göre tebliğ olunmuş bir ödeme emrinin, hacz edilen malın satışının yapılabilmesi için de, usulüne uygun olarak yapılmış bir haciz işleminin bulunması gereklidir. Bir başka anlatımla, tarh işlemi ödeme emrinin (tahsil işleminin), ödeme emri haciz işleminin, haciz işlemi de satış işleminin sebep unsurunu oluşturan işlemlerdendir. Bu işlemler, hep birlikte bir zincir oluştururlar ve zincirin her halkası, diğerinden bağımsız olarak dava konusu edilebilecek niteliktedir. Burada, zincirden ayrılabilen işlemler söz konusudur.⁷⁹

Vergilendirmede tahsil aşamasında özellikle cebren tahsil süreci, idari işlem kuramlarının uygulanması bakımından bir laboratuvar özelliği gösterir. İhtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz, teminat, ödeme emri düzenlenmesi, kamu alacağını karşılamak üzere yükümlünün mallarının haczi ve satışı ya da teminatın paraya çevrilmesi gibi idari işlemlerin her biri birbirine bağlı olarak bir zincirin halkaları biçiminde gerçekleşirler. Dolayısıyla, bu süreçte halka işlemlerin birinde gerçekleşen bir hukuka aykırılık, kendinden sonra gelen halka işlemin ya da işlemlerin hukuka uygunluğunu olumsuz biçimde etkileyebilir.

Vergilendirmede cebren tahsil aşamasında tesis edilen ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz gibi işlemler, dış görünüşleri ve amaçları çerçevesinde aslında birer hazırlık işlemidir ve bu açıdan değerlendirildiğinde ancak temel işlemle birlikte dava edilmeleri gerekir. Temel işlem, kamu alacağının tahsilidir; bu da cebren tahsil sürecinde haciz (ve satış) işlemi olarak görülebilir; bir başka deyişle haciz ve ardından satış işlemlerinin, ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz bakımından temel

⁷⁸ Charles, H., *Actes Rattachables et Actes Détachables en Droit Administratif Français*, Paris, 1968, s. 27, nak. Erku, *İdari İşlem*, s. 123.

⁷⁹ Candan, *İdari Yargılama*, s. 82.

işlem niteliğini taşıdığı söylenebilir; işte kamu alacağının cebren tahsil edilmesi sürecinde ortaya çıkan ve kamu borçlusunun hukukunu etkileyen ödeme emri, ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz gibi işlemler, temel işlemde bağımsız olarak dava konusu edilebilir. Bu konuda kanunda ayrıca bir hüküm bulunmasına da gerek yoktur; zira anılan işlemlerin icrai niteliği bunu gerektirir. Son halka işlemin iptal edilmesi, kural olarak, öncekini etkilemese de, önceki işlemde gerçekleşen sakatlıklar temel (amaç) işlemin hukuki dayanağını ortadan kaldırdığından iptaline neden olabilir.⁸⁰

Bu noktada, 6183 sayılı kanunun, ödeme emrine itirazı üç husus ile sınırlayan 58 inci maddesini değerlendirmek gerekir. Kamu borçlusu ödeme emrine karşı dava yoluna başvurabilir; ancak yerleşik kanı, idare hukuku ve vergi hukukuna ilişkin hiyerarşik başvuru yolları ile düzeltme gibi denetim yollarının ödeme emrine karşı işletilemeyeceği yönündedir.⁸¹ Bu kaniya ulaşmadaki temel gerekçe ise, tahsil işleminin temelindeki hukuka aykırılıkların, vergiyi doğuran olay ile başlayan vergilendirme sürecinin ilk işlemi olan tarh işleminin tamamlanması aşamasında ileri sürülmesi gerektiğidir; zira tahsil işlemi, tarh işlemine bağlıdır.⁸² Bir başka anlatımla, uygulamada, kamu borcu henüz doğmuşken tarh aşamasında ileri sürülmeyen hukuka aykırılıkların, kamu borcunun kesinleştiği tahsil aşamasında ileri sürülmemesi gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, ödeme emrine karşı açılacak bir davada, kamu borçlusunun dayanak noktaları sınırlandırılmıştır; 6183 sayılı kanunun 58. maddesinin 1. fıkrası gereği, kamu borçlusu, kendisine tebliğ olunan ödeme emrine karşı ancak, böyle bir borcunun olmadığı, borcunu kısmen ödediği ya da borcunun zamanaşımına uğradığı nedenlerine dayanabilir. Bu nedenle kamu borçlusu, tarh aşamasına ilişkin bir hukuka aykırılığı, ödeme emrine karşı açacağı davada ileri süremez; deyiş yerinde ise, tahsil aşamasında kamu borçlusu, tarh aşamasındaki ihmalkârlığının bedelini öder; örneğin kamu borçlusu, ticari faaliyetini terk ettiği ve gelir vergisi beyannamesini kendisinin vermediği yolundaki iddiaları ancak tarh aşamasında ileri sürebileceğinden bu iddiaların ödeme emrine karşı açılan bir davada incelenmesi olanaksızdır.⁸³ Oysa zincir işlemler kuramının uygulanması ile tarh

⁸⁰ Karakoç, Y., *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara, 2000, s. 59.

⁸¹ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 163.

⁸² Age.,

⁸³ Dan. VDDK, 12.04.2002, 2002/57-227, Dan VDDK, 30.04.1999, E. 1998/266, K.

işlemine karşı dava aç(a)mamış olan ilgilinin, ödeme emrine karşı dava yoluna başvurması halinde tarh işlemine ilişkin hukuka aykırılıkları da ileri sürebilmesi gerekir.

Cebren tahsil aşamasında tesis edilen her biri öznel nitelikteki ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz ve yurt dışına çıkış yasağı işlemleri, idari prosedür içerisinde gerçekleşen ve kamu alacağının tahsilini temine yarayan tedbir işlemleri niteliğini taşırlar. Söz konusu işlemler, özel hukuktaki gibi herhangi bir yargı kararına gereksinim göstermeksizin, vergi idaresinin, kanunla çerçevesi çizilmiş idari prosedür içerisinde re'sen aldığı geçici ve koruyucu önlemler biçiminde ortaya çıkar. Cebren tahsil aşamasının niteliğinden doğan bu gibi işlemlerin etkisi, kamu alacağının tahsilini öngören idari prosedürün tamamlanması ile birlikte kendiliğinden sona erer. Bir başka deyişle, cebren tahsil süreci ile hedef tutulan amaç, yani kamu alacağının tahsili gerçekleştiğinde koruyucu nitelikteki bu işlemler de işlevlerini yitirirler. Anılan türdeki işlemlerin, nihai işlemi etkileme güçlerinin yanı sıra, ilgilileri üzerinde doğrudan, kısıtlayıcı ve sınırlayıcı hukuki sonuçlar doğurabilme yeteneğine sahip oluşları, bunların bağımsız olarak dava konusu edilebilmelerine de olanak sağlar; zira bu tür işlemler, kendine özgü ve idari prosedürden ayrı(labilir) bir hukuki değere sahiptir.⁸⁴

İdari prosedür içerisinde halka işlemlerin hukuki varlıklarını korudukları dikkate alındığında, bunlar ile nihai (temel) işlem arasındaki hukuki bağın çözülemez niteliğinin ortaya konulabilmesi oldukça güçtür ve icrailik özelliğini de haiz bir halka işlemin zincirden her an koparılabilme olasılığını artırır; bu bakımdan, vergilendirme sürecinde ihbarname ya da ödeme emri tebliği, düzeltme ya da şikayet başvurularının yetkili makamlarca reddi, ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz, yurt dışına çıkış yasağı, haciz biçiminde ortaya çıkan işlemlerin tümü birer icrai işlemdir ve zincirden ayrılarak bağımsız olarak dava konusu edilebilir.

III. Sonuç

Vergi yargısında herhangi bir makamın onayına tabi olmayan, matrahın ve verginin hesabını değiştirme, muhasebe kayıt ve nizamına ait işlemlerde değişiklik yapma gibi bir takım mali ve hukuki yükümlülük-

1999/265.

⁸⁴ Erkut, *İdari İşlem*, s. 127-128.

leri beraberinde getiren uyulması zorunlu, kesin ve icrai (yükümlünün hukukunu etkiler nitelikteki) işlemler vergi davasına konu edilebilir. Vergi davasına konu yapılabilecek idari işlem, vergi idaresinin idari işleviyle ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettiği, icrai (doğrudan uygulanabilir) ve onların hukuki statülerinde, hak ve yükümlülüklerinde değişiklik ya da yenilik yaratan irade açıklamalarıdır.

Vergi hukuku açısından bir idari işlemin dava konusu edilebilmesi, sadece verginin doğması ile sınırlı tutulamaz. Bu işlem dolayısıyla beyannamenin düzenlenmesi, muhasebe kayıt ve nizamında değişiklikler yapılması, istisna ve muafiyet oran ve miktarlarında düzenlemelere gidilmesi gibi doğrudan yükümlüyü zorlayacak ve hukukunu etkileyecek sonuçlar doğurması durumlarında da işlemin icrailik niteliğini kazandığını kabul etmek gereklidir.

Sonuç olarak, vergi yargısında dava konusu icrai işlem, verginin tarh ve tahakkukuna, itirazın reddine ilişkin işlemler ile tahsil edilebilir hale gelen verginin tahsiline yönelik işlemlerdir. VUK, ayrıca, vergi matrahının tespiti amacına yönelik olarak, takdir komisyonlarınca alınan kararlar ile vergi hatalarının düzeltilmesi isteklerinin reddi üzerine Maliye Bakanlığı'na şikayet yoluna başvurulması üzerine, bakanlıkça tesis olunan işlemleri de, vergi davasına konu edilebilecek icrai işlemler olarak saymıştır. Bununla birlikte, vergi mahkemelerinde açılacak davaları sadece tarh, tahakkuk ve tahsil aşamasına ulaşmış işlemlere hasretmek de olanaklı değildir; vergi idaresinin vergilemeden önce ya da sonra tesis ettiği vergiye ilişkin kesin ve icrai birçok işlemin de vergi davasına konu edilebilmeleri olanaklıdır.

KAYNAKÇA⁸⁵

I. KİTAPLAR

Akkaya, M., *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım* (Ekonomik Yaklaşım), Ankara, 2002.

Balta, T. B., *İdare Hukuku I, Genel Konular*, Ankara, 1970/72.

⁸⁵ Naklen alıntı yapılan eserlere kaynakçada yer verilmemiş; aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde belirtilmiştir.

- Bilici, N., *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Mart, 2005
- Candan, T., *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma (Uzlaşma)*, Ankara, Ocak, 2001.
- Çağan, N., *Vergi Hukukunda Süreler (Süreler)*, Ankara, 1975.
- Dönmez, R., *Vergi İcra Hukukunda İhtiyatî Haciz*, Eskişehir, 1998.
- Dönmez, R., *Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip (Haciz)*, Ankara, 2005.
- Duran, L., *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982.
- Eren, F., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul, 1998.
- Erginay, A., *Vergi Hukuku*, Ankara, 1976.
- Erkut, C., *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (İdari İşlem)*, Ankara, 1990.
- Gözler, K., *İdare Hukuku*, Cilt I, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Ş., Tan, T., *İdare Hukuku*, Cilt II, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, 1999.
- Günday, M., *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, 2003.
- Kaneti, S., *Vergi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1989.
- Karakoç, Y., *Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar*, Ankara, 2000.
- Kumrulu, A. G., *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri (İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik)*, Ankara, 1989.
- Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, 3. Bası, İstanbul, 1966.
- Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 13. Bası, Ankara, 2005.
- Özay, İ. H., *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul, 1996.
- Saban, N., *Vergi Hukuku*, İstanbul, 2005.

II. MAKALELER

Akkaya, M., *Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu* (Vergi Sorumlusu), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, Ankara, 1997.

Bayraklı, H. H., *Türk Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yıllığı, Afyon, 1991.

Erkut, C., *İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı* (Kesin ve Yürütülebilir İşlem), I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.

Öncel, M., *Vergi Hukukunda Takas*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 35, Sayı 1-4.

III. ŞERH ve AÇIKLAMALAR

Candan, T., *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İdari Yargılama)*, Ankara, Ekim, 2005.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

Ağar, S., *İdari İşlem Kuramı Perspektifinden Verginin Tarhı* (Verginin Tarhı), <http://www.idare.gen.tr/tarh.htm>, 15.10.2006.

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mustafa ÖZEN*

4.4.1929 tarihinde kabul edilip 20.4.1929 tarihinde yürürlüğe giren 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, yaklaşık 75 yıl yürürlükte kalmıştı. Sosyal ihtiyaçların ve buna bağılı olarak toplumun değişmesi aynı zamanda hukukun ve kanunların değişmesini gerektirmektedir. 75 yıllık bir süreç zarfında kanunun ilk şekli üzerinde birçok değişiklik ihtiyacı doğmuş ve bu ihtiyaca binaen bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak, son yıllarda başlayan Avrupa Birliğine giriş süreci kapsamında toplu olarak bir yenilenme düşüncesi hasıl oldu ve buna bağılı olarak da, Ceza Kanunu, Ceza İnfaz Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yeni baştan bir değişikliğin yapılması gerektiği düşüncesiyle bu alanlarda çalışmalar başladı. Bu çalışmalar, gerek öğreti (doktrin) ve gerekse uygulamadaki deneyimli kişiler tarafından uzun bir alt yapı çalışmaları neticesinde oluşturulan ortak aklın ürünü olması gerekirken maalesef böyle olmadı ve her üç kanunda aceleye getirildi. Bu durum, doğası gereği ister istemez bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Biz bu çalışmamızda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tespit ettiğimiz ve ilerde sorun yaşanması ihtimali bulunan bazı noktalara ilişkin görüşlerimizi belirteceğiz.

1. 45. maddede, *“Tanıklıktan çekinme”* halleri düzenlenmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrası, *“Tanıklıktan çekinebilecek kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkraya bakıldığında tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimselerin, ne zamana kadar bu haklarını kullanabileceklerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Duruşmanın ilk aşamasında tanıklıktan çekinme hakkını kullanmak istemeyerek tanıklık tanık, diğer tanık ve

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlisi.

bilirkişiler dinlendikten sonra veya son söz sanığa verildikten sonra ben tanıklıktan çekinmek istiyorum diyebilecek midir? Kanun metninin lafzına bakıldığında,

“*dinlenirken*” ifadesi kullanıldığı için ve yukarıda değinilen hallerde tanık dinlenme aşamasında olmadığı için bu mümkün gözüküyor gibi bir izlenim doğmaktadır. Çünkü dinleme kurul olarak aralıksız yapılan bir muhakeme sürecini kapsar. Bu açıdan bakıldığında, ceza muhakemesinin amacıyla bağdaşır bir çözüm yolu olması açısından, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimselerin hüküm kesinleşinceye kadar tanıklıktan çekinebilmelerine açıkça yer verilmesi yerinde olurdu.

2. 75. maddede, “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” düzenlenmiştir. Bu düzenleme, önceki yasada olmayıp ilk defa bu yasada yer almıştır. Bu düzenleme ile sanık veya şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamak koşuluyla, bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla sanık veya şüpheli üzerinde iç beden muayenesi yapılabilecek veya vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük ya da kan gibi örnekler alınabilecektir. Bu düzenleme, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasıyla getirilmiş olan savunma hakkına ters düşülmüştür. Yani sanığın kendisini savunma hakkı kısıtlanmakta hatta ortadan kaldırılmaktadır.¹ Ayrıca bu düzenleme, CMK'nın 48. maddesinde düzenlenen tanığın “*Kendisi veya yakınları aleyhinde tanıklıktan çekinme*” hakkını düzenleyen maddeyle çelişki içindedir. Gerçekten adı geçen maddede, tanığa kendisi veya 45. maddede belirtilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermektan kaçınma hakkı vermektedir. Bu imkanın suçun faili olmayan bir kimseye tanınmakta iken, suçun faili olan bir kimseye tanınmaması açık bir çelişkidir. Çünkü bu hüküm, bir savunma hakkının kullanılması şekillerinden biridir. Daha henüz, hakkında ceza kovuşturması başlamamış, ilerde beyanına dayanılarak kovuşturma başlatılma ihtimali doğabilecek tanığa bu hak tanınmasına rağmen, suçta delil olabilecek bir bulgunun (delilin) elde edilmesinde, sanık veya şüpheliye kendileri aleyhine delil olabilecek böyle bir bulgunun elde edilmesine rıza göstermeme hakkının tanınmaması çelişki doğurur. Böyle bir hak şüpheli veya sanığa öncelikle tanınmalıdır. Bu bir savunma hakkıdır. 147. maddenin (e) bendinde, “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun*” şüpheli veya sanığa bildirileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme, savunma hakkını koruma altına

¹ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2005, İstanbul, s. 230; Ayrıntılı bilgi için bkz., Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Temel Kavramalar), 2006, Ankara, s. 455.

almaktadır. Niteliği itibariyle aynı olan bu iki konuda farklı sonuçlara götürecek düzenleme yapmak, sağlıklı sonuçlar vermez. 147. maddenin (e) bendi, esas itibariyle, kişinin kendi aleyhine olabilecek herhangi bir bilgiyi vermeme hakkını düzenlenmektedir. Aynı durum, 75. madde için de geçerli olmalıdır. Çünkü 147. maddenin (e) bendi kapsamında elde edilecek delil bir beyan delilidir. 75. madde kapsamında elde edilecek bilgi ise, bir bulgudur. Ceza Muhakemesinde deliller arasında bir üstünlük derecelendirmesi olmadığı / olamayacağı ilkesini göz önüne aldığımızda, ister beyan delili olsun ister bulgu olsun bütün delillerin eşit nitelikte oldukları bir gerçektir.

Sonuç olarak, 75. maddenin uygulanmasında, sanık veya şüphelinin iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük ya da kan gibi örnekler alınabilmesi için, sanık veya şüphelinin mutlaka özgür iradesinin alınması gerekli görülmelidir. Aksi takdirde, düzenleme bu haliyle, 217. maddenin 2. fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir. Yani, anılan fıkra, bir delilin hükme esas alınabilmesi için hukuka uygun şekilde elde edilmesini gerekli görmektedir.

3. 90. maddede, *“Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler”* düzenlenmiştir.

Anılan maddenin 2. fıkrasında, kolluk görevlilerinin bir kişiyi yakalayabilmesi için; *“Tutuklama veya yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren ve...”* hallerin varlığını gerekli görmektedir. Bu fıkraya göre, kolluk görevlilerinin yakalama yapabilmesi için, işlenmiş olan bir suçun tutuklama veya yakalama emrini düzenlemeyi gerektiriyor mu yoksa gerektirmiyor mu olduğunu bilmesi gerekecek midir? Eğer bu fıkradan, bilmesi gerekecektir gibi bir anlam çıkarılabilecekse ki, çıkarılabilir bu durumda, çözümü zor bir durumla karşı karşıyayız demektir. Mesela, CMK'nın 100. maddesinin 4. fıkrası, *“Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez”* şeklindedir. Bu fıkra göz önüne alındığında, bir kişi sadece adli para cezasını gerektiren bir suç işlemesi veya kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suç işlemesi halinde tutuklanamayacaktır. Dolayısıyla, bir adli kolluk görevlisinin, işlenen bu tür suçlar açısından yakalama yapabilmesi için, bütün suçların mahiyetini bilmesi gerekmektedir. Bu alanda gerek öğreti ve gerekse uygulama şeklinde meslekleri gereği uğraş veren kişilerin bile hangi suçların sadece adli para cezasını gerektirdiği veya kısa süreli hapis cezasını gerektirdiğini bilmesi neredeyse imkansızken, adli kolluk görevlilerinin bilmesi beklenemez. *“Yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren suç”* kavramı oldukça yoruma açık ve

bir o kadar da olumsuz uygulamalara yol açabilecek bir kavramdır. Bu açıdan bakıldığında kolluk görevlileri, istedikleri kişileri “yakalama emri düzenlenmesini gerektirdiği” gerekçesiyle yakalayabilecektir. Bu ise, temel hak ve özgürlükler bakımından elde edilen kazanımlardan geriye adım atmak anlamına gelir. Ancak sorunun çözümü o kadar da kolay değildir. Çünkü ortada bir suç var ve bu suçun faili olabilecek bir zanlı bulunmaktadır. Bize göre, bir kişinin kolluk görevlileri tarafından yakalanabilmesi için, yakalama koruma tedbiri; özü itibariyle tutuklama koruma tedbiri gibi kişi özgürlüğünü kısıtlama özelliğine sahip olduğu için ancak somut belli koşulların varlığı halinde başvurulabilen bir koruma tedbiri olmalıdır. Bu açıdan, tutuklama koruma tedbiri kadar ağır sonuçlar doğurmadığı için, yakalama koruma tedbirine başvurmak için, “yeterli şüphe”nin varlığı gerekli görülmelidir.

4. 91. maddede, “Gözaltı” hali düzenlenmektedir. Gözaltı halinin uygulanması, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, soruşturma yönünden zorunlu olması ve “kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı”na bağlıdır. Özü itibariyle mahkumiyet hükmü kesinleşmeden yani, kişinin suçluluğu bir mahkumiyet hükmü ile kesinleşmeden kişinin özgürlüğünü kısıtlayabilen veya ortadan kaldıracı tutuklama veya yakalama ile aynı olan “gözaltı halinde de”, kişinin gözaltına alınabilmesi için, tutuklama koruma tedbiri kadar ağır sonuç doğurmamasını göz önüne alırsak, en azından aynen yakalama koruma tedbirinde olduğu gibi, “yeterli şüphe”nin varlığı gerekli görülmelidir.

5. 100. maddede, “Tutuklama” hali düzenlenmiştir. Tutuklama koruma tedbiri, kişi hak ve özgürlükleri açısından çok önemli bir özelliğe sahiptir. Gerçekten, diğer koruma tedbirleri ile birlikte tutuklama koruma tedbiri, daha mahkumiyet hükmü kesinleşmeden kişinin özgürlüğünü kısıtlamakta hatta ortadan kaldırabilmektedir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına girmeyen suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 10 aya kadar, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına giren suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 3 yıla kadar kişi, özgürlüğünden mahrum edilebilmektedir. Bu süre, Ceza Kanunu’nda çok miktarda suç için öngörülen hapis cezasına eşittir. Bu demektir ki, tutuklama koruma tedbirine başvurabilmek için, basit gerekçeler yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, 100. maddenin 1. fıkrasında, tutuklama koruma tedbirine başvurabilmek için, “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması” koşulu aranmaktadır. 100. maddenin ikinci fıkrasında, tutuklama nedenleri arasında, “Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması” sayılmaktadır. Buradaki “baskı yapılması” ifadesi muğlak bir ifadedir.

Özgürlükler alanında muğlak ifade kullanılmasından kaçınılmalıydı. Baskı kelimesi yerine, tehdit veya cebir kelimesi kullanılmalıydı. Çünkü bu terim, Ceza Kanununda yer alan ve Ceza hukuku'nda yerleşmiş bir terimdir. Bu terimlerin yorumu, Ceza Kanunu'nda yer aldığı şekliyle yapılmalıdır. Ayrıca, kanunda yer almamakla birlikte, korumu amaçlı olarak sanık veya şüphelinin hayatı, vücut bütünlüğü, malvarlığı, cinsel dokunulmazlığı ve diğer menfaatleri bakımından cebir veya tehdide maruz kalma tehlikesini göz önüne alarak, bunların da tutuklama nedenleri arasında sayılması hem bu kişilerin kendilerini yaşamsal, vücut bütünlüğü veya başkaca menfaatler açısından kendilerini korumu ve güvende hissetmelerini sağlama açısından yerinde olurdu.

100. maddenin 3. fıkrasında, tek tek suçlar sayılmış ve bu suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığının bulunması, tutuklama nedeni olarak sayılmıştır. Bu fıkra 1. fıkra ile birlikte ele alındığında, düşünce karışıklığına neden olabilmektedir. 1. fıkrada, *“kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığı”*ndan bahsedilmekte, 3. fıkrada ise, *tek tek sayılmış bulunan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe nedenlerinin varlığı* gerekli görülmektedir. Bu fıkrada sayılan suçlardan birinden dolayı tutuklama kararı verilebilmesi için, iki tane *“kuvvetli şüphe”* aranacaktır. Aslında, ikinci aranan kuvvetli şüphe aynı zamanda birinci kuvvetli şüphedir. Mesela, 3. fıkrada sayılan suçlardan biri *“Kasten öldürme”* suçudur. Kasten öldürme suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe varlığını gösteren olgular varsa, ayrıca tutuklama sebebi olarak, yine bu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe duyulmasını gösteren nedenler olacaktır. Burada, açıkça görülmektedir ki, kasten öldürme suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı halinde, ayrıca bu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığını aramaya gerek yoktur.

102. maddede, *“Tutuklulukta geçecek süre”* düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına girmeyen suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 10 aya kadar, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına giren suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 3 yıla kadar kişi, özgürlüğünden mahrum edilebilecektir. Bize göre, bu süreler, çok uzundur.² Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına girmeyen suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 6 aya kadar, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına giren suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 2 yıla kadar kişi, özgürlüğünden mahrum edilmelidir.

² Metin Feyzioğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006, s. 53.

6. 116. maddede, “Şüpheli veya sanıkla ilgili arama” konusu düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, şüpheli veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya bu kişi veya kişilere ait diğer yerlerin aranabilmesi için, bu kişi veya kişilerin yakalanabileceği ya da suç delillerinin elde edilebileceği hususunda “makul şüphe”nin bulunması gerekmektedir. dikkat edilmelidir ki, yakalama koruma tedbirini düzenleyen 90. maddede, yakalama koruma tedbirine başvurabilmek için, “makul veya yeterli ya da kuvvetli şüphe” hallerinden birinin varlığını gerekli görmediğini, sadece, “Tutuklama veya yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren ve...” hallerin varlığını yeterli gördüğünü halbuki, gözaltı koruma tedbirin de ise, “bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı” yeterli görülmemekte olduğunu ve bunun bir çelişki olduğuna ilişkin eleştirilerimizi o konuya ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiştik. Bu maddede, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği konusunda makul şüphe varsa, o kişi aranabilecektir. Burada ölçüt, makul şüphe değil, o konuya ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, yeterli şüphe olmalıydı.

7. 117. maddede, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi için, üçüncü kişinin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya bu kişi veya kişilere ait diğer yerlerin aranabilmesi için “makul şüphe” aranmayacaktır. Sadece, “aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığı” yeterli görülmektedir. Açıkça görülmektedir ki, arama koruma tedbirinde, şüpheli veya sanıkla üçüncü kişiler arasında, üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüğü aleyhine bir durum yaratılmıştır. Yani, şüpheli veya sanığın hakkı, üçüncü kişiye göre daha fazla korunmaktadır.

Ceza yargılaması işlemlerinde, sanık veya şüphelinin haklarını en üst seviyede korumak adına üçüncü kişilerin hakları göz ardı edilemez. Kişilerin üstünün, konut veya işyerlerinin aranmaması veya özel hayatın ya da hayatın giz alanının korunması en temel hak ve özgürlüklerden biridir. Böyle bir konuda, kişiler arasında ayırım yapmak asla kabul edilemez. Bu ayırım kaldırılarak, her iki maddede de, arama için “yeterli şüphe” ölçütü getirilmeliydi.³

8. 119. maddede, “Arama kararının verilme şekli ve kimlerin verebileceği” düzenlenmiştir. Bu madde ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı’na ulaşılamazsa, kolluk amirlerine yazılı olmak koşuluyla arama emri verme yetkisi verilmiştir. Bu düzenleme ile ar-

³ Recep Gülşen, 5271 Sayılı CMK’da Arama, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 90.

tık kolluk görevlilerine daha kolay arama yapma imkanı doğmuştur. Çünkü Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamayan hallerde, kolluk amirine başvurulacağı hükmü, oldukça suistimale açık olup, "içi çok rahat doldurulabilecek boş bir mazeret dilekçesine" benzemektedir. Gerçekten, bir olayda, şahsi veya siyasi saiklerle hareket eden bir kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığını ve bu nedenle kolluk amirinden yazılı emir aldığını belgeleyebilir. Suçlulukla ve suçluyla mücadelede, asıl yetkili olması gereken kolluk makamları değil, yargısal faaliyetleri yerine getiren makamlar olmalıdır. Kolluk, yargısal makamlara göre siyasi yönü olan ve bu nedenle tarafsız olamayabilen bir teşkilattır. Her zaman, kötü amaçlarla yönlendirilmeye müsaittir. Bu nedenle, arama kararı verecek makamlar arasından kolluk amirleri bulunmamalıdır. Bu konuda yapılması gereken, Cumhuriyet Savcıları'nın sayısını arttırmak, gerekirse çalışma düzenlerinde değişiklik yapmaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, arama yapılabilmesi için, yazılı emrin bulunması zorunluluğu hususudur. Böyle bir koşulun getirilme nedeni hiç kuşkusuz, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlalinin önlenmesidir. Ancak şu bir gerçektir ki, uygulamada, kolluk görevlilerine önceden altı imzalı üstü somut olaya göre doldurulabilecek şekilde matbu kağıt verilmektedir. Bu, bir ihtiyacın neticesinden doğmaktadır. Mesela, suçüstü halinde görülen bir kişinin yakalanması amacıyla takip edilmesi üzerine, ilgili şüpheli bir konuta girerse, bu konutun aranması şüphelinin yakalanması veya suç delillerinin elde edilebilmesi için zorunlu bir koruma tedbiridir. Böyle bir durumda, ilgili Cumhuriyet Savcısı'ndan arama için yazılı emrin alınması mümkün değildir. Bu durumda doğabilecek sakıncaları önceden önlemek adına yukarıda bahsettiğim yola başvurulabilmektedir. Bize göre, meşruiyeti sağlamak ve şüphelinin haklarını korumak amacıyla ilgili Cumhuriyet Savcısı'ndan arama emrine ilişkin kayıt'a geçirilmek koşuluyla telefon yoluyla veya diğer teknolojik imkanlar yoluyla da arama emri verilebilmelidir.

9. 134. maddede, "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kopyalama ve el koyma" durumu düzenlenmektedir. Söz konusu koruma tedbirine başvurabilmek için, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması gerekli ve yeterli olacaktır. Oysa ki, niteliği ve doğuracağı sonucu itibariyle aynı olan 135. maddenin uygulanabilmesinde, "suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması" koşulu getirilmiştir. 135. madde, "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması'na ilişkindir. Her iki

madde, ceza yargılamasında delil olma niteliği bakımından aynıdır. Yani, bir suçla ilişkin başkaca delil elde etme imkanı yoksa 134. madde gereğince, “Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kopyalama ve el koyma” ve 135. madde gereğince, “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” yöntemlerine başvurularak delil elde edilecek ve bunlar, ilgili suçta kullanılabilirlerdir. Ceza yargılamasının en temel ilkelerinden biri, bütün delillerin eşit değerde olmasıdır. Bir başka ifadeyle, deliller arasında üst-üst derecelendirmesinin olmamasıdır. Bu temel kuralı göz önünde bulundurduğumuz zaman, 134. madde ile 135. madde’ye göre elde edilen deliller aynı eşdeğer nitelikte iken, bu delillerin elde edilmesinde, mesela, 134. maddenin uygulanabilmesi için, sadece, başka surette delil elde etme imkanının bulunmamasını gerekli ve yeterli görülüp, 135. maddenin uygulanabilmesinde, 134. maddedeki ölçüye ek olarak, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gibi, farklı ölçütler getirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk tekniği açısından sıkıntı oluşturabilir. Ayrıca, hem kuvvetli şüphe hem de başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması kavramı oluşturmaktadır, Çünkü kuvvetli şüphe zaten başka delillerin varlığı ile mümkündür.⁴

Önemli olan bir diğer nokta da, 134. maddenin uygulanması bakımından herhangi bir kişi sınırlaması yapılmazken, 135. maddenin uygulanmasında, 2. fıkra ile, CMK’nın 45. maddesine atıf yapılmak suretiyle, “Şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınması” yasaklanmıştır. Ancak, bu fıkra hükmü, 134. maddede uygulanmayacaktır. Yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olup kısaca, bize göre, 135. maddedeki 2. fıkra hükmü, 134. maddede de geçerli olmalıdır. Aynı şekilde, niteliği ve doğuracağı sonuçlar bakımından 134. maddeyle aynı eşdeğerde olan CMK’nın 124/2 ve 126. maddeleri de, 45. maddeye yönlendirilmelidir.

10. 138. maddede, “Tesadüfen elde edilen deliller” konusu düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, “Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma veya kavuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı’na derhal bildirilir” denilmektedir. Ancak, bu maddede, söz konusu delillerin ceza yargılamasında kullanılabilirlik kullanılmayacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Hiç kuşkusuz bu madde hükmü, yasak deliller konusuyla ilgilidir. Yasak deliller / huku-

⁴ Mustafa R. Erdem, 5271 Sayılı CMK’da iletişimin Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 100.

ka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, sadece, 148. maddede sayılan yöntemlerle elde edilen delillerden ibaret değildir. 148. madde, sadece, bu yöntemlerden önemli bazılarını düzenlemiştir. Yasak delillerin hükme esas alınmayacağı ise, 217. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ceza yargılaması, bir yandan suçlunun ceza yargılamasında yer alan usul ve kurallara göre yargılanarak bozulan kamu düzeninin tesisini ve diğer yandan da kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı dolayısıyla, bu birbirine zıt iki unsurlar arasındaki hassas dengeyi sağlamaya çalışmaktadır.⁵ Gerçekten, bu dengenin sağlanması oldukça zordur. Bu nedenle yasa koyucu, bazen toplumun çıkarını bireyin çıkarına üstün tutmakta bazen de, tam tersi yönde bir eğilim göstermektedir. Bize göre, 138. maddede, bir açıklığın olmaması, bu dengenin sağlanması açısından suistimale açık bir boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle, bu dengenin kişi lehine bozulup, “138. maddeye göre elde edilen delillerin ceza yargılamasında başlangıç şüphesinde kullanılabilmesine (başka suçta yol gösterici)⁶ karşın hükme esas alınmayacağı” şeklinde bir açık hüküm konulmalıydı. Ayrıca, 138 / 2. fıkra açısından bakıldığında, bu yolla elde edilen deliller sadece 135 / 6. fıkradaki suçlar bakımından delil olabilecektir. Diğer suçlar bakımından yasak delil olacaktır.⁷

11. 174. maddede, “İddianamenin iadesi” düzenlenmiştir. Bu madde ilk defa 5271 sayılı kanunla getirilmiş olup amacı; hazırlık soruşturması aşamasının geniş tutulup, dava ile ilgili bütün hazırlıkların eksiksiz tamamlanarak duruşmanın ve dolayısıyla uyuşmazlığın en kısa sürede sağlıklı bir şekilde tamamlanmasını sağlamaktır. Bunun için soruşturma evresinin eksiksiz geçirilmesi gerekir. Bunu sağlamak için ise, soruşturma evresinde bazı önemli hususların dikkate alınmaması halinde mahkemeye 15 günlük bir süre içinde iddianameyi geri gönderme hakkı verilmiştir. Bu hususlar maddenin 1. fıkrasında tek tek sayılmıştır. Bunlardan biri, (b) bendinde, “Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen” iddianamenin iade sebebi sayılmasıdır. Bu fıkraya göre mahkeme, iddianamede yer almayan ve fakat söz konusu olayın aydınlatılabilmesi veya kendisi açısından işlenmiş sayılabilmesi için gerekli olan delilleri belirterek iddianameyi iade edebilecektir. Burada mahkemenin “ihsası rey” de bulunduğu söylenebilir mi? Gerçekten mahkeme, “bu uyuşmazlık için şüphelinin kullandığı tabanca ile olay yerinde bulunan boş kovanların birbirini tutup tutmadığı araştırılmamış

⁵ Bahri Öztürk, *Yasak Deliller*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 131

⁶ Erdem, agm., s. 107

⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2006, Ankara, s. 222.

*oysa olayın tek ve en önemli delili budur” diyerek iddianameyi geri gönderirse, bu durumun açıkça bir “ihsası rey” olduğu söylenebilecektir.*⁸ Bu fıkranın kaldırılması yerinde olurdu.

12. 201. madde, “*Doğrudan soru yöneltme*” konusunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet Savcısı ile birlikte Avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış kişilere duruşma disiplinine uygun olmak koşuluyla doğrudan soru yöneltebilecektir. Bu düzenleme ile aslında Anglo-Sakson hukukuna has olan çapraz sorguya benzer bir durum yasal hale getirilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, Ceza Muhakemesi’nin temel gayesi olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına çelişime yöntemiyle ulaşmayı sağlamaktadır. Fakat bu düzenleme gereği yöneltilecek sorular ve bunlara verilecek cevaplar konusunda bazı ihtimallerin baş göstermesi halinde, nasıl bir çözüm yoluna başvurulacağı açık değildir. Her şeyden önce, avukatın çok kurnazca hazırlanmış olduğu bir soruya, sanığın veya tanığın, gerek kendisinin gerekse CMK’nın 45. maddesinde yer alan kişilerin ceza soruşturması veya kovuşturmasını başlatabilecek nitelikte bir cevap vermesi halinde, bu cevabı oluşturan beyanın geçerli bir delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı tartışılabilir. Gerçekte, eğer o anki dalgınlığı, boş bulunması hali, çok kurnazca hazırlanmış bir soru olmasaydı ya da bir avukat yardımından yararlanma, soru üzerinde etraflıca düşünme imkanı olsaydı, gerek kendisinin gerekse CMK’nın 45. maddesinde yer alan kişilerin ceza soruşturması veya kovuşturmasını başlatabilecek nitelikte bir cevap vermeyecekti diyebileceği hallerde, böyle bir durum karşısında aniden verilen bir cevabın hukuki değeri ne olacaktır. Bu hallerde verilen ifadeler, geçerli sayılacak mı veya hukuka uygun bir delil olarak değerlendirilip hükme esas alınacak mı? Bize göre, böyle bir durumda, eğer kişi, verdiği ifadeyi 45. madde kapsamında görerek geri almak isterse veya 45. madde kapsamına girdiği açıkça anlaşılırsa mahkeme heyeti veya hakim, söz konusu ifadeleri geri alma hakkı olduğunu, ilgili kişiye bildirmelidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sonucunda, geri alınmayan ifadeler kullanılabilir. Eğer bildirilmemişse, hükme esas alınmamalı ancak başlangıç şüphesinde kullanılabilir.

13. 223. maddede, “*Duruşmanın sona emesi ve hüküm*” konusu düzenlenmiştir. Söz konu maddede, duruşma sonunda verilecek hükümlerin neler olduğu ve hangi hallerde bu hükümlerin verilebileceği belirtilmiştir. Buna göre, 2. fıkrada beraat kararının verileceği hallerden

⁸ Feyzioğlu, agm., s. 40.

biri olarak, (c) bendinde, “Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması” hali düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, kast veya taksirin bulunmadığı hallerde beraat kararının verilecektir. Oysa 3. fıkranın (c) ve (d) bentlerinde, kast veya taksir derecesinde kusurun bulunmamasına rağmen, beraat kararı değil “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. “Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi” halinde, beraat kararı değil, “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. “Hata”nın kusurluluğu etkileyen bir hal olduğudur. Yani, hata olmazsa kişi kusurlu sayılacaktır. Hata, kastı ortadan kaldıran bir haldir. Bu nedenle, hata varsa kast yoktur. Kastın olmaması halinde, 2. fıkranın (c) bendine göre, beraat kararı verilebilmekte iken, burada, “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verileceğinin düzenlenmesi bir çelişkidir. 2. fıkranın (d) bendinde, “Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması” halinden bahsedilmektedir. Bu bent, genel hükümlerle bağlantılı bir düzenleme içermektedir. Ceza Kanunu’nun 1. Kitabı içinde düzenlenen Genel Hükümler içinde, hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, İkinci Bölüm başlığı altında “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında, önceki kanun döneminde öğretideki yazarlar tarafından “hukuka uygunluk” nedenleri olarak adlandırılan durumlar yer almaktadır. Ancak, önceki kanunda açıkça belirtilmese de öğretideki yazarlar tarafından hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan, “hakkın kullanımı, ilgilinin rızası, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” yeni kanunda “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlenmişlerdir. Bu durumda, yargıç hükmünü verirken, “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlen nedenlerden hangisinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu kendisi saptayacaktır. Böyle bir çözüm yolunda ise, hukuki birliğin sağlanmasının güç olacağı açıktır. Çözüm, Genel hükümler kısmında nelerin hukuka uygunluk nedeni, nelerin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler olduğu açıkça düzenlenmelidir. 3. fıkroda, “kusurluluğun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilebileceği durumlar düzenlenmiştir.

Bu haller;

a. “Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması

b. Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi

nedeniyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,

c. *Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması*

d. *Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi”* şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda 2. fıkraya ilişkin açıklamalarda da izah edildiği gibi, ceza sorumluluğun manevi unsurunu oluşturan kusurluluk hali, kast ve taksirdir. Bunun dışındaki durumlar, kişiyi, meydana gelen netice açısından sorumlu tutmak, sorumluluğu illiyet bağına göre temellendiren ve objektif sorumluluğu kabul eden orta çağ kilise hukukunun cezalandırma anlayışını ifade eder. Bu açıdan olaya bakıldığı zaman, kast veya taksirin olmaması halinde beraat kararı verilecektir. Ancak bu iki halin dışında olan 3. fıkra halindeki hallerde, kusurun yokluğuna dayanılarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Aslında, 3. fıkradaki bazı durumlarda, kişide kast bulunmamaktadır. Mesela, “kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde”, hatanın varlığının kabulü için kastın olmaması gerekir.

Sonuç olarak denebilir ki, 2. fıkroda yer alan kast veya taksirin bulunmaması halinde, *beraat kararı* verilmekte iken, 3. fıkroda ise “*kusurun olmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı*” durumlarda da kast bulunmamasına rağmen “*kusurun olmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı*” kararı verilebilecektir. Aynı durumun yokluğu, iki farklı hükme esas teşkil edebilecektir ki, bu, hukuk birliğini sağlanması ve hakkaniyet ilkesinin yerleşmesi bakımından olumsuz sonuçlar doğurur. 4. fıkranın (b) bendinde, “*İşlenen fiilin haksızlık içeriğini azlığı*” halinde, “*ceza verilmesine yer olmadığı*” kararının verileceği düzenlenmektedir. Hukuk düzenince olumlanıp toplum tarafından benimsenen ve bir norm ile koruma altına alınan değerlerin ihlali, bir haksızlıktır. Haksızlığın derecelendirilmesi nasıl yapılacaktır. Haksızlığın işlenişindeki manevi unsur şekilleri kast ve taksirdir. O halde, kast ve taksirde bir derecelendirme yapılması gerekecektir. Bu derecelendirmeye başlamadan önce, ön kabul olarak, kastın veya taksirin varlığı gereklidir. Kast veya taksirin varlığına rağmen ceza verilmemesi düşünülemez. Çünkü cezalandırmak için temel koşullardan biri kast veya taksirin bulunmasıdır. Ancak, Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasında, ‘*zorunluluk hali*’ genel bir ceza sorumluluğunu kaldıran hal, 92. madde ve 147. maddelerdeki zorunluluk hali ise, aynı zamanda hem cezai sorumluluğu kaldırabilmekte hem de azaltabilmektedir. Bir durumun aynı zamanda iki halde değerlendirilebilmesi adalet duygusunu zedeleyecek sonuçlar doğurabilir. Bu maddeler özel hükümler kısmında yer almaktadırlar. Genel

hükümlere göre çözülmesi gerekir. 92. 147. maddelerin işlenebilmesi için, kastın varlığı gerekmektedir. Buradaki kast, artık haksızlık içeriği az olan bir kاستtır. Bir fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kavramı anlaşılması güç bir kavramdır. Fiilin haksızlığı anlaşılabilir ama haksızlık içeriğinin anlaşılması oldukça zordur. Bunları anlamlandırmak için bir *Filozof Yargıç* gerekmektedir

Yapılması gereken, Ceza hukukunun genel mantığından sapılmamalı, bir olayda kast veya taksir varsa kişi cezalandırılmalı, eğer ceza verilmesi yukarıda sayılan hallerde olduğu gibi hakkaniyet açısından kabul edilemez ise çözüm şekli, verilen hükmün para cezasına veya güvenlik tedbirlerine çevrilmesi, zorunlu kılınmalıdır.

14. 255. maddede, “Birden çok fail bulunması halinde uzlaşma”nın yapılacağı durum düzenlenmiştir. Uzlaşma kurumu, Ceza Muhakemesi Hukuku’na 5271 sayılı yasayla getirilmiştir. Burada amaç, hafif nitelikteki suçlar için zaten iş yükü fazla olan mahkemelerin işini daha da arttırmamaktır. Aynı zamanda fail veya failer lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Bu açıdan bakıldığında, genel anlamda bu kurumun getirilmesi yerinde olmuştur. Ancak, 255. madde ile aralarında iştirak ilişkisi bulunsun veya bulunmasın birden çok kişi bir olayda fail olur ise, sadece mağdurun uzlaştığı kişi, uzlaşma kurumundan yaralanabilecektir. Uzlaşma kurumuna, hazırlık soruşturması aşamasında başvurulursa, “kovuşturmaya yer olmadığına” kararı verilecek, dava açıldıktan sonra başvurulursa, “düşme kararı” verilecektir. Bu hükme göre, bir olayda birden çok failin bulunması halinde mağdur, hazırlık soruşturmasında, faillerden biri veya bir kaç ile uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, o kişi veya kişiler açısından, “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verilemeyecek, dava açıldıktan sonra, faillerden biri veya bir kaç ile uzlaşmayı kabul etmemesi halinde “düşme kararı” verilemeyecektir. Niteliği itibariyle hemen hemen aynı hukuki etki ve sonuçlara sahip olan Şikayet kurumuyla karşılaştırıldığında, açıkça görülecektir ki, şikayet kurumundaki sirayet kuralı burada geçerli değildir. Çünkü TCK’nin 73. maddesinin 5. fıkrası, “İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkında şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar” şeklindedir. Şikayetten vazgeçilmesi halinde dava, bütün şerikler bakımından düşmekte iken, uzlaşmada, sadece uzlaşılan kişi bakımından düşebilecektir. Yani, mağdura, gerek siyasi gerekse şahsi düşüncelerinden dolayı bir kişiyi uzlaşma kurumundan yararlandırmama hakkı tanınmış olacaktır. Böyle bir sonuç, mağdurları yargılamada tasarruf edebilme imkanına sahip kılacaktır. Oysa Ceza Muhakemesinde tasarruf edilmezlik ilkesi geçerlidir. Mesela bir olayda, eldeki deliller güçlü, dava açıldığı zaman

yüksek bir ihtimalle mahkumiyet hükmünün verilebileceği bir durum varsa, mağdur, istemediği bir kişiye ceza verilmesi imkanını her zaman elinde bulunduracaktır. Böylesine önemli bir konuda kişilere bu imkanın tanınması, toplum barışını bozabilir. Ayrıca, şikayet kurumu, fail lehine bir düzenlemedir. Yani, uzlaşma kurumuyla aynı özellikleri taşımaktadır. Sonuç olarak denebilir ki, uzlaşma kurumunda da, aynı şikayet kurumunda olduğu gibi, uzlaşmada sirayet ilkesi benimsenmelidir. Son olarak, suçtan zarar görenin bir kamu tüzel kişinin olması halinde, uzlaşma yolunun niye kapatılmış anlaşılmalıdır.

15. 301. maddede, “*Temyizde incelenecek hususlar*” düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında inceleme yapılır*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, temyiz başvurusunda yapılacak incelemeye sınırlama getirilmiştir. Ancak, böyle bir düzenleme, Ceza Muhakemesi Hukuku’nun temel ilkelerinden biri olan, tarafların haklarını korumak koşuluyla “*maddi gerçeğin ortaya çıkartılması*” ilkesiyle bağdaşmamaktadır. İstinaf başvuru yolunun getirilmesi ve bu başvuru yoluyla esastan inceleme yapılacak olması, temyiz kanun yolunun hukukilik denetimi yapan bir kanun yolu olacağı düşüncesiyle böyle bir düzenlemeye gidildiği söylenebilir. Şu anda 1412 sayılı yasanın temyize ilişkin hükümleri geçerliliğini sürdürmekte ve bu hükümler gereğince sadece temyiz ediyorum demek, bütün hukuka aykırılıkların tekrar gözden geçirilmesi için yeterli olmaktadır. Bu imkanın korunması taraflardan hiçbiri için olumsuz sonuç doğurmayacağı gibi, istinaf kanun yolunun getirilmesiyle bir içtihat mahkemesi haline getirilecek olan Yargıtay’ın esastan inceleme yapma imkanına sahip olarak içtihadın daha da gelişmesine olanak sağlayacaktır.

Sonuç olarak denebilir ki, temyiz başvurusunda bulunulması yeterli görülmeli hukuka aykırılıkların belirtilmesi zorunlu kılınmamalıdır. Böyle bir kabul, hem uyuşmazlıkların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde aydınlanması ve böylece toplumsal vicdanın en üst tatmininin sağlanması hem de sanığın ve tarafların haklarının en üst ölçüde korunmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Centel, Nur, ZAFER, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2005, İstanbul.
- Erdem, Mustafa R., *5271 Sayılı CMK'da İletişimin Denetlenmesi*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.
- Feyzioglu, Metin, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006.
- Gülşen, Recep, *5271 Sayılı CMK'da Arama*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R., *Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Kavramalar)*, 2006, Ankara, s. 455.
- Öztürk, Bahri, *Yasak Deliller*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2006, Ankara 16.07.2006.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 19.07.2006

E. 2006/4451

K. 2006/4355

*** Lehe kanununun bir bütün halinde uygulanması**

(5252 sayılı K. m. 5, 9, 10; 5237 sayılı TCK; 765 sayılı TCK)

1. 5252 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca yapılan lehe yasa değerlendirilmesinin, gerek kesinleşen ilk kararda gerekse talep üzerine verilen temyize konu kararda teşdit uygulanması nedeniyle takdire ilişkin hususlarda göz önüne alınmak suretiyle uygulama yapılması karşısında anılan maddede öngörülen lehe olan hükümlerin derhal uygulanabilmesi koşullarının oluşmaması nedeniyle duruşma açılarak yapılması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7/2 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri uyarınca, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasanın ilgili tüm hükümlerinin somut olaya ayrı ayrı uygulanması ve 765 sayılı TCK'ya göre hükümlenen ceza ile 5237 sayılı TCK'ya göre hükmedilecek ceza belirlendikten sonra hükümlünün lehine olan yasanın tespiti ile lehe yasanın bir bütün halinde uygulanması ve bu durumun gerekçeye de yansıtılması suretiyle hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,

2. Kabule göre de;

a. 4786 sayılı Kanunla 647 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen 5. fıkra hükmü ile getirilen gecikme zammının, 647 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5275 sayılı, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda öngörülmediği bu nedenle hükümlü hakkında uygulanamayacağı düşünülmemesi,

b. 5252 sayılı, Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5. maddesi uyarınca hükümlü hakkında tayin olunan Ağır Para Cezasının Adli Para Cezasına dönüştürülmesinde zorunluluk bulunması,

c. 5335 sayılı Kanununun 22. maddesi ile 5083 sayılı kanununun 2. maddesine eklenen son fıkradaki düzenleme karşısında hükmolunan para cezasının 1 YTL'nin altında kalan tutarların hesaba katılmamasının gerekmesi,

Kanuna aykırı, hükümlü müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan hükmün *Bozulmasına* bozma nedenine göre; 13.11.2004 günlü *Resmi Gazete'* de yayımlanıp aynı gün yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanununun 10. maddesi hükmü uyarınca hükümlü hakkında infazın durdurulmasına yakalanarak hükmün infazına başlanmış ise başka suçtan hükümlü veya tutuklu değilse derhal tahliyesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazı yazılmasına 19.7.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 14.06.2006
E. 2006/1689
K. 2006/3396

* **Lehe kanunun uygulanması**
* **Kazanılmış hakların korunması**
* **Aleyhe temyiz yasağı**
(5237 sayılı TCK m. 151/1, 152/2-a, 167; 765 sayılı TCK m. 55/3)

Sanık E. Y.'nin suç tarihi itibarıyla 18 yaşından büyük olmasına rağmen hakkında 765 sayılı TCK'nin 55/3. maddesinin uygulanmış olması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Sanıkların baba-oğul olup, mağdur H. Y.'nin sanık Z. Y.'nin babası, sanık E. Y.'nin dedesi; mağdur Y. Y.'nin sanık Z.'nin kardeşi, sanık E.'nin amcası buldukları; sanıkların geceleyin mağdur H. Y.'ye ait 35 EL 384, 35 RZ 400 plakalı ve mağdur Y. Y.'ye ait 35 EFU 54 plakalı araçlara benzin dökerek yaktıkları, eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nin 151/1, 152/2-a ve 167. maddelerinde yaptırım altına alınmış olup, aynı fiil suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nin 516/2. fıkra, 7. bendi kapsamında değerlendirildiğinden; 5237 sayılı TCK'nin şahsi

cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olan 167. maddesi hükmü de nazara alındığında,

5237 sayılı TCK'nin lehe olması karşısında sanıkların hukuki durumunun buna göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, değerlendirmede yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi,

Kanuna aykırı, sanıklar ve müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan sanık E. Y.'nin kazanılmış hakkı korunmak suretiyle, hükmün bu sebepten dolayı *bozulmasına*, 14.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 12.07.2006

E. 2006/2812

K. 2006/4211

* Aleyhe temyiz yasağı

* Zorunlu müdafii

görevlendirilmesi

(2918 sayılı K. m. 118/5; 5271 sayılı CMK m.150/3)

Ölümlü sonuçlanan trafik kazasına asli kusurlu olarak sebebiyet verdiği kabul edilen sanığın sürücü belgesinin 2918 sayılı Yasanın 118/5. maddesi uyarınca bir yıldan az geri alınamayacağına gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

1. Sanığa atılı suçun temas ettiği kanun maddesinde öngörülen cezanın üst sınırının 5 yıldan fazla olması nedeniyle, zorunlu müdafii görevlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devamla hüküm kurulması suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 150/3.maddesine muhalefet edilmesi,

2. Kabule göre de; sanığın suç tarihi itibarıyla geçerli sürücü belgesi olup olmadığı araştırılıp, onaylı örneği celbedilmeden fotokopi belgeye dayanılarak geri alınmasına karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı *bozulmasına* 12.7.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi**T. 13.07.2006****E. 2006/4071****K. 2006/4269***** Şikayetçiye davaya katılmak
isteyip istemediğinin sorulması
(5271 sayılı CMK m. 238/2)**

3.3.2005 tarihli talimatla alınan beyanında ve aynı tarihli dilekçe-
sinde sanıktan şikayetçi olduğunu bildiren şikayetçiye davaya katılmak
isteyip istemediğinin sorulmaması suretiyle hüküm tarihinde yürürlükte
olan 5271 sayılı CMK'nın 238/2. maddesine muhalefet edilmesi,

Kanuna aykırı ve şikayetçinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde
görölmüş olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükmün öncelikle
bu sebepten dolayı *bozulmasına*, 13.7.2006 gününde oybirliğiyle karar
verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi**T. 13.07.2006****E. 2006/2060****K. 2006/4309***** Hükmün özüne etkili olan
talebe göre karar verilmesi
(5252 sayılı K. m. 9)**

Yerel mahkemece gerek kesinleşen ilk kararda ve gerekse talep
üzerine verilen temyize konu kararda takdire ilişkin hususlar da göz
önüne alınmak suretiyle hüküm tesis edildiği, somut olayda 5252 sayılı
yasanın 9. maddesinde öngörülen koşulların oluşmadığı, hükmün özüne
etkili olan taleple ilgili olarak duruşma açılarak karar verilmesi gerektiği
gözetilmeden, evrak üzerinden yapılan inceleme ile hüküm tesisi,

Kanuna aykırı, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla
yerinde görölmüş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün
öncelikle bu sebepten dolayı *bozulmasına*, 13.7.2006 gününde oybirliği
ile karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi**T. 13.07.2006****E. 2006/2804****K. 2006/4297***** Şikayete tabi suç***** Uzlaştırma***** Lehe olan hükümlerin****uygulanmasını talep**

(5237 sayılı TCK m. 73/8, 89/2;
5271 sayılı CMK m. 253, 254; 647
sayılı K. m. 5; 5252 sayılı K. m. 5)

Yerinde görülmeyen sair itirazların reddine, ancak;

1. Sanığa yüklenen 5237 sayılı TCK'nin 89/2.maddesinde düzenlenen suçun şikayete tabi olması nedeniyle anılan Yasanın 73/8 ve 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddeleri gereğince uzlaştırma hükümleri nazara alınmak suretiyle sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesi,

2. Kabul ve uygulamaya göre de;

a. 21.6.2005 tarihli son celsede, sanık müdafinin lehe olan hükümlerin uygulanmasını talep etmesi karşısında 647 sayılı Yasanın 5. maddesinin tatbik edilip edilmeyeceği hususunda bir karar verilmemesi,

b. 5252 sayılı, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 5.maddesi uyarınca sanık hakkında adli para cezası yerine, ağır para cezasına hükmolunması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı *bozulmasına* 13.7.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 9. Ceza Dairesi

T. 24.05.2006

E. 2006/2119

K. 2006/2764

* Suç tarihinde şikayete tabi olmayıp, kamu davası açıldıktan sonra yürürlüğe giren kanunla, takibi şikayete bağlı hale gelen suç nedeniyle açılan kamu davası

* Soruşturma aşamasında şikayetten vazgeçen

müştekinin kovuşturma aşamasında davaya katılması, hükmü temyize yetkisi

(5237 sayılı TCK m. 89/son; 5271 sayılı CMK m. 158/6, 238/2, 260, 261)

Mağdur müdafinin temyizinin sanıklardan M. A. Ö. hakkında verilen hükme yönelik olduğu belirlenerek buna hasren yapılan incelemede;

Hükümden önce yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nin 89/son maddesine uygun gerçekleşen suçun takibinin şikayete bağlı olduğu, mağdurun velisi olan babası C. T.'nin 2.8.2004 tarihinde kollukta ve 3.8.2004 tarihinde Cumhuriyet Savcılığı'nda şikayetçi olmadığını bildirmesi ve mağdurun usulüne uygun katılma talebinde bulunmaması karşısında, hükmü temyize yetkisi bulunmadığından, müdafinin temyiz talebinin CMUK'un 317. maddesi gereğince *reddine* 24.5.2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Sanık hakkında suç tarihinde 5 yaşında olan mağdur A. T.'nin tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu 25 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralanmasına neden olmaktan 765 sayılı TCK'nin 459/2-son. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasının yapılan yargılaması sırasında

1.6.2005 tarihinde 5237 sayılı TCK'nin ve 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra sanığa atılı suç takibi şikayete bağlı hale gelmiş ve 16.6.2005 tarihinde yapılan duruşmada hazır bulunan ve soruşturma aşamasında şikayetçi olmadığını bildiren mağdurun babası C. T. kovuşturma aşamasında sanıktan şikayetçi olduğunu belirtmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 158/6. maddesinin açık hükmü karşısında, suç tarihinde şikayete tabi olmayıp re'sen kovuşturulması gereken ancak kamu davası açıldıktan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile takibi şikayete bağlı hale gelen suç nedeniyle suçtan zarar görenin yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren süresi içinde şikayetçi olduğunu bildirmesi halinde şikayet yokluğundan bahisle kamu davasının düşürülemeyeceği gibi Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun istikrar kazanan kararlarında da açıklandığı üzere soruşturma aşamasında şikayetten vazgeçen müştekinin kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma aşamasında davaya katılmasına da yasal engel bulunmamaktadır.

5271 sayılı CMK'nun "*Kanun yollarına başvurma hakkı*" başlıklı 260 ve 261. maddeleri hükmüne göre katılan sıfatım alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açık olup mağdurun yasal haklarını korumak üzere atanan vekilin hükmü temyize hakkı olduğu ve hükmün temyiz edilebilir bulunduğu anlaşıldığından esasa girilerek inceleme yapılması ve 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra duruşmaya gelerek şikayetçi olduğunu bildiren müştekiye CMK'nın 238/2. maddesi uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği sorulup sonucuna göre bir karar verilmesinde zorunluluk bulunması nedeniyle hükmün bozulması gerektiği düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun temyiz talebinin reddine ilişkin kararına katılmıyorum.

Ekrem Ertuğrul
Muhelif Üye

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 23.01.2006
E. 2005/7569
K. 2006/148

* İş kazası sonucu maluliyet
* Maddi ve manevi tazminat
* Hakkaniyet indirimi
* Düzelterek onama
(818 sayılı BK m. 43, 44; 1086 sayılı HUMK m. 438/7)

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre davacının tüm davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2. Dava, iş kazası sonucu beden gücü kaybına uğrayan davacının maddi ve manevi zararının tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece ilamda belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Olayın oluş şekline müterafık kusur oranlarına davacının duyduğu elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, 26.6.1966 gün, 1966/7-7 sayılı İçtihadı birleştirme kararının içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimine ve hak ve nezafet kurallarına göre 20.000.00.-YTL. manevi tazminat yerine 30.000.00.-YTL. manevi tazminata hükmedilmesi ve maddi tazminattan BK. 43-44.maddeler gereğince %30 oranında hakkaniyet indirimi yerine %20 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır.

KARŞI OY:

Tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak hakkaniyet indirimi sonucuna ulaşan ve düzelterek onama yöntemini seçen ve uygulayan yüksek dairenin görüşüne aşağıdaki nedenlerle karşıyım:

1. Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi hakime tazminatın şekil ve kapsamını belirleme yetkisini vermektedir. Bu yetki, tazminatın ölçümünde kullanılacak bilimsel kriterleri içtihat yoluyla belirleme biçiminde algılanmalıdır. Tazminattan nelerin indirileceği hususu B.K. 44 maddesinde düzenlenmiştir. Ekonomik yüklenme nedeniyle indirim, özel koşullara bağlanmıştır. Bu durumda borçlunun sıkıntıya düşmesi yeter sebep değildir. Ayrıca borçlunun veya yardımcı kişilerin ağır kusurunun olmaması gerekir. Hukukun bu yalın ve yerleşik ilkesi durur iken, yasanın çözüme bağladığı sorunda içtihat yoluyla özel indirimler üretilemez. Bu yerleşik yöntemlerle hesaplanan tazminat hakkını tanımamak ve yargıya temelden yoksun müdahale yetkisi vermek anlamına gelir.

2. Tazminat çokluğu kavramı hukuki olmaktan çok bir işletme terimi olabilir. Yerleşik yöntemle hesaplanan rakam ne olursa olsun hakkın özünü oluşturur. Bir an için bu indirim doğru olsa bile tazminat

hesabında gözetilen tüm indirimlerden sonra ortaya çıkacak rakam esas alınabilir. Söz gelimi sigorta geliri indirimden önce hakkaniyet indirimi yapılması, çokluk indiriminin mahiyeti ile bağdaşmaz. Tazminatı sifıra indiren sonuçlar doğurabilir. Oysa neyin çok veya az olduğunu değerlendirmek, hakimın hükmedebileceği rakam üzerinden olabilir,

3. Hakkaniyet veya çokluk indirimi adıyla içtihadı aktarılmak istenilen bu yöntemle ilgili genel ve benzeri olaylara uygulanabilecek ölçüt ortaya konmadıkça adeta göz kararı değimine geçerlik tanıyacak bir keyfilik yargıda egemen olur. Nitekim dairemizin geçen bir yıl süreli somut dosyalarla ilgili bir istatistik yapılması halinde bu keyfilik bütün çıplaklığıyla ortaya çıkar. Öte yandan yüksek mahkememizin tazminat işlerine bakan diğer daireleri böyle bir uygulamanın içinde değildirler. Yargıtay'ın aynı işe bakan daireler uygulaması arasındaki aşırı farklılığa dayalı bu gerçek, dairemizin görüşünü yeniden gözden geçirmesi sonucunu doğurur.

4. Tazminat ölçme yoluyla elde edilen bir adalet dengesidir. Yüksek mahkeme elde edilen değeri, hiçbir yasar kritere dayanmaksızın yüksek bulması takdirde indirebiliyorsa aynı yetkinin tazminatın hiç çıkmaması veya az çıkması halinde artırma biçiminde kullanılmasını zorunlu kılar. Kuramsal çözümde iç eşitlik kavramının doğal yansıması olan bu yargı, BK 43 hükmünde düzenlenen tazminatın şümulü kavramının dışında sayılamaz. Çokluk değerlendirilmesine dayalı indirim, azlık değerlendirilmesine dayalı artırımı zorunlu kılar. Aksine bir anlayış Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen Adalette vicdan kavramına sığdırılmadıktan başka yargıyı zarar görenler aleyhine bir tutum takınma ithamı ile karşı karşıya bırakır. (soruna kısmen değinme bakımından, Dr. Aktaş, Hakkı. İş kazası tazminatına BK mad. 43'ün tatbiki İBD.1990/1-3 shf. 69,79)

5. İnsan zararlarının tazmini ekonomik ve hukuki olaydan çok bir insan hakkı sorunudur. Yok, olan uzviyet veya hayat kısmen ikame yoluyla telafi edilmeye çalışılmaktadır. İnsan zararlarının işletme ekonomisi üzerine etkisini ortadan kaldıran teknikler gelişmiştir. Sorumluluk hukukunda tazminatın sosyalizasyonu olarak deyimlendirilen sigorta çözümü bu tekniklerin başında gelir. İşveren, Sosyal Sigortalar Kurumunca karşılanmayan zararı özel sigorta yoluyla riski önleme hakkına haizdir. Bu yolu işletmemek sorumluluk hukuku anlamında takdire bağlı ve özellikle hakkaniyet olarak takdim edilen indirimi önleyen özel

hal oluşturur. BK 43 hükmünün yüksek dairenin anlamlandırdığı şekilde hakkaniyet indirimini kapsamaması halinde dahi işveren özel sigorta yolunu seçmediği için, bu durum özel hal oluşturur ve bu halin icabı, indirimden yararlanmamak anlamına gelir. Özel sigortada işverene rucü durumunun olmadığı hatırlanmalıdır.

6. Çoğunluk görüşünün uygulaması sorumluluk hukuku prensipleriyle bağdaşsa dahi davaya ve olaya en yakın olan mahalli mahkemenin direnme yetkisini ve tarafların içtihadımıza karşı geliştirebilecekleri kimi savunmaları ortadan kaldıracak şekilde düzelterek onama formülüne başvurulması usule aykırıdır. Ayrıca manevi tazminatta da Takdir hakkı, hüküm mahkemesinindir.

Yasa koyucunun bu yetkiyi alt mahkemeye vermesinin temel nedeni alt mahkemenin hukukun yanında vakıaları değerlendiren bir mahkeme oluşturur. Yargı makamlarından olaya ve maddi delillere en yakın olan organ alt mahkemedir. Yüksek mahkeme elbette alt mahkemenin takdirini inceleyebilecektir.

Ancak alt mahkemenin yerine geçerek takdiri *bizzat* kendisi yapamayacaktır. Özellikle yüksek dairemizin eski uygulamalarına ve Yüksek Yargıtay'ın diğer dairelerinin süre gelen uygulamalarına aykırı olarak yeni bir içtihat oluşturulması aşamasında düzelterek onama seçeneği tercih edilmemelidir. Her iki durumda da Böyle bir tutum Yüksek Dairenin kendi içtihadının dava prosedürü içinde tartışılmasından ve izleyen kademelerin, bu arada direnme yoluyla Genel Kurul sürecinin devreye girmesinden kaçınıldığı yorumuna yol açabilir. Kaldı ki yeniden yargılamayı gerektirmemek gerekli ve fakat yeterli olmayan bir şarttır.

Takdir hakkının az veya çok kullanılması bir hukuk hatası anlamına gelmez. Bu bir tercih meselesidir. Bu nedenle yüksek daire, aynı görüşünü sürdürecektir ise bozma yolu yeğlenmelidir.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle gerek manevi tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak hakkaniyet indirimi çoğaltılmak suretiyle manevi tazminat tutarından indirim yapılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanması ve gerekse BK'nin 43.maddesine müdahale suretiyle indirim oranının artırılması yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Faruk DERTLİ
Muhalif Üye

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi**T. 21.02.2006****E. 2005/9697****K. 2006/1502***** İş kazası sonucu maluliyet oranı**

(506 sayılı K. m. 25/3, 109)

Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacı vekilinin yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün *onanmasına*, 21.02.2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davaca, 10.02.1995 tarihinde iş kazası geçiren davalı işçi E. Ö.'nün tedavisi sonucu iyileşerek işyerinde çalışmasını sağlıklı bir şekilde sürdürmesine rağmen diğer davalı SSK tarafından maluliyet oranının %78 olarak belirlendiğini, belirlenen oranın yüksek olduğunu daha önce görülen maddi ve manevi tazminat davasında bu yönde yapılan itirazın dikkate alınmadığını bildirerek davalı işçi E. Ö.'nün maluliyet oranının yeniden tespitini istemiştir.

Mahkemece, 1998/491 Esas-2001/146 Karar sayılı tazminat davasında, işçinin maluliyet oranının %78 olduğu kabul edilerek verilen kararın Yargıtay'ca onandığı, bu suretle maluliyet oranının kesinleştiği belirtilip, 506 sayılı Yasanın 25/3 maddesine dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir.

Tekirdağ Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi'nin 1998/491 Esas sayılı dosyasında kazalı işçi E. Ö. tarafından işveren idare aleyhine maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan davada, SSK'ca bidayette kontrol kayıtlı olarak belirlenip daha sonra yapılan muayene sonucu kontrol kaydı kaldırılarak tamamlanan işlemle tespit edilen %78 maluliyet oranı esas alınarak hüküm kurulduğu ancak işverenin yargılama sırasında maluliyet oranına itirazının incelenmeden davanın sonuçlandırıldığı görülmüştür.

Bilindiği üzere, 506 sayılı Kanununun 109. maddesinde yer alan hükme göre iş kazası sonucu meydana gelen iş gücü kaybı oranının SSK tarafından belirlenmesi, kurumca verilen karara karşı ilgililer tarafından itiraz edilmesi halinde durumun Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nca karara bağlanması, sözü edilen kurulun raporuna itiraz edildiği takdirde 28.06.1976 gün ve 6/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince Adli Tıp Kurumu veya Tıp Fakültesi'nin ilgili akademik konseyinden rapor alınarak sonuca varılması gerekir. Yasanın anılan hükmüyle iş kazası sonucu meydana gelen iş gücü kaybı oranının tespitine SSK yetkili kılındığına ve SSK'nın bu işlemine karşı ilgililere (işçi ve işverene) itiraz hakkı tanındığına göre SSK'ca tespit edilen maluliyete itiraz halinde itirazın konusunu Kurumun maluliyet işleminin oluşturacağı ve giderek itirazın muhatabının da Kurum olacağı açıktır. Dolayısıyla maluliyete ilişkin uyuşmazlık doğduğunda; uyuşmazlığın tespit işleminden etkilenen işçi (sigortalı), işveren ve SSK arasında çözülmesi zorundadır. Başka bir anlatımla; Kurumun maluliyetin tespitine ilişkin işlemi 506 sayılı Kanununun 109.maddesinde öngörülen prosedüre uygun şekilde dava konusu olduğunda, dava açan (itiraz eden) işçi ise karşı tarafta SSK ve işverenin, dava açan işveren ise karşı tarafta SSK ve işçinin yer alması zorunludur. Bu yön Sosyal Sigorta ilişkisinin zorunlu ve üç taraflı olmasının da bir gereğidir. Dolayısıyla SSK'nın taraf olmadığı bir davada hükme bir esas alınmış maluliyet oranının kesinleştiğinden söz edilemez.

Somut olayda, davacı işveren, tazminat davasında davalı işçinin SSK tarafından tespit edilmiş maluliyet oranına itiraz etmiş, ancak; 506 sayılı Yasanın 109. maddesinde öngörülen prosedür işletilmeden ve SSK'nın tespit etmiş olduğu maluliyet oranına itiraz nedeniyle doğan uyuşmazlığın davacı ile SSK ve işçi arasında ayrı bir. Dava konusu yapılması sağlanıp tazminat davasına bekletici ön mesele yapılmadan sonuca gidilmiştir. Bu durumda tazminat davasında hükme esas alınmış olan maluliyet oranının davacı işveren yönünden kesinleştiği giderek davacı işvereni bağlayıcı nitelik kazandığı kabul edilemez. Mahkemenin gerekçesinde sözünü edip hükmüne dayanak kıldığı 506 sayılı kanunun 25. maddesinde öngörülen kontrol muayenesi iş kazasına uğrayan sigortalının tedavi sürecinin uzamasından doğacak mağduriyetinin önlenmesi ve özellikle maluliyet oranının artması, ya da azalması ihtimaline yönelik bir düzenleme olup işlemin tamamlanmasını sağlayan

kontrol kaydının kaldırılması SSK yönünden maluliyet tespit işlemini neticelendirir. Fakat ilgililer yönünden yani işçi ve işveren yönünden kesinleşme sonucunu doğurmadığı gibi 109. madde öngörülen itiraz hakkını ortadan kaldırmaz. Bu itibarla 25. maddesinin olayda uygulama yeri bulunmamaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davacı işverenin davalı işçi hakkında SSK'ca tespit edilmiş olan maluliyet oranına itiraz hakkım ve itirazında haklı olduğunun belirlenmesi halinde bundan doğacak diğer haklarını ortadan kaldıran yerel mahkeme kararının, 506 sayılı yasanın 109. maddesinde öngörülen prosedür doğrultusunda araştırma ve incelemeye yönelik olarak bozulması gerektiği görüşü ile sayın çoğunluğun onama kararına katılamıyorum.

Üye

Remzi BALTA

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 04.04.2006

E. 2006/1882

K. 2006/3435

* İş kazası sonucu maluliyet

* Maddi ve manevi tazminat

(4857 sayılı İş K. m. 73, 77)

Dava iş kazası sonucu beden güç kaybına uğrayan davacının maddi ve manevi zararının giderilmesi istemine ilişkindir.

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçinin, ANS Uluslar arası Yapım Yayıncılık ve Reklamcılık AŞ'nin ulaştırma hizmetlerini karşılamayı üstlenen Odak İnşaat Oto Kiralama Yapı Malzemeleri Dekorasyon San. Tic Ltd. Şti. de şoför olarak çalıştığı, olay günü işyerinde, davalılardan Odak İnşaat'a ait 34 UN 220 plakalı araçla kendisine verilen film kasetini yerine götürürken, işyerinden ayrıldıktan 200 metre kadar sonra bir aracı sollamasını takiben direksiyon hakimiyetini kaybederek sevk ve idaresindeki aracın önce kaldırılma çarpıp takiben takla atması ile meydana gelen trafik iş kazası sonucu D12 Vertebra çökme kırığına bağlı olarak %21,2 oranında meslekte kazanma gücünü yitirdiği dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve is güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu

husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanununun 73. maddesinin açık buyruğudur.

Olayla ilgili olarak düzenlenen 21.12.2004 tarihli bilirkişi raporunda işverenliğin kusursuz, kazalının ise %100 oranında kusurlu olduğu, belirtilmiştir. Davacı tarafın itirazı üzerine alınan 20.07.2005 tarihli kusur raporunda ise, %20 asıl işveren ANS... AŞ'ne,%40 taşeron Odak İnş... Ltd. Şti'ne,%40 oranında da kazalıda kusur verilerek kusur dağılımına gidilmiştir. Bu duruma göre kusurun aidiyeti ve dağılımı açısından aynı olay nedeniyle farklı değerlendirmelerinin bulunduğu ortadadır. Mahkemece kusur raporları arasındaki çelişki giderilmeden 20.07.2005 tarihli kusur raporu esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve Yasa'ya aykırı olmuştur.

Yapılacak iş; trafik ve işçi sağlığı-is güvenliği konularında uzman ehil bilirkişi kuruluna konuyu yukarıda açıklandığı biçimde incelemek, verilen rapor dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek kusur raporları arasındaki çelişki giderilmek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle, kusur raporları arasındaki çelişki giderilmeksizin, inandırıcı güç ve nitelikte olmayan, 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen 20.07.2005 tarihli kusur raporunun hükme dayanak almak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, temyiz eden tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 5. Daire

T. 13.06.2006
E. 2006/1584
K. 2006/3420

* Hakim ve savcılarının görevleri sırasındaki işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmemesinin Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olması - İdarenin takdir yetkisi
* Hak arama özgürlüğü
* Adil yargılanma ilkesi
(2802 sayılı Hakimler ve Savcılar K. m. 82, 87; Anayasa m. 36, 125; 2577 sayılı İYUK m. 2, 49, 3622 sayılı K. ile değişik m. 49/3)

Karşı Taraf: Adalet Bakanlığı - ANKARA

İsteğin Özeti: Ankara 3. idare Mahkemesi'nin 26.4.2005 günlü, E: 2004/2954, K: 2005/629 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: Davacının, bazı yargı mensupları hakkında vaki yakınması üzerine adı geçen yargı mensupları hakkında işlem yapılmasına gerek görülmediği yolundaki Adalet Bakanlığı işlemine karşı açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Mahkeme kararı, davaya konu bakanlık kararının ilgililer hakkında disiplin ve ceza soruşturması açılmamasına ilişkin olup, idari işlem

niteliği taşımadığı bu nedenle iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesine dayalıdır.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82 ve 87. maddelerinde yer alan hükümler uyarınca hakim ve savcıların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır.

İncelenen olayda, davacının şikayeti üzerine davalı idare tarafından kurulan dava konusu işlemin, davalı idarenin kamu gücünü kullanarak, kamu hukuku alanında yaptığı, tek yanlı, kesin, doğrudan uygulanabilir bir işlem olduğu açıktır, idarenin takdir yetkisine dayanarak kurduğu ve hukuksal sonuç doğuran bu işlemin ceza yargılamasına ilişkin bir işlem olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Nitekim şikayet üzerine, davalı idare tarafından ilgili yargı mensupları hakkında kurulan *"işlem yapılmasına gerek görülmediği"* yolundaki işlemler, salt kovuşturma yapılmasına izin verilmemesine ilişkin olmayıp, olayın niteliğine göre bazen ilgililer hakkında disiplin soruşturması açılmasına izin verilmemesine ilişkin olmaktadır. Bununla birlikte ceza yargılaması yönünden yargı yerlerinin görevlerine başlayabilmeleri için, öncelikle bu konuda öngörülmüş bulunan adli prosedüre geçilmesi gerekir. Bu aşamaya gelmesini engelleyen bir başka anlatımla yargısal prosedürün başlamasına engel olan idari işlemlerin, adli prosedür işlemleri olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı gibi bu işlemlere karşı yargı yolunu kapayan bir yasal düzenlemede bulunmadığından, Anayasanın 125. maddesinde yer alan *"idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu"* hükmü uyarınca. İptal davasına konu olabileceği sonucu doğmaktadır.

Bahsedilen nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; davacının bazı yargı mensupları hakkında yaptığı şikayet sonucu adı geçenler hakkında "işlem yapılmasına gerek görülmediği" yolunda Adalet Bakanlığı'nca kurulan 26.7.2004 günlü, 34043 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 3. idare Mahkemesi'nin 26.4.2005 günlü, E: 2004/2954, K: 2005/629 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin adı geçenler hakkında disiplin ve ceza soruşturması açılmamasına ilişkin bir karar olup, bu kararın idari işlem niteliğini taşınamaması nedeniyle iptal davasına konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu, idare Mahkemesi kararının hukuka ve Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürmekte ve sözü edilen idare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasında; hakim ve savcıların görevden doğan ve görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğu, 87. maddesinde; hakim ve savcılar hakkında tamamlanan soruşturma evrakının Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderileceği, bu Genel Müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine kovuşturma yapılmasına veya disiplin cezası uygulanmasına gerek olup olmadığının Bakanlıkça takdir edilerek evrakın ilgili mercilere gönderileceği veya işlemden kaldırılacağı hükme bağlanmış, Kanununun 89. maddesinde; "hakim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak, Adalet Bakanlığı'nca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı'na; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.

Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir..." hükmüne yer verilmiştir.

Belirtilen yasal düzenleme ile hakim ve savcıların görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma ve soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı kılınmıştır. Anılan bakanlıkça bu iznin verilmemesi halinde, hakim ve savcılar hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma yapılamamaktadır.

Adalet Bakanlığı'nca izin verilmesi durumunda ilgili hakim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmekte ve bakanlıkça kovuşturma açılması gerekli görülürse 2802 sayılı Kanununun 89. maddesi uyarınca ilgililer hakkında doğrudan ceza davası açılmaktadır, izin verilmemesi durumunda ise ilgililer hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamamakta, yetkili kurul veya merciler tarafından disiplin cezası verilmesi ya da ceza yargılamasını ilgilendiren bir konuda kovuşturma ve kamu davası açılması yolu tamamen kapatılmaktadır.

Hakimler ve savcılar hakkındaki ihbar ve şikayetler yalnızca ceza yargılamasını gerektiren bir suç atılımına yönelik olmayıp, disiplin ihlaline veya idari bir önemle sonuçlanabilecek hallere de ilişkin olabileceğinden ve bu farklı sonuçlar ancak yapılacak bir inceleme ve soruşturma sonucunda ortaya çıkabileceğinden, hakim ve savcılar hakkında verilecek inceleme veya soruşturma izninin yalnızca ceza yargılamasına ilişkin olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Anayasanın "*Hak Arama Hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiş, 125. maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 36. maddesinde yer verilen sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur, önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil, aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Çağdaş bir hukuk düzeninde bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır.

Anayasanın yukarıda yer verilen hükümleri, hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden olan ve uluslararası hukuk kuralları ile ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan "*hak arama*

özgürlüğü”, “adil yargılanma hakkı” ve “mahkemeye başvuru hakkı” ilkeleri ile doğrudan ilgili olup; Anayasa’da bu hükümlere yer verilerek anılan temel haklara anayasal bir değer yüklenmiştir.

Buna göre tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının tanınmadığı bir idari rejimin adil yargılanma ilkesine uygun olmayacağı kuşkusuzdur.

Diğer taraftan 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde, idari işlemlere karşı yetki, şekil, neden, konu ve amaç yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdari işlem, idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı ve kesin, doğrudan uygulanabilir işlemdir, idari işlemin en belirgin özelliği, ilgilinin isteğine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı iradesi ile ilgilinin hukuksal durumuna etki yapabilmesidir.

İdarenin, kişilerle olan ilişkilerinde sahip olduğu kamu gücü ve kudretini yanına alarak hareket etme üstünlük ve ayrıcalığı karşısında, kişilerin sahip olduğu tek güvence “*etkin bir yargısal denetimin varlığı*”dır.

Davacının şikayeti üzerine bazı yargı mensupları hakkında yapılan inceleme sonucunda işlem yapılmasına gerek görülmediğine ilişkin olarak kurulan işlemin; davalı idarece kamu gücü kullanılarak takdir yetkisi içinde kurulması ve hukuksal sonuç doğurması nedeniyle tüm unsurları ile idari işlem olduğuna, incelenebileceği başka bir idari birim veya yargı mercii kalmadığına ve bu nitelikte bir işleme yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü bulunmadığına göre, Anayasa’nın 36. maddesinde öngörülen “*hak arama özgürlüğü*” ve 125. maddesinde öngörülen “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu*” ilkeleri uyarınca davaya konu edilebileceği tabiidir.

Takdir yetkisi kullanılarak kurulan bakanlık işleminin, yargı yolu kapatılmamış tüm idari işlemler gibi, açılan bir dava sonucunda amaç yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenebilmesinin Anayasa ve 2577 sayılı Yasa gereği olduğu, sözü edilen denetimin ise ancak idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır.

Bu bakımdan, davacının Şikayeti üzerine ilgili yargı mensupları hakkında soruŐtırma izni verilmemesine ilişkin idari işleme karşı aıılan davada, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, sÖzü edilen işlemin idari davaya konu olamayacağı gerekıesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Aıııklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 3. idare Mahkemesi'nce verilen 26.4.2005 gÜnlü, E: 2004/2954, K: 2005/629 sayılı kararın 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gÖzetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geıen mahkemeye gÖnderilmesine, 13.6.2006 tarihinde oyıokluğu ile karar verildi.

(X) KARSİ OY:

Ceza soruŐturmasının başlangıcını oluşturan "soruşturma izni"; Türk Ceza Kanunu'na gÖre suı teşkil eden bir eylemin işlendiğine ilişkin iddianın soruşturulması ya da soruŐturulmaması sonucunu doğuran bir işlemdir. Bir suı isnadının sÖz konusu olduğu durumda iddiaların soruŐturmaya konu edilmesi ya da edilmemesi, ceza yargılamasına yÖnelik bir takdirin kullanılmasıdır. Yetkili makam takdirini kullanırken isnadın niteliğini, faaliyetin yÖrütölmesinden kaynaklanan eylemin suı teşkil edip etmediğini, kanıtların mevcudiyetini ve hukuken geıerliliğini gÖz önünde bulundurur. Bu noktada, yetkili makamın konuya ilişkin takdirinin idari gÖrev kapsamında değerlendirilmesi mümkün gÖrÖlemez.

"Soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin iptal davasına konu edilmesi gerektiği" yolundaki gÖrÖŐün altında, konusu suı teşkil eden bir eylemin cezasız kalacağı endişesi yatmaktadır. Oysa suı teşkil eden eylemin dava zaman aşımı sÜresi iıinde yeni delillerle soruŐturmaya konu edilmesine yasal engel bulunmadığı gibi; soruşturma izni vermeyen amir hakkında suı duyurusunda bulunulması ve hatta tazminat davası aıılması da mümkündür.

Soruşturma aıılmasına veya aıılmamasına karar vermek usul kanunlarında yer alan hususlardandır. Adli dÜzenin sağlanmasına yÖnelik işlem özelliği taşıyan ve ceza yargılamasının bir parıası olarak nitelendirilen bu işlemlere karşı idari yargıda daya aıılması mümkün değildir.

Öte yandan, soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin yargısal denetime konu edilmesi, idari yargılama süreci içinde bazı problemlere de neden olabilir.

Mahkemece verilen iptal kararının temyizden incelenmesi aşamasında bozulması ya da sonraki yargı sürecinde farklı bir sonuca ulaşılması halinde, mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmanın veya soruşturma sonucu açılan kamu davasının sona erdirilmesi olanaksızdır. Bir başka ifade ile ceza yargılamasının görev alanına giren sürecin idari yargı kararı ile durdurulması ve geri çekilmesi söz konusu olamaz.

Ceza yargılaması sadece mağdurun değil muhbirin suç duyurusu üzerine de başlatılmaktadır, özellikle muhbirler yönünden ortada menfaat ihlali söz konusu olmadığından soruşturma izni verilmemesi halinde muhbirler tarafından idari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca iptal davası açma olanağı da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, suç isnat edilen kişi hakkında dava zaman aşımı süresi içinde her zaman ceza davası açılması mümkün iken, soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin idari yargı denetimine tabi tutulması halinde, bu işleme karşı 60 gün içinde dava açılması mümkün olacaktır. Bu noktada, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Yasasının 10. maddesi çerçevesinde yetkili amire soruşturma izni verilmesi konusunda her zaman başvuruda bulunulabileceği ileri sürülebilirse de; ceza yargılama sisteminde belirli suçlara karşı belirli süre içinde dava açılabilmesi dikkate alındığında anılan 10. madde kapsamında yeni elde edilen kanıtlarla her zaman dava açılmayacağına da kabulü gerekir.

Sonuç itibarıyla, soruşturma izni verilmemesi tamamen ceza yargılamasına ilişkin bir konudur.

Kanun koyucunun özel usul kuralları ile düzenlediği bu alanda idari yargılama usulü kuralları uygulanarak, soruşturma süreci başlatılamaz.

Açıklanan nedenlerle “*yargı kararının hazırlığı niteliğindeki işlem*” özelliği taşıyan bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın esasına girilerek iptal davası biçiminde görülüp çözümlenmesinin mümkün olmadığı, Mahkemece verilen kararın onanması gerektiği görüşü ile karara karşıyım.

Üye Esen EROL

AÇIKLAMA

Yukarıda sunulan Danıştay 5. Dairesi kararına esas olan olaylara bakacak olursak;

Müvekkil hakkında Asliye Ceza Mahkemesi'nde açılan müessir fiilden dolayı görevsizlik kararı verilmiştir. Bu karar üzerine dosya Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiş, dosyada yapılan tensip tutanağı ile birlikte duruşma günü için müvekkile herhangi bir tebligat çıkarılmadan, müvekkil, mahkemenin kararı ile giyaben tutuklanmıştır. Mahkemenin giyabi tutuklama kararı vererek ihsası rey bulunduğunu düşündüğümüzden ve bu tür tutuklamanın hukuka ve uluslararası sözleşmelere aykırılığından bahisle kaldırılmasını talep ettiğimiz halde bu talebimize mahkemece olumlu bir yanıt verilmemiştir. Haddizatında giyabi tutukluluğun savunmayı kısıtlaması nedeni ile 5237 sayılı Ceza Yasası'nda sadece kaçaklar hakkında bu kuruma yer verilmesi bu iddiamızı haklı kılmıştır.

Yine dosya içerisinde mağdura ait hastane evrakları olmadan bilirkişi raporu aldırın mahkemenin kararının yanlış olduğu, bu evraklar istenerek yeniden rapor alınması gerektiği yönündeki çabamız da sonuçsuz kalmıştır. Adli Tıp Kurumu'nca verilen raporda da eksik üye ile (üç kişi) karar verildiği, aynı Kanun'un 23. maddesine göre raporun geçerli olmadığı yönündeki talebimizi de mahkeme dikkate almamıştır.

Hepsinden önemlisi, mahkeme başkanı tarafından duruşmanın bitiminde yeni duruşma günü ile ilgili olarak duruşmanın başka bir güne bırakılması talebimize karşılık; *"Bizim başka bir duruşma günümüz yok"* diyerek Avukatlık Kanunu 2. maddesindeki yargı organları... avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır hükmüne aykırı davranılmış ve bunun gibi birçok nedenden dolayı mahkeme heyeti hakkında gerekli soruşturmanın açılması için Adalet Bakanlığı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne tarafımızdan başvuru yapılmıştır. Bu başvurumuza verilen yanıt; soruşturma açılmasına yer olmadığıdır.

Bakanlığın bu kararına karşı İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılmış, İdare Mahkemesi de diğer kararların aksine çok kısa bir sürede davayı neticelendirerek, incelenmeksizin reddine şeklinde karar vermiştir. Hal böyle iken bu kararın temyizi üzerine Danıştay 5.Dairesi yukarıdaki kararı vermiştir.

Av. Uğur ALTUN

* * *

Danıştay 8. Daire**T. 23.11.2005****E. 2004/792****K. 2005/4782**

*** Baro tarafından tayin edilen müdafiyeye ödenecek ücretin avukatlık asgari ücret tarifesinin altında kalması** (1412 sayılı CMUK m. 138, 146, 3842 sayılı K. ile değişik m. 146; 492 sayılı Harçlar K. ; Av. K. m. 164, 168; TBB Adli Yardım Yön. m. 7)

Davalılar:

1. Adalet Bakanlığı
2. Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Davanın Özeti: Avukat olan davacı tarafından 4.12.2003 tarih ve 25306 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren "1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gereğince Yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Ücret Tarifesi" nin iptali istemidir.

Savunmaların Özeti: Söz konusu görev kamu hizmeti niteliğinde olduğundan, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: Davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: Dava, 4.12.2003 gün ve 25306 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri usulü Kanunu, Gereğince Yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Ücret Tarifesinin İptali istemiyle açılmıştır.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 138. maddesinde "yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir.

Yakalanan kişi veya sanık 18 yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii'de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir" Aynı Yasanın 146.

maddesinde ise, Baro tarafından tayin edilen müdafie, görevin ifasından doğan masraflar hariç avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifenin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücret ödenir. İleride yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliği'nin rücu hakkı vardır.

492 sayılı Harçlar Yasasına bağlı (1) ve (3) sayılı tarifelere göre alınan yargı harçlarının %15'i ve idari nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının %15'i bir önceki yıl kesin hesabına göre tespit edilen toplam miktar esas alınarak yıl içinde Maliye ve Gümrük Bakanlığınca Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılır, birinci fıkraya göre ödenecek ücretler bu hesaptan karşılanır. Hükümleri yer almıştır.

Davacı tarafından dava konusu tarifedeki belirlenen ücretlerin düşük ve yetersiz olduğu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücretlerinde altında kaldığı, bu haliyle Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin 4. fıkrasında ifadesini bulan "*Avukatlık Asgari Ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamayacağı*" hükmüne aykırılık oluşturduğu; ayrıca Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin 7. maddesi gereğince, adli yardım kapsamında görevlendirilen avukata asgari ücret tarifesindeki ücretler ödenmekte iken, yine adli yardım kapsamında verilen bir hizmet olarak değerlendirilmesi gereken CMUK'un kapsamında verilen hizmetlere ayrışık olarak düşük bir ücret belirlenmesinin; eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gereğince Yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Ücret Tarifesinin Yasa ve Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptali istenmekte ise de; Yukarıda sözü geçen CMUK'un 146/1. madde hükmüyle CMUK gereğince yapılacak hukuki yardımlar için görevlendirilecek avukata, Avukatlık Tarifesinden Ayrı olarak ücret tarifesi tanzim edilip ödeme yapılabilecektir.

Bu itibarla, dava konusu tarifenin Avukatlık Mesleğinin kamu hizmeti niteliği.

Kamu hizmeti gerekleri ile kamu yararı gözetilerek, düzenlenmiş olduğundan sözü geçen dava konusu ücret tarifesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 23.11.2005 günü davacı vekilleri ile davalı Adalet Bakanlığının temsilcisi ve davalı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı vekilinin gelmedikleri görülerek Danıştay Savcısı'nın düşüncesi dinlendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Avukat olan davacı tarafından 4.12.2003 tarih ve 25306 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe giren "1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gereğince Yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Ücret Tarifesi"nin iptali istemiyle açılmıştır.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın "Baronun Müdafî Tayini" başlıklı 138. maddesinde, yakalanan kişi veya sanık müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edileceği, yakalanan kişi veya sanık on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî' de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafî tayin edileceği, 146. maddesinde; Baro tarafından tayin edilen müdafî, görevin ifasından doğan masraflar hariç avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifinin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücretin ödeneceği, ileride yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafîe ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliği'nin rücu hakkı olduğu, 492 sayılı Harçlar Yasasına bağlı (1) ve (3) sayılı tarifelere göre alman yargı harçlarının %15'i ve idari nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının %15'i bir önceki yıl kesin hesabına göre tespit edilen toplam miktar esas alınarak yılı içinde Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılacağı, birinci fıkraya göre ödenecek ücretlerin bu hesaptan karşılanacağı, Türkiye Barolar Birliği tarafından barolar arasında yapılacak dağıtımın usul ve esaslarının Barolar Birliği'nce çıkarılacak yönetmelikte gösterileceği hükme bağlanmış olup, bu madde uyarınca barolar tarafından müdafî olarak tayin edilen avukatlara yapılacak hukuki yardımlara ilişkin ücret tarifesi, Barolar Birliği'nce yıllık olarak belirlenerek *Resmi Gazete'*de yayımlanmaktadır.

04.12.2003 gün ve 25306 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan ve dava konusu edilen 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gereğince yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Ücreti Tarifesinin 1. maddesinde; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 18.11.1992 tarihli

ve 3842 sayılı Kanun ile değişik 146. maddesi uyarınca baro tarafından müdafî olarak tayin edilen avukatlara yapılacak hukuki yardımlar için ekli ücret Tarifesi uygulanacağı, 2. maddesinde; soruşturma sırasında yapılacak hukuki yardım için tarifede gösterilen ücretin ödeneceği ve müdafî tayin edilen avukata, CMUK Ücret Tarifesine göre makbuz karşılığı ödeme yapılacağı, soruşturma ve yargılamada ayrı ücret ödeneceği, hazırlık veya son soruşturmada birden fazla sanığa, menfaat çatışması olmadığı sürece tek müdafî tayin edilebileceği ve müdafî tayin edilen avukata her sanık için ayrı ücret ödeneceği, 3. maddesinde; görevsizlik, yetkisizlik, davanın nakli veya başka nedenlerle müdafîlik görevi sona ererse, Tarifede yazılı ücretin yarısının ödeneceği, iş sahibinin sonradan bir müdafî seçmesi nedeni ile görevi sona eren müdafî ise Tarifede yazılı ücretin tam olarak ödeneceği, 4. maddesinde; davaların birleştirilmesi durumunda tek ücret ödeneceği, 5. maddesinde; birden çok kişinin savunmasını üstlenen müdafîinin, yarar çatışması nedeni ile görevinden bütünü ile çekilmek zorunda kalırsa ücretinin tam olarak ödeneceği, 6. maddesinde; bu tarifenin dava vekillerince sağlanan hukuki yardımlar için de uygulanacağı, 7. maddesinde; müdafîlik ücretinin takdirinde hukuki yardımın başladığı tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı, 8. maddesinde, yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan, müdafîe ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliği'nin rücu edebileceği düzenlenmiş, 9. maddesinde de davalara göre avukatlık ücretleri belirlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından dava konusu tarife-deki belirlenen ücretlerin düşük ve yetersiz olduğu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücretlerin de altında kaldığı, bu haliyle Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin 4. fıkrasında ifadesini bulan "*Avukatlık Asgari Ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmayacağı*" hükmüne aykırılık oluşturduğu; ayrıca Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliğinin 7. maddesi gereğince, adli yardım kapsamında görevlendirilen avukata asgari ücret tarifesindeki ücretler ödenmekte

iken, yine adli yardım kapsamında verilen bir hizmet olarak değerlendirilmesi gereken CMUK'un kapsamında verilen hizmetlere ayrışık olarak düşük bir ücret belirlenmesinin; eşitlik ilkesine aykırı olduğu öne sürülerek Tarifenin iptali istenmişse de, CMUK'un 146. maddesi ile bu yasa gereğince yapılacak hukuki yardımlar için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nden ayrı olarak tarife düzenlenmesine yasa ile olanak tanındığından eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu edilemez.

Diğer taraftan, davacı tarafından dava konusu tarifenin 7. maddesinin 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 168. maddesinin son fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmekte ise de, söz konusu tarifede "*müdafilik ücretinin takdirinde hukuki yardımın başladığı tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı*" kuralı daha sonraki yıllar için uygulanan tarifelerde değiştirilerek; hukuki yardımın bittiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınması öngörülmüştür.

Esasen, adli yardımın amacı, maddi olanakları sınırlı olan kişilere avukatın hukuksal yardımını sağlayarak yargısal koruma altına almak olduğundan, bu haliyle kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı gözetilerek düzenlenip yayımlanan dava konusu Tarifede, mesleğin kamu hizmeti niteliğinin ağır bastığı da göz ardı edilemez.

Kaldı ki; dava konusu tarifeden sonra 4.12.2004 gün ve 25660 sayılı *Resmi Gazete*'de yeni bir tarife yayımlanmış ve bu Tarifeden sonra da 1.6.2005 gün ve 25832 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan en son Tarife ile bir önceki Tarife yürürlükten kaldırılmıştır.

Davacının savları ise soyut nitelikte olup, davaya konu tarifenin iptalini gerektirir ağırlıkta görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 350,00,-YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na verilmesine 23.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Danıştay 8. Daire

T. 10.10.2006

E. 2004/2524

K. 2006/3512

*** Avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine esas belge olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin işlem ve dayanak teşkil eden kanunun iptali**
(4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair K. m. 2, 6, 15; 5043 sayılı K. ile değişik 1136 sayılı Av. K. m. 9)

Davacı: Ankara Barosu Başkanlığı

Davalılar:

1. Maliye Bakanlığı
2. Türkiye Bankalar Birliği

Davanın Özeti: Avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine esas belge olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin Türkiye Bankalar Birliğinin 17.05.2004 tarih ve 2512 sayılı işleminin ve bu işleme dayanak teşkil eden Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesi (a) bendinin iptali istenilmektedir.

Maliye Bakanlığının Savunmasının Özeti: Yönetmelikte her türlü resmi kimlik belgesi üzerinden değil yalnızca ismen sayılan resmi kimlik belgeleri üzerinden kimlik tespiti yapılmasının öngörüldüğü, avukat kimliklerinin mesleki bir gruba ait olması nedeniyle bu kimliklerin “kimlik tespiti” uygulamasında kabul edilmesinin, diğer meslek gruplarının da benzer düzenlemeler yapmasına yol açacağı, bunun da uygulamada ciddi zararların ortaya çıkmasına neden olacağı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Türkiye Bankalar Birliğinin Savunmasının Özeti: Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığının yazısında kimlik tespitinde kullanılacak belgelerin kapsamının genişletilmesinin düşünülmediği, avukat kimliklerinin kimlik tespitinde esas belge olarak kabul edilemeyeceğinin belirtildiği ve bu görüş doğrultusunda işlem tesis edildiği, yapılan işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: Dava Avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine esas belge olarak kabul edilmeyeceğine dair. Türkiye Bankalar Birliği işlemi ile bu işlemin dayanağı olan Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin 6.maddesinin (a) bendinin istemiyle açılmıştır.

19.11.1996 günlü 22822 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun 15. maddesinde, *"Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak kimlik tespitine dair gerekli düzenlenmelerin yapılması... Bakanlar Kurulunca bu kanunun yayım tarihini izleyen altı ay içinde çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir,"* hükmü yer almaktadır.

Anılan hüküm uyarınca Maliye Bakanlığınca çıkarılan Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin *"Kimlik tespit usulü"* başlıklı 6. maddesinde, kimlik tespitinin bu maddede sayılan belgelerin aslının veya noterce onaylanmış suretlerinin ibrazı sonrası okunabilir fotokopilerinin alınması veya işlemle ilgili evrakın arkasına kimlik bilgilerinin kaydı suretiyle yapılacağı, kimlik tespitinde kullanılacak belgelerin Türk uyruklu gerçek kişiler için nüfus hüviyet cüzdanı, sürücü belgesi veya pasaport olduğu, aynı maddenin son fıkrasında da, Başkanlığın kimlik tespiti zorunluluğuna ilişkin usul ve esaslar ile kimlik tespitine esas belge nevini belirlemeye yetkili olduğu kurala bağlanmıştır.

Davacı, 5043 sayılı Yasayla değişik 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesinde avukat kimlikleri, tüm resmi ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmi kimlik hükmündedir kuralı yer aldığını, bu nedenle yönetmelik hükmünün yasaya aykırı olduğunu iddia ederek söz konusu yönetmelik maddesinin iptalini talep etmektedir.

Kara para, çeşitli yasalarda yasaklanmış fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değerdir. Kara Paranın elde edilenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen Kara Paranın başkalarınca veya

elde edenlerce kullanılması, kazanılması, kaynak veya niteliğinin değiştirilmesi, gizlenmesi, yerinin değiştirilmesi, transfer yoluyla aklanması kara para aklanma suçunu oluşturmaktadır. Sayılan bu suçların içinde bulunan ilgililerin tespitinde dolayısıyla Kara Paranın aklanma suçlarının tespiti ve önlenmesi açısından kimlik tespitinin önemi açıktır.

Kimlik tespiti için tespite esas belgelerin sayısının çokluğu nedeniyle kimlik tespitinin yapıldığı alanlarda, birimlerde görevlilerin bazı zorluklarla karşılaşmaları olasıdır. Kimlik tespitine esas belge sayısı ne kadar az ve herkesçe tanınabilen belgelerden olursa, görevlilerin kimlik tespitinde yanılmalarının söz konusu olmayacağı açıktır. Bazı kamu kurumlarınca, çalışma alanlarıyla ilgili düzenlemelerinde kimlik tespiti için dava konusu yönetmelik hükmüyle belirlenen kimlik tespitine esas belgelerin (nüfus cüzdanı, sürücü belgesi gibi) kabul edildiği de herkesçe bilinmektedir. (Tapu Sicil Tüzüğünde olduğu gibi)

Avukat kimliği, mesleki bir kimlik olup, bu kimliğin kimlik tespitinde kabul edilmesi başka meslek gruplarının benzer düzenlemeler yapmalarına, kimlik tespitinde kimlik tespitine esas belgelerin çokluğunun da yanlışlıkların, karışıklıkların oluşmasına, neden olabileceğinin kabulü gerekir.

Yönetmelikte sayılan kimlik tespitine esas belgelerden nüfus cüzdanını genellikle herkeste bulunan belgelerden biridir. Görevliler tarafından kolaylıkla tanınabilen bir belgedir.

Dava konusu yönetmelik hükmü, kimlik tespitinde kimlik tespitine esas belgeleri belirlemekte, avukat kimliğinin resmi niteliğinde bir değişiklik yaratmamaktadır. Avukat kimliğinin sahiplerince dava konusu yönetmeliğin alanı dışındaki işlemlerde kullanılması mümkündür.

Dava konusu işleme gelince, avukatlar tarafından yapılacak başvurularda, avukatlık kimliğinin resmi belge olarak kabul edilmemesinde yukarıda yer alan gerekçe ile yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun olan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü.

Dava, Avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine esas belge olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin Türkiye Bankalar Birliği'nin 17.05.2004 tarih ve 2512 sayılı işleminin ve bu işleme dayanak teşkil eden Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 6. maddesi (a) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarelerin davanın süre aşımı yönünden reddedilmesi gerektiği iddiası yerinde görülmemekle işin esasına geçildi.

4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Yasanın 15. maddesinde, *"Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak bilgi verme, kimlik tespiti, araştırma ve inceleme yöntemleri, şüpheli işlemler, aklamaya konu menfaat ve değerlerin belirlenmesine dair gerekli düzenlemelerin yapılması, Koordinasyon Kurulunun yönetim, toplanma ve çalışma esas ve usulleri, toplantı ve karar nisabına ilişkin hususlar, Bakanlar Kurulunca bu Kanunun yayım tarihini izleyen altı ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."* hükmü yer almıştır.

Anılan Yasa kuralı uyarınca çıkarılan ve 2.7.1997 gün ve 23037 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin *"Kimlik Tespit Usulü"* başlıklı değişik 6. maddesinde, kimlik tespitinin bu maddede sayılan belgelerin aslının veya noterce onaylanmış suretlerinin ibrazı sonrası okunabilir fotokopilerinin alınması veya işleme ilgili evrakın arkasına kimlik bilgilerinin kaydı suretiyle yapılacağı, kimlik tespitinde kullanılacak belgelerin Türk uyruklu gerçek kişiler için nüfus hüviyet cüzdanı, sürücü belgesi veya pasaport olduğu, aynı maddenin son fıkrasında da, Başkanlığın kimlik tespitinin zorunluluğuna ilişkin usul ve esaslar ile kimlik tespitine esas belge nevini belirlemeye yetkili olduğu kurala, bağlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 5043 sayılı yasa ile değişik 9. maddesinde ise, avukat kimliklerinin, tüm resmi ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmi kimlik olduğu kurala bağlanmıştır.

Davacı Baro, dava konusu yönetmeliğe göre avukat kimliklerinin geçerli bir kimlik olarak kabul edilmemesinin, Avukatlık Yasası'nın anılan hükmüne aykırı olduğunu öne sürmektedir.

Kara Paranın aklanmasının önlenmesi konusunda uygulanacak esasları belirlemek amacıyla çıkarılan 4208 sayılı yasanın 2. maddesinde,

“Kara para” çeşitli kanunlarda yasaklanmış fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para ve para yerine geçen her türlü kıymetli evraklar, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değer olarak tanımlanmıştır.

Kara Paranın aklanması suçunun tespiti ve işlenmesinin engellenbilmesi için kimlik tespitinin önemi açık olduğundan, yasa koyucu tarafından idareye bu konuda düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

Davalı idareler savunmalarında; Kara Paranın aklanması suçu ile mücadelede ilgili kişinin ayrıntılı ve doğru kimlik bilgilerine sahip olunması, bu bilgilerin sadece idarelerinde değer (özellikle mali kurumlar nezdinde takibin yapılabilmesi için) diğer kuruluşlardaki bilgilerin de doğru ve ayrıntılı olması gerektiği, bu nedenle kanun kapsamındaki işlemler için yaygın, güvenli ve tanımada zorluk çekilmeyecek nitelikteki kimliklerin (nüfus cüzdanı, sürücü belgesi ve pasaport) esas alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği’nce üyelerine verilen avukat kimliğinin resmi niteliğe sahip olduğunda ve meslek mensubunu tanıtmaya açısından yurt çapında geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bununla beraber, Avukat kimliğinin ayırt edici özellikleri hakkında sadece bir meslek grubunun ve ilişkili olduğu kişilerin yeterli bilgiye sahip olduğu ve nüfus cüzdanı ve sürücü belgesi gibi yaygın kullanımının olmadığı açıktır.

Davalı idarelerin savunmasında belirtildiği gibi “Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi” bakımından, kimlik tespitine esas alınacak belgelerin yaygın kullanımda, detaylı bilgiye sahip ve herkesin kolaylıkla ayırt edici özelliklerini tespit edebileceği nitelikte olması gerekmektedir.

Bu nedenle, avukatlık kimliklerinin Kara Paranın önlenmesinde esas alınacak belgeler içinde yer almamasında kamu hizmeti gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Kaldı ki, Avukat kimliğinin dava konusu Yönetmelik kapsamına, alınmamasının, bu

kimliğin resmi niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan dava-
nın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına
10.10.2006 gününde oyokluğu ile karar verildi.

Azlık Oyu (X): Uyuşmazlık; Avukatlık kimliklerinin kimlik tespitine
esas belge olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin Türkiye Bankalar Birliği
işlemi ile bu işleme dayanak olan Kara Paranın Aklanmasının nlen-
mesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin
6/a maddesinin iptali isteminden kaynaklanmıŐtır.

Avukatlık Kanununun 9. maddesinde, Avukat kimliklerinin tüm
resmi ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmi kimlik hk-
mnde olduğu hüküm altına alınmıştır.

Kara Paranın Aklanmasının nlenmesine Dair 4208 sayılı Kanu-
nun Uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin 6/a maddesinde ise, Türk
uyruklu gerçek kişiler için kimlik tespitinde kullanılacak belgelerin
sadece nüfus hüviyet cüzdanı, sürücü belgesi veya pasaport olabileceği
belirtilmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun anılan açık hükmüne rağmen avukatlık
kimliği daha alt bir norm olan yönetmelikte belirtilen diğer kimlikler gibi
geçerli kabul edilmediğinde, kanun hükmü etkisiz hale gelecektir.

Bu durumda, eksik düzenlemeye dayalı yönetmelik maddesinde
hukuka uyarlık görülmemiştir.

Dava konusu işleme gelince;

Avukatlar tarafından yapılan başvuruya rağmen avukatlık kimliği-
nin resmi belge olarak kabul edilmemesinde yukarıda yer alan gerekçe
ile yasaya ve hukuka aykırılık açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu yönetmelik maddesi ile uygu-
lama işleminin, iptali gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyo-
rum.

ye Alaattin ÖĐÜŐ

* * *

Danıştay 8. Daire

T. 20.10.2006

E. 2004/2527

K. 2006/3819

*** Avukatın başka bir avukata karşı takip edeceği davayı barosuna bildirmedeği gerekçesiyle uyarma cezası alması**

(Av. Meslek Kuralları m. 27/2; 1136 sayılı Av. K. m. 34, 134)

Davalılar:

1. Türkiye Barolar birliği
2. Ankara Barosu Başkanlığı

Davanın Özeti: Ankara Barosuna kayıtlı avukat olan davacının, uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Ankara Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 25.9.2003 gün ve E: 2003/82, K: 2003/92 sayılı kararı ile bunun dayanağını oluşturan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının (Avukatlık Meslek Kuralları) 27/2 maddesinin; hukuka aykırı olduğu öne sürölerek iptali istemidir.

Savunmaların Özeti: Meslek kurallarının, avukatlar arasındaki mesleki dayanıŐmayı sağlamak için getirilmiş olan kurallar olduğu, kasıt olup olmadığının etkili olmayacağı, iŐlemdede ve dayanağı kuralda hukuka aykırılık bulunmadığı, davanın reddinin gerekeceği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakiminin Düşüncesi: Davanın reddinin gerekeceği düşünölmektedir.

Danıştay Savcısının Düşüncesi: Dava, Avukat olan davacının, uyarı cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlem ile bu işleme dayanak olan Avukatlık Meslek Kurallarının 27/2. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34.maddesinde "*Avukatlar, yüklen-dikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler*" hükmü yer almıştır.

TBB Avukatlık Meslek Kuralları'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında ise "*Bir Avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir*" kuralı getirilmiştir.

Bakılan dava konusu olayda, Avukat olan davacının, Yusuf Yıldırım vekili olarak meslektaşı Av. Erhan Bora hakkında 9.4.2001 tarihinde Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesinin E: 2001/258 sayılı dosyası ile 5.000.000.000.-TL'lik alacak davası açıp takip ettiği halde Baroya bildirmediğinden hakkında yürütülen soruşturma sonucunda bu fiili sabit görülerek 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ve Avukatlık Meslek Kurallarının 27/2. maddesi uyarınca uyarı cezası ile cezalandırılması üzerine; Davacı tarafından hakkında verilen bu uyarı cezası ile dayanağı Meslek Kurallarının 27/2. maddesinin iptali istemiyle dava konusu edilmiş ise de; davanın Meslek Kurallarının 27/2. maddesine yönelik kısmında;

Mesleğin düzen ve gereklerini korumak, yasaların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesinde ve yüklendiği görevlerin tam ve layıkıyla şerefli bir şekilde yerine getirmek amacıyla oluşturulmuş meslek kuralları amacına aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu edilen uyarı cezasının iptali istemine gelince, dosyada yer alan maddi delillerle, davacının savunması dikkate alındığında sübut bulan fiilinden dolayı verilen disiplin cezasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce işin gereği görüldü:

Dava, avukat olan davacının, uyarı cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Ankara Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının 25.9.2003 gün ve E: 2003/82, K: 2003/92 sayılı kararı ile bunun dayanağını oluşturan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın (Avukatlık Meslek Kuralları) 27/2. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın, "Avukatın Hak ve Ödevleri" başlıklı 34. maddesinde, genel olarak, avukatların, 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 yükümlü oldukları öngörülmüştür.

1136 sayılı yasanın, "Birliğin Görevleri" başlıklı 110. maddesinde

1. Baroları ilgilendiren konularda her baronun görüşünü öğrenip, ortaklaşa görüşmeler sonunda çoğunluğun düşüncesi ve görüşünü belirtmek,

2. Baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlayıp mesleğin gelişmesini sağlamak,

3. Baro mensuplarının genel menfaatlerini ve meslekin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak,

4. Türkiye barolarını ve mensuplarını birbirine tanıtarak aralarındaki meslek bağına kuvvetlendirmek,

Türkiye Barolar Birliği'nin görevleri arasında sayılmış, aynı yasanın, "Disiplin Cezalarının Uygulanacağı Haller başlıklı 134. maddesinde" ise, "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." hükmü öngörülmüştür.

Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihinde yapılan IV Genel Kurul Toplantısında kabul etmiş olduğu Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları (Avukatlık Meslek Kuralları)nın Meslektaşlar Arası Dayanışma ve ilişkiler Başlıklı Bölümünde yer alan 27/2 maddesinde, "bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." kuralı getirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, avukat olan davacının, Y. Y. adındaki bir davacıya vekaleten meslektaşı olan Avukat E. B. hakkında Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 9.4.2001 tarihinde açtığı E: 2001/258, sayılı dosya ile 5.000.000.000.-TL'lik alacak davası açarak takip etmeye başladığı, bu durumu bağlı olduğu Ankara Barosuna bildirmediği, Avukat E. B.'nin şikayette bulunması üzerine, davacı hakkında soruşturma açıldığı, eyleminin sabit bulunması sonucu Ankara Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının 25.9.2003 gün ve E: 2003/82, K: 2003/92 sayılı kararı ile Avukatlık Yasası'nın 134. ve Meslek Kurallarının 27/2 maddeleri uyarınca uyarma cezası ile cezalandırıldığı, davacının bu karara yaptığı itirazında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun. 20.3.2004 gün ve E: 2003/149, K: 2004/87 sayılı kararı ile anılan cezaya ilişkin kararın oybirliği ile onandığı, davacının da işlemin ve dayanak alınan meslek kurallarının 27/2 maddesinin iptali istemiyle dava açtığı anlaşılmıştır.

Davacı, dava açmadan önce Avukat E. B.'yi cep telefonu ile arayarak

müvekkilinin istemlerini iletmediğini, 15 gün sonra da yazılı ihtarname göndermediğini, sonuç alamayınca dava açtığını öne sürmekte ise de, yukarıda anılan Meslek Kuralları kararı uyarınca bağlı olduğu Ankara Barosuna bilgi vermesi gerekmektedir.

Yukarıda metni alınan Yasa hükümleri uyarınca, baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlamak, mesleğin gelişmesini sağlamak, mensuplarının genel menfaatlerini ve mesleğin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak, bunun yanında Türkiye Barolarını ve mensuplarını birbirine tanıtarak aralarındaki meslek bağı kuvvetlendirmek gibi temel görevleri olan Türkiye Barolar Birliği'nin yetkili organlarıca alınan ve yasaların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesinde, yüklendiği görevleri tam ve eksiksiz olarak onurlu bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuş bulunan meslek kurallarının arasında yer alan 27/2 maddesinde hukuka, meslek onuruna ve kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

1971 yılında alınan ve 30 yılı aşan bir süreden beri uygulanmakta olan meslek kurallarına uymayan ve avukat olan bir meslektaşının şikayeti üzerine başlatılan soruşturma sonucu kurallara aykırı davranışı sabit olan davacı hakkında verilen disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına 400,00.-YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak Türkiye Barolar Birliği'ne verilmesine, 20.10.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 15.09.2006
E. 2006/244
K. 2006/318

* Avukatın hakim ve savcılarla ilişkisi
* Avukatın, kişisel ve meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmadan ayrılabilceği
(Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 17, 21)

Şikayetli avukat hakkında, Çayırılan hakimi olan şikayetçinin odasında, “*sen utanmadın mı öyle zabıt tutturmaya?*” diyerek hazırladığı dilekçeyi şikayetçiye uzattığı, ardından da “*çabuk havale et şunu*” dediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında; şikayet konusu olayın gerçek olmadığını, uzun süren bir duruşmanın icrası sırasında rahatsızlandığı için duruşma salonunu terk etmek zorunda kaldığını, müvekkilinin başka bir avukat tutması yönünde mahkeme hakiminin ara kararı vermiş olduğunu öğrendiğini, dosyayı incelemek istediğinde, dosyanın hakim odasında olduğunu söylediğini, dosyadan suret almak için dilekçe vermesine rağmen 3 gün sonra alabildiğini, odasından çıkmakta olan hakimin, polis memurunu, katibeyi ve odacıyı yanına çağırarak “*polis bunu yanınıza alın, dışarıda tutun ve bir yere göndermeyin, hakkında işlem yapacağım*” dediğini, şikayetçi hakim hakkında Cumhuriyet Savcılığı’nda suç duyurusunda bulunduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, “*Her ne kadar... Ağır Ceza Mahkemesince mahkumiyet ve erteleme kararı verilmiş ise de avukatlık görevi gereği olan talep,*

savunma sınırları içerisinde kalan şikayetli hakkında disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Yozgat C. Başsavcılığı, “*şikayetli hakkındaki kamu davasında, mahkumiyet yönünden sabit olan eyleminin disiplin cezası tayinini gerektirdiği*” gerekçesi ile karara itiraz etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem nedeniyle, şikayetli hakkında Boğazlıyan Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2002/45 Esasında kayıtlı olan ve “*görevli hakime görevi esnasında hakaret*” suçundan dolayı açılan kamu davasında, mahkemece eylem sabit görülmüş ve mahkemenin 27/11/2002 tarihli 2002/120 Karar sayısı ile Şikayetlinin TCK’nin 266/3, 59/2 maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, 647 sayılı yasanın 4 ve 6. maddeleri uyarınca hapis cezası paraya çevrilerek ertelenmiştir. Kararın Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiği, karar arkasındaki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın, kesinleşen yargı kararı ile görevli hakime görevi sırasında “*sen utanmadın mı öyle zabıt tutturmaya?, çabuk havale et*” demek suretiyle “*hakaret ettiği*” sabit olmakla, eylem aynı zamanda disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Baro Disiplin Kurulu’nun, maddi olaya ilişkin olarak verilip kesinleşen mahkumiyete ilişkin yargı kararını yok sayması ve şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin karar vermesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Şikayetlinin mahkeme kararıyla sabit olan eylemi aynı zamanda, Avukatlık Yasası’nın 34 üncü maddesinde yazılı, “*Avukatlar, yüklenmeleri 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 Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.*” ile TBB Meslek Kuralları’nın 17. maddesi olan “*Hakim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır.*” ve 21. maddesinde yazılı “*Avukat, duruşmayı terk edemez. Ancak kişisel ve meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmalardan ayrılabilir. Bu durumda avukat derhal Baroya bilgi verir.*” düzenlemesine, Avukatlık Yasası’nın 134. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşmuştur.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılarak, yeniden incelemeyi

gerektiren bir husus olmadığından, eylemin niteliği, Ağır Ceza Mahkemesince verilen mahkumiyet kararı, birden fazla maddenin ihlali ve eylemin Avukatlık Yasası'nın 6. kısmında yer alan 34. maddeye aykırılık oluşturması gibi sebeplerle şikayetli avukatın "kınama cezası ile cezalandırılmasına" karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet Savcısı'nın itirazın kabulüyle, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin Yozgat Barosu Disiplin Kurulu'nun kararının kaldırılmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 15.09.2006
E. 2006/241
K. 2006/317

*** Eylem tarihinde, önceki
cezanın kesinleşme tarihinin
tekerrüre esas alınması**
(Av. K. m. 134, 136/2, 157/7, 158)

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin 12.07.2005 gün ve 2005/75 Esas, 2005/174 Karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine kurulumuzun 05.05.2005 tarihli ve 2006/82 Esas, 2006/162 Karar sayılı kararı ile itirazın kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun kararının "üç ay süre ile işten çıkarma" cezası verilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmiş, ancak Adalet Bakanlığı'nın 22.06.2006 tarihli ve 13892 sayılı işlemi ile "yapılan değerlendirmede ve verilen kararda hukuki isabet görülmediği" gerekçesi ile dosya bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme gerekçesinde; şikayet edilen avukatın, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'ndaki disiplin dosyasında yapılan kovuşturmanın 27.04.2004 tarihli duruşmasında, "adam gibi yargılama yapılacaksa yapılınsın, iş uzatılacaksa biz buraya çağrılmayalım" şeklindeki beyanlarının Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na aykırılık teşkil ettiği ve 1136 sayılı yasanın 134. maddesi uyarınca da disiplin cezasını gerektirdiği, ancak şikayetli avukatın sicilinde bulunduğu ve 31.03.2001 tarihinde kesinleştiği kabul edilerek tekerrüre esas alınan para cezasına konu eylemin 18.01.1999 tarihinde işlendiği, Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesindeki tekerrür hükmünün uygulanabilmesi için önceki cezanın kesinleşmiş olması ile birlikte her iki eylemin de 5 yıllık dönem içerisinde işlenmiş olmasının gerektiği, bu sürenin geçmiş olduğu gözetilmeden, cezanın artırımı yoluna gidilmesinin 1136 sayılı

Avukatlık Yasası'nın cezaların uygulama şeklini belirleyen 136. maddesine aykırı olduğu bildirilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısı ile birlikte disiplin dosyası bir kez daha incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

Bakanlığın onaylamamaya ilişkin yazısında, şikayetli avukatın sicilinde bulunan ve 31.03.2001 tarihinde kesinleştiği kabul edilen tekerrüre esas alınan para cezasına konu eylemin 18.01.1999 tarihinde işlendiği, Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesindeki tekerrür hükmünün uygulanabilmesi için önceki cezanın kesinleşmiş olmasıyla birlikte her iki eylemin de 5 yıllık dönem içerisinde işlenmiş olması gerektiği, bu sebeple tekerrüre esas alınan para cezasına konu olayın işlendiği tarihten itibaren 5 yıllık sürenin geçmiş olduğunun gözetilmemesinin Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesine aykırı olduğu bildirilmiştir.

Kurulumuzun kararlılık kazanmış olan birçok kararlarında, şikayetli avukatların disiplin sicillerindeki kesinleşmiş disiplin cezalarında, kesinleşme tarihi esas alınmak suretiyle disiplin cezası tayini yoluna gidilmiştir. Bu kovuşturma konusu olayda da eylemin kesinleşme tarihi olan 17.06.2004 tarihinde, şikayetlinin disiplin sicilinde 31.03.2001 tarihinde kesinleşmiş para cezası bulunmaktadır. Gerek Avukatlık Yasası gerek CMK'da tekerrür esaslarının uygulanmasında, eylem tarihinde, önceki cezanın kesinleşme tarihinin tekerrüre esas alınması öngörülmektedir.

Bu sebeplerle, bu disiplin kovuşturmasına konu eylem tarihinde, şikayetlinin disiplin sicilinde kesinleşmiş para cezası bulunduğundan, Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi uyarınca ve 158. maddedeki ilkeler de gözetilerek, şikayetlinin 3 ay süre ile işten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına dair kararımızın aynen kabulü ile bakanlığın geri gönderme gerekçesinin kabul edilmemesine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adalet Bakanlığı'nın 22.05.2006 tarih ve 13892 sayılı işlemi ile bir daha görüşülmek üzere geri gönderilen ve şikayetli avukatın üç ay süre ile işten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin bulunun 05.05.2006 günlü ve 2006/82 Esas, 2006/162 Karar sayılı kurulumuz kararının yukarıda açıklanan nedenlerle aynen kabulüne ve neticenin Avukatlık Yasası'nın 157/7 hükmü gereğince Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.09.2006
E. 2006/328
K. 2006/314

* İcra dosyasından tahsil edilen paranın müvekkile iadesinin geciktirilmesi
* Hapis hakkının koşulları
(Av. K. m. 34, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 43, 45)

Şikayetli avukatın, şikayetçi ve çocuklarının vekili olarak iş kazası sebebiyle açtığı maddi ve manevi tazminat davası sonucunda Ankara 9. İcra Müdürlüğü'nün 2000/5382 sayılı dosyasına yatırılan meblağı yasal kesintiler çıktıktan sonra 13.688.000.000 TL olarak tahsil ettiği halde, şikayetçiye bilgi vermediği ve uhdesinde tutarak ödemediği iddiası ile açılan kovuşturma sonucunda eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 43 ve 45. maddelerine aykırılık oluşturduğu kabul edilerek uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetçinin, şikayetli avukat hakkında aynı zamanda Adalet Bakanlığı'na da şikayette bulunduğu, Adalet Bakanlığı'nın 21.07.2004 tarihli oluru ile soruşturma açılmasına izin verildiği, soruşturma sonucunda Adalet Bakanlığı'nın 10.10.2004 tarihli oluru ile iddianın vekalet ücretinden kaynaklandığı ve hukuki nitelikte görüldüğü belirtilerek kovuşturma yapılmasına gerek olmadığına karar verildiği, disiplin kovuşturmasına konu eylem hakkında şikayetli avukat hakkında ceza davası açılmadığı anlaşılmaktadır.

TBB Meslek Kuralları 43. maddesi, "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. ... Müvekkil ile ilgili bir hesap varsa uygun sürelerle durum yazı ile bildirilir.", 45. maddesi, "Avukat 'hapis hakkı'nı alacağı ile oranlı olarak kullanabilir." hükümlerini taşımaktadır. Avukatın tahsil ettiği paralar ile ilgili olarak müvekkiline vereceği bilginin yazılı olması ayrıca hapis hakkının kullanılması halinde, alacağın miktarı ile tahsil edilen meblağın bildirilerek hesap verilmesi gerekmektedir. Şikayetli avukatın, bütün aşamalarda, dava ve takibi için yaşanan güçlükleri detayları ile açıklamasına karşın, sunduğu sözleşmeye göre her iş için ayrı ayrı hak kazandığını savunduğu avukatlık ücretleri ile tarafından yapıldığı için alacağı olduğunu ileri sürdüğü masraf ve işyerinden ayrılması sebebiyle sözleşmeye göre alacağı miktarların dökümünü bildirmediği görülmektedir. Bunların yukarıda belirtilen açıklıkta ve yazılı olarak şikayetçiye bildirildiğine dair de bir delil sunulmamıştır.

Bu bakımdan Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturduğu şeklindeki değerlendirmesinde hukuksal isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırılığını kabul etmesine karşın Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi hükmüne aykırı olarak, şikayetli avukatın disiplin cezasının bulunmamasını gerekçe göstererek uyarma cezası vermesinde hukuksal isabet bulunmamakla birlikte, aleyhte itiraz olmadığı için bu husus bozma sebebi kabul edilmemiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu tarafından verilen uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 15.09.2006
E. 2006/237
K. 2006/313

* Reklam yasağına aykırılık
* Disiplin yargısında duruşma isteminin savunma hakkına ilişkin olduğu
(Av. K. m. 55, 144; TBB Meslek Kuralları m. 7/b; TBB Reklam Yasağı Yön. m. 6)

Şikayetli avukatlar hakkında, Av. U. hakkında başlatacakları icra takibi için Ankara Barosu'na Av. M. R. B. imzasıyla verilen 22.07.2006 tarihli bildiri yazısında "B. Hukuk Bürosu-B. Marka ve Patent Bürosu-Av. S. Ç. B.-Av. M. R. B." şeklindeki antedin bulunması üzerine, Baro Yönetim Kurulu tarafından resen disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmiş, Baro Disiplin Kurulu da şikayetlilerin eylemlerini Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Meslek Kuralları'nın 7/b, Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddesine aykırı bularak disiplin cezası tayin etmiştir.

Şikayetliler savunmalarında; Av. M. R. B.'nin aynı zamanda Patent Vekilliği Belgesi bulunduğunu, Patent Enstitüsü'ndeki işlerde hukukçu kimliğinin bilinmesinin kolaylık sağladığını ve bu kağıtların sadece Türk Patent Enstitüsü'ndeki işlerde kullanıldığını, büroya ait işte sehven kullanılmış olduğunu savunmuşlardır.

Dosya incelendiğinde, Baro Disiplin Kurulu'nun yürüttüğü kovuşturma sırasında şikayetli Av. M. R. B.'nin, disiplin kovuşturmasındaki incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını istediği, ancak Baro Disiplin

Kurulu'nca duruşma yapılmasına karar verilmediği, şikayetlinin duruşmaya çağrılıp, dinlenmeden karar verilmiş olduğu görülmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 144. maddesine göre, avukatın isteği ya da Disiplin Kurulunca gerek görülmesi hallerinde inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu husus savunma hakkına ilişkin bulunduğundan talebe rağmen duruşma yapılmadan verilen kararda bu nedenle hukuki isabet görülmemiş, Baro Disiplin Kurulu kararının bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının kabulü ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetlilerin ayrı ayrı uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararının bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 15.09.2006

E. 2006/235

K. 2006/311

*** Disiplin cezalarının
ertelenemeyeceği**

(Av. K. m. 34, 134, 140/3, 158)

Şikayetli avukat hakkında, Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 17.01.2002 gün ve 1999/21 Esas, 2002/12 Karar sayılı kararı ile sahte bono düzenlenmek iddiasıyla açılan kamu davasında mahkemece mahkumiyetine karar verilmesi sebebiyle Baro Disiplin Kurulu'nca resen açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat birbiri ile çelişik raporlara müsteniden karar verildiğini, hakkındaki mahkumiyet kararın ertelendiğini, bu sebeple ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesini istemiştir.

İncelenen dosya kapsamından, şikayetli avukatın Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1999/21 Esasında sahte bono tanzimi, TCK'nin 342/1. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla açılan kamu davasında mahkemenin 17.01.2002 gün ve 2002/12 Karar sayılı kararı ile "bir yıl sekiz ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına" karar verildiği ve kararın Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 12.06.2003 tarih ve 2002/24598 Esas, 2003/4225 sayılı kararı ile onandığı,

Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 10.03.2003 tarih ve 2003/258 D. İş sayılı kararı ile kararın infazının durdurulduğu ve iade-i muhakeme talebinin kabul edildiği,

Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/349 Esasında yeniden yapılan yargılama sonucu Mahkemenin 10.02.2004 gün ve 2004/79 Karar sayılı kararı ile CMUK'nın 341. maddesi uyarınca iade-i muhakeme talebinin reddi ile Mahkemenin 17.01.2002 gün ve 1999/21 Esas, 2002/12 Karar sayılı kararının tasdikine karar verildiği ve kararın Yargıtay 11 inci Ceza Dairesi'nin 13.07.2005 gün ve 2005/4199 Esas, 2005/5322 Karar sayılı kararı ile onanarak kesinleştiği,

Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/512 Esas ve 2005/459 Karar sayılı kararı ile önceki kararın aynen infazına, ancak 5237 sayılı yasa uyarınca ağır hapis cezası hapse dönüştüğünden 647 sayılı yasanın 6. maddesi uyarınca cezanın ertelenmesine karar verildiği ve kararın temyiz edilmeksizin 30.01.2006 tarihinde kesinleştiği görülmektedir.

Şikayetli vekili disiplin kovuşturması sırasında ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na yaptığı itirazda, 5237 sayılı yeni TCK'nin 51. maddesinin ertelemeyi düzenlediğini, yasanın 5. maddesi uyarınca özel yasalarda belirlenen cezalarında erteleme kapsamında düşünülmesi gerektiği ve bu nedenle kararın erteleme açısından bozulmasını talep etmiştir.

Avukatlık Yasası'nda disiplin cezalarının erteleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, Avukatlık Yasası'nın 140/3. maddesinde, *"Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna"*, beraatla sonuçlanan bir ceza davasının konusuna giren eylemlerin başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir olduğu hallerde baro disiplin kurulları disiplin kovuşturmasını sonuçlandırmak ve koşulları varsa ceza tayin etmek zorundadır.

Şikayetli avukatın eylemi yargı kararı ile saptanmış olup, eylem Avukatlık Yasası'nın 34, 134, 158. maddelerine açıkça aykırıdır. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler ve eylemin ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda, tayin edilen ceza az ise de, aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. H. Ö. vekilinin itirazının reddine, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 28.07.2006

E. 2006/219

K. 2006/293

* Avukatın, levhasına yazılı bulunduğu Baro bölgesi dışında sürekli avukatlık yapması yasağı

* Avukatlıktan yasaklananlarla işbirliği edilemeyeceği veya bu gibilerin büroda çalıştırılmayacağı

* Deneme süresinde de olsa, sigortalı avukat olarak çalışmanın, yasa, yönetmelik ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı davranmak hakkını vermeyeceği

(Av. K. m. 34, 45/2, 55, 67)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin Çerkezköy Ziraat Bankası şubesine gönderdiği ihtarnamede kullandığı “İ. Hukuk Bürosu” antetli kağıtta Almanya’da irtibat adresi mevcut olduğu, büro sahibi A. Ö.’nün avukatlıktan yasaklı olduğu ve İstanbul Barosu’na kayıtlı olduğu halde Tekirdağ’da avukatlık yaptığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülmeyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, Çerkezköy’deki “İ. Hukuk Bürosu”nda 13.01.2003 başlangıç tarihli sözleşme ile sigortalı avukat olarak 2 ay deneme süresi ile çalışmak üzere işe başladığını, bu süre içinde toplam 20 gün kadar çalışıp Av. A. Ö.’nün işten yasaklı olduğunu öğrenince işten ayrıldığını, büronun ve kullanılan kağıtların kendisine ait olmadığını, vergi kaydının bulunmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İstanbul Barosu Yönetim Kurulu’nun şikayetli hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına dair 18.03.2004 tarihli ve 12/26 sayılı kararı, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun 05.06.2004 tarihli ve 2004/253 Esas, 3607-11 sayılı kararı ile kaldırılarak; şikayetlinin 2 ayrı büroda faaliyette bulunduğu, Almanya’da irtibat merkezinin olduğu iddialarının tahkiki ve şikayetlinin eylemi ile ilgili olduğundan Av. A. Ö.’nün avukatlık faaliyeti ile ilgili araştırma yapılması gerektiği bildirilmiştir.

Şikayetli hakkında açılan disiplin kovuşturması sonunda İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, şikayetlinin iddia edilen fiilleri işlemediği, Av. A. Ö.'nün "İ. Hukuk Bürosu"nda deneme süresi içerisinde çok kısa çalışıp durumu öğrenince işten ayrıldığı, bu bakımdan şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiş, karara şikayetçi avukat itiraz etmiştir.

Şikayet, Av. F. A.'nın İstanbul Barosu'na kayıtlı iken birden fazla yerde büro faaliyetinde bulunduğu, yurt dışında irtibat bürosu oluşturduğu, kendisinin ölümle tehdit edildiğine ilişkindir. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararı ile yasaklı avukatla işbirliği yapılması hususunun da araştırılmasına işaret edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 66. maddesinin 2. fıkrasında "Bir Baro levhasına yazılmış olan avukat, sürekli olmamak şartıyla memleketin her yerinde avukatlık yapmaya yetkilidir."

Avukatlık Yasası'nın 67. maddesinde, "Bir avukat, levhasına yazılı bulunduğu Baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık eder veya disiplin cezası gerektiren bir eylemde bulunursa, o yer barosu yönetim kurulu tarafından bu konuda düzenlenecek tutanak, gereken işlem yapılmak üzere, avukatın levhasında yazılı olduğu baroya gönderilir.",

Avukatlık Yasası'nın 45. maddesinin 2. fıkrasında, "avukatlıktan yasaklananlarla her ne şekilde olursa olsun işbirliği edilemez veya bu gibiler büroda çalıştırılmaz." hükümleri yer almaktadır.

İncelenen dosya kapsamından; şikayetli avukatın Çerkezköy Ziraat Bankası'na vekaletname müstenidatı göstermeksizin gönderdiği ihtarnamede, "İ. Hukuk Bürosu" antetli basılı kağıdı kullandığı ve bu kağıdın alt kısmında Almanya irtibat bürosunun yazılı olduğu tartışmasızdır.

Tekirdağ Barosu Başkanlığı'nın 04.07.2005 gün ve 2005/243 sayılı yazısında Av. A. Ö.'nün 2 yıl önce bürosunu kapatarak Gaziantep İncilipınar Mahallesi 4 No.lu Cadde Yüncüler İş Merkezi'nde avukatlık yaptığını, Başkanlıkça alınan bir soruşturma nedeniyle öğrenildiğinin bildirdiği görülmektedir. Baro Başkanlığı'nca yazılan yazıda Av. A. Ö.'nün işten yasaklılığı konusunda görüş bildirilmemiş ise de;

Şikayetçi iddiası ve şikayetli avukatın 11.10.2005 günü Baro Disiplin Kurulu'nda yaptığı sözlü savunmadaki, "Ben o tarihte yakınılan Av. A. Ö.'nün yasaklı olduğunu bilmiyordum. Yazıhanesinde 20 gün kadar çalıştım, İstanbul'dan bir avukatın yetki belgesi ile davaları takip ettim, takip ettiğim

dosyalar Av. A. Ö.'nin bürosundaki dosyalardır. Bu arada gerek yakınan Av. A. H. C.'nin bana Av. A. Ö.'nin yasaklı olduğunu, büroya gelip giden müvekkillerinin yakınmaları ve durumu bana izahları üzerine yasaklı olduğunu anladım, işi bıraktım." bildirmesi karşısında;

Sözleşme ile davaları takip üzere sigortalı avukat statüsüyle çalıştığı büroda vekaletnamenin dahi bir başkası tarafından verilmesi, çevrede ve bizzat büroya gelen A. Ö. müvekkillerinin yakınmaları karşısında, savunma inandırıcı bulunmamıştır.

Kaldı ki staj eğitimini tamamlayan şikayetlinin kullandığı antetli kağıdın Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne aykırı olduğunu ve naklini yaptırmadan sürekli çalışmasının mümkün olmadığını bilmemesi olanaksızdır.

Deneme süresinde de olsa, sigortalı avukat olarak çalışmak, yasa, yönetmelik ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı davranmak hakkı vermez. Sigortalı avukatlar da yasaya ve meslek kurallarına uymak, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak zorundadırlar.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, eylem Avukatlık Yasası'nın 34, 55, 45. maddelerine aykırı olmakla disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi Av. A. H. C.'nin itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından şikayetli Av. F. A.'nın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

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 17 Ekim 2006/26322

5551 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*

RG 18 Ekim 2006/26323

5549 Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun

RG 20 Ekim 2006/26325

5550 Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 28 Ekim 2006/26330

5552 Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 08 Kasım 2006/26340

5553 Tohumculuk Kanunu

RG 10 Kasım 2006/26342

5554 Devlet Mezarlığı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 08 Aralık 2006/26370

5559 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

* Bkz., Ekler

RG 14 Aralık 2006/26376

5558 Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*

YÖNETMELİKLER

RG 17 Ekim 2006/26322

- Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Memurları Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Kimlik Bilgisini Haiz Cihazlara Dair Yönetmelik
- Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ekim 2006/26323

- Türkiye İle Suriye Arasında Yürütülen Bölgelerarası İşbirliği Programı Çerçevesinde Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Bütçesinde Yer Alan Ödeneğin Kullanılması Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeoloji Mühendisleri Odası Serbest Jeoloji Mühendislik ve Müşavirlik Hizmetleri Uygulama, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği

* Bkz., Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ekim 2006/26324

2006/11058 Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gemi Makinaları İşletme Mühendisleri Odası Serbest Mühendislik, Müşavirlik Hizmetleri, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği

RG 20 Ekim 2006/26325

2006/11057 Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik

2006/11061 Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik

2006/11068 Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Tarafından İnşa Edilmiş, İşletmeye Alınmış ve İşletmeye Alınacak Hidroelektrik Santrallerinin Enerji Üretimi ile İlgili Kısımları ve Bunların Mükemmel Cüzleri Olan Taşınmazların Elektrik Üretim Anonim Şirketine Devir İşlemlerine Ait Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

2006/11076 Turizm Yatırım, İşletme ve Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Harp Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Meslek Yüksek Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Döner Sermaye İşletmelerinde Üretimi Teşvik Primi Dağıtım, Parça Baş Üretim, Atölye ve Tesislerin Özel Sektörle İşbirliği Yapılarak İşletilmesi Hakkında Yönetmelik

- Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri, Sosyal Bilimler Liseleri, Spor Liseleri ile Her Türdeki Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelik
- Karataş Liman Yönetmeliği
- Safkan Arap ve İngiliz Atlarının Soy Kütüğüne Kayıtlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Stajyer Kontrolörlük Giriş ve Kontrolör Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yöne

RG 21 Ekim 2006/26326

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belediye İtfaiye Yönetmeliği
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İç Su Araçları Yönetmeliği
- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Uygulama Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Hitit Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 22 Ekim 2006/26327

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sözleşmeli Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ekim 2006/26328

- Giresun Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 27 Ekim 2006/26329

- Çankaya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yuva ve Anaokulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ekim 2006/26330

2006/11084 Birinci Sınıf Mülki İdare Amirliğine Yükseltirme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik

- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bozok Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 30 Ekim 2006/26331

- Giresun Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Işık Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ekim 2006/26332

DÜZELTME (Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri, Sosyal Bilimler Liseleri, Spor Liseleri ile Her Türdeki Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelik ile İlgili)

RG 01 Kasım 2006/26333

- Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başbakanlık Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Özkaynak Standart Oranının Bankalarca Konsolide ve Konsolide Olmayan Bazda Hesaplanması ve Uygulanması Hakkında Yönetmelik
- Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik
- Bankaların İradi Tasfiyeleri Hakkında Yönetmelik
- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bankalarca Yıllık Faaliyet Raporunun Hazırlanmasına ve Yayımlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Bankalar ve Konsolide Denetime Tabi Kuruluşlarca Yapılabilecek Bağış ve Yardımlara İlişkin Yönetmelik
- Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik
- Bankaların Kıymetli Maden Alım Satımına ve Alacaklarından Dolayı Edindikleri Emtia ve Gayrimenkullerin Elden Çıkarılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik
- Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik
- Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik
- Bankaların Muhasebe Uygulamalarına ve Belgelerin Saklanması İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Destek Hizmeti Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik
- Derecelendirme Kuruluşlarının Yetkilendirilmesine ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik
- Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Kasım 2006/26334

- Harran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi (KOÜ) Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Kasım 2006/26335

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Hurda İşletmesi Müdürlüğü Yurtiçi Pazarlama ve Satış Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Ticaret Borsalarına Tabi Maddeler ve Bu Maddelerin Alım ve Satımlarının Tescili Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ticaret Borsalarında Alım Satım Yapan Aracılar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Kasım 2006/26336

2006/11103 Ulusal Bor Araştırma Enstitüsünde Çalıştırılacak Personelin Sözleşme Usul ve Esasları ile Mali Haklarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik

- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Sürekli Merkez Hizmeti Gören Personelin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Dışişleri Bakanlığı Personelinin Yurtdışı Görevlere Atanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür Ve Turizm Bakanlığı Stajyer Kontrolörlük Giriş ve Kontrolör Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İdarî Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Kasım 2006/26337

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Mersin Üniversitesi İleri Teknoloji Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Kasım 2006/26338

- Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 07 Kasım 2006/26339

- Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçki Tesislerinin Haiz Olmaları Gereken Teknik Şartlar, Kurulmaları, İşletilmeleri ve Denetlenmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Kasım 2006/26340

- Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına Aylık Bağlananlara Verilecek Tanıtım Kartları ve Ücretsiz Seyahat Kartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi İleri Malzeme ve Boya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Okan Üniversitesi Kuruluş ve Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Kasım 2006/26341

- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne Ait Taşınmazların Satışı ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Kasım 2006/26342

- Gemilerin Genel Denetimi ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelik

RG 11 Kasım 2006/26343

- İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi Yönetmeliği
- Diyanet İşleri Başkanlığı Yayın Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Kasım 2006/26344

- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Kasım 2006/26345

- İstanbul Bilim Üniversitesi Avrupa Florence Nightingale Hastanesi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Kasım 2006/26346

- Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Kadın Sorunlarını Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Kasım 2006/26347

2006/11122 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Cumhuriyeti Sınırları İçinde İniş veya Kalkış Yapan Türk ve Yabancı Sivil Hava Araçları Malî Mesuliyet Sigortası Hakkında Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 16 Kasım 2006/26348

- Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Su Kaynakları Geliştirme, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Okan Üniversitesi Kültürlerarası Diyalog Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Kasım 2006/26349

- Okan Üniversitesi Bilgisayar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Kasım 2006/26350

- Mülkiye Müfettişi Seçme Sınavı ve Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Kasım 2006/26351

- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Bilgisayar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Kasım 2006/26352

- Kırıkkale Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Kasım 2006/26353

- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik

RG 22 Kasım 2006/26354

- Oyuncaklar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Kasım 2006/26355

2006/11081 Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

- Türkiye Elektrik İletim A.Ş.Genel Müdürlüğü Taşınmaz Mal Kiraya Verme Yönetmeliği

RG 24 Kasım 2006/26356

- Emniyet Teşkilatı Personeli Kimlik Kartları ile Polis Kimlik Kokartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamulaştırma Davalarında Bilirkişi Olarak Görev Yapacakların Nitelikleri ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Kadastro Haritalarının Sayısallaştırılması Hakkında Yönetmelik
- Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Kasım 2006/26357

- Ceyhan Liman Yönetmeliği
- Ömrünü Tamamlamış Lastiklerin Kontrolü Yönetmeliği
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Prof. Dr. Necmettin Akyıldız İşitme, Konuşma, Ses ve Denge Bozuklukları Tanı, Tedavi ve Rehabilitasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Aile Planlaması İnfertilite ve Üreme Sağlığı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Kasım 2006/26358

- Atatürk Üniversitesi Ağrı Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Atatürk Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Kâzım Karabekir Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Ziraat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi İletişim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Kasım 2006/26359

- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Kasım 2006/26360

- Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik
- Kılavuz Kaptanların Yeterlikleri, Eğitimleri, Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Kasım 2006/26361

- Doğal Afet Sigortaları Kurumu Yönetim Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadastro Haritalarının Yeniden Düzenlenmesi ve Tapu Sicilinde Gerekli Düzeltmelerin Yapılmasında Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik
- Kişisel Koruyucu Donanım Yönetmeliği
- Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Personel Yönetmeliği

RG 30 Kasım 2006/26362

- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Aralık 2006/26363

- Yapı Malzemeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (89/106/EEC)

RG 02 Aralık 2006/26364

2006/11187 Devlet Cenaze Törenleri Yönetmeliği

- Bakanlıklar ve Başbakanlık Bağlı Kuruluşları Avrupa Birliği Uzman Yardımcılığına Giriş ve Avrupa Birliği Uzmanlığı Yeterlik Sınavlarının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Noterler Birliği Alım Satım ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Aralık 2006/26365

- İstanbul Üniversitesi Sermaye Piyasaları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ordu Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 04 Aralık 2006/26366

- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Tarımsal Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Aralık 2006/26367

- Dışişleri Bakanlığı Personeli Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Liman Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Basın İlan Kurumu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Aralık 2006/26368

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gemi Mühendisleri Odası Serbest Mühendislik, Müşavirlik Hizmetleri, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Aile Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Aralık 2006/26369

- Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği
- Karayolu Yolboyu Mühendislik Yapıları İçin Afet Yönetmeliği
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atanma, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 08 Aralık 2006/26370

2006/11240 Sermaye Piyasası Kurulu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

2006/11249 Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği

2006/11254 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2006/11269 Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

– Karadeniz Teknik Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Aralık 2006/26371

– Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi Kapsam Dışı Personel Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

– Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

– Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Aralık 2006/26373

– Amasya Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

– İzmir Yüksek Teknolojisi Enstitüsü (İYTE) Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Aralık 2006/26374

– Amasya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 13 Aralık 2006/26375

– Kütüphaneler Genel Müdürlüğü Uzman Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik

RG 14 Aralık 2006/26376

– Ev Tipi Klimaların Enerji Etiketlemesine İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Dokuz Eylül Üniversitesi Avrupa Topluluğu, Uluslararası Ekonomik İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Önlisans Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Aralık 2006/26377

2006/11320 Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

K A N U N L A R

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASASININ BİR
MADDESİNİN
DEĞİŞTİRİLMESİ
HAKKINDA KANUN**

**Kanun No. 5551
Kabul Tarihi: 13/10/2006**

MADDE 1- 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 76 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki "Otuz" ibaresi "Yirmibeş" olarak değiştirilmiştir.

MADDE 2 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoylaşmasına sunulması halinde oylanır.

16/10/2006

**AVUKATLIK KANUNUNDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN**

**Kanun No. 5558
Kabul Tarihi: 28/11/2006**

MADDE 1 – 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya" ibaresi, 28 inci, 29 uncu, 30 uncu, 31 inci maddeleri, 121 inci maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendi, geçici 17 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresi ve geçici 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

13/12/2006

ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN

Kanun No. 5560

Kabul Tarihi : 6/12/2006

MADDE 1 – 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(9) Adli para cezasının seçimli ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”

MADDE 2 – 5237 sayılı Kanun’un 73 üncü maddesinin başlığında yer alan “uzlaşma” ibaresi metinden çıkarılmıştır.

MADDE 3 – 5237 sayılı Kanunun 80 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırın, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.”

MADDE 4 – 5237 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddede göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.”

MADDE 5 – 5237 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”

MADDE 6 – 5237 sayılı Kanunun 142 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(4) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.”

MADDE 7 – 5237 sayılı Kanunun 191 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 191 – (1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla

birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilir.

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde

satın almak, kabul etmek veya buldurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.

(7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.”

MADDE 8 – 5237 sayılı Kanununun 221 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(6) Kişi hakkında, bu maddedeki etkin pişmanlık hükümleri birden fazla uygulanmaz.”

MADDE 9 – 5237 sayılı Kanununun 227 nci maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan “tedavi veya terapiye tâbi tutulur.” ibaresi “tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 10 – 5237 sayılı Kanununun 234 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

MADDE 11 – 5237 sayılı Kanununun 245 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(5) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanununun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.”

MADDE 12 – 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

MADDE 13 – 5252 sayılı Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “birinci fıkrada belirtilen kanunlarda alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

MADDE 14 – 5252 sayılı Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda;

a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmidört yıl olarak,

b) Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir ay, üst sınır beş yıl olarak, uygulanır.”

MADDE 15 – 5252 sayılı Kanununun geçici 1 inci maddesinde yer alan “31 Aralık 2006” ibaresi “31 Aralık 2008” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 16 – 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 6 ncı maddesi aşağıdaki

şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 6 – (1) Duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez.”

MADDE 17 – 5271 sayılı Kanununun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine, (2) ve (5) numaralı alt bentlerinden sonra gelmek üzere, sırasıyla aşağıdaki alt bentler eklenmiş ve diğer alt bent numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.

“3. Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),”

“7. Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),”

MADDE 18 – 5271 sayılı Kanununun 102 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.”

MADDE 19 – 5271 sayılı Kanununun 109 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(7) Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında birinci fıkradaki süre koşulu aranmaksızın adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.”

MADDE 20 – 5271 sayılı Kanununun 146 ncı maddesinin başlığı “Zorla getirme” şeklinde; birinci, dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve madde-

ye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(1) Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145 inci maddeye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir.”

“(4) Zorla getirme kararı ile çağrılan şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç en geç yirmidört saat içinde çağırın hâkimin, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve sorguya çekilir veya ifadesi alınır.

(5) Zorla getirme, bunun için haklı görülecek bir zamanda başlar ve hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından, sorguya çekilmenin veya ifade almanın sonuna kadar devam eder.”

“(7) Çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir.”

MADDE 21 – 5271 sayılı Kanunun 150 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 150 – (1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebileceği durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.

(2) Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı

yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

MADDE 22 – 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 171 – (1) Cezayı kaldırın şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir.

(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısın-

ekler

dan kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.”

MADDE 23 – 5271 sayılı Kanununun 231 inci maddesinin başlığı “Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını

ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulacak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesinin,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasak-

lanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus

bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu madde belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”

MADDE 24 – 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 253 – (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda

açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılabilmesi halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur

veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi

veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianame-nin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaştırmacının sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddede-ki şartlar aranmaksızın, şüpheli

hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verile-

ekler

cek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.”

MADDE 25 – 5271 sayılı Kanunun 254 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 254 – (1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def’aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.”

MADDE 26 – 5271 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin birinci fıkrası ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Adalet Bakanı” ibaresi, “Adalet Bakanlığı” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 27 – 5271 sayılı Kanu-

nun 325 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.”

MADDE 28 – 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107 nci maddesinin beşinci fıkrasındaki “onsekiz” ibaresi, “onbeş” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 29 – 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir.”

MADDE 30 – 5320 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Müdafî ve vekil ücreti

MADDE 13 – (1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden

sayılır.

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 31 – 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 3 – (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”

MADDE 32 – 5326 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları

ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.”

MADDE 33 – 5326 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç,

yıldır.”

MADDE 34 – 5326 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(5) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.

(6) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir.

(7) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.

(8) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî

yargı merciinde görülür.”

MADDE 35 – 5326 sayılı Kanunun 28 inci maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra numarası buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(9) İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir.”

MADDE 36 – 5326 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesinde yer alan “Bu Kanunda” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yürürlüğe giren diğer kanunlardaki idarî para cezaları ile ilgili olarak” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 37 – 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasına “kaymakamlıklarca” ibaresinden sonra gelmek üzere “yurt dışında elçilik ve konsolosluklarca” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 38 – 5352 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 13/A maddesi eklenmiştir.

“Yasaklanmış hakların geri verilmesi

MADDE 13/A – (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için;

Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümlü ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvuru labilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri ve-

rilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.”

MADDE 39 – 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 19 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 19 – (1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır.”

MADDE 40 – 5395 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 23 – (1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.”

MADDE 41 – 5395 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 24 – (1) Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır.”

MADDE 42 – 3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununun 5 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Denetimli serbestlik ve yar-

ekler

dım merkezi şube müdürlüğü tarafından yapılan çağrılara veya hazırlanan denetim planına uyarıya rağmen uyulmaması, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülük ihlali sayılır.”

MADDE 43 – 5402 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“c) Kanunlarla öngörülen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin görevleri yapmak.”

MADDE 44 – 5402 sayılı Kanunun 14 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Kamu yararına çalışma yaptırımının infazında 17/7/1964 tarihli

ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri uygulanmaz.”

MADDE 45 – 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin sekizinci fıkrası ile 227 nci maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

GEÇİCİ MADDE 1 – Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hükme bağlanmış olmakla beraber henüz kesinleşmemiş olan dosyalarda, uzlaşma kapsamının genişlediğinden bahisle bozma kararı verilemez.

MADDE 46 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 47 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

18/12/2006

Dr. Haluk Çolak,
Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu
Bilge Kitabevi, Ankara 2005.

Yazar Önsöz'ünde "*Doğrudan ve çapraz sorgu, Ceza Muhakemesi Kanunu'na yeni eklenmiş bir konudur,*" diyor ve ekliyor: "*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, doğrudan ve çapraz sorgu istemini 201, 215 ve 216. maddelerinde düzenlemiştir.*" Acaba gerçekten böyle midir?

Ankara Barosu'nun düzenlemiş olduğu çapraz sorgu konusundaki panelden sonra pek az eğitici etkinlikte ve yayında bulunuldu.¹ Yazar Dr. Haluk Çolak'ın kitabı bu çok az sayıdaki çalışmalardan biri olarak öne çıkıyor. Genel anlamda çapraz sorgu, süjeler, çapraz sorgunun amaçları, çapraz sorgu yapacak süjelerin tabii olduğu ilkeler, çapraz sorgu teknik ve taktikleri konuları incelenmektedir.

Çapraz sorgu konusundaki yayınların pek çoğunda da ciddi bir kafa karışıklığı bulunduğu görülmektedir. "*Çapraz sorgu*" kurumunun var olup olmadığı anlaşılammaktadır. Örneğin Bahri Öztürk kitabında "*Çapraz sorgu*" sözünü çokça etmekte,² sonra birden, "*doğrudan soru sorma hakkı(nun) bir teknik anlamda bir ÇAPRAZ SORU*" olmadığı, "*CMK m. 201'eki söz konusu olan çapraz sorgu değil, DOĞRUDAN SORU SORMA HAKKI*" olduğu büyük harflerle vurgulanmaktadır.³

1412 sayılı CMUK'un 232. maddesinin ne olduğu tartışmalıdır. Örneğin çapraz sorgu konulu yeni bir kitapta,⁴ hemen "*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası çapraz sorgu sistemini getirmiştir*" cümlesi ile başlamakta; ilerleyen sayfalarda bizim CMUK 232. maddenin menşei Alman CMUK'unda çapraz sorgu bulunduğu vurgulanmaktadır.⁵ Bu tespit karşısında bizdeki eski 232. maddenin niçin çapraz sorgu sayılmadığı anlaşılammaktadır.

"*Çapraz sorgu*" yöntemine benzetilen bir hüküm önceki usul kanununda (CMUK m. 232) da vardı. Yeni CMK 201. maddesinde yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır. Eski düzenlemenin, kapsamı dışında, yeni hükümden daha çok çapraz sorguya benzediğini hemen belirtmek isterim

201. madde, gerçek bir çapraz sorgu mudur? Bu hükümlerle "*çapraz sorgu*" kavramının aralandığını söyleyebilir miyiz?

¹ Hukuk Kurultayı 2000.

² Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, Özge Sırma ve Yasemin F. Saygılar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. IV, 125.

³ A. g. e., s. 555ö

⁴ Erkan Canak, *Çapraz Sorgu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006ö

⁵ A. g. e., s. 9ö

Bu hükmün “*çapraz sorgu*” yöntemi olduğuna ve yaygın bir uygulama alanı bulacağını hiç zannetmiyorum. Eski 232. madde de, Almanya’da olduğu gibi Türkiye’de uygulama alanı bulamadı. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Bir kere Cumhuriyet Savcıları bunu hiç düşünmedi; avukatlar savcıların egemen konumu dolayısıyla bunu istemeye, sorulacak soruların davayı çıkmaza sokabileceği endişesi iler cesaret edemedi; hâkimler ise iş yoğunluğu gerekçesiyle normal sorguya katılmaya bile iyi gözle bakmadılar.

Eski 232. madde ile yeni 201. madde arasındaki farklar da pek önemli sayılmaz.

Sadece eskiden Cumhuriyet Savcısı ile sanık tarafından gösterilen tanıkların ve bilirkişilerin sorgusunda doğrudan ve çapraz soru sormak imkânı varken; yeni kanunda kapsam genişletilmiş sanığa, katılana, ayırım yapılmaksızın tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan soru sormak hakkı tanınmıştır. Burada çapraz olanın ne olduğunu anlamak mümkün değildir.

Eski usul yasasında (232) Cumhuriyet Savcısı ve sanık tarafının gösterdikleri tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmelerini ve sorguya çekilmelerini birlikte istemeleri gerekirken, şimdi böyle bir talebe ihtiyaç yoktur. Doğrudan soru yöneltebilirler.

Tek koşul, mahkeme disiplinine uyulmasıdır.

“*Çapraz sorgu*” nun tabanını teşkil edecek temel sorgu söz konusu edilmemiştir. Eski kanundan farklı olarak sorgulama sırası gösterilmemiştir. 216. maddeye atıf, düzenleme ihmalinin giderilmesi telaşından ileri gelmektedir.

Bu arada yeni Kanuna göre mahkeme başkanının izni ile sanık ve katılanın doğrudan soru sormak hakları bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

Cumhuriyet Savcısı, yukarıda kürsüde hâkim ile eşit pozisyonda; birçok yerde soruşturması yapılan olaya el koyan da aynı savcı. Onun yukarıdan hüküm makamına eşit bir durumda sorduğu soru mu, yoksa sizinle aynı durumda yan yana ayağa dikilmiş vaziyette avukatın sorduğu soru mu daha etkileyicidir?

“*Çapraz sorgu*”, gerçeğe ulaşmada, tanık, bilirkişi, tutanak düzenleyicisi veya kim olursa olsun, hükme ulaşmak için mahkemeye celp edilmiş olan kişinin doğru söyleyip söylemediğinin sınanmasının tekniğidir.

Bu bakımdan kısaca tanığın, bilgisinin doğru olup olmadığının ortaya çıkabilmesi için öncelikle iddia makamı ile savunmanın eşit ko-

sullarda bulunması gerekir. Bu sayısal bir eşitlik değildir. Bir soru sen sor, bir soru ben sorayım sorunu da değildir. Burada sorun “silahların eşitliği” sorunudur. Fiziki etkilerin ve statülerin yarattığı psikolojik ortam söz konusudur. Buradan savcılık kurumunun da çeşitli sebepler yanında “çapraz sorgu” bağlamında da yeniden gözden geçirilmesi ve yapılandırılması zorunluluğu bulunduğunu bir kere daha vurgulamak istiyorum.

İkinci önemli sorun, *çapraz sorgu*, ritüellerine uygun olarak yapıldığı takdirde, Amerikan filmlerinde gördüğümüzden daha fazla kişilik çatışmalarına, komplekslere neden olabilecek bir yöntemdir. Bunu birileri için yapmak gerekiyor. Çapraz sorgunun bütünüyle uygulandığı Anglo Sakson sisteminde bu jüri için, jüriyi etkilemek için yapılıyor.

Biz bunu tek hâkime veya bir heyete karşı yapacağız. Duruşmayı yürüten bu heyet veya hâkim elindeki dosyayı inceleyerek duruşmaya ister istemez bir önyargı ile çıkmaktadır. Çapraz sorunun önündeki bu engel, Kunter/Yenisey tarafından yazılmıştır.⁶ Duruşmadan edineceği kanaatle hüküm verilmesi sözde kalmaktadır. Fransa’da hâkimin dosyayı sadece duruşmada gördüğü bilgisine inanırsak, bizde dosyayı iyi incelemiş hâkimin kutsanmasının yargılama diyalektiği açısından bir anlamı bulunmamaktadır. Çapraz sorgu da eskilerin deyimi ile “mez-buhane” bir çaba olarak kalacaktır. Çünkü ulaşılabilecek hedef, bir bakıma hüküm, silahlardan söz ettiğimize göre, ona uygun bir deyimle çok önceleri karşı tarafça, düşman kuvvetlerce işgal edilmiştir.

Çapraz sorgu için uygun mekânlar, duruşma salonları bir diğer koşuldur. Bir diğer koşul ise tutanak düzenidir. Bugünkü tutanak düzeninde, doğrudan sorgu veya çapraz sorgu etkin olamayacaktır. Soru ve alınacak cevap önemini yitirecek; yargıcın anlayışına ve algılamasına bağlı olarak tutanağa geçirilecektir. Tutanak sorununun çözümünün “*devoletin işi*”⁷ olması ise teselli ve “*derde deva*” değildir.

Doğal olarak mahkemelerin iş yükü her zaman olduğu gibi bir mazeret olarak ileri sürülecektir. Bu mazeretin her mahkeme ve her yargı bölgesi için aynı derecede geçerli olduğu şüphelidir ve tartışılması gereken önemli bir konudur. İş çok olan yargı bölgeleri için geçerli olan bu mazeret iş yükü kaldırılabilir olan yerlerdeki yargıçlar tarafından da ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu mazeretin ortadan kaldırılması için usul kanunlarında yeni düzenlemeler mutlaka yapılmalıdır.

T. E.

⁶ Kunter/Yenisey, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2003, s. 960

⁷ Öztürk, *a. g. e.*, s. 556

ÖNERDİKLERİMİZ

M. İskender Özturanlı, Bombalı Demokasinin İflası, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2006

M. İskender Özturanlı, Devler ve Cüceler, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2006

Meslek ustalarımızdan İzmir Barosunun önceki başkanlarından M. İskender Özturanlı, ikinci kitapta "ulusal ve evrensel düşünce" olduğunu belirttiği Atatürkçülük konusundaki düşüncelerini küçük, okunması ve özümsemesi kolay bir üslupla kaleme aldığı makalelerini bir araya toplamıştır. Birinci kitapta ise "adalet", "hukuk", "laiklik" ve tartışılır hale getirilmiş diğer önemli konularla ilgili düşüncelerini okumaktayız. Atatürk bu kitapta da ana tema olarak işlenmiştir.

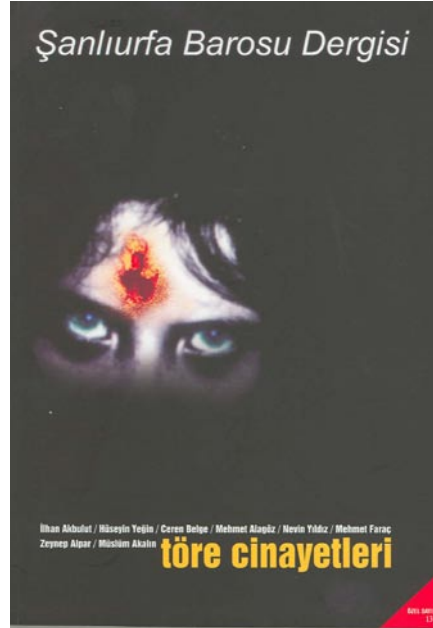
Hukukçulara tavsiye ederiz.

HUKUK GÜNDEMİ, Teori, Uygulama ve Gündem, Ankara Barosu yayını, 2006 Haziran, Temmuz, Ağustos sayısı.

KOLLUĞUN SİLAH KULLANMA YETKİSİ, Ceza Hukuku Derneği Yayını No. 6

YENİ TÜRK CEZA KANUNU SEMPOZYUMU, Ceza Hukuku Derneği Yayını No. 7

ANAYASANIN 90. MADDESİ TİS VE GREV HAKKI, KESK yayını, Ağustos, Ankara



DERGİLER

ŞANLIURFA BAROSU DERGİSİ,

Yerel Süreli yayın. Şubat ve Eylül aylarında olmak üzere altı ayda bir çıkar. Özel Sayı: 13. 120 sayfa olan derginin bu sayısı güncelliğini maalesef yitirmeyen "Töre Cinayetleri" üzerine.

BİLİŞİM VE HUKUK, Ankara Barosu Dergisi, Özel Sayı: UYAP,

Üç ayda bir yayımlanır. Ankara Barosu Bilgi İşlem Merkezi Yayını. 112 sayfa. Bilgi teknolojisindeki gelişmelerle ilgili makale ve haberleri, bilişim hukuku ile ilgili bilimsel incelemeleri, emsal yargı kararlarını içeren dergi, bu ilk sayısında özel dosya konusu olarak UYAP'ı ele almaktadır.

Prof. Dr. Durmuş Tezcan / Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem
Doç. Dr. Oğuz Sancakdar / Yrd. Doç. Dr. Rıfat Murat Önok
İNSAN HAKLARI EL KİTABI

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, 488 sayfa.

İnsan hakları alanında uzman dört akademisyen tarafından ele alınan çalışma, Avrupa Birliği'ne tam üye olma amacıyla ilerleyen Türkiye'nin, mevcut insan hakları sorunlarına ve çözümlerine, konu hakkında temel kavramları öğrenmeyi hedefleyen öğrencilere, hukukçu olmayıp da insan hakları konusuna ilgi duyanlara yöneliktir. Deyim yerindeyse "yeni başlayanlar için insan hakları" tadında bir eser niteliğindedir.

Kitapta, "giriş" bölümünden itibaren on bir bölüm halinde, insan hakları konusu, özellikle AİHM içtihatlarına ağırlık verilerek ele alınmaktadır. Giriş bölümünde, Türkiye'de insan haklarının gelişimi kısa bir tarihçeyle hatırlatılarak, 2000'lerin başından itibaren, insan hakları ihlallerini iç hukukla önlemeye yönelik reformlar, AİHM içtihatları paralelinde Anayasa ve kanun değişiklikleri, Avrupa Konseyi ile işbirliği ve Avrupa standartlarına uyum süreci ele alınmaktadır. AİHS, Avrupalı devletler açısından temel insan hakları kriterlerini ortaya koyduğundan, Avrupa Birliği'ne tam üye olma amacını güden Türkiye'nin, bu standartları bilmesinin ve uymasının önemi vurgulanmaktadır. AİHM'in yapısı ve yetkilerine kısaca değinilerek, kararlarına karşı ulusal mahkemelerimizin seçenekleri kısaca anlatılmaktadır.

Kitabın II. bölümünde, insan haklarının tanımı, kısa tarihi, korunmasının önemi ve dayandığı felsefi temeller; III. bölümde, insan haklarının türleri ele alınmaktadır. IV. bölümde, insan hakları hukukunun temel ilkeleri kısaca açıklandıktan sonra, ancak sınırlandırıldığında ya da elimizden alındığında fark edebildiğimiz ama aslında hep var olan ve olması gereken başlıca haklarımız ve özgürlük konuları ayrı ayrı sıralanmakta ve bu başlıklar altında, aslında ne gibi haklara sahibiz ve bunlar hangi yollarla sınırlandırılmakta gözler önüne serilmektedir. V. bölüm, bir önceki bölümü daha da detaylandırarak, temel hak ve özgürlüklerin niteliğini açıklamakta, meşru sınırlandırma yollarını anlatmaktadır. IV. ve VII. bölümlerde, haklarımızı arayabileceğimiz ilgili ulusal ve uluslararası resmi kurum, kuruluşlar ve komisyonları öğrendikten sonra, VIII. bölümde, hangi yollarla haklarımızı arayabileceğimizin cevabını buluyoruz. IX., X. ve XI. bölümlerde, insan hakları konusunda bilgilendirme, bilinçlendirme, eğitim, araştırma, halkla ilişkiler ve iletişim konuları kısaca açıklanmaktadır. Kitabın sonuna gelindiğinde, XII. bölümde, insan hakları kurullarınca yapılan çalışmalardan örnekler verilerek, baştan itibaren edinilen bilgiler somuta indirgenmekte ve teorisinin okuyucunun zihninde şekillenmesine yardımcı olunmaktadır. Son olarak Ekler bölümü konularak, başlıca iletişim bilgileri ve internet adresleri verilmiştir. Ayrıca kitabın sonunda kavram dizinin yer alması, aradığını hemen bulmak isteyenlere kolaylık sağlamaktadır.

Oya GÜNENDİ