

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BÜROKRASI ve İNSAN HAKLARI

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
İNSAN HAKLARI ARAŞTIRMA VE UYGULAMA
MERKEZİ TARAFINDAN
DÜNYA İNSAN HAKLARI GÜNÜ
DOLAYISIYLA DÜZENLENEN

AÇIK OTURUM

10 ARALIK 2006 - ANKARA

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 20

SAYI: 70

MAYIS-HAZİRAN 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: 60 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 Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

30.04.2007

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

Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi
Av. Serkan Ağar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. İlker Hasan Duman

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

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

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 yayımlamama 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
Özdemir Özok	23	Başkandan
Fatih Bilgili	27	Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescilli Başvurusuna Karşı İtiraz
Ayşim Tuğ	41	Avukatların Adli DNA Analizleri Konusunda Bilgi Düzeyleri
Yeşim Doğan Alakoç Cüneyt Elma		
Olgun Değirmenci	50	Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu
Yeliz Şanlı	112	Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı
Güneş Okuyucu-Ergün	135	Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları
Loukas Mistelis	163	Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006
Çev. Bahar Ceyda Süral		
Rona Aybay	187	Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri
Mehmet Emin Artuk	214	Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu
Türkan Yalçın Sancar	244	Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "Zincirleme Suç"
Erdal Köktürk / Erol Köktürk	260	Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı
Vural Seven	284	Çek Keşidecisinin TTK M. 711/3'e Göre Verdiği Ödemeden Men Talimatının Hukuki Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi
Mustafa Albayrak	302	İstinaf Kanun Yolunda Bölge Adliye Mahkemesinin Keşif Yapması ve Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler (Ceza)
Saffet Can	317	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Türkçesi Üzerine
Nurdan Okur	326	İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla İşverenin Sorumluluğu
Talih Uyar	345	Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası
Hasan Dursun	359	Belediye Dizgesine Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış
Yargıtay Kararları	427	
Disiplin Kurulu Kararları	455	
AİHM Kararları	470	Ponomarenko/Rusya Çev.: Serkan Cengiz Gavrikova/Rusya Çev.: Serkan Cengiz Talat Tunç/Türkiye Çev.: Senem Uygun Kılıç
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	500	
Kitaplar - Dergiler	521	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının
Yasak İlkesinden Muaf Tutulması
Cemil GÜNER

İdari İşlemlerin İdare Tarafından Resen İcrası
Hasan DURSUN

İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması
Ş. Cankat TAŞKIN

Siyasi Partilerin Kapatılması
Ş. Cankat TAŞKIN

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

Taşınmaz Satışlarında İhale Kararlarının
Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma
Murat DÖNMEZ

İcra ve İflâs Kanunu'na Göre
İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi
Murat DÖNMEZ

Miranda Hakları
(Miranda v. Arizona 1966)
Ahmet Emre AKYAZAN

Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü
Lamih ÇELİK

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı
Mustafa ÖZEN

editör'den...

Geçen yıl Ekim ayının on sekizinde Türkiye Barolar Birliği önceki başkanlarından sevgili Teoman Evren'i kaybetmiştik. Bu yıl Nisan ayının on beşi günü de sevgili önceki başkanlarımızdan, değerli bilim adamı Prof. Dr. Eralp Özgen aramızdan ayrıldı.

Ailesine ve tüm meslektaşlarımıza başsağlığı ve merhuma rahmet diliyoruz.

* * *

Temmuz sayımız çıktığında Türkiye'de yeni bir Cumhurbaşkanı görev başında olacaktır. Görev süresi biten Sayın Ahmet Necdet Sezer'e özel yaşamında sağlıklı, huzurlu, güzel günler dileriz. Bu göreve gelen ilk hukukçu Cumhurbaşkanı olarak, kimi zaman eleştirilerimiz olsa da bize güzel ve övünülecek bir örnek verdi.

Yılbaşında düzenlediğimiz "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı" sempozyumunda değerli bir bilim adamına şöyle bir soru yöneltildi: "Cumhurbaşkanının nitelikleri konusunda ne düşünüyorsunuz?" Cevap çok kestirmeydi: "Anayasa bunu hükme bağlamış, 40 yaşında olacak, yüksek tahsil yapmış olacak vs. vs." Sonradan bu cevabı çok düşündüm. Demokrasi bu kadar sade, belediye zabıtası yönetmeliği gibi basit kuralları olan bir rejim mi diye; Cumhurbaşkanının nitelikleri bu kadar maddi kurallara indirgenebilir mi diye? Örneğin bir devlet memurluğuna, özel bir şirket yöneticiliğine adam aranırken bu kadar basit özelliklerle mi hareket ediliyor? O "mülakat" denen yüz yüze görüşmelerin, "güvenlik soruşturması" denilen sürecin anlamı ne? Eğer sadece kayıtlara dayanan "yaş", "diploma" ve "sabıka kaydı" ile sorun çözülecekse bütün bu ek araştırmalara ne gerek var?

Sanırım bir tek Mecelle, hâkimin nitelikleri konusunda güzel ve açık bir tanım yapmış, ben başkaca bir kaynaktan göreve dair nitelikler konusunda değerlendirme yapıldığını hatırlamıyorum. Ama yine de mülakat ve güvenlik soruşturmaları yapılıyor, demek ki, bir makama gelecek kişide objektif nitelikler yanında bazı özel tinsel nitelikler de aranmak gerekiyor. Bu Meclis Başkanı için "dindarlık", bizler için Anayasa'nın kurallarına göre "laiklik" olabilir. Cumhurbaşkanı için aranabilecek nitelikler Anayasa'dan çıkarılabilir. De Gaulle'ün deyimiyse, "bir ulusun yaşama iradesinin ifadesi" olacak Cumhurbaşkanı'nın, TBB Başkanı Özok'un dediği gibi "siyasi geçmiş, özel yaşamı, ailesi, çevresi, ilişkileri, kısaca tüm moral değerleri" önem taşımaktadır.

Bir kere siyasi görüş ve anlayış bakımından Anayasa'nın temel niteliklerine söz ile değil candan bağlı olmalıdır. Yoksa ayağını kaldırarak yemin edebilecek veya yeminden sonra "kefare" ödeyerek bundan "beri" olabileceğini ya da "yemin dinsel içerikli değil beni bağlamaz" diye düşünebilecek bir Cumhurbaşkanı "dürüstlük"ten söz edebilir mi?

Demokratik bir sistemde devleti temsil edecek Cumhurbaşkanı, tarihçi Gelibolulu Mustafa Âli'nin tanımı ile şartlar uygun olduğu için devletin başına geçmiş veya devleti ele geçirebilmiş bir "sahib-i zuhur" olarak düşünülemez. "Elimde imkân var, güç bende ben devletin başına geçeyim" diyemez. Dememeli. Bu imkân dün silah gücündü, oktu, yaydı, gürzdü, toptu, tüfekt, bugün "oy". Eğer kullanılacak hakkın özü sakatsa, kullanılan gücün niteliğinin hiç önemi yok.

"Sahib-i zuhur"luğun devri geçti. İnsanlık "güç"ten başka şeylere bakıyor ve itibar ediyor. Sanırım, ülkemizde karşılaşılan her konunun çözümü, önce eldeki güce dayandırılmak isteniyor, onun için de demokrasinin çevresinde sürekli dönüp duruyor, bütün olumlu sayılabilecek kırılma noktalarını atlıyor, demokratik gelenek konusunda fırsatları kaçıırız.

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

Hükümetin Yargı

Yargıtay ve D. HSYK'nın ön

'Bakan yargıya müdahale etti'

elik için yapılması gere... Bakan Çiçek ve müşte...

EVİRİN GÜVENDİK ANKARA



HSYK'DAN ÇİÇEK TEPKİ

Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSYK) Başkanı Adil Bakır Cemil Çiçek...

Yargıda ipler koptu... Yargıtay ve Danıştay seçimi yine olmadı...

BAŞKAN TERS

301. maddenin kaldırılmasına kesinlikle karşı olduklarını tekrarlayan Başbakan, Barolar Birliği'nin 'hükümet değişikliği' hazırlasın, biz değerlendirilm' çıkışına da tepki gösterdi

Barolar yönetimiğe sert tepki gösterdi

Yargıtay ve Danıştay'nın bu yılki toplantı anı... Bakan Çiçek bugünkü toplantı öncesi yurtdışına gitti

ANKARA Barolar Birliği'nin 7 Mart tarihli kararına karşılık... Savunma Bakanlığı'nın 7 Mart tarihli kararına karşılık...

ANKARA Barolar Birliği'nin 7 Mart tarihli kararına karşılık... Savunma Bakanlığı'nın 7 Mart tarihli kararına karşılık...

ANKARA Barolar Birliği'nin 7 Mart tarihli kararına karşılık... Savunma Bakanlığı'nın 7 Mart tarihli kararına karşılık...

Savunma bağımsızlığı eylemi...

ARGIYI bağımsız...

ÖZOKLU avukatı... ÖZOKLU avukatı...

ÖZOKLU avukatı... ÖZOKLU avukatı...

ÖZOKLU avukatı... ÖZOKLU avukatı...

Özok: Raporu bekliyoruz

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, son dönemlerde...

CHP Genel Sekreter Yardımcısı Oğuz Oyan başkanlığında bir...

Sınav iptal, seçimler yapılacak

Baro'nun yönetmelik zaferi Bakanlık

Barolar Birliği'ne yeni hizmet...

Türkiye Barolar Birliği'ne yeni hizmet...

Türkiye Barolar Birliği'nin... Barolardan AKP'ye... Barolardan AKP'ye...



Müsteşar

Barolar Birliği'ne yeni hizmet... Türkiye Barolar Birliği hayalini gerçekleştiriyor

TBB Başkanı Özok... 'Rejim'

ANKARA (Cumhuriyet Bürosü) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok "Cumhuriyet rejiminin teminatı açısından bir mihenk taşı olduğunu" söyledi.

Barolar avukata göndermeyece

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB), imkân olmaları için barolarca avukat görevlendirilmesini durdurdu. TBB Başkanı Özdemir Özok baro başkanlarına gönderdiği yazıda, zorunlu müdafai olara görevlendirilen avukatlara devletin gerekli ödemesi yapılmadığını hatırlattı. Avukatlık yapılacak ödemelerin hak ve savcılara belirlenen ÖZOK...

AYLARDIR SEÇİM YOK

220 üyeli Yargıtay ve Danıştay seçimi için 1 yıl önce başlatılan süreç henüz sonuçlanmadı. Bakan Çiçek'in yurtdışında olması da süreci yavaşlatıyor. Bakan Çiçek'in yurtdışında olması da süreci yavaşlatıyor.

TRAJİKOMİK

edemedikleri, "Bakan'ın emri..."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DANIŞTAY VE YARGITAY İLE HÜKÜMET GERGİNLİĞİ HIZLA

TBB Başkanı Özok

'Rejim'

ANKARA (Cumhuriyet Bürosü) - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok "Cumhuriyet rejiminin teminatı açısından bir mihenk taşı olduğunu" söyledi.

**TBB ÖNCEKİ BAŞKANLARINDAN
PROF. DR. ERALP ÖZGEN
VEFAT ETTİ**

Türkiye Barolar Birliği başkanlarından Prof.Dr.Eralp Özgen (1936-2007) 15 Nisan 2007 tarihinde vefat etti. Kütahya'da doğan Özgen, 1958 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. 1961 yılında hukuk doktoru, 1965 yılında aynı Fakülte'de Ceza ve Ceza Usul Hukuku doçenti ve daha sonra profesör oldu.

Merhum aynı zamanda serbest avukat olarak çalıştı. İş Bankası Hukuk Müşaviri olarak görev yaptı.

1996- 2001 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı yaptı.

Atatürkçü, çağdaş, laik, demokrat bir hukuk adamı olan Eralp Özgen evli ve bir çocuk babasıydı. Cenazesi Hukuk Fakültesi ve Ankara adliye Sarayı önünde yapılan törenlerden sonra Kocatepe Camiinde kılınan cenaze namazını müteakip Çayyolu'ndaki aile kabristanında toprağa verildi.

Merhuma rahmet, ailesine ve meslektaşlarına başsağlığı dileriz.



Prof.Dr. Eralp ÖZGEN
(Avukat)
1936-2007

**BAŞBAKAN,
301 KONUSUNDA KONUŞTU:
"RACONA TERS"**

Geçen sayımızda Haberler bölümünde yayımladığımız üzere, tartışma konusu TCK 301. madde hakkında Türkiye Barolar Birliği'nin çağırısı ile toplanan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile konfederasyonların toplantısında sonra yayımlanan bildiriye, sözü edilen kuruluşların öz sorunları ile ilgili konularda görüş almayan ve önerilere kulak asmayan hükümetin bu konuda "sivil toplum örgütlerinin önerilerini" ısrarla

istemesinde çelişkiden hareketle "öncelikle hükümetin önerisinin görülmesi gerektiği" yolundaki bildirisi sayın Başbakan Recep Tayip Erdoğan tarafından değerlendirildi.

Sayın Başbakan, "Öbür tarafta Barolar Birliği, 'hükümet bize hazırlığını bildirsin, biz onun üzerinden kendilerine düşüncelerimizi bildirelim' dediler. Bu herhalde bu işin yürüyüşüne, bu işin hani argoda biraz farklıdır ama raconuna ters...Yani eğer böyle bir şey yapacaksan, teklifini bize gönderirsin, bunun üzerinden biz çalışmamızı yaparız, ondan sonra Meclis'e götürürüz. Ne zaman görül-

müş böyle bir şey? Hükümet hazırlayacak, sivil toplum örgütüne verecek, 'bak buyurun biz hazırladık. İşte bakın, edin, onaylayın, bize gönderin, biz de Meclis'e gönderelim diyecek. Böyle bir uygulama yok. Siz teklifinizi yaparsınız, biz de o teklifi Meclis'e götürürüz ve TBMM, hani egemenlik kayıtsız şartsız milletindir, öyleyse milletin vekilleri burada çalışmayı yapar, bu çalışma neticesinde de inşallah 301'i arzulanan şekilde çıkarmaya muvaffak oluruz," dedi.

Bu beyanda pek çok yanlış var.

Öncelikle, Başbakan'ın "racona ters" dediği bildiri, sadece Türkiye Barolar Birliği'ne ait değil? Sonra Türkiye Barolar Birliği, Başbakanı Özok'un da belirttiği gibi "bir sivil toplum örgütü" değil. Üçüncü olarak söz konusu bildiride, sayın Başbakan'ın dramatize ettiği biçimde hükümetten bir istek yok. Olması da mümkün değil. Sadece pek çok deneyimden etkilenerek "hükümetin görüşünün öncelikle belirtilmesi" isteği var. Son olarak da bunun "racon" denen şeyle bir ilgisi olması mümkün değil. Kabadayılar arasındaki dayanışmadan söz ediliyor değil, söz konusu olan bir yasa hazırlığı. Bu konuyu kendisine soran gazetecilere Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın dediği gibi, "Türkiye Barolar Birliği'nin işi anayasa ve yasalarla..."

ADALET BAKANLIĞI HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN ÇALIŞMALARINI YASA DIŞI YÖNTEMLERLE KİLİTLEDİ

- Danıştay:"HSYK'da Yaşananlar Yargı Bağımsızlığı ile Bağdaşmıyor"
- TBB'nin HSYK Çalışmaları ile İlgili Basın Bildirisi ve Tepkiler
- Yargıtay ve Danıştay Üyeleri Seçildi

Adalet Bakanlığı'nın Türk yargı sistemi üzerindeki gölgesi ve etkinliği, bu dönemde yargı bağımsızlığının güvencesi olduğu iddia olunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından siyasi iktidarın isteklerine direnç gösterilmesi sonucu yadsınamaz biçimde ortaya çıktı.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yargıtay'daki 23, Danıştay'daki 6 boş üyelik için bir yıla yakın bir süredir yapılamayan seçim için toplanmak istediğinde, Kurul Başkanı Adalet Bakanı ve Kurul üyesi Adalet Bakanlığı Müsteşarı Fahri Kasırga toplantılara katılamadığı için seçimler yapılamadı.

Adalet Bakanının seçimlere katılmaması yedeği bulunması nedeniyle önemli olmamakla birlikte, gündemin tespiti açısından değer taşıyordu. Müsteşarın ise yedeği bulunmadığından ya kendisinin ya da görevlendirdiği bir yardımcısının toplantıda mutlaka bulunması gerekiyordu. Kurulun üye tam sayısı ile toplanması gerekliliği karşısında önemli idi.

Bu süreç, değişik gerekçelerle uzatılmak istendi. Bu konuda Adsalet Bakanlığı Müsteşarının üç günlük rapor alması gibi engelleme yöntemlerine kadar uzandı. HSYK da karşı atağa geçerek Müsteşarın "Anayasa ihlali" suçu işlediğine dair beyanlara ve tutanak düzenlemeye kadar vardı.

Önce sadece Danıştay üyelerinin seçimi, sonra Yargıtay'ın İstinaf Mahkemeleri çalışmaya başlayacağı için seçimlerinin yapılmadığı gibi çelişkiler yaşandı. Bu konuda HSYK'nın seçimle gelen üyeleri bir basın açıklaması yaptılar.

Basın açıklamasında şöyle deniliyordu.

"Sayın Adalet Bakanının kendi imzasıyla Yüksek Kurula gönderdiği yazı, yasal

Son Dakika

TBB: Yüksek yargıda boş üyeliğe seçim yapılamaması trajikomik

ANKARA (A.A)

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda (HSYK) Danıştay ve Yargıtay'ın boş üyelikleri için seçim yapılamamasını "trajikomik" olarak değerlendirerek, olayın, yargının bağımsız olmadığını, Adalet Bakanı'nın yargıyı nasıl etkileme gücüne sahip olduğunu inkarı mümkün olmayacak şekilde ortaya koyduğunu savundu.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'ndan yapılan açıklamada, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda (HSYK) Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine seçim yapılamamasının yargı bağımsızlığı konusunda Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı'nın olumsuz etkisini gözler önüne serdiği öne sürüldü.

dayanağı olmayan sadece kendi kişisel düşüncesini ve tercihini yansıtan bir değerlendirmeden ibarettir. Yüksek kurulun kararı karşısında herhangi bir hukuki bağlayıcılığının bulunmadığı duraksamaya yer veremeyecek derecede açıktır. Bu durum sadece yargı bağımsızlığına karşı bir duruş, Yüksek Kurulun faaliyetlerini engelleme, yargıya müdahale niteliği arz etmektedir."

Türkiye Barolar Birliği, yargıda yaşanan bu görülmemiş olayı "trajikomik" diye niteleyen bir bildiri yayımlayarak "hukuk devletinin olmazsa olmazı olan yargı bağımsızlığını her türlü tasalluta karşı özenle korumak" için Yargıtay ve Danıştay kesimini de yorum ve değerlendirme yapmaya davet etmiştir. (Bu bildirin tamamlamaları için Bkz., www.barobirlik.org.tr)

Tüm basın kuruluşlarına, yazarlara gönderilen bu bildiri 22 Mart 2007 tarihli basın da geniş şekilde yer almıştır. (22 Mart tarihli Cumhuriyet, Sabah, Radikal, Yeni Çağ, Birgün, ve internet haber siteleri) Buna karşın 23 tarihli Hürriyet gazetesinde Oktay Ekşi, görülen yazısında, Barolar Birliği'nin nerede olduğunu sorabilmiştir. Ertesi günkü açıklaması ise kimseyi tatmin etmemiştir.

Bunlar da hukukçularımız

HAKİMLER ve Savcılar Yüksek Kurulu, (HSYK) dünkü toplantıda da katılmayan -böylece kurulun toplanmasını engelleyen- Adalet Bakanlığı Müsteşarı Fahri Kasırga hakkında Yargıtay Birinci Başkanlığı'na "suç duyurusu" yapmaya karar vermiş ve bu amaçla bir de tutanak düzenlenmiş.

■ Devamı 19. sayfada



Biliyorsunuz bizim avukatlar, haktan hukuaktan söz açılınca ilamaşallah mangalda kül bırakmazlar.

Lakin bireysel ortamda "hak", "hukuk" ve "adalet" savaşı olan avukatlarımız nedense "yargının bağımsızlığı" konusunda başlayan bu onurlu kavgaya hiç ilgi göstermiyorlar. O nedenle ne seslerini duyuyoruz, ne de tepkilerini...

Haklı olarak "Adaletin bir unsuru yargıdır, ötekisi savcı, üçüncüsü de avukattır" diyenler neredeler?

Yargıcın başta altına alınabildiği bir sistem içinde yapılan avukatlığa avukatlık denebilir mi? O olsa olsa bir tür hokkabazlıktır yahut da en iyimser tanımlamayla "dosya takipçiliği"dir.

Onca yıl hukuk okuyan, hukuk yapıp hukuk için ve sayılan yanılmıyorsak 80 binden fazla olan avukatlar da bu kavgaya sahip çıkmazsa kim çıkacak?

Barolar nerede? Barolar birliği nerede?

Danıştay Başkanlığı bir bildiri yayımladı. Bildiride, *"Anayasal bir kurun Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kamuoyu önünde daha fazla tartışma konusu yapılmasına müsaade edilememeli, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile ilgili anayasal kural ve ilkelere özen gösterilerek, yüksek yargı organlarına üye seçimi sorunu en kısa sürede çözüme kavuşturulmalıdır"* denildi. (Milliyet/ 26 Mart 2007)

Sonunda 15 Nisan 2007 tarihinde seçim yapılmasına karar verildi ve o gün toplanan kurul Yargıtay için 23, Danıştay için 9 üye seçimi yaptı. Seçilen üyelere görevlerinde başarılar dileriz.

Ancak, yaşanan *"trajikomik"* bu olayın yargı bağımsızlığı konusunda bir kere daha ve daha kapsamlı biçimde düşünmemize yardımcı olması için unutulmaması dileğimizi yineleriz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ HİZMET BİNASININ TEMELİ COŞKU DOLU TÖRENLERLE ATILDI

Arsası uzun yıllar önce alınmış bulunan Türkiye Barolar Birliği Hizmet ve Sosyal Tesisler Binası'nın temeli 31 Mart 2007 ta-

rihinde *"Savunmaya Saygı"* başlıklı bir dizi etkinlikle atıldı.

Anadolu'nun dört bir yanında gelen baro başkanları ve çok sayıda meslektaşlarımızla birlikte önce Anıt Kabir ziyaret edildi. TBB Başkanı Özdemir Özok deftere şunları yazdı.

"Büyük Atatürk,

Barolarımızın ve Türkiye Barolar Birliği'nin organlarında 1969 yılından bu yana görev yapan avukatlar olarak inancımızı, övücümüzü ve bağlılığımızı bir kez daha haykırmak üzere huzurunuzdayız.

Meslektaşlarımız, ulusumuzun ve ülkemizin aydınlık geleceğinin çizdiğiniz laik Cumhuriyet yolundan ayrılmadan eksiksiz demokrasiyi gerçekleştirmeye bağlı olduğuna inanarak eserinizin ve ilkelerinizin gerçek birer sahibidirler.

Aydınlanma yolunda yürürken en büyük güvencemiz, her zaman güveninizi belirttiğiniz ve Cumhuriyeti emanet ettiğiniz gençliğimizdir.

Bağnazlıktan ve karanlıktan çıkamamış toplumları gördükçe minnet ve şükranımız hep artmaktadır. Nur içinde yat, Büyük Atatürk. 31.3.2007"





Anıtkabir'den sonra birlikte inşaat alanına gelindi. Hazırlanmış olan tribün ve TBB Başkanı Özdemir Özok'un binanın yapımına, arsa alımından bu yana katkıda bulunan Av. Şahin Mengü, önceki Maliye Bakanlarından Sümer Oral, TBB Başkan yardımcısı Ünsal Toker, Ankara Büyükşehir ve Çankaya belediye başkanları ile meslektaşlarımız Mehmet Ali Alan ve Yaşar Çatak'a teşekkür konuşmasından sonra TBB önceki başkanları Atilla Sav ve Önder Sav TBB'nin ulaştığı nokta konusunda birer konuşma yaptılar.

Konuşmalardan sonra TBB Başkanı Özdemir Özok ve önceki başkanlar Atilla Sav ve Önder Sav, birlikte butona basarak binanın temelini attılar.

Ayrıca binanın temeline çelik koruma

içinde binanın yapılmasına karar veren Yönetim Kurulu'nun kararı da konuldu.

Temel atma tören yerinden Ankara Çankaya Belediyesi gösteri merkezine geçildi. Orada TBB Başkanı Özdemir Özok, "savunmaya saygı" temalı konuşmasını yaptı. (Bu konuşma metni kitapçık olarak bastırıldığı gibi TBB internet sitesinde de yayımlanmaktadır.)

Ardından sanatçı Erol Evgin'in Cahit Külebi'nin Kurtuluş Savaşı Destanı'ndan esinlenerek hazırlamış bulunduğu "Mustafa Kemal'i Gördüm Düşümde" adlı müzik şöleni başladı. Katılanların coşku ile katıldıkları şarkılar "Onuncu Yıl Marşı" ile son buldu. Binanın bir yıl içinde tamamlanması planlanmıştır. Şu anda inşaat büyük bir süratle devam etmektedir.



YARGITAY C. BAŞSAVCISI SEÇİMİ

Görev süresi 20 Mayıs 2007'de dolacak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok'un yerine Yargıtay Büyük Genel Kurulunda aday belirleme seçimi yapıldı. En çok oyu alan beş aday Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e sunuldu.

- Yargıtay 11. Ceza Dairesi Başkanı Ersan Ülker, 146 oy,

- Yargıtay 2. Ceza Dairesi Başkanı Nedim Baran, 95 oy,

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili Abdurrahman Yalçınkaya, 95 oy

- Yargıtay 7. Ceza Dairesi Başkanı Turan Demirtaş, 94 oy,

- Yargıtay 5. Ceza Dairesi Başkanı Hayrettin Cevheroğlu, 77 oy,

224 Yargıtay üyesinin oy kullandığı seçimde, 4. Ceza Dairesi Başkanı Ünal Başoğlu 65 oy, 8. Ceza Dairesi Başkanı Zeki Aslan ise 71 oy alarak liste dışında kaldı.

Cumhurbaşkanı Sezer, gösterilen adaylardan yasanın öngördüğü on beş günlük süre içinde atama yaptı.

Yeni Yargıtay C.Basavcısı'nı kutlar, görevinde başarılar dileriz.

**Türkiye Barolar Birliği,
Avrupa Birliği Konseyi tarafından
"İrkçılık, Yabancı Düşmanlığı ve
Soykırımın İnkârını"
Suç Haline Getirmeyi Öngören
Çerçeve Taslağı Hakkında
Basın Açıklaması Yaptı**

Bu açıklamanın tam metni aşağıdadır.

"Avrupa Birliği Konseyi, 1 Mayıs 1999 ta-

rihli Amsterdam Antlaşması'nın sağlamış olduğu hukuki imkandan yararlanarak, 26 Mart 2007 tarihinde, 'ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve soykırım inkârını' suç haline getirmeyi öngören bir Konsey Çerçeve Karar Taslağı kabul ederek AB üyesi ülkeleri bu konuda cezai önlemler dahil olmak üzere gerekli tedbirleri almaya davet etmiştir. Bilindiği gibi çerçeve kararlar, üye ülkelerin kanunları ile yasal düzenlemelerini uyumlaştırma amacıyla kullanılmaktadır."

Anılan taslağın 5/a paragrafında, "üye ülkeler, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadelenin anlaşılır bir çerçevede çeşitli önlemler almak gerektirdiğini ve bunların sadece cezai işlemlerle sınırlanmaması gerektiğini kabul ederler. Bu Çerçeve karar, özellikle ırkçılık ve yabancı düşmanlığını ceza hukuku anlamında ciddi şekilleriyle mücadelesi ile sınırlıdır. Üye ülkelerin kültürel ve hukuki geleneklerinin, bir ölçüde, özellikle bu alanda farklı olması nedeniyle ceza hukuklarının tam uyumlaştırılması şu an mümkün değildir. Bu Çerçeve Karar, bu alandaki bu alandaki ortak cezai düzenlemelere doğru bir ilk adımdır" denilmektedir.

Taslağın 9. paragrafında da, cezai tedbirlerin, üye ülkeler arasında tam ve etkin bir adli yardımlaşma sağlaması ve bu şekilde ırkçılık ve yabancı düşmanlığı suçları ile daha etkin mücadeleye yol açması gerektiği belirtilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve soykırım suçları ile ilgili herhangi bir sıkıntısı bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda bu suçları ciddi biçimde cezalandıracak düzenlemeler de mevcuttur. Türkiye Barolar Birliği bu suçlar hakkında alınacak her türlü önlemi içtenlikle desteklemektedir, destekleyecektir.

1923 yılından önce, Birinci Dünya Savaşı'nın bunalımlı günlerde, devlete karşı başkaldırı eylemlerinden ve devletin iç ve dış güvenliğini sağlamak amacıyla öngördüğü tedbirlerden dolayı karşılıklı büyük zararlar, kasıtlı olarak sömürülmekte, dünya kamuoyunda yanlış kanaatler oluşmasına neden olabilecek bir bilgi kirlenmesi yaratılmaktadır. Bu oyun bütün dünyanın gözü önünde oynanmaktadır. Bu haksızlık tarafsız ve vicdan sahibi bilim adamları ve politikacılar tarafından da takdir edilmekte, kimi yerde –ceza tehdidine karşın– gereken cevaplar da verilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği'nin Fransız Parlamentosu'nun bu konudaki yasa tasarısı girişimi sırasında yayımladığı 11 Ekim/2006 tarihli bildiri de tarihi gerçek ve yaşanan olaylar objektif ölçülerle ortaya konmuştur. Oradan yapacağımız bir alıntı durumu anlamaya yardımcı olacaktır.

“(1915 yılında) Savaşan ordu askeri değerlendirmelerin sonucu olarak, düşmanca tavrını açıkça belli eden bu bölgedeki Ermenileri geride bırakmamak için Anadolu'nun başka yerlerine ve Suriye'ye sürülme (tehcir) kararı almıştır. Bu konuda bir yasa çıkarılmıştır. O günün ulaşım koşulları içinde yollarda açıktan, hastalıktan, eşkıyaların saldırılarından can kaybı olduğu, büyük ve giderilmesi olanaksız acılar yaşandığı açıktır. Ancak bunu bir ırkı ortadan kaldırmak, yok etmek anlamındaki soykırımla bir ilgisi yoktur. Anadolu'nun çeşitli yerlerinde hatırı sayılır bir Ermeni nüfusu her zaman olmuştur. Hatta bunlar 1919-1922 arasında Yunan kuvvetleri ile işbirliği yaparak Anadolu halkına karanlık ve ızdırap dolu günler yaşatmışlardır. Amiral Bristol başkanlığındaki bir heyetin 1919 yılındaki raporu bu konuda yadsınamaz bir belgedir.

Aynı tarihlerde donanımsızlık, ulaşım zorluğu ve yiyecek sıkıntısı dolayısıyla Sarıkamış'ta 90 bin Türk askerinin kaybedilmiş olması devletin imkânlarını ve koşulları göstermesi açısından dikkat edilmesi gereken bir noktadır. Ayrıca Türk Ordusu Çanakkale'de ve Arabistan çöllerinde de aynı yoklukları yaşamış ve sayısız askerini bu suretle kaybetmiştir.

Rusya ve Fransa orduları himayesinde Osmanlı İmparatorluğu uyuğu Ermeniler geniş çapta ayaklanmışlar, bölgenin Türk, Kürt, Çerkez Müslüman halkını öldürmüşler, ırz ve namuslarına saldırlarda bulunmuşlardır. Bu konuda Rus generallerinin tanıklığı vardır.

Güney Anadolu'da Maraş, Ayıntap, Urfa ve Adana'da Ermeniler Fransız askeri kisvesi ile yine Türk Müslüman halkı katletmişlerdir. Bu kentlerimizin adlarının başına sonradan eklenen Kahraman, Gazi ve Şanlı eklerinin hangi gerekçe ile verildiğini en iyi Fransızlar takdir edeceklerdir.”

Haksız suçlama ve olayların tahrif edilmesi karşısında kalındığından, gerçeğin ortaya çıkması bağlamında, yapılacak girişimlerin, savunma amaçlı çalışmaların ve karşı yanın karalamalarına karşı çıkmaların cezalandırılması gibi, düşünce özgürlüğünün kısıtlanması yanında hakkaniyetle bağdaşmayacak bir tablo ortaya çıkaracaktır.

Türkiye Barolar Birliği olarak, bu “Çerçeve Taslağı” hakkındaki endişemiz bu yön dolayısıyla oluşmaktadır. Konsey Çerçeve Kararı'nın Türkiye'nin bu endişelerini ortadan kaldıracak ve haksızlık yapmayacak bir düzenleme içermesi gerekmektedir. Tarihi olayların sürekli olarak gündemde tutulması halinde bizlerin de gündeme getirebileceğimiz pek çok olay bulunduğunu, ancak böyle davranışların dünya barışına ve sağlanmak

istenen birliğe gölge düşüreceğini belirtmek isteriz.

Bu nedenle Çerçeve Kararı'nda "1948 Birleşmiş Milletler Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi"nde tanımlanan soykırım" suçlarına "alenen göz yumulması, reddedilmesi veya hafife alınması"nın cezalandırılacağı belirtilmelidir.

Ayrıca yargı yetkisi açısından da tanımlanan suçları "reddetme veya hafife alma"

eylemlerini, eylemin işlendiği yerdeki devletin yetkili ulusal mahkemesinin veya "1948 Birleşmiş Milletler Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi" ile uyumlu, gerekli yargılama yetkisine sahip, uluslar arası bir ceza mahkemesinin yetkili olduğu açıkça belirtilmelidir.

Bu konuda Türk kamuoyunun ve sivil toplum örgütlerinin duyarlılık göstermesi gerekliliği dileğimizi de saygı ile duyururuz.

AVRUPA BİRLİĞİNDEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı

TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

► KARAPARANIN AKLANMASI

Kara paranın aklanmasının önlenmesine yönelik ikinci Direktifin uygulanmasına yönelik AB Komisyonu Raporu ile ilgili olarak Avrupa Baroları, AB Komisyonu ve AB üyesi ülke temsilcileri bir araya gelmiştir. Toplantının amacı üye ülkelerde kimlik tespitine ilişkin gereksinimlerin gözden geçirilmesi ve karşılıklı kimlik bilgilerinin tanınması için pratik kuralların getirilmesi olmuştur.

Bu Direktiften ayrı olarak üye ülkeler üçüncü Direktifin uygulanması ile ilgili çalışmalarını sürdürmektedirler.

► VIYANA BAŞKANLAR KONFERANSI

AB üyesi ülkeler Baro Başkanlarının katılımıyla gerçekleşen Avrupa Baro Başkanları Toplantısı 16 Şubat 2007 tarihinde Viyana'da yapılmıştır.

► VIETNAMLA İLİŞKİLER

Vietnam Hukuk Haftası nedeniyle İngiltere ve Galler Barosu önceki Başkanlarından Edward Nally ile CCBE'den Ann Brigitte

Gammeljord Vietnam'a bir ziyarette bulunmuşlardır. İngiltere ve Galler Barosu, Vietnam Adalet Bakanlığına avukatlık meslek kuralları ve avukatlık mesleğinin düzenlenmesi konularında yapılacak yasal düzenlemeler konusunda yardım etmektedir.

► CEZA HUKUKU

Önceki raporlarımızda da belirttiğimiz gibi; AB dönem başkanlığını üstlenen Almanya'nın birinci önceliği Usule İlişkin Haklar Konusundaki Karar Çerçeve Taslağı konusunda bir mutabakat sağlamaktır. Taslağın konusu; ceza muhakemeleri usulünde şüpheli ve sanıkları için asgari standartlardır. Bu metin 2004 yılında önerilmiş ancak henüz olumlu bir ilerleme görülmemiştir. Geçtiğimiz günlerde Avrupa Hukuk Akademisi tarafından gerçekleştirilen bir konferansta bazı AB üyesi ülkeler; özgürlük, emniyet ve adalet kavramlarını içinde barındıran bir alan yaratmak için; hem adli makamlar arasında işbirliği, hem emniyet güçlerinin aktif olması, hem de bireylerin temel haklarının korunması gerekmektedir. Bu öneriye karşı bir başka öneri getiren İngiltere ve İrlanda; bağlayıcı yasal standartların yerine tavsiye niteliğinde bir modelin daha pratik olacağını ileri sürmüştür.

Ceza Hukuku alanındaki bir diğer gelişme ise; Almanya'nın öncülüğü ve Fransa'nın desteği ile önerilen askıya alınmış cezalar ve alternatif yaptırımların tanınması ve denetimine ilişkin "Çerçeve Karar"dır. Bu kararın amacı bir ülkede ceza alan bir kişinin bu cezayı başka bir üye ülkede çekebilmesine olanak sağlamaktır.

► REKABET HUKUKU

AB Komisyonu 14 Şubat tarihinde malların iç pazarda serbest dolaşımını kolaylaştırmaya yönelik bir önlemler paketi sunmuştur.

Komisyon, şirketlerin karşılaştığı çeşitli teknik zorlukları bertaraf etmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu önerinin amacı; üye ülkelerden birinde üretilmiş sanayi ürünleri veya pazarlanmış tarım ürünlerine uygulanan kısıtlamalarla ilgili bulunmaktadır.

Diğer bir çalışma ise şirket birleşmeleri konusundadır. Buna göre; bir şirket kendi alanı dışında bir başka şirketle birleşebilecektir. Örneğin; bir kolalı içecek üreten bir şirketin şeker üretimi yapan başka bir şirketle birleşebilecektir.

► ŞİRKETLER HUKUKU

AB Parlamentosu 15 Şubat 2007 tarihinde, hissedarların oy hakkına ilişkin bir direktifi kabul etmiştir. Söz konusu direktif şirket genel kurul toplantılarına elektronik katılımı ve oy kullanma hakkına olanak tanımaktadır. Direktif önümüzdeki aylarda *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girecektir. Üye ülkeler ise söz konusu direktifi iki yıl içinde kendi ulusal düzenlemelerine adapte edeceklerdir.

► AVUKATLIK MESLEĞİ

Avrupa Birliği genelinde avukatlık mesleğine ilişkin düzenlemeler ile avukatlık hizmetlerinin sunulmuş şekli giderek artan bir şekilde inceleme ve gözetime tabi bulunmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa Komisyonu meslek kuruluşlarının işleyişiyle daha fazla ilgilenmekte, rekabet organları arasında daha etkin bir işbirliğini teşvik etmektedir. Bu gelişmeye en iyi örneği İngiliz avukatlarının tabi bulunduğu meslek kurallarında görülmektedir. Bu bağlamda İngiltere'de avukatların tabi bulunduğu kurallarda aşağıda yer alan konularda önemli değişiklikler beklenmektedir:

- Mesleğin bağımsız olarak kendi kendine denetimi ve düzenlenmesi,
- Adli yardım ve adalete erişim konusunda devlet katkısı,
- Avukat olmayanların hukuk bürolarına sahip olması ve avukatlık hizmeti sunması.

► AB TEMEL HAKLAR AJANSI

Amsterdam Antlaşması uyarınca; *"Birlik; üyesi bulunan tüm devletler için ortak değerler olan hürriyet, demokrasi, insan haklarına*

ve temel hürriyetlere saygı prensibi üzerine kurulmuştur." Buna ilaveten topluluk ve üye devletler Topluluk hukukunu uygularken temel hak ve hürriyetlere saygı göstermek zorunda bulunmaktadır. Bu ilkeden hareket eden AB; AB Temel Haklar Ajansını Kuran Yönerge'yi Şubat 2007 sonunda kabul etmiş bulunmaktadır. Ajans 1 Mart 2007 tarihinde Viyana'da faaliyete başlamıştır. AB'ne aday ülkeler Ajansa gözlemci üye olarak katılabilecektir.

Ajansın üç temel faaliyet alanı bulunmaktadır. Birincisi; Topluluk hukukunun uygulanmasında ırk, cinsiyet ayırımı gibi kavramlara saygı gösterilmesi ve temel haklar konusunda AB kurum ve kuruluşlarına yardım ve danışmanlık hizmetleri sunulması; ikinci olarak AB'de temel haklar konusunda bilgi toplamak ve analizler yapmak ve on olarak temel haklar konusunda kamu oyununun bilgilendirilmesi ile sivil toplum örgütleri ile Strazburg'da bulunan Avrupa Konseyi arasında işbirliği sağlamaktır.

► AVRUPALI GENÇ AVUKATLAR

Avrupa Genç Avukatlar Birliği'nin yıllık Genel Kurul toplantısı 25-27 Mayıs 2007 tarihinde Roma'da yapılacaktır. Mesleği on yıl ve altında icra etmekte olan genç avukatlara yönelik toplantıda ticari davalar, istihdam, vergi ve mülkiyet hukuku yanında mesleki yükümlülükler ile beceriler konusu da tartışılacaktır.

► HAKSIZ FİİL

Sınır ötesi haksız fiillerde uygulanacak kanuna ilişkin olarak hazırlanan II. Roma Yönetmelik taslağı son aşamaya gelmiştir. Düzenlemenin en can alıcı noktası özellikle trafik kazalarından kaynaklanan kişisel zararlar konusudur. AB Parlamentosu'nun bu konudaki yaklaşımını bir örnekle açıklamak gerekirse AB Parlamentosu'nun yaklaşımı İspanya'da meydana gelen bir trafik kazasında sorumluluğu İspanyol hukukuna, zararın hesaplanmasında ise mağdurun kanuni ikametgahının bulunduğu yer kanununa göre hesaplanması yönündedir. Ancak, AB Konseyi bu yaklaşımı desteklememektedir. Konu şimdilik AB Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi'nin gündeminde durmaktadır.

► ŞİRKETLER HUKUKU

Bir tarafta Şirketler Hukuku'nun sadeleştirilmiş metni üzerinde görüşmeler sürerken diğer taraftan da küçük ve orta ölçekli şirketlerin karşılaştığı zorluklar bertaraf edilmek istenmektedir. Bu amaçla 3. ve 6. Şirketler hukuku direktiflerinde değişiklik önerisi verilmiştir.

Buna göre; hissedarlar talep etmediği sürece şirket birleşmeleri ve bölünmelerinde bilirkişi raporu bertaraf edilmek istenmektedir. Zira, söz konusu bilirkişi raporlarının talep edilmesi halinde ortalama €3,500 masraf söz konusu olmaktadır. Değişiklik önerisinin AB Parlamentosu ve Konsey tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.

► MEDENİ HUKUK

AB Komisyonu uzunca bir süredir Avrupa sözleşmeler hukukunda uyumlaşma sağlamaya çalışmaktadır. Bu amaçla, AB Başkanlığını üstlenmiş bulunan Almanya, Mart ayında bir tüketicilerin korunması konulu bir konferans düzenlemiştir.

Diğer taraftan, "Roma I" olarak bilinen 1980 tarihli Roma Konvansiyonu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin halinde başvurulmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu konvansiyonun günümüze uyarlanarak bir AB düzenlemesi yapılması konusundaki çalışmalar sürdürülmektedir.

► TÜKETİCİ HUKUKU

Günümüzde konuya ilişkin sekiz Direktif bulunmakta olup bunlar mesafeli satışlar, paket seyahat turları, teminatlar ve adil olmayan sözleşme hükümleri gibi konuları kapsamaktadır. Ancak, bu düzenlemelerin gözden geçirilerek gerekli değişikliklerin yapılması çalışmalar devam etmektedir.

Nisan 2007

HÜZÜN VE MUTLULUĞU BİRLİKTE YAŞAMAK

Av. Özdemir Özok*

Geçtiğimiz günlerde Türkiye Barolar Birliği, mutluluğu ve hüznü bir arada yaşadı. Balgat'taki arsamız üzerine yıllardır özlemle beklediğimiz TBB yeni yerleşim kompleksinin temeli 31 Mart 2007 günü tüm baro başkanlarımızın katılımı ve çok seçkin davetli topluluğunun huzurunda atıldı.

Aynı gün "*Savunmaya Saygı*" konulu etkinlik Çankaya Belediyesi Gösteri Merkezi'nde gerçekleştirildi. Anıtkabir ziyareti ile başlayan gün sanatçı Erol Evgin'in "*Atatürk'ü Gördüm Düşümde*" başlıklı müzik ziyafeti ile sona erdi. Katılanların mutlulukları bizler için gerçek bir armağandı.

Dileğimiz temelini attığımız yapının kısa sürede ucuz ve kaliteli biçimde tamamlanması ve hizmete girmesidir. Bu konuda ben ve kendilerine her zaman teşekkür ettiğim büyük sorumluluk üslenen yönetim kurulu üyesi arkadaşlarım son derece titiz ve duyarlı davranmaktayız. Dürüst ve ilkeli bir firma olduğuna inandığımız İNTA İnşaat Limitet Şirketi'ni taşeron firma olarak belirledik, tüm malzemeleri biz alıyoruz. Taşeron firma yapıyı gerçekleştiriyor. Başkanlık divanından üç arkadaşımız yanı sıra İdari İşler ve Mali İşler Müdürlerinden oluşan "*İhale Komisyonu*" teklifleri değerlendiriyor en uygun malzemeyi almak için karar veriyor, Başkanlık onayladıktan sonra, malzeme alınıyor, imalat sürdürülüyor. Ayrıca "*İhale Komisyonu*"na teknik bilgi vermek ve onları aydınlatmak üzere, inşaat, makine, elektrik ve tesisat mühendislerinden bir heyet oluşturulmuştur. Bu heyet tüm alım kalemlerinde piyasa araştırması yapmakta ve oluşan listeleri "*İhale Komisyonu*"na sunmaktadır. Seçim bu listelerdeki teklif ve önerilerden yapılmaktadır. İnşaat tamamlandıktan sonra çıkan maliyet üzerinden taşeron firmaya % 10 kâr ödenecektir.

TBB Antalya Genel Kurulu tarafından seçilen üç denetçi arkadaşımıza özellikle rica ettim, TBB'nin genel denetiminin dışında yeni başlattığımız inşaat hesaplarının da özel olarak denetlenmesini istedim. Kendileri bu

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

önerimi çok sıcak karşıladılar, öneriden duydukları mutluluğu ifade ederek, büyük bir sorumlulukla denetlemelere başladılar. 1969 yılından bu yana yapılan Türkiye Barolar Birliği genel kurullarında söz alan üç değerli meslektaşımızdan birisinin mutlaka değindiği ve gündeme getirdiği Ankara'da kalınabilecek bir sosyal tesis gereksiniminin karşılanması için ilk ve en önemli adımı atılmış oldu. Tanrı bizi, bize güvenenlere mahcup etmesin ve en kısa sürede tesisimizin açılış coşkusuyla birlikte yaşayalım.

31 Mart 2007 günü yaşadığımız bu büyük mutluluktan kısa bir süre sonra, çok sevdiğim ve saydığım meslektaşlarımızın ve dostlarımızın ölüm haberleriyle sarsıldım.

16 Nisan 2007 günü sabah erken saatlerde gelen telefonda sevgili Şerif Özgen babası Prof. Dr. Eralp Özgen'i kaybettiklerini söylüyordu. Ağabeyim, başkanım ve hocam Eralp Özgen'le ilgili anılarım bir film şeridi gibi belleğimden akıp gitti. 18 Ekim 2006 günü kaybettiğim ve her geçen gün daha büyük bir hasret ve özlemle aradığım sevgili Teoman Evren ağabeyimden sonra bu acı haber beni bir kez daha derinden sarstı. Rahmetli Eralp Özgen'le 1997-2001 yılları arasında TBB yönetiminde başkan ve genel sekreter olarak çalışmış ve unutulmaz güzel anıları paylaşmıştık. İnce, saygın, sevecen, hoşgörülü, titiz, duyarlı kişileri tanımlamak için kullanılan "İstanbul Beyefendisi" sıfatı sevgili Eralp hocam için düşünülmüş ve türetilmiş bir tanımlamadır. Geçen dört yıl süre içinde sergilediği kendine özgü tutum ve davranışlarıyla sadece biz yönetim kurulu üyesi arkadaşların değil, tüm çalışanların saygı, sevgi ve güvenini kazanan Eralp Hoca, bu özelliklerinin yanı sıra, yılmaz bir hukuk savaşı, Atatürk ilke ve devrimlerinin inançlı bir savunucusuydu.

Kendisi üç-dört yıl önce yakalandığı amansız hastalığı nedeniyle oldukça halsiz ve sağlıksız olmasına karşın, onun hep sağlıklı olması için dua ettik ve nefes almasını dahi gelecek günler için bir güvence, bir umut olarak algıladık ve sabırla bekledik. Ama tüm umutlarımız, tüm beklentilerimiz, 16 Nisan 2007 günü gelen telefonla kayboldu ve acı gerçeğe yüz yüze kaldık. Şairin dediği gibi "Her Ölüm Erkendir" sözü sevgili Eralp Özgen hocamızın aramızdan ayrılışı içinde geçerlidir.

Eralp Özgen başkanın ölüm acısını yaşarken bu kez Yıldırım Beyazıt Lisesi yıllarına uzanan kardeşçe sevdiğim, düşünce arkadaşım sevgili Ali Dinçer'in ölüm haberini aldım. Liselerarası bilgi yarışmasında lisemizin takım kaptanı, ODTÜ Sosyal Demokrasi Derneği'nin hızlı sosyal demokrat başkanı, CHP Ankara İl yöneticisi, Ankara Belediye Başkanı, kararlı, tutarlı ve ilkeli siyaset adamı Ali Dinçer en verimli ve donanımlı çağında, çok genç denilecek yaşta aramızdan kayıp gitti. Yaklaşık altı ay kadar önce beni ziyaret etti ve başkan seni doğduğum topraklara Deli Orman'a götüreceğim, seni orada senin gibi pehlivan akrabalarımınla tanıştıracam çok mutlu

başkandan

olacaksın lütfen bir takvim yapılım demişti. Ama bu konuşmamızdan kısa bir süre sonra ağırlaşan sağlık sorunları nedeniyle kendisiyle yüz yüze konuşmamız mümkün olamadı ve 19 Nisan 2007 günü Eralp hoca ile birlikte kaldırıldığı ve son yolculuğuna çıktığı Kocatepe Camisi'nde buluşabildik. Sevgili dostum, lise arkadaşım, güzel insan Ali Dinçer'e güle güle derken, tanrıdan rahmet, tüm dostlarına sabırlar dilerim.

Bu yazıyı yazmak için bilgisayarın başına oturmadan önce 22 Nisan 2007 günlü gazetelere göz atıyordum, birden yeniden sarsıldım. Bu kez örnek insan, iş hukukunun ülkemizdeki duayenlerinden, işçi hakları ve emek savunucusu, sevgili dostum Av. Önder Aker aramızdan ayrılmıştı. Fakülte yıllarına dayanan tanışıklığımız, 1978-1980 tarihleri arasında birlikte görev yaptığımız Ankara Barosu yönetim kurulu üyeliği sırasında sarsılmaz dostluğa dönüşmüştür. Uzun yıllar aynı iş hanında birlikte yürüttüğümüz avukatlık çalışmalarımız sırasında en kritik iş hukuku problemlerinde getirdiği yorum ve değerlendirmelerle haklı bir saygınlık kazanan Av. Önder Aker Türkiye de işçi ve sendikal hareketin çok önemli isimlerinden birisiydi. İşçi haklarının ulusal ve uluslararası platformlarda yılmaz ve ödünsüz savunucusu olan Av. Önder Aker'in boşluğu kolay kolay doldurulamaz. Bu sevgili dostum ve kardeşime de güle güle derken tarifi imkansız bir boşluk ve yalnızlık duygusu içinde olduğumu itiraf etmeliyim. Kendisini çok özleyeceğimiz sevgili Önder'e de tanrıdan rahmet, geride bıraktığı can dostlarına da sabırlar dilerim.

Yaşadığım bu duyguları sizlerle paylaşarak, bir bakıma mutlulukları çoğaltmak, mutsuzlukları ya da hüznüleri azaltmak istedim, amacım asla sizleri üzmem ya da hüznlendirmek değildi. Sadece peş peşe kaybettiğim ve yerlerinin doldurulması kolay olmayacak sayın hocam ve başkanımın, sevgili dostlarımdan acısı nedeniyle duygu ve düşüncelerimi ifade etmek istedim. Yaşanan bunca acı kayıplardan sonra, tüm dostlarımıza ve meslektaşlarımıza öncelikle başarılı, sağlıklı ve mutlu günler diliyorum.

Son günlerde yaşadığım bu acılar ve kayıplar çok önceleri düşündüğüm ve bir türlü yaşama geçiremediğim önemli bir konuyu da öncelikli ele almamı ve ilk defa sizlerle paylaşmamı zorunluluk haline getirdi. TBB Başkanlığına seçildiğim 2001 yılından bu yana geçen süre içinde, gerek TBB, gerekse barolarımızda yaşanan değişim ve gelişmeyi yadsımak mümkün değildir. Bunun temel nedeni Avukatlık Kanunu'nda 2001 yılında yapılan köklü değişikliklerdir. Bizler bu değişikliklerin sağladığı olanaklarla mesleğimize ve meslektaşlarımıza inanç ve kararlılıkla hizmet sunmaya çalıştık. Önceleri bizi en ağır şekilde eleştiren kimi meslektaşlarımız dahi, geldiğimiz bu noktada takdir ve destek duygularını ifade etmektedirler. Bu sonuç bizlerin daha dikkatli, daha duyarlı ve daha sorumlu davranmamızı gerektirmekte, asla rehavete kapılmamamızı zorunlu kılmaktadır.

Bunları şu nedenle açıklamak ihtiyacını duydum. 1971 yılında büyük bir coşku, mutluluk, onur ve umutlarla başladığım mesleğimde 36 yılı geride bıraktım ve inanın hep ilk günkü heyecanı ve burukluğu hissettim. Heyecan duydum çünkü mesleğimi çok seviyor ve başarılı olmak istiyordum, hep bir burukluk hissettim çünkü meslekte tanıdığım ve hiçbir zaman unutamadığım meslek ustalarına layık olmak, onlara mahcup olmamak istiyordum. Mesleğimi sürdürdüğüm 36 yıl içinde sanki meslek ustalarımın beni yaptığım her iş ve işlemde izlediği, gözlediği duygusuna kapıldım. Eğer birazcık başarılı sayılıyorsam, hiçbir kural değil ama sözünü ettiğim sorumluluk duygusu, bana inanan, güvenen ve her zaman destek veren meslek ustalarımı mahcup etmeme duygusu benim en büyük enerji ve doping kaynağım olmuştur.

Benim yaşadığım bu duygu ve düşünceleri sayıları hızla artan genç meslektaşlarıma yaşatmak için önümüzdeki TBB Genel Kurulu'ndan sonra tüm çalışmalarımı "*Genç Avukatlara*" yönelik yapacağım ve mesleğimizin geleceğini onlarla birlikte kurgulamaya çalışacağım. Ülkemiz ve mesleğimiz çok genç ve dinamik bir yapıya sahip bulunmaktadır. Onları anlamaya çalışmak, karşılıklı etkileşim kanallarını açmak, sanıyorum ülkemiz ve mesleğimiz yönünden çok olumlu sonuçlar verecektir.

Mesleğimizin geleceği genç kardeşlerimizle, mesleğimizin duayenleri ağabeylerimizi sık sık bir araya getirmek başta olmak üzere çok farklı ve etkili bir çalışma dönemini başlatacağım. Bu ilişki ve birliktelikte asla dayatan, ısrar eden, yönlendiren bir yaklaşım sergilenmeyecek, aksine onların etkin ve yönlendirici, yaratıcı ve üretken olacağı bir birliktelik yaratılmaya çalışılacaktır. Bunun gerçekleştirilmesi için TBB olarak sadece alt yapı ve sekreteryaya görevi yapılacaktır.

Hukukçu kimliğini kazanmış, mesleğini seven, savunmanın kutsallığı, yüceliği ve bağımsızlığına inanan tüm genç ve saygın meslektaşlarımızla birlikte yürüyeceğiz. Örneğin Ankara, İstanbul, İzmir ve Adana'da 0-10 yıl kıdemdeki tüm "*Genç Avukatların*" katılımıyla onların aktif rol aldığı, düşünce ve görüş ürettiği, program sunduğu, buna karşın TBB yönetiminin sadece dinlediği ve not aldığı çok yönlü aktiviteler içeren "*Genç Avukatlar Forumu*" yapmak bunlardan birisi olacaktır. Tüm bunlar örgütüyle bütünleşmiş, geleceğe güvenle bakan öncelikle meslek sorunlarının üstesinden gelen, daha sonra kendisine emanet edilen ve dünyada emsali olmayan güzel yurdunun ve onun asil insanların sorunlarını, hukuk ve demokrasi içinde çözmeye çalışacak genç meslektaşlarımıza olanak sağlamak için yapılacaktır.

Bu umut ve düşüncelerimin gerçekleşmesi yanında, tüm meslektaşlarımda sağlıklı, mutlu ve huzurlu bir yaşam sürdürmelerini dilerim.

TÜRK MARKA HUKUKUNDA KÖTÜ NİYETLİ MARKA TESCİLİ BAŞVURUSUNA KARŞI İTİRAZ

Fatih BİLGİLİ*

A. Giriş

Türk kanun koyucusu, MarkHK¹ m. 35 f. 1’de “Tescil başvurusu yapılmış markanın 7 ve 8. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır” hükmünü öngörmekle kötü niyetli marka tescil başvurularına karşı bir itiraz imkanı oluşturmuştur.² MarkHK m. 35 f. 1, belli bir zaman dilimi içindeki kötüye kullanmalara (yalnızca kötü niyetli marka tescili başvuru olaylarına) karşı uygulanabilmesiyle özel ve sınırlı bir nitelik göstermektedir. Zira TPE önünde işletilen itiraz süreci yalnızca tescil başvurusu aşamasında müracaat sahibinin kötü niyet taşıması ihtimalleri ile sınırlıdır. Şayet tescil başvurusunda bulunan kişi müracaat aşamasında kötü niyetli değilse bu yolla itiraz mümkün değildir. Tescil başvurusu sahibi tescil gerçekleştikten sonraki herhangi bir zamanda markasını kötü niyetle kullanırsa, yani gerek markayı kullanma gerekse de markadan doğan bir takım dava ve talep haklarını kötüye kullanırsa bu durumlar MarkHK m. 35 f. 1 hükmünün kapsamına girmez. Bu tür durumlar MK m. 2 uyarınca doğrudan hakkın kötüye kullanılması itirazının konusu olabileceklerdir.

* Doç. Dr., BAÜ Bandırma İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 4113 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu tarafından 24.06.1995 tarihinde kararlaştırılmış, 27.6.1995 gün ve 22326 sayılı *Resmî Gazete’* de yayımlanmıştır.

² Genel olarak itiraz hakkında geniş bilgi için bkz., Yasaman/Ayoğlu, *Marka Hukuku*, C. II, İstanbul 2004, s. 829 vd.; Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. bası, İstanbul 2004, s. 366 kn. 33; Noyan, Erdal, *Marka Hukuku*, Ankara 2006, s. 184 vd.

B. Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı MarKHK m. 35 f. 1 Hükmü Uyarınca Kötü Niyet İtirazı

I. İtirazın “Görüş Bildirme”den Farkı

MarKHK m. 35’de genel olarak düzenlenen “*itiraz*” müessesesi m. 34’te belirtilen “*görüş bildirme*”den farklıdır.³ M. 35’te düzenlenen itirazda, sadece ilgili kişiler tescil başvurusu yapılan işaretin marka olarak tescil edilemeyeceği yönünde TPE’ye hukuki talepte bulunmaktadırlar.⁴ M. 34’deki görüş bildirmede ise, herhangi bir kişi, tescil başvurusu yapılan markanın 7. maddedeki mutlak red nedenlerine aykırılık sebebiyle işaretin marka olarak tescil edilemeyeceği yönünde düşüncesini beyan etmektedir.⁵ M. 35’teki itirazda ise hukuki anlamda bir talep söz konusudur ve husumet esasları geçerlidir. M. 34’te ise görüş bildiren herhangi üçüncü kişinin taraf sıfatı bulunmadığı için husumet kuralları da geçerli olmayacaktır. Şu halde “*itiraz*” ile “*görüş bildirme*” birbirlerinden farklıdır.

II. İtirazın Konusu

MarKHK m. 35 f. 1’de kötü niyetli tescile itiraza, yedekleme veya marka ticareti yapma amacına veya şantaja yönelik markalar,⁶ bir başka ifadeyle, bir markanın kullanılması için ciddi çalışmalar yapıldığını bilen bir kişinin sırf başkasına zarar vermek veya adına tescil ettireceği markayı daha sonra yüksek bir bedel karşılığında satmak amacıyla tescil ettirdiği markalar⁷ veya daha genel ifadeyle, bir markanın yasadaki belirlenen varlık ve kullanılış amacına aykırı maksatlarla tescil ettirilen markalar konu olmaktadır.

III. Kötü Niyetli Tescil Başvurusuna Karşı Yöneltilen İtirazın Mutlak ve Nispi Red Nedenlerine Dayalı İtirazla İlişkisi

MarKHK m. 35 f. 1’in ifadesinden kötü niyetli tescile dayalı itirazın diğer mutlak veya nispi red nedenlerine dayalı tescile itiraz yanında

³ Yasaman/Ayoğlu, C. II, s. 829.

⁴ Tekinalp, 3. bası, s. 366 kn. 33; Oytaç, Kutlu, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, 2. bası, İstanbul 2002, s. 244, 245.

⁵ Noyan, s. 185.

⁶ Tekinalp, 3. bası, s. 366 kn. 33.

⁷ Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 878, 879; Arkan, Sabih, *Marka Hukuku*, C. II, Ankara 1998, s. 158.

ayrı ve bağımsız bir itiraz nedeni olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, marka tescil başvurusuna sırf kötü niyet nedenine dayanarak itiraz etmek mümkündür.⁸ Çünkü hükmün ifadesi bu şekilde bir anlayışı desteklemektedir. Kötü niyet, eğer olayın niteliği elveriyorsa, mutlak veya nispi red nedenleri yanında da ileri sürülebilir. İtiraz sahibi hem mutlak ve nispi red nedenlerine hem de kötü niyete dayanırsa yalnızca kötü niyetin varlığını ispat etmesi bile tescile başvurunun reddi için yeterlidir. Kötü niyeti ispat edemeyip diğerlerinden birini ispat ederse tescile başvuru sahibinin başvurusu reddedilir. Ancak bu durumda reddin kaynağı kötü niyet değildir.

IV. İtirazın Yöneltileceği Makam

MarKHK m. 35 f. 3'ün açık hükmü gereği kötü niyetli tescil başvurusuna itiraz TPE'ye yöneltilecek yazılı ve gerekçeli bir dilekçeyle gerçekleştirilir.

V. İtiraz Süresi

Mutlak veya nispi red nedenlerine dayalı itirazda olduğu gibi, tescile başvurunun kötü niyetli olduğuna dair itiraz, tescil başvurusunun Marka Bülteni'nde yayımlanmasından itibaren 3 ay içerisinde yapılmalıdır.

VI. İtiraza Hakkı Olanlar

Yukarıda belirtildiği üzere, m. 35'teki itiraz m. 34'teki görüş bildirmeden farklıdır. M. 34'te herhangi bir üçüncü kişiden söz edilirken,⁹ m. 35'te itiraza hakkı olanlar için ilgililer ifadesi kullanılmaktadır. Buradan kastedilen ise başvurunun tescil edilmesinden zarar görebilecek kimselerdir.¹⁰ O halde, kötü niyetli tescilden zarar görebilecek ilgili, bu nedene dayanarak itirazda bulunabilir. Kötü niyetli tescile itirazda, çoğu kez kötü niyetli başvuru sahibi ile itiraz eden arasında bir rekabet ilişkisi mevcut olsa da, bir kimsenin "ilgili" kapsamında değerlendirilmesi için rekabet ilişkisinin varlığı şart değildir ve aranmaz. Ancak çoğu kez tescile başvuru sahibi ile itiraz sahibi arasında bir haksız

⁸ Aynı görüşte: Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 878.

⁹ Noyan, s. 185.

¹⁰ Tekinalp, 3. bası, s. 366 kn. 33; Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 829, 830.

rekabet ilişkisinin varlığına da rastlanmaktadır. Yani hadise ikili ilişki ya da iki kişi arasında gerçekleşen bir olay olarak ortaya çıkmaktadır.

VII. Kötü Niyetli Tescile Dayalı İtiraz Nedeninin Re'sen Göz Önünde Bulundurulamaması

MarKHK m. 35 f. 1'den anlaşıldığı kadarıyla, kötü niyetli tescil bağlı itiraz TPE'ce resen göz önünde bulundurulamaz. TPE'nin resen göz önüne bulunduracağı tescil engelleri ise m. 7'deki mutlak red nedenleridir. Bunlar itiraz olarak ileri sürülme bile TPE, m. 7'deki engelleri kendiliğinden tescil engeli olarak nazara alacaktır. Buna karşın gerek m. 8'deki nispi red nedenleri, gerekse de kötü niyet hali ilgili tarafından itiraza konu olmadıkça resen incelemeye konu olmaz. Şu halde TPE, tescil başvurusunun açıkça kötü niyetli olduğunu fark etse bile, olayın niteliği m. 7'deki mutlak red nedenleri kapsamında değerlendirilebilmesine de olanak sağlamıyorsa, kendiliğinden kötü niyet halini bir tescil engeli sayarak tescili reddedemez. Bu konuda muhakkak yazılı bir dilekçenin TPE'ye yöneltilmesi gerekir.

VIII. Kötü Niyetli Tescile İtirazın İncelenmesi (MarKHK m. 36)

Kötü niyetli tescil başvurusuna itiraz ile mutlak veya nispi red nedenlerine dayalı itiraz aynı başvuru ve inceleme prosedürüne tabidir.

Kötü niyetli tescil başvurusuna itiraz yazılı ve gerekçeli yapılmalıdır. TPE itiraz sahibinden, yönetmelikte öngörülen sürede (1 ay) yerine getirilmek üzere, ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir (m. 35 f. 3).

MarKHK m. 35 f. 4'e göre, istenilen ek belge, kanıt ve gerekçeler süresinde TPE'ye verilmediği takdirde itiraz hiç yapılmamış sayılacaktır. Kanımızca bu türden bir yaptırım oldukça ağırdır ve mantığının izahı da oldukça zordur. Böyle bir durumda olması gereken, süre verilmesine rağmen gerekli ek belge, kanıt vs.ler ibraz edilmiyorsa, dosyanın mevcut duruma göre itiraz sahibi lehine veya tescile başvuran kişi lehine karar verilmesidir. Nihayetinde ortada mutlak red nedeni teşkil eden bir tescil engeli yoktur.

MarKHK m. 36'nın ifadesinden anlaşıldığına göre, TPE, itirazı incelerken gerekli gördüğü süre ve sıklıkta tarafların itiraz ve karşı görüşlerinin birbirlerine iletilmesini sağlayacaktır. *Tekinalp'* e göre m.

36'dan itiraz dilekçesinin tescile başvuran kişiye mutlaka iletilmesi anlamı çıkmasa ve usulü açıdan burada bir tebligattan söz edilemese de, itirazın karşı tarafa "iletilmesi" gerekir.¹¹ İletme TPE'nin bir görevi addedilmelidir.

Diğer itiraz nedenlerinde olduğu gibi kötü niyet itirazı da dosya üzerinden incelenir. TPE, gerekli gördüğü sıklıkta tarafların görüşünü alma hakkına sahip olduğundan, layihalar teatisi benzeri bir prosedürün tatbik edilmesi de mümkündür.¹² TPE ayrıca kötü niyetli tescil halinde tarafları uzlaştırma yoluna bile gidebilir (MarKHK m. 36 f. 2). Bu imkan nispi red nedenine dayalı itiraz halinde de mevcuttur.¹³ Mutlak red nedenlerinde ise işaretin niteliğinden dolayı tescil engeli söz konusu olduğu için böyle bir imkan yoktur.

TPE kötü niyetli tescile itirazı yerinde bulursa tescile başvuruyu reddeder. Bu durumda başvuru sahibi karara itiraz edebilir. Buna karşın tescile itiraz reddedilirse başvuru tescil olunarak *Resmi Marka Gazete'*de ilan olunur. Bu durumda itiraz sahibinin bu karara karşı itiraz etmeye hakkı vardır.

IX. TPE'nin İtiraza İlişkin Verdiği Karara Karşı İtiraz

MarKHK m. 47 f. 1'de TPE kararlarına karşı itiraz edilebileceği ifade edilmektedir. TPE, m. 35 f. 1'e dayalı olarak kötü niyetli tescile karşı itiraz üzerine, inceleme yaparsa ortaya bir karar çıkacaktır. Bu durumda kötü niyetli tescile itirazda bulunan kişi, karar aleyhine çıkarsa, yani itirazı reddedilirse, ortada TPE'nin bir kararı mevcut olduğundan, m. 47 f. 1 hükmü uyarınca buna karşı tekrar itiraz hakkına sahiptir. Bu defa itirazın konusu TPE'nin itiraz üzerine verdiği red kararıdır.

MarKHK m. 35 f. 1 uyarınca tescil başvurusuna kötü niyet itirazında bulunanın talebi reddedildiğinde, itiraz sahibi, red kararının kendisine tebliğinden itibaren 2 ay içinde itirazda bulunabilir (m. 47 f. 1). İtiraz üzerine, TPE'nin ilgili dairesi (Markalar Dairesi) itirazı yerinde bulmaması halinde, söz konusu itirazı herhangi bir yorumda bulunmaksızın "Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu"na gönderir.

¹¹ Bkz., Tekinalp, 3. bası, s. 366, 367 kn. 34; Yasaman/Ayoğlu, C. II, s. 832, 833; Noyan, s. 186, 187; Oytaç, 2. bası, 247.

¹² Yasaman/Ayoğlu, C. II, s. 832, 833.

¹³ Yasaman/Ayoğlu, C. II, s. 832, 833.

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun da kararının menfi olması halinde, kararın tebliğinden itibaren 2 ay içinde, kararın iptali için, TPE'ye karşı ihtisas mahkemesinde dava açılabilir.

1. Zarar Gören İtiraz Sahibi

MarKHK m. 35 f. 1'de ilgili sıfatıyla kötü niyet itirazında bulunan kişi, m. 48 cümle 1'deki zarar gören olarak TPE'nin red kararına karşı itirazda bulunabilir. Bir başka deyişle, kötü niyet itirazının sahibi m. 48 cümle 1'e göre, fiilen zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan kişi olarak red kararına itirazda bulunabilecektir.

2. Karara İtirazın Şekli ve Zamanı (MarKHK m. 49)

Kötü niyet itirazına ilişkin red kararına karşı itirazın, kararın itiraz sahibine tebliğinden itibaren 2 ay içinde, TPE'ye yazılı olarak yapılması gerekir. 2 aylık süre hak düşürücü niteliğe sahiptir.¹⁴ İtirazın gerekçeli olması ve itiraz ücretinin ödenmesi gerekir. İtirazın gerekçesiz yapılması halinde itiraz reddedilir.

TPE'nin ilgili dairesi yapılan itirazı kabul etmezse, itirazı herhangi bir yorumda bulunmaksızın, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na gönderir (m. 50 f. 2).

3. Karara İtirazın Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Tarafından İncelenmesi (MarKHK m. 51, m. 52)

Kötü niyete itiraz eden ancak itirazı reddedildiği için karara karşı tekrar itiraz eden kişinin bu itirazı incelenebilir nitelikte ise, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, itirazın incelenmesi işlemlerini başlatır (m. 51 f. 1).

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu yönetmelikte öngörülen süre içinde (1 ay), diğer taraf veya makam tarafından ileri sürülen görüşler hakkında tarafları görüşlerini bildirmeye davet etmesi gerekir (m. 51 f. 2). İtirazın incelenmesinden sonra, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, itiraz hakkında kararını verecektir (m. 52).

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun itiraz hakkında-

¹⁴ Yasaman, *Marka Hukuku*, C. II, İstanbul 2004, s. 926.

ki kararı kesindir. Bu karara karşı TPE bünyesinde tekrar itiraz edilemez.

TPE Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın idari vesayeti altında bulunan bir kamu tüzel kişisi olduğu için,¹⁵ Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararı idari nitelikte bir karardır.¹⁶ Kurul'un tek yanlı ve kamu gücüne dayanarak verdiği karar, organik ve fonksiyonel açıdan bireysel idari bir karardır.

Kötü niyetli marka tescili başvurusuna yapılan itirazların TPE Marka Dairesi'nce reddinden sonra, ancak Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na başvurulabilir. Bu sıra ve usule uyulmadan doğrudan mahkemeye başvurulması halinde, mahkeme talebi reddedecektir.

Benzer doğrultuda, Markalar Dairesi Başkanlığı'nın red kararı bulunmaksızın da Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na itirazda bulunulamaz. Ortada bir karar bulunmaksızın Kurul'un karar vermesi yetkiye tecavüz teşkil edecektir.

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kötü niyet itirazı çerçevesinde incelemesini yapar ve kararını verir. Kötü niyetli başvuruya itiraz eden kişi, itiraz dilekçesinde belirtmediği hususları daha sonra mahkemede ileri süremez. Çünkü Kurul bu belge ve itiraz sebebi üzerinde araştırma yapmış ve kararını vermiştir.

X. TPE'nin İtiraza İlişkin Verdiği Nihai Karara Karşı Yargı Yoluna Başvurulması (MarKHK m. 53)

Kötü niyetli tescil başvurusuna itiraz eden itiraz sahibi, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kesinleşen kararına karşı, bu nihai kararın bildirim tarihinden itibaren 2 ay içinde yetkili mahkemede dava açma yoluna gidebilecektir.

1. Dava Açma Süresi

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının itiraz edene tebliğinden itibaren 2 ay içinde, yetkili mahkemede TPE aleyhine dava

¹⁵ Kayhan, Fahrettin, *Türk Patent Enstitüsü'nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası*, FMR, 2003/4, s. 28.

¹⁶ Yasaman, C. II, s. 938.

açılması gerekir. Yetkili mahkeme TPE'nin bulunduğu yer olan Ankara mahkemeleridir.

İtiraz eden davasını 2 aylık süre içinde açmalıdır. Süre hak düşürücü niteliktedir¹⁷ ve red kararının ilgiliye tebliğinden itibaren başlar.

İtirazı TPE Markalar Dairesi tarafından reddedilen kişi, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na red kararının tebliğinden itibaren 2 ay içinde itiraz etmelidir (m. 49). Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na itiraz yapılmadan, doğrudan TPE aleyhine dava açılmaz. Kurul itirazı reddettiğinde, bu kararın tebliğinden itibaren 2 ay içinde mahkemeye başvurulabilir.

2. Davanın Hukuki Niteliği

TPE bir kamu kurumu olduğu için kötü niyet itirazına ilişkin Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararı idari nitelikte bir karardır ve bunun sonucunda da bu karar aleyhine açılacak dava normalde idare hukukuna özgü iptal davasıdır.¹⁸

Ancak MarKHK m. 71 f. 2'de, TPE'nin 556 sayılı MarKHK hükümlerine göre aldığı bütün kararlarına karşı açılacak davalarda ve TPE'nin kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin TPE aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkemenin 1. fıkrada belirtilen mahkemelerden Ankara İhtisas Mahkemeleri olduğu hüküm altına alınmıştır.

Şu halde itiraz sahibi TPE'nin verdiği bu idari karara karşı idari yargıda değil adli yargıda Ankara İhtisas Mahkemesi'nde (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi) dava açacaktır.¹⁹

İtiraz sahibinin açtığı iptal davasında usuli bakımdan HUMK uygulanır²⁰ ve açılan dava inşai dava özelliğindedir.²¹ İhtisas Mahkemesi'nin TPE kararını iptal etmesi halinde, mahkemenin kararı ex tunc etki göstererek TPE kararının geçmişe etkili olarak geçerliliğini kaybetmesine yol açar. TPE, mahkemenin kararı doğrultusunda yeniden işlem tesis eder veya da işlem kalmış olduğu yerden devam edecektir.

¹⁷ Noyan, s. 237.

¹⁸ Karş. Noyan, s. 236, 237; Yasaman, C. II, s. 942, 943.

¹⁹ Noyan, s. 239, 240.

²⁰ Yasaman, C. II, s. 943.

²¹ Kayhan, s. 39.

3. Davanın Konusu

İtiraz sahibinin iptal davasının konusu, tescil başvurusuna yaptığı kötü niyet itirazının reddine dair TPE kararının iptalidir. Mahkeme itiraz sebebinin ve bununla ilgili olarak TPE'ye sunulan belgelerin değerlendirilmesini yapmak suretiyle karar verir. Kötü niyet itirazında ileri sürülmeyen noktaların, daha sonra mahkemede ileri sürülmesi mümkün değildir.

TPE'nin kötü niyet itirazına ilişkin kararına karşı 2 ay içinde dava açılması gerekir (m. 53). Bu süre içinde red kararına karşı dava açılmaz ise, TPE'nin red kararına kararı kesinleşir. Buna karşın dava açılması durumunda ise red yönündeki idari kararın yürürlüğü sorunu ortaya çıkmaktadır. *Arkan*, 2 aylık dava açma süresinin geçmesi ile veya bu 2 aylık süre içinde dava açılmış ise, mahkeme kararının kesinleştiği tarihte, itirazın reddi hakkındaki kararın kesinleşebileceği düşüncesindedir.²²

TPE'nin itiraz hakkındaki kararının yürürlüğü ile ilgili olarak, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararından sonra markanın tescili mümkündür. 2 aylık süre içinde itirazın reddi kararına karşı dava açılması idari işlemin yürürlüğünü durdurmaz. Kötü niyetli markanın tescilinin önlenmesi için, mahkemeden ayrıca tedbir kararı alınması gerekir. İhtiyati tedbir talep edilmez veya mahkemeden sağlanamaz ise, TPE markayla ilgili işlemlere devam ederek tescil işlemini yapar.²³ Böyle bir durumda ise TPE'ye karşı açılacak davada, markanın adına tescil edildiği kişinin de TPE ile birlikte hasım gösterilmesi icap eder. Davanın konusu ise TPE kararının ve markalar sicilinde gerçekleşen tescilin iptali olacaktır.

4. Davanın Tarafları

TPE'nin itirazın hakkında verdiği red kararına karşı iptal davasında davacı, itiraz sahibidir. İptal davasında davalı ise ilke olarak sadece TPE'dir.²⁴ Ayrıca, bu marka ile ilgisi olanları da davaya dahil etme zorunluluğu yoktur. Çünkü verilen karar sicili etkilememekte ve sadece TPE kararı iptal edilmektedir. Bu durumda idari işlemin, söz konusu

²² Arkan, Sabih, *Marka Hukuku*, C. I, Ankara 1997, s. 121.

²³ Bu yönde: Yasaman, C. II, s. 944, 945.

²⁴ Noyan, s. 241; Yasaman, C.II, s. 945 vd.

mahkeme kararından sonra kaldığı yerden devam etmesi gerekir.

Ancak uygulamada Yargıtay tarafından, MarKHK m. 7'deki mutlak red nedenleri dışındaki hallerde, yani m. 8'deki nispi red nedenlerine ilişkin iptal davalarında marka ile ilgisi olanların da, yani örneğin adına marka tescil edilen kişinin de davaya dahil edilmesi şart koşulmaktadır.²⁵ Yargıtay böyle hallerde davacıya süre verilerek bu kişilere dava açılmasının sağlanması ve dava ile sonradan açılan davanın birleştirilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Kötü niyetli tescil olaylarının nitelikçe çoğunlukla m. 8'deki nispi red nedenlerindeki olaylara benzediği düşünülürse, kötü niyet itirazının reddine ilişkin TPE kararına karşı mahkemede açılan iptal davasında hem TPE hem adına tescil yapılan başvuru sahibinin birlikte davalı gösterilmesi gerekir. Ancak şart değildir. Varılan bu sonuç uygulama açısındandır. Teorik açıdan ise kötü niyetli tescil başvurusu sahibinin davalı olarak gösterilmesine gerek yoktur.

C. Kötü Niyetli Tescil Olaylarının Türk Hukukunda Ayrı ve Bağımsız Bir Hükümsüzlük Nedeni Teşkil Etmemesi

Yukarıdaki açıklamalarda da ifade edildiği üzere, kötü niyetli marka tescili marka hakkının kötüye kullanılması hallerinden birisidir. Kişilerin hakkını kötüye kullanması ise kural olarak hukuk sistemi tarafından hiçbir şekilde korunmaz ve de marka hukukunun amacına aykırı düşmektedir.

Marka hukukumuzu oluşturan MarKHK, markanın tescili talebinin kötü niyetli yapılmasını itiraz nedeni olarak görmüştür. Şöyle ki, m. 35 f. 1'e dayanılarak TPE'ye yapılan itiraz üzerine TPE itirazı inceler ve karar verir. Bu karar karşı yine m. 47 vd. hükümlerine göre itiraz edilebilir. Kötü niyet itirazını inceleyen TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kesinleşen kararlarına karşı 2 ay içerisinde yargısal yola başvurularak dava açılabilir. Demek ki, MarKHK'nin düzenlenme tarzına bakıldığında görülmektedir ki, bir markanın tescili istemine, yalnızca tescil talebinin kötü niyetli olduğu iddiasıyla itiraz edilebilir.²⁶ Şayet TPE bu itirazı kabul ederse, tescil talebi reddedile-

²⁵ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz., Noyan, s. 242; Yasaman, C. II, s. 944, 947, 948. Ayrıca bkz., Tekinalp, 3. bası, s. 368, 369 kn 41.

²⁶ Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 878.

cektir. Buna karşın kötü niyet itirazı reddedilirse, itiraz sahibi bu defa TPE'nin red kararına karşı itiraz sürecini işletme yoluna gidebilecektir (MarKHK m. 47-53). Bu itiraz da reddedilirse, tescile karşı çıkan itiraz sahibi, TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kesinleşen red kararına karşı adli yargıda dava açabilir. Davanın konusu ise kararın iptalidir.

MarKHK m. 42'de hükümsüzlük halleri sayılmaktadır. Sayılan haller arasında ise kötü niyetli tescil bir hükümsüzlük sebebi olarak yer almamaktadır. Bu tarzdaki düzenleme gerçekte MarKHK'nin ruhuna aykırıdır. Zira Türk hukuk sisteminde dürüstlük esastır (MK m. 2). Amaç hukukun her alanında hakkaniyetin ve adaletin sağlanması olduğuna göre kötü niyetin korunmaması icap eder. Bu nedenle kötü niyetli tescil halinin aynı zamanda bir hükümsüzlük sebebi olarak da kabul edilmesi MarKHK'nin düzenlenme tarzı, ruhu ve kötü niyete hiçbir halde yaşam hakkı tanımama bakımından son derece gereklidir.²⁷

Nitekim Avrupa Birliği Marka Yönergesi m. 3 mutlak red nedenlerini düzenlemektedir. Yönerge m. 3 f. 2 (d) hükmüne göre, marka tescil talebinin kötü niyetli yapılması kesin bir tescil engeli olarak mutlak red ve/veya hükümsüzlük nedenidir. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü m. 51 f. 1 (a)'da ise tescil başvurusunda başvuru sahibinin kötü niyetli olması bir kesin hükümsüzlük nedenidir. Alman Markalar Kanunu m. 8 f. 2 no: 10 ve m. 50 f. 1 ve m. 50 f. 3 hükümlerine göre ise kötü niyetli marka tescili hem mutlak red hem de bir hükümsüzlük nedenidir. Şu halde marka tescil talebinin kötü niyetli bir şekilde yapılması ne Avrupa Birliği hukukunda genel anlamda ne de üye ülkelerde -ki örneğin Alman marka hukukunda- korunmuştur. Kötü niyetli tescil en azından mutlak hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmiştir.

D. Değerlendirme

MarKHK m. 35 f. 1' göre, marka başvurusu yapılmış markanın 7. ve 8. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine dair itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili

²⁷ Dirikkan, Hanife, *Tanınmış Markanın Korunması*, Ankara 2003, s. 263; Tekinalp, 3. bası, s. 447 kn. 36; Arkan, C. II, s. 158; Arkan, Sabih, *Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması*, Batider 1999, C.XX, S. 1, s. 15; Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 879.

kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılabilecektir.

Kötü niyetli marka tesciline karşı başvurunun reddi amacıyla yapılan bu itiraz mutlak veya nispi red nedenlerine dayanarak tescil başvurusunun reddi amacıyla yapılan itirazdan farklıdır ve ondan ayrılmaktadır. Ancak olayın niteliği uygunsa aynı anda hem mutlak hem nispi red nedenine hem de kötü niyet nedenine dayanarak itirazın yöneltilmesine engel yoktur. Neticede itirazın incelenme prosedürü her tür itiraz yolu için aynıdır. İtiraz sahibi şayet hem kötü niyete hem diğer nedenlere dayanırsa markanın tescilinin başvurusunun reddi bakımından bunlardan yalnızca birisini ispat etmesi yeterlidir. Yani kötü niyetli tescil başvurusunun varlığını veya mutlak veya nispi red nedenlerinden birisinin varlığını ortaya koyması yeterlidir. Buna karşın itiraz sahibi olayın niteliği uymadığı için sadece kötü niyetli tescil başvurusu nedenine dayanmışsa ve örneğin nispi red nedenlerine dayanmamış ve kötü niyetin varlığını ispat edememişse, itirazı reddedilecektir. Buna karşın itiraz sahibi örneğin hem nispi red nedenine dayanmış hem kötü niyet nedenine dayanmışsa, nispi red nedeninin varlığını ispat etmiş, ancak kötü niyetin varlığını ispat edememişse, tescil başvurusunda bulunanın başvurusu reddedilecek, fakat kötü niyetli tescil başvurusundan dolayı reddedilmemiş olacaktır.

Kötü niyetli tescil hadiselerine karşı MarKHK m. 35 f. 1 ile itiraz yolunun öngörülmüş olmasının kötü niyetli başvuruları engellemede etkin bir mücadele aracı olduğunu iddia etmek güçtür. Çünkü kötü niyetin çok ağır ve açık olması halleri haricinde bu durumun varlığının tescile başvuru aşamasında yeterli bir şekilde anlaşılması ve bunu ilgilinin fark ederek itiraz yoluna başvurması ve TPE'ce bu konuda ciddi ve kapsamlı bir inceleme yapılması oldukça zordur. Nitekim kötü niyetli tescil olaylarının bir çoğu tescilden sonraki bir aşamada kendini belli etmekte ve anlaşılmakta, itiraz için ise durum imkansızlaşmaktadır. Zira itiraz üç aylık sınırlayıcı süreye tabidir. Bu durumda da geriye, eğer şartları oluşmuşsa ya kötü niyetli marka kullanımına ilişkin MK m. 2 kuralının uygulanma seçeneği kalmaktadır. Veya MarKHK'de öngörülen hükümsüzlük hallerinin (m. 42) geniş yorumlanması yoluyla olayın bu maddeye ilişkin mutlak veya nispi red nedenleri içine sokularak koruma sağlanması yoluna gidilecektir. Oysaki kötü niyetli marka tescili başvurusu MarKHK'de öngörülen ayrı bir itiraz nedenidir ve hükmün öngörülüş amacı gereği kötü niyetli tes-

cil başvurusunu oluşturan olaylar mutlak veya nispi red nedenlerine dayanan olaylardan ayrılmaktadır. Kötü niyetli marka tesciline ilişkin olaylar kural olarak yalnızca m. 35 f. 1'e dayalı kötü niyetli tescile karşı itirazın konusunu teşkil etmektedirler. M. 7 ve 8'deki mutlak ve nispi red nedenlerine dayalı olaylar ise yine m. 35 f. 1'deki kötü niyetli tescile karşı itirazın dışındaki tescile itirazların konusunu teşkil etmektedir. Buna karşın olayda hem mutlak veya nispi red nedeni hem de kötü niyet mevcutsa bu durumda gerek tescile itiraz gerekse de hükümsüzlük davasının kötü niyet nedeni dışındaki itiraz veya hükümsüzlük halleri kapsamında değerlendirilmesi ve koruma yolunun bu doğrultuda tercih edilmesi mümkündür ve doğru da olur. Aksi takdirde, olay hem mutlak hem nispi red nedeni hem de kötü niyet hali teşkil etmesine rağmen sadece kötü niyetli marka tescili kapsamında görülerek kanuni yola başvurulursa, kural olarak koruma sadece kötü niyetli tescile itiraz bakımından sağlanabilecek, kötü niyetli marka tescili MarKHK'de ayrı bir hükümsüzlük nedeni olarak öngörülmediği için bu yolla koruma sağlanamayacaktır. Bu nedenle bu tür hadiselerde m. 42'deki hükümsüzlük nedenlerinden nitelikçe uyan birisine dayanma bu noktada kurtarıcı olabilecektir.

Esasen Türk marka hukukunda kötü niyetli tescil olaylarıyla etkin mücadele edilememesinin nedeni kötü niyetli tescilin 89/104 nolu AB Marka Yönergesi ile tanınan imkanın ve Alman hukukunda benimsenen çözümün aksine bir hükümsüzlük nedeni olarak MarKHK'de düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Halbuki Alman hukukundaki gibi, kötü niyetli tescil herhangi bir süreye tabi olmayan hükümsüzlük nedeni olarak öngörülmüş ya da hem itiraz hem de hükümsüzlük hali olarak düzenlenmiş olsaydı kötü niyetli tescil hadiselerinin daha çok sonradan anlaşılıyor olması gerçeği karşısında bunlarla daha etkin bir mücadele edebilme imkanı doğabilecekti. Oysaki MarKHK'deki bu düzenlemeyle bu mücadele yarım kalmaktadır. Diğer yandan kötü niyetli tescil süreye tabi olmayan bir hükümsüzlük yolu olarak öngörülürse diğer mutlak ve nispi red nedenlerine dayalı hükümsüzlük hadiselerinde de, eğer kötü niyet hali varsa ve hükümsüzlüğe başvuru süresi geçmişse -ki Yargıtay verdiği kararlarda m. 42'deki tüm hükümsüzlüğe başvuru sürelerini 5 yıla sınırlama eğilimindedir²⁸- herhangi bir süreye tabi olmayan kötü niyetli tescile dayalı

²⁸ Yargıtay'ın bu konudaki çeşitli kararları için bkz., "...556 sayılı KHK'da marka tescili başvuruları değerlendirilirken ilgililere, itiraz olanağı ile birlikte sonradan mar-

hükümsüzlük talebiyle bunların da hükümsüz sayılabilmesi mümkün olabilecektir. Zira kötü niyetli davranış hiçbir zaman hak doğurmaz ve bu şekilde hakkın kullanılması ne kadar süre geçerse geçsin hukuken tasvip edilemez.

ka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma olanağı da tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nun 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açması gerekeceğinin belirtilmesi ve bu hususta dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile de bağdaşmayacağı nazara alındığında, bu husustaki yasal boşluğun, yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak doldurulması Dairemizce uygun görülmekte(dir)... "Yargıtay 11. HD. E.1997/5417, K. 1997/9676, T. 25.12.1997 (Sabuncakis kararı). Karar için bkz., Yasaman/Yusufoğlu, C. II, 880, 881. Aynı doğrultuda bir başka Yargıtay kararı: "Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara nazaran, kural olarak hükümsüzlük davalarının zamanaşımına uğraması söz konusu değilse de Paris Konvansiyonu'nun 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalarla ilgili hükümsüz davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açılması gerektiğine ilişkin hükmün, uygulamada diğer marka sahiplerine de genişletildiği...", Yargıtay 11. HD. E. 2004/12267, K. 2005/12577, T. 20.12.2005 (Dr. Renaud kararı). Karar için bkz., Noyan, s. 446-448. Aynı görüşte başka kararlar da vardır: Merinos kararı (Yargıtay 11. HD. E. 2001/10860, K. 2002/3275, T. 8.4.2002. Karar için bkz., Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 884-887), Ülker kararı (Yargıtay 11. HD. E. 2000/5607, K. 200076604, T. 11.09.2000. Karar için bkz., Yasaman/Yusufoğlu, C. II, s. 882-884).

AVUKATLARIN ADLİ DNA ANALİZLERİ KONUSUNDA BİLGİ DÜZEYLERİ

Ayşim Tuğ *
Yeşim Doğan Alakoç **
Cüneyt Elma ***

Arapça kökenli hak kelimesinin çoğulu olan “*hukuk*” kelimesi, *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'nde toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü olarak tanımlanmaktadır.¹ Bu tanımlamayla bağlantılı olarak hukuka uygun bir toplumsal yaşamın kurulabilmesi için önce hakların savunulması gerekmektedir. Kişilerin haklarını savunmayı meslek edinmiş bir meslek grubu olarak avukatlar bağımsız savunmayı temsil ederler. Dolayısıyla hukuk sisteminin olmazsa olmaz taraflarından biridirler.

Birçok ülkede, avukatlar hukukun belirli alanlarında uzmanlaşarak bu alanda kendine başvuranlara yol gösterir, danışmanlık yapar, dava avukatı olurlar.² Ülkemizde avukatların belli konularda uzmanlaşma zorunlulukları yoktur, her tür davaya girebilirler. Bilindiği gibi Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) uyarınca hem şüpheli/sanık hem de mağdurun soruşturma ve koğuşturmanın her aşamasında, avukat bulundurma hakkı vardır. Bu durum da avukat kişilere yol göstereceğinden üstlendiği görevi gerektiği gibi yerine getirebilmek için hukuk dışında ancak hukukla bağlantılı alanlardaki gelişmeler hakkında da yeterli bilgiye sahip olmalıdır. DNA analizleri gibi teorik ve pratik bilgi açısından kendi alanlarından çok farklı bir alanda da mesleklerinin gerektirdiği düzeyde bilgi sahi-

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı.

** MSc. Biyolog, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı.

*** Biyolog, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı.

¹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/hukuk>

² Schmitt Glenn R. Online DNA Training Targets Lawyers, Judges. National Institute of Justice Journal No: 25 6 Ocak 2007.

bi olmaları gerekir. Olayın türüne göre incelenmesi gereken biyolojik deliller, talep edilebilecek analizler konusunda yeterli bilgiye sahip olmaları temsil ettiği kişinin haklarını eksiksiz savunabilmesi açısından önemlidir.

Adli olayların aydınlatılmasında kan grupları gibi bazı genetik özelliklerden yararlanılması uygulamaları yeni değildir. Ancak ilk kez 1985 yılında İngiltere’de iki genç kızın katilinin bulunması için uygulanan DNA analizi bu tarihten itibaren suç olaylarının çözümünde yeni bir dönem başlatmıştır. Tecavüz edildikten sonra öldürülen iki kızın katilinin bulunabilmesi için İngiliz polisi genetik alanında çalışmalarıyla tanınan Alec Jeffreys’den olayın aydınlatılabilmesi için yardım istemiştir. Genç kızların vücudundan alınan saldırganına ait meni örneğinden DNA profilini çıkarıldıktan sonra yakın çevrede yaşayan yaklaşık beş bin erkeğin kan örnekleri toplanarak DNA profilleri belirlenmiştir. Tüm DNA’ların karşılaştırılması sonucunda hem gerçek suçlu bulunmuş, hem de gerçekte suçu işlemediği halde hapiste tutulan bir gencin masumiyeti ortaya çıkmıştır.³ Bu olaydan sonra moleküler genetik alanındaki gelişmelerin adli bilimler alanına hızla uyarlanması ile biyolojik örneklerin delil olduğu olaylarda DNA analizleri rutin inceleme tekniği olarak kabul görmüştür. Günümüzde adli DNA analizleri suç olaylarının çözüme kavuşturulmasında, nesep tayininde, kayıp kişilerin ve çok sayıda kişinin aynı anda öldüğü felaketlerde ölenlerin kimliklendirilmesinde güvenilir bir teknik olarak kullanılmaktadır.

Bu olaylarda elde edilen DNA analizi sonuçları kişiler ve yakınlarının yaşamları üzerinde doğrudan etkilidir. Örneğin babalığın tespiti söz konusu ise bu analizin sonucuna göre bir erkeğin bir çocuğun biyolojik babası olup olmadığı belirlenmektedir. Bu tür davaların sonuçlarının bireysel olduğu kadar toplumsal açıdan da önemi vardır. Bir suç olayı söz konusu olduğunda ise fail olarak suçlanan kişinin suçlu ya da masum olduğu belirlenmektedir. Gerçek suçlunun cezasını çekmesi kadar önemli bir diğer konu aslında masum olan kişinin işlemediği suçun cezasını çekmesinin önlenmesidir. Amerika Birleşik Devletleri’nde 1992 yılında başlatılan bir proje masumiyetin DNA analizleri ile ispatlanmasına dayanmaktadır. Ülkenin tüm eyaletlerine yayılan ve hükümetin çok büyük miktarda bütçe ayırarak destekleme

³ James SH, Nordby JJ. (2003) Forensic Science-An Introduction to Scientific and Investigative Techniques, CRC Press, pp. 226-227, 592 .

kararı aldığı bu proje ile 2006 yılı sonuna kadar yaklaşık 200 kişinin masumiyeti ispatlanmıştır.⁴

Mümkün olan en kısa sürede suçun aydınlatılması mağdurun ve toplumun adalete ve devlete güvenini arttırmaktadır. Bu nedenle adaletin yerine gelmesinde temel görevi yerine getiren hakimlerin, savcılarının ve avukatların da bu analizler hakkında yeterli bilgiye sahip olması büyük önem taşımaktadır. Bu anket çalışması, hukukun kişilerin haklarının savunulması gibi çok önemli bir ayağında görev yapan avukatların DNA analizleri konusunda yaklaşımları ve hangi biyolojik örneklerden hangi analizler yapılabileceği gibi konulardaki bilgilerinin ölçülmesi amacıyla yapılmıştır.

Materyal ve Yöntem

Bu anket çalışmasında avukatların adli DNA analizleri konusundaki bilgi düzeylerinin ölçülmesi amaçlanmıştır. Farklı illerden Ankara'da düzenlenen bir toplantıya katılan avukatlara ve Erzincan'daki avukatlara anket formu dağıtılmıştır. On bir soru içeren anket formunu toplam 103 avukat yanıtlamıştır. Verilerin istatistiki değerlendirilmesinde SPSS (11.0 versiyonu) programı kullanılmıştır. Yaş gruplarının cevaplarda bir farklılığa neden olup olmadığını belirlemek için tek yönlü varyans analizi yapılmıştır. İstatistiki olarak anlamlı bir farklılık çıktığında bu farklılığın hangi yaş grubundan kaynaklandığını belirlemek için Scheffe testi uygulanmıştır.

Avukatlara yöneltilen sorular şunlardır:

1. Delil olarak biyolojik örneklerin bulunduğu suç olaylarının aydınlatılmasına DNA analizlerinin katkısı ile ilgili düşünceniz nedir?
2. Genellikle hangi hukuk alanından davaları kabul ediyorsunuz?
3. Bugüne kadar kaç davanızda DNA analizi istendi?
4. DNA analizi ile biyolojik örneğin ait olduğu kişinin cinsiyeti belirlenebilir mi?
5. DNA analizi ile biyolojik örneğin ait olduğu kişinin yaşı belirlenebilir mi?
6. Hangi biyolojik örneklerden adli amaçlı DNA analizi yapılabilir?

⁴ Tuğ A., (2005) Masumiyet Projesi, *Adli Bilimler Dergisi* Cilt 4, S. 4 s., 33-41.

7. DNA analizlerinden ortalama olarak ne kadar sürede sonuç alındığı konusunda fikriniz var mı?

8. Anne ve babası hayatta olmayan iki kişinin kardeş olup olmadıkları DNA analizi ile belirlenebilir mi?

9. DNA analizi ile biyolojik babalığın veya anneliğin tespiti gerekiyorsa ancak bu kişiler hayatta değilse ve mezar açılarak örnek alınması da mümkün değilse başka bir DNA analizi ile çözüm sağlanabilir mi?

10. Türk hukukunda biyolojik örnekler ve DNA analizi konusunda yasal düzenleme var mıdır?

11. DNA analizi ile elde edilen genetik bilgilerin saklanması konusunda ne düşünüyorsunuz?

Sonuçlar

Anket formunu cevaplayanlar yaşları açısından değerlendirildiğinde 40 kişinin 24-29 yaş arasında; 47 kişinin 30-49 yaş arasında ve 16 kişinin 50 yaş üstünde oldukları belirlenmiştir.

Ankete katılan avukatların % 87'si DNA analizlerinin adli olayların çözümünde etkili bir yöntem olduğunu kabul etmektedir. Yedi avukat (%7) bu analizlerin öneminin abartıldığını düşünmektedir. Altı (%6) avukat ise bu konuda bir fikri olmadığını belirtmiştir.

Genellikle kabul ettikleri davalar açısından bakıldığında 89 (%86,4) avukatın DNA analizi istenebilecek davaların olduğu ağır ceza, ceza, hukuk ve aile davaları konusunda çalıştıkları belirlenmiştir. Bu alanlarda davaları kabul eden avukatların 12 davada DNA analizi yapılmasını talep ettikleri görülmüştür.

DNA analizi ile biyolojik örneğin ait olduğu kişinin cinsiyetinin ve yaşının belirlenip belirlenemeyeceği ile ilgili soruya verilen yanıtlar Tablo 1'de gösterilmiştir.

	Evet		Hayır		Fikrim yok	
	%	(n)	%	(n)	%	(n)
DNA analizi ile cinsiyet belirlenebilir mi?	% 57	(59)	%2	(2)	% 41	(42)
DNA analizi ile yaş belirlenebilir mi?	% 56	(58)	%2	(2)	% 42	(43)

Tablo 1: DNA analizi ile cinsiyet ve yaş belirlenebilir mi?

Altıncı soruda katılımcılara hangi tür biyolojik örneklerden DNA analizi yapılabileceği sorulmuş ve vücut sıvıları (kan, meni, tükürük vb); kıllar; kemikler ve dişler; hepsi; fikrim yok seçeneklerinden birini işaretlemeleri istenmiştir. 11 kişi (%10,5) sadece vücut sıvıları derken, 17 kişi (%16,5) bu konuda bir fikri olmadığını belirtmiştir. Doğru cevap olan hepsi seçeneğini 75 kişi (%73) işaretlemiştir. DNA analizi yapılması istenen biyolojik örneklerin laboratuvara gönderilmesinden sonuç alınmasına kadar geçen sürenin uzunluğu konusu sorulduğunda 59 (%57,5) avukat bu konuda fikrinin olmadığını belirtmiştir (Tablo 2).

Bir hafta	Bir ay	Birkaç ay	Örneğin durumuna göre değişir	Fikrim yok
%7,7 (8)	%11,6 (12)	%11,6 (12)	%11,6 (12)	%57,5 (59)

Tablo 2: DNA analizinden sonuç alma süresi

Anne ve babası hayatta olmayan, ancak kardeş olduklarını ispatlamaya çalışan iki kişiye DNA analizinin yardımcı olup olamayacağı konusunda, avukatların %71'i doğru yanıt olan "Evet" seçeneğini işaretlemişlerdir.

Yıllar önce ölmüş kişilerin biyolojik anne ve babası olduğunu ispatlamak için açılan bir davada, karşılaştırma örneği olacak materyalin alınması ebeveynin mezar yerlerinin belli olmaması gibi nedenlerle mümkün olmayabilir. Katılımcılara, böyle bir durumda sorunu çözümlenecek DNA analizi yöntemi olup olmadığı sorulmuştur. 8 kişi (%7,8) böyle bir incelemenin mümkün olamayacağını düşünürken, 45 kişi (%43,6) akrabalarından yararlanılarak bu bağın saptanabileceği seçeneğini işaretlemişlerdir. Bu konuda bir fikri olmadığını belirtenlerin sayısı ise 50 kişi (% 48,5) olmuştur.

DNA analizi ve biyolojik örneklerle ilgili Türk hukukunda düzenleme olup olmadığı ile ilgili soruda, 15 avukat (%14) yasal düzenleme henüz yapılmadı; 60 avukat (%59) yasada yeri var seçeneğini işaretlerken; 28 avukat (%27) yasal düzenlemelerin yapıp yapılmadığı konusunda fikri olmadığını belirtmiştir.

Ankete katılan avukatların %74'ü ayrıntılı bir yasa çıkarılması koşuluyla analizlerden sonra genetik bilginin saklanmasına onay vermektedir (Tablo 3).

	%	(n)
Kesinlikle karşıyım	%14,4	(25)
Yasal düzenleme ile olabilir	% 74	(76)
Fikrim yok	%11,6	(12)

Tablo 3: Analizlerden sonra sonucun saklanmasına avukatların yaklaşımı

Verilen cevapların yaş grupları arasında anlamlı bir farklılığa neden olup olmadığını belirlemek için tek yönlü varyans analizi yapılmıştır. Cevapların, yaş grupları arasında farklılık içerip içermediği değerlendirildiğinde, istatistiki açıdan on soruda (2-11.sorular) anlamlı bir fark bulunmamıştır ($p>0,05$). DNA analizlerinin önemi konusundaki düşüncelerinin sorulduğu ilk soruda ise yaş grupları arasında anlamlı farklılık olduğu belirlenmiştir. ($p<0,05$) Bu farklılığın hangi yaş grubundan kaynaklandığını belirlemek için uygulanan Scheffe testi sonucunda, farklılığın tüm yaş gruplarının etkileşiminden kaynaklandığı, bir başka ifadeyle yaş gruplarının içinde bu konuda farklı düşünceler olduğu görülmüştür.

Tartışma

DNA analizlerinin adli olayların çözümündeki katkısı konusunda, avukatlarımızın yaklaşık %90'ının görüş birliği içerisinde oldukları belirlenmiştir. Ankete katılan avukatların %86'sının nesep tayini, miras paylaşımı, suç olayları gibi DNA analizinin yapılmasını gerektiren ağır ceza, asliye hukuk ve aile mahkemelerinde görülen davalarda uzmanlaşmış oldukları da göz önüne alındığında, DNA'nın güvenilir bir yöntem olarak kabul gördüğü konusunda şüphe yoktur.

DNA analizlerinde genellikle hücrenin çekirdek kısmında bulunan DNA (nükleer DNA) ile çekirdeğin dışı ile hücre zarı arasındaki kısımda bulunan organ ellerden biri olan mitokondrilerin DNA'sından (mitokondriyal DNA) yararlanılmaktadır.⁵ Dolayısıyla çekirdekli hücre içeren tüm dokular ve vücut sıvıları DNA analizi için kaynak oluşturmaktadır. Anketteki DNA analizi yapılabilecek biyolojik örneklerin neler olduğu ile ilgili soruya verilen cevaplara göre, avukatların bu konuda bilgi sahibi oldukları söylenebilir.

⁵ Rudin N., Inman K., An Introduction to forensic DNA analysis CRC Press,157-172; 2002.

Bununla birlikte, adli DNA analizi yapılarak elde edilecek bilgilerin ne tür bilgiler olacağı konusunda bilgi eksikliği olduğunu söylemek mümkündür.⁶

Laboratuvara gönderilen delilin durumuna ve ulaşılmak istenen bilginin türüne göre farklı DNA analizi yöntemi uygulanır. Nükleer DNA analizlerinde, tek yumurta ikizleri hariç, herkeste farklı olan gen bölgeleri incelenir. Günümüzde bu yöntemle incelenen gen bölgesi sayısı 16 olmuştur. İncelenen bu bölgelerden biri biyolojik örneğin ait olduğu kişinin cinsiyetini gösteren bölgedir. Ankete katılan avukatların % 57'si, DNA analizi ile cinsiyetin belirlenmesi ilgili soruyu doğru yanıtlamışlardır. Ancak bu konuda bilgisi olmadığını belirtenlerin oranının %40'tan fazla olması da konunun henüz yeterince bilinmediğini gösteren yüksek bir orandır. Mitokondriyal DNA analizi ve yaş bağlantısını araştıran bazı ön çalışmalar⁷ olmakla birlikte, günümüzde rutin olarak kullanılan yöntemlerde DNA analizi ile kişinin yaşı belirlenmemektedir. Dolayısıyla avukatların % 56'sının yaşı da bu analiz ile belirlendiğini düşünmesi ancak tahminde buldukları şeklinde yorumlanabilir.

Ankette avukatların %58'i analiz süresi ile ilgili fikri olmadığını belirtmiştir, ancak dava süreci ile doğrudan bağlantılı olduğundan avukatların analiz süreleri konusunda bilgi sahibi olmaları önemlidir. DNA analizlerini yapan laboratuvarın sonuç bildirme süresi örneğin türüne, durumuna ve laboratuvarın iş yüküne göre değişebilmektedir. Özellikle örneğin ileri derecede zarar gördüğü örnekler sürenin uzamasına neden olmaktadır. Örnek vermek gerekirse nesep tayininde, materyal iyi durumda ise veya ilgili taraflar laboratuvara gelerek kan örneklerini vermişlerse sonuç en geç üç günde verilebilmektedir. Kemik, diş, kökü olmayan kıl örnekleri gibi özel yöntemler gerektiren materyaller ile yapılan çalışmalarda ise rapor verme süresi genellikle iki-üç hafta, nadiren bir ay arasında değişmektedir.

Özellikle miras davalarında, aynı babadan olma veya aynı anneden doğma olduklarını ispatlamaya çalışan kişiler için DNA analizleri tek çözüm kaynağıdır. Anne ve baba hayatta değilse bazı özel yöntem-

⁶ Jobling MA., Gill P. Encoded Evidence: DNA in Forensic Analysis, Nature,2004; 5:739-751.

⁷ Theves C, Tracqui KT, Crubezy E, Salles JP, Bertrand L, Telmon. (2006) Detection and Quantification of the Age-Related Point Mutation A189G in the Human Mitochondrial DNA J Forensic Sci 51(4) 865-873.

lerle kardeşlik bağının olup olmadığı belirlenebilmektedir. Bazı genetik incelemelerde akrabalarından yararlanılarak, sadece anne tarafından veya sadece baba tarafından aktarılan genlerin izi sürülebilmektedir. Avukatların bu tür teknik bilgileri ayrıntılı olarak bilmeleri beklenebilir, ancak temsil ettikleri kişilere yol göstereceklerinden, genel olarak neler yapılacağını bilmeleri yararlı olacaktır. Önerilebilecek bir başka yöntem, DNA analizi yapan laboratuvar ile bağlantı kurularak analizler ve örneklerle ilgili izlenmesi gereken yol konusunda bilgi almaktır.

2005 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun üçüncü bölümünde moleküler genetik incelemeler ile ilgili konular yer almaktadır. Yasa ile, vücuttan örnek alma (m. 75-76), moleküler genetik incelemeler (m. 78) ve hakim kararı ve genetik inceleme yapılması (m. 79) konuları düzenlenmiştir.⁸ Yasanın çıktığı yıl yapılan çalışmamızda avukatların %14'ü yasal düzenlemenin olmadığını; %27'si ise bu konuda bir fikri olmadığını belirtmiştir. İlgili yasanın çıkarıldığını işaretleyen avukatların oranı % 59 olmuştur.

Adli DNA analizlerinde incelenen gen bölgeleri, kişinin genetik hastalıklara yatkınlığı gibi kritik bilgilerin kodlandığı bölgeler değildir. Ancak kişiye ait en özel bilgi DNA analizi ile elde edilen genetik bilgiler olduğundan, bu bilgilerin saklanması, kötü amaçlı kullanım olasılığı daima tedirginlik yaratan bir konu olmuştur. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu m. 80 genetik inceleme sonuçlarının gizli olduğu, başka amaçla kullanılmayacağı ve yok edilmesi ile ilgili hükümleri içermektedir. DNA analizi yapıldıktan sonra bilgilerin saklanması ile ilgili soruya, avukatların %75'i ilgili yasal düzenlemelerin yapılması koşuluyla olumlu bakmaktadır. Kesinlikle karşı olanların oranı ise %14.4 olmuştur.

Birçok ülkede, suç işleyenlerin DNA verilerinin saklandığı adli DNA bankaları, suçla etkin mücadelede etkin olarak kullanılmaktadır. Avukatlarımızın vurguladığı gibi bu konuda en önemli kriter, yasal düzenlemenin yapılmasıdır. Ancak bu düzenleme yapılırken eksiksiz, ayrıntılı, ülke koşullarına uygun, insan haklarını gözetilen ve ilgili tüm kurumları kapsayan bir yaklaşım şarttır. Kamuoyunun bu merkezin gerekliliği konusunda bilgilendirilmesi ve verilerin güvenilir ellerde olduğu konusunda ikna edilmesi de önemlidir.

⁸ <http://www.adalet.gov.tr>

Günümüzün suçla mücadelede en etkili yöntemlerinden birisi olan DNA teknolojisi sürekli gelişmektedir. Bu nedenle Amerika Birleşik Devletleri'nde, Adalet Bakanlığı, hukukçuların, bu teknolojinin suç araştırmalarında nasıl kullanıldığı konusunda temel bilgileri almaları ve gelişmeleri izlemeleri amacıyla internet aracılığı ile interaktif eğitim programı planlamıştır. Bu program, DNA laboratuvar raporlarını anlamak, istatistik ve popülasyon genetiği, farklı DNA analizleri hakkında bilgi, biyolojik deliller ve bu delillerin olay yerinden ve kişilerin vücudundan alınma şekilleri, mahkeme aşamasında DNA delillerini sunmak gibi konuları kapsamaktadır. Ülkemizde de adli DNA analizleri ile ilgili bilim adamlarının ve hukukçuların karşılıklı bilgi alışverişinde bulunabilecekleri eğitim programlarının düzenlenmesi, eksik bilgilerin tamamlanması ve ilgili kurum ve kişileri tanımak açısından yararlı olacaktır.⁹

⁹ Anket formlarının Erzincan'da dağıtımını ve tarafımıza ulaştırılmasını sağlayan Erzincan Hukuk Fakültesi Dekanı ve Erzurum Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Ahmet Nezih Kök'e çalışmamıza katkısı dolayısıyla teşekkür ederiz.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNİN KARARLARI IŞIĞINDA MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIM SUÇU (TCK m. 76)

Olgun DEĞİRMENÇİ *

I. GENEL AÇIKLAMALAR

İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudi toplumuna karşı işlenen insanlığa karşı suç olarak nitelenen eylemlerden sonra uluslararası toplum, bir daha bu tür eylemlerle karşılaşmayacağını ifade etmesine rağmen, 1950 yılından 1990 yılına kadar 17 soykırım olayına tanık olunmuş ve yalnızca iki soykırım olayında bir milyonun üzerinde insan ölmüştür.¹

Soykırım terimi, 20. yüzyılın ortalarından itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Soykırım suçunu anlatmak için gerek uluslararası öğretide, gerekse de uluslararası belgelerde kullanılan “*genocide*” terimi, ilk olarak 1944 yılında Raphael Lemkin tarafından kullanılmıştır.²

* Kamu hukuku doktoru.

¹ Talitha Gray, “*To Keep You is No Gain, To Kill You is No Loss—Securing Justice Through The International Criminal Court*”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol.: 20, No.:3, s. 646.

² Nina H.B. Jørgensen, “*The Definition of Genocide: Joining the Dots in the Light of Recent Practice*”, *International Criminal Law Review* 1, 2001, s. 285; Madeline Morris, “*Genocide Politics and Policy: Conference Remarks*”, *Case W. Res. J.INT’L L.*, Vol.: 32, s. 206; Lemkin, ailesini Yahudi soykırımı sırasında kaybettikten sonra 1944 yılında çıkarmış olduğu “*Axis Rule in Occupied Europe*” adlı eserinde, Yunanca ırk veya kabile anlamına gelen “*genos*” kelimesi ile Latin son eki olan ve öldürme anlamına gelen “*caedere (cide)*” ibaresini birleştirerek “*genocide*” terimini ilk kez kullanmıştır (Cynthia Sinatra, “*The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Application of Genocide*”, *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 418); William A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000, s. 26 (Schabas, *Genocide* olarak anılacaktır); Jeffrey S. Morton-Veil Vijay Singh, “*The International Legal Regime on Genocide*”, *Journal of Genocide Research* 5 (1), 2003, s. 50; Freda Kabatsi, “*Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide*”, *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 388;

1944 yılındaki kullanımdan sonra, 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne kadar soykırım teriminin sınırlı olarak kullanıldığını görmekteyiz. Nitekim Nürnberg yargılamaları esnasında, savcı tarafından iddianamede kullanılmasına karşın,³ ne Nürnberg⁴ ve Tokyo mahkemelerini kuran Statülerde, ne de mahkeme kararlarında soykırım kelimesi kullanılmamıştır.⁵

Soykırım suçu, 20. yüzyılın başlarında, müstakil bir suç yerine, insanlığa karşı suçların bir alt sınıflandırılması olarak algılanmıştır.⁶ *Eichmann* davasında,⁷ Yahudilere karşı işlenen ve soykırım suçunu oluşturan fiillerin, insanlığa karşı suçların en ağır tipleri olduğu ifade edilmiştir.⁸ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMR), *Kayishema ve Ruzindana* davasında, soykırımın, insanlığa karşı suçların bir çeşidi olduğunu ve soykırım tanımının insanlığa karşı suçları temel alan bir tanım olduğunu belirtmiştir.⁹ Soykırım suçunu, insanlığa karşı işlenen

Jean Migabo Kalere, "Genocide in the African Great Lakes State. Challenges for the International Criminal Court in the Case of the Democratic Republic of Congo", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 467; Faruk Turhan, "Soykırım Suçunda Bir Grubu Tamamen veya Kısmen Yok Etme Amacı ve Ermeni Tehciri Olayı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 9, Aralık 2006, s. 47 (Turhan, Soykırım olarak anılacaktır).

³ Morris, s. 206; Kabatsi, s. 389; Kalere, s. 467; Schabas, *Genocide*, s. 14.

⁴ Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Statü'nün 6. maddesi, Mahkeme'nin hangi suçların yargılmasında görevli olduğunu belirtmektedir. Buna göre Mahkeme; barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda yargı yetkisine sahiptir (www.yale.edu lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm, Erişim: 1 Mart 2007); Soykırım suçu Uluslararası Nürnberg Askeri Mahkemesi Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar arasında düzenlenmiştir (Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 3, Nisan 2005, s. 12 (Turhan, Uluslararası olarak anılacaktır)).

⁵ Morris, s. 206; Helmut Gropengießer, "The Criminal Law of Genocide: The German Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 329; Kabatsi, s. 389; Klearchos Kyriakides-Stuart Weinstein, "Nuremberg in Resrospect", *International Criminal Law Review* 5, s. 373, 374.

⁶ Jørgensen, s. 287; Morris, s. 206; Lyn Graybill, "Responsible...by Omission: The United States and Genocide in Rwanda", *Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations*, Winter/Spring 2002, s. 96; Sinan Kocaoğlu, "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2005/3, s. 148.

⁷ Eichmann davası ile ilgili bilgi için bkz., Tobias Lock-Julia Riem, "Judging Nuremberg: The Laws, the Rallies, the Trials", *German Law Journal*, Vol.: 06, No.:12, s. 1820.

⁸ Jørgensen, s. 287; Soykırımın insanlığa karşı suçlardan olduğu ancak tüm insanlığa karşı suçların, soykırım suçunu oluşturmadığı doktrinde ifade edilmiştir (John Hagan-Wenona Rymond Richmond-Patricia Parker, "The Criminology of Genocide: The Death and Rape of Darfur", *Criminology*, Vol.: 43, Number: 3, 2005, s. 528).

⁹ Jørgensen, s. 287; Claus Kreß, "The Crime of Genocide under International Law", *Inter-*

diğer suçlardan ayıran özellik, soykırım suçunun ırkı, dini, etnik veya milli bir grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı ile işlenmesidir. Buna karşılık insanlığa karşı suçlar bireye karşı ve bireyi yok etme amacıyla işlenirler. Bu açıdan soykırım suçunu oluşturan fiiller, tanım da zikredilmeyen diğer gruplara veya bireylere karşı işlenen zalimce hareketlerden yalnız başına daha vahim değildirlir.¹⁰

Soykırım konusunda ilk düzenleme 260 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı doğrultusunda 1948 yılında kabul edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi¹¹ (Soykırım Sözleşmesi)'dir.¹² Sözleşmenin taslağını hazırlayanlar, yeni soykırım kavramı ile İkinci Dünya Savaşı sonrası hukukuna ait olan insanlığa karşı suçlar kavramını birbiri ile irtibatlamaktan kaçınmışlardır. Nürnberg mahkemelerine referans vermektan imtina ederek ve insanlığa karşı suçlar kavramını Sözleşme'nin dışında tutarak, insan grubunun yok edilmesini amaçlayan özel bir suç olan soykırım suçu ile Nürnberg mahkemeleri Statüsü'nde yer alan savaş ile bağlantılı suçların birbiri ile karışması önlenmiştir.¹³

Soykırım suçu, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMY) ve UCMR'nin kurulmasına kadar teorik bir suç olarak kalmıştır. UCMY ve UCMR'nin kurulması ve yaptığı yargılamalardan sonra, soykırım suçunun içeriğini dolduracak içtihatlar oluşmaya başlamıştır.¹⁴

Türkiye, 1950 yılında Soykırım Sözleşmesi'ni imzalamasına karşılık, söz konusu suçu cezalandıracak bir hükme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na kadar ceza hukukunda yer vermemiştir. 5237 sayılı kanunun 76. maddesinde düzenlenen "Soykırım" suçu ile Türkiye, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Çalışmamızda soykırım suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve uluslararası ceza mahkemeleri tarafından verilen

national Criminal Law Review 6, 2006, s. 468.

¹⁰ Morris, s. 207; Diane Marie Amann, "Group Mentality, Expressivism and Genocide", *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 93.

¹¹ Sözleşme 29 Mart 1950 tarih ve 7469 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹² Başak, s. 72; James Meernik, "Proving and Punishing Genocide at the International Criminal Tribunal for Rwanda" *International Criminal Law Review* 4, 2004, s. 65; Turhan, Soykırım, s. 48.

¹³ Jørgensen, s. 287.

¹⁴ Sinatra, s. 425.

kararlar ışığında incelenecektir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Stakic, Krstic, Jelisic ve Brđjanin* ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Akayesu, Kayishema, Rutaganda, Bagilishema* kararları¹⁵ bu kapsamda incelenecektir.

II. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMI

Soykırım suçu, TCK'nın özel hükümlerinin ilk kısmında düzenlenmiştir. Kısım, "*Uluslararası Suçlar*"¹⁶ başlığını taşımaktadır. Gerek soykırım suçu, gerekse de düzenlendiği kısım olan "*Uluslararası Suçlar*", Türk Ceza hukukunun yeni tanıştığı kavramlardır.¹⁷ Soykırım suçunun incelenmesine geçmeden önce, uluslararası suç kavramı ve söz konusu kavram hakkında yapılan tasniflere değinmekte fayda görmekteyiz.

Uluslararası toplum düzenini bozduğu için uluslararası toplumu bir bütün olarak mağdur duruma getiren fiiller, uluslararası suç olarak nitelendirilmektedir.¹⁸ Uluslararası suçları diğer suçlardan ayıran özellik, suçun zararlarının, uluslararası toplum üzerine etki etmiş olmasıdır. Başlangıçta deniz haydutluğu ve köle ticareti gibi suçlar uluslararası suç olarak kabul edilmiş, daha sonraları, uluslararası suçun kapsamı soykırımı da içine alacak şekilde genişletilmiştir.¹⁹

Soykırım suçu, uluslararası toplum yararını tehlikeye atan bir suç-

¹⁵ Sinatra, s. 426; Kararlarla ilgili değerlendirme için bkz., Paul Kim, "*The Law of Genocide in the Jurisprudence of ICTY and ICTR in 2004*" *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 431 vd.

¹⁶ Birinci Kısımın Adalet Komisyonu'nda kabul edilen başlığı "İnsanlığa Karşı Suçlar", Birinci Bölüm başlığı ise "Soykırım" şeklinde idi. Meclis Genel Kurulu'nda görüşmeler esnasında verilen önerge ile Kısım başlığı "Uluslararası Suçlar", Bölüm başlığı ise "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar" şeklinde değiştirilmiştir (TBMM Adalet Komisyonu ile Genel Kurulu'nda Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, TC Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 274).

¹⁷ Turhan, *Uluslararası*, s. 9.

¹⁸ R. Murat Önok, "5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar", *Hukuk ve Adalet. Eleştirel Hukuk Dergisi*, Y.: 2, S.: 5, Nisan 2005, s. 177; Tezcan Durmuş, "*Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı*", *Hukuk Kurultayı 2000*, C.: 1, Ankara 2000, s. 271; Başak Cengiz, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Ankara 2003, s. 2; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat R. Önok, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006, s. 42.

¹⁹ Canan Ateş Ekşi, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Ankara 2004, s. 2.

tur.²⁰ Bu açıdan, soykırım suçu etkilerini uluslararası kamu düzenini ihlal etmek suretiyle gösterir. Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Sözleşmesi ile ilgili Danışma Görüşünde, soykırımın yasaklanmasının bağlayıcı etkisine değinmiş ve söz konusu bağlayıcılığın, Sözleşme'ye taraf olmayan ülkeler açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir.²¹ Ayrıca Divan, soykırımın önlenmesinin *erga omnes* etkisinden bahsetmiş ve her devletin soykırımın önlenmesinde hukuki yararının olduğuna değinmiştir.²² UCMY aynı şekilde *Kupreškić* davasında, soykırımın önlenmesinin *ius cogens* niteliğini belirtmiştir.²³

Uluslararası suç konusunda değişik çalışmalar yapılmış olsa da, üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tasnifin bulunduğundan söz etmek güçtür.²⁴ Doktrinde uluslararası suç konusunda yapılan değişik tasniflerden ilki, suçun taşıdığı yabancılık unsuruna göre yapılan tasniftir. Bu tasnifte; uluslararası kamu düzenini ihlal eden ve anlaşmalarda veya örfi hukukta yer alan eylemlerin yanı sıra, ulusal hukuklarda suç olarak tanımlanan ancak ilave olarak ihtiva ettiği yabancılık unsurundan dolayı uluslararası kamu düzenini etkileyen eylemler de uluslararası suç olarak nitelendirilmiştir. Bu tasnifte, biri iç hukuka, diğeri de uluslararası hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan iki tür uluslararası suç kavramı yer almaktadır.²⁵ Soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu, anlaşmalarda veya uluslararası örf hukukunda tanımlanan suçlar olmasından dolayı uluslararası hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan uluslararası suçları oluştururken; insan ticareti gibi içinde yabancılık unsuru taşıyan ve iç hukuklarda tanımlanan suçlar da, iç hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan uluslararası suçlardır. Yapılan ikinci tasnif; uluslararası suçları, “uluslararası hukuk suçları” ve “diğer uluslararası suçlar” olarak iki gruba ayırmaktadır. Ulusla-

²⁰ Jan Wouters-Sten Verhoeven, “The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide”, *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 403.

²¹ Wouters-Verhoeven, s. 404.

²² Wouters-Verhoeven, s. 404, 405; Alexandar Jokic, “Genocidalism”, *The Journal of Ethics* 8, 2004, s. 280.

²³ Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Case No. IT-9-16, Trial Chamber III, 14 Ocak 2000, paragraf 520, www.un.org/icty/Kupreškić/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf, Erişim: 12 Şubat 2007; Uluslararası Adalet Divanı 2006 yılında soykırımın önlenmesinin, *jus cogens* niteliğinde olduğunu belirtmiştir (Wouters-Verhoeven, s. 404; aynı şekilde bkz., Krefß, s. 468).

²⁴ Başak, s. 2.

²⁵ Tezcan, s. 272.

rarası hukuka karşı suçlar olarak da isimlendirilen uluslararası hukuk suçları ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezalandırılan eylemler kastedilmektedir. Uluslararası hukuk suçları; Roma Statüsü'nde düzenlendiği gibi soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı savaşı suçu olarak dört grup altında incelenmektedir. "Diğer uluslararası suçlar" ise doğrudan uluslararası hukuk tarafından düzenlenmeyen, uluslararası anlaşmalarla cezai yükümlülük altına alınması için devletlerin yetkili kıldığı fiillerdir.²⁶ Uluslararası suçu belirlemek için yapılan üçüncü tasnif ise uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde uluslararası suç olarak ele alınan gerçek anlamda uluslararası suçlar ve diğer uluslararası suçlar şeklindedir.²⁷

III. SOYKIRIM SUÇUNUN TANIMI

Soykırım insanlığa karşı işlenen en büyük suçlardan birisi olmasına rağmen, doktrinde üzerinde uzlaşılan bir tanım bulunmamaktadır. Yapılan bir tahmine göre 20 nci yüzyılda soykırımı maruz kalan insan sayısı 19-28 milyon arası iken,²⁸ başka bir tanım aynı dönem için katledilen kişi sayısını 60 milyon olarak vermektedir.²⁹ Bu değişik rakamların, soykırım tanımındaki farklılıklardan kaynaklandığını söylemek kanaatimizce doğru olacaktır. Zira aynı olay bazılarında göre soykırım olarak nitelenirken, başkalarına göre diğer suçları oluşturacaktır.

Soykırım, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin II. maddesinde tanımlanmıştır³⁰. Aynı tanım, Roma Statüsü'nün 6. maddesine de alınmıştır. Sözleşme ile Statü ara-

²⁶ Turhan, Uluslararası, s. 9; Tezcan/Erdem/Önok, s. 42.

²⁷ Önok, s. 176, 177.

²⁸ Isidor Walliman - Michael N. Dobkowski, *Genocide And the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, Syracuse University Pres 1987, s. ix.

²⁹ Roger Smith, "Human Destructiveness and Politics: the Twentieth Century as an Age of Genocide" in Isidor Walliman - Michael N. Dobkowski, *Genocide And the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, Syracuse University Pres 1987, s. 21.

³⁰ II. madde şu şekildedir "Bu Sözleşmenin amaçları bakımından "soykırım", bir ulusal, etnik, ırki veya dini grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır;

- a. Grubun üyelerini öldürmek,
- b. Grup üyelerine ciddi fiziksel veya bedensel zarar vermek,
- c. Grubun kısmen veya tamamen fiziksel olarak yok olmasına neden olacağı hesaplanan yaşam şartlarına kasten maruz bırakmak,
- d. Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirleri almak,
- e. Grubun çocuklarını zorla başka bir gruba nakletmek."

sındaki tek fark, Sözleşme’de “bu Sözleşmeye mahsus olarak” ibaresinin kullanılmasına karşılık, Statü’de “bu Statüye mahsus olarak” ifadesinin zorunlu ve yerinde olarak tercih edilmiş olmasıdır.³¹ Sözleşme ve Statü’de benimsenen tanım, UCMY Statüsü m. 4’de ve UCMR Statüsü m. 2’de de tekrarlanmıştır.

Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan soykırım tanımının üç esaslı unsuru mevcuttur; a. Diğerlerinden ayrılabilir ulusal, etnik, ırki ve dini bir grubun varlığı, b. Böyle bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı (mens rea) ve c. Söz konusu grup ile bağlantılı olarak, maddenin a-e bentlerinde belirtilen eylemlerin icrası (actus reus).³²

Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan tanım, doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Tanıma getirilen eleştiriler, çok dar olmasından dolayı, normalde soykırım kabul edilebilecek birçok vakanın, soykırım olarak tanımlanamaması noktasına odaklanmıştır. Özellikle korunan grupların içine siyasal ve sosyal grupların dâhil edilmemesi, tanımın bireylere karşı gerçekleştirilen eylemlerle ilgili olması, grubun yaşadığı çevreye karşı işlenen eylemlerin tanımda yer almaması, makul şüphenin ötesinde özel kastın ispatının çok güç olması, “kısmen” kavramının tanımlanması ve ölçülmesinin imkânsızlığı, hangi sayıdaki ölümün soykırım olacağına belirlenmesindeki güçlükler, Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan tanıma getirilen eleştirilerdendir.³³ Gerek Sözleşme’de, gerekse Statü’de soykırım suçunu oluşturan fiiller sayılırken kullanılan “as such” ifadesinin, soykırım suçunu oluşturan fiillerin sınırlı sayıda “*numerus clausus*” olmadığı anlamına geldiği, söz konusu grubun tamamen veya kısmen yok edilmesine neden olabilecek diğer fiillerin de, soykırım suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.³⁴

Soykırım suçunun ilk tanımı, aynı zamanda kavramın isim babası olan *Lemkin*³⁵ tarafından yapılmıştır. *Lemkin*, soykırımın; bir milletin

³¹ Ekşi, s. 45; Leanne McKay, “Characterising the System of the International Criminal Court: An Exploration of the Role of the Court Through the Elements of Crimes and the Crime of Genocide”, *International Criminal Law Review* 6, 2006, s. 259.

³² Jokic, s. 281; Stephen R. Kifer, *Individual Responsibility in the Context of Genocide*, The Degree of Master of Arts Department of Philosophy (Yayınlanmamıştır), University of Colorado, 2006, s. 7.

³³ Kabatsi, s. 391.

³⁴ Ekşi, s. 46.

³⁵ Lemkin, 1933 yılında iki yeni uluslararası suç tanımı yapmıştır. Bunlar vandalizm ve barbarlıktır. Vandalizm, genel olarak kültür ve sanatın yok edilmesi suçudur. Kültür ve sanat eserleri, bütün olarak insanlığa ait olduğundan ve tüm insanlığın,

tüm üyelerinin kitlesel ölümü hariç, bir milletin doğrudan yok edilmesi anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bir ulusun yok edilmesini amaçlamak şartıyla, milli grupların yaşamları için gerekli olan kaynakların yok edilmesini hedefleyen farklı eylemlerden oluşan koordine bir plan da soykırım anlamına gelmektedir. Böyle bir planın gerekçeleri, bireysel olmalarından ötürü değil, ulusal bir grubun üyeleri olmalarından dolayı bireylere karşı gerçekleştirilen, bir grup olarak onurunun, sağlığının, özgürlüğünün yok edilmesi ve grubun ekonomik varlığının, dininin, ulusal duygularının, dilinin, kültürünün, politik ve sosyal kurumlarının parçalanması olabilecektir.³⁶ Lemkin'in soykırım tanımı, kültürel soykırımı da içermektedir.³⁷ Lemkin'in tanımı oldukça geniş ve birçok soykırım tanımını birleştirmesinden dolayı doktrinde eleştirilmiştir.³⁸

Fein, Lemkin gibi soykırım suçunu oluşturan eylemlerin bir devlet tarafından icra edilmesini şart koşmamaktadır.³⁹ Bununla birlikte *Horowitz*, soykırım tanımında yer alan fiillerin ancak bir devlet tarafından işlenebileceğini belirtmektedir. *Horowitz'e* göre "soykırım ve siyasi cinayetler (politicides), grubun önemli bir kısmının ölümü ile sonuçlanan, bir devlet veya onun görevlileri tarafından desteklenen ve icra edilen eylemlerdir. Soykırım ve siyasi cinayetler arasındaki fark, devlet tarafından belirlenen grup üyelerinin özelliklerinde yatmaktadır. Soykırımda, mağdur gruplar etnik köken, dini inanç veya milliyet gibi toplumsal özelliklerine göre belirlenir. Siyasi cinayetlerde, mağdur gruplar hiyerarşik pozisyonlarına veya rejime

bu eserlerin korunmasında menfaati olduğundan dolayı uluslararası suç olarak nitelendirilmiştir. Barbarlık ise savunmasız ırki, dini veya sosyal topluluklara karşı yöneltilen katliam, kadınlara ve çocuklara karşı işlenen toplu zalimce davranışlar, erkeklere yöneltilen ve insanlık onurunu aşağılayan hareketlerdir (Schabas, *Genocide*, s. 26; Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge/Taylor & Francis Publishers 2006, s. 9 (Jones, *Genocide* olarak anılacaktır); Timuçin Köprülü, "Soykırım Suçu Üzerine Tartışmalar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 6, Mayıs 2006, s. 96).

³⁶ Morton.-Singh, s. 50; Schabas, *Genocide*, s. 25; Kyriakides-Weinstein, s. 374; Nicholas A. Jones, *Adjudicating the Perpetrators of Genocide: A Preliminary Investigation into the Judicial Response to Genocide in Rwanda*, The Degree of Doctor of Philosophy (Yayımlanmamıştır), University of Calgary, 2006, s. 8; Jones, *Genocide*, s. 11; Powell, s. 422.

³⁷ Kreß, s. 466; Robert Gellately-Ben Kiernan, "The Study of Mass Murder and Genocide", *The Specter of Genocide Mass Murder in Historical Perspective* (Edited by Robert Gellately-Ben Kiernan), Cambridge University Press 2003, s. 3; Schabas, *Genocide*, s. 26; Jones, *Genocide*, s. 11.

³⁸ Morton.-Singh, s. 50; Schabas, *Genocide*, s. 26.

³⁹ Morton.-Singh, s. 50; Jones, *Genocide*, s. 18; Powell, s. 420.

veya hâkim gruplara karşı politik duruşlarına göre belirlenir".⁴⁰

Chalk ve Jonassohn soykırımı; "grubun veya üyeliğin fail tarafından belirlendiği, bir devlet veya diğer otoritenin grubu yok etmek niyetiyle gerçekleştirildiği tek taraflı kitlesel ölümler" olarak tanımlamaktadır.⁴¹ Bu tanım, devletin yanı sıra diğer otoriteleri de fail olarak tanımladığından dolayı Horowitz'in tanımına göre daha geniştir. Ancak söz konusu tanım, bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek isteyen kişileri kapsamadığından, başka bir anlatımla kişileri fail olarak kabul etmediğinden eksik bir tanımdır.⁴²

Charny soykırımı; "sadece belli bir düşmanın askeri kuvvetleri ile çatışmalar esnasında değil, mağdurun savunmasız ve yardıma muhtaç durumunda, kişilerin önemli bir miktarının kitlesel öldürülmesidir" şeklinde tanımlamaktadır. Charny'nin tanımı, failin yok etme saikine önem vermemesinden ve mağdurun karakteristiklerinin belli olmamasından dolayı geniş bir tanımdır.⁴³

Uluslararası öğretilerde yapılan soykırım çalışmalarında, birden fazla soykırım tipi olduğu üzerinde durulmuştur. Lemkin tarafından önerilen tipoloji çalışması, üç farklı soykırım çeşidi üzerinde durmuştur. Birinci tür soykırım, antik çağlarda ortaya çıkmış ve orta çağa kadar devam etmiştir. Bu soykırım türünde mağdur grup veya milletlerin, tamamen veya tamama yakın kısmının yok edilmesi fail tarafından amaçlanmaktadır. İkinci soykırım türü modern zamana aittir ve hedef grubun fiziksel yok edilmesinden ziyade kültürel olarak ortadan kaldırılmasına çalışılmaktadır. Lemkin'in 1930'lardaki Nazi soykırımını yansıtan son soykırım türü, bazı gruplar için fiziksel yok etmeyi amaçlarken, diğer gruplar için etnik asimilasyonu gerektirmektedir.⁴⁴

Horowitz, soykırımı farklı açılardan tasniflemektedir. Horowitz'e göre soykırım; faile, mağdura, korunan gruplara, suçlama türlerine, failin toplumu için ortaya çıkan sonuçlara ve zarar görenlerin sayısına

⁴⁰ Morton.-Singh, s. 51; Jones, Genocide, s. 16; Powell, s. 420.

⁴¹ Frank Chalk and Kurt Jonassohn (eds), *History and Sociology of Genocide*, Yale University Press, New Haven, 1991, p. 23; aynı tanım için bkz., Morton.-Singh, s. 51; Deborah Haris, "Defining Genocide: Defining History" Eras Online Journal, http://www.arts.monash.edu.au/eras/edition_1/harris.htm#7, paragraf 7, Erişim: 12 Mart 2007; Jones, Genocide, s. 17; Powell, s. 418.

⁴² Morton.-Singh, s. 51.

⁴³ Morton.-Singh, s. 51; Jones, Genocide, s. 18; Powell, s. 418.

⁴⁴ Morton.-Singh, s. 48.

göre farklı tasniflere tabi tutulabilir.⁴⁵

Chalk ve Jonassohn, Lemkin'e benzer şekilde, soykırımı failin saikine göre türlere ayırmaktadır. Soykırım suçunun failinde; (a) olası veya mevcut bir tehdidin ortadan kaldırılması, (b) olası veya mevcut düşmanlar arasında korkunun yayılması, (c) ekonomik menfaat elde etme, (d) bir ideolojiyi, inancı veya teoriyi benimsetme saikleri bulunabilir. Saikler arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, ilk üç saik antik çağlarda dahi karşımıza çıkarken, son saik modern zamanlara özgüdür. Aynı şekilde ilk üç saik, failin ülkesine somut faydalar sağlarken, son saik, failin ülkesine bir maliyet getirdiği halde uygulanmaktadır.⁴⁶

Kuper da, soykırımı failin motivasyonuna göre gruplamaktadır. Yazar, *Chalk ve Jonassohn*'un tasnifine üç modern soykırım türü daha eklemektedir. Bunlar; a. ırki, dini ve etnik farklılıkları yerleştirmek suretiyle soykırım, b. fethedilen yerlerdeki insanları, sömürge imparatorluk yoluyla korkutmak, c. politik bir ideolojiyi zorla uygulamak veya yerine getirmek suretiyle soykırımdır.⁴⁷

Kuper daha sonra (1985), soykırımı, egemenlik alanında bir ülke tarafından kendi vatandaşlarına uygulanan iç soykırım ve uluslararası bir çatışma esnasında uygulanan soykırım olarak iki ana gruba ayırmıştır.⁴⁸

Görüldüğü üzere, soykırım konusunda uluslararası öğretilerde üzerinde uzlaşılan bir tanım mevcut değildir. Kanaatimizce soykırım tanımında, sözleşme ve sözleşme doğrultusunda yapılan mukayeseli hukuk düzenlemelerini göz önüne almak gerekmektedir. Buna göre soykırımı; sözleşmede özellikleri belirtilen dört grubu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla, yine sözleşmede belirtilen sınırlı sayıdaki hareketlerin gerçekleştirilmesi olarak tanımlayabiliriz. Failin, bir organizasyona üye olması veya devlet ajanı olması gerekmediği gibi grubu değil de, kültürünü, örf ve adetlerini yok etmeye yönelik hareketler soykırım suçunu oluşturmayacaktır.

⁴⁵ Morton.-Singh, s. 49.

⁴⁶ Morton.-Singh, s. 49.

⁴⁷ Morton.-Singh, s. 49.

⁴⁸ Morton.-Singh, s. 49.

IV. TARİHSEL GELİŞİM

Jean-Paul Sartre, soykırım gerçeğinin insanlığın tarihi kadar eski olduğunu belirtmiştir.⁴⁹ Bununla birlikte, “soykırım suçu” kavramı, 20. yüzyılın ilk yarısının sonlarına doğru uluslararası toplumun tanıştığı bir kavram olmuştur.

İnsanlık tarihinde avcılık ve toplayıcılık döneminde soykırım suçunu oluşturan hareketlerin işlendiğine dair tarihi bir kanıt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Homeros’un, Truva Savaşı’nın ünlü Akhalı komutanı Agamemnon’a dayandırdığı ve Truvalı’lar için söylediği “onların hiçbirini sağ bırakmayacağız, annelerin rahimlerindeki çocukları bile alacağız” sözleri, aslında tamamen yok etme kastının belirtisi olarak gösterilebilir.⁵⁰ Dünyanın, göçmenler ve yerleşikler olarak ikiye ayrılmasının ardından soykırım hareketlerinin arttığı görülmektedir. Özellikle tarım ürünlerinin mülkiyeti konusundaki ihtilaflar giderek yok edici bir hal almıştır.⁵¹

Yok etmeye ilişkin eylemler genellikle savaşlardan sonra, galipler tarafından gerçekleştirilmiştir. Özellikle gücün devletlerin elinde merkezileşmesi, askeri teknolojilerdeki gelişmelerden dolayı kitlelerin topluca yok edilme imkân ve kabiliyetlerinin artması, kitlesel yok etme eylemlerini daha yaygın kılmıştır.⁵²

Ulusal, ırksal, etnik ve dini grupların zalimce davranışlardan korunmasında uluslararası hukukun rolü 1648 yılında imzalanan Westphalia Barış Anlaşması’na kadar gitmektedir. Söz konusu Anlaşma, dini azınlıklar için bir takım haklar sağlamıştır. Azınlıklara sağlanan haklar, söz konusu grupların haklarının korunmasında insancıl hukukun gelişmesine yol açtı ve bu durum silahlı çatışma hukuku ve uluslararası insancıl hukukun doğmasına neden olmuştur.⁵³

II. Dünya Savaşı’na kadar “soykırım kavramı” kullanılmamıştır. Nitekim II. Dünya Savaşı sırasında özellikle Almanlar tarafından gerçekleştirilen eylemlerin, Winston Churchill tarafından “isimsiz bir suç”⁵⁴ olarak nitelendirilmesinin sebebi de budur. Söz konusu eylemlerin

⁴⁹ Kreß, s. 466.

⁵⁰ Conversi, s. 4.

⁵¹ Morton-Singh, s. 48.

⁵² Morton-Singh, s. 48.

⁵³ Schabas, Genocide, s. 15, 16.

⁵⁴ Conversi, s. 8.

isimlendirilmesi ancak II. Dünya Savaşı'ndan sonra mümkün olmuştur. Soykırımın bir suç olarak kabul edilmesi, soykırımı oluşturan eylemlerin belirlenmesi ve devletlere belirlenen grupları yok etmeye yönelik hareketleri soykırım suçu altında düzenleme yükümlülüğünün getirilmesi 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi ile gerçekleştirilmiştir. Özellikle II. Dünya Savaşı esnasında uluslararası toplumun karşılaştığı soykırım niteliğindeki eylemlere rağmen, kurulan ceza mahkemelerinde soykırım suçundan yargılama yapılmamış ve ceza verilmemiştir. Soykırım suçundan mahkûmiyetler, 1990'lı yıllarda Eski Yugoslavya ve Ruanda'da gerçekleştirilen eylemlerden dolayı UCMY ve UCMR tarafından verilmiştir.

V. SOYKIRIM SUÇU İLE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. Uluslararası Anlaşmalarda Soykırım Suçu

Soykırım suçunu ve kovuşturulmasını düzenleyen tek uluslararası anlaşma 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi⁵⁵ dir.⁵⁶ Soykırım Sözleşmesi'nin üç amacı vardır. Bunlar; a. öncelikle, Sözleşme'nin oluşturulması aşamasında hâlâ etkileri sıcak olarak hissedilen, II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilere karşı gerçekleştirilen yok etme eylemlerine karşı tepkiyi dile getirmek, b. hukuki bir altyapı oluşturmak suretiyle gelecekte işlenecek soykırım niteliğindeki eylemlere engel olmak ve c. uluslararası alanda, tanınan grupların hayatlarını sürdürebilme hakkını korumaktır.⁵⁷

Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi, soykırım suçunu işleyen kişilerin cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu yükümlülükte iki açıdan kısıtlama bulunmaktadır; öncelikle söz konusu yükümlülük sadece Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeler açısından geçerlidir. Sözleşme'ye taraf olan ülke sayısının yüksek olmasından dolayı, bu kısıtlamanın pratikte önemi olmadığı belirtilmektedir. İkinci-

⁵⁵ United Nations Treaty Series, Vol.: 78, s. 277; Sözleşmeye 141 ülke taraftır (bkz., <http://untreaty.un.org> Erişim:3 Mart 2007)

⁵⁶ Helmut Kreicker, "National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 315.

⁵⁷ Peter Quayle, "Unimaginable Evil: The Legislative Limitations of the Genocide Convention", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 365; David Alonso-Maizlish, "In Whole or In Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide and Quantitative Criterion", *New York University Law Review* 77 (5), November 2002, s. 1377.

ci kısıtlama ise Sözleşme'nin soykırım suçunu işleyen kişiler üzerinde kullanılacak yargı yetkisini, sadece suçun işlendiği ülke veya yargı yetkisine sahip uluslararası ceza mahkemesine tanımış olmasıdır.⁵⁸

Soykırım Sözleşmesi, nitelikleri 4. maddede belirtilen sınırlı sayıdaki grubu koruma altına almaktadır. Koruma altına alınan grupların özellikleri, kalıcı ve durağan bir yapıya sahip olmalarıdır. Söz konusu gruplar, tarih boyunca insanlık dışı muamelelere maruz kalmış olmalarından dolayı seçilmişlerdir.⁵⁹

Soykırım Sözleşmesi'nin tanımında iki ibarenin anlamının ortaya çıkarılması gereklidir. Bunlar; *"whole"* ve *"as such"* ibareleridir Soykırımın tanımında yer alan *"tamamen"* (whole) ibaresinin, küresel anlamda grubu kastettiği ifade edilmiştir. Quayle'a göre; küresel anlamda gruba soykırım uygulamak imkânsızdır. Örneğin, *"tüm dünyadaki Yahudiler"* şeklinde belirlenen grubun tamamen yok edilmesi imkânsızdır. Küresel anlamdaki grup, farklı ancak yine korunan gruplar içinde sayılan bir kategori tarafından sınırlanabilir. Örneğin *"Alman olan Yahudiler"*, küresel anlamda tüm Yahudileri ifade etmemesine rağmen, başka bir korunan kategori olan *"milliyet"* tarafından sınırlandırıldığından korunmuş gruplar içinde sayılmaktadır. Bununla birlikte, *"Berlin'de yaşayan Yahudiler"* şeklinde belirlenen bir grup, Sözleşme'nin koruma alanının dışında olduğu belirtilmektedir. Zira küreselliği sınırlayan kategori olan *"Berlin'de yaşamak"* korunan gruplar arasında değildir.⁶⁰ *"as such"* ibaresi ise yukarıda değinildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan hareketlerin sınırlı sayıda olmadığı şeklinde değerlendirilmektedir. Kanaatimizce söz konusu ibare, soykırım suçunu oluşturan eylemlerin sınırlı sayıda olmadığı, soykırımın serbest hareketli bir suç olduğu yönündeki düşüncüyü doğrulayacak anlama haiz değildir. Sözleşmede kullanıldığı yer itibarıyla ibare, soykırımın beş farklı eylemden oluştuğunu belirtmektedir.

Soykırım suçu ile ilgili tanımı, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Rwanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüleri ile

⁵⁸ Kreicker, s. 316; Uluslararası Ceza Hukukunda bireylerin cezai sorumluluğu için bkz., Elies Vand Sliedregt, *"Criminal Responsibility in International Law; Liability Shaped By Policy Goals and Moral Outrage"*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.: 14/1, 2006, s. 81 vd.; Michael Duttwiler, *"Liability for Omission in International Criminal Law"*, *International Criminal Law Review* 6, 2006, s. 1 vd.

⁵⁹ Quayle, s. 367.

⁶⁰ Quayle, s. 368.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü)'nde de aynı şekilde görmekteyiz.

B. Mukayeseli Hukukta Soykırım Suçu

1. Genel

Mukayeseli hukukta soykırım suçunun düzenlenmesinde gerek sistem, gerekse düzenleme yeri açısından farklılıklar bulunmaktadır. Soykırım suçunun, uluslararası bir suç ve uluslararası hukukun emredici bir kuralı olmasının sonucu olarak, uluslararası hukuk düzenlemelerinin doğrudan uygulanması yolu ile müeyyide altına alınması imkânı mevcuttur. Doğrudan uygulanma modeli olarak benimsenen söz konusu sistemin, mukayeseli hukukta örneği bulunmamaktadır.

2. Düzenleme Sistemleri Açısından

a. Doğrudan Uygulanma Modeli

Doğrudan uygulanma modeli, soykırım fiillerinin aynı zamanda uluslararası hukukun emredici kuralına aykırılık teşkil etmesi noktasından hareket etmektedir. Dolayısıyla, soykırım suçunu işleyen fail, ulusal düzenlemelere bağlı kalmaksızın, uluslararası hukukun emredici kuralı gereği cezalandırılabilir. Bununla birlikte doğrudan uygulanma modelinin iki ön şartı mevcuttur. Öncelikle doğrudan uygulanma modelinde, uluslararası hukukun, modeli benimseyen ülkenin hukukunda bağlayıcı ve uygulanabilir olması gereklidir. Örneğin Alman Anayasası'nın 25. maddesi uluslararası örf hukukunun, Alman Federal Hukukunun bir parçası olduğunu açıkça kabul etmiştir. Benzer bir şekilde, *Common Law* ülkelerinde de, uluslararası hukukun ada hukukunun bir parçası olduğu kabul edilmiştir. Doğrudan uygulanma modeli için ikinci şart; ulusal hukukun, yazılı olmayan ceza hukuku hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlamasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶¹'nin 7 (1) (1) maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi⁶²'nin 15 (1) (1) maddesi ve benzer şekilde Taslak Avrupa Anayasası'nın II-109 (1) maddesi, ceza hukuku hükümlerinin yazılı olup olmadığına bakılmaksızın, bir eylemin ulusal veya uluslararası

⁶¹ United Nations Treaty Series, Vol.: 213, s. 221.

⁶² United Nations Treaty Series, Vol.: 999, s. 171.

hukukta suç olması halinde, kovuşturma yapılabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazılı olmayan uluslararası örf hukukunun hükümleri, soykırım suçunun cezalandırılmasında doğrudan uygulanabilir ve bu uygulama yukarıda zikredilen sözleşmelere ve Anayasa'ya uygundur. Bununla birlikte, uluslararası örf hukukunu, kendi hukukunun parçası olarak kabul eden birçok ülke, hukukilik prensibini daha katı uygulamaktadır. Örneğin Alman Anayasası'nın 25. maddesi, uluslararası örf hukukunu ancak yazılı ve açık şekilde tanımlanması halinde doğrudan uygulanmasına imkân verir.⁶³

Her ne kadar yazılı olmayan uluslararası örf hukukunun uygulanması suretiyle kişilerin eylemlerinin suç olduğuna karar verilmesi insan haklarını ihlal etmese de, kişilere verilecek cezaların açıkça tanımlanması ve yazılı olması tercih sebebidir. Bundan dolayı, hukuken uygulanma olanağı söz konusu olsa da, mukayeseli hukukta doğrudan uygulanma modelini benimseyen ülke bulunmamaktadır.⁶⁴

b. Ulusal Ceza Hukukuna Göre Cezalandırma Modeli

(1) Uluslararası Örf Hukukuna Dinamik Referans Modeli

Bu modeli benimseyen ülkeler, genel veya özel ceza kanunlarında soykırım suçunun cezasını belirlerler ve soykırım suçunun tanımını uluslararası örf hukukuna referans vererek belirtirler. Kanada, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Kanunu'nda, söz konusu modeli benimseyen ülkeler arasındadır. İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Kanunu'nun 4 (3). maddesi soykırım suçunu uluslararası hukuka gönderme yaparak "... soykırım, işlendiği zaman ve yerde yürürlükte olan hukukun ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, belirli bir insan topluluğunu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla işlenen, devletler topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine uygun olarak suç oluşturan veya uluslararası örf hukukuna veya sözleşmeden doğan uluslararası hukuka uygun olarak soykırım oluşturan hareket veya eylemdir".⁶⁵

Bu modelin fayda ve mahzurları mevcuttur. Modelin en önemli faydası, uluslararası hukuka dinamik referansından dolayı, ulusal hukukta hukuki boşluğa sebebiyet vermemesidir. Ulusal ceza hukuku,

⁶³ Kreicker, s. 319, 320.

⁶⁴ Kreicker, s. 320, 321.

⁶⁵ Kreicker, s. 321.

her zaman uluslararası hukukta yer alan suçun kapsamına göre faile ceza verebilme imkânını sağlamaktadır. Daha sonraki zamanda, uluslararası hukukta soykırım suçu açısından meydana gelen gelişmeler, örneğin politik grupların da korunan gruplar içine alınması gibi, ulusal ceza hukukunda da otomatik olarak uygulanabilecektir. Modelin mahzuru ise, cezai eylemin sadece uluslararası hukuk tarafından tanımlanması, ulusal hukukta suçun yazılı bir belgede tanımlanmamasıdır. Bu özelliğinden dolayı, doğrudan uygulanma modeline getirilen eleştiriler, dinamik referans modeli için de geçerlidir.⁶⁶

(2) Uluslararası Örf Hukukuna Statik Referans Modeli

Statik referans modelini benimseyen ülkeler, ceza kanunlarında soykırım suçunu, Roma Statüsü'nün 6-8. maddelerine gönderme yapmak suretiyle belirlemektedirler.⁶⁷ Örneğin İngiltere ve Wales, 2001 tarihli "Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu"⁶⁸nun 50 (1) maddesinde soykırımı "...Roma Statüsü'nün 6. maddesinde tanımlandığı şekliyle soykırım fiili" olarak tanımlamaktadır. Aynı tanım İskoç "Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu'nun 1. maddesinde⁶⁹ ve Yeni Zelanda 2000 tarihli Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu"⁷⁰nun 9. maddesinde de yer almaktadır. Belirtmeliyiz ki, söz konusu modeli benimseyen ülkeler, soykırım suçunun tanımında sadece Roma Statüsü'ne gönderme yapmaktadırlar.

Ulusal hukukun hangi eylemleri ve uluslararası suçları cezalandırdığının çok açık olması, kişilerin hangi fiillerin suç olduğunu açıkça belirleyebilmesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarının ulusal hukukta kolaylıkla uygulanabilmesi, Roma Statüsü ile karşılaştırıldığında ulusal hukukta hukuki bir boşluğun doğma ihtimalinin bulunmaması, bu modelin faydaları arasında sayılmaktadır.⁷¹

Roma Statüsü'nün tüm uluslararası suçları kapsamaması, özellikle

⁶⁶ Kreicker, s. 312, 322.

⁶⁷ Kreicker, s. 322.

⁶⁸ Kanun metni için bkz., <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/20010017.htm>, Erişim: 03 Mart 2007.

⁶⁹ Kanun metni için bkz., <http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2001/10013--b.htm#1>, Erişim: 03 Mart 2007.

⁷⁰ Kanun metni için bkz., <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2000/se/026se9.html>, Erişim: 03 Mart 2007.

⁷¹ Kreicker, s. 322, 323.

bazı savaş suçlarını Statü dışında bırakması, Statü'yü esas alan ulusal hukukta da aynı boşlukların oluşmasına neden olacağı yönünde eleştiriler gelmiştir. Ancak, soykırım suçu açısından, çoğunlukla uluslararası örf hukukunun esas alınmasından dolayı, söz konusu eleştiriler soykırım suçu açısından geçerlilik taşımamaktadır.⁷²

c. Özerk Ulusal Ceza Hukuku Modeli

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, çoğu ülkelerin soykırım suçunu tanımlarken ne uluslararası örf hukukuna, ne de Roma Statüsü'ne gönderme yapmayan düzenlemeler oluşturduğu görülmektedir. Bu ülkelerde, en azından prensip olarak, soykırım suçunun cezalandırılmasında uluslararası hukuk göz önüne alınmamaktadır. Özerk Ulusal Ceza Hukuku Modeli'nin benimsendiği ülkelerin uygulaması iki gruba ayrılmaktadır. Bazı ülkeler, soykırım suçu için özel hükümler bulundurmamakta, ceza kanunlarında yer alan diğer hükümleri, soykırım suçunun cezalandırılmasında da kullanmaktadırlar. Diğer bazı ülkeler ise soykırım suçu için genel veya özel ceza kanunlarında düzenlemeler bulundurmaktadırlar.⁷³

Ulusal ceza hukuklarında soykırım suçu için özel hüküm bulundurmeyen ülkelere Yunanistan ve Çin Halk Cumhuriyeti örnek gösterilebilir. Bu ülkeler, uluslararası hukukta tanımlanan ve soykırım oluşturan birçok eylemi, ulusal ceza hukuklarına göre cezalandıramama riski ile karşı karşıyadır. Örneğin, kişilerin öldürülmesi suretiyle soykırım suçunun cezalandırılmasında, ceza kanunlarında yer alan "*cinayet*" suçu; kişilere fiziki zararlar verilmesinde ise "*etkin eylem*" suçu olaya uygulanacaktır. Ancak, grup içinde doğumların önlenmesine yönelik eylemler çoğunlukla cezasız kalacaktır.⁷⁴ Belirtmeliyiz ki, Türkiye, 5237 sayılı kanunun kabulüne kadar, bu grupta yer almakta idi.

Soykırım suçu için özel ceza hükümleri bulunan ülkeler arasında Avustralya, Avusturya, Hırvatistan, Estonya, Fransa, Polonya, Rusya ve ABD sayılabilir.

⁷² Kreicker, s. 323.

⁷³ Kreicker, s. 323.

⁷⁴ Kreicker, s. 323.

3. Düzenleme Yeri Açısından

Soykırım suçunun düzenlendiği yeri çalışmamızda iki açıdan ele alacağız. Öncelikle soykırım suçunun genel ceza kanununda diğer suçlarla beraber mi, yoksa özel ceza kanunda mı düzenlendiği hususunu uygulamaları göz önüne alarak açıklığa kavuşturmaya çalışacağız. İkinci olarak, genel ceza kanunlarında suçu düzenleyen ülkelerin, hangi başlık altında söz konusu suçu düzenledikleri, yani ceza kanunu sistematığında suçu nerede yaptırım altına aldıklarını değerlendireceğiz.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, soykırım suçunun özel veya genel ceza kanunlarında düzenlenmesi açısından iki ihtimalin de söz konusu olduğu görülmektedir. Bir grup ülkeler, soykırım suçunu, genel ceza kanunlarına eklediği özel hükümlerle müeyyide altına alma yolunu seçmişlerdir. İkinci gruptaki ülkeler ise, soykırım suçunu özel ceza kanunlarında düzenlemişlerdir.

Almanya, Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu; Belçika, 10 Şubat 1999 tarihli Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Önlenmesi Kanunu;⁷⁵ Brezilya, 1 Ekim 1956 tarih ve 2889 sayılı kanun;⁷⁶ Danimarka 29 Nisan 1955 tarih ve 132 sayılı Soykırımın Cezalandırılması Kanunu;⁷⁷ İrlanda, 18 Aralık 1973 tarih ve 28 sayılı Soykırım Kanunu;⁷⁸ İsrail, 1950 tarih 5710 sayılı Soykırım Suçu (Önlenmesi ve Cezalandırılması) Kanunu;⁷⁹ İtalya, 9 Ekim 1967 tarih ve 962 sayılı kanunu ile soykırım suçunun düzenlenmesinde özel ceza kanunu ile düzenleme yolunu seçen ülkelerdendir.

Arnavutluk, Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde;⁸⁰ Çek Cumhuriyeti, Ceza Kanunu'nun 259. maddesinde;⁸¹ Estonya, Ceza Kanunu'nun

⁷⁵ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/belgium.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁶ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/brasil.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁷ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/denmark.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁸ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/ireland.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/israel.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁰ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/albania.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸¹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/czech>.

611. maddesinde;⁸² Finlandiya, Ceza Kanunu'nun 6. kısmında;⁸³ Fransa, Ceza Kanunu'nun 211-1 maddesinde;⁸⁴ İspanya, Ceza Kanunu'nun 607. maddesinde;⁸⁵ İsviçre, Ceza Kanunu'nun 264. maddesinde;⁸⁶ Kolombiya, Ceza Kanunu'nun 101. maddesinde;⁸⁷ Küba, Ceza Kanunu'nun 116. maddesinde;⁸⁸ Litvanya, Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde;⁸⁹ Meksika, Ceza Kanunu'nun 149 bis maddesinde;⁹⁰ Nikaragua, Ceza Kanunu'nun 549. maddesinde;⁹¹ Paraguay, Ceza Kanunu'nun 319. maddesinde;⁹² Peru, Ceza Kanunu'nun 319. maddesinde;⁹³ Polonya, Ceza Kanunu'nun 118. maddesinde;⁹⁴ Portekiz, Ceza Kanunu'nun 239. maddesinde;⁹⁵ Romanya, Ceza Kanunu'nun 356. maddesinde;⁹⁶ Rusya, Ceza Kanunu'nun 357. maddesinde⁹⁷ soykırım suçunu düzenlemiştir.

htm, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸² Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/estonia.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸³ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/finland.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁴ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/french.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁵ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/spain.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁶ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/suisse.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁷ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/colombia.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁸ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/cuba.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/lithuania.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁰ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/mexico.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹¹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/nicaragua.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹² Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/paraguay.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹³ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/peru.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁴ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/poland.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁵ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/portugal.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁶ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/romania.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁷ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/russia.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

Soykırım suçunu genel ceza kanunlarında düzenleyen ülkelerden; Arnavutluk, Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerinde Birinci Başlıkta "*İnsanlığa Karşı Suçlar*"ın altında; Burkina Faso, aynı şekilde Özel Hükümlerinde "*İnsanlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında; Çek Cumhuriyeti 10. Bölümde aynı başlık altında; Fransa, Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler bölümünde "*İnsanlığa Karşı Cürümler*" başlığı altında; İspanya, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında "*Uluslararası Toplum Karşı Suçlar*" başlığında; İsviçre, Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler bölümünde "*Uluslararası Toplumun Menfaatlerine Karşı Suçlar*" başlığı altında; Kolombiya, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında "*Kişinin Bütünlüğüne ve Hayatına Karşı Suçlar*" başlığı altında; Meksika, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında "*İnsanlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında; Nikaragua, Ceza Kanunu'nun Özel Bölümünde "*Uluslararası Karakterli Suçlar*" başlığı altında; Polonya, Ceza Kanunu'nun Özel Bölümünde "*Barışa, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları*" başlığı altında; Portekiz, Ceza Kanunu'nda "*İnsanlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında; Romanya, Ceza Kanunu'nun Özel Bölümünde "*Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında; Rusya, Ceza Kanunu'nda "*İnsanlığın Güvenliğine ve Barışa Karşı Suçlar*" başlığı altında soykırım suçunu düzenlemişlerdir. Mukayeseli hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, ülkelerin büyük kısmı, soykırım suçunu insanlığa karşı suç olarak değerlendirmiş ve aynı başlık altında düzenlemişlerdir. Bir kısım ülkeler ise suçun uluslararası özelliğine vurgu yapmış ve uluslararası topluma karşı bir tehdit olarak değerlendirmişlerdir.

C. Bazı Ülkeler Uygulaması

1. Slovenya

Slovenya'da Aralık 1990'da yapılan halkoylamasının ardından, Slovenya Parlamentosu, Slovenya Cumhuriyeti'nin Anayasal Egemelik ve Bağımsızlık Bildirgesi'ni kabul etmiştir. Bildirge'nin kabulünden sonra, yeni ceza ve ceza usul kanunlarının yürürlüğe girmesine kadar, Slovenya'da Eski Yugoslavya Ceza ve Ceza Usul Kanunu uygulanmıştır. Eski Yugoslavya'da, ceza usul kanunu ile ceza kanununun genel hükümleri federal düzeyde düzenlenmesine rağmen, ceza kanunlarının özel hükümleri federe düzeyde kabul edilmiştir. Ceza kanunlarının özel hükümlerinin federe düzeyde düzenlenmesinde istisnalardan birisi de, soykırım suçunu düzenleyen Eski Yugoslavya

Ceza Kanunu'nun 141. maddesini de içine alan, uluslararası hukuka ve insanlığa karşı suçlardır. Uluslararası hukuka ve insanlığa karşı suçlar, Eski Yugoslavya'da federal düzeyde düzenlenmiştir.⁹⁸

Soykırım suçu, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Slovenya Ceza Kanunu'nun 373. maddesinde düzenlenmiştir. 373. madde incelendiğinde, düzenlemenin Soykırım Sözleşmesi ve 22 Kasım 2001 tarihinde Slovenya Parlamentosu tarafından onaylanan Roma Statüsü'ne benzer olduğu görülmektedir. 373. madde; ulusal, etnik, ırki veya dini grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla, grubun üyelerinin öldürülmesi emrinin verilmesi, grup üyeleri üzerinde ciddi yaralanmaya sebebiyet veren fiiller icra edilmesi, grup üyelerinin ciddi şekilde bedensel veya ruhsal zarar görmesine sebep olunması, grubun tamamen veya kısmen yok olmasına sebebiyet verecek şekilde yaşam koşullarının değiştirilmesi, grup içinde doğumları önleyici tedbirlerin uygulanması, nüfusun zorla başka yere yerleştirilmesi, grup içindeki çocukların zorla başka gruplara nakledilmesi eylemlerini cezalandırmaktadır.⁹⁹

Sloven Ceza Kanunu'nun 373. maddesi, Eski Yugoslav Ceza Kanunu'nun 141. maddesi ile karşılaştırıldığında aralarında fark olduğu görülmektedir. İki madde arasındaki birinci fark, suç karşılığı öngörülen cezanın nevi ve miktarındadır. 141. madde suç karşılığında en az 5 yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve bazı durumlarda ölüm cezası öngörmüşken, 373. madde 10 yıldan, 20 yıla kadar hapis cezasını suç karşılığında düzenlemiştir.¹⁰⁰

Sloven Ceza Kanunu'nun, gerek Eski Yugoslav Ceza Kanunu'ndan gerekse de Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü'nden ayrıldığı nokta, 373. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemedir. Aşağıda da üzerinde durulacağı üzere, gerek Soykırım Sözleşmesi ve gerekse de Roma Statüsü, soykırım suçunda korunan grupları, ulusal, ırki, dini ve etnik gruplarla sınırlamıştır. Diğer gruplar, mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere Sözleşme ve Statü'nün kapsamında değildir. Bununla birlikte, 373. maddenin 2. fıkrası, soykırım suçunda korunan grupları genişletmiş, sosyal veya politik grupların da, zikredilen diğer dört grubun yanı sıra

⁹⁸ Tatjana Markelj, "The Criminal Law of Genocide-The Slovenian Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 343, 344.

⁹⁹ Markelj, s. 345.

¹⁰⁰ Markelj, s. 345.

koruma altında olduğunu belirtmiştir.¹⁰¹ Ayrıca, grubun zorla başka yere nakli, Sözleşme’de, Statü’de ve mahkeme kararlarında soykırım olarak nitelendirilmemesine rağmen, 373. madde, söz konusu hareketi soykırım suçunu oluşturan hareketler arasında saymıştır.

Sloven Ceza Kanunu’nun 373. maddesi, yürürlüğe girdiği 1995 yılından beri iki kez değişikliğe uğramıştır. 1999 yılında yapılan değişiklikte, suç karşılığı öngörülen cezanın üst sınırı 20 yıldan, 30 yıla çıkarılmıştır. Bu süre, Sloven Ceza Kanunu’nda yer alan maksimum hürriyeti bağlayıcı cezadır. İkinci değişiklik ise 2005 yılında yapılmıştır ve bu değişiklikte, 373. maddeye, 3. fıkra eklenmiştir. Eklenen 3. fıkra, soykırım suçuna teşvik eden veya azmettiricinin, soykırım suçunun cezası ile cezalandırılacağını belirtmektedir.¹⁰² Sloven kanun koyucusunun, suça iştiraki, ceza kanununun genel hükümlerine bırakmayıp, soykırım suçu için özel olarak düzenlemesi aynı zamanda kanun koyucunun, soykırım suçuna gösterdiği hassasiyeti vurgulaması açısından önemlidir.

Son olarak, Slovenya tarafından iç hukukuna uyarlanan Roma Statüsü ile Sloven Anayasası arasında meydana gelen çatışmalara değinmek gerekecektir. Bilindiği üzere, Roma Statüsü’nün 20. maddesi “*ne bis in idem*” kuralını düzenlemekte ve iki durumda, söz konusu kurala istisna getirmektedir. 20. maddeye göre önceki yargılamanın Divanın yargı yetkisine giren suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı korumak amacıyla yapılması veya önceki yargılamanın, uluslararası hukuk tarafından tanınan usul kurallarına göre bağımsız ve tarafsız şekilde yapılmaması ve söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılması halinde, beraat kararı verilmiş olsa dahi yeniden yargılama yapılabilecektir. Ancak Sloven Anayasası’nın 31. maddesi hiçbir şekilde “*ne bis in idem*” kuralına istisna getirmemektedir.¹⁰³

İkinci çatışma hali ise Statü’nün 27. maddesinde düzenlenen ve devlet ve hükümet başkanları dâhil hiç kimsenin Statü’nün yargı yetkisi dışında tutulamayacağı kuralına ilişkindir. Bununla birlikte, Sloven Anayasası’nın 83. maddesi parlamento üyelerinin, 100. maddesi bakanlar kurulu üyelerinin, 134. maddesi hâkimlerin ve 167. maddesi

¹⁰¹ Markelj, s. 345.

¹⁰² Markelj, s. 346.

¹⁰³ Markelj, s. 348.

ise Anayasa Mahkemesi üyelerinin bağımsızlığını düzenlemektedir.¹⁰⁴ Bu durum, Anayasa'nın söz konusu maddeleri ile Sözleşme arasında hukuki ihtilafın doğması demektir.

2. Almanya

1954 yılında Soykırım Sözleşmesi Almanya tarafından onaylanmış¹⁰⁵ ve Almanya uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek için Ceza Kanunu'nun 220a maddesinde soykırım suçunu düzenlemiştir. 220a maddesi kabulünden sonra kırk yıl boyunca kullanılmamış ve doktrinde soykırım suçu "*sembolik suç*" olmasından dolayı eleştirilmiştir.¹⁰⁶ Eski Yugoslavya'da işlenen fiillerden dolayı bazı faillerin Alman Mahkemelerinde "*soykırım*" suçundan cezalandırılmaları ancak on yıl boyunca süren yargılamaların sayısının az olması Almanya'da kanun değişikliğini gündeme getirmiştir.¹⁰⁷

2002 yılında kabul edilen "*Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu*" (Völkerstrafgesetzbuch), Alman Ceza Kanunu'nun 220a maddesinde düzenlenen soykırım suçunu, içeriğinde önemli bir değişiklik yapmaksızın 6. maddesinde düzenlemiştir. 6. madde, Soykırım Sözleşmesi'nden farklı şekilde düzenlenmiş, Alman kanun koyucusu uluslararası modeli, kendi ulusal hukukuna uyarlarken bazı değişiklikler yapmıştır.¹⁰⁸ Uluslararası hukuka karşı suçların, Alman Ceza Kanunu yerine yeni bir kanunda düzenlenmesi, doktrinde bazı yazarlar tarafından doğru bir yaklaşım olarak kabul görmüştür. Söz konusu ya-

¹⁰⁴ Markelj, s. 348, 349.

¹⁰⁵ Almanya daha sonraları Roma Statüsü'nü hayata geçirebilmek için Alman Anayasası'nın (Grundgesetz) 16 ncı maddesini değiştirerek Alman vatandaşlarının Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılamasına göndermeyi mümkün kılmıştır (Helmut Satzger, "*German Criminal Law and the Rome Statute-A Critical Analysis of the New German Code of Crimes Against International Law*", *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 262).

¹⁰⁶ Gropengießer, s. 331.

¹⁰⁷ Gropengießer, s. 331.

¹⁰⁸ Gropengießer, s. 332; 6. maddenin 1. fıkrasının metni şu şekildedir "*Her kim, ulusal, ırki, dini veya etnik grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı ile; 1. grubun bir üyesini öldürürse, 2. Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde belirtilen türde, grubun bir üyesine bedensel veya ruhsal ağır zarar verirse, 3. Grubu, tamamen veya kısmen fiziksel yok olmasına sebep olacak yaşam koşullarında yaşamaya zorlarsa, 4. Grup içerisinde doğumları önlemek amacıyla önlemler uygularsa, 5. Grubun bir çocuğunu, başka bir gruba zorla naklederse müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*" Kanun metni için bkz., Gropengießer, s. 332, 333.

zarlara göre, uluslararası suçlar için ayrı bir kanunun kabul edilmesi, uluslararası hukuka karşı suçlara kanun koyucunun verdiği önemin bir göstergesidir. Ayrıca yeni bir kanunda suçları düzenleme yaklaşımı, uluslararası suçların karmaşık doğasını, anlaşılabilir bir yapıya oturtmayı mümkün kılmaktadır.¹⁰⁹

Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm (m. 1-5), genel hükümlere yer vermekte olup, Kanun'un 1, 3, 4 ve 5. maddelerinin özel durumlar ihtiva etmemesi halinde, Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uluslararası hukuka karşı suçlar içinde uygulanabilecektir.¹¹⁰ Kanunun ikinci bölümü özel hükümleri ihtiva etmektedir ve Roma Statüsü'nde olduğu gibi soykırım suçu ile başlamakta (m. 6), insanlığa karşı suçlar (m. 7) ile devam etmektedir. Son olarak 8-12. maddelerinde savaş suçlarını düzenlemektedir.¹¹¹

Alman hukukunda, soykırım suçunun korunan hukuki yararı konusunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Alman Federal Ceza Mahkemesi (Bundesgerichtshof) Ceza Kanunu'nun 220a maddesi ile korunan hukuki yararın, suça maruz kalan ulusal, ırki, dini veya etnik grubun sosyal varlığının korunması olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre birey, nadiren soykırım fiilinin konusu olur. Bununla birlikte bazı yazarlar bireyin yaşamının da soykırım suçundan korunan hukuki yararlar arasında olduğunu belirtmiştir. Bazı yazarlar ise failin, mağduru bir kişi olarak değil grup üyesi olarak kabul etmekte ve onun kişiliğini, grup üyeliğine indirdiğinden dolayı soykırım suçu ile insan onurunun da korunduğunu ifade etmişlerdir. Son olarak Krefß, soykırım suçunda üç korunan yarar bulunduğunu belirtmiştir. Bunlar; grubun varlığı, bireyin yaşamı ve uluslararası barıştır.¹¹²

Alman hukukunda, soykırım suçunda korunan hukuki gruplar, Sözleşme'de olduğu gibi sınırlı sayıda belirtilmiş, politik ve ekonomik gruplar, korunan gruplar arasında sayılmamıştır. Ayrıca, soykırım fiilinin, yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olmasına gerek yoktur. Karşılaşılması güç olsa bile, tek bir eylemin bile soykırım suçunu

¹⁰⁹ Satzger, s. 266.

¹¹⁰ Satzger, s. 267.

¹¹¹ Satzger, s. 267; Andreas Fischer-Lescano, "Torture in Abu Ghraib: The Complaint Against Donald Rumsfeld Under the German Code of Crimes Against International Law", *German Law Journal*, Vol.: 06, No.:3, s. 695.

¹¹² Gropengießer, s. 335.

oluşturacağı ifade edilmektedir.¹¹³

Völkerstrafgesetzbuch'un 6. maddesinde düzenlenen suçun manevi unsuru kasttır. Suçun oluşumu için, korunan grupları yok etme özel kastı bulunmalıdır. Alman hukukunda özel kast, grubun yok edilmesinin, failin sadece nihai amacı değil, nihai amacı gerçekleştirmek için gerekli vasıta amacı olduğu zaman da var kabul edilir. Sonuç olarak, herhangi bir ırkçı önyargıya sahip olmayan bir kimse, askeri amaçlarla grubun yaşadığı bir bölgeyi fethetmek istese ve grup yok edilmeden amacına ulaşması mümkün olmasa bile soykırım suçundan cezalandırılabilir.¹¹⁴

Alman hukukunda soykırım suçunun cezası, Alman hukukunun izin verdiği en ağır ceza ile cezalandırılmıştır; müebbet hapis. Bununla birlikte, kanun koyucu her olayın aynı yoğunlukta olmadığını kabul etmiş ve 6. maddenin ikinci fıkrasında, failin doğrudan grup üyelerinden birinin ölümüne sebep olmadığı durumlarda, eylemin ağırlığına bağlı olarak ceza indirimi uygulanmış ve hürriyeti bağlayıcı ceza 5 ila 15 yıl arasında belirlenmiştir.¹¹⁵

3. İtalya

İtalya Parlamentosu, 1952 yılında Soykırım Sözleşmesi'ni onaylaması hususunda Hükümete yetki vermesine rağmen, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Kanunu¹¹⁶ (Prevenzione e repressione del delitto di genocidio) 1967 yılında çıkarılmıştır. 15 yıllık gecikmenin sebebi olarak, Sözleşme'nin uygulanması ile İtalyan Anayasası arasındaki çelişkiler gösterilmiştir.¹¹⁷

Sözleşme ile İtalyan Anayasası arasındaki temel sorun, Soykırım Sözleşmesi'nin 7. maddesi ile ilgili çıkmıştır. 7. madde; soykırım ve 3. maddede sayılan eylemlerin, suçluların iadesi kapsamında siyasi suç olarak düşünülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte,

¹¹³ Gropengießer, s. 336; Steffen Wirth, "International Criminal Law in Germany; Case Law and Legislation", *Presentation to the Conference Combating International Crimes Domestically*, 3rd Annual War Crimes Conference, Ottawa, 22-23 Nisan 2002, s. 10.

¹¹⁴ Gropengießer, s. 339.

¹¹⁵ Gropengießer, s. 340.

¹¹⁶ Kanun metni için bkz., Michela Miraglia, "Genocide: The Italian Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 361.

¹¹⁷ Miraglia, s. 351.

İtalyan Anayasası'nın 10 ve 26. maddeleri, vatandaş olmayan kişilerin siyasi suçtan dolayı iade edilemeyeceği, vatandaşın sadece uluslararası sözleşmelerde açıkça düzenlenmesi halinde iade edilebileceği ancak siyasi suçtan dolayı vatandaşın da hiçbir şekilde iade edilemeyeceği hususlarını düzenlemektedir. İtalya'daki tartışmalar "siyasi suç"un tanımını noktasında yoğunlaşmıştır. Zira Anayasa, siyasi suç tanımlamıştır. Bazı yazarlar tarafından, Ceza Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan tanımın, Anayasa'nın 10 ve 26. maddeleri için de geçerli olduğu ileri sürülürken, diğer bazı yazarlar birtakım nedenlerden dolayı farklı bir tanımın yapılması görüşünde idiler.¹¹⁸

İtalyan doktrininde soykırım suçunun, siyasi suç kapsamında düşünülmemeyeceği görüşü hâkim olmasına karşın,¹¹⁹ mahkeme içtihatlarında soykırım suçu, siyasi suç olarak mütalaa edilmiştir. Nitekim Alman vatandaşı olan ve Alman mahkemeleri tarafından soykırım suçundan hakkında hüküm verilen Kroger'in iadesi, Bologna Mahkemesi tarafından soykırımın siyasi bir suç olduğu ve Anayasa'nın 10. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde reddedilmiştir.¹²⁰

Soykırımın, siyasi bir suç olup olmadığı noktasında tartışmalar kesin bir sonuca ulaşmamasına rağmen, Bologna Mahkemesi'nin kararında olduğu gibi içtihatların gelecekte soykırımı, siyasi bir suç olarak nitelemesinden kaçınmak için Sözleşme'nin 7. maddesine uygun olarak anayasa değişikliği yapılmış ve 1967/1 sayılı kanun ile Anayasa'nın 10 ve 26. maddelerinin, soykırım suçuna uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.¹²¹

Soykırım suçunu cezalandıran 962 sayılı kanun, Sözleşmede yer alan tanımını benimsemiştir. Suçun manevi unsuru yani tamamen veya kısmen yok etme kastı ve korunan gruplar, 962 sayılı kanunda, Sözleşmede olduğu gibi düzenlenmiştir. 962 sayılı kanun 9 maddeden oluşmakta olup, soykırım suçunu oluşturan hareketleri farklı maddelerinde ayrı ayrı suç olarak düzenlemiştir.

Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında; tamamen veya kısmen yok

¹¹⁸ Miraglia, s. 352.

¹¹⁹ Nitekim İtalyan Hükümetine, Soykırım Sözleşmesini onaylama yetkisi veren 11 Mart 1952 tarih ve 153 sayılı kanunun Parlamento'da görüşmelerinde, soykırımın, insanlığa karşı suçlar içinde değerlendirilmesi gerektiği, siyasi suç kategorisinde düşünülmemeyeceği raportör tarafından belirtilmiştir (Miraglia, s. 352, 353).

¹²⁰ Miraglia, s. 353.

¹²¹ Miraglia, 2.353.

etmek kastı ile ulusal, ırki, dini veya etnik grubun üyelerine doğrudan ciddi bedensel veya ruhsal zarar vermek eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Fıkrafta, suç karşılığı 10 ila 18 yıl hapis cezası öngörülmüştür. 2. fıkrada ise aynı özel kast ile grubun üyelerinin ölümüne veya doğrudan daha ciddi bedensel veya ruhsal zarara sebep olmak, 24 ile 30 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Aynı fıkrada, grup üyelerinin fiziksel olarak yok olmasına sebep verecek şekilde yaşam koşullarının değiştirilmesi hareketi için aynı ceza öngörülmüştür.

Kanun'un 2. maddesi, Sloven Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Sözleşme ve Statü'de düzenlenmeyen, aynı maksatla grubun üyelerinin sınır dışı edilmesi hareketini, 15 ila 24 yıl arasında hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır. Kanun 3. maddesinde, 1 ila 2. maddelerinde yer alan eylemlerin, ölümle sonuçlanması halinde müebbet hapis cezası verileceğini hükme bağlamıştır.

4. maddede, tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla grup içindeki doğumları önleme veya sınırlamayı içeren her türlü önlemin uygulamaya konması 12 ile 21 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılırken, 5. maddesinde 14 yaşını doldurmayan çocukların zorla kaçırılması veya başka gruplara nakledilmesi halinde aynı cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir.

962 sayılı kanunda, soykırım suçunu oluşturan en ilgi çekici hareket 6. maddede düzenlenmiştir. Ayırıcı işaretler uygulama başlığı altında, grup üyelerine, belli bir gruba ait olduğunu belirten ayırıcı işaretlerin uygulanması soykırım suçu olarak nitelenmiş ve 12 ila 21 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Bu hareketin kanuna konmuş olmasının sebebi, İtalya'nın geçmişteki tecrübelerinden edinmiş olduğu derslerdir. Almanların ve İtalyanların, Yahudileri grup olarak tanımak ve ayırmak için "Davud Yıldızı" takmaya zorlaması, söz konusu hareketin soykırım türü olarak düzenlenmesinin sebebidir.¹²² Ayrıca belirtmeliyiz ki, 962 sayılı kanunda düzenlenen ve özel kast gerektirmeyen tek suç, 6. maddede yer alan suçtur.

Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasında, başka birini Kanun'un 1-5. maddeleri arasında yer alan suçları işlemek için alenen kışkırtan kişinin eylemi 3 ila 12 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

Kanununun ilginç hükümlerinden birisi 8. maddenin 2. fıkrasında

¹²² Miraglia, s. 355.

yer almaktadır. Buna göre alenen soykırım suçunu öven kişi, 3-12 yıl arasında hapis ile cezalandırılacaktır. Soykırım suçunu övme eylemi, ceza kanununda düzenlenen “suçu övme” cürümünden daha farklı şekilde yorumlanmaktadır. İtalya’da Cassazione kararı; soykırım suçunu övme eyleminin, başka birini somut bir şekilde soykırım suçunu işlemeye teşvik etmesine gerek kalmadan, soykırım eylemi hakkında olumlu düşüncelerin açıkça ifadesi ile de işlenebileceğini belirtmiştir. Ancak bu karar doktrinde, madde 8/2’de düzenlenen suçun, benzer bir suç olan “suçu övme” cürümünden niçin farklı yorumlandığının anlaşılmadığı yönünde eleştirilmiştir. 2001 yılında Milan Mahkemesi, Cassazione kararında yer alan yorumu terk etmiş ve somut bir şekilde bir başkasını suç işlemeye kışkırtma şartını aramıştır.¹²³

VI. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Suç ile korunan hukuki menfaatin birden fazla olduğu belirtilmektedir.¹²⁴ Bazı yazarlar suç ile üç farklı hukuki yararın korunduğunu ifade etmektedir. Nitekim soykırım suçu ile gruba mensup bireylerin maddi ve manevi varlıkları korunmaktadır. Bireye yönelen ve soykırım oluşturan hareketin türüne göre yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, şahıs hürriyeti, bireyin şeref ve haysiyeti korunan değerler arasındadır. İkinci olarak, soykırım suçunun tamamen veya kısmen bir grubu yok etmek niyetiyle icra edilmesi, korunan hukuki yararın grubun fiziksel varlığı olduğu düşüncesini doğrulamaktadır. Son olarak da, tüm uluslararası suçlarda olduğu gibi uluslararası kamu düzeni korunan hukuki yararlardandır.¹²⁵

Kanaatimizce soykırım suçunda korunan hukuki menfaatler birden fazladır. Korunan hukuki menfaatler, soykırım suçunu oluşturan hareketlere göre belirlenmelidir. Grup üyelerinin öldürülmesinde, grubun ve grubu oluşturan bireylerin maddi varlıkları korunmakta iken, grup üyelerine bedensel veya ruhsal ağır hasar verilmesinde, grubun ve grubu oluşturan bireylerin hem maddi ve hem de manevi varlıkları korunan hukuki menfaatler arasındadır. Grubun yaşam koşullarının ağırlaştırılmasında, grubun yaşamını sürdürebilme hakkı korunmaktadır. Grup içindeki doğumların önlenmesinde ve gruba

¹²³ Miraglia, s. 356, 357.

¹²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 48; Önok, s. 184.

¹²⁵ Önok, s. 184; Tezcan/Erdem/Önok, s. 48.

mensup çocukların başka gruplara nakledilmesinde, grubun ayrı kimliğini muhafazası ve yaşamını sürdürebilmesi esas alınmaktadır.

VII. SOYKIRIM SUÇUNUN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda soykırım suçu ilk kez, 2001 tarihli Dönmezer Tasarısı'nın 128. maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁶ 5237 sayılı TCK, 2001 Tasarısı'nda yer alan tanımı bazı farklılıklarla 76. maddesine taşımıştır.¹²⁷ Maddenin son şekli 15 Eylül 2004 tarihinde Genel Kurul'da yapılan görüşmeler esnasında verilen önerge sayesinde oluşturulmuştur.¹²⁸ 5237 sayılı TCK'nın 76. maddesi şu şekildedir;

“(1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

a. Kasten öldürme.

b. Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.

c. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.

d. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.

¹²⁶ Köprülü, s. 98.

¹²⁷ Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metin şu şekildedir;

Soykırım

MADDE 76.- (1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırkî, dinî veya bunlar dışında bir özellikle belirlenen bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

a) Kasten öldürme,

b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme,

c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması,

d) Doğumların zorla engellenmesi,

e) Çocukların zorla başka yerlere götürülmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamaşımı işlemez.

¹²⁸ TBMM Adalet Komisyonu ile Genel Kurulu'nda Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, TC Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 274.

e. Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

Madde metni incelendiği zaman, Türk kanun koyucusunun, soykırım suçunu düzenlerken, Soykırım Sözleşmesi’ndeki düzenlemeye sadık kaldığı açık şekilde görülmektedir. TCK’nın düzenlemesinin, Soykırım Sözleşmesi’nden ayrıldığı nokta, 76. maddeye “bir planın icrası suretiyle” ibaresinin eklenmiş olmasıdır.

B. Fail

Fail herhangi bir kimse olabilir.¹²⁹ Failin, devlette veya devlet benzeri organizasyonda görevli olmasına gerek yoktur.¹³⁰ Nitekim Soykırım Sözleşmesi’nin görüşmeleri esnasında soykırım suçunun yalnızca devlet örgütü tarafından işlenebilen bir suç olması yönündeki öneri kabul görmemiştir.¹³¹ Bununla birlikte, yaygın görülen uygulama failin asker, polis, gerilla gibi bir grubun mensubu olmasıdır.¹³²

Soykırım suçunun, hedef seçilen gruba mensup birisi tarafından işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar, korunan gruba mensup kişinin, söz konusu suçun faili olamayacağı, soykırım suçunun mutlaka korunan grup dışında bir kişi tarafından işlenmesi gerektiğini savunurken, diğer görüş soykırım suçunun, hedeflenen gruba mensup bir kişi tarafından da işlenebileceği yönündedir.¹³³ Kanaatimizce Türk hukukunda, suçun failinin, korunan gruplardan birine mensup olması yönünde bir engel bulunmamaktadır.

Türk hukukunda, tüzel kişi bakımından faillik kabul edilmemiş,

¹²⁹ Önok, s. 184; Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹³⁰ Kreß, s. 473.

¹³¹ Kreß, s. 473.

¹³² Turhan, Uluslararası, s. 13.

¹³³ Kreß, s. 473.

tüzel kişiler açısından 60. maddede yazılı güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Mukayeseli hukukta, herkesin soykırım suçunun faili olabileceği yönünde eğilim bulunmaktadır. Nitekim Almanya (m. 6), Arnavutluk (m. 73), Brezilya (m. 1), Çek Cumhuriyeti (m. 259), Danimarka (m. 1), Finlandiya (ks. 6), Fransa (m. 211-1), Küba (m. 116), Portekiz (m. 239), soykırım suçunun failinde herhangi bir özellik aramayan ülkelere örnek gösterilebilir. İncelediğimiz kanunlar içerisinde, soykırım suçunun failinin herhangi bir gruba ait olması veya başka bir özellik göstermesi yönünde düzenleme yapan ülke bulunmamaktadır.

C. Mağdur

Soykırım suçunun mağduru, maddede özellikleri belirtilen gruptur. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 11 Aralık 1946 tarihli toplantısında, adam öldürme suçunun bireyin yaşam hakkının ihlali olmasına karşın, soykırım suçunun tüm insan topluluğunun var olma hakkının ihlali olduğunu kararlaştırmıştır. Soykırım eylemleri aslen bireylere karşı irtikâp edilse de, söz konusu eylemde birey tek başına değil, ait olduğu grubun üyesi olarak önem kazandığı belirtilmiştir.¹³⁴ Yine doktrinde soykırım, grubun kimliğine yönelik bir saldırı olarak tanımlanmış ve insan haklarının korunmasından daha çok grubun kendisinin korunmasının, soykırım suçu açısından önem kazandığı belirtilmiştir.¹³⁵

Uluslararası Ceza Mahkemeleri de, soykırım suçunun mağduru- nun bireyler değil grup olduğunu belirtmiştir. *Brdjanin* kararında, soykırım suçunun belli bir gruba ait bireylere yani grup üyelerine karşı işlenen bir suç olmasına karşın, soykırım suçunda nihai mağdurun söz konusu grup olduğu belirtilmiştir.¹³⁶ Aynı şekilde *Akayesu* davasında, soykırım suçunun mağdurunun birey değil, bizzat grubun kendisi olduğu ifade edilmiştir.¹³⁷

¹³⁴ Jørgensen, s. 303; Amann, s. 93.

¹³⁵ Jørgensen, s. 304.

¹³⁶ Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity, A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, USA 2006, s. 147 (HRW olarak anılacaktır).

¹³⁷ Jørgensen, s. 303; Mahkeme Rutaganda davasında da benzer şekilde karar vermiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan "grup" teriminin anlamı konusunda uluslararası öğretide değişik görüşler öne sürülmüştür. *Lemkin*, grup terimi ile azınlıkların aynı anlama geldiğini belirtmektedir. *Robinson*, grubun bireylerden oluştuğundan bahsetmektedir. *Lerner* ise uluslararası hukukta grubun, grubu oluşturan bireylerin kontrolünden uzak, kalıcı, kendiliğinden oluşan ve birleştirici faktörleri gerektirdiğini belirtmektedir.¹³⁸ Grup teriminden öncelikle azınlıklar anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, özellikle işgal altındaki bölgelerde bulunan çoğunlukların da, soykırım suçunun mağduru olabileceğine işaret edilmektedir.¹³⁹

Mukayeseli hukukta bazı kanunların "grup" terimini tercih etmediğini belirtmeliyiz. Örneğin 1982 Portekiz Ceza Kanunu, toplum (community) kavramını tercih etmiştir. Bununla birlikte, Portekiz Ceza Kanunu'nda 1995 yılında yapılan değişiklikle, toplum kelimesinin yerine, Sözleşme'de olduğu gibi grup kelimesi getirilmiştir. 1976 Romanya Ceza Kanunu, topluluk (collectivity) kelimesini kullanmış ancak bu tercihin, Sözleşme'de yer alan grup teriminin anlamını yansıtmak için yapıldığından dolayı, Romanya kanun koyucusu tarafından ayrı bir değişiklik yapılmamıştır.¹⁴⁰

Soykırım suçunun mağduru herhangi bir grup değil, özellikleri madde metninde belirtilen gruptur. Bu kapsamda grubun, milli, etnik, ırki veya dini bir grup olması gereklidir. Soykırım suçunda belirtilen gruplar tahdididir.¹⁴¹ Belirtilen dört grup dışındaki gruplar, soykırım suçunun mağduru olamazlar ve onlara karşı irtikâp edilen ve madde metninde yer alan hareketler soykırım suçunu oluşturmaz. Bununla birlikte şartları mevcut ise insanlığa karşı suçlar, öldürme veya yaralama suçlarının varlığı düşünülebilir. Mukayeseli hukukta çoğunlukla Sözleşme paralelinde düzenleme yapılırken, bazı kanunlar Sözleşme hükmünü daraltarak kendi iç hukuklarına aktarmış, bazı kanunlar ise soykırım suçunun mağdurunu geniş düzenlemişlerdir. Örneğin Nikaragua, soykırım suçunun sadece "etnik veya dini grup"lara karşı işlenebileceğini belirtmiştir (m. 549). Litvanya Ceza Kanunu, ulusal, etnik, ırki veya dini grupların yanı sıra sosyal ve politik grupların da soykırım suçunun mağduru olabileceğini belirtmektedir (m. 99). Ko-

¹³⁸ Schabas, *Genocide*, s. 106, 107.

¹³⁹ Schabas, *Genocide*, s. 108.

¹⁴⁰ Schabas, *Genocide*, s. 108.

¹⁴¹ Kreß, s. 473; Schabas, *Genocide*, s. 102; Turhan, *Soykırım*, s. 48.

lombiya Ceza Kanunu, ulusal, etnik, dini veya ırki gruplara ek olarak politik gruplara karşı gerçekleştirilen eylemleri soykırım olarak kabul etmektedir (m. 101). Estonya Ceza Kanunu, diğer sosyal grupları da soykırım suçu içinde düzenlemektedir (m. 611). Çek Ceza Kanunu, soykırım suçunun mağdurları arasında etnik grupları saymamaktadır (m. 259).

Soykırım Sözleşmesi'nin 1947-48 yıllarındaki görüşmeleri esnasında, politik grupların, soykırım suçunda korunan gruplar arasına dahil edilip edilmeyeceğine yönelik tartışmalar yapılmıştır. Sovyetler Birliği tarafından ileri sürülen ve politik grupların, soykırım tanımına dâhil edilmemesi gerektiği yönündeki fikir temel olarak üç esasa dayanmaktadır. Birinci olarak, politik grupların kalıcı ve durağan olmamasıdır. Politik gruplara katılım isteğe bağlıdır. İkinci olarak, politik grupların Sözleşme'ye dâhil edilmesi, egemen devletlerin, iç sorunlarına uluslararası otoriteler tarafından müdahale edileceği endişesi ile Sözleşme'ye katılmaktan sakınmasına sebep olacağı ileri sürülmüştür. Son olarak, politik grupların dâhil edilmesi halinde, ekonomik, profesyonel ve diğer grupların da bunu izleyeceği belirtilmiştir.¹⁴² Sözleşme'de sosyal ve siyasal grupların, korunan gruplar içinde sayılmamasının sonucu olarak 1970'lerde Kamboçya'da Kimer'lerin yürüttüğü sosyal ve siyasal grupları ortadan kaldırma hareketi, soykırım olarak nitelendirilmemiştir.¹⁴³ Aynı tartışmalar Roma Statüsü'nün hazırlık çalışmaları sırasında da yapılmış, sosyal ve politik grupların Soykırım Sözleşmesi'nde olduğu gibi soykırım suçunda korunan gruplar arasında olmadığı kabul edilmiştir. Roma Statüsü'nde sosyal ve politik gruplara karşı gerçekleştirilen eylemlerin soykırım suçunu oluşturmayacağı kabul edilmesinin en önemli nedeni, sosyal ve politik grupların insanlığa karşı suçları içeren Statü'nün 7. maddesinde koruma altına alınmış olmasıdır.¹⁴⁴

TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen TCK Tasarısı'nda da *"bunlar dışında bir özellikle belirlenen"* gruplar, korunan gruplar kapsamına dâhil edilmiştir. Bu düzenlemesi ile Komisyon, korunan grup-

¹⁴² Morris, s. 208; Kabatsi, s. 390; Fransız Delegatesi tarafından ifade edilen "Geçmişte soykırım suçu ırki veya dini gruplara karşı işlenmiş olsa dahi, açıktır ki gelecekte söz konusu suçun saiki siyasi olacaktır" düşüncesi, tartışmaların zeminini göstermesi açısından ilginçtir (Kabatsi, s. 390).

¹⁴³ Amann, s. 94.

¹⁴⁴ Kim, s. 77.

ların sınırlı olmadığını, madde metninde sayılan özelliklere benzer özellikler sergileyen grupların da koruma kapsamına alınması gerektiği yönünde fikrini beyan etmiştir. Ancak Sözleşme'ye ve UCM içtihatlarına ters olan bu düzenleme, TBMM Genel Kurulu'nda madde metninden çıkarılmıştır.¹⁴⁵

TCK ve Soykırım Sözleşmesi; ulusal, etnik, ırki veya dini grubu koruma altına almaktadır. Buna karşılık, TCK ve Soykırım Sözleşmesi söz konusu grupları tanımlamamış ve kavramların içinin doldurulmasını doktrine ve mahkeme içtihatlarına bırakmıştır. Ulusal grup, üyelerinin öncelikle aynı vatandaşlığa sahip olduğu gruptur. Ortak tarih, örf ve adet, kültür ve dil birliği de, ulusal grubu oluşturan etmenlerdendir.¹⁴⁶ Etnik grup, belli bir kültürel geleneğe sahip ve zaman içinde oluşmuş bir gruptur. Grup üyelerinde ortak olan özellikler; aynı dili konuşuyor olmaları, ortak gelenek ve göreneklere sahip olmaları ve hayat tarzlarının ortak olmasıdır.¹⁴⁷ Aynı ırka mensup olmak, etnik grup sayılmak için yeterli değildir. Irka dayalı grup ise üyelerinin aynı kalıtımsal özelliklere sahip olduğu gruptur. Aynı kalıtımsal özelliklere; deri rengi, bedensel özellikler gibi dışarıdan kolayca görülebilecek farklılıklar dâhildir.¹⁴⁸ Dini grup ise; aynı inanca sahip, ortak manevi değerleri ve ibadet şekilleri bulunan gruptur.¹⁴⁹

Ulusal, etnik, ırka dayalı ve dinsel grupların tanımlarına UCM'lerinin kararlarında da rastlanmaktadır. *Akayesu* davasında UCMR, korunan dört grubun tanımını yapmıştır. Buna göre ulusal grup; hakların ve görevlerin birleştiği ortak vatandaşlık temelinde bir hukuki bağı paylaşan insan topluluğudur. Etnik grup; üyelerinin ortak bir dili paylaştığı grup olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁰ Irka dayalı grup; dil, kültür, milliyet ve din faktörlerine bakılmaksızın, çoğunlukla bir coğrafi bölge ile belirlenen kalıtsal fiziksel özellikleri temel alan gruptur. Dini grup ise; üyelerinin aynı dini, mezhebi veya ibadet biçimini paylaştığı gruptur.¹⁵¹

¹⁴⁵ Turhan, Uluslararası, s. 13.

¹⁴⁶ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁴⁷ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁴⁸ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁴⁹ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁵⁰ Soykırım Sözleşmesi'ne ve Roma Statüsü'ne dâhil edilen etnik grup sadece dilbilimsel özelliklerine göre değil, gelenekleri ve kültürel miraslarına göre belirlenir. Kabileler, etnik gruplar kavramına dâhil edilmektedir (Kim, s. 76).

¹⁵¹ Jørgensen, s. 288, dn.18.

UCM, *Akayesu* davasında farklı bir karar vermiş ve açık olarak korunan dört grup olduğunu ifade ettikten sonra, dört gruptan hiçbirinin kesin olarak Tutsileri ifade etmediğini belirtmiş ve II. maddede açıkça korunmuş olmasa bile, kalıcı ve durağan grupların Sözleşme tarafından korunduğunu ifade etmiştir.¹⁵² Durağan gruplarda üyeliğin doğumla belirlendiğine aynı kararda işaret edilmiş, Mahkeme'nin politik gruplara ilişkin tanımının da altı çizilmiştir. Nitekim Mahkeme, politik grupları, bireyin katılımının rızasına dayandığı "*durağan olmayan*" (mobile) gruplar olarak nitelemiş ve bu tür grupların Soykırım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında olduğunu belirtmiştir.¹⁵³

Mağdurun ait olduğu grubun tespiti, suçun soykırım olarak nitelenmesinde önemli rol oynamaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemeleri kararlarında mağdurun ait olduğu grubun belirlenmesinde iki farklı ölçüt kullanılmaktadır. UCMY, *Jelisc* kararında korunan grubu belirlemek için pozitif ve negatif ölçüt olmak üzere iki yöntemin bulunduğunu belirtmiştir. Pozitif ölçüt; ulusal, ırki, etnik veya dini özelliklere göre suçun failinin belirlediği grubu ele alır. Negatif ölçüt ise; failin düşündüğü grubu değil, bireylerin kendilerinin ait olduğu ve ulusal, etnik, ırki veya dini özelliklerini gösterdiği grubu ele alır.¹⁵⁴ Bu bakış açısından pozitif ölçüt failin zihninde oluşturduğu grubu, negatif ölçüt ise mağdurların ait olduğu grubu esas alır.

Benzer bir karar *Kayishema ve Ruzindana* davasında da alınmıştır. Buna göre, etnik grubun suçun faili tarafından belirlendiği kabul edilmektedir. Bu sübjektif yaklaşıma göre, fail grubu belirlemektedir. Bununla birlikte soykırım tanımı, korunan grubun varlığı konusunda failin inancını temel almamaktadır. Bu yüzden, korunan grup objektif ölçüte göre belirlenmelidir.¹⁵⁵

Buna karşılık UCM, *Rutaganda ve Musema* davalarında farklı bir yaklaşım içine girerek, korunmuş grupların belirlenmesinde objektif yaklaşımından ziyade sübjektif yaklaşımının kullanılmasının gerekli olduğunu, ancak sübjektif yaklaşımının tek başına grubu belirlemek

¹⁵² Jørgensen, s. 288; Noëlle Quéniwet, "The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: The Question of Genocide", *Human Rights Review*, July-September 2006, s. 44.

¹⁵³ Jørgensen, s. 288; William A. Schabas, "The International Legal Prohibition of Genocide Comes of Age" *Human Rights Review*, July-September 2004, s. 48; Kabatsi, s. 393.

¹⁵⁴ Jørgensen, s. 289.

¹⁵⁵ Jørgensen, s. 289.

için yetersiz olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi'nin, durağan ve kalıcı grupları kapsamı altında almak niyetinde olduğunu ve bir grubun, soykırım suçu kapsamında koruma altında bir grup olup olmadığını belirlemede, politik ve kültürel ortam ile bağlantılı diğer delillerin de göz önünde bulundurulması suretiyle her davada farklı şekilde değerlendirileceğini kararına eklemiştir. Ayrıca UCM, *Brdjanin* kararında belirttiği üzere, birden fazla grubun hedef seçildiği olaylarda, grubun belirlenmesinde negatif ölçütün kullanılmayacağı görüşündedir. Örneğin "*Sırp olmayanlar*" gibi bir ölçüt, grubun belirlenmesinde uygun bir ölçüt değildir.¹⁵⁶

Eski Yugoslavya Uzmanlar Komisyonu, grubun belirlenmesinde farklı bir bakış açısı üzerinde tartışmalar yürütmüştür. Buna göre, A grubuna mensup fail tarafından B, C ve D grubunun yok edilmesi kararlaştırılmış ise B, C ve D grupları bu açıdan homojen bir grup gibi kabul edilmeli ve suç buna göre belirlenmelidir. Başka bir anlatımla, soykırım tanımında yok etme hareketlerinin üzerinde gerçekleştirildiği ve ayrı olarak belirlenen grup, soykırım niyetinin ortaya çıkarılmasında tek bir grup gibi kabul edilmelidir. Buna karşılık, *Brdjanin* ve *Stakic* davalarında UCMY, birden fazla grubun hedef seçildiği olaylarda, soykırım suçunun unsurları açısından her bir grubun ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁷

Mağdurun, ulusal, etnik, ırki veya dini gruba ait olup olmadığının değerlendirilmesinde objektif ölçütün kabul edilmesi yönünde doktrinde genel bir eğilim mevcuttur. Buna göre biyolojik, genetik köken, kültürel farklılıklar veya dini farklılık gibi objektif kıstaslar dikkate alınmalı, failin grubu nitelemesi veya mağdurun kendisini hangi gruba ait olduğuna dair taşıdığı hisse itibar edilmemelidir.¹⁵⁸

Kanaatimizce, soykırım suçunun mağdurunun grup olduğu¹⁵⁹ ve suç ile korunan hukuki menfaatin grubun maddi ve manevi varlığını devam ettirmesi olduğunu göz önüne aldığımızda, grubun belirlenmesinde objektif ölçütün kullanılmasının gerekliliği öncelikle görülecektir. Nitekim ulusal, etnik, ırki veya dini özelliklerine göre grup oluşturan bireylere yönelik 76. maddede sayılan fiiller soykırım suçu-

¹⁵⁶ Brdjanin kararı (HRW, s. 160).

¹⁵⁷ HRW, s. 166.

¹⁵⁸ Önok, s. 184.

¹⁵⁹ Soykırım suçunun mağdurunun grup değil, gruba mensup bireyler olduğu da ifade edilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 49).

nu oluşturacaktır. Bununla birlikte, grubun kendi kendini nitelemesine veya üçüncü kişiler tarafından yapılan nitelermeye de, faildeki saikin belirlenmesi açısından itibar edilmelidir.

D. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir.¹⁶⁰ İnceleme konumuz olan suç açısından maddi konu, suçu oluşturan ve 76. maddede sayılan hareketlerin türüne göre belirlenecektir. Kasten öldürme hareketinde maddi konu, öldürme fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği grup üye veya üyeleridir. Bedensel veya ruhsal ağır hasarlar vermede, kendisine bedensel veya ruhsal zarar verilen üye veya üyeler suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması durumunda, zorlama eylemleri grup üye veya üyeleri üzerinde gerçekleştirilecektir. Bundan dolayı maddi konu, olumsuz koşullarda yaşamaya zorlanan grup üye veya üyeleridir. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerde, tedbirlerin uygulandığı üye veya üyeler maddi konuyu oluşturmaktadır. Örneğin kadın veya erkeklerde kısırlaştırma yoluna gidilmiş ise kısırlaştırma uygulanan kişiler suçun maddi konusunu oluşturacaktır. Gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesinde maddi konu, gruba ait çocuklardır.

E. Maddi Unsur

Soykırım suçunun maddi unsuru, gerek Sözleşme metninde gerekse de TCK'nın 76. maddesinde sayma yöntemiyle belirlenmiştir. Soykırım suçunu oluşturan hareketler beş grup altında incelenmektedir. Sözleşme'de yer alan hareketlerin sınırlı sayıda olmadığı, Sözleşme metninde geçen "as such" ibaresine dayanılarak doktrinde ileri sürülmüştür. Kanaatimizce gerek Sözleşme metninde gerekse de 76. maddede yer alan hareketler sınırlı sayıdadır¹⁶¹ ve sayılan hareketlerin dışındaki hareketlerin irtikâbında soykırım suçu oluşmayacaktır.

¹⁶⁰ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, 5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s. 469; Yüksel Ersoy, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 71; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 236 vd.

¹⁶¹ Turhan, Soykırım, s. 48; Kocaoğlu, s. 151.

Soykırım suçunu oluşturan hareketler, grubun fiziksel veya biyolojik olarak varlığını sürdürmesini engellemeye yöneliktir. Nitekim UCMY, *Krstic* davasında, Soykırım Sözleşmesi'nin ve geleneksel uluslararası hukukun, insan grubunun fiziksel ve biyolojik olarak yok edilmesini yasakladığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, uluslararası örfi hukuk, soykırım tanımını fizyolojik ve biyolojik yok etme hareketleriyle sınırlandırmıştır. Bir grubun, toplumun kalan kesiminden kendisini ayırarak, ona bağımsız bir kimlik veren kültürel ve sosyolojik karakterine ve bu karakteri yok etmeye yönelik hareketler, soykırım tanımı içinde değerlendirilmemektedir.¹⁶²

Soykırım suçundan söz etmek için, yok etmenin ölümle sonuçlanmasına gerek yoktur. Grubun tamamen veya kısmen yok edilmesini amaçlayan ve bireylerin vücut bütünlüğü ile grubun varlığını sürdürmesine yönelik birçok hareket soykırım suçunu oluşturacaktır. UCMR, *Akayesu* davasında, bir grup olarak Tutsi'lerin yok edilmesi sürecinin önemli bir parçası olarak irtikâp edilen cinsel şiddet ve tecavüz fiillerinin soykırım suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁶³

UCM, *Krstic*, *Stakic* davalarında, grup üyelerinin fiziksel olarak bir yerden başka bir yere naklini soykırım olarak değerlendirmemiştir.¹⁶⁴ Bununla birlikte *Blagojevic ve Jokic* davasında, zorla göçün, Sırp lar tarafından Müslümanlardan kurtulmak ve Bosna-Hersek'in önemli bir parçasını kontrol etmek amacıyla uygulandığını belirttikten sonra, Sırp lar tarafından irtikâp edilen bu eylemlerin, soykırım eylemlerinden farklı olduğunu söylemenin güç olduğu belirtmiştir.¹⁶⁵

¹⁶² Mahkeme, *Brdjanin, Blagojevic ve Jokic* kararlarında da benzer düşüncelere yer vermiştir, (HRW, s. 148).

¹⁶³ "Bu tecavüzler, Tutsi kadınlarının, onların ailelerinin ve topluluklarının, fiziksel ve psikolojik olarak yok edilmesi ile sonuçlanmıştır. Cinsel şiddet, özellikle Tutsi kadınlarını hedefleyen, onların ve bir bütün olarak Tutsi grubunun yok edilmesine katkı sağlayan sürecin önemli bir parçasıdır. Cinsel şiddet, Tutsi grubunun-Tutsi ruhunun, yaşama isteğinin ve bizzat yaşamın yok edilmesinin ilk adımıdır" (HRW, s. 150).

¹⁶⁴ HRW, s. 151.

¹⁶⁵ HRW, s. 151; UCMY, *Skirica* davasında, "Bir grubun fiziksel veya biyolojik olarak yok edilmesi için grup üyelerinin öldürülmesi gerekli değildir. Grup üyelerinin önemli kısmının öldürülmesi, bir grubun yok edilmesi için en etkili araç olmasına rağmen, diğer hareketler de grubun yok edilmesine yol açabilir. Bir grup bireylerin yanı sıra, onların tarihi, gelenekleri, üyeleri arasındaki ilişkileri, diğer gruplar ve üzerinde yaşadığı toprak parçaları ile ilişkilerinden oluşur. Grubun fiziksel veya biyolojik olarak yok edilmesi, zorla bir yerden başka bir yere nakledilmesi sonucu olabilir, yeter ki bu nakil işlemi, grup üyelerinin ayrılmasını gerektirecek şekilde grubun artık kendini yenilemesine imkân vermeyecek bir tarzda yapılmış olsun. Bazı durumlarda, grup, ayrı bir grup olarak var olmasını durdurduğundan do-

Soykırım suçunda grup üyelerinin sivil kişiler olması şart değildir. Failin yok etme özel kastının bulunması durumunda esir askeri şahısların yok edilmesi de, soykırım suçu içinde düşünülebilir.¹⁶⁶

Soykırımı oluşturan maddi hareketlerin çok uzun süre önce tasarlanmasına gerek yoktur. Bu açıdan soykırım suçu mutlaka taammüden işlenmesi gerekli bir suç değildir.¹⁶⁷

Mukayeseli hukukta soykırım suçunun maddi unsuru konusunda çoğunlukla, Sözleşme’de yer alan hareketlere sadık kalınmıştır. Ancak bazı kanunlar, Sözleşme’de yer almayan hareketleri de düzenlemek suretiyle soykırım suçunu genişletmişlerdir. Örneğin Arnavutluk, Belçika, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka gibi ülkeler maddi unsuru, Sözleşme’de düzenlenen şekline benzer bir şekilde iç hukuklarına aktarmışlardır. Buna karşılık, Paraguay, gruba ait çocukların yanı sıra yetişkinlerin de başka gruplara zorla transferini, grubu zorla dağıtmayı cezalandırmıştır (m. 319). Aynı şekilde Paraguay hukukunda grubun veya toplumun kendi gelenek veya kültürünü yok etmeye yönelik hareketler soykırım suçunun içinde düzenlenmek suretiyle “*kültürel soykırım*” da cezalandırılmıştır. Nikaragua Ceza Kanunu, soykırım suçunun mağdurunu etnik veya dini grup ile sınırladıktan sonra, grup üyelerinin bütünlüğüne zarar vermeyi, Paraguay Ceza Kanunu’nda olduğu gibi çocukların yanı sıra yetişkinlerin de başka gruplara dâhil edilmesi ve kitlesel olarak ülke dışına çıkarmayı soykırım olarak kabul etmiştir (m. 549). Estonya Ceza Kanunu, yerli nüfusun ülke dışına çıkarılması ve sürgüne göndermeyi de soykırım suçu içinde düzenlemiştir (m. 611). Finlandiya, soykırım suçunu oluşturan bazı hareketleri saydıktan sonra, grubun varlığını sürdürmesini önleyen diğer hareketlerin de soykırım suçunu oluşturacağını belirtmek suretiyle soykırım suçunu, serbest hareketli bir suç düzenlemiştir (ks. 6). Kolombiya Ceza Kanunu, zorla hamile bırakmayı da soykırım olarak değerlendirmiştir (m. 101). Türk hukukunda soykırım suçunu oluşturan hareketler beş grup halinde aşağıda incelenmiştir.

layı, bireylerin zorla nakli, grubun maddi olarak yok edilmesine yol açabilir” demektedir. Ayrıca mahkeme kararında zikrettiği hususların kültürel soykırımın tanımlanması tartışması olmadığını, sadece fiziksel veya biyolojik yok etmenin anlamını açıklama girişimi olduğunu belirtmiştir (HRW, s. 152, 153).

¹⁶⁶ UCMY, Krstic davası (HRW, s. 153).

¹⁶⁷ Krstic davasında Mahkeme, soykırım suçunu düzenleyen Statü’nün 4 ncü maddesinin, soykırım suçunu oluşturan hareketlerinin önceden planlanmasını gerektirmediğine karar vermiştir (HRW, s. 148).

1. Kasten Öldürme

Failin icrai veya ihmali hareketinin neticesinde grup üye/üyelerinin ölmesi, soykırım suçunu oluşturan fiillerden ilkidir. Sözleşme metni, grup üyelerinin öldürülmesinden bahsetmek suretiyle, ancak birden fazla kişinin öldürülmesinin soykırım suçunu oluşturacağı fikrini ilk bakışta uyandırmaktadır. Ancak Roma Statüsü Suçun Unsurları¹⁶⁸ 6 (a) maddesinde, grup üyelerini öldürmenin soykırım olabilmesi için “a. failin bir veya birden fazla kişiyi öldürmesi, b. mağdurların, belli bir ulusal, etnik, irki ya da dini gruba bağlı olması, c. failin, söz konusu grubu tamamen veya kısmen yok etme kastıyla hareket etmiş olması, d. fiilin, söz konusu özel kast kapsamında gerçekleştirilmesi gereklidir” demek suretiyle, bir kişinin ölümünün de diğer şartlarının varlığı halinde soykırım suçunu oluşturacağını belirtilmiştir.¹⁶⁹ TCK’nın 76. maddesinde kasten öldürmeden bahsedilmesinden dolayı, diğer şartların da varlığı halinde tek kişinin öldürülmesi bile soykırım suçunu oluşturacaktır.¹⁷⁰

Gerek TCK’nın 76. maddesine göre gerekse de Sözleşme metnine göre soykırım suçunun oluşması için neticenin gerçekleşmesi gereklidir.¹⁷¹

“Öldürme” fiili, “grup üyelerinin ölümüne sebep olma” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷² Öldürme fiili, bireyin öldürülmesi veya grup üyelerinin kitlesel imhası şeklinde gerçekleşebilir. *Akayesu* davasında Mahkeme, öldürme fiilinin iki maddi unsurdan oluştuğunu belirtmiştir. Buna göre; mağdurun ölümü gerçekleşmeli ve ölüme, sanığın veya onun astlarının hukuka aykırı eylemleri neden olmalıdır.¹⁷³

2. Kişilerin Bedensel veya Ruhsal Bütünlüklerine Ağır Zarar Verilmesi

Grup üyelerine ağır zihinsel veya bedensel zararlar verilmesi, özel kastla gerçekleştirilmesi durumunda soykırım suçunu oluşturacaktır.

¹⁶⁸ Suçun Unsurları (Elements of Crimes), 1998 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin çalışma sistemini hazırlaması için oluşturduğu Hazırlık Çalışmaları Komitesi tarafından, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin daha etkin çalışması için hazırlanmıştır.

¹⁶⁹ Başak, s. 103.

¹⁷⁰ Turhan, *Uluslararası*, s. 14.

¹⁷¹ Bkz., Bđjanin kararı (HRW, s. 179).

¹⁷² Kalere, s. 470.

¹⁷³ Kalere, s. 470; Schabas, *Genocide*, s. 157, 158.

Zararın ağır olması gereklidir ancak UCMR, *Akayesu* davasında söz konusu ağır zararın, fiziki bütünlüğe verilen kalıcı veya iyileşemez bir yara olmasına gerek olmadığını belirtmiştir.¹⁷⁴ *Blagojevic ve Jokic* kararında UCMY bedensel zararı; vücut şeklinin bozulmasına sebebiyet veren veya iç ve dış organlar ile duyu organlarına ciddi zararlar veren hareket olarak tanımlanmıştır.¹⁷⁵ Aynı kararda Mahkeme, zararın kalıcı ve iyileşemez bir zarar anlamına gelmediğini, kişinin normal hayatını idame ettirebilme yeteneğini kısıtlayan ağır ve uzun süreli bir zarar olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. *Krstic* kararında, kalıcı ve iyileşemez bir zarar olmasına gerek bulunmadığını belirttikten sonra, kişiyi geçici olarak mutsuz eden, rahatsızlık veren ve gururunu kıran bir zarardan daha vahim olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Kişiyeye verilen bedensel veya zihinsel zararın ağırlığı, soykırım suçunu oluşturacak nitelikte olup olmadığı her olaya göre ayrı değerlendirmeye tabi tutulacaktır.¹⁷⁷

UCMY, *Blagojevic ve Jokic* kararında, bedensel ve zihinsel ağır zarar kavramına; işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleler, tecavüzün de dâhil olduğu cinsel şiddet, dayak ile birlikte uygulanan sorgular, ölüm tehditleri ve sınır dışı etmenin de dâhil olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁸

Tecavüz veya diğer cinsel şiddet uygulanması sonucu verilen “ağır zarar”, soykırım suçunu oluşturmaktadır.¹⁷⁹ *Blagojevic ve Jokic* davasında Mahkeme, tecavüzlerin, Tutsi kadınlarının, ailelerinin ve topluluklarının fiziksel ve psikolojik olarak yok edilmesi ile sonuçlandığını, Tutsi grubunun bir bütün olarak yok edilmesine katkıda bulunan, özellikle Tutsi kadınlarını hedef olarak seçen cinsel şiddet eylemlerinin, yok etme sürecinin ayrılmaz bir parçası olduğunu, cinsel şiddetin grubun yaşama isteğini, ruhunu ve grubun kendisini yok etme sürecinin bir adımı olduğunu belirlemiştir.¹⁸⁰

Grup üyelerine bedensel ve zihinsel ağır zarar verilmesi hareketi-

¹⁷⁴ Başak, s. 104; Obote-Odora, s. 394.

¹⁷⁵ HRW, s. 180.

¹⁷⁶ HRW, s. 180.

¹⁷⁷ *Blagojevic ve Jekic* kararı (HRW, s. 180).

¹⁷⁸ *Bdjanin, Krstic* davalarında da aynı konuya Mahkeme kararında değinmiştir (HRW, s. 181).

¹⁷⁹ McKay, s. 261.

¹⁸⁰ Mahkeme aynı sonuca *Kayishema ve Ruzindana* ile *Musema* kararlarında da varmıştır (HRW, s. 150).

nin, soykırım suçunu oluşturması için neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁸¹

3. Grubun Tamamen veya Kısmen Yok Edilmesi Sonucunu Doğuracak Koşullarda Yaşamaya Zorlanması

Grubun hayat şartların zorlaştırılması, failin grup üyelerini hemen öldürmesini gerektirmediği ancak sonuç olarak grubun fiziksel olarak yok edilmesini amaçladığı bir yok etme yöntemidir.¹⁸² Soykırım suçunun bu şekli; yiyecek kıtlığına tabi tutma, mağdurları evlerinden çıkarmak ve tıbbi yardım hakkını reddetmek gibi hareketlerle işlenebilir.¹⁸³ Ayrıca, aşırı çalışma ve fiziksel efor sarf etme, uygun hijyen, giyinme ve barınma koşullarının olmaması gibi grubun yavaş yavaş ölümüne yol açacak durumlarda, grubun hayat şartlarının zorlaştırılması kavramına dahildir.¹⁸⁴ Madde metninden anlaşılacağı üzere, grup üyelerinden sadece birinin hayat şartlarının zorlaştırılması, soykırım kabul edilemeyecektir.¹⁸⁵

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na, zorunlu göçe tabi tutma uygulamasının da soykırım suçu sayılması yönünde getirilen teklifler uygun görülmemiş ancak zorunlu göçün grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla hayat şartlarını zorlaştırdığı durumlarda soykırım olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.¹⁸⁶

Grubun hayatını zorlaştırmada, neticenin ispatına gerek yoktur. Neticenin gerçekleşmesi durumunda yukarıda zikredilen iki fiilden dolayı da cezalandırılma yoluna gidilebilir.¹⁸⁷

UCMR, *Kayishema ve Ruzindana* kararında, ırza tecavüz, açlığa mahkûm etme, ihtiyaç duyulan sağlık hizmetlerinin asgari düzeyinden mahrum bırakma, kayda değer bir zaman dilimi içinde asgari yaşamaya yetecek barınma imkânlarından yoksun kılma gibi fiillerin grubun hayatını zorlaştırma olduğuna karar vermiştir.

Devletin, vatandaşları için tıbbi yardım ve asgari yiyecek maddesi

¹⁸¹ Brdjanin kararı (HRW, s. 181); Schabas, *Genocide*, s. 160.

¹⁸² Bkz., Stakic kararı (HRW, S. 184); Obote-Odora, s. 395.

¹⁸³ Bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 52.

¹⁸⁴ Brdjanin kararı (HRW, S. 184).

¹⁸⁵ Kreß, s. 481; Turhan, *Uluslararası*, s. 14.

¹⁸⁶ Başak, s. 107.

¹⁸⁷ Başak, s. 108.

temin etme zorunluluğu, sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan bazı gereklilikler hariç olarak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, vatandaşları için asgari yiyecek temin etmeyen bir devletin soykırım suçunu işlediğinden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, ülke içinde bazı gruplara yiyecek yardımı yapılırken, diğer gruplara yapılmaması; yiyecek yardımı yapılmamasının sebebinin söz konusu grubun açlığa maruz bırakılmak suretiyle yok edilmesi niyeti olması durumunda, devletin yiyecek yardımı yapmaması, diğer şartların da varlığı halinde soykırım suçunu oluşturacaktır.¹⁸⁸

Soykırım Sözleşmesi'nin İngilizce metninde geçen ve önceden hesaplamak anlamına gelen "*calculated*" kavramının, grubun hayat şartlarını zorlaştırma yönünde failde bulunan bir niyet olduğu yönünde doktrinde görüş belirtilmiştir.¹⁸⁹

4. Grup İçinde Doğumlara Engel Olmaya Yönelik Tedbirlerin Alınması

Bu hareket, biyolojik soykırım olarak adlandırılmakta ve grubun çoğalma kabiliyetinin yok edilmesini amaçlamaktadır.¹⁹⁰ Suçun oluşumu için hareketin planlama aşamasında kalması yeterlidir ve niyetlenen doğumun önlenmesi sonucunun gerçekleşmesine gerek yoktur.¹⁹¹ Grup içerisindeki doğumların önlenmesine yönelik tedbirler fiziki olabileceği gibi kişilerin zihni veya ruhsal yeteneklerinde bırakılan tesirler sonucu da olabilecektir.¹⁹² Örneğin, tecavüze uğrayan kişinin bundan sonra çocuk doğurmayı reddetmesi durumunda sistematik tecavüz, grup içerisindeki doğumları önlemeye yönelik tedbirdir. Bununla birlikte tecavüz sonucu grup üyelerinde oluşan travmalar, grubun çoğalma isteğini etkilemesi durumunda, çocuk doğurmayı önleyici tedbirlerden bahsedilecektir.¹⁹³

Grup içindeki doğumları önleyici tedbirlerin uygulanması hem doğum kontrol yöntemlerinin uygulanmasını hem de uygulama yö-

¹⁸⁸ David B. Kopel-Paul Gallant-Joanne D. Eisen, "*Is Resisting Genocide A Human Right?*", *Notre Dame Law Review*, Vol.: 81, No.:4, s. 147.

¹⁸⁹ Kreß, s. 481.

¹⁹⁰ Kreß, s. 481; Schabas, *Genocide*, s. 172; Turhan, *Uluslararası*, s. 14.

¹⁹¹ Kreß, s. 481.

¹⁹² Obote-Odora, s. 396.

¹⁹³ Obote-Odora, s. 396.

nündeki emirlerin astlar tarafından icra edilmesini içermektedir.¹⁹⁴ UCMR, *Akayesu* kararında; kısırlaştırma, zorunlu olarak doğum kontrolü uygulama, erkek ve kadınların birbirinden ayrı tutulması ve evliliklerin yasaklanmasını korunan grup içinde doğumların önlenmesi olarak değerlendirmiştir.

Tecavüz fiilleri, normal şartlarda soykırım suçunu oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, siyasi ve askeri liderler tarafından desteklenen ve yaygın bir hale ulaşan tecavüz fiillerinin, toplumun üremesini engellemek amacıyla icra edilmesi durumunda soykırım suçunu oluşturacaktır.¹⁹⁵

5. Grup İçindeki Çocukları Başka Bir Gruba Zorla Nakletmek

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre "*biyolojik soykırım*" olarak da nitelenen, grubun çocuklarını başka bir gruba nakletmek eylemi, grubun gelecekteki varlığını ciddi biçimde etkilemektedir.¹⁹⁶ Bu harekette yer alan "*zorla*" (forcibly) kavramı, fiziksel zor kullanımı içermektedir. Zorla kavramına, korku yarattığı sürece şiddet tehdidi, psikolojik baskı ve nüfuzun kötüye kullanılması da dâhil olmaktadır.¹⁹⁷

Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları, "*çocuk*" teriminden 18 yaşın altındaki kişilerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ile uyumlu olması açısından doğru bir yaklaşımdır. Suç, tek bir çocuğun dahi olsa, söz konusu özel kast ile gruptan ayrılması ile oluşacaktır. Suçun oluşumu için çocuğun başka bir gruba katılmasını sağlamaya gerek yoktur.¹⁹⁸

Yok etme kastı olmadan grubun zorla başka bir yere nakledilmesi soykırım suçunu oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, zorla başka bir yere nakledilme eylemi, soykırım niyetinin belirlenmesinde maddi vakıa olarak kullanılabilir.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Kreß, s. 481.

¹⁹⁵ Kopel- Gallant- Eisen, s. 147.

¹⁹⁶ Başak, s. 111.

¹⁹⁷ McKay, s. 261.

¹⁹⁸ Kreß, s. 484; Obote-Odora, s. 398.

¹⁹⁹ Krstic davası, (HRW, s. 151).

F. Manevi Unsur

1. Genel Olarak

Soykırım suçunun manevi unsuru kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek madde metninde belirtilen hareketleri gerçekleştirmelidir. Soykırım suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Soykırım suçunda genel kastın yanında failde bir grubu tamamen veya kısmen yok etme özel kastı (*special intent-dolus specialis*) mevcut olmalıdır.²⁰⁰ Bir gruba karşı sadece zalimce hareketleri tamamlama niyeti ile hareket edilmemeli, aynı zamanda grubu yok etme niyeti de bulunmalıdır.²⁰¹ Nitekim *Jelusic, Blagojevic ve Jokic, Stakic ve Brđjanin* kararlarında mahkeme, suçun oluşumu için ulusal, etnik, ırki ve dini grubun tamamen veya kısmen yok edilmesini amaçlayan özel kastın failde mutlaka bulunması gerektiğini belirtmiştir.²⁰²

Yok etme özel kastı, grubun bağımsız ve ayrı kimliğini yok etmeye yönelmelidir. Bu anlamda, grubun gelenek ve göreneklerini, geniş anlamda kültürünü yok etmeye yönelik hareketler soykırım suçunu oluşturmayacaktır. UCMY, *Blagojevic ve Tokic* kararında özel kastın, grubun bağımsız ve ayrı kimliğini yok etmeye yönelmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰³

Yok etme özel kastının, failin gruba ait bireylere karşı soykırım suçunu oluşturan fiilleri irtikap etmeye başladığı zaman failde bulunmasına gerek yoktur. Fiillerin irtikâbı esnasında da sonradan eklenen özel kast, soykırım suçunu oluşturmaya yetecektir.²⁰⁴ Nitekim UCMY, *Krstic* kararında; failin, soykırım suçunu oluşturan fiilleri işlemeye başladığı anda yok etme özel kastının bulunmamasına rağmen, fiillerin icrası sırasında yok etme özel kastının varlığını yeterli saymıştır.²⁰⁵

²⁰⁰ Jørgensen, s. 292; Önok, s. 186; R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Davanı*, Ankara 2003, s. 151 (Önok, Perspektif olarak anılacaktır); Kalere, s. 471; Jokic, s. 281; Kreß, s. 485; Quénivet, s. 47; Turhan, *Uluslararası*, s. 14; Tezcan/Erdem/Önok, s. 53.

²⁰¹ Jørgensen, s. 292.

²⁰² *Blagojevic ve Jokic* kararında mahkeme "Statünün 4 ncü maddesi, soykırım suçunun özel kastını "ulusal, etnik, ırki veya dini grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı" olarak tanımlamaktadır" demektedir. (HRW, s. 146).

²⁰³ HRW, s. 147.

²⁰⁴ Turhan, *Uluslararası*, s. 15.

²⁰⁵ HRW, s. 147.

Soykırım suçunun doğrudan kast ile işlenmesi gereklidir.²⁰⁶ Failin, gruba karşı gerçekleştirdiği eylemlerinin, grubun tamamen veya kısmen yok olmasına neden olacağını görmesi ancak buna rağmen eylemlerine devam etmesi durumunda soykırım suçu oluşmayacaktır. Soykırım suçunun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. UCMY, *Blagojevic ve Jokic* kararında; failin, soykırım suçunu oluşturan fiillerin işlenmesinin grubun imhası ile sonuçlanma olasılığını görmesi veya grubun kesin olarak imha olacağını bilmesinin, failde özel kastın bulunduğu yönünde yorumlamak için yetersiz olduğunu, grubun tamamen veya kısmen imhasının, soykırım suçunu oluşturan fiilin amacı olması gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁷

Soykırım suçunun oluşması için özel kastın gerekli olmasına karşın, grubun tamamen veya kısmen yok edilmesinin gerçekleşmiş olması gerekmez. Bununla birlikte grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi, failde özel kastın bulunduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu durum UCMY'nin *Brdjanin* kararında belirtilmiştir.²⁰⁸

Soykırım suçunun oluşması için kaç kişinin yok edilmesi gerektiğine dair tartışmalar uluslararası ceza mahkemelerinde yapılmıştır. UCMY, *Stakic* kararında, soykırım suçunu diğer suçlardan ayıran noktanın failde bulunması gereken yok etme özel kastı olduğu, fiziksel olarak yok etmenin gerçekleşmesine gerek olmadığını belirttikten sonra soykırım suçunun oluşması için kaç grup üyesinin mağdur olması gerektiği konusuna değinmiştir. Mahkeme'ye göre, soykırım suçunun oluşması için grubun fiziksel olarak zarar görmesine gerek olmadığı için mağdur sayısına ilişkin bir eşik sayı mevcut değildir.²⁰⁹

Soykırım suçunun oluşması için eylemlerin daha önceden tasarlanmasına gerek yoktur. Bu anlamda tasarlama kastının mevcudiyeti, suçun oluşumu için şart değildir. UCMY, *Krstic* davasında, benzer bir şekilde Statü'nün 4. maddesinin, yok etme fiillerinin uzun bir zaman periyodunda tasarlanmasını gerektirmediğini belirtmiştir.²¹⁰

Yok etme kastının ispatında, yok etmenin gerçekleştirilmesi için en etkili aracın seçildiğinin ispat edilmesi gerekli değildir. Seçilen yön-

²⁰⁶ Turhan, Soykırım, s. 48.

²⁰⁷ HRW, s. 147.

²⁰⁸ HRW, s. 148.

²⁰⁹ HRW, s. 148.

²¹⁰ HRW, s. 148.

temin yetersizliği, failin yok etme kastının bulunmadığı yönünde bir veri değildir. UCMY, *Krstic* davasında, soykırım suçunda, failin hedeflediği grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi için en etkili aracı seçtiğinin ispatına gerek olmadığı, seçilen metodun, failin niyetini tamamen gerçekleştirmeye yeterli olmamasının, tamamen veya kısmen yok etmeyi gerçekleştirememesinin, yok etme kastının bulunmadığı olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir.²¹¹ Nitekim Mahkeme bu kararı, uluslararası toplumun ilgisinin Srebrenika kentine yoğunlaşması ve BM birliklerinin bölgedeki varlığının, Sırp Ordusu'nu soykırım planını tam olarak uygulamaya koyamaması üzerine vermiştir.

Mukayeseli hukukta, tamamen veya kısmen yok etme kastının hemen hemen tüm ülkelerde düzenlendiği görülmektedir. İncelediğimiz ülke kanunlarından sadece İtalya'da, yukarıda da belirtildiği üzere, ayırıcı kıyafetler giymeye zorlamaya ilişkin harekette özel kast aranmamıştır.

TCK'nın 76. maddesi soykırım suçuna ilişkin düzenlemeyi yaparken, maddeye kaynak teşkil eden Soykırım Sözleşmesi'nde bulunmayan bir kavramı bünyesine dahil etmiştir. Türk hukukuna göre soykırım suçu "*bir planın icrası suretiyle*" işlenmelidir. Gerek mevcut bir planın varlığını şart koşması gerekse de tamamen veya kısmen yok etme amacıyla işlenmesi, soykırım suçunun manevi unsuruna yönelik özelliklerdir. Suçun "*bir planın icrası suretiyle işlenmesi*" ve "*tamamen veya kısmen yok etme*" kavramlarının anlamları üzerinde ayrıca durulacaktır.

2. Plan veya Politikanın Varlığı

Soykırım Sözleşmesi'nde, soykırım suçunun unsurları arasında, soykırımı bir plan veya politikanın tatbiki suretiyle icrası bulunmamaktadır. Sözleşme görüşmeleri esnasında, suçun oluşumu için hükümet tarafından yapılan bir planın varlığının eklenmesine ilişkin öneri reddedilmiştir. Bununla birlikte, bir devlet veya devlet benzeri oluşum tarafından organize edilmeyen veya planlanmayan soykırımın icrasının mümkün olmayacağı doktrinde savunulmaktadır. Lemkin, "*plan*"ın, soykırım suçunun olmazsa olmaz unsuru olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde *Jelisc* davasında UCMY, bireylerin soykırım suçu-

²¹¹ HRW, s. 150.

nu işlemlerinin teorik olarak mümkün olduğunu, soykırım suçunun bir devlet veya benzeri oluşum tarafından organize edilmesine veya planlanmasına gerek kalmadan oluşacağını belirtmiştir.²¹²

Soykırım Sözleşmesi gibi, soykırım suçunun oluşumu için “*bir plan veya politikanın varlığı*” şartını içermeyen Roma Statüsü’nün hazırlık çalışmalarında, Birleşik Devletler tarafından yapılan ve “*sistematik veya yaygın bir politika veya uygulamaya konulması*” şartına ilişkin öneri kabul görmemiştir.²¹³

Türk hukukunda soykırımın, tasarlanmış belli bir plan çerçevesinde işlenmesi gereklidir. Nitekim bu durum, 76. madde metninde “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresi ile belirtilmiştir. Ancak, bu planın, resmi bir devlet politikası olmasına gerek yoktur. Devlet ile bağlantısı olmayan kişiler tarafından da bu suç işlenebilir.²¹⁴ Failin, böyle bir plan veya politikanın detaylarına vakıf olması aranmamaktadır.²¹⁵ Madde metninde yer alan “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresi, soykırım suçunun maddi unsuruna yeni bir unsur ilave etmemiştir. Söz konusu ibare, manevi unsurun ispatını kolaylaştırmaktadır.²¹⁶ Mukayeseli hukukta sadece Fransız Ceza Kanunu önceden düzenlenmiş bir plandan bahsetmekte, diğer ülke kanunları soykırım suçunun oluşumu için bir plan veya politikanın varlığını zorunlu kılmamaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir plan veya politikanın varlığının suçun oluşumu açısından önem taşımadığı ancak özel kastın ispatı konusunda iddia makamına yardımcı olduğunu çeşitli kararlarında belirtmektedir. Örneğin *Krstic* davasında, bir plan veya politikanın varlığının soykırım suçunun unsurlarından olmadığı, çoğu olayda bir plan veya politikanın varlığının, yok etme kastının ispatında önem kazandığını belirtmiştir. Benzer kararlar, *Jelusic*, *Blagojevic* ve *Jokic* davalarında da göze çarpmaktadır.²¹⁷

3. Tamamen veya Kısmen Yok Etme

Soykırım suçunun tanımında yer alan “*tamamen veya kısmen*” ibare-

²¹² Schabas, s. 53.

²¹³ Kim, s. 77.

²¹⁴ Önok, s. 185; Tezcan/Erdem/Önok, s. 51.

²¹⁵ Turhan, Uluslararası, s. 13.

²¹⁶ Turhan, Uluslararası, s. 13.

²¹⁷ HRW, s. 155.

si, soykırım kastını ifade etmektedir.²¹⁸ “*Tamamen veya kısmen*” ibaresi fiziksel hareketi işaret etmemektedir. Bununla beraber, seri cinayetlerin ne zaman soykırıma dönüşeceği, bunun için bir eşik sayının bulunup bulunmadığı, soykırıma dönüşme aşamasının failin niyetine göre mi belirleneceği konusunda değişik görüşler mevcuttur. İbarenin anlamı konusunda doktrinde dört farklı yaklaşım hâkimdir. İlk yaklaşım, çok fazla destek görmeyen sınırlı bir yaklaşımdır. Buna göre, soykırım kastının grubun tamamını yok etmeye yönelmesine karşın, grubun kısmen yok edilmesi fiziksel olarak gerçekleştirilmelidir.²¹⁹ Soykırım suçunun oluşması için grubun tamamen yok edilmesine gerek yoktur.²²⁰ Bu durum, soykırım suçunun tanımında yer alan “*tamamen veya kısmen yok etme*” ibaresinden kolayca anlaşılmalıdır. Tamamen veya kısmen ibaresi, nitelik veya nicelik olarak grubun önemli bir kısmının yok edilmesi anlamına gelmektedir.

İkinci yaklaşım, “*kısmen*” kelimesi yerine “*önemli*” kelimesinin kullanılmasını temel alır. *Nehemiah Robinson* tarafından benimsenen bu yaklaşıma göre, sayının önemli kalması şartıyla, soykırım aynı gruba mensup çok sayıda kişinin yok edilmesini amaçlamalıdır. Bu yaklaşım, UCMR’nın *Kayishema ve Ruzindana* davasında, “*kısmen*” kelimesinin önemli sayıda kişinin yok edilmesi kastını gerektirdiğini belirtmesi suretiyle benimsenmiştir. Ayrıca, UCMY bir kararında; soykırımın, grubun önemli bir kısmını yok etme kastını içerdiğini, çok önemli bir kısmın yok edilmesinin kastedilmesine gerek kalmadığını belirtmiştir.²²¹

Üçüncü yaklaşım, niceliksel bir bakış açısından daha çok niteliksel bir bakış açısını içermektedir. *Benjamin Whitaker*’ın 1985 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’na verdiği raporunda, kısmen kelimesinin, bir bütün olarak grubun tamamı veya grubun liderleri gibi önemli bir kısmı ile bağlantılı “*makul kayda değer bir sayı*” anlamına geldiği belirtilmiştir. *Jelisc* davasında verilen ve yok edilme-

²¹⁸ “*Tamamen veya kısmen*” ibaresi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün hazırlık çalışmalarında da tartışılmış ve söz konusu ibarenin özel kastı ifade ettiği, kısmen ibaresinden gruba ait bireylerin cüzi bir miktarından daha fazlasının yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Young Sok Kim, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, the Degree of Doctor of Science of Law (Yayımlanmamıştır), University of Illinois, 2000, s. 76.)

²¹⁹ Schabas, s. 49.

²²⁰ Jørgensen, s. 299.

²²¹ Schabas, s. 49.

leri halinde grubun yaşamı üzerinde etkileri olan kişilerin yok edilmesinin, soykırım maksadına işaret edebileceği görüşü, söz konusu yaklaşımı temel alır.²²²

Sonuncu yaklaşım ise “*tamamen veya kısmen*” ibaresini, belli bir bölgedeki grup üyelerini göz önüne alarak belirlemektedir.²²³

Uluslararası Ceza Mahkemeleri de, “*tamamen veya kısmen*” kavramını anlamlandıracak kararlar vermişlerdir. *Krstic* kararında, “*kısmen*” ibaresinin grubun hem niteliksel hem de niceliksel olarak önemli bir kısmını ifade ettiği belirtilmiştir. *Kayishema* kararında, soykırım suçunun oluşabilmesi için grup üyelerinden kayda değer bir sayının yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²²⁴

Grubun önemli bir kısmının (a substantial part of the group) belirlenmesi birkaç açıdan mümkündür. Niceliksel açıdan grubun belirlenmesi ilk yöntemdir. Niceliksel belirlemede, kesin sayılarla belirleme yerine, grubun tümünün göz önüne alınması ve sayının, tüm grup için önemli olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Niteliksel açıdan grubun önemli kısmının belirlenmesinde, nitelikli kısmın grup üzerindeki simgesel önemi ve grubun yaşamı için gerekliliği esas alınmaktadır. Grubun önemli kısmına ilişkin bu belirlemeler, ele alınan vakıya göre değişecektir.²²⁵

Tek bir kişinin öldürülmesinin bile soykırım suçunu oluşturacağı ileri sürülmüştür.²²⁶ Roma Statüsü Suçun Unsurları 6 (c) (1) maddesi, failin bir veya birden fazla kişiyi öldürmesinin soykırım suçunu oluşturacağını belirtmek suretiyle bu görüşü desteklemektedir. Bundan dolayı, en azından prensip olarak, eylemin, hedef alınan grubun önemli bir kısmının yok edilmesi ile sonuçlanacak bir planın parçası olması şartıyla, fail soykırım suçundan sorumlu tutulabilir.²²⁷ Türk kanun koyucusu 76. maddede soykırım suçunu oluşturan hareketleri

²²² Schabas, s. 50.

²²³ Schabas, s. 51.

²²⁴ HRW, s. 159.

²²⁵ Grubun önemli bir kısmının belirlenmesine ilişkin bkz., *Krstic*, *Blagojevic* ve *Jokic*, *Brdjanin* kararları (HRW, s. 159,160)

²²⁶ Birleşmiş Milletler çalışmaları esnasında Fransız delegesi Chaumont “*Özel kast mevcut ise, tek bir kişinin yok edilmesi bile soykırım suçunu oluşturur*” demiştir. Ancak bu görüş diğer delegeler tarafından, soykırım suçu ile adam öldürme suçu arasındaki ayırımın silikleşmesinden dolayı kabul edilmemiştir (Jørgensen, s. 299).

²²⁷ Jørgensen, s. 299; Kalere, s. 471.

sayarken, “*kasten öldürme*” kavramına yer vermesinden, Sözleşmede yer alan “*grup üyelerinin öldürülmesi*” gibi çoğul bir anlam çıkarılacak düzenlemeyi tercih etmemesinden dolayı, Türk hukukunda soykırım kastıyla tek bir kişinin öldürülmesi dahi soykırım suçunu oluşturmaktadır.²²⁸

Soykırım suçu sınırlı bir bölge, belediye veya il sınırları içinde işlenebilir. Suçun oluşması için hedeflenen grubun, ülke içindeki tüm üyelerine karşı eylemin gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Ancak bu durumda, söz konusu bölge, belediye veya il sınırları içinde bulunan grup üyelerinin, grubun tamamına göre önemli bir kısmını oluşturması gereklidir. Nitekim *Jelisc* davasında mahkeme, Soykırım Sözleşmesinin ve uluslararası örf hukukunun, soykırım suçunun belli bir bölgede gerçekleştirilmesine imkân tanıdığını belirtmiştir.²²⁹

Yok edilmeleri halinde, söz konusu grubun bekasını tehlikeye atabilecek olan grup liderlerinin yok edilmesi de soykırım kapsamında değerlendirilmektedir.²³⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi *Brdjanin, Skirica, Jelisc* kararlarında grup liderlerinin yok edilmesinin, grubun yok edilmesi özel kastının bir kanıtı olacağını belirtmiştir.²³¹

“*Yok etme*” kavramından, grubun sosyal kimliğinin sona erdirilmesi anlaşıldığı gibi grup üyelerinin fiziksel olarak ortadan kaldırılması da anlaşılmaktadır. Alman içtihatlarında, grubun sosyal kimliğinin sona erdirilmesi, yok etme kavramı içinde mütalaa edilirken, Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Krstic* kararında yok etme kavramının, grubun fiziksel olarak ortadan kaldırılması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.²³²

4. Yok Etme Kastının İspatı

Soykırım suçunda en önemli sorun, failin, soykırım suçunu oluşturan hareketleri, madde metninde belirtilen gruplardan herhangi birini tamamen veya kısmen yok etme kastı ile hareket ettiğinin ispat edilmesidir. Söz konusu durumun ispatı çok güçtür. Yok etme kastı, doğrudan ispat yoluyla veya belirti yoluyla ispat yöntemi kullanılarak

²²⁸ Turhan, Uluslararası, s. 14.

²²⁹ Jørgensen, s. 300.

²³⁰ Jørgensen, s. 302.

²³¹ HRW, s. 160.

²³² Kreß, s. 486.

fiilin irtikabına ilişkin durumlardan çıkarılabilir.²³³

Eski Yugoslavya Uzmanlar Komisyonu Raporu'nda, soykırım niyetinin belli durumlardan çıkarılabileceği belirtilmiştir. Soykırım niyetinin belli durumlardan çıkarılması fikri ilk olarak 1985 yılında Whitaker tarafından hazırlanan "*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sorunu Hakkında Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Rapor*" da yer almıştır. Rapora göre soykırım niyeti, mahkeme tarafından belli kanıtlar ve durumlardan çıkarılabilir. *Akayesu* davasında da mahkeme Tutsi'lere karşı işlenen zalimce eylemlerin sayısına, yaygın eylemlerin sadece Taba komününe değil, Ruanda'nın tamamındaki Tutsi'leri hedef almasına, mağdurların belli bir sistem içinde ve kasten Tutsi grubunun üyeleri arasından seçilmesine, diğer gruplara karşı eylemlerin gerçekleştirilmemesine bağlı olarak, makul şüphenin ötesinde sanığın soykırım niyetinin bulunduğu kanaat getirmiştir.²³⁴

Soykırım suçunda manevi unsurun oluşması açısından, yok etme kastının tüm gruba yönelmesine gerek yoktur. *Kayishema ve Ruzindana* davasında da belirtildiği üzere yok etme kastının, grubun önemli bir kısmına yönelmesi halinde de manevi unsurunun oluştuğundan bahsedilecektir. Aynı şekilde *Jelusic* davasında grubun önemli bir kısmını veya grubun önemli temsilcilerini yok etme kastı, manevi unsur açısından yeterli sayılmıştır.²³⁵

Yok etme özel kastı, faili suç işlemeye iten motivasyondan ayrılması gereklidir. Failin farklı motivasyonlarının bulunması, grubu yok etme kastının varlığını veya yokluğunu doğrudan işaret etmeyecektir. Örneğin faili suça iten, ekonomik menfaat, politik avantaj veya güç elde etme isteği olabilir ancak bu failde, soykırım suçu için gerekli özel kastın olmadığını göstermeyecektir.²³⁶

Uluslararası Ceza Mahkemeleri, soykırım suçunun oluşması için gerekli olan özel kastın vakıyalardan, somut olaylardan veya amaçsal eylemin yapısından çıkarılabileceğini muhtelif kararlarında belirtmiştir.²³⁷

²³³ Turhan, Soykırım, s. 49.

²³⁴ Jørgensen, s. 298.

²³⁵ Jørgensen, s. 302.

²³⁶ *Kayishema ve Ruzindana*, *Krnojelac, Jelusic, Brdjanin ve Tadic* kararları (HRW, s. 154).

²³⁷ *Krstic, Brdjanin* kararları (HRW, s. 155); *Obote-Odora*, s. 397; *Quénivet*, s. 48.

G. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan fiilin yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çatışma halinde olması, hukukun bu fiile onay vermemesidir.²³⁸ Ceza normunun müeyyide altına aldığı fiile, başka bir hukuk kuralı izin veriyorsa ve işlenmesini mümkün kılıyorsa “*hukuka uygunluk sebebi*” söz konusudur. Çalışma konumuz olan suçta herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğu kanaatinde değiliz.²³⁹

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Soykırım suçunun oluşabilmesi için suçu oluşturan fiillerin bir ya da birkaçının işlenmiş olması yeterlidir. Ayrıca grubun tamamen veya kısmen yok edilmesine gerek yoktur.²⁴⁰ Maddi unsur bölümünde izah edildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan maddi hareketlerin bazılarında neticenin gerçekleşmesi aranırken, bazıları soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Örneğin kasten öldürme fiilinin, özel kastın varlığında, soykırım suçunu oluşturması için en az bir bireyin ölümünün gerçekleşmesi gereklidir. Bedensel veya ruhsal ağır zararlar verme hareketi de bir zarar suçudur ve neticenin gerçekleşmesi gereklidir. Buna karşılık, grup içinde doğumlara engel olunması veya grubun yaşam koşullarının kötüleştirilmesinde, grubun tamamen veya kısmen yok edilmiş olmasına, başka bir anlatımla neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Suçun oluşması için neticenin gerçekleşmesinin arandığı eylemlere teşebbüs mümkündür. Ancak neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı eylemler olan grubun yaşam koşullarının kötüleştirilmesi ve grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınmasına teşebbüs mümkün değildir.

TCK'nın 76. maddesinin 4. fıkrası gereğince, soykırım suçu açısından zamanaşımı hükümleri uygulanmayacağından dolayı, suçun ne zaman işlendiğinin tespitinin de önemi azalmıştır.²⁴¹

Soykırım Sözleşmesi 3 (d) maddesi, soykırım suçuna teşebbüsün

²³⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 479.

²³⁹ Bkz., aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s. 53.

²⁴⁰ Önok, s. 187.

²⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 55.

cezalandırılır bir eylem olduğunu belirtmiştir. Sözleşme doğrultusunda bazı ülkeler, soykırım suçuna teşebbüsü, soykırım suçunu düzenleyen madde içinde cezalandırmışlardır. Örneğin Danimarka (132 sk 2. maddesinde), Finlandiya (CK 6 ks.), İsrail (5710 sk 3. md.), teşebbüsü özel olarak düzenleyen ülkeler arasında sayılabilir. Diğer bazı ülkeler ise soykırım suçuna teşebbüs için özel bir hüküm koymamış, teşebbüsü ceza kanunlarının genel hükümlerine bırakmışlardır.

B. İçtima

Soykırım suçu, bünyesinde barındırdığı özel kasttan dolayı, müstakil bir suç tipi olarak ülkelerin ceza kanunlarında düzenlenmiştir. Soykırım suçunu oluşturan eylemlerin birçoğu, soykırım suçunu düzenleyen özel hükümler bulunmasa bile ülke kanunlarında cezalandırılan eylemlerdendir. Bununla birlikte, grup içinde doğumların önlenmesine yönelik tedbirleri uygulamak gibi eylemler, soykırım suçunu özel olarak düzenlemeyen ülkelerde, cezasız kalan eylemler olmuştur. Soykırım suçunda fail, soykırım suçunun cezasını aldıktan sonra ayrıca kasten öldürme ve yaralamadan dolayı ceza almayacaktır. Ancak TCK'nın 76/2. fıkrasında belirtildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan fiillerden kasten öldürme ve kasten yaralama açısından, mağdur sayısı kadar suç oluşacak ve gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.²⁴² 76. maddenin 2. fıkrası, TBMM Genel Kurulu'nda verilen bir önerge ile eklenmiştir. Maddeye göre fail, soykırım kastıyla birden fazla kişiyi öldürmüş ise öldürdüğü kişi sayısı kadar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alacaktır. Aynı şekilde, birden fazla kişiyi yaralaması durumunda da, yaraladığı kişi sayısı kadar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alacaktır. Doktrinde, bu düzenlemenin özellikle yaralama suçları için kabul edilemez olduğu, failin saiki ne kadar ağır olursa olsun, söz konusu cezanın failin kusuru ile orantılı olmadığı belirtilmektedir.²⁴³ Ka-naatimizce düzenlemeye getirilen bu eleştiri yerindedir.

C. İştirak

Soykırım Sözleşmesi'nin III. maddesinin (e) bendi, soykırımı iştirakin de cezalandırılabilir bir eylem olduğunu belirtmek suretiyle, soykırım suçunun işlenmesine yardım eden kişilerin cezasız kalması-

²⁴² Önok, s. 187.

²⁴³ Turhan, Uluslararası, s. 15.

nı engellemiştir.²⁴⁴ Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında, soykırım suçuna iştirakin ve iştirak fiillerinin tanımı konusunda değişik öneriler sunulmuştur. Amerika Birleşik Devletleri delegesi; soykırım suçunun veya soykırım fiillerine isteyerek katılmanın hukuka aykırı ve cezalandırılması gereken bir eylem olduğunu teklif etmiş; Fransız delegesi soykırım suçunun doğrudan failleri ve şeriklerinin sorumlu olduklarını, soykırımı teşebbüsün, suça teşvikin de suç olduğunu belirtmiş; Sovyet Delegesi, Sözleşmenin soykırım ile eşit şartlarda olmak üzere iştirakin ceza özelliğini belirtmesi gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir.²⁴⁵

Soykırım Sözleşmesi'nin, soykırım suçuna iştiraki ülkelerin ceza hukuku genel hükümlerine bırakmayarak, ayrı bir suç olarak düzenlemesi, Sözleşmenin iç hukuka aktarımı sırasında bazı ülkeler tarafından kabul görmemiştir. Örneğin Birleşik Krallık, soykırım suçuna iştirakin de cezalandırılacağını belirten hükmü iç hukukuna dâhil etmemiş, iştiraki oluşturan fiillerin zaten mevcut hukuk sistemlerin de cezalandırıldığını belirtmiş ve ayrı bir hükme gerek görmemiştir.²⁴⁶

Soykırım suçunda, şerikin sorumlu tutulabilmesi için şerikte ulusal, etnik, ırki veya dinsel grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastının bulunduğu ispat edilmesi gereklidir. Özel kastın bulunduğu, makul şüphenin ötesinde ispatlanmalıdır. Özel kast ispat edilmezse, şeriki ne soykırım suçundan ne de soykırım suçuna iştiraktan cezalandırma imkânı yoktur. Bununla birlikte özel kastın mevcut olmaması, şerikin diğer suçlardan cezalandırılmasına engel değildir. Her ne kadar soykırım suçuna iştirak, özel kast olmadığından söz konusu değilse de, özel kastı gerektirmeyen insanlığa karşı suçların varlığından bahsedilebilecektir.²⁴⁷ Türk hukuku açısından, soykırım suçuna iştirak bir özellik arz etmemektedir.²⁴⁸

IX. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER

A. Ağırlatıcı haller

Türk hukukunda soykırım suçu için herhangi bir ağırlatıcı hal

²⁴⁴ Alex Obote-Odora, "Complicity in Genocide as Understood Through the ICTR Experience", *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 378.

²⁴⁵ Obote-Odora, s. 379.

²⁴⁶ Obote-Odora, s. 380.

²⁴⁷ Obote/Odora, s. 377.

²⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 55.

düzenlenmemiştir. Mukayeseli hukukta bazı ülke kanunlarının soykırım suçu için ağırlatıcı hal düzenlediğini görmekteyiz. Örneğin Romanya, soykırım suçunun savaş esnasında işlenmesini ağırlatıcı hal olarak düzenlemiştir (CK m. 356).

B. Hafifletici Haller

Türk hukukunda soykırım suçu için de herhangi bir hafifletici hal düzenlenmemiştir. Mukayeseli hukukta ise incelediğimiz kanunlar arasında, soykırım suçu için hafifletici hal düzenleyen kanun bulunmamaktadır.

X. MÜEYYİDE VE KOVUŞTURMA

Türk hukukunda soykırım suçu için mevcut en ağır ceza olan ağırlatılmış müebbet hapis cezası verilmektedir. Cezanın ağırlığı, kanun koyucunun soykırım suçunun önlenmesine verdiği önemi göstermesi açısından yerindedir. Türk hukukunda, soykırım suçunu oluşturan eylemler arasında, eylemin karşılığında öngörülen ceza bakımından bir fark yaratılmamıştır. 76. maddede yer alan beş farklı eylem için de müebbet ağırlatılmış hapis cezası öngörülmüştür. Belirtmeliyiz ki, soykırım suçunu oluşturan ve ağırlıkları aynı olmayan beş farklı hareketin de aynı müeyyide ile cezalandırılmış olması, ceza politikası açısından uygun bir çözüm tarzı değildir. Bu durumda, ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla grup üyelerinden birini kasten öldüren kişi ile grup içinde doğumları önlemek amacıyla grup üyelerini, cinsel ilişkide bulunmamaya teşvik eden, grubun kadınlarına hamile kalmayı önleyici ilaç dağıtan kimse-nin eylemi aynı ceza ile yaptırım altına alınmış olmaktadır.

Mukayeseli hukukta çoğunlukla soykırım suçu, söz konusu hukuk düzenindeki en ağır ceza ile cezalandırılmıştır. Örneğin Arnavut Ceza Kanunu, soykırım suçunu oluşturan her eylem için ayrı ceza yerine, 10 yıldan, ölüm cezasına kadar aralıklı bir ceza öngörmüştür. Danimarka Hukukunda tüm eylemler için 16 yıldan aşağı olmamak üzere, müebbet hapse kadar ceza belirlenmiştir. Benzer düzenlemeleri Estonya, Fin (4 yıldan müebbet hapse kadar) ve Paraguay Ceza Kanunları'nda da görmekteyiz. Buna karşın bazı ülke kanunlarının, Sözleşmede yer alan eylemler arasında cezai bakımdan farklılıklar yarattığı görülmektedir. Örneğin Polonya Ceza Kanunu'nda grup üyelerinin öldürülme-

si veya sağlıklarına ciddi zararlar verilmesine sebep olunması eylemi için 12 yıldan müebbet hapse kadar aralıklı bir ceza öngörülmüşken, grubun yaşam koşullarının kötüleştirilmesi, grup içindeki doğumları önleyici tedbirler alınması veya gruba ait çocukların başka gruplara zorla nakli 5 yıldan 25 yıla kadar hapis cezası ile yaptırım altına alınmıştır. Aynı şekilde Meksika Ceza Kanunu da, her eylem için farklı ceza öngörmüştür.

Uluslararası bir suç olan soykırım suçunun kovuşturulmasında yetkinin Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi gereğince suçun işlendiği ülke veya yetkili olan uluslararası ceza mahkemesine ait olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte, henüz Soykırım Sözleşmesi'ni imzalamayan ülkeler için uluslararası örf hukukundan doğan bir yükümlülüğün bulunduğu yönünde düşünce her geçen gün daha da güçlenmektedir.²⁴⁹ Roma Statüsü'nün önsözünün 6. paragrafında, uluslararası suç faillerini yargılamanın her devletin görevi olduğunun ifade edilmesi de, uluslararası örf hukukundan doğan bir yükümlülüğün bulunduğu düşüncesini desteklemektedir. Ancak Roma Statüsü, böyle bir yükümlülüğü uygulamamakta, sadece böyle bir yükümlülüğün uluslararası örf hukukunun bir parçası olduğunu belirtmektedir. Ülkeler, Roma Statüsü'nü imzalamak suretiyle, bu durumu kabul etmektedirler. Roma Statüsü'nün imzalanması, uluslararası örf hukukunun kabulü için gerekli olan ülke uygulamaları olarak kabul edilebilir. Bu durumda herhangi bir ülke, Soykırım Sözleşmesi'ni imzalayıp imzalamadığına bakılmaksızın, uluslararası örf hukukunun bir parçası olduğunu iddia ederek, soykırım suçunun faillerini kendi ulusal mahkemelerinde yargılama hakkını ileri sürebilir.²⁵⁰

Roma Statüsü'nün önsözünün 4. paragrafında ifade edilen uluslararası topluluğu etkileyen suçların cezasız kalmaması ve etkin bir kovuşturmanın mutlaka yapılması gerekliliğini öne süren devletler, soykırım suçu faillerinin kendi ülkelerinde bulunması koşuluyla yargı yetkisinin kendilerinde olduğunu belirtebilirler. Ancak bu durumda, 1948 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1984 tarihli İşkence Sözleşmesi'nde düzenlenen uluslararası suçların kovuşturulması görevini öne sürerek, faillerin kendi ülkelerinde bulunan devletlerin ya söz konusu failleri yargulamaları ya da diğer bir ülkeye iade etmeleri gerektiği ileri

²⁴⁹ Kreicker, s. 316.

²⁵⁰ Kreicker, s. 316.

sürülebilir ("*aut dedere aut judicare*",²⁵¹ ya yargıla ya iade et ilkesi).²⁵²

Uluslararası Adalet Divanı, 2002 yılında vermiş olduğu *Democratic Republic of Congo vs. Belgium* kararında, uluslararası hukuk tarafından ülkelere "*evrensellik prensibi*" çerçevesinde hangi sınıra kadar kovuşturma yetkisi tanındığına ilişkin kesin bir cevabın verilmesinin güç olduğunu belirtmiştir. Divan kararında; "*hâkim görüşe göre, mülkîlik ilkesi gereğince, failin sınırları içinde bulunduğu devletin ve failin milliyetine bakılmaksızın suçun işlendiği ülkenin yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Evrensellik ilkesi gereğince sınırsız bir yargı yetkisine karşı olanlar, failin milliyetinde bulunduğu ve suçun işlendiği ülkenin egemenlik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş pek inandırıcı değildir, çünkü diğer uluslararası suçların yanı sıra soykırım suçunun işlenmesi, jus cogens'in ihlalidir ve erga omnes etkisine sahiptir. Bunun sonucu olarak da her devlet, söz konusu suçtan etkilenmektedir. Soykırım suçu, bir ülkenin ulusal sorunu değildir ve egemenlik hakları ile izah edilemez. Bundan dolayı, ülkelerin yargı yetkilerini sınırlamak için bir neden yoktur ve her devlet, suç ile kendi arasında özel bir bağ bulunup bulunmadığında bakılmaksızın, sınırsız evrensellik ilkesi gereğince uluslararası suçları kovuşturma yetkisine sahiptir*"²⁵³ demektedir.

Türk kanun koyucusu, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına uygun bir düzenleme yapmıştır. Soykırım suçunun düzenlendiği 76. maddenin de içinde bulunduğu İkinci Kitabın Birinci Kısımında yer alan suçlar, yabancı tarafından yabancı bir ülkede işlense ve hatta fail Türkiye'de bulunmasa dahi Türk kanunları uygulanacaktır (TCK m. 13).²⁵⁴ Görüldüğü üzere 13. maddeye göre soykırım suçu için sınırlandırılmamış evrensellik ilkesi kabul edilmiştir.²⁵⁵ Ancak sınırlandırılmamış evrensellik ilkesinde, dünyanın herhangi bir yerinde, yabancı kişi tarafından işlenen tüm soykırım suçlarının kovuşturulmasının Türk

²⁵¹ "*aut dedere aut judicare*" (ya yargıla ya iade et) ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz., Colleen Enache-Brown ve Ari Fried, "*Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law*", *McGill Law Journal/Revue de Droit De McGill*, Vol.: 43, s. 613 vd; Michael J. Kelly, "*Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collision for Prosecuting Foreign Terrorists-Passage of Aut Dedere Aut Judicare into Customary Law & Refusal to Extradite Based on the Death Penalty*", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol.: 20, No.:3, 2002, s. 492 vd.

²⁵² Kreicker, s. 316, 317.

²⁵³ Kreicker, s. 317, 318.

²⁵⁴ Turhan, *Uluslararası*, s. 12; Tezcan/Erdem/Önok, s. 47.

²⁵⁵ Turhan, *Uluslararası*, s. 12.

savcısı tarafından yapılması gibi fiilen imkânsız bir durumla karşılaşmaktadır.²⁵⁶ Ayrıca böyle bir kovuşturma, uluslararası ilişkilerde de sorunlara yol açacaktır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi ağır ceza mahkemelerinin on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili davalara bakacağını belirtmesinden dolayı, Türk hukukunda, soykırım suçu için görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir.

XI. ERMENİ TEHCİRİ OLAYININ SOYKIRIM SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Birçok uluslararası çalışma, soykırım suçunu tanımlarken Ermeni tehcirine gönderme yapmakta ancak Ermeni tehcirinin niçin ve hangi şartlar altında soykırım olarak adlandırılması gerektiği noktasını açıklayamamaktadır.²⁵⁷ Bazı çalışmalarda, 24 Mayıs 1915'te Fransa, Büyük Britanya ve Rusya tarafından Osmanlı İmparatorluğu'na verilen ortak bildirge, soykırım fiillerinin işlenmesinin delili olarak gösterilmektedir.²⁵⁸

Ermeni tehcirine ilişkin tarihsel belgelerin ortaya çıkarılmasının ve ortaya çıkarılan tarihsel belgelerin yorumlanmasının tarih bilimi disiplini altında yapılması gerektiğini belirtmeliyiz. Bununla birlikte, tarihsel verilerin ancak ceza hukuku bakış açısından anlam kazanabileceği, uluslararası bir suç olan soykırım suçunun mevcudiyetinin ceza hukuku kurallarına göre belirleneceği de ayrı bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ermeni tehcirinin soykırım suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirmemizi; kanunilik veya kanunsuz

²⁵⁶ Turhan, Uluslararası, s. 12; Tezcan/Erdem/Önok, s. 47.

²⁵⁷ Developments in the Law International Criminal Law, *Harvard Law Review*, Vol:114, May 2001, s. 1950 (Developments olarak anılacaktır); Schabas, *Genocide*, s. 16; Daniela Conversi, "Genocide, Ethnic Cleansing, and Nationalism", in *Handbook of Nations and Nationalism* (Ed.Gerard Delanty and Krishan Kumar), London 2006, s. 321; Nicole Powell, *Elite Perceptions and The Adoption of An Extremist Policy of Genocide: A Comparative Case Study of Armenia and Rwanda*, The Degree of Master of Art, University of New Hampshire (Yayımlanmamıştır), September 2004, s. 37 vd; Christopher John Powell, *Civilization and Genocide*, The Degree of Doctor of Philosophy, Carleton University (Yayımlanmamıştır), November 2004, s. 353 vd.

²⁵⁸ Schabas, *Genocide*, s. 16; Aynı zamanda bu bildirge, "insanlığa karşı suçlar" teriminin ilk kez kullanıldığı belge olarak gösterilmektedir (Schabas, *Genocide*, s. 16).

suç veya ceza olmaz ilkesi, soykırım suçunun manevi unsuru ve soykırım suçunu oluşturan hareketler açısından değerlendirileceğiz.

1982 Anayasası'nın 38. maddesi "...kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz..." demek suretiyle "suçta kanunilik ilkesi"ni ifade etmiştir. Bir fiilin suç olabilmesi için kendisinden önce gelen bir kanun tarafından, suç olarak tarif edilmiş olması gerekmektedir. Çağdaş ceza hukuku ilkelerinden biri olan "suçta kanunilik ilkesi", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de "Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez..." demek suretiyle belirtilmektedir.

Bir eylemin uluslararası hukuka göre suç sayılması için söz konusu eylemin anlaşmalarda veya uluslararası örf hukukunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Soykırım suçunun bir uluslararası anlaşmaya konu olması 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi ile mümkün olmuştur. Ayrıca söz konusu Sözleşme'nin uygulanmaya başlaması ile soykırım suçunun "ius cogens" niteliği vurgulanmıştır. Ermeni tehcirinin gerçekleştirildiği 1915 yılında, soykırım suçunu düzenleyen bir sözleşme veya örf hukuku kuralı bulunmadığından dolayı, gerçekleştirilen bir takım fiillerin soykırım suçunu oluşturduğunu ileri sürmek "suçta kanunilik ilkesi" açısından mümkün değildir²⁵⁹. 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre, anlaşmalarda hükümlerin geriye yürüyebileceği kararlaştırılabilir. Ancak Soykırım Sözleşmesi'nde, Sözleşmenin geriye yürüyeceğini belirten herhangi bir hüküm yoktur.²⁶⁰

Yukarıda açıklandığı üzere soykırım suçunun manevi unsuru kasttır ve suçun oluşması için failde belli bir grubu tamamen veya kısmen yok etme özel kastı bulunmalıdır. Buna göre Ermeni tehcirinin, Ermeni toplumunu tamamen veya kısmen yok etme kastı ile yapıp yapılmadığını incelemek gerekir. Osmanlı İmparatorluğu, 1915 yılına kadar, sadece Ermeniler'in teröre bulaşan kesimine yönelik tedbir almıştır.²⁶¹ Ermeni tehciri, Osmanlı ordusu savaşta iken cephe gerisinde mühimmat ve yiyecek konvoylarına saldırı düzenleyen, cepheye gönderilen

²⁵⁹ Köprülü, s. 99; Benzer şekilde bkz., Adem Sözüer, "Soykırım Değil, Çünkü...", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 9, Aralık 2006, s. 6; Turhan, Soykırım, s. 50.

²⁶⁰ Köprülü, s. 98; Sözüer, s. 8.

²⁶¹ Yusuf Halaçoğlu, *Sürgünden Soykırıma Ermeni İddiaları*, 3. Baskı, Ocak 2007, s. 20 (Halaçoğlu, Soykırım olarak anılacaktır); aynı yazar, Ermeni Tehciri, 9. Baskı, İstanbul 2006, s. 25 vd (Halaçoğlu, Tehcir olarak anılacaktır).

takviye birliklerine baskınlar yapan, bölgede karışıklık çıkaran Ermenileri, yalnızca o bölgede yaşayanlar ile sınırlı kalmak üzere, bölge dışına çıkarmak amacıyla yapılmıştır.²⁶² Ayrıca 28 Mayıs 1915 tarihli talimatnamede, tehcir ettirilen Ermenilerin yol boyunca iaşelerinin sağlanması, can ve mal güvenliklerinin korunmasına önem verilmesi valilerden istenmiştir.²⁶³ Tehcir kararının; bir zorunluluğun sonucu alınması, sadece belli bir bölgede yaşayan Ermenileri hedeflemesi ve tehcir esnasında can ve mallarının korunmasına özen gösterilmesine yönelik görevlilerin talimatlandırılmasından dolayı, tamamen veya kısmen yok etme kastı ile gerçekleştirilmediği açıktır. Özel kastın bulunmamasından dolayı tehcir, soykırım olarak nitelendirilemeyecektir.²⁶⁴

Son olarak bir grubun, ülke içinde belli bir bölgeye yerleştirilmesi, açık olarak yaşam koşullarının kötüleştirilmesi suretiyle yok edilmesi amaçlanmıyorsa, soykırım suçunu oluşturan fiiller arasında sayılmaktadır. Soykırım tezini savunan uluslararası çalışmalar, Ermeni tehcirini, yurt dışına sürme (deportation) olarak adlandırmakta ve yurt dışına sürmenin, insanın yaşaması için gerekli olan temel ihtiyaçlarından yoksun etmek suretiyle, onların hastalıktan, yetersiz beslenmeden ve aşırı yorgunluktan kitlesel ölümlere sebep olduğunu belirtmektedir.²⁶⁵ Ancak Ermeni tehciri, Osmanlı topraklarında belli bir bölümünde yaşayan Ermenileri, savaş zorunluluklarından dolayı yine Osmanlı topraklarında başka bir yere zorla göç ettirilmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. Yoksa iddia edildiği gibi Osmanlı topraklarının dışına çıkarılmamışlardır. Tehcir sırasında bir kısım Ermenilerin öldüğü (sayıları yaklaşık 50.000²⁶⁶) bir gerçektir. Ancak bu ölümler, tamamen veya kısmen grubu yok etme kastıyla gerçekleştirilen fiiller sonucu olmamıştır. Ölümlerin ana sebepleri hastalık ve kabilelere yapılan saldırılardır.

XII. SONUÇ

Türk kanun koyucusunun, Soykırım Sözleşmesi'ni imzalamaktan kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek için 5237

²⁶² Halaçoğlu, Soykırım, s. 46; Halaçoğlu, Tehcir, s. 72; Turhan, Soykırım, s. 50, 51; Nazan Moroğlu, "Hukuki Açıdan Ermeni Soykırımı İddiaları", *Belgeler ve Tanıklarla Türk-Ermeni İlişkilerinde Tarihi Gerçekler*, (Ed.Aysel Ekşi), Kasım 2006, s. 80.

²⁶³ Halaçoğlu, Soykırım, s. 52, 53.

²⁶⁴ Bkz., Moroğlu, s. 80; Turhan, Soykırım, s. 55.

²⁶⁵ Schabas, *Genocide*, s. 168.

²⁶⁶ Halaçoğlu, s. 66.

sayılı TCK'nın 76. maddesinde soykırım suçunu düzenlemesi olumlu bir gelişmedir. Soykırım suçunun düzenlendiği kısmın "*Uluslararası Suçlar*" başlığını taşıması, suçun uluslararası bir suç olduğunu belirtmesi ve mukayeseli hukukta çoğunlukla ülkelerin, soykırım suçunu "*Uluslararası Suçlar*" başlığı altında düzenlemiş olmasından dolayı yerindedir. Ayrıca TCK'nın Özel Hükümler bölümünün çalışma konumuz olan suç ile başlaması, kanun koyucunun söz konusu suça verdiği önemin de bir göstergesidir.

Soykırım suçu, Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemenin birkaç ufak değişiklik dışında aynen alınması suretiyle TCK'na ithal edilmiştir. Bu haliyle, statik referans modelini benimseyen kanun koyucu, uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarından da Türk hukukunun yararlanma olanağına kavuşmasını sağlamıştır. Düzenlemenin birçok ülke kanunu ile benzer özellikler taşıdığı ve bu kapsamda uygun olduğunu belirtmeliyiz.

Soykırım suçunda korunan grupların sınırlı sayıda olması ulusal veya uluslararası doktrinde eleştirilmiş olmasına rağmen, Türk kanun koyucusunun Sözleşme ve mukayeseli hukuktaki yaygın eğilime uygun olarak korunan grupları sınırlı olarak düzenlemesi, uluslararası hukuka uygunluk açısından yerindedir. Uluslararası ceza hukukundaki gelişmelere paralel olarak, ekonomik, sosyal ve siyasal grupların da korunan gruplar içine alınması durumunda, mevcut gelişmelerin Türk hukukuna yansıtılacağını ümit etmekteyiz.

Soykırım suçunu oluşturan hareketlerin sınırlı sayıda düzenlenmesini, kültürel soykırımın kanun metnine dâhil edilmemesini, korunan gruplar açısından yapmış olduğumuz değerlendirmeler doğrultusunda uygun bulmaktayız.

Soykırım suçunu oluşturan beş hareket bakımından aynı cezanın öngörülmüş olması, eylem ile ceza arasında dengesizliğe neden olmuştur. Mukayeseli hukuktaki düzenlemeler doğrultusunda, her hareket türü için farklılaştırılmış ceza uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak, soykırım suçu için kabul edilen sınırlandırılmamış evrensellik ilkesinin, uluslararası ilişkilere zarar verebileceği ve savcılar için icrası imkânsız bir durum yaratacağı eleştirilerine katıldığımızı ifade etmeliyiz.

ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN UZANAMADIĞI YER: UYARMA VE KINAMA CEZALARININ YARGISAL DENETİMİ VE BİR DANIŞTAY KARARI

Yeliz ŞANLI *

Giriş

Çalışmanın konusu, Anayasa'nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen disiplin kararlarına ilişkin kuralın, 5170 sayılı kanunla yapılan ek ile son halini alan, Anayasa'nın 90. maddesi açısından ve aynı konulu bir Danıştay kararı çerçevesinde değerlendirilmesidir.

Danıştay Onikinci Dairesi önüne gelen temyiz isteminin konusu, öğretmen olan davacıya 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanarak verilen bir kınama cezasına ilişkin işlemin, ilk derece mahkemesince iptalidir.¹ Danıştay, "açık olan Anayasa ve yasa hükümleri karşısında kınama cezasının yargısal denetimini yapmaya hukuken olanak bulunmadığından..." ibaret çok kısa gerekçesiyle, davalı idarenin temyiz istemini kabul edip, ilk derece mahkemesinin esasa girerek verdiği iptal kararını bozmuştur. Kararın dayanağını, Anayasa'nın, "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" [kamu hizmeti görevlilerinin] başlıklı 129. maddesinin "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz" şeklindeki üçüncü fıkrası ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135 ve 136. maddeleri oluşturmaktadır. Danıştay Onikinci Dairesi'nin "Anayasa hükmüne paralel olarak" düzenlenmiş olduğunu düşündüğü 135. madde, uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılacak itirazın usulünü, 136. madde ise itirazın süresi ve sonuçlarını içermektedir. Danıştay bu kararıyla, esasen disiplin soruşturmaları açısından bir güvence maddesi olan 129.

* Asistan, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü.

¹ Danıştay Onikinci Daire, E: 2004/4584, K: 2005/3520, k. t. 18.10.2005 (Yayımlanmamış).

maddeyi, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasını emreden bir Anayasa kuralı olarak okumakta ve 657 sayılı yasanın ilgili hükümlerini de, kuralın zorunlu nitelikteki gerekleri olarak yorumlamaktadır.

Çalışmada öncelikle, Anayasa'nın 129/3. maddesi, hak arama özgürlüğü ve idari yargı denetimi açısından inceleme konusu yapılmış ve 3. fıkrada yer alan kısıtlamanın, her iki bakımdan da kabul edilemez olduğu savunulmuştur. İkinci olarak, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının, yeni hali tartışmaya açılmış ve eklenen cümle ile öngörülen "çatışma" olasılığının, Anayasa-uluslararası antlaşma değil; yasa-uluslararası antlaşma ilişkisini konu edindiği vurgulanmıştır. Buna rağmen, çalışmada, 657 sayılı yasada yer alan ve uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan kural karşısında, Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanması gerektiği iddia edilmiştir. Zira 129/3. maddede, yargı yolunun kapatılması hususunda emredici bir norm değildir. Çalışma son olarak, Onikinci Daire'nin temyiz kararının konusunu oluşturan ilk derece mahkemesinin kararına ilişkin değerlendirmeler içermektedir. Çünkü yasa karşısında "farklı hükümler" içeren bir uluslararası antlaşma kuralının uygulanması, öncelikle "aynı konu"nun, uluslararası antlaşma tarafından içerilmesine bağlıdır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesi tarafından 657 sayılı yasanın içerdiği kural ile çatıştığı düşünülen ve uyuşmazlığın çözümünde esas alınan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi ile ilgili kararlar incelenerek, maddenin içeriğini oluşturan "adil yargılanma hakkı", uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulmaması kuralı açısından tartışma konusu yapılmıştır.

Anayasa'nın 129/3. Maddesi, Hak Arama Özgürlüğü ve İdari Yargı Denetimi

1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." Söz konusu hükümde bir yandan, uyarma ve kınama cezalarına ilişkin idari işlemler dışındaki disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı; öte yandan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında "bırakılacağı" değil, "bırakılabilece-

ği" ifade edilmektedir.² Diğer bir ifadeyle yasa koyucu, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yolunu kapatmama yükümlüğü altındadır; fakat uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakma yetkisine sahip kılınmıştır.³ Kuşkusuz yasa koyucu, Anayasa hükmüyle kendisine sunulan hak arama özgürlüğünü sınırlandırma yetkisini kullanmayabilir ve temel hak ve özgürlükler lehine yeni bir düzenleme yapabilir.

Ne var ki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 tarih 2670 sayılı kanunla değişik 135. maddesiyle, uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği; aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği ve nihayet 136/3 maddesiyle de, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin ve haklarında idari yargı yoluna başvurulamaz olduğu hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenleme aynı kalmak üzere, 657 sayılı yasada bu iki işlem açısından bir düzenleme yapılmamış olsa idi, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması"na ilişkin 13., "hak arama hürriyeti"ni güvence altına alan 36 ve "idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır" şeklindeki 125. maddesi karşısında, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu ileri sürülemezdi. Bu halde, Danıştay kararında ileri sürülen görüşün tersine, 657 sayılı yasada yer alan ilgili düzenlemeler, Anayasa'nın 129. madde hükmünün "paraleli" niteliğinde değildir. Zira "paralel" nitelikte görülebilmesi, Anayasa hükmünün, "yargı denetimi dışında bırakıla-

² 129. maddenin üçüncü fıkrasının gerekçesi, "...disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağı da, tereddütleri giderecek biçimde ifade edilmiş; ancak uyarma ve kınama cezaları özellikleri dolayısıyla bu kuralın dışına çıkarılmıştır" şeklindedir (Ömer İzgi, Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, C. 2, Ankara, 2002). Gerekçede ifade edilen amaç gerçekleşmediği gibi, uyarma ve kınama cezalarının hangi "özellikler"inin bu sonucu doğurduğu da belli değildir.

³ Öğretide, Anayasa'nın 129/3 hükmünü, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasını emreden bir kural olarak yorumlayan görüş yoktur. Bkz., Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. 2, 2. B., Bursa, Ekin Kitabevi, 2003, s. 711; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 8. B., Ankara, İmaj Yayıncılık, 2003, s. 45; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Genel Esaslar, C. 1, 3. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 936.

bilir” şeklinde bir olasılığı değil, “*yargı denetimi dışındadır*” şeklinde bir zorunluluğu içermesi koşuluyla mümkün olabilirdi.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının değerlendirilebileceği ilk ölçüt, “*hak arama hürriyeti*” dir. “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Esasen 36. madde herhangi bir sınırlama sebebi içermemesine karşılık,⁴ başka bir Anayasa normu ile sınırlandırılmasına izin verildiği için, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasının, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi açısından değerlendirilmesi gerekir. Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Ayrıca bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. “*Sınırlamanın sınırları*” arasında yer alan “*kanunla sınırlama*” ilkesi, uyarma ve kınama cezaları bağlamında çeşitli kereler yargı organları önüne gelmiştir: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu,⁵ uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamayaacağı kuralının, İş ve İşçi Bulma Kurumu Personel Yönetmeliği’nde yer almasına ilişkin kararında;

“Anayasa’nın 129. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ‘uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz’ hükmü uyarınca, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu yönde bir kısıtlamanın, normlar hiyerarşisine göre yasa ile getirilebileceği de açık bulunmaktadır. Bu itibarla, yönetmelik hükmü ile yargı denetimine sınır konulması düşünülemez...” diyerek, sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğini ifade etmektedir. Benzer biçimde Danıştay Sekizinci Dairesi, aşağıdaki kararı vermiştir:⁶

“... Anayasa’nın 129. maddesindeki, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili

⁴ Madde, yasal sınırlama nedeni içermemekle birlikte, “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” denilerek oluşturulmuş bir “norm alanı”na da işaret etmektedir (Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, AÜ SBF Yayınları, No: 506, Ankara, 1982, s. 106).

⁵ E: 1991/496, K: 1992/176, k.t.23.10.1992, www.danistay.gov.tr (17.7.2006).

⁶ Danıştay 8. Dairesi, E: 1997/1535, K: 1997/4048, k. t. 18.12.1992, www.danistay.gov.tr (17.7.2006).

olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı yolundaki hüküm, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, yukarıda açıklanan hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddeye özel bir sınırlama getirmiştir. Ancak bu sınırlamanın, yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği açıktır. Davacının görev yapmakta olduğu Sosyal Sigortalar Kurumu, kendi özel kuruluş kanunu olan bir kurum olması nedeniyle, davacının 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na tabi olmayıp 4792 sayılı kanuna tabi olduğu açıktır. 4792 sayılı kanunda ise uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkını engelleyen herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Bu durumda, davacı hakkında 657 sayılı yasa hükümleri uygulanamayacağına ve uygulanması gereken 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası'nda da kınama cezasına karşı idari yargı yolunun kapalı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, idare mahkemesince dava konusu disiplin cezasının incelenmesi ve esası hakkında karar verilmesi gerekmektedir.”⁷

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının değerlendirilebileceği ikinci ölçüt, Anayasa'nın “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” şeklindeki 125. maddesidir. 129. maddenin 3. fıkrasının, 125. maddenin Anayasal istisnaları arasında olduğu açıksa da, bu yönde bir istisna olmasaydı dahi, her iki işlem türünün “hukuki sonuç doğuran” ve “ilgilinin menfaatini etkileyen” yani hakkında idari dava açılabilir nitelikte olup olmadığı sorusu yöneltilebilir.⁸ Disiplin cezaları, kamu hizmetinin bir düzen içinde görülmesi gerekliliğinden kaynaklanır. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin işgücü unsurunu oluşturduklarından, hizmetin yürütülmesini teminen alacak tedbirlerin, kamu görevlilerini konu alacağı açıktır. Sonuç olarak, birer idari tedbir ve karar niteliğindeki disiplin cezalarının, aynı zamanda yaptırım olma nitelikleri, ceza hukukunun kimi ilkelerinin disiplin hukukunu da belirlemiş olmasının nedenidir. Anayasa'nın 129. maddesinde ifade edildiği üzere, savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği, kural olarak disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı, yasallık ve oransallık ilkeleri bu durumun örnekleri olarak sayılabilir.⁹ Zira idare tarafından yapılan tek yanlı idari işlemler karşısında, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile

⁷ Aynı yöndeki kararlar için bkz., Danıştay 8. Dairesi, E: 1997/1959, K: 1998/4563, k. t. 24.12.1998; Danıştay 8. Dairesi, E: 1995/5283, K: 1997/3758, k. t. 3.12.1997, www.danistay.gov.tr (17.7.2006).

⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 710.

⁹ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, s. 714-723.

ilgili alanlarında kendilerini koruyan hukuki güvencelerin sağlanmış olması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir karara göre:

“Disiplin cezalarına ait kararlar idari eylem ve işlemlerden ayrı tasarruflardır. Bu nedenle disiplin kararları hakkında yargı yoluna başvurulması konusu Anayasa'nın 114. maddesi (idari işlemlere karşı yargı yolu) ile ilgili değildir. Disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulması hakkında Anayasa'da memur teminatı başlığında ayrıca kural vardır (m. 188).”¹⁰

1961 Anayasası'nın 118. maddesi ise, *“disiplin kararları yargı mercileri dışında bırakılmaz”* hükmünü taşımaktadır. Disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulması hakkında Anayasa'da başka bir maddenin bulunması, disiplin cezalarının idari işlem niteliğinde olmadığı anlamına gelmez.¹¹ Nitekim, 1961 Anayasası'nın 54., 1982 Anayasası'nın 66. maddesinde yer alan *“vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılmaz”* hükmünün ayrı bir maddede düzenlenmiş olması, vatandaşlıktan çıkarma kararlarının hukuki niteliğini değiştirmez.¹² Gerek 129/3., gerekse 66. maddede yer alan ifadeler, yargı denetimi güvencesinin yeniden vurgulanması mahiyetinde görülebilir.¹³ Keza, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen nitelikleri nedeniyle –disiplin kararlarında olduğu üzere– güvenceleri somutlaştıran ceza hukuku yargılaması ilkelerinin geçerli kılınması da, işlemlerin hukuki niteliği üzerinde etkili değildir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesine göre *“uyarma, memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi”*; kınama ise *“memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi”* dir. Her iki işlem türünün de, *“manevi dünya hariç”*, *“hukuk dünyasında sonuç doğuran, menfaat etkileyen”* kararlar olmadığı görüşüne¹⁴ karşılık öncelikle *“hukuk dünyasında sonuç doğurmak”* ile *“menfaat ihlali”* nin aynı anlama gelmediği belirtilmelidir. İlki, işlemin kimliği yani iptal davasının objektif koşulu, ikincisi ise ilgilinin işlem karşısındaki hukuki konumu yani iptal dava-

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1963/114, K: 1963/190, k.t: 12.7.1963, AMKD, sayı 2 (1971), s. 31-34.

¹¹ Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, Ankara, TODAİE, 1983, s. 157.

¹² A. g. e., s. 157.

¹³ A. g. e., s. 157.

¹⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 710.

sının sübjektif koşulu ile ilgilidir.¹⁵ Öte yandan, idari yargıda “*menfaat*” kavramının son tanımlanacağı ölçüt, ekonomik zarara uğramış olma durumu olsa gerektir. İptal davası ile amaçlanan, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesidir. Tam da bu nedenle, hak ihlalinin farklı olarak “*ciddi ve makul alaka*” olarak tanımlanan menfaat ihlalinin dar yorumlanmaması gerektiği ifade edilmekte ve “ihlal edilen menfaatin herhalde maddi ve ekonomik nitelikte olması gerekmediği gibi, mahkemelerce hak ihlali gibi düşünülmesi, en başta iptal davalarının objektif niteliği ile bağdaşmaz” nitelikte bulunmaktadır.¹⁶ 657 sayılı yasanın 125. maddesinde – “*özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek*”, “*devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak*”, “*iş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak*” gibi- hangi fiil ve hallerde uyarma ve kınama cezalarının verileceği sayılmıştır.¹⁷ Bu hallerin herhangi birine dayanan bir uyarma ya da kınama cezası, görüş bildiren, danışma veya hazırlık çalışması niteliğinde yahut idarenin iç işleyişi ile ilgili kararlardan olmadığı gibi, kamu görevlisinin kimi fiil ya da durumlarının bir disiplin yaptırımı ile karşılanması, insan kişiliği ve insan onuru kavramlarının dışında düşünülemez. Aylıktan kesme cezasında, nasıl ki yaptırım görünüşte maddi bir menfaatten yoksun bırakma biçiminde ortaya çıkıyorsa, uyarma ve kınama cezalarında yaptırım manevi kişilik üzerinde gerçekleşmektedir. Her ikisinin ortak yönü ise, cezanın özü olarak üzücü ve acı verici nitelikleridir.¹⁸

Anayasa'nın 90. Maddesine Yapılan Ekleme

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla eklenen cümleye göre:

¹⁵ Celal Erkut, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı*, Ankara, 1990, s. 111.

¹⁶ Danıştay, İDDGK, E: 1989/430, K: 1990/18, k. t: 2.2.1990, *Danıştay Dergisi*, sayı. 80, s. 111 vd.

¹⁷ Sayılan bir dizi nedene ek olarak, 125. madde, “yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallerde nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir” hükmünü içermektedir. Oysa “yasallık ilkesi”nin, istisna tanımaksızın idari yaptırımlar için de geçerli olması gerekir. Kamu görevlilerinden, ne olduğunu bilmedikleri “benzer eylemlerde” bulunmama davranışına ilişkin ve yaptırım tehdidi içeren bir beklenti, hukuk devleti kavramının dışındadır.

¹⁸ İl Han Özyay, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, İÜHF Yayınları, No: 691,1985, s. 23.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Maddenin son fıkrasının ekleme yapılmadan önceki hali, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar aleyhine Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükümlerinden ibaretti. 1961 Anayasası’nda da benzer şekilde düzenlenen ve 1982 Anayasası’nın ilk halinde yer alan bu hüküm, uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin, farklı hukuksal değerlendirmelerin konusunu oluşturmuştu.¹⁹ Öğretide, antlaşmaların kanunlarla eşit derecede bağlayıcılığa sahip olduğu görüşü kadar,²⁰ “Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” kuralı ve özellikle insan haklarına ilişkin sözleşmelerin niteliği dayanak kılınarak antlaşmaların kanunun üstünde,²¹ anayasal değerde²² ve Anayasa’nın üstünde²³

¹⁹ Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükmü, antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyen değil, salt ve bundan bağımsız olarak herhangi bir iç hukuk işlemine gerek olmaksızın kanunlar gibi doğrudan uygulanabilir niteliğini gösteren bir hüküm olarak okuyan görüşler mevcuttur (Mesut Gülmez, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m. 90/son)*, Ankara, TBB-İHAUM Yayınları, 2005, 55-56; İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. B, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, 404; Necmi Yüzbaşıoğlu, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m. 90/son)*, Ankara, TBB-İHAUM Yayınları, 2005, 84). Buna göre, antlaşmaları “kanun hükmünde” olarak niteleyen kuralın amacı, “sözleşmenin iç hukukla bütünleştirilmesi (ni)... onaylanan sözleşmenin, iç hukukta yasalar gibi bağlayıcılık kazandığını, iç hukuka girdiğini, onun ayrılmaz parçası olduğunu” göstermektir (Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında, Uluslararası İhtilafın Ulusalüstünlüğe Geçiş Süreci ve Türkiye’de Durum*, *Sivil Toplum*, 04/13-14, Ocak-Haziran 2006, s. 91-92).

²⁰ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. 1, Ankara, 1968, s. 132; Tahsin Bekir Balta, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, 1970, s. 278; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 542, 1985, s. 31; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 381

²¹ Mümtaz Soysal, “Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı*, S. 3, 1987, s. 15-17

²² Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S.1-3, 1988, s. 52; Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, No: 3-4, s. 173.

²³ A. Şeref Gözübüyük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 35. Yıl, C. 9, Ankara, 1987, s. 3; Mesut Gülmez, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, *AİD*, C. 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 40-43.

bağlayıcılığa sahip olduğu görüşleri de yer almaktaydı. Gelineen noktada, tartışma, en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri açısından netleşmiş görünmekle birlikte, bu, iki nedenle sadece görünüştedir: Birincisi, önceki tartışmanın argümanlarıyla bağlantılı olarak değişiklik, farklı içeriklerde değerlendirilmektedir ya da değerlendirilebilir. İkincisi, 90. maddenin değişik metni, bizzat kendisi bir dizi soru ve sorunu içinde barındırmaktadır.²⁴

2004 Mayıs değişikliği öncesi, uluslararası antlaşmaların (ve insan haklarına ilişkin olanların) kanuna eşdeğer bağlayıcılığa sahip olduğunu savunan görüş açısından değişiklik, kendisine özel bir konum atfedilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun hükmünün çatışması durumunda, “*önceki kanun-sonraki kanun*”, “*özel kanun-genel kanun*” araştırması söz konusu olmaksızın, ilkinin uygulanacağı anlamına gelmektedir. Yani, uluslararası antlaşmalar kanunla eşdeğer bağlayıcılığa sahip olmaya devam etmekte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ise yasa üstü bir konuma yerleştirilmektedir.²⁵ Bu değerlendirmenin mantıki sonucu, aynı ilişkinin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile Anayasa arasında kurulmasının mümkün olmadığıdır. Zira maddenin yeni halinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların “*kanunlarla*” çatışması olasılığı düzenlenmekte, antlaşmaların “*anayasa üstü*” olduğuna dair bir belirleme yapılmamaktadır. Kaldı ki antlaşmaların Anayasal ya da Anayasa üstü bir değere sahip olması durumunda, normlar hiyerarşisi gereği kanunla “*çatışma*” halinden değil bir “*aykırılık*” tan bahsedilebilirdi.²⁶ Nitekim Kaboğlu’na göre:

²⁴ Konumuzla ilgili olarak düzenlemenin içeriği açısından sorunlar, hangi antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin sayılacağı (Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 9. B., Ankara, Beta, 2004, 12); bu soruya verilecek yanıtla ilgili olarak, madde metninde geçen “temel hak ve hürriyetler”in, taraf olunan tüm uluslararası sözleşmelerin içerdiği insan hak ve özgürlüklerini mi kapsayacağı, yoksa sadece Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle mi sınırlı olacağı ve “aynı konuda farklı hükümler”in var olduğunun nerede ve nasıl saptanacağıdır (Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s. 153.

²⁵ Hüseyin Pazarıcı, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m. 90/son)*, Ankara, TBB-İHAUM Yayınları, 2005, s. 159.

²⁶ Madde metninde “çatışma” değil, “aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklar” ifadesi geçse de, söz konusu olanın temel hak ve öz-

“...*(Bu düzenlemeyle gerçekleşen), 90. madde uyarınca kanunla onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin çerçevesinin belli ölçülerde çizilmiş olmasıdır. Bu nedenle, maddeye eklenen son cümle, öğretide öne sürülen görüşler arasındaki zıtlığı törpüleyici yöndedir. Bu yön, uluslararası antlaşmaların yasa düzeyinde olduğu görüşünü destekler niteliktedir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgeler, diğerlerinden ayrılarak yasa-üstü bir konuma yerleştirildiklerine göre, diğerleri için böyle bir statü söz konusu olmayacaktır.*”²⁷

İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların - özellikle “ulusalüstü” niteliğiyle “uluslararası” insan hakları hukukundan ayırt edilen; yani “doğrudan etki” doğurur ve “iç yargı yerlerince korunması gereken bireysel haklar” yaratır özellikleriyle, AB hukuk düzeni²⁸- Anayasa üstü nitelikte olduğu görüşü açısından her ne kadar,

“... *Anayasa koyucununun, kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiği düşünülebiyecek*” ise de, “... *bu dar ve sözel yorum, öncelikle Anayasa’nın 2. ve 2001’de değiştirilen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Gerçekten de, demokratik ve Laik Cumhuriyet’in ‘insan haklarına saygılı ve dayalı’ olması, Anayasa’dan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasa’nın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyet’in saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanımış olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasa’da sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır.*”²⁹

Nitekim Gülmez, uluslararası antlaşma ile çatışan kanundaki kuralın Anayasa’da da yer alması ve uyumsuzluğun değişik 90. maddede

gürlükler lehine sonuçlandırılması gereken bir çatışma/çelişme olduğu açıktır. Bu nedenle, kanun hükmünün daha “ileri” bir hüküm öngörmesi durumunda, uluslararası sözleşmenin uygulanması düşünülemez (Gülmez, 156; İbrahim Kaboğlu, “Hukuka Yeni Düzenleme”, *Radikal internet baskısı*, 26/7/2004, s. 2). Fakat burada da, “ileri” değerlendirmesinin kıstası nedir sorusu ortaya çıkmaktadır. Daha çok güvence ölçütü mü, yoksa daha az sınırlama ilkesi mi? (a. g. y., s. 2). Yazara göre, “sınırlandırmada daha az sınırlama getirilen hüküm esas alınmalıdır”.

²⁷ Kaboğlu, a. g. m., s. 3.

²⁸ Gülmez, “İnsan Haklarında, Uluslararasılıktan ...”, s. 85.

²⁹ Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında...”, s. 155.

hükme bağlandığı üzere uluslararası antlaşma hükmü esas alınarak çözülmesi durumunda, “bu durum sonuç olarak antlaşmanın Anayasa’ya üstün tutulmuş olması anlamına gelmez mi?” sorusunu sormaktadır.³⁰ Fakat bu olasılık, Anayasa’ya aykırı antlaşma hükmünün kanun karşısında mutlak olarak uygulanması öncülüne dayandığından, “her iki Anayasa normu (90. madde ve ilgili Anayasa hükmü) arasında bir öncelik-sonralık sıralaması yapılabilirliğini sağlayan nedir” sorusunu akla getirmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile kanun hükmünün çatışması durumunda Anayasal açıdan çeşitli olasılıklar söz konusu olabileceksin de,³¹ asıl sorunu oluşturan, antlaşma ile kanunun çatıştığı alanda, Anayasa’nın kanunla açıkça uyumlu bir düzenlemeye sahip olması yani antlaşma-Anayasa çatışmasıdır.³² Bu halde dahi uyuşmazlık, Anayasa’ya uygun olmayan antlaşma hükmü esas alınarak giderilebilir mi? Bu soruya iki türlü yanıt geliştirmek olanaklıdır: İlk, 90. madde ile antlaşma ve kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi durumunda antlaşmaların esas alınacağı hükme bağlandığına göre, mahkemelerin, 90. maddeyi uygulaması Anayasal bir zorunluluktur görüşü savunulabilir. Bu durumda kuşkusuz yargı organı, Anayasa’ya aykırılık sorunu olduğu düşüncesinde ise, ne antlaşmayı Anayasa Mahkemesi önüne götürebilir, ne de Anayasa’ya uygun olduğunu düşündüğü ancak “ihmal” etmek durumunda bulun-

³⁰ Gülmez, a. g. e., s. 151.

³¹ İlk olasılık, Anayasa ile andlaşmanın uyumlu olması fakat andlaşma ile kanunun çatışmasıdır ki, bu durumda yeni 90. madde gereği andlaşma hükmü uygulanacaktır. Bu halde Anayasa’ya aykırı kanunun nasıl bir prosedürle hukuki incelemenin konusu yapılacağı tartışmalıdır. Anayasa’nın 152. maddesine göre, “itiraz yolu”na başvurmak isteyen bir mahkemenin, 90. madde gereği “ihmal” ettiği (ya da edeceği) kanun hükmü nedeniyle itiraz yolunu kullanması mümkün müdür? Başka bir ifadeyle, andlaşma hükmü karşısında uygulanmayacak olan kanun hükmü, 152. maddede ifade edildiği üzere “o davada uygulanacak kural niteliği”ne sahip midir? İkinci olasılık, Anayasa’nın açık bir düzenlemeye sahip olmadığı bir konuda andlaşma ile kanunun çatışmasıdır ki, bu halde de yeni 90. madde gereği andlaşma hükümleri esas alınarak uyuşmazlık giderilmelidir. (Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmüne Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Bülent Tanör Armağanı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, 798).

³² Kast edilen, örneğin uluslararası andlaşmanın Anayasa’dan daha ileri bir düzenlemeye sahip olması değildir. Bu durum da yoruma muhtaç olmakla birlikte, Anayasa’da yer alan “insan haklarına saygılı devlet” (m. 2) tanımı, Anayasayı andlaşmaya uygun yorumlama olanağı sunmaktadır. Kast edilen, Anayasa’nın içerdiği bir normun, açık olarak andlaşma ile çatışması olasılığıdır.

duğu kanun hükmünü. Aynı nitelikteki bir kanunun iptal davası yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülebileceğini düşündüğümüzde ise, öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasallık blokuna dahil olduklarının kabulü gerekir.³³ Kanunca geçerli olan ikinci olasılıkta ise, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kuralı halen Anayasa'da yer aldığına; madde 90/son ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar yasa üstü/Anayasa altı bir düzeyde tanımlanabileceğine ve 90. maddede antlaşmaların Anayasa'ya üstünlüğü ilkesi kabul edilmediğine göre, Anayasa'ya aykırı antlaşma hükmü uygulanamaz görüşü ileri sürülebilir. Zira 90. madde gereği, kanun hükmü karşısında uluslararası antlaşma hükmünün uygulanmasının nedeni, uluslararası antlaşmaların Anayasa üstü bağlayıcılık değerine sahip olması değil, 90. maddede eklenen cümlede somutlanan bir Anayasa normudur ve çatışan her iki Anayasa normu arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur.³⁴ Ancak bu olasılığın da, Anayasa'ya aykırılık sorununu çözmeye yetkili tek mahkemenin Anayasa Mahkemesi olması karşısında farklı sorunları beraberinde getireceği açık görünüyor.³⁵

³³ Özbudun'a göre, "Anayasa Mahkemesi'ne, bir kanunu bir milletlerarası andlaşma-ya aykırılık gerekçesiyle iptal etme yetkisi tanınmadığına göre, milletlerarası andlaşmalar, bu değişiklikten sonra da Anayasallık blokunun bir parçası haline gelmiş değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de diğer bütün mahkemeler gibi, önüne gelen bir olayda, milletlerarası andlaşmalara aykırılığını saptadığı bir kanunu ihmal etme yetkisi vardır" (*Türk Anayasa Hukuku*, s. 381).

³⁴ "Anayasa'da, genel nitelikteki belirli konuları düzenleyen kurallar yanında belirli konuları düzenleyen özel kurallar da vardır. Bilindiği üzere, bir konu, kendine özgü kurallarla düzenlenmemişse sorunların çözümünde genel kurallara gidilir, şayet o konuda özel düzenlemeler varsa ve bu düzenlemeler açık seçikse artık genel kurallara başvurulması düşünülemez. Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur. (...) Anayasa'da yer alan bu ve bunun gibi belli bir konuya ilişkin kuralların Anayasa'da varolan genel ilkelerden ayrı nitelikte olduklarına bakılarak Anayasa'ya aykırılıklarından söz edilemeyeceği şüphesizdir ve Anayasa'da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir". Anayasa Mahkemesi, E: 1990/32, K: 1990/25, k.t. 16.10.1990, *AYMKD*, C. 26, S. 429.

³⁵ Yüzbaşıoğlu'na göre, "Sözleşme'nin ihmal edilip Anayasa'nın uygulanması alternatifinde, ulusal yargı yerleri tüketildiğinden, sorunun son çözümü, varsa ulusüstü ya da uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacaktır. Bu durumda, ancak, bu yargı yerleri, Sözleşme'nin uygulanmasını ve bu şekilde kurallar kademelenmesinde ulusüstü/uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünü sağlayabileceklerdir" (Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 *Anayasası'na göre Türk Anayasa*

Danıştay Birinci Dairesi yeni bir kararında,³⁶ Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası ile sözleşme yapılarak memur statüsünde çalışan personele 657 sayılı yasada yer almayan bir takım ödemeler yapılmasının kararlaştırılmasını konu alan İşçileri Bakanlığı kararının soruşturma izni verilmesine ilişkin kısmının kaldırılmasına, "ILO'nun 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin Anayasa'nın 53 ve 90. maddeleri uyarınca değerlendirilmesi sonucu" gerekçesiyle karar vermiştir. Kuşkusuz bu yönde verilen bir karar, öncelikle ILO sözleşmelerinin temel hak ve özgürlüklerle ilişkin sözleşmelerden ve Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümü"nde yer alan ve 53. maddesinde düzenlenen "toplular iş sözleşmesi hakkı"nın, 90. madde kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerden sayılmasını gerektirir. İkinci olarak, Anayasa'nın 53. maddesinin konuyla ilgili 3. fıkrasının, kamu görevlileri sendikalarının "toplular sözleşme" esaslarına tabi olmayacağına ilişkin hükmü karşısında, ILO sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin kararda esas alındığı anlaşılmaktadır.³⁷ Buna karşılık, çalışmanın da konusunu oluşturan Danıştay Onikinci Dairesi kararının gerekçesi, uyarma ve kınama cezalarına karşı anayasal ve yasal olarak yargı denetiminin mümkün olmadığıdır.

Aşağıda gerekçelerine yer verilecek olan [ve diğer hususlar saklı kalmak üzere] idare mahkemesinin kınama cezasını iptal kararı karşısında, Danıştay Onikinci Dairesi'nin dayandığı gerekçe yanlıştır. Yanlışlığı, Ankara Beşinci İdare Mahkemesi tarafından savunulduğu gibi, özellikle 90. maddede yapılan değişiklik sonrası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Anayasa normu karşısında üstünlüğü değildir. Zira yeni 90. madde ile olayda uygulanan normun dayanağını oluşturan 129. madde hükmü, her ikisi de birer

Hukuku, 4. B, İstanbul, YKY, 2002, s. 492).

³⁶ Danıştay 1. Daire, E. 2005/1067, K. 2005/1363, k.t. 17.11.2005, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 36, Sayı: 111, 2006, s. 34 vd.

³⁷ Gülmez'e göre, "öngördüğü yasaklama amacını gerçekleştiremeyen" Anayasa'nın 53/1 ve 2 ile 54. maddeleri, "toplular sözleşme ve grev haklarının kamu görevlilerine ve sendikalarına yasaklandığı anlamına gelmez. Çünkü bu kurallar, 'çalışanlar'ın değil 'işçiler'in toplular sözleşme ve grev haklarını anayasal güvenceye almıştır. Kamu görevlileri sendikalarının bu kurallara bağlı olmadığı belirtilmesinden, anılan hakların onlara yasaklandığı sonucuna ulaşılamaz. Ancak ek fıkranın, özellikle toplular sözleşmeyi nesnel ve bağlayıcı kurallar içeren bir toplular iş sözleşmesi ile sonuçlanan süreç olarak düzenlemediği de açıktır". Mesut Gülmez, *Kamu Görevlileri Sendika ve Toplular Görüşme Hukuku*, Ankara, TODAİE, 2002, s. 185.

anayasal norm olarak, eşit bağlayıcılık gücüne sahiptirler. Burada belirleyici olan, yukarıda da vurgulandığı üzere 129/3 hükmünün biri emreden, diğeri yetki veren iki noktayı içermesidir: Normun emredici yönü, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı, yetki veren yönü ise uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceğidir, ama bırakılmaya da bilir(di). 657 sayılı yasa ise tercihini, söz konusu kararları yargı denetimi dışında bırakmak yönünde kullanmıştır. Keza, tercih tam tersi yönde olsa idi, Anayasal bir sorun oluşmaz; özellikle 13. madde ölçütleri arasında yer alan “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük*” ilkesi göz önüne alındığında, tam da olması gereken bir yasal durum söz konusu olurdu. Yani, somut olayda çatışma, Anayasa normu ile uluslararası antlaşma hükmü arasında değildir; tam da değişik 90. maddede öngörüldüğü üzere antlaşma hükmü ile yasa arasındadır. Bu noktada çatıştığı düşünülen antlaşma hükmünün, yasal düzenlemenin konusunu kapsayıp kapsamadığı sorusunun değerlendirilmesi gerekir.

İlk Derece Mahkemesinin Kararı ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Açısından Adil Yargılanma Hakkı

Ankara Beşinci İdare Mahkemesi'nin hakkında “*bozma*” hükmü verilen karara göre, davanın konusunu oluşturan kınama cezasına ilişkin idari işlemin yargısal denetim dışında olmasının değerlendirileceği hukuksal zemin, “*adil yargılanma hakkı*”, “*hak arama özgürlüğü*” ve Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliktir.³⁸ Mahkeme, farklı uluslararası bildirge ve sözleşmelere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üç ayrı kararına atıfla,³⁹ disiplin cezalarının yargı de-

³⁸ Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2003/1796, K. 2004/1212, k. t. 29.6.2004 (Yayımlanmamış).

³⁹ İdare Mahkemesi'nin atıf yaptığı AİHM kararları, Hakansson ve Stuesson-İsveç, Pudas-İsveç ve Zander-İsveç kararlarıdır. Ancak her üç kararın da ortak özelliği, idare tarafından tesis edilen ve ihlalin konusunu oluşturan hakkın, AİHM tarafından “*medeni hak ve yükümlülük niteliğinde*” görülerek 6. madde kapsamında değerlendirilmesidir. Sırasıyla “*mamelek ile ilgili olan idari kararlar*”, “*bir meslek, sanat veya iktisadi bir faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar*” ve “*idarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıklar*” grubunda olan bu kararlar, idare tarafından tesis edilmekle birlikte fakat ekonomik sonuçları olduğu oranda söz konusu hakların 6. madde kapsamında değerlendirildiği anlamına gelmektedir ki, AİHM'nin bu yönde yerleşik bir içtihadı zaten vardır (Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 1.B, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 271). Bu halde uyarma ve kınama cezalarının yargı dene-

netimi dışında bırakılmasının “hak arama özgürlüğü” açısından sorun oluşturduğunu ifade etmektedir. Uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı kuralını, antlaşmaların Anayasa üstü değere sahip olması şeklinde yorumlayan öğretiy görüşüne atıfla mahkeme, 90. maddede gerçekleştirilen değişikliğin, bir yandan yargı yerlerinin yanı sıra yasama ve yürütme organını da bağladığını, öte yandan salt iç hukukta yer alan temel hak ve özgürlükleri değil uluslararası antlaşmalarda yer alan temel hak ve özgürlükleri de kapsamı içine aldığı vurgulamaktadır. Yani, “uluslararası insan hakları hukukunun anlaşma, sözleşme, şart, pakt gibi belgelerce tanıdığı ve güvenceye aldığı tüm insan hakları bu güvence altındadır.” Mahkeme bu değerlendirmelerinden hareketle, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 14. madde hükmü ile 657 sayılı kanunun düzenlemesini, “adil yargılanma hakkı” bakımından karşılaştırma yoluna gitmiş;

“uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye başvurma hakkı ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya ... verilen kınama cezasına karşı dava açılabilceği kanaatiyle” diyerek, esas hakkında incelemeye geçmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin⁴⁰ (MSHS) 14. maddesinin ilk fıkrasına göre:

“Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir. Demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik gerekçeleriyle ya da tarafların özel hayatları bunu gerektirdiğinde, ya da özel durumlarda, mahkeme açıklığın adalete zarar verdiği düşüncesine vardığı takdirde mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde, basın ve dinleyiciler duruşmaların tümü ya

timi dışında tutulmasının, 6. madde kapsamında olup olmadığı sorusunun can alıcı noktası tam da bu yöndeki içtihat olduğundan, atıf yapılan kararların kullanıldıkları amaca uygun oldukları şüphelidir.

⁴⁰ 4.6.2003 tarih ve 4868 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan Sözleşme’nin beyanlar ve çekince ile onaylanmasına ilişkin 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, 21 Temmuz 2003/25175 tarih ve sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanmış ve 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

da bir kısmının dışında tutulabilirler. Ancak, küçüklerin çıkarları aksini gerektirmedikçe, ya da duruşmalar çocukların vesayetine ilişkin evlilikle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olmadıkça, ceza ya da hukuk davalarında verilecek herhangi bir kararın aleni olması zorunludur.”

Maddenin kalan altı fıkrasında, cezai suçlamalarda uyulması gereken ilkeler yer almaktadır.

Uyarma ve kınama cezalarının yargısal denetime tabi olmaması açısından yanıtlanması gereken ilk soru, adil yargılanma hakkının, mahkemeye başvurma hakkını içerip içermediğidir. Sözleşmenin uygulanmasını denetlemekle görevli İnsan Hakları Komitesi, 14. maddeye ilişkin Genel Yorum'da ifade edildiği üzere, mahkemeler önünde sahip olunan adil yargılanma hakkının, “mahkemeye başvurma hakkı” nı (equal access to court) içerdiği görüşündedir.⁴¹ Komiteye göre, mahkeme önünde eşitlik kavramı, mahkemeye başvuru hakkını öncelikle içine alır.⁴² Anni Äärelä ve Jouni Näkkäljärvi-Finlandiya başvurusunda temyiz mahkemesinin, davacıların, devlet ormancılık dairesinin yüklü miktardaki dava masraflarını ödemesine karar vermesi, başvurucuların mahkemeye erişiminin engellendiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali sayılmıştır.⁴³

Uyarma ve kınama cezalarının yargısal denetime tabi olmaması açısından yanıtlanması gereken ikinci soru, kamu görevlileriyle ilgili olarak statü hukukunun konusunu oluşturduğu ve idari tasarruf biçiminde ortaya çıkan işlemler bakımından, 14. maddenin ikinci cümlesinin uygulanabilir olup olmadığıdır. Bu, Ankara 5. idare mahkemesince uyuşmazlığın çözümünde, hükme esas olarak, neden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin değil de, 14. maddenin kullanılmış olabileceği sorusuna da yanıt olabilir.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin her iki hükmü, Türkçe metinlerinde lafzi açıdan birbirine paralel görünmektedir: İlkinin 6. maddesinde, “herkes, medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir

⁴¹ General Comment 13, parag. 3.

⁴² Angel N. Olo Bahamonde- Ekvator Gine (Başvuru No: 468/1991), para. 9.4, www.sim.law.uu.nl/SİM/CaseLaw (13.04.2006).

⁴³ Anni Äärelä ve Jouni Näkkäljärvi-Finlandiya (Başvuru No: 779/1997), para. 7.2, İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, Der. Raija Hanski, Martin Scheinin, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 202.

suçun belirlenmesinde...” ifadesi yer alırken; ikincisinde, “herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken...” ifadesi kullanılmaktadır.⁴⁴ Salt madde hükümlerinden yola çıkılarak varılacak sonuç, “adil yargılanma hakkı”nın, cezai ve medeni uyumsuzlukları kapsadığıdır.⁴⁵ 14. maddeye ilişkin Genel Yorum’un üçüncü paragrafında, taraf devletlerin 14. maddedeki usulleri sadece cezai suçlamalarla ilgili olarak değil, bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi sürecinde de uygulamaları gerektiği belirtilmekte, bu konularla ilgili hukuki düzenleme ve usullerin ise, devletten devlete büyük oranda değiştiği kabul edilmektedir. Komiteye göre bu durum, kendi iç hukuklarında “cezai suçlama” ve “bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler” kavramlarını nasıl yorumladıkları konusunda taraf devletlerin, daha ayrıntılı bir bilgilendirme süreci içine girmelerini gerektirmektedir.⁴⁶ Genel Yorum’un konuya ilişkin üçüncü paragrafının, 14. maddenin kapsamına ilişkin herhangi bir ölçüt ya da belirleme sunmaması nedeniyle yapılan eleştirisi, bölgesel düzeydeki AIHS’in 6. maddesinin bile yorumuyla ilgili bir dizi sorun varken, kapsam olarak çok daha geniş olan sözleşmenin, 14. maddesinin yorumununun olağan olduğu yanıtıyla karşılanmaktadır.⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin aksine, kapsam sorunu, Komite tarafından bir davada bütünlüklü olarak değerlendirilmemekle birlikte, önemli olan sözleşme kurallarını denetleyen organların normları nasıl yorumladıkları olduğundan, sorunun farklı başvurularda ne biçimde tartışıldığına bakmak gerekir.

Komite tarafından “bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler” (suit at law) kavramı, maddi yaklaşımla ele alınarak, “14. maddenin birinci paragrafı, taraflardan birinin statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine

⁴⁴ Terimler, sözleşmelerin İngilizce versiyonunda, “civil rights and obligations” (AIHS m. 6) ve “suit at law” (MSHS, m. 14) olmak üzere farklı, Fransızca versiyonunda ise “droits et obligations de caractère civil” olmak üzere aynı sözcükle ifade edilmektedir.

⁴⁵ Nowak’a göre, yönetsel uyumsuzlukların sözel ve dar bir yorumla kapsam dışında bırakılması, her iki sözleşme için de merkezi öneme sahip “hukukun üstünlüğü” ilkesi ve hakkın içerdiği öz açısından kabul edilemez (Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N. P. Engel, 1993, s. 242).

⁴⁶ *General Comment 13*, para. 2.

⁴⁷ Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee-its Role in the Development of the international Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, s. 398.

dayanır” şeklinde formüle edilmektedir. *Y. L-Kanada* başvurusunda, eski bir ordu üyesinin maluliyet aylığı bağlanması talebi, “*bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerden*” sayılarak, hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiş, ancak Kanada hukuk sisteminin Federal Temyiz Mahkemesi’ne başvuru olanağını içerdiği gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir.⁴⁸

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde ile ilgili içtihadı göz önüne alındığında, maluliyet aylığına dair bir talebin, mamelek ile ilgili olması nedeniyle⁴⁹ “*bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerden*” sayılması anlaşılabilir. Komite, vergilendirme ve sığınma talebi gibi kamusal yönü ağır basan iki başvuru hakkında ise, konu bakımından yetkisizlik (*ratione materiae*) değil,⁵⁰ farklı gerekçelerle kabul edilemezlik kararları vermekle birlikte, bu gibi başvuruların 14. madde kapsamında olup olmadığı sorusunu yanıtızsız bırakmıştır: *I. P-Finlandiya* başvurusunda Komite, vergi konulmasıyla ilgili konuların “*bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler*”den olup olmadığı hususunda karar verilmediğini; çünkü herhangi bir davada başvuru yapanın, vergi idaresi tarafından alınan kararlar ilgili iddialarını, ileri sürme hakkının yadsınmadığını ifade etmektedir. Başvuru yapanın, karara karşı daha yüksek bir yargı organına başvurma hakkının engellendiği iddiasına gelince; tartışılan sorun, “*14. maddenin konu bakımından yetkisine girse bile*”, “*yüksek bir yargı organına başvurma hakkının, cezai suçlamalarda söz konusu olabileceği*” gerekçesiyle, kabul edilemezlik kararı verilmiştir.⁵¹ *Kwame Williams Adu-Kanada* başvurusunda da Komite, mülteci statüsü verilmemesine ilişkin durum açısından 14. maddenin uygulanabilir olup olmadığı sorusunu yine yanıtlamamıştır. Başvuruyu, başvuru yapanın tarafsız yargı organı tarafından yargılanmadığı iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulan Komite, sığınma başvurusunu, “*bu koşullarda Komite, başvuru yapanın sığınma iddiasına ilişkin kararın 14. maddenin 1. paragrafı anlamında ‘bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükleri’ kap-*

⁴⁸ Nowak, *U. N Covenant...*, s. 242-243.

⁴⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları...*, s. 270.

⁵⁰ *Ratione materiae* (konu) bakımından aranan kabul edilebilirlik koşulu, Sözleşme tarafından kapsandığı kabul edilen bir hakka dayanan iddialar ile Sözleşme tarafından kapsanmakla birlikte ilgili hükmün dışında bırakılmayan konuları ifade etmektedir. *Emsal Kararlar*, s. 25.

⁵¹ *I. P-Finlandiya*, (Başvuru No: 450/1991), para. 6.2, www.sim.law.uu.nl/SİM/Case-Law (29.06.2006).

samında verilen bir karar olup olmadığına ilişkin sonuca varma gerekliliği içinde olmadığı” ifadesiyle karşılamıştır.⁵²

Kamu görevlilerinin taraf olduğu ve statü hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların konusunu oluşturduğu başvurular iki gruba ayrılabilir: Bunlardan ilki, idari işlem niteliğindeki göreve son verme kararları ile daha yüksek ya da farklı bir göreve atanma istemlerinin reddine dair kararlara ilişkin yargısal süreçlerin, 14. madde açısından ihlal oluşturduğu iddialarına dayanmaktadır. İkinci grubu ise disiplin kararları oluşturmaktadır.

Robert Casanovas-Fransa⁵³ davasında, itfaiye teşkilatında görevli olan başvurucunun görevine, yetersiz olduğu gerekçesine dayanan idari bir kararla son verilmiştir. Başvurucu, Nancy İdare Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmesiyle görevine geri dönmüş, ancak idare tarafından alınan ikinci bir göreve son verme kararıyla karşılaşmıştır. Başvurucu, yeniden gittiği mahkemeden, davanın görülme tarihinin mümkün olan en kısa süre için kararlaştırılmasını istemekte, ancak mahkeme, özel koşulların söz konusu olmadığını ve iş yoğunluğunu gerekçe göstererek, talebi reddetmektedir. Bu arada, başvurucunun, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na yaptığı başvuru, adil yargılanmaya ilişkin 6. maddenin, kamu görevlilerinin işten çıkarılmasına ilişkin idari kararları kapsamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Komite ise, “14. maddenin birinci paragrafı, taraflardan birinin statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine dayanır” şeklindeki formülünü tekrarlar, işten çıkarılma ile ilgili bir usulün 14. madde kapsamı içinde olduğunu ifade ederek, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Munoz Hermoza-Peru başvurusunda da, görevine son verilmiş bir kamu görevlisi (polis) olan başvurucunun durumu Komitece 14. madde açısından değerlendirilmiştir:⁵⁴ Hiyerarşik üstüne hakaret ettiği gerekçesine dayanan idari bir karar sonucu görevinden (Guardia Civil) 1978 tarihinde geçici olarak uzaklaştırılan başvurucu, söz konusu suçlama nedeni ile çıkarıldığı mahkemece delil yetersizliğinden serbest bırakılmıştır. Bir Guardia Civil mensubunun, mahkumiyet hükmü ve Askeri Adalet Yüksek Konseyi tarafından verilen bir karar olmaksızın

⁵² Kwame Williams Adu-Kanada (Başvuru No: 654/1995), para. 6.3, *Emsal Kararlar*, s. 201.

⁵³ Robert Casanovas-Fransa (Başvuru No: 441/1990), para. 5.2, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

⁵⁴ Munoz Hermoza-Peru (Başvuru No: 203/1986), *Emsal Kararlar*, s. 213-220.

işten çıkarılmayacağını gösteren yasa ve düzenlemeler ileri sürülmesine rağmen, 1984 tarihinde alınan yeni bir idari kararla başvurucunun görevine kesin olarak son verilmiştir. Başvurucu, tüm bu dönem içerisinde ilkin, görevine iade edilmesi talebiyle İçişleri Bakanlığı'na başvurmuş (5 Ekim 1978), fakat başvurusu 6 yıl sonra (29 Şubat 1984) reddedilmiştir. Bu idari karara karşı yaptığı başvuru da, *"aynı zamanda bir de yargısal hukuk yolunu işletiyor"* olduğu gerekçesiyle reddedilmiş (31 Aralık 1985); böylelikle idari inceleme, ilk başvurunun üstünden 7 yıl geçtikten sonra esasa girilmeksizin sona ermiştir. *"Şayet bazı ön yolların tüketilmesi zararı tamir edilemez kılmaya muktedir ise bu yolların tüketilmesi koşulu aranmaz"* hükmünü taşıyan amparo yasasına dayanan başvurucunun talebi, Cuzco İlk Derece Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve başvurucunun görevine iade edilmesi kararı verilmiştir (18 Mart 1985). Fakat aynı karar, Cuzco Üst Mahkemesi tarafından temyiz aşamasında, amparo başvurusu süresinin Mart 1983'te sona erdiği gerekçesiyle alınan tersi bir kararla karşılanmıştır. Ardından, davayı inceleyen Peru Yüksek Mahkemesi de, önceki idari inceleme tamamlanmadan amparo başvurusu yapılamayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir (29 Ekim 1985). Başvurucu, başvurusunun 7 yıl bekletilmesinin kendi hatası olmadığını, inceleme sonuçlandırılmadığı sürece amparo başvurusu süresinin henüz işlemeye bile başlamadığını ifade etmektedir. Son olarak, Peru Anayasa Güvenceleri Mahkemesi, başvurucu Komiteye başvurduktan sonra, Peru Yüksek Mahkemesi'nin kararını bozmuştur (20 Mayıs 1986). Komite, Sözleşme'nin *"adil yargılanma hakkı"*na ilişkin 14. maddesinde geçen *"adil duruşma"* kavramının, *"adaletin sebepsiz yere gecikmeksizin yerine getirilmesini"* gerektirdiğini ifade etmektedir. İdari incelemenin, 7 yıl boyunca sonuçlandırılmamış ve başvurucunun yargısal süreci başlatmış olması nedeniyle reddedilmiş olması karşısında, 7 yıllık gecikme makul sayılamaz. Her ne kadar Peru Anayasa Güvenceleri Mahkemesi tarafından başvurucu lehine karar verilmiş olsa da, karardan sonraki iki buçuk yıl boyunca görev iadenin hala yapılmamış olması, makul sayılamayacak gecikmeyi pekiştirmiştir. Komiteye göre, *"bitmez tükenmez gibi görünen bu olaylar zinciri ve kararların bir türlü uygulanmaması, adil duruşma ilkesiyle bağdaşmamaktadır."*⁵⁵

İşten çıkarılma işlemlerinin 14. madde kapsamında değerlendirildiği bu kararların aksine, bir kısım başvuruda Komite, kabul edile-

⁵⁵ A. g. e., s. 219.

mezlik kararı vermiştir: *Janusz Kolanowski-Polonya* başvurusunda, polis teşkilatı içinde daha yüksek bir göreve atanma isteğinin, olumsuz bir idari kararın konusunu oluşturduğu başvuruda Komite, Casanova-Fransa davasından farklı olarak başvurucunun, ne işten çıkarıldığını ne de herhangi bir özel boş kadro için başvurduğunu ifade ederek, başvuruyu 14. madde açısından kabul edilemez bulmuştur.⁵⁶ Benzer olarak, Komite, *Savvas Karatsis-Kıbrıs*⁵⁷ başvurusunda, kamu hizmetinden çıkarılmanın değil, adli sistem içinde başka bir göreve atanmanın geri alınmasını konu alan başvuruyu, 14. madde kapsamı içinde görmemiştir. *Dimitar Atanasov Dimitrov-Bulgaristan* başvurusunda da,⁵⁸ talep ettiği “profesör” unvanının Yüksek Onay Komisyonu tarafından reddedilmesi nedeniyle yapılan başvuru, Kolanowski davasındaki gerekçeyle reddedilmiştir. Komiteye göre, Onay Komisyonu’nun başvurucunun adaylığını onaylama konusunda herhangi bir yükümlülük altında olduğunu ya da başvurucunun profesör unvanı alma konusunda herhangi bir hakka sahip olduğunu gösteren bilgi olmadığından, başvuru konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez niteliktedir.

Kamu görevlilerine karşı alınan disiplin kararları ile ilgili başvurulara gelince, *Paul Perterer-Avusturya*⁵⁹ başvurusu, konuyla ilgili ulaşılabildiğimiz tek örnektir: Komite, taraf devletin, disiplin önlemlerinin konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında kaldığı şeklindeki itirazına karşı, 14. maddenin tarafların statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine dayandığı görüşünü tekrar etmektedir. Komiteye göre, kamu görevlilerine karşı alınan disiplin önlemleri, ne kendi başına ve zorunlu olarak bir hukuk davasındaki kişinin hakları ve yükümlülüklerini oluşturur ne de iç hukuktaki nitelemelerine bakılmaksızın cezai yapıda olan müeyyideler haricinde, disiplin işlemlerinin 14. maddenin 2. cümlesi anlamında bir cezai suçlama sayılması anlamına gelir. Yani, 14. maddenin kapsamına giren disiplin önlemleri, iç hukukta ister cezai, isterse idari olarak adlandırılınsın, nitelik olarak ceza yaptırımını ni-

⁵⁶ Janusz Kolanowski-Polonya (Başvuru No: 837/1998), para. 6.4, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

⁵⁷ Savvas Karatsis-Kıbrıs (Başvuru No: 1182/2003), para. 6.3, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006)

⁵⁸ Dimitar Atanasov Dimitrov-Bulgaristan (Başvuru No: 1030/2001), para. 8.3., www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

⁵⁹ Paul Perterer-Avusturya (Başvuru No: 1015/2001), para. 9.2, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

teliğinde olanlardır. Somut olayda, her ne kadar işten çıkarma şeklindeki disiplin kararı bir mahkeme tarafından değil, disiplin komisyonu tarafından verilmişse de, disiplin önlemlerinin uygulanmasına karar vermekle görevli yargısal bir birimin, mahkeme önünde eşitlik ilkesini uygulamak zorunda olduğu ifade edilerek, başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiştir.

Kararların bütün olarak, 14. maddenin kapsamına ilişkin ölçütler geliştirilmesinde yeterli olmadığı açıktır. Verili bir davada, karar verme görevi sonuç olarak yetkili organlara ait olduğundan, Komite'nin soruna ilişkin kimi ölçütler geliştirdiği bir kararı henüz yoktur. Bununla birlikte, iki noktanın altı çizilebilir: İlki, herhangi bir ihlal iddiası, ister kamu ister özel hukuka dayansın; Komite iç hukuktaki sınıflandırmalara bağlı olmaması anlamında, 14. maddenin “bağımsız” niteliğini öne çıkarmaktadır. Ancak “hakkın niteliği” üzerine inşa edilen formül, belirlilikten ve nesnel bir içerikten yoksundur. Sorunla ilgili her olayda yinelenen bu ifade, belirli ölçütleri içermediğinden, genel bir sonuç çıkarmaya ve önceden kestirimde bulunmaya elverişsiz görünmektedir. İkinci olarak, Komite'nin 14. maddede geçen, “bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler” ifadesini, “geniş” yorumlama eğilimi içinde olduğu söylenebilir.⁶⁰ Robert-Cazanovas ve Menuz Hermoza başvurularında, birer kamu görevlisi olan başvuruçuların statülerine son verilmesi işlemleri ile Paul Perterer başvurusunda, Disiplin Komisyonu tarafından verilen işten çıkarma şeklindeki disiplin kararı, 14. maddenin kapsamı içinde değerlendirilmiştir. Özellikle, Robert Cazanovas başvurusundaki kabul edilebilirlik kararının, aynı konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Komisyonunca verilen ve kamu görevlilerinin işten çıkarılmasına

⁶⁰ Nowak, *U. N. Covenant...*, s. 242. Kuşkusuz “genişlik” nitelemesi, “neye göre geniş” sorusunu içerdiği ölçüde, ancak yapılacak bir karşılaştırma sonucu kullanılabilir. Konumuz açısından karşılaştırılan ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olabilir. Bu yönde bir karşılaştırma çalışma sınırlarını aşmakla birlikte yine de, ikinci organın kamu görevlileriyle ilgili olarak 6. madde kapsamı açısından, hakkın mamelek ile ilgisi noktasına odaklandığı hatırlatılabilir (Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları...*, s. 273). Örneğin, memurun maluliyet ödeneğinin kesilmesi, sözleşmeli memurun işine son verilmesi, emeklilik statüsünden kaynaklanan uyumsuzluklar, kamusal makamlar tarafından yapılmış olmakla birlikte, ilgilinin ekonomik durumunu doğrudan etkiler nitelikte değerlendirildiğinden, 6. maddenin kapsamı içinde görülmekte, buna karşılık kamu görevlisi statüsüne girme ve bu statüye son verme işlemleri kapsam dışında bırakılmaktadır.

ilişkin idari kararların, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddede kapsamında görülemeyeceği şeklindeki kararına rağmen verildiği belirtilmelidir. Bir kamu görevinde yükselme ya da terfi işlemlerine ilişkin olumsuz kararlar ise kapsam dışıdır.

Bu kısmi sonuçlardan yola çıkarak, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının 14. madde kapsamında değerlendirilebilirliğine ilişkin olumlu ya da olumsuz yönde ve net bir kestirimde bulunmak mümkün değildir. Kanımca, sorunun 14. madde kapsamında değerlendirilmeyeceği şeklinde bir sonuca sahip olmak, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin işaret ettiği yön için yeterlidir. Konuyla ilgili, ölçütleri belirlenebilir bir Komite yorumunun var olmadığı bu koşullarda, özellikle AİHM içtihadı temel alınarak olumsuz bir sonuç çıkarılması doğru olmayacaktır.

Sonuç

Ankara Beşinci İdare Mahkemesi'nin Anayasa'nın 90. maddesi üzerine neredeyse altı sayfalık değerlendirmesi üzerine inşa edilen kararı, Danıştay Onikinci Dairesi'nce konuya ilişkin herhangi bir değerlendirme içermeyen ve bir cümleden ibaret "gerekçeli" karar ile karşılanmıştır. Bu nedenle çalışmada, kararın dayanabileceği olası gerekçeler tartışılmaya çalışılmıştır.

Uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması, Anayasa'nın 129. madde hükmünün zorunlu sonucu olmadığından, olayda gerçekleşen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ve yasa çatışması, Anayasa m. 90/son'un uygulanmasını gerektirir. Fakat söz konusu olan Anayasa'nın kesin olarak yargı denetimi dışında tuttuğu [*"Yüksek Askeri Şura Kararlarına karşı yargı denetimi kapalıdır"*] bir hükmüne ilişkin olsa idi, kanımızca, m. 90/son hükmü kullanılarak çatışma giderilemezdi. Bunun olması, ancak Anayasa yargısı da dahil, yargıcın uluslararası antlaşma karşısında Anayasa'yı ihmal etme yetkisine sahip olması durumunda söz konusu olabilir. Dolayısıyla Anayasa kısıntılarının aşılmasının yolu, ilgili hükümlerde yapılacak değişikliktir. Esasında "*Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*" (m. 11) olduğundan, Anayasa m. 90/son'un yasama organını öncelikle kapsadığının kabulü gerekir.

TAHKİMDE CEZA HUKUKU SORUNLARI

Güneş OKUYUCU-ERGÜN *

GİRİŞ

Genellikle tahkim yargılaması ve ceza hukukunun birbirinden çok farklı alanlar oldukları ve kesişim noktalarının bulunmadığı düşünülmektedir. Nitekim tahkim her iki tarafın rızası üzerine ve özel uyuşmazlıklara ilişkin olarak¹ gidilebilen ihtiyarî ve alternatif bir çözüm yolu iken, ceza hukuku taraf rızası aranmaksızın uygulanabilen mecburî bir hukuk dalıdır.² Ayrıca her suç doğrudan ihlâl ettiği bireysel, toplumsal veya kamusal varlık veya menfaatin yanı sıra, devlete ait olan kamusal nitelikteki genel menfaati de ihlâl ettiğinden, ceza hukukunda sadece suçtan doğrudan zarar gören özel pasif süjeye ait özel menfaatler değil, her suç bakımından genel pasif süjeyi teşkil eden devlete ait genel nitelikteki kamusal menfaatler de söz konudur.³ Ceza hukuku sorunları bakımından, kural olarak, bireyler arasında ya da bireylerle devlet arasında bir uyuşma ya da kendiliğinden cezaya tabi olma söz konusu değildir; aksine, bu konuda daima bir uyuşmazlık

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Burada özel uyuşmazlık ifadesi ile kastedilen, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır (Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 104.).

² Ceza kanunlarının mecburluğu ilkesi ile ilgili olarak bkz., Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2006, s. 77. Ceza normlarının ülkede bulunan herkese uygulanacağı konusunda bkz., Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 1997, s. 55-56. Nitekim söz konusu ilke uyarınca, ülkede bulunan herkes, sosyal ve psikolojik durumu ne olursa olsun ceza kanunlarının muhatabıdır.

³ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970, s. 178; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 95-96.

olduğu ve bunun da devletin bu işle görevli yargılama makamları (mahkemeler) tarafından çözümleneceği kabul edilir.⁴ İşte bu sebeple “*muhakemesiz ceza olmaz*” ilkesi kabul olunarak, devlete de, bir kimseyi cezalandırabilmek için mahkemeye gidip bu yönde bir karar alma mecburiyeti getirilmiştir.⁵ Oysa tahkim yargılamasının söz konusu olabilmesi, tarafların bu yöndeki iradelerine bağlıdır; yani her ne kadar artık tahkim son derece yaygın ve sıkça tercih edilen bir çözüm yolu haline gelmiş olsa da ihtiyarî ve mahkemelerin genel yetkisine alternatif bir çözüm yoludur.⁶

Tahkim ve ceza hukukunun ilk bakışta kesişim noktalarının olmadığı düşüncesinin bir diğer nedeni ise, cezalandırma yetkisinin hâlâ devlet tarafından kullanılan ve devletin egemenliğinden kaynaklanan bir tekeli yetki olması ve günümüzde her alanda yaşanan küreselleşme eğilimlerine rağmen, devletlerin bu yetkilerini paylaşmaya pek yanaşmamalarıdır.⁷ Esasen ceza hukuku söz konusu olduğunda, devletler diğer hukuk dalları bakımından gösterdiklerinden çok daha fazla hassasiyet ve kıskançlık göstermektedirler.

Şu halde, ceza hukukunun yukarıda belirtilen mecburî olma, devlete ait genel menfaatleri ilgilendirme ve devletlerin bu alandaki yetkilerini paylaşma konusunda son derece isteksiz hatta kıskanç davranmaları gibi özellikleri karşısında, ihtiyarî bir çözüm yolu olan tahkim yargılamasında devlete ait olduğu kabul edilen adalet dağıtma işlevini gerçekleştiren hakemler bir ceza hukuku sorunu ile karşılaştıklarında ne yapacaklardır? Başka bir deyişle, aslında devletin yargıcı olmadıkları halde, yargıçlara benzer bir görev icra eden hakemler, suç teşkil eden bir fiille karşılaşırlarsa (bu fiilin suç teşkil ettiği bir mahkeme

⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 22; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 125. Cezai bir uyumsuzluğun, mahkeme dışında fakat adil ve mağdurun zararının giderilmesini sağlayacak biçimde halledilmesi olarak tanımlanan *uzlaşma kurumu* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1064 vd.; Yenisey: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul 2005.

⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 65, 67, 125.

⁶ Ancak bazı istisnai hallerde zorunlu tahkim de söz konusu olabilir. Türk hukukunda zorunlu tahkime örnek olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve iş sözleşmelerinin feshine ilişkin uyumsuzluklara ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi.

⁷ Delmas/Marty, *The European Union and Penal Law*, European Law Journal, Cilt 4, Sayı 1, Mart 1998, s. 87-115.

kararıyla önceden tespit edilmiş olsun ya da olmasın), bunun tahkim yargılamasına konu uyumsuzluğun çözümüne etkisi ne olacaktır?

Bu çalışmada, özel hukuk alanındaki tahkim yargılamalarında ve özellikle uluslararası tahkimde, hakemlerin karşılaştıkları ceza hukuku sorunlarının tahkim yargılamasına etkisi incelenmektedir. Başka bir ifadeyle, tahkim yargılamasının asıl konusunu oluşturmamakla birlikte, dolaylı olarak ortaya çıkan ceza hukuku sorunlarının hakem kararı üzerindeki etkileri konu alınmaktadır. Buna karşın, tahkim ile ceza hukukunun bir başka kesişim noktası olan hakemlerin doğrudan ceza yargılaması yapmaları sorunu bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Gerçekten de, ulusal mahkemeler yerine hakemlerin de bazı suçlar açısından ceza yargılaması yapmasının yararlı olacağını düşünenler olmakla birlikte⁸, bu çalışmada ceza hukuku sorunlarının doğrudan değil, dolaylı olarak tahkim yargılamalarında gündeme geldiği durumlar incelenmektedir.

I. CEZA HUKUKU KURALLARININ TAHKİMDE DİKKATE ALINMASININ DAYANAĞI

A. Uluslararası Kamu Düzeni

Yaşadığı acı tecrübeler sonunda insanoğlu, hukuku sadece devletlerin kendi sınırları içinde uygulamanın yetmeyeceğini anlamış ve uluslararası bir kamu düzeninin de oluşturulması için çalışmaya başlamıştır. Uluslararası ceza hukukunun asıl amacı da uluslararası kamu düzeninin oluşturulmasına ve korunmasına çalışmaktır. Bu şekilde oluşturulan bir uluslararası kamu düzeni, millî hukuk sistemlerinden bağımsız ayrı bir yargılama sisteminin kurulmasını da gerektirmektedir. Hatta bu noktada, uluslararası ceza hukukunun tahkim yargılama sisteminin bir parçası olduğu da iddia edilmiştir.⁹

Bu açıdan bakıldığında hakemlerin uluslararası ticaret hukuku alanında hukuk ve ahlak kurallarının koruyucusu oldukları ve sade-

⁸ Örn. Türk ceza hukukunda uzlaşma için bkz., Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul 2005. Ayrıca bkz., Kole, *Arbitration as an Alternative to the Criminal Warrant*, 56 *Judicature* 295 (1972-1973) (Hein Online Veri Tabanı "<http://heinonline.org>"); ayrıca bkz., Rice, *Mediation and Arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System - An Overview and Legal Analysis*, 29 *Am. U. L. Rev.* 17 1979-1980 (Hein Online Veri Tabanı "<http://heinonline.org>").

⁹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

ce kendilerini seçen taraflara karşı değil, aynı zamanda uluslararası iş ve ticaret topluluğuna karşı da sorumluluklarının bulunduğu söylenebilir.¹⁰ Uluslararası tahkim davalarında uluslararası kamu düzeni standartlarının oluşturulduğu kabul edilmektedir.¹¹ Gerçekten, eğer tahkim yargılaması hukuka aykırılığa göz yumulan bir çözüm yolu olsaydı, bu çözüm yolu devletler tarafından kabul edilmeyeceği gibi, iş ve ticaret topluluğuna faydalı ve uluslararası ticarî uyumsuzlukların çözümünün normal yolu da olmazdı.¹² Çünkü iş adamlarının uluslararası ticarî piyasalarda iş yapabilmesi için iyi yönetim, etik kurallara bağlılık ve şeffaflık vazgeçilmez unsurlardır.

Birçok hakem kararında, ceza hukuku sorunlarının dikkate alınmasının dayanağı olarak uluslararası kamu düzeni kullanılmaktadır. Özellikle rüşvet ve kara para aklama suçları, uluslararası hukukta son derece önemli suçlar olarak görülmektedir. Dolayısıyla, bu suçların uluslararası kamu düzenini ihlal ettikleri kabul edilerek, hakemler tarafından dikkate alınmaları gerekmektedir.¹³

Hakemlere uluslararası ticaret alanında hukuka aykırılıklarla savaşma görevi yüklenirken, onları millî hakimlere benzetme ya da tarafların bir yardımcısı haline getirme tehlikesine dikkat etmek gerekmektedir. Bu noktada cevaplanması gereken soru, Sieghart'ın ifadesiyle, "hakemler taraflara mı yoksa gerçeğe mi hizmet ederler?" sorusudur.¹⁴ Bu sebeple hakemlerin hukuka aykırılıklarla savaşma, uluslararası kamu düzenini koruma görevi ile tahkim yargılamasının otonomluğu/bağımsızlığı arasında bir denge kurmak gereklidir.¹⁵ Bu denge ise, cezaî nitelikte olanlar da dâhil olmak üzere, ulusal hukuk kuralları ile dünya toplumunun yüksek menfaatlerini ve uluslararası kamu düzenini korumayı amaçlayan evrensel prensiplerin, tarafların seçtiği hukuktan bağımsız olarak hakemlerce dikkate alınmasıyla sağlanabilir.¹⁶

¹⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

¹¹ Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, ICCA Congress Series, Sayı 3, New York 1986, s. 204.

¹² Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

¹³ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 4.

¹⁴ Sieghart, *Viewpoint* (1982) 48 *Arbitration*, s. 135 (Martin, *International Arbitration and Corruption, An Evolving Standard*, s. 4'ten naklen) .

¹⁵ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 116.

¹⁶ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 116.

B. Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri

Uluslararası kamu düzeni, yukarıda açıklandığı üzere, birçok hakem kararında ceza hukuku sorunlarının dikkate alınmasının dayanağı olarak kullanılmaktadır. Özellikle eski tarihli kararlarda uluslararası kamu düzenine aykırılığın gerekçesi olarak belirli hukuki düzenlemelere aykırılık değil, ahlak kurallarına veya uluslararası kamu düzenine aykırılık gösterilmiştir. Buna karşın, yakın tarihli tahkim kararlarında, uluslararası düzeyde yolsuzlukla mücadeleyle yönelik düzenlemeler dayanak gösterilerek, ceza hukuku ihlallerinin (suçların) tahkim yargılamalarında dikkate alınacağı ifade edilmektedir.¹⁷

*Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*¹⁸ ve *Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi*¹⁹ hakemlerin ceza hukuku ihlallerini tahkim yargılamasında dikkate almalarının dayanağı olarak gösterilen uluslararası hukuk düzenlemelerinin başında gelmektedir.

C. Ceza Hukuku Kurallarının Sözleşmenin Hukuki Kapsamına Girip Girmedığı Sorunu

Bilindiği üzere taraflar, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözümünde hangi hukukun uygulanacağını belirlemede serbesttirler. Taraflar, esasa uygulanacak hukuk olarak belli bir ülkenin hukukunu seçtiklerinde, o ülkenin hukukunu bir bütün olarak seçmiş olurlar ve dolayısıyla, ceza hukuku da buna dâhildir. Hakemler, bu kuralları kendiliklerinden (re'sen) göz önünde bulundurma yetkisine sahiptirler.²⁰ Ancak, burada asıl tartışılması gereken sorun, bunu yapmak zorunda olup olmadıklarıdır.

Bununla ilgili olarak, hakemlerin seçilen ülkenin hukuk sistemine dâhil olan ceza hukuku kurallarını kendiliklerinden dikkate alabil-

¹⁷ Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, s. 3.

¹⁸ Türkiye, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'ni, 02.10.2006 tarih ve 26327 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 2006/10885 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylamıştır.

¹⁹ Türkiye'nin 27.09.2001 tarihinde imzalamış olduğu Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin onaylanması, 20.01.2004 tarih ve 25352 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 5065 sayı ve 14.01.2004 tarihli kanunla uygun bulunmuştur.

²⁰ MTO Tahkim Kuralları'nın 15. maddesinin 1. fıkrası ve 20. maddesinin 1. fıkrası, hakemlere tahkim yargılaması sırasında geniş yetkiler veren maddelere örnek olarak gösterilebilir.

mesi için, söz konusu hukuka aykırılığın derecesinin ve bu kuralların göz ardı edilmesi halinde hakemlerin kararlarının geçerliliği üzerinde olumsuz etkide bulunma ihtimalinin yüksekliğinin değerlendirilmesi gerektiği ve bu durumlarda hakemlerin millî ceza hukuku kurallarını kendiliklerinden değerlendirmeye almak zorunda oldukları savunulmuştur.²¹

Ancak, bize göre böyle bir ayırım yapmak gereksizdir. Yukarıda da belirtildiği gibi taraflar sözleşmelerinde, çıkacak uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçtiklerinde o ülke hukukunu bir bütün olarak seçmiş olurlar. Başka bir deyişle, seçilen ülkenin millî hukuk kurallarının tamamı sözleşmenin hukuku (*lex contractus*) halini almış olur. Hakemler, *lex contractus*'u uygulamak zorunda olduğuna göre, *lex contractus*'a dahil olan ceza hukuku kurallarını da kendiliklerinden dikkate almak zorundadırlar.

Sözleşme ile seçilen hukukun bir parçası olmadıkları halde, bazı kuralların hakemler tarafından dikkate alınıp alınmayacakları ise ayrıca incelenmelidir. Hakemlerin, uyuşmazlığa bir ülke hukukunu uygulama yükümlülüğünün dayanağının, tarafların iradeleri ile sözleşmede o ülke hukukunu seçmiş olmaları olduğu söylenmişti. İşte bu nedenle kural olarak hakemler, uyuşmazlığa tarafların seçtiği hukuktan farklı kuralları uygulamamalıdır. Ancak bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır. Buna göre, tarafların seçtiği hukukun bir parçası olmasa bile, bir ceza hukuku kuralı, olayla yakından ilişkili ve uygulanmaması düşünülemeyecek kadar o alanda ağırlığı olan evrensel bir kurala ya da uluslararası kamu düzenine ilişkin bir kurala, hakemler tarafından dikkate alınmalıdır.²²

II. HAKEMLERİN CEZA HUKUKU KURALLARINI GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURMA YETKİSİ

A. Hakemlerin Genel Çıkarları Koruma Yetkisi

Suç, yasa koyucunun değerlendirmesine göre devletin amaçları ile çatışan ve cezaî yaptırımlara bağlanan insan davranışıdır.²³ Cezaî yaptırımlar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir ve hakemlerin bu cezaî

²¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 109.

²² Bu kuralların sadece dikkate alınması değil, hakemler tarafından doğrudan olaya uygulanması önerilmektedir (bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 110.).

²³ Antolisei, *Parte generale*, s. 168.

yaptırımları uygulayamayacağı konusunda bir tereddüt yoktur. Çünkü modern ceza hukuku sistemlerinde muhakemesiz ceza olmaz ilkesi geçerlidir ve söz konusu muhakeme, ortaya çıkan bir uyuşmazlığa devletin belli makamlarının devletin egemenliğine dayanarak kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir kararla son vermesidir.²⁴

Hakemler, bir olayda ceza hukuku kurallarının bu şekilde doğrudan sonuçlarına hükmedemezlerse de önlerindeki olaya uygulanabilir ceza hukuku kurallarının olay üzerindeki cezaî nitelikte olmayan sonuçlarını belirleyebilirler. *Ceza hukuku ihlallerinin özel hukuk açısından etkileri* olarak adlandırabileceğimiz bu sonuçlar, ileride inceleneceği üzere, birçok hakem kararında sözleşmenin geçersizliği biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası tahkim²⁵ davalarında, hakemlerin genel çıkarları da değerlendirmeye alabilecekleri ve bunun ceza hukuku bakımından da geçerli olduğu savunulmaktadır.²⁶ Esasen uluslararası ticarette hukuka aykırı davranışların önlenmesine yönelik normlar giderek artmakta ve bu yönde pek çok uluslararası metin kabul edilmektedir.²⁷ Dolayısıyla uluslararası ticarette hukuka aykırı fiillerle savaşmaya yönelik düzenlemeler, uluslararası hukukun parçası ve uluslararası kamu düzeninin bir gereği haline gelmekte ve uluslararası hakemlerin bu gerekleri değerlendirmeye alma zorunlulukları ortaya çıkmaktadır.²⁸

Bu noktada tahkimin özerk yapısı ile uluslararası ticaret alanında suçlarla savaşmanın bağdaşp bağdaşmayacağı değerlendirilmelidir. Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde rol oynayan hakemler,

²⁴ Toroslu/Feyzioglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 21; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 113.

²⁵ Türk hukukunda 2675 sayılı ve 20 Mayıs 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yabancı hakem kararı terimi kullanılırken, 4686 sayılı ve 21 Haziran 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda milletlerarası hakem kararı terimi kullanılmaktadır. Bu çalışmada, uluslararası tahkim terimi, söz konusu kanunlardaki yabancı tahkim ve milletlerarası tahkim terimlerinin ikisini de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

²⁶ Örneğin, Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 97.

²⁷ Örneğin, Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesiyle Mücadeleye İlişkin OECD Sözleşmesi; kara paranın aklanmasıyla mücadele etmek üzere kurulan bir organizasyon olan Kara Paraya İlişkin Mali Eylem Görev Gücü; Avrupa Birliği'nin 91/308 ve 97/2001 sayılı Yönergeleri ve Uluslararası Organize Suça Karşı 2001 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.

²⁸ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 97.

bu alandaki etik ve iyi niyet kurallarını ve uluslararası kamu düzeninin parçası oldukları ölçüde uluslararası hukuk düzenlemelerini gözetmek zorundadırlar. Öğretide baskın olan ve bizim de katıldığımız görüş, hakemlerin kararlarını verirken uluslararası kamu düzenini koruyan hukuk kurallarını, bu kuralları ihlal eden ve ulusal mevzuatlarca suç olarak kabul edilen fiilleri dikkate almaları gerektiği ve hakem mahkemelerinin bunun için uygun bir ortam olduğu yönündedir.²⁹ Esasen uluslararası ticaret alanında karşılaşılan suçlarla mücadele etmek bakımından hakemlerin, bu alandaki ihtilaflar daha çok uluslararası tahkimde çözümlendiği için, millî yargıçlara oranla daha elverişli bir konuma sahip oldukları savunulmaktadır.³⁰ Ancak, her ne kadar uluslararası ticaret alanında işlenen suçlarla karşılaşma ihtimalleri daha yüksek olsa ve dolayısıyla bunlarla mücadele etmek için daha elverişli bir konumda bulunsalar da nihayet özel nitelikteki uyuşmazlıkları çözümlenmek üzere atanan hakemlerin bu konudaki yetki ve olanaklarının aynı ölçüde elverişli olduğu söylenemez.

B. Tarafların İleri Sürmedikleri Ceza Hukuku İhlallerinin Tespit Edilmesi

Bilindiği gibi hakemler tarafların talepleriyle bağlı olmalarına karşın, gerekçeleriyle bağlı değildirler. Bu sebeple, hakemlerin tarafların dilekçelerinde yer almayan unsurları uyuşmazlığa taşırken son derece titiz olmaları ve bir polis yahut savcıya dönüşmemeleri gerektiği; hakemlerin birincil rolünün kamu düzenini korumak değil, sözleşmenin gereklerini yerine getirmek olduğu ifade edilmiştir.³¹

Örneğin, Westacre hakem kararında, tarafların ileri sürmedikleri olası bir rüşvet fiilinin hakemler tarafından kendiliğinden araştırılmayacağına hükmedilmiştir.³²

Buna karşın, sözleşmenin hukuka aykırı olabileceğini veya ceza hukuku ihlalleri bulunduğunu gösteren emarelerin söz konusu olduğu durumlarda tahkim mahkemesini hukuka aykırı sözleşme ile bağlı

²⁹ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, *Dispute Resolution Journal*, Kasım 2003 - Ocak 2004, s. 4, "http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200311/ai_n9463706/pg_1".

³⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 97.

³¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

³² Adı geçen karar için bkz., Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 1.

saymanın doğru olmayacağı savunulmuştur.³³

Örneğin, MTO (Milletlerarası Ticaret Odası) nezdinde yürütülen ve 1998 yılında karara bağlanan 8891 sayılı tahkim davasında, yolsuzlukların genellikle taraflarca iddia edilmesinin çok zor olduğu ve dolayısıyla hakemlerin bu yolsuzlukları tespit edebilmek için esasında sağlam delil niteliğinde olmayan ipuçlarını kullanmaktan başka çarelerinin olmadığı ve yolsuzlukları tespit edebilmek için aktif bir rol oynamalarının gerektiği belirtilmiştir.³⁴

Uygulanabilir bir hüküm verme yükümlülüğü bulunan hakemlerin taraflardan bu konuda bilgi ve belge isteme yetkilerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak, hakemler, ortada hiçbir delili olmayan ve taraflarca da ileri sürülmemiş ceza hukuku ihlallerini araştırmamalıdır; zira tarafların ileri sürmediği ve ortada delili de bulunmayan ceza hukuku ihlallerini kendiliğinden araştırmak tahkim mahkemelelerinin görevi değildir.³⁵ Gerçekten de, hakemlere tanınan kendiliğinden araştırma başlatma yetkisi, basit bir şüpheye ya da söylentilere değil, bir ceza hukuku ihlalinin bulunabileceğini gösteren somut verilere, kuvvetli şüpheye dayanmalıdır.³⁶ Bu nedenle hakemler, bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğunu gösteren somut veriler ve kuvvetli şüphe mevcutsa, taraflarca ileri sürülmemiş olsa da böyle bir ihlalin varlığını araştırabilmelidirler.

III. CEZA HUKUKU KURALLARININ TAHKİMDE DİKKATE ALINMASININ SONUÇLARI

A. Ceza Hukuku Tespitlerinin Uyuşmazlığın Çözümüne Etkisi

Bir ceza hukuku ihlalinin hakemler tarafından tespit edilmesi üzerine, bunun dava konusu uyuşmazlığa nasıl bir etkisinin olacağı sorunu, daha çok dava konusu sözleşmenin bu ceza hukuku ihlaline rağmen geçerliliğini koruyup korumayacağı sorusunun cevaplandırılmasına bağlıdır.

³³ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

³⁴ Adı geçen karar için bkz., Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 4.

³⁵ Aynı yönde bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

³⁶ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

Ceza hukuku ihlallerinin tahkim yargılamalarına etkisi sorunu, ilk olarak 1963 tarihli ünlü ve son derece tartışmalı Lagergren kararında en çarpıcı biçimde kendisini göstermiştir.³⁷ MTO Tahkim Mahkemesi bünyesinde gerçekleştirilen tahkim davasına konu olayda, bir sözleşmenin imzalanması için Arjantinli kamu görevlilerine özel şirket tarafından rüşvet verildiği tahkim yargılaması sırasında her iki tarafça da kabul edilmiştir. Hakem Lagergren, tarafların Peron dönemi Arjantin’inde rüşvet verilerek iş yapılmasının rutin hale geldiği ve aralarındaki ihtilafı etkilemediği yönündeki ifadelerini dikkate almayarak, rüşvet ile imzalanan sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilafı çözmeye yetkisi olmadığına hükmetmiştir.³⁸ Her ne kadar hakem Lagergren davayı esastan karara bağlamamış ise de yetkisizlik kararının gerekçesinde *“uluslararası kamu düzeninin ve ahlak kurallarının bu derecede büyük bir ihlalini içeren bir olayın ... herhangi bir medeni ülkenin mahkemesinde veya herhangi bir hakem huzurunda tasvip edilmesi mümkün değildir”* ifadesine yer vererek, davanın esasına girseydi sözleşmenin geçersiz olduğuna hükmedeceğini ima etmiştir.³⁹

Dünya Bankası bünyesinde faaliyet gösteren ve özellikle yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan Washington’daki Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) bünyesinde gerçekleştirilen bir tahkim yargılamasında, 2006 yılı Ekim ayında verilen bir karar da bu konudaki güncel eğilimi gözler önüne sermektedir.⁴⁰ World Duty Free Company Limited isimli bir şirket ile Kenya Cumhuriyeti arasındaki tahkim davasına konu olayda, şirket, Kenya’daki bazı havaalanlarında mağaza kompleksleri kurabilmek için dönemin Kenya Devlet Başkanı’na 2 milyon ABD Doları rüşvet vermiştir. Bu mağazaların gerekli izinleri alarak faaliyete geçmelerinden bir süre sonra hükümet tarafından mağazaların faaliyetlerine son verilmiştir. Bunun üzerine, şirket ICSID tahkimine başvurmuştur. Tahkim yargılaması sırasında söz konusu rüşvetin gerçekleştiği hakemlere beyan edilmiş ve bu beyan sonucu hakemler, uluslararası kamu düzeni açısından rüşvetin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini

³⁷ MTO Dava No. 1110 (1963).

³⁸ Wetter, *“Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”*, Arbitration International, Cilt 10, Sayı 3 (1994), s. 277-281 (Kluwer Tahkim Veri Tabanı <http://www.kluwerarbitration.com>)

³⁹ Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, s. 11.

⁴⁰ ICSID Dava No. ARB/00/7, Karar Tarihi: 4 Ekim 2006.

incelemiş ve rüşvetin evrensel standart ve normlara göre suç teşkil ettiğini belirterek davacı şirketin rüşvet ile elde edilmiş sözleşmeye istinaden ileri sürdüğü taleplerinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiş ve davacı şirketin 500 milyon ABD Doları tutarındaki talebini reddetmiştir. Hakemler bu kararlarını, yukarıda anlatılan 1963 tarihli Lagergren kararına da atıf yaparak, “*bir yolsuzluğu birlikte gerçekleştiren tarafların, aralarındaki ihtilafların çözümünde adaletten (mahkemeler veya hakemlerden) yardım talep etme haklarından vazgeçmiş olduklarının farkında olmaları gerekmektedir*” şeklinde gerekçelendirmişlerdir.⁴¹ Ceza hukuku ihlalleri dolayısıyla hakemlerin sözleşmenin batıl olduğuna karar verdikleri haller bununla sınırlı olmayıp, buna ilişkin pek çok hakem kararı bulunmaktadır.⁴²

Bu kararlara rağmen, bir ceza hukuku ihlalinin sözleşmeyi geçersiz hale getirip getirmeyeceği üzerinde düşünülmelidir. Örneğin, rüşvet almak ve vermek suretiyle gerçekleştirilen bir sözleşme sırf bu nedenle geçersiz sayılabilir mi? Türk Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre bir sözleşmenin emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik haklarına veya ahlaka aykırı yahut imkânsız olmaması gerekmektedir. Öğretide bu sınırlamaların sözleşmenin konusuna ilişkin olduğu yönünde görüş birliği söz konusudur.⁴³ Buna göre şekil ve konu bakımından belirtilen kurallara uygun sözleşmeler geçerli sayılmaktadır. Ancak, sözleşmenin konusunun ve şeklinin söz konusu sınırlamalara aykırı olmamasına rağmen, yapılışı aşamasında bir yolsuzluğun gerçekleştirilmiş olduğu her durumda bu sözleşmeyi geçerli ya da geçersiz saymak yerine, bir ayırıma gidilebilir. Eğer söz konusu yolsuzluk, yapılması gereken bir şeyin yapılması ya da yapılmaması gereken bir şeyin yapılmaması için gerçekleştirilmişse sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; diğer koşulları da taşıyorsa sözleşme geçerlidir. Çünkü burada zaten yapılması gereken yapılmış veya yapılmaması gereken yapılmamış olduğundan, sözleşmenin esasına etkili bir yolsuzluk yok-

⁴¹ Ostrowski, *Recent Developments in International Dispute Resolution Around the World – Developments at ICSID*, International Dispute Resolution, Cilt 19, Sayı 4, Aralık 2006, s. 1 vd.

⁴² Örneğin, MTO Dava No. 3913 (1981), MTO Dava No. 3916 (1982) ve MTO Dava No. 6248 (1990) (bkz., Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, , s. 27-30 ve 39-41.).

⁴³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1998, s. 71 vd.; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 110.

tur. Öte yandan yolsuzluk, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması veya yapılmaması gereken bir şeyin yapılması için gerçekleştirilmişse, bu durumda sözleşmeye fesat karışmış olduğu kabul edilerek sözleşmenin geçersiz sayılması düşünülebilir. İşte ancak böyle bir yolsuzluk şüphesi söz konusuysa hakemler bunu araştırma konusu yapmalıdırlar. Hakemlerin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek ceza hukuku ihlallerinin varlığını araştırmasına ise gerek yoktur.

Bu noktada, bir ceza hukuku ihlali ile karşılaşan hakemlerin bu ihlali kendilerinin araştırmaları yahut söz konusu ihlalle ilgili olarak ilgili yargı yerine başvurmaları ve söz konusu yargı yerinin kararını beklemeleri ihtimalleri de değerlendirilmelidir. Daha teknik bir ifade ile bir ceza hukuku ihlali ile karşılaşan hakemlerin bunu nisbî muhakeme yoluyla kendilerinin araştırması ya da bekletici sorun saymaları yollarından hangisinin benimsenmesi gerektiği üzerinde düşünmek gerekir.

Bilindiği gibi nisbî muhakeme, hakimin, önündeki uyuşmazlığın çözümü ile bağlantılı olarak karşısına çıkan bir başka uyuşmazlığı, asıl uyuşmazlık yönünden geçerli olmak üzere ve gerekli olduğu oranda çözmesidir.⁴⁴ Dolayısıyla, bağlantılı uyuşmazlığın yargılanarak esastan çözümlenmesinin başka bir mahkemeye ait olması, nisbî muhakemeye engel olmayacağı gibi, nisbî muhakeme ile çözülmüş olması da asıl yetkili yargılama organının önüne götürülmesine engel değildir.⁴⁵ Bakmakta oldukları bir uyuşmazlıkla bağlantılı bir ceza hukuku ihlali şüphesi ile karşılaşan hakemlerin bunu, önlerindeki uyuşmazlığın çözümü için gerekli olduğu ölçüde ve sadece o uyuşmazlık bakımından geçerli olacak biçimde çözmeleri önerilebilir. Ancak bağlantılı uyuşmazlığın nisbî muhakeme ile çözülmüş olması, bunun asıl yetkili yargılama organının önüne götürülmesine engel olmadığından, söz konusu uyuşmazlık asıl yetkili yargılama organının önüne götürüldüğünde, söz konusu yargılama organı, hakemlerden farklı bir sonuca ulaşacak olursa, hakemlerin kararlarının doğruluğunu ve itibarını zedeleyen, kamu düzenini ve adalet duygusunu sarsan bir durum ortaya çıkabilir. Bu söylenenlere, böyle bir ceza hukuku ihlalinin varlığı hakemlerce araştırılırken tahkim süresinin dolma riski de eklenince, hakemlerin

⁴⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 89; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 269-270; Centel/Zafer: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 513.

⁴⁵ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 89.

bağlantılı uyuşmazlığı kendileri çözmek yerine bekletici sorun yapımları, daha uygun bir çözüm yolu gibi görünmektedir.

Hakemler, bağlantılı uyuşmazlığı bekletici sorun sayarsa, söz konusu uyuşmazlığın çözümü için yetkili yargı organının harekete geçmesini sağlayacak ve tahkim yargılamasını da ilgili yargılama organının kararına kadar durduracaktır. Esasen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 528. maddesinde benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, "*Tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi zuhur ederse ceza mahkemesince bu bapta karar verilmeye kadar tahkikat tehir olunur ve tahkim müddeti cereyan etmez.*" Söz konusu 528. maddede sadece ceza takibatını gerektirecek bir sahtelik şüphesinin ortaya çıkması durumu düzenlenmiş olsa da, özel hukukta kıyas mümkün olduğundan, başka bir ceza hukuku ihlali ile karşılaşan hakemlerin, bu maddeye dayanarak söz konusu ihlali bekletici sorun yapabileceği ve asıl yetkili yargılama organı karar verinceye kadar tahkim yargılamasını durdurabileceği kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay, sahtecilik iddiasının ileri sürüldüğü bir tahkim davasında, bunu bekletici sorun yapmayan hakem kararını HUMK'un 528. maddesine dayanarak ve "*bu iddianın sonucu beklenerek neticesine göre bir karar verilmesi gerekir*" demek suretiyle bozmuştur.⁴⁶

Öte yandan, ceza hukuku ihlali şüphesinin ortaya çıktığı her durumda, bunun bekletici sorun sayılması gerektiği düşünülmemelidir. Aslında bir ceza hukuku ihlali şüphesi ile karşılaşıldığı her durumda bunun bekletici sorun sayılmasının gerektiğini savunmak, öncelikle tahkim yargılamasının tercih edilmesindeki önemli etkenlerden biri olan çabukluk özelliği ile bağdaşmaz. Nitekim bir ceza hukuku ihlali şüphesi ile karşılaşan hakemlerin, bunu bekletici sorun sayarak tahkim yargılamasını asıl yetkili yargılama organının kararına kadar ertelemeleri, esasen yargının yavaş işleyişinin olumsuz etkilerinden kurtulmak için seçilen tahkim yargılamasında aynı olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenle, bir ceza hukuku ihlalinin bulunup bulunmadığının asıl yargı yerince araştırılarak karara bağlanmak üzere bekletici sorun sayılması için, ileride ayrıntılı biçimde inceleneceği üzere,⁴⁷ belirli bir *delil standardı* (*standard of proof*)⁴⁸ aranmalıdır. Buna

⁴⁶ Y. 9. HD. E. 1967/7429, K. 1967/7811, T. 14.09.1967 (İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi).

⁴⁷ Bkz., III, B, aşa.

⁴⁸ Delil standartları ile ilgili olarak bkz., Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kana-*

göre, sadece, bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğunu gösteren *açık ve ikna edici* deliller mevcutsa bekletici sorun sayma yoluna gidilmelidir.

Bu söylenenlere karşın, bu gibi hallerde bekletici sorun sayma yoluna gitmenin sakıncaları da bulunmaktadır. Bunun başta gelen sakıncası, yukarıda da değinildiği gibi, tahkim yargılamasını uzatacak olmasıdır. Ayrıca HUMK'un sadece Türk ulusal tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle, bu kanunun uygulanmadığı uluslararası tahkim yargılamalarında benzer durumlarda bekletici sorun sayma yoluna gidilip gidilemeyeceğinin her bir olayda değerlendirilmesi gerekebilir. Bunlara ek olarak, uluslararası tahkimde ortaya çıkacak bağlantılı bir ceza uyuşmazlığının esas çözüm yerinin belirlenmesi, çoğu kez hiç de kolay olmayacaktır. Tüm bu sakıncalarına rağmen, tahkim yargılaması sırasında, bir ceza hukuku ihlalinin gerçekleşmiş olduğunu gösteren *açık ve ikna edici* delillerin bulunduğu, söz konusu ihlalin sözleşmeye etkili olduğu ve bağlantılı uyuşmazlık bakımından yetkili yargı merciinin belirlenebildiği hallerde, söz konusu tahkim yargılamasında uygulanan usul hukukunun bekletici sorun saymaya cevaz vermesi durumunda, bağlantılı uyuşmazlık bekletici sorun sayılmalı ve tahkim yargılaması, asıl yargı yerinin kararına kadar durdurulmalıdır.

Bekletici sorun yapılan bağlantılı uyuşmazlıkla ilgili olarak, yetkili yargı yeri, bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğuna karar verirse, hakemler, bu ihlalin önlerindeki uyuşmazlık üzerindeki etkilerini mutlaka değerlendirmeli ve sözleşmenin geçersizliğine karar verebilmektedir.

Çeşitli hakem kararlarında, yolsuzluğa başvurarak yapılmış olan sözleşmelerin geçersiz sayılması neticesinde taraflardan birinin bu durumdan bir menfaat elde edebileceği belirtilerek, bunun haksızlık yaratabileceği kabul edilmekte, ancak salt bu nedenle sözleşmelerin geçerli kabul edilmelerinin, yolsuzluğa göz yumma anlamına geleceği ve bunun da daha önemli bir hukuki menfaati zedeleyeceği gerekçeyle hukuka uygun olmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁹ Fakat hakemlerin "*hiç kimse kendi hatasına dayanarak hak iddia edemez*" ilkesine dayanarak uluslararası kamu düzenine aykırı olmasına rağmen sözleşmeyi

at, Ankara 2002, s. 97 vd.

⁴⁹ Örn. MTO Dava No. 8891 (1998) ve MTO Dava No. 6497 (1994), (Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, s. 10-23' den naklen.).

geçersiz ilân etmemelerinin de mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁰ Bunun nedeni, yolsuzluğun tarafı olan kişinin, yolsuzluğa dayanarak sözleşmeyi feshettirmesi halinde, büyük yarar sağlayacak olmasıdır. Öte yandan bunun aksi de düşünülebilir. Yani, sözleşmenin tarafları yolsuzluğu karşılıklı olarak gerçekleştirmişlerse, hiç kimse kendi hatasına dayanarak hak iddia edemez ilkesine dayanarak sözleşme ayakta tutulduğunda, bu kez de yolsuzluğun diğer tarafı hatasına dayanarak yarar sağlamış olacaktır. Bu nedenle hakemler, söz konusu ilkeyi uygularken, bu ihtimali de göz önünde bulundurarak, son derece titiz davranmalıdırlar.

Hakemlerin, ceza hukuku kurallarına aykırılığın yalnızca cezaî olmayan sonuçlarına değil, bazı doğrudan sonuçlarına da hükmedebileceği savunulmuş, buna örnek olarak da karma yapılı yaptırımlar gösterilmiştir.⁵¹ Buna göre, örneğin sözleşmede belli davranışlarda bulunan tarafın belli bir miktar para ödeyeceğinin öngörüldüğü durumlarda bu cezaî şartın ödenmesine ya da rekabet hukuku ihlali olması durumunda rekabet kanununda öngörülen para cezalarına hakemlerin hükmedebileceği kabul edilmektedir.⁵² Ancak söz konusu görüş tartışmaya açıktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki cezaî şart, ceza hukuku anlamında bir ceza olmadığından, bunun ceza hukuku ihlallerinin doğrudan sonucu ile bir ilgisi yoktur. Ayrıca hakemlerin sözleşmede öngörülen cezaî şarta hükmedebileceği hususunda bir kuşku da bulunmamaktadır. Rekabet hukuku ihlallerine karşı öngörülen idarî yaptırımların ceza hukuku anlamında ceza sayılmamaları dolayısıyla, bu yaptırımların da ceza hukuku ihlallerinin doğrudan sonucu olarak algılanmaması gerekmektedir.⁵³

⁵⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 101.

⁵¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 104-105.

⁵² Tahkimde rekabet hukuku ve rekabet mevzuatından kaynaklanan cezalara hakemlerin hükmetme yetkisi için bkz., Komninos, "Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law", *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Ehlermann & Atanasiu (Eds.), Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, s. 363-385; Shelkopyas, "The Application of EC Law in Arbitration Proceedings", Europa Law Publishing, Groningen 2003.

⁵³ Ceza hukuku anlamında ceza, yargı organları tarafından yapılan yargılama sonucu bir ceza kanununun emrinin ihlal edilmesi karşılığında verilen cezadır (Antolisei, *Parte generale*, s. 672.). Oysa Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca rekabet hukukunun ihlali ile ilgili olarak Kurul tarafından verilecek cezalar, söz konusu özellikleri taşımadıklarından bunların ceza hukuku anlamında ceza sayılmaları mümkün değildir.

B. Delil ve İspat

Öncelikle vurgulamak gerekir ki tahkim yargılaması da bir tür yargılamadır ve adil yargılama ilkesi burada da egemen kılınarak, bu ilkenin gerekleri yerine getirilmelidir.

Bilindiği üzere, ceza yargılamasında iddianın sabit olması⁵⁴ ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi⁵⁵ uyarınca, sanığın mahkum olmaması için suçu işlemediğinin sabit olması gerekmez, o suçu işlediğinin sabit olmaması yeterlidir. Acaba bu durum tahkim yargılamasında da geçerli midir? Yani ceza hukukuna aykırılık iddiası söz konusu olduğunda, hakemlerin bunu bekletici sorun sayabilmesi için bu iddianın sabit olması mı aranmalıdır; yoksa basit bir şüphe yeterli kabul edilmeli midir?

Ceza yargılamasında hukuk yargılaması anlamında bir ispat külfeti yoktur. Yargıç sadece tarafların getirdiği delillerle bağlı olmayıp kendi topladığı delilleri de göz önünde bulundurarak vicdani kanaatine göre karar verir. İspat yükünün söz konusu olduğu medeni yargılamada ise, kural olarak ispat yükü iddia edenin omuzlarındadır. Eğer iddia sahibi iddiasını ispat edemezse yargılama onun aleyhine sonuçlandırılır.

Tahkim yargılamasında ceza hukukuna aykırılığın şüpheli kaldığı durumlarda ispat yükünün ters çevrilmesi önerilmiş hatta bu yönde bazı kararlar da verilmiştir.⁵⁶ Bu kararlardan birinde, iddia sahibinin getirdiği delillere karşılık olarak, karşı taraftan da eğer mümkünse ve çok ağır bir yük teşkil etmeyecekse ve gerçekten sağlam bir neden varsa karşı deliller getirmesinin istenebileceği ve karşı taraf bunu yapmadığı takdirde iddianın ispat edilmiş sayılması gerektiğine karar verilmiştir. Ancak bu kararı ve bu yöndeki öneriyi kabul etmek mümkün değildir. Eğer bir ispat yükü getirilecekse bu ancak iddianın ispatı yönünde olabilir; adil yargılama ilkesi de bunu gerektirir.⁵⁷ Zira karşı

⁵⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 172.

⁵⁵ Şüpheden sanık yararlanır ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, s. 192 vd.; Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 173-174.

⁵⁶ Tüm bu öneriler ve kararlar için bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 101. Ancak çok sıkı koşullar altında yani iddianın çok ciddi olması durumunda karşı taraftan da deliller getirmesinin istenebileceği ve reddederse bunun aleyhine bir karine teşkil edebileceği yönünde bkz., Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

⁵⁷ Tahkim yargılaması sırasında yapılan ceza hukukuna aykırılık iddialarında ispat

tarafın da delil getirmesi gerektiğini düşünen yazarlar bile, iddia sahibinin getirdiği delillerin belirli bir standarda (*standard of proof*) ulaşması gerektiğini kabul etmektedirler.⁵⁸

Öte yandan iddia sahibinin iddiasını ispatlayacak delilleri getirmek zorunda olması hakemlerin delilleri serbestçe değerlendiremeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır.⁵⁹ Bu noktada hakemler, getirilen delilleri, uygulanacak hukukta geçerli olan delil ve ispat kurallarına göre serbestçe değerlendirmeli ve bu konudaki iddialarla ilgili olarak ulaştıkları sonucu kararlarında gerekçeli olarak yazmalıdırlar.⁶⁰ Ceza yargılamasında olduğu gibi, tahkim yargılamasında da ceza hukukuna aykırılık (suç) iddiaları ile ilgili olarak vicdani delil sistemi kabul edilmelidir. Böylece hem her şey delil olarak kabul edilebilecek hem de hakemler delilleri serbestçe değerlendirebileceklerdir.⁶¹

Öğretide bazı durumların suçun oluştuğu yönünde emare teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Örneğin, yolsuzlukların sık görüldüğü bir ülkenin ya da iş sektörünün sözleşmeye dahil olması, sözleşmenin olağandışı ödeme şartları içermesi, mevcut olmayan harcamalara ilişkin kayıtlar bulunması, sahte belgelerin kullanılması vb. durumların rüşvetin varlığına; banka aracılığıyla değil de nakit yapılan ödeme işlemleri, şüpheli isimlerle açılan hesaplar, offshore şirketlerinin kullanılması, büyük para transferleri ve hesap transferleri vb. durumların kara para aklanmasının varlığına işaret eden emareler olduğu savunulmuştur.⁶²

Belirtmek gerekir ki, hakemlerin bir ceza hukuku ihlalini bekletici sorun yapabilmesi için basit bir şüphenin yeterli olmaması gerekir. Ancak bu noktada iddianın ispatı ilkesinin ceza yargılaması hukukunda olduğu kadar katı uygulanması da haksız sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, bu alanda, ceza hukukuna aykırılık iddiasının sabit olması

yükünün iddia sahibinin omuzlarında olduğu yönünde bkz., Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

⁵⁸ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 104.

⁵⁹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 103-104.

⁶⁰ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 6.

⁶¹ Delil serbestisi, delil değerlendirme serbestisi ve vicdani delil sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 168-170; Feyzioğlu, *Vicdani kanaat*, s. 139-149; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 574-575, 584, 591; Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 617-620; Öztürk/Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2004, s. 484-486.

⁶² Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 6.

aranmamalı, bu yönde *inandırıcı ve sağlam* delillerin varlığı ve bu delillerin hakemleri *ikna edecek nitelikte* olması gerekli ve yeterli sayılmalıdır.⁶³ Çünkü burada tam bir ceza yargılaması yapılmamakta, bağlantılı uyuşmazlık, sadece, bekletici sorun sayılıp sayılmayacağını belirlemek için gerekli olduğu ölçüde ele alınmaktadır.

Gerçekten de, tahkim yargılamasında ceza hukuku sorunlarına ilişkin olarak yüksek bir delil standardının uygulanması gerektiği yönünde çok sayıda hakem kararı bulunmaktadır. Örneğin, Westinghouse Kararı'nda MTO hakem heyeti, rüşvet iddiasının ispatı için delillerin üstünlüğü standardının yeterli olmadığına, yani daha baskın olan delilin kabul edilmesinin doğru olmayacağına, buna karşın "*açık ve ikna edici delil standardının*" uygulanması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴ Öğretide de tahkim davalarında ceza hukuku ihlali olduğu iddiasında bulunan tarafın bu iddiasını ispatlamasında uygulanacak olan delil standardının, tahkim yargılamasında da yüksek olması gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁵

C. Hakemlerin Muhtemel Ceza Hukuku İhlallerini Yetkili Devlet Makamlarına İhbar Etme veya Tanıklık Yapma Yükümlülüğü Var mıdır?

Öğretide, hakemlere karşılaştıkları ceza hukuku ihlallerini ulusal otoritelere ihbar etme yükümlülüğü yüklemenin, hakemlerin icra ettikleri görevin özerk niteliği, tarafların onlara duyduğu güven ve hakemlerin gizlilik/sır saklama yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir.⁶⁶ Ayrıca, eğer taraflar söyledikleri herhangi bir şeyin yetkili makamlara ihbar edilebileceğini düşünürse, hiçbir tahkim yar-

⁶³ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 102-103 ; Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

⁶⁴ MTO Dava No. 6401 (1991), (Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 23-27'den naklen).

⁶⁵ Rosel/Prager, "*Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof*", *Arbitration International*, Cilt 15, Sayı 4 (1999), s. 329-348 (Kluwer Tahkim Veri Tabanı "<http://www.kluwerarbitration.com>"). Ceza hukuku ihlallerinin taraflarca iddia edildiği ancak ispatlanamadığı gerekçesiyle kararı etkilemediği bazı tahkim davaları, MTO Dava No. 4145 (1984), MTO Dava No. 6401 (1991), MTO Dava No. 7047 (1994), MTO Dava No. 6497 (1994), MTO Dava No. 7664 (1996), ve MTO Dava No. 8891 (1998)'dir (bkz., Scherer, *International Arbitration and Corruption – Synopsis of Selected Arbitral Awards*, ASA Bulletin, Cilt 19, Sayı 4 (2001), s. 710-716.).

⁶⁶ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111, 113.

gılaması güven ve işbirliği içinde gerçekleşemez.⁶⁷ Buna karşın, hakemlerin suçu tespit etmeleri üzerine sözleşmeyi batıl saymak yerine hakemlikten çekilmeyi tercih etmeleri durumunda bu suçu veya suç şüphesini ulusal makamlara bildirmeleri gerektiği savunulmuştur.⁶⁸

Öte yandan, bir yolsuzluğun ispat edilmesi veya varlığından şüphelenilmesi durumunda, bunun hakemler tarafından ulusal makamlara iletilmesi ihtimalinin oldukça yüksek olduğu, hatta MTO Divanı tarafından kararların imzalanmadan önce gözden geçirildiği, MTO tahkiminde bu ihtimalin daha da yüksek olduğu savunulmaktadır.⁶⁹ Ayrıca, *Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi* ve *Avrupa Konseyi Yolsuzluk Hakkında Ceza Hukuku Sözleşmesi* gibi yolsuzlukla mücadeleye ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer alan ülkelerarası yardımlaşma yükümlülüklerinin hakemler için de geçerli olup olmadığı öğretide tartışılmaktadır.⁷⁰

Bu açıklamalar doğrultusunda, denetleyicilere, vergi danışmanlarına, noterlere ve bağımsız çalışan hukukçulara şüpheli durumları ihbar etme yükümlülüğü getiren Avrupa Birliği'nin 97/2001 sayılı direktifinin kapsamına "bağımsız çalışan hukukçular" ibaresinden hareketle hakemlerin de dahil olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.⁷¹

Hakemlerin tahkim yargılaması sırasında karşılaştıkları ceza hukuku ihlallerini ulusal otoritelere ihbar etme yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı sorununu, ulusal ceza kanunları açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Zira ulusal ceza kanunları bakımından hakemlerin kamu görevlisi kabul edilmeleri ve kamu görevlilerinin ceza hukuku ihlallerini ilgili otoritelere bildirme yükümlülüğü dolaşısıyla aynı yükümlülüğün hakemler için de söz konusu olması ya da hakemler için ayrıca bu yönde bir yükümlülük kabul edilmesi düşünülebilir.⁷²

⁶⁷ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

⁶⁸ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

⁶⁹ Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 7.

⁷⁰ Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 1-2.

⁷¹ Bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 112-113. Buna karşın yazar, söz konusu görüşü savunanlara katılmamaktadır.

⁷² Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi, "Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır" hükmünü amirdir.

Hakemler, ulusal mahkemelerde ceza davası açıldığında ve bu davada tanık olarak dinlenmek üzere çağrıldıklarında gelmek ve bildiklerini anlatmak zorunda mıdır? Hakemlerin böyle bir davete uyararak mahkemeye gitmek zorunda oldukları, ancak gizlilik şartını ihlâl edecek konularda ifade vermek veya tahkim yargılaması sırasında elde ettikleri belgeleri ya da diğer delilleri açıklamak zorunda olmadıkları savunulmuştur.⁷³ Bu konuda, ulusal ceza kanunlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten de ulusal ceza kanunlarında herkes bakımından genel bir tanıklık yapma yükümlülüğü öngörülmüş olabileceği gibi, hakemler için özel olarak da böyle bir yükümlülük öngörülmüş olabilir.

D. Ceza Hukukuna Aykırı Durumun Bölünebilirlik İlkesine Etkisi

Ulusal tahkim kanunlarında⁷⁴ ve uluslararası tahkim kurumlarının kurallarında⁷⁵ genellikle kabul edildiği üzere, bir sözleşmenin geçersiz olması, o sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartını geçersiz hale getirmemekte ve bu kural da öğretide *tahkim şartının bölünebilirliği* olarak adlandırılmaktadır. Ceza hukukuna aykırı bir durumla karşılaşıldığında, örneğin tahkim yargılamasında uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden sözleşmenin rüşvet sonucu imzalandığının ya da sözleşmenin konusunun aslında bir suç teşkil ettiğinin anlaşılması halinde, bu durumun hem sözleşmeyi hem de tahkim şartını birlikte mi geçersiz kılacağı, yoksa sadece sözleşmeyi mi geçersiz kılacağı tartışmalı bir konudur.⁷⁶

İleride ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere (bkz., IV, A, *aşa.*) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından hakemlerin bazı durumlarda kamu görevlisi kabul edilebileceği söylenebilir. Bize göre, taraflar aralarındaki sözleşmede tahkim şartı öngörmeselerdi o uyuşmazlığa Türk mahkemeleri bakacak idiyse, söz konusu tahkim yargılamasındaki hakemlerin Türk Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi sayılmaları uygun olacaktır. Zira bu gibi hallerde hakemler Türk mahkemeleri yerine yargılama faaliyeti yapmaktadırlar.

⁷³ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

⁷⁴ Örneğin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 4. fıkrası şu hükme yer vermektedir: "*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*"

⁷⁵ Örneğin, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu madde 16, fıkra 1 ve MTO Tahkim Kuralları madde 6, fıkra 4 tahkim şartının bölünebilirliği ilkesini öngörmektedir.

⁷⁶ Böyle bir ceza hukuku ihlalinin varlığının sözleşmeyi hangi hallerde geçersiz kıla-

Bu konuda farklı yönlerde kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) nezdinde yürütülen tahkim yargılamasında verilen 1963 tarih ve 1110 sayılı kararda⁷⁷ Yargıç Lagergren *bonos mores'e*⁷⁸ ağır aykırılık durumunda, ister Fransa'da ister başka bir ülkede gerçekleştirilmiş olsun, gerek hakimlerin gerekse hakemlerin böyle bir sözleşmenin uygulanmasına katkı sağlayamayacağına hükmetmiştir. Bu kararı yorumlayan Mourre, adı geçen kararda, yargıç Lagergren'in hile iddiasında bulunulması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağını veya bunu inceleme yetkisinin mahkemelere ait olduğunu söylemediğini, ancak bu tarz iddiaların ne mahkeme ne de hakem önüne götürülebileceğine, çünkü bu tarz sözleşmelerin hukukî bakımdan geçersiz olacağına hükmettiğini düşünmektedir.⁷⁹

Benzer konuya ilişkin Westacre kararını inceleyen İngiliz Mahkemesi ise, tahkim şartını geçersiz kılıp kılmadığını belirlemek için hukuka aykırılıklar arasında bir derecelendirme yapılacağına, bu derecelendirmenin üst basamaklarında yer alan bir hukuka aykırılık söz konusu ise (uyuşturucu madde ticareti gibi) bölünebilirlik ilkesinin burada işlemeyeceğine ve bu ağır hukuka aykırılığın sözleşme ile birlikte tahkim şartını da geçersiz kılacağına; hukuka aykırılığın bu denli ağır olmadığı durumlarda ise tahkim şartının geçerli olmaya devam edeceğine hükmetmiştir.⁸⁰ Ancak, hukuka aykırılığın ağır ya da hafif olduğunu belirleyebilmek için hakemin işin esasına girmek zorunda olduğu, bunun için de geçerli bir tahkim şartına veya sözleşmesine gerek olduğu haklı olarak belirtilmiştir.⁸¹ Dolayısıyla, bölünebilirlik ilkesine sıkı biçimde bağlı kalınmalı, hukuka aykırılığa dayanan talepler kabul edilebilir olmasalar da tahkime elverişli oldukları kabul edilmelidir.⁸² Aslında hukuka aykırılıklar arasında bir derecelendirme yaparak ağır hukuka aykırılıklar ve tahkim şartını geçersiz kılacak derecede ağır olmayan hukuka aykırılıklar ayırımı yapmak belirginlikten uzak sübjektif bir değerlendirmenin ürünü olacaktır. Kaldı ki, tahkim şartı-

bileceği yukarıda ele alınmıştı (bkz., Bölüm III, A, yuk.).

⁷⁷ Bkz., Bölüm III.A yuk.

⁷⁸ Ahlak kurallarına aykırı veya suç içeren sözleşmeler bu kapsamda kabul edilmektedir.

⁷⁹ Adı geçen karar hakkında yorumlar için bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 98.

⁸⁰ Adı geçen karar ve yorumu için bkz., Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 31-39.

⁸¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 99.

⁸² Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 3.

nın geçersiz kabul edileceği durumlarda dahi bunun tespit edilebilmesi için belli ölçüde işin esasına girilmesi ve bu yönde bir değerlendirme yapılması zorunludur.

Yatırımların iki taraflı⁸³ veya çok taraflı⁸⁴ teşviki ve korunmasına ilişkin devletlerarası anlaşmalara istinaden görülen tahkim davalarında ise, tahkime sözleşmede yer alan bir tahkim şartına istinaden gidilmediğinden, sözleşmenin suç teşkil eden herhangi bir fiil dolayısıyla geçersiz hale gelmesi, tahkime dayanak teşkil eden yatırım anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecek, sadece yatırımcının taleplerini geçersiz kılacaktır.⁸⁵ Çünkü yatırımların iki taraflı ya da çok taraflı korunması ve teşvikine ilişkin devletlerarası anlaşmalar, bu anlaşmalara dayanarak tahkime giden taraflardan bağımsız biçimde devletler arasında yapılırlar. Dolayısıyla bu anlaşmalara dayanarak tahkime gidenlerin kendi aralarında imzaladıkları sözleşmede herhangi bir biçimde yolsuzluk yapmış olmalarının devletler arasında imzalanan bu anlaşmaların geçerliliğini etkilemesi söz konusu değildir. Bu nedenle, sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden değil, yatırımların iki taraflı veya çok taraflı teşviki ve korunmasına ilişkin devletlerarası anlaşmalara istinaden görülen tahkim davalarında, taraflar arasındaki sözleşmenin herhangi bir suç nedeniyle geçersiz olması o ihtilafın tahkime elverişsiz hale gelmesine sebep olmayacaktır.

IV. CEZA HUKUKUNUN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ BAZI FARKLI YANSIMALARI

A. Hakemlerin Tahkim Yargılaması ile Bağlantılı Olarak Bir Suç İşlemeleri

Hakemlerin de tahkim yargılaması ile bağlantılı olarak suç işlemleri söz konusu olabilir. Örneğin, hakemler, belli bir yönde karar

⁸³ Örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu 50'den fazla yatırımların iki taraflı korunması ve teşviki anlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmalara istinaden, anlaşmaya taraf ülkenin vatandaşı olan bir yatırımcının anlaşmaya taraf diğer ülkede gerçekleştirdiği yatırıma ilişkin uyuşmazlıkları -söz konusu yatırıma ilişkin sözleşmelerde tahkim şartı olmasa bile- iki ülke arasındaki yatırımların korunması ve teşviki anlaşmasına istinaden tahkime götürmesi mümkündür.

⁸⁴ Örneğin, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 50'yi aşkın ülkenin taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması, yatırımcı ile yatırımın gerçekleştirildiği ülke arasında bir tahkim sözleşmesi veya şartı bulunmasa dahi söz konusu yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların tahkime götürülmesine imkan tanıyan çok taraflı bir yatırımların korunması ve teşviki anlaşmasıdır.

⁸⁵ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 99.

vermek için taraflardan birinden maddî menfaat sağlamış olabilirler. Böyle bir durumda hakemin cezaî sorumluluğu yoluna gidilebilir ve bu suçun özel hukuk açısından etkilerinin ne olacağı tartışılması gereken bir konudur.

Kamu görevlisi ve kamu görevi terimlerinin içeriğinin tartışılması bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşacağından, konunun ayrıntısına girmeksizin, bu çalışma bakımından gerekli olduğu ölçüde bazı değerlendirmeler ve tespitler yapmakla yetinilecektir. Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kişidir. Hakemlerin yerine getirdikleri faaliyet de kamusal faaliyet niteliğinde olduğundan, hakemlerin de kamu görevlisi sayılması gerekir.⁸⁶ Nitekim tahkim yargılaması sonucunda hakemler de tıpkı millî yargıçlar gibi hukukî bir uyumsuzluğu nihaî bir biçimde çözümlenmektedirler. Ancak burada bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira her tahkim yargılamasında görev alan hakemin kamu görevlisi sayılması söz konusu değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, tahkim yargılaması devletin mahkemelerine alternatif bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olduğundan, tahkim yargılamasıyla çözümlenmeseydi, bir Türk mahkemesi tarafından çözümlenecek olan uyumsuzluklara bakan hakemlerin Türk ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılması gerekir. Çünkü ancak bu durumda söz konusu hakemler, esasen bir Türk Mahkemesi yerine yargılama görevini yerine getirmiş olmaktadır. Hakemlerin kamu görevlisi sayıldıkları bu gibi durumlarda, tahkim yargılamasına ilişkin olarak işleyecekleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezaî sorumluluklarına gidilebilmelidir.

Uganda Ceza Kanunu'nda tahkim yargılaması ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek suçlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu kanunda tahkim yargılaması sırasında işlenmesi halinde cezaî sorumluluk doğuracak fiiller tek tek sayılmaktadır. Buna göre, hakemlerin yetkilerini kötüye kullanmaları, tahkim yargılaması sırasında tarafların hakemleri yanıltmak amacıyla yanlış bilgiler vermesi, tarafların hakemlerin talimatlarına aykırı davranmaları, hakemlerin içeriğinin doğru olmadığını bildiği kararlar vermesi, hakemleri

⁸⁶ Malinverni, "Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio", *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, s. 566. Aksi yönde bkz., SEGRETO/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, s. 16; Santoro, *Manuale di diritto penale*, II, Roma 1962, s. 237.

tehdit etmek, tarafların kendilerinden talep edilen belgeleri sunmama- ları ve bilgileri vermemeleri ve hakem olmayan kişilerin hakem gibi davranmaları (bu suç için öngörülen ceza 3 yıl hapis cezasıdır) gibi bir takım fiiller Uganda Ceza Kanunu'nda tek tek ve her biri ayrı bir maddede düzenlenerek cezai yaptırımlara bağlanmıştır.⁸⁷ Japon Tahkim Kanunu'nda da tahkim yargılamasına ilişkin olarak hakeme ve ya üçüncü bir kişiye rüşvet verilmesi suçu ayrıca ve detaylı bir biçimde düzenlenmektedir.⁸⁸ ICSID Tahkim Kuralları da hakemlerin görevleri- ni kötüye kullanıp kullanmadıklarının incelenmesi için ICSID Genel Sekreterliğine taraflarca başvurulmasına olanak vermektedir.⁸⁹ Türk Ceza Kanunu'nun rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddesinin 2. fıkrası, rüşvet alan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin yargı görevi yapan kişi ya da hakem olmasını ağırlaştırıcı neden olarak öngörmüş- tür. Ancak Türk ceza hukuku bakımından hakemlere uygulanabilecek hükümler bununla sınırlı değildir. Ayrıca Türk ceza hukukuna göre kamu görevlisi sayıldıkları durumlarda, Türk Ceza Kanunu'nda veya diğer özel ceza kanunlarında yer alan kamu görevlileri tarafından ya da bunlara karşı işlenecek suçlara ilişkin hükümler hakemler bakımın- dan da uygulama alanı bulacaktır.

B. Ceza Hukukuna İlişkin İddiaların Taraflarca Kötüye Kullanılması

Bizzat ceza hukuku da tahkim yargılamasını sabote etmek, boz- mak için kullanılabilir. Örneğin, hakemler yerel otoriteler tarafından cezaî takibata uğrama tehdidi altına sokulabilir. Böyle bir durumda, yargılama başka bir yere nakledilebilmelidir.⁹⁰

Ayrıca hakemler, tarafların suç iddialarını, ödemeleri gereken pa- rayı ödememek ya da sözleşmenin gereklerini yerine getirmediklerini dikkatlerden saklamak veya benzeri taktik sebepler için kullanama- malarına dikkat etmelidir.⁹¹

⁸⁷ Muyanja, *A Note on Arbitration and Criminal Liability in Uganda*, Journal of International Arbitration, Cilt 16, Sayı 3 (1999), s. 119-126 (Kluwer Tahkim Veri Tabanı "<http://www.kluwerarbitration.com>").

⁸⁸ Japon Tahkim Kanunu, madde 50-55. Japon Tahkim Kanunu için bkz., "www.jseinc.org/en/laws/new_arbitration_act.html".

⁸⁹ ICSID Tahkim Kuralları Madde 50(1).

⁹⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 114.

⁹¹ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*,

Taraflar, tahkim yargılamasını ceza hukukuna aykırı fiillerini gizlemek için de kullanabilirler. Örneğin, aslında ortada bir uyuşmazlık olmadığı halde bir uyuşmazlık varmış gibi tahkime gidilerek oradan elde edilen kararın daha sonra kara para aklanmasında kullanılması durumunda olduğu gibi.⁹² Hakemler, bu ve benzeri durumlarda davalı taraf davacının iddiasını kabul etse bile, talebi kabul etmemelidir. Esasen bir uyuşmazlık bulunmadığını ve tahkime hukuka aykırı bir menfaate ulaşmak için gidildiğini tespit eden hakemler, davacının taleplerine itibar etmemelidir. Tabii ki hakemlerin ortada bir uyuşmazlık bulunmadığı gerekçesiyle davacının taleplerini reddedebilmeleri için, yukarıda açıklanan *açık ve ikna edici* delil standardını kullanmaları gerekir.

SONUÇ

İlk bakışta ceza hukukunun ve tahkim yargılamasının yollarının asla kesişmeyeceği düşünülebilirse de aslında tahkim davalarında da ceza hukuku sorunları gündeme gelebilmektedir. Tahkim yargılaması sırasında gündeme gelebilecek suçlar çoğunlukla rüşvet, yolsuzluk, kara para aklama gibi ekonomik suçlar veya uyuşturucu ticareti ya da terör suçlarıdır.

Uluslararası ticarete ceza hukuku ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçları sorununun mahkeme kararlarında incelenmesi çok eskiye dayanmaktadır. Örneğin, Osmanlı Devleti'ne 19. yüzyılın sonlarında yapılan bir silah satışına ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1881 tarihli *Oscanyan V. Arms Co.* kararına konu olayda, bir Amerikan şirketi olan *Arms Co.* tarafından Osmanlı Devletine silah satışı yapılmasına ilişkin sözleşmenin imzalanması için Osmanlı Devleti'nin o zamanki New York Limanı Genel Konsolosu olan *Oscanyan*, hukuka aykırı biçimde kendi etkisini kullanmış ve bunun karşılığında *Arms Co.* Şirketi ile 136 milyon ABD Doları komisyon alacağına ilişkin bir sözleşme imzalamıştır. Şirketin, Osmanlı Devleti'le silah satış sözleşmesi imzalanmasına rağmen *Oscanyan*'ın komisyonunu vermemesi üzerine ihtilaf Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve söz konusu davada Yüksek

s. 5.

⁹² *Cremedes/Cairns, Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

Mahkeme rüşvet ve yolsuzluğa dayanan sözleşmenin batıl olduğuna ve ona istinaden tarafların hak iddiasında bulunamayacağına hükmetmiştir.⁹³

Buna karşın, ceza hukuku ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçlarının hakem kararlarında incelenmesi çok daha yakın bir geçmişe dayanmaktadır. Yukarıda incelendiği üzere, ceza hukuku ihlallerinin tahkim yargılamasına etkisi sorunu, ilk olarak 1963 tarihli ünlü Lagergren kararında en çarpıcı biçimde kendisini göstermiştir. Bu karardan başlayarak günümüze kadar birçok tahkim davasında ceza hukuku ihlallerinin özel hukuk açısından etkileri, yani bu ihlallerin tarafların yükümlülükleri üzerindeki etkileri incelenmiş ve hemen hepsinde söz konusu suçun işlendiğini gösteren yeterli delil olması durumunda bu suça istinaden kurulan sözleşmenin batıl olacağı, bunun uluslararası kamu düzeninin bir gereği olduğu ve dolayısıyla bu tür bir sözleşmeye dayanarak tarafların hak iddiasında bulunamayacaklarına karar verilmiştir.

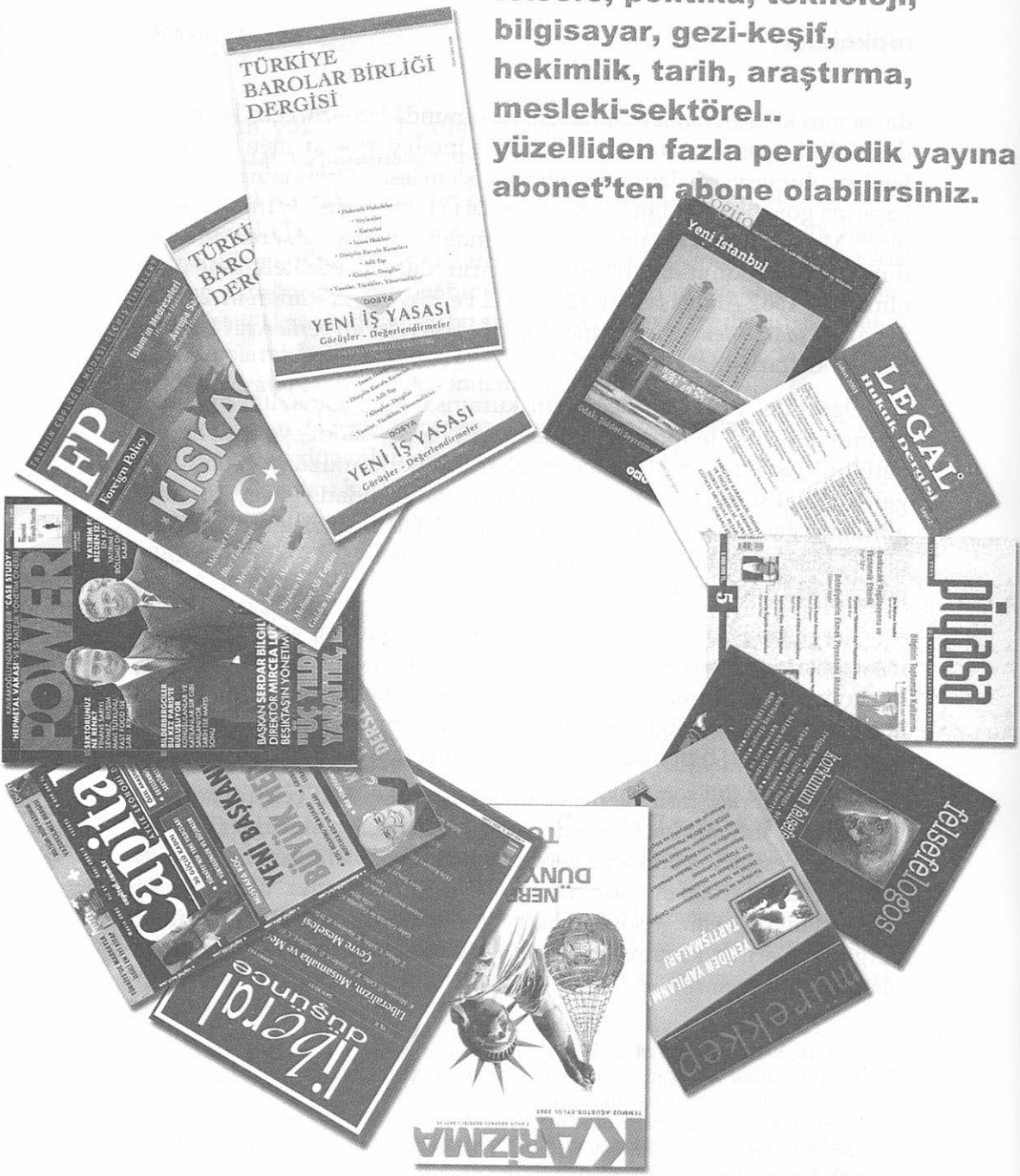
Daha önce de belirttiğimiz gibi, bize göre, bakmakta olduğu uyuşmazlıkla bağlantılı bir ceza hukuku ihlali şüphesiyle karşılaşan hakemler, eğer bu şüphe somut verilere dayanan kuvvetli bir şüphe ise, söz konusu ceza hukuku ihlalinin sözleşmeye etkili bir ihlal olması şartıyla, gerçekten böyle bir ihlalin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Yaptıkları araştırma sonucunda, açık ve ikna edici delillere dayanarak sözleşmeye etkili bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğunu tespit ederlerse, *bu yönde uluslararası metinlerde açık düzenlemeler yapılmıyaya dek*, usule uygulanan hukukun bekletici sorun saymaya cevaz vermesi koşuluyla bu bağlantılı uyuşmazlığı kendileri çözmeyip bekletici sorun yapmalıdırlar. Tahkim yargılaması sırasında karşılaşılan bağlantılı bir uyuşmazlığın bekletici sorun sayılmasının yukarıda sayılan sakıncalarına rağmen, daha büyük sorunlara ve tereddütlere yol açmamak, hukuk güvenliğini ve adalet duygusunu sarsmamak açısından bir ceza hukuku ihlaline ilişkin bağlantılı uyuşmazlığı bekletici sorun saymak yoluna gidilmelidir.

Bekletici sorun saymanın belirtilen sakıncaları nedeniyle, bu sorun bakımından en uygun çözüm yolu, hakemlere açıkça karşılaştıkları

⁹³ ABD Yüksek Mahkemesi *Oscanyan v. Arms Co.* Kararı, 103 U.S. 261 (1881) "<http://www.vlex.us/caselaw/U-S-Supreme-Court/Oscanyan-v-Arms-Co-103-U-S-261-1881/2100-20062018,01.html>"

ceza hukuku ihlallerine ilişkin bağlantılı uyuşmazlıkları nisbî muhakeme yoluyla çözüme görev ve yetkisi veren uluslararası düzenlemeler yapılması olacaktır. Belirtmek gerekir ki bu tarz uluslararası metinlerde hakemlere verilecek görev ve yetki sıkı koşullara bağlanarak bu koşullar ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir. Böylece, bekletici sorun saymanın doğuracağı sakıncaların bertaraf edilmesi bir yana, uluslararası ticaret alanındaki uyuşmazlıklar daha çok tahkim yargılamasıyla çözümlendiğinden, bu alanda karşılaşılan suçlarla mücadele etmek bakımından hakemler daha elverişli bir konuma getirilmiş olacak ve dolayısıyla, bu alandaki suçlarla daha etkin biçimde mücadele edilebilecektir.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

MİLLETLERARASI TAHKİM: KURUMSAL YAKLAŞIMLAR VE UYGULAMALAR 2006

Loukas MISTELIS*
Çev. Bahar Ceyda SÜRAL**

Özet

Milletlerarası tahkim –rızai ve bağlayıcı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak– sınır aşan uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri dışında çözümlenmesi için bir araç teşkil eder. Tahkim, bilgili olanlar için olanaklar sunarken tecrübesiz olanlar için tuzaklar içerebilir. Uluslararası tahkim prosedürünü yürütmek için gereken bilgi, donanım ve taktiklere sahip olan şirketlerin sınır aşan uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmekte avantajlı olacağı ve bu işletme riskini gereği gibi idare edebileceği açıktır.

Dünya’daki önder şirketlerin bünyelerindeki hukuk danışmanlarıyla yapılan bu çalışma, uluslararası tahkim hususunda yerleşik on iki yaklaşımı test etmektedir. Çalışma iki aşamadan oluşmuştur; 103 katılımcı tarafından doldurulan İnternet üzerinden yapılan anket ve 40 detaylı röportaj. Çalışma, deneysel bulguların bu yerleşik yaklaşımları teyit etmek ya da reddetmek için kullanıldığı on iki bölümden oluşmaktadır.

Bu çalışma sonunda ulaşılan ana mesajlar şunlardır:

* Prof. Dr., Londra Üniversitesi.

* LL.M Araştırma Görevlisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Çevirenin Notu: Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim şüphesiz en önemli yollardan birisidir. Bu araştırmanın, tahkimin algılanmasına ilişkin çeşitli yaklaşımların doğruluğunu test ederken ulaştığı sonuçlar, sadece uluslararası tahkim anlaşılması ve gelişimi açısından değil ülkemizde tahkimin gelişimi açısından da önem arz etmektedir.

Şirketlerin önemli bir kısmı sınır aşan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkimi tercih etmektedir.

- Katılımcıların %73'ü, tek başına (%29) ya da kademeli bir uyuşmazlık çözüm prosedürü içinde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarıyla ("ADR") birlikte (%44) uluslararası tahkimi tercih etmektedir.

Uluslararası tahkimin avantajları açıkça ve kesinlikle dezavantajlarına üstün gelmektedir.

- Uluslararası tahkimin tercih edilmesinin en önemli sebepleri; usul kurallarının esnekliği, hakem kararlarının icra edilebilirliği, yargılamanın gizliliği ve tarafların hakemlerini seçebilme imkanınıdır.

- Masraflı oluşu ve uyuşmazlıkların çözümü için geçen zaman uluslararası tahkimin en sık bahsedilen dezavantajlarıdır. Uluslararası tahkimin seçimi konusunda şüphe uyandıran diğer konular, tahkim prosedürüne mahkemelerin müdahalesi riski ve üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilmesinin zorluğudur.

Açık bir uyuşmazlık çözüm politikası sınır aşan sözleşmelerin hazırlanması aşamasında önemli bir stratejik avantaj oluşturmaktadır.

- İnternet katılımcılarının %65'i bir uyuşmazlık çözüm politikasına sahip olduklarını belirttiler.

- Bu yönde bir politika, sözleşmelerde avantajlı uyuşmazlık çözüm hükümleri kabul etmek için bir çerçeve oluşturabilir. Bu durum, ayrıca, şirket bünyesindeki avukatın, bir uyuşmazlık çıktığında uyuşmazlığı daha etkin bir şekilde idare edebilmesini ve şirketin uyuşmazlık çözüm prosedüründeki aşamaları öngörebilmesini ve hazırlık yapabilmesini sağlar.

- Katılımcıların %17'si uyuşmazlık çözüm politikasının varlığının masrafları doğrudan azalttığını ve buna ilaveten %69'u da bu durumun uyuşmazlıkların artışının en aza indirdiğini belirtmiştir.

İyi hazırlanmış uluslararası tahkim şartları uyuşmazlık çıktığında şirketlere taktiksel avantajlar sağlanmaktadır.

- Sözleşmelerde yer alan tahkim şartları, tahkim prosedürünün şeklini ve hukuki temelini göstermekte ve tahkim prosedürünün nasıl yürütüleceğini belirlemektedir. İyi hazırlanmış bir tahkim şartı, tarafın kendisi için (tahkim yerinin seçilmesi veya hakem heyetinin oluşumu

gibi) avantajlı şartlar belirlemesini sağlayabilir. Ancak, yapılan seçimlerin kendisi açısından avantajlı olması için tarafın tahkim prosedürü hakkında bilgi ve tecrübe sahibi olması gerekmektedir.

- Kendileriyle röportaj yapılan şirket avukatlarının (*in-house counsels*) %60'ı tahkim şartlarının görüşülmesi aşamasında, karşı tarafın isteklerini kabul ettikleri bazı hallerde, sonradan, karşı tarafın kabul ettirdiği noktalarda onların taktiksel avantajlar sağladığını düşünmektedir.

Şirketlerin dörtte üçünden fazlası kurumsal tahkimi seçmektedirler.

- Tahkimin, bir tahkim kurumunun yardımıyla yürütülmesinin tercih edilmesinin en yaygın gerekçeleri tahkim kurumlarının itibarı, yargılamaya aşinalıkları, masraf ve ücretlerin belirlenebilirliği ve yerleşmiş bir usulün kullanılmasının rahatlığıdır.

- Katılımcılar tarafından en çok tercih edilen tahkim kurumları: Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce – ICC*), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration – LCIA*) ve Amerikan Tahkim Derneği/Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (*American Arbitration Association/International Centre for Dispute Resolution – AAA/ICDR*) dir.

Bölgesel tahkim kurumları büyük ölçüde desteklenmektedir.

- Katılımcıların büyük bir bölümü, daha etkili bölgesel tahkim kurumlarının gelişimini, bunların uyuşmazlığın doğduğu yere daha yakın olması ve yerleşik tahkim kurumlarından daha ucuz olabilecekleri gerekçeleriyle desteklemektedir.

Tahkim yerinin önemi anlaşılamamıştır.

- Tahkim yerine bağlı hukuki sonuçlar, kurumların “*tahkim yeri*” [*place or seat of arbitration*] seçiminde en önemli rolü oynamaktadır.

- Tahkim yerinin uygunluğunun, bazı şirket avukatlarınca tahkim yerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması, tahkim yerinin öneminin tam olarak kavranamadığını ortaya koymuştur.

- En popüler dört tahkim yeri İngiltere, İsviçre, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri’dir.

Şirketler hakem kararlarının bağlayıcı olmasını istemektedirler.

- Online katılımcıların %91'i uluslararası tahkimde temyiz mekanizmasının bulunmasını reddetmektedirler.

Şirketler uluslararası tahkim alanında tanınmış uzman kişileri hakem olarak tercih etmektedirler.

- Uzman hakemlerin sayısı nispeten azdır. Uyuşmazlık konusu sanayi veya ticaret alanındaki uzmanlık ve bölge konusundaki deneyim uluslararası hakemlerde aranan bir niteliktir.

Şirketler devlet mahkemelerinde kendilerini temsil eden avukatları yerine, tahkimde görülen davalar için uzman avukatlar tutmaktadırlar.

- Şirketler, uluslararası tahkimde uzmanlaşmış, uyuşmazlık konusunda deneyimli, bölgesel uzmanlığın da sağlanması açısından uyuşmazlığın doğduğu yere ulaşabilecek ve uygulanacak hukuk konusunda bilgili hukuk bürolarını aramaktadırlar. Uzman avukatların ulaşılabilirliği ve şöhreti de önemli kriterlerdir.

Uluslararası tahkim, orta ve küçük ölçekli davalar bakımından yabancı devlet yargısı kadar pahalıdır. Daha büyük ve daha karmaşık davalarda uluslararası tahkim finansal olarak daha doğru bir tercih oluşturabilir.

- Uluslararası tahkim prosedüründe taraflar tahkim kurumunun ve hakem heyetinin masraflarını ödemekle yükümlüdürler. Bunlar oldukça yüklü miktarlar olabilir. Ancak, genellikle, bunların yargılamanın tümü için yapılan harcamalara oranının aşırı olmayacağı düşünülmektedir.

Uluslararası tahkim taktikleri ve yöntemleri hakkında eğitimlere talep vardır.

- Şirket avukatlarının %90'ı uluslararası tahkim prosedürü hakkında bilgili olduklarına inansalar dahi, daha detaylı eğitim almak istediklerini de belirtmişlerdir. Bu ve çalışmada varılan diğer bazı sonuçlar, şirketlerin uluslararası tahkim prosedürü ile uluslararası tahkimin imkan ve riskleri hususundaki eğitimlerden yararlanabileceklerini göstermektedir.

Uluslararası tahkime genel bakış oldukça olumludur.

- Şirketlerin %95'i uluslararası tahkime başvurmaya devam etmektedirler ve tahkim davalarında artış beklenmektedir.

- Şirketler, tahkim hukuku ve uygulamasının gelecekte ortaya çıkacak problemlere çözümler üreteceğine inanmaktadırlar.

Araştırma: Test Edilen Yaklaşımlar – MİTLER, Veri ve Analizler

1. Uluslararası Tahkimin Kullanımı

1.1 Yaklaşım: *Kurumların önemli bir kısmı sınır aşan uyuşmazlıkların çözümünde yabancı devlet yargısı yerine uluslararası tahkimi tercih etmektedir.*

KISMEN DOĞRU

1.2 Veri ve Analiz

İnternet Çalışmasına katılan ve sınır aşan işlemlerde bulunan şirketlerin %81'i uluslararası tahkim, yabancı devlet yargısı, arabuluculuk ve/veya diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları mekanizmalarında doğrudan yer almışlardır.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde hangi yöntemleri kullandıkları sorulduğunda, yarından fazlası uluslararası tahkimi tek başına (%11) ya da ADR ya da devlet yargısı gibi diğer mekanizmalarla birlikte (%43) kullandıklarını bildirmişlerdir. Sadece %4 şimdye kadar yalnızca yabancı devlet yargısını kullanmıştır.

Aynı katılımcılara hangi mekanizmayı kullanmayı tercih ettikleri sorulduğunda, %73'ü tek başına (%29) ya da çok aşamalı veya ilerleyen ADR mekanizmalarıyla birlikte (%44) uluslararası tahkim demişlerdir. Tek başına ADR mekanizmaları kurumların %16'sı tarafından ve yabancı devlet yargısı %11'i tarafından tercih edilmiştir.

Neden şirketlerin onundan dokuzu yabancı devlet yargısından kaçınmaktadır? En yaygın açıklama, uzakta bulunan bir mahkeme önünde yabancı bir devlet hukuku uyarınca yerel mahkeme usulü ve dili hakkında bilgi sahibi olmaksızın yargılanmanın yarattığı endişedir. Ayrıca, yargılamanın gizli olmaması, uzun zaman alması ve yabancı bir ülkede dava takip etme masraflarının yüksekliği de dikkate alınmaktadır. Buna ek olarak, bazı ülkelerde yargılamanın bağımsız ve tarafsızlığı şüpheli olabileceği gibi, en kötü ihtimalde sistem rüşvetlerle

yozlaşmış olabilir. Son olarak, bu etkenler yargılamayı etkilemese dahi yabancı bir mahkeme kararının tenfizi oldukça güçlük çıkarabilir.

Yabancı devlet yargısına güvenmeyi tercih eden kurumlar genellikle aşağıdaki iki kategoriden birine dahildir:

- Genellikle gelişmiş ülkelerde faaliyetlerde bulunan ve bağımsız, tarafsız bir yargılamaya dahil olacağına inanan kurumlar
- Az gelişmiş ülkelerde bulunan, tahkim prosedürü hakkında deneyimsiz ve güvensiz olan ve kendi mahkemeleri önündeki yargılamalarda daha rahat hisseden kurumlar

1.3 Özet

- Kurumların %73'ü sınır aşan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkimi tercih etmektedirler.
- Genellikle, uluslararası tahkim tek başına kullanılmamaktadır; ADR mekanizmalarıyla birlikte kullanılması en yaygın tercihtir.
- Yabancı devlet yargısı, bazı hallerde ve azınlıkta kalan şirketlerin (%11) uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercihini oluşturmaktadır.

2. Uluslararası Tahkimin Avantaj ve Dezavantajları

2.1 Yaklaşım: *Uluslararası tahkim sınır aşan uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmektedir çünkü avantajları açıkça ve kesinlikle dezavantajlarına üstün gelmektedir.*

DOĞRU

2.2 Veri ve Analiz

Avantajlar: İnternet çalışmasına katılanların uluslararası tahkime başvurularının en önemli üç nedenini sıralamalarını istedik.

Yapılan sıralamaya göre, tahkim usulünün esnekliği, uluslararası tahkimin en çok bilinen avantajıdır. Tarafların, tahkim usulünün belirlenmesi ve yönlendirilmesine aktif katkısı tahkim usulüne güven sağlamaktadır.

Öte yandan, hakem kararlarının icra edilebilirliği, uluslararası tahkimin tek başına en çok katılımcı tarafından belirtilen avantajıdır (24

katılımcı).

Gizliliğin de tercih edilen bir avantaj olarak gösterilmesi şaşırtıcı değildir. Birçok kişi, uluslararası tahkimin işletme yöntemleri, ticari sırlar, endüstriyel usuller, fikri mülkiyet ve markaya zarar verebilecek prosedürlerin gizli kalmasını sağladığına inanmaktadır. Bu, tahkime ait her şeyin kendiliğinden gizli olduğunu göstermez; bunun anlamı ancak şu olabilir: tahkim prosedürü özeldir ve gizli kalabilir.

Tarafların, gerekli yetenek ve deneyime sahip ve davaya uygun kültürel ve hukuki şartlara uygun hakemler seçebilme imkanı da çok tercih edilen avantajlar arasında yer almıştır.

Az sayıdaki katılımcı, masraflar, hızlilik, belirli hukuk sistemi ve devlet mahkemelerinden kaçınma, tahkim yerinin tarafsızlığı gibi diğer avantajları da belirtmiştir.

Dezavantajlar: Şirketler uluslararası tahkim prosedüründen her yönüyle memnun değildir. İnternet katılımcılarının uluslararası tahkimin kullanımıyla ilgili en önemli üç endişelerini sıralamalarını istedik.

En çok bilinen dezavantaj, uluslararası tahkim prosedürünün (avukatlar, hakemler ve varsa tahkim kurumunun masraf ve ücretleri dahil) pahalı oluşudur. 80 katılımcının 70'i masrafları en önemli üç endişesi arasında belirtmiş, katılımcıların %50'si en önemli endişesi olarak göstermiştir. Bu, uluslararası tahkime dair yaygın bir mit olan yabancı devlet yargılamasından daha ucuz olduğu kanısını çürütmektedir. Uluslararası tahkimin masrafları 10. Yaklaşım'da daha detaylı olarak incelenmiştir.

Buna bağlı diğer bir endişe de tahkim talebinden kararın verilmesine kadar geçen süredir. Bu da en çok belirtilen ikinci endişeyi oluşturmuştur. Milletlerarası Ticaret Odası ve Amerikan Tahkim Derneği Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Merkezi davaların çoğunda hakem kararının tahkim talebinden itibaren 18 ay içinde verildiğini ileri sürmektedir ki bu süre yabancı devlet yargılamalarına oranla daha kısadır. Ancak, tahkimde görülen davaların da devlet yargılamalarına süre bakımından benzemeye başlaması nedeniyle bu durum artık bir dezavantaj olarak görülmektedir.

Ulusal mahkemenin müdahalesi de bir dezavantajdır. Birçok ülke hukuku sınırlı da olsa ulusal mahkemelerin uluslararası tahkim pro-

sedürüne müdahalesine izin vermektedir (örneğin, hakem kararına itiraz edilmesi). Ancak, müdahale ülkeden ülkeye değişmektedir. Modern tahkim kanunları özellikle mahkemelerin müdahalesini sınırlamaktayken, mahkemenin müdahalesine izin verilen hallerde hakem heyetinin yetkileri oldukça kısıtlıdır. Bu da tahkim yerinin önemini arttırmaktadır. Ayrıca, mahkemenin müdahalesi genellikle zaman ve masraf kaybına da sebep olacaktır.

İnternet çalışmasına katılanların 30'u bir temyiz mekanizmasının olmayışını tahkimin muhtemel bir dezavantajı olarak belirtmiştir. Bu, tarafların mahkemeler önünde temyize başvurmak yerine tahkim çerçevesi içinde yer alan bir temyiz sistemini tercih ettiklerini ya da tarafların hakem kararlarına itiraz etmeye daha hazırlıklı olduklarını göstermektedir. Ancak, çalışmada varılan bir diğer sonuç da, uygulamada, sadece küçük bir azınlığın temyiz mekanizması istediğidir. Bu konu 7. Yaklaşım'da ele alınmıştır.

Üçüncü kişilerin katılımı mekanizmasının olmayışı da yaygın olarak ifade edilen bir endişedir. Taraflar uluslararası tahkime ancak aralarında bir tahkim anlaşmasının bulunması durumunda başvurabilirler. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişileri tahkim yargılamasına daha sonraki aşamalarda dahil etmek oldukça zor olabilir.

2.3 Özet

- Şirketler, uluslararası tahkimin avantajlarının dezavantajlarına üstün geldiğini kavramışlardır.
- Uluslararası tahkime başvurulmasının en önemli sebepleri şunlardır: tahkim usulünün esnekliği, hakem kararlarının tenfiz edilebilirliği, tahkimin gizliliği ve tarafların hakemleri seçebilme imkanı.
- Masraflar ve süre avantaj olarak görülmemekte; tersine tahkim usulünün en önemli dezavantajları olarak sayılmaktadır. Ancak, kendileriyle röportaj yapılan şirket avukatlarının çoğunluğu, Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Andlaşması'nın başarısının, masraf ve zaman açısından var olan eksiklikleri dengelediğini belirtmişlerdir.
- Uluslararası tahkime ilişkin diğer endişeler ulusal mahkemelelerin müdahalesi ve üçüncü kişileri yargılamaya dahil etmenin zorluğudur.

3. Uyuşmazlık Çözüm Politikası Üzerine Düşünceler

3.1 Yaklaşım: *Uluslararası işlemlere girişen kurumlar genellikle çıkacak uyuşmazlıklara hazır olabilmek için bir uyuşmazlık çözüm politikasına sahiptir.*

KISMEN DOĞRU

3.2 Veri ve Analiz

İnternet çalışmamızda katılımcılara bir uyuşmazlık çözüm politikaları olup olmadığı soruldu. Katılımcıların %65'i uyuşmazlık çözüm politikalarının olduğunu; bunların yarısından fazlası da katı bir politika (standart hükümler veya model şartlar gibi) izlediklerini belirtti. Geri kalan katılımcılar, katı olmayan bir politika izlediklerini, politikalarının kendilerine rehberlik ettiğini ve görüşmeler sırasında değişebildiğini açıkladılar. Üçüncü bir katılımcı grubunun ise hiçbir uyuşmazlık çözüm politikası bulunmamaktadır.

Katılımcıların %69'una göre bir uyuşmazlık çözüm politikasına sahip olmanın en önemli avantajı uyuşmazlığın büyümesi ihtimalinin azalmasıyken, %17'sine göre birincil avantaj maliyetlerden tasarruf edilmesidir. Katılımcıların geriye kalan %14'ü de uyuşmazlık çözüm politikasına sahip olmanın yarattığı uygulama yeknesaklığını en önemli avantaj olarak belirtmişlerdir.

Tecrübelerimize göre, açık bir uyuşmazlık çözüm politikası önemli bir stratejik avantaj sağlamaktadır. Bu sayede, görüşmeciler uyuşmazlık çözüm yolları görüşmeleri esnasında esnek olabilecekleri konular ve bunların sınırları hususunda bilgili olurlar. Bir politikanın varlığı, tarafların sözleşmelere kendileri için avantajlı uyuşmazlık çözüm şartlarının eklenebilmesi için bir çerçeve oluşturur. Bu da, kurum avukatlarının uyuşmazlık çıktığında onunla etkin ve verimli olarak baş edebilmelerini ve böylece kurumların uyuşmazlık çözüm prosedürlerinin tüm aşamaları için hazırlıklı olabilmelerini sağlar.

Kurumsal uyuşmazlık çözüm politikaları:

- Sözleşme görüşmelerinde yardımcı olur,
- Risk yönetimi ve genel hukuki planlamaya yardımcı olur,
- Hukuk departmanı ile kurumun diğer birimleri arasındaki diya-

loga yardımcı olur ve kurumsal amaçlara ulaşmak bakımından hukuk desteğinin önemini anlaşılmasını sağlar,

- Uyuşmazlık çözümü konusuna olumlu bir yaklaşım yaratır.

Araştırmamız, uyuşmazlık çözüm politikalarının genellikle aşamalı uyuşmazlık çözüm prosedürleri içerdiğini göstermektedir. Sulh olmaya niyetli taraflar, hemen hukuki yollara başvuru tehdidinden kaçınıp, karşılıklı görüşmeler yoluyla uyuşmazlıklarını çözmeyi denirler. Bu şekilde uyuşmazlık çözülemezse, tahkimden önceki adım tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla uyuşmazlığın çözümlenmeye çalışılması olabilir.

3.3 Özet

- Açık bir uyuşmazlık çözüm politikası stratejik avantajlar sağlar.
- Şirketler, bir uyuşmazlık çözüm politikası oluşturmak ve bunu görüşmelerinde temel olarak almayı bir avantaj olarak algılamaktadır.
- Katılımcıların %86'sı bir uyuşmazlık çözüm politikasına sahip olmanın uyuşmazlık prosedürünün etkin yönetimi ya da uyuşmazlığın ilerlemesi riskinin azalması nedenleriyle maliyetten tasarruf sağladığını ifade ettiler.

4. Uluslararası Tahkim Şartları

4.1 Yaklaşım: Kurumlar her zaman sözleşmelerine uluslararası tahkim klostarı eklemek isteyeceklerdir. Bu onlara uyuşmazlık çıkması halinde avantaj sağlayacaktır.

KISMEN DOĞRU

4.2 Veri ve Analiz

Röportajlarımızda, şirket avukatlarının %95'i sınır aşan sözleşmelerine uyuşmazlık çözüm şartı eklediklerini söylediler. Bu şart, herhangi bir şirketsel politikanın gereği olmasa bile, uluslararası tahkim, devlet yargısı, ADR mekanizmaları veya bunların kombinasyonundan oluşabilmektedir.

İnternet çalışmamızda katılımcılara sınır aşan sözleşmelerine ulus-

lararası tahkim şartı eklenmesinde ısrarcı olup olmadıkları soruldu. Katılımcıların %62'si uluslararası tahkim klozunda ısrarcı olduklarını, %34'ü ısrarcı olmadıklarını, %4'ü de emin olmadığını belirtti.

Ancak, önemli bir bulgu da şirket avukatlarının %60'ının görüşmeler esnasında karşı taraftan güçlü bir itiraz geldiği takdirde şirketlerinin tahkime ilişkin bazı noktalardan vazgeçeceklerini belirtmeleridir. Ancak bir uyuşmazlık ortaya çıktığında iyi hazırlanmış bir uluslararası tahkim şartının önemli bir avantaj sağladığı ve kurumun çıkarlarını koruduğu açıkça anlaşılabilir.

Uygun bir uluslararası tahkim şartının görüşülmesine ve kabul edilmesine dikkat edilmemesi bir uyuşmazlık çıktığında şirketin olumsuz bir duruma düşmesine sebep olabilir. Aksine, iyi hazırlanmış bir uluslararası tahkim şartının sözleşmeye eklenmiş olması, uyuşmazlığın tahkimle çözümü yoluna gidilmesi halinde (tahkim yerinin veya hakemlerin seçimi gibi) avantajlı hükümlerin varlığını sağlayabilir.

Röportaj yapılan bazı şirket avukatları, sözleşme görüşmelerinin uyuşmazlık çözümü gibi önemli aşamalarında karar verme mekanizmalarının dışında kaldıkları yönündeki endişelerini ifade ettiler. Şirketler, bu durumun kendilerini daha riskli bir duruma sokup sokmadığını değerlendirmek isteyebilirler.

İnternet katılımcılarına kurumların standart tahkim şartlarını mı kabul ettikleri yoksa her sözleşme için ayrı tahkim şartı mı hazırladıkları soruldu. Katılımcıların %48'i tüm sözleşmelerinde standart tahkim şartı kullandıklarını, %43'ü de her sözleşme için farklı tahkim şartı hazırladıklarını belirtti. Geriye kalan %9'luk kısım kurumlarının uygulamasından emin değildi.

Tecrübelerimize göre, tahkim şartının standart formda ya da ilgili sözleşme için uyarlanmış olması sözleşmenin şartlarına göre değişiklik göstermekle birlikte, her sözleşmeye uluslararası tahkim şartının eklenmesi önemlidir. Tahkim kurumları ya da şirketlerin kendileri tarafından hazırlanan standart şartları genellikle denenmiş ve iyi sonuçlar vermiş olmakla birlikte görüşmelere konu sözleşmenin şartlarına uygun olmayabilir. Öte yandan, sözleşmeye uyarlanmış şartlar işin niteliğine daha uygun düşmekle birlikte bunların da tahkim uzmanınca hazırlanması gerekir. Zira tahkim alanına yabancı olan kişilerce

tahkim şartlarının hazırlanması durumunda tuzaklara düşmek ya da fırsatları kaçırmak tehlikesi mevcuttur.

Kötü hazırlanmış tahkim şartlarının tipik eksiklikleri aşağıdaki gibidir:

- Taraflara sadece tahkime gitme imkanının tanınmış olması,
- Tarafların tahkim mi yoksa uzman bilirkişi gibi başka bir uyuşmazlık çözüm yolu konusunda mı anlaştığı hususunda açıklık bulunmaması,
- Münhasır yetkili devlet mahkemesi seçimi ve tahkim şartlarının bir arada bulunması gibi çelişkili uyuşmazlık çözüm şartlarının varlığı,
- Tahkim kurallarına atıf yapılan tahkim kurumunun yanlış belirtilmesi ya da olmayan bir tahkim kurumunun belirlenmesi,
- Kademeli uyuşmazlık çözüm şartlarında, tahkim öncesi aşamaların yeterince açık tanımlanmaması,
- Tahkim yeri ve hakem heyetinin oluşumu gibi önemli faktörlerin düzenlenmemesi gibi bir eksiklik ya da uyuşmazlık çözüm prosedüründe etkili olmak hususunda kaybedilen bir fırsatın varlığı.

4.3 Özet

- Şirketlerin çoğu sözleşmelerinde tahkim şartının bulunmasında ısrarcıdırlar.
- Kademeli uyuşmazlık çözüm klozlarının popülaritesi artmaktadır.
- Standart form tahkim şartlarını kullanan kurumların sayısı sözleşmelerinde uyarlanmış tahkim şartlarını kullanan şirketlerin sayısından biraz daha fazladır.
- Şirket avukatlarının çoğunluğu, şirketlerinin, sözleşmenin tamamlanması için tahkim şartlarından ya da tahkime ilişkin bazı noktalardan vazgeçebileceklerini belirttiler. Böylece şirketler uyuşmazlığın tahkimle çözülmesi durumunda hukuki ve taktiksel bir çok imkandan da vazgeçmiş olmaktadır.

5. Ad Hoc ve Kurumsal Tahkim

5.1 Yaklaşım: *Şirketler, kurumsal tahkimi ad hoc tahkime tercih etmektedirler.*

DOĞRU

5.2 Veri ve Analiz

İnternet katılımcılarına bir tahkim kurumunun kurallarınca yürütülen bir tahkimi mi tercih ettikleri yoksa tahkim prosedürü üzerinde karşılıklı anlaşmaya mı vardıkları (*ad hoc* tahkim) soruldu. %76 oranındaki açık çoğunluk, kurumsal tahkimi tercih ettiklerini belirtti.

İnternet çalışmamıza katılanlara kurumsal tahkimi seçmelerinin üç ana nedenini sorduk ve sonuçlara ağırlıklı bir değerlendirme sistemi uyguladık. Tahkim prosedürünü yürütmek hususunda güçlü bir repütasyon, ikinci ve üçüncü ana nedenin (tahkim prosedürüne aşinalık ve ücret ve masrafların belirlenebilir olması) toplamından daha çok oy alarak, kurumsal tahkimin seçilmesinde en yaygın nedeni oluşturmuştur.

Şirketlerin *ad hoc* tahkimi tercih ettiğini belirten katılımcıların %24'ü yıllık cirosu 5 milyar Amerikan Doları'nın üzerinde olan şirketlerdendir. Birçok halde, bu kurumlarda tahkim prosedürünü yürütmek konusunda deneyimli, büyük ve yeterince deneyimli hukuk departmanları bulunmaktadır.

Çalışmada varılan önemli bir sonuç da katılımcıların büyük çoğunluğunun daha güçlü bölgesel tahkim kurumlarının gelişimini desteklediğidir.¹ Şirketlerin çoğu, bilinen tahkim kurumlarından daha hesaplı da olacağı düşüncesiyle, uyuşmazlığın doğduğu yere yakın olan tahkim kurumlarına ilgi göstermektedir. Ancak, yine şirketlerin çoğu, uyuşmazlıklarını, henüz yetkinlikleri ispatlanmadan daha az gelişmiş bölgesel tahkim kurumlarına göndermek istememektedirler.

En popüler tahkim kurumlarını belirlemek için, İnternet katılımcılarının, en bilinen on tahkim kurumu arasından ilk üç tercihlerini

¹ Bölgesel tahkim kurumları Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi, Japon Ticari Tahkim Derneği, Meksika Camara Ticaret Derneği, Avustralya Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi ve Kahire Bölgesel Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi'ni ifade etmektedir.

belirlemeleri istendi. Katılımcıların tercih ettikleri başka tahkim kurumlarını listeye ekleme hakları da vardı. Şirketler, cevaplara uygulanan ağırlıklı bir değerlendirme sistemine göre tercih sırasına konuldu. Buna göre, ICC, LCIA ve AAA/ICDR en çok tercih edilen tahkim kurumları oldu.

5.3 Özet

- Şirketlerin %76'sı kurumsal tahkimi tercih etmektedir; *ad hoc* tahkimi tercih eden kurumların %24'ü uluslararası tahkim konusunda deneyimli büyük şirketlerdir.

- Kurumsal tahkimin tercih edilmesinin en önemli sebepleri şöhret, tahkim usulüne aşinalık, ücret ve masrafların belirlenebilmesi ve usulün uygunluğudur.

- En çok tercih edilen tahkim kurumları, ICC, LCIA ve AAA/ICDR'dır.

- Şirketler daha güçlü bölgesel tahkim kurumlarının gelişmesini talep etmektedirler, ancak, bölgesel tahkim kurumlarının potansiyel kullanıcılar tarafından tercih edilmesi için yetkinliklerini ispatlamaları gerekmektedir. Bu da bazı bölgesel tahkim kurumları için bir fırsat ve rekabet alanı oluşturmaktadır.

6. Tahkim Yeri ve Uluslararası Tahkimin Yürütülmesi

6.1 Yaklaşım: *Tahkim yerinin belirlenmesinde buna bağlı hukuki sonuçlar önemli bir rol oynamaktadır.*

KISMEN DOĞRU

Tahkim yeri, kurumsal tahkim ya da *ad hoc* tahkim kurallarıyla birlikte, tahkim usulüne uygulanacak hukuk kurallarını belirlemektedir.

Tahkim yerinin önemine ilişkin çelişkili görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre tahkim yeri tahkim esnasında yerel mahkemeden gelecek destek ya da müdahalelerde (temel usuli standartlara uyulmamış olması durumunda hakem kararına itiraz imkanları ve taraflarca seçilen tahkim kuralları yeterince anlaşılabilir olmadığı hallerde yerel huku-

kun sağlayacağı yardım gibi) belirleyici olduğu için önemlidir. Diğer bir görüşe göre, tahkim yeri genellikle ulaşılabilirliği (*convenience*) ya da tarafsızlığı nedeniyle seçildiği için çok önemli değildir.

6.2 Veri ve Analiz

İnternet üzerinden yapılan ankette tahkim yerine hukuki bir anlam yüklenmek istenmemiş, tahkim yerlerine tek tek ismen atıfta bulunulmuştur.

İnternet katılımcılarına tahkim yeri olarak ilk üç tercihlerini ve bunlarını seçmelerinin en önemli üç sebebini sorduk. En popüler dört tahkim yeri ... [İngiltere, İsviçre, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri'dir]..

Tahkim yeri seçimlerinin nedenleri sorulduğunda, İnternet katılımcıları tahkim yerine bağlı hukuki sonuçları, ulaşılabilirliği, tarafsızlığı ve delil ve tanıklara yakınlığı belirtmişlerdir.

Tahkim yerine bağlı hukuki sonuçlar azami sayıda katılımcı tarafından tercih edilmiştir. Ulaşılabilirlik, buna yakın tercihle ikinci sırayı almıştır. Birçok şirket avukatının tahkim yerine bağlı hukuki sonuçlar yerine tahkim yerinin ulaşılabilirliğini tahkim yeri seçiminde dikkate alıyor olmaları, bazı şirket avukatlarının uluslararası tahkimde, tahkim yeri seçiminin önemini kavrayamadıklarını göstermektedir. Bazı şirket avukatları, tahkim yeri seçiminin kendileri için en iyi sonucu verecek taktiksel bir karar olduğunu açıkça anlayamamış olabilirler. Bu da şirketlerin hukuk departmanlarının tahkim yeri seçimine bağlı hukuki sonuçlar ve taktiksel imkanlar konusunda tahkim uzmanlarından eğitim alması gerektiğini göstermektedir.

6.3 Özet

- Uluslararası tahkim prosedürü içerisinde, tahkim yerine bağlı hukuki sonuçlar bir şirketin tahkim yeri seçiminde tek başına en önemli faktördür.

- Ancak, tahkim yerinin ulaşılabilirliği de şaşırtıcı şekilde tercih nedeni oluşturmaktadır. Bu da tahkim uzmanlarının şirket avukatlarını eğitmek için çabalaması gereğine işaret etmektedir.

7. Esasa İlişkin Sebeplerle Temyiz İmkanı

7.1 Yaklaşım: *Şirketler, hakem kararını esasa ilişkin sebeplerle temyiz edebilmek istemektedirler ya da hakem kararının esastan incelenmesini arzu ederler.*

YANLIŞ

7.2 Veri ve Analiz

Geleneksel olarak, uluslararası tahkimin avantajlarından biri de hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olmasıdır. Son yıllarda ise hakem kararlarına karşı yapılan iptal başvurularının sayısı artmıştır.

Ancak, İnternet katılımcılarının %91'i ile kendileriyle röportaj yapılanların büyük bir çoğunluğu uluslararası tahkimde temyiz mekanizmasını kabul etmemektedirler. Kendileriyle röportaj yapılanlara göre, hakem kararının bağlayıcı olmasının sağladığı avantajlar temyiz mekanizmasına üstün gelmektedir.

Temyiz imkanı, tahkim prosedürünü hantallaştırarak devlet yargısına yaklaştırdığı ve böylece tahkimin önemli bir niteliğini ortadan kaldırdığı için bir dezavantaj olarak kabul edilmektedir.

Tahkim prosedürünün bir parçası olarak bir temyiz sisteminin bulunması gerektiğini savunan %9 oranındaki katılımcılar, bu isteklerinin nedeni olarak daha önceki olumsuz tahkim tecrübelerini göstermişlerdir.

7.3 Özet

- Şirketler, hakem kararlarının bağlayıcı olmasını istemekte, bunu tahkimin hayati bir niteliği olarak görmekte ve bir temyiz mekanizmasını reddetmektedirler.

8. Hakem Seçimi

8.1 Yaklaşım: *Hakemler, şöhretleri dikkate alınarak seçilmektedirler.*

KISMEN DOĞRU

8.2 Veri ve Analiz

İnternet katılımcılarının %50'si hakemleri şirket bünyesi dışında çalışan avukatlarının tavsiyeleriyle; %33'ü kişisel bağlantılarıyla; %3'ü de üçüncü bir kişinin tavsiyesiyle seçtiklerini belirtmişlerdir. Geriye kalan %14 de hakem seçimini hakem atamaya yetkili bir kuruma bırakmaktadır.

İnternet çalışmasında, şirket avukatları, hakem seçiminde dikkate aldıkları çeşitli faktörleri belirlemişlerdir.² Kişisel bağlantılar, avukatlar ya da üçüncü kişiler aracılığıyla belirlenen isimleri değerlendirirken, katılımcıların %90'ı hakemin şöhretini en önemli faktör olarak dikkate almaktadırlar. Bunu, katılımcıların %80'i tarafından önemli kabul edilen, uzmanlık ve sağduyu gibi nitelikleri izlemektedir. Uygulanacak hukukun ve ilgili yabancı dillerin bilinmesi de uluslararası hakemde aranan nitelikler olarak, sırasıyla, katılımcıların %70'i ve %60'ı tarafından ifade edilmiştir.

Varılan önemli bir sonuç da şirket avukatlarının uyuşmazlık konusunda gerekli uzmanlığa ve tecrübeye sahip bir hakem seçmek istedikleridir. Ayrıca, aşağıdaki hususlar da giderek artan oranda aranmaktadır:

- Sanayi alanında uzmanlık,
- Bölgesel ya da ülkesel tecrübe,
- Zararın saptanması ya da ilgili pazar koşullarının anlaşılabilmesi için gerekli olabilecek çok disiplinli deneyim (teknik veya finansal geçmiş tecrübe gibi).

Şirket avukatları yukarıdaki niteliklere sahip hakemlerin şirkete zaman ve para kazandırdıklarına inanmaktadırlar.

Araştırmamız, ayrıca, şirket avukatlarının, tahkim prosedürünü bilgi, otorite ve ağırlıklarıyla etkin yürütebilecek “*ağır sıklet*” bir hakem heyetini (ya da hakem heyeti başkanını) tercih ettiklerini ortaya çıkarmıştır. İdeal olarak hukuk, sanayi ve coğrafi bölge konusunda iki uzman çok yönlü ve bilgili bir hakem heyeti oluşturmaktadır.

Kendileriyle röportaj yapılan şirket avukatlarının %33'ü tecrübe

² Hakemlerin tarafsız ve bağımsız oldukları varsayılmıştır.

yelpazesi yeterli genişlikte olan hakemlerin sayısının sınırlı olması dolayısıyla memnuniyetsizliklerini ifade etmişlerdir. Daha geniş bir uzman hakem havuzuna erişim imkanlarının olması hususunda güçlü bir talep söz konusudur. Ancak, hiç bir şirket avukatı kendi davası için tecrübesiz bir hakemi atamak istememektedir. Kendileriyle röportaj yapılan avukatların dörtte birinin ilerde hakem olarak atanmayı istemeleri de ilginç bir bulgu olmuştur.

8.3 Özet

- Şirketler, uluslararası tahkim alanında tanınmış hakemleri tercih etmektedirler.
- İlgili sanayi dalı ve/veya bölgesel tecrübe de uluslararası hakemlerde aranan niteliklerdir.
- Şirketler, hakem seçimlerini belirli ve sınırlı sayıda tanınmış hakemler arasından yapmaktadır. Her ne kadar şirketler daha geniş bir hakem havuzundan seçim yapabilmeyi dileseler de, hakem seçiminde şöhrete verilen önem havuzun yakın bir gelecekte genişlemesini zorlaştırmaktadır. Uluslararası tahkimin popüleritesi arttıkça, tahkim alanında nadir uzmanlara olan talep de artacaktır.

9. Hukuk Bürolarının Seçimi

9.1 Yaklaşım: *Şirketler, uluslararası tahkim yargılamasında kendilerini temsil etmek üzere her zaman çalıştıkları hukuk bürolarını tutmaktadırlar.*

YANLIŞ

9.2 Veri ve Analiz

Şirket avukatlarıyla yapılan röportajlar, her zaman birlikte çalışılan avukatların uluslararası tahkimler için tutulmadıklarını açığa çıkarmıştır. Şirket avukatlarının %75'i şirketlerinin özel tahkim bürolarıyla ya da uluslararası tahkim tecrübesi olan bürolarla çalıştıklarını söylemişlerdir.

Kendileriyle röportaj yapılan şirket avukatları, kendilerinin de tahkim hizmetleri konusunda giderek bilgili ve tecrübeli hale geldiklerine inanmaktadır; çoğu, geçmişte tahkim prosedürüne dahil olduklarını ya da tahkim prosedürünü yönettiklerini belirtmişlerdir.

Sonuç olarak, kendileriyle röportaj yapılanlar, her zaman birlikte çalıştıkları avukatlar yerine, uluslararası tahkim konusunda uzman, uyuşmazlık konusunda tecrübeli ve bölgesel deneyim açısından uyuşmazlığın doğduğu yerdeki avukatlara da erişebilecek büroları, tahkim yargılamasında kendilerini temsil etmek için tercih etmektedirler. Ulaşılabilirlik ve tanınmışlık da önemli kriterlerdir.

Kendileriyle röportaj yapılanlar, şirketler ile tahkimde uzman hukuk büroları arasında uzun yıllar süre gelen ilişkilerin kurulmasının her iki taraf için de yararlı olduğunu söylemişlerdir. Bu da şirket avukatı ile hukuk bürosundaki tahkim uzmanlarının birebir ilişkisi ile sağlanmaktadır.

9.3 Özet

• Şirketler, genellikle, kendilerini uluslararası tahkim yargılamasında temsil etmek üzere her zaman birlikte çalıştıkları hukuk büroları yerine tahkimde uzmanlaşmış hukuk bürolarını tercih etmektedirler.

10. Masraflar

10.1 Yaklaşım: *Uluslararası tahkim, yabancı devlet yargısından daha ucuz olarak kabul edilmektedir.*

YANLIŞ

10.2 Veri ve Analiz

Uluslararası tahkim alanında bazıları uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin devlet yargısında çözülmesinden daha ucuz olduğunu ileri sürmüşlerse de, şirketler son yıllarda uluslararası tahkimin giderek daha masraflı hale geldiği konusunda şikayetçidirler. 2. Yaklaşım'da görüldüğü üzere, çalışma sonucunda sekiz katılımcıdan yedisinin yüksek masrafları uluslararası tahkimin dezavantajı olarak gösterdiği ve katılımcıların yarısı için bunun en önemli dezavantajı teşkil ettiği anlaşılmıştır.

Tahkime ilişkin masraflar iki ana gruba ayrılabilir: tahkim masrafları ve avukatların ücretleri. Tahkim masrafları, hakem ücretlerini, duruşmalarla ilgili masrafları (yerin kirası, tercümanların ücretleri gibi), hakem heyetince atanan bilirkişilerin masraf ve ücretlerini ve kurum-

sal bir tahkim söz konusuysa tahkim kurumunun idari masraflarını kapsamaktadır.

Araştırmamız, katılımcıların neredeyse üçte ikisinin (%65) uluslararası tahkimi yabancı devlet yargısından daha pahalı bulduğunu, %23'ünün de tahkimin en az yabancı devlet yargısı kadar masraflı olduğuna inandığını göstermiştir. Ancak, verilen cevaplar devlet yargılamasına ilişkin tecrübelerle dayanmaktadır. Devlet yargılamasının masrafları ülkeden ülkeye farklılık göstermekte ve Amerika Birleşik Devletleri en pahalı devlet yargısı olarak görülmektedir.

Katılımcılara, şirketlerinin en son dahil olduğu uluslararası tahkim davasının toplam masrafı sorulmuştur. Belirtilen davaların %52'sinin toplam masrafı 100.000 Amerikan Doları ile 500.000 Amerikan Doları arasındadır. Ancak, davaların %12'si 5 milyon Amerikan Doları'ndan fazla masrafa neden olmuştur.

Katılımcılara, ayrıca, şirketlerinin en son dahil olduğu uluslararası tahkim davalarında avukatlık ücretlerinin toplam tahkim masrafının yüzde kaçını oluşturduğunu sorduk. Katılımcılar, davaların %64'ünde avukatlık ücretlerinin toplam tahkim masraflarının %50'sinden fazlasını oluşturduğunu belirtmişlerdir. Tahkim kurumu ve hakem heyetinin masrafları da önemli olmakla birlikte bunların toplam harcamalar içindeki payı aşırı olarak görülmemektedir.

Şirket avukatlarıyla yapılan röportajlarda, gelişmiş ülkelerdeki şirketlerin, gelişmekte olan ekonomilerdeki şirketlere oranla tahkim masraflarını daha az dikkate aldıkları anlaşılmıştır. Ayrıca, Anglo-Amerikan hukuku ülkelerinin çoğundaki ve Kara Avrupası hukuku ülkelerinin bazılarında (İsveç, Fransa ve İtalya gibi) şirketler hakemlerin tecrübesi ve sunulan hizmetlerin genel kalitesi dikkate alındığında tahkim masraflarını makul bulmaktadırlar. Ancak, gelişmekte olan ekonomilerde, tahkim masrafları ve tahkim prosedürüne olan yabancı şirketleri tahkime başvurmadan vazgeçirmektedir. Dolayısıyla, 1. Yaklaşım'da belirtildiği üzere, bu şirketlerin bazıları, masrafların daha öngörülebilir ve külfetsiz olduğu kendi ülke mahkemelerini tercih etmektedirler.

10.3 Özet

- Uluslararası tahkim orta ve küçük ölçekli davalar bakımından en az yabancı devlet yargılaması kadar masraflı bulunmaktadır. Daha

büyük ve karmaşık davalarda ise uluslararası tahkim daha ekonomik olabilir.

- Uluslararası tahkimde en yüksek masraflar avukatlık ücretleridir. Tahkim kurumu ve hakem heyetinin masrafları da gerçekte yüksek rakamlar olsa bile, bunların, yargılamanın genel masrafları içindeki payı aşırı görülmemektedir.

11. Kullanıcıların Bilgi ve Tecrübe Olarak Gelişimi

11.1 Yaklaşım: *Şirket avukatları genellikle uluslararası tahkimde geniş tecrübe sahibi değillerdir; tahkim prosedüründen maksimum yararı sağlayabilmek için tahkimde uzman üçüncü kişilerin yardımını alırlar.*

KISMEN DOĞRU

11.2 Veri ve Analiz

Çalışmamız, çok uluslu şirket bünyesindeki avukatların tahkim prosedürünü yönetmekte ciddi bir tecrübeye sahip olduklarını göstermiştir. Kendileriyle röportaj yapılan şirket avukatlarının %90'ı kendilerini tahkim konusunda bilgili görmekte birlikte daha fazla eğitim almakta isteklidirler. %10, şirketlerinin bünyesindeki avukatların tahkim konusunda yeterli olmadığını düşünmektedir.

Şirket avukatlarının bu kadar yüksek bir oranının kendilerini tahkimleri yürütmek için yeterli görmesi tahkim alanında çalışanlara şaşırtıcı gelebilir. Şirket avukatları kendilerini tahkim meselelerinde yeterli görseler dahi, çalışmamızda varılan bazı sonuçlar -uyuşmazlık çözüm hükümlerinin sözleşmelerden gerekirse çıkarılması eğilimi ve tahkim yeri seçiminin taktiksel öneminin kavranamaması gibi- bazı şirketlerde uzman hukukçularca verilen eğitimlerin faydalı olacağını göstermektedir.

Eğitim istediklerini belirtenler, eğitimlerin özellikle uyuşmazlık çözüm hükümlerinin hazırlanması ve görüşülmesi, tahkim hukuku ve uygulamasındaki güncel gelişmeler, araç ve taktikler, tahkim yeri seçimi ve hakem kararlarının tenfizini içermesi gerektiğini söylemişlerdir. Bu eğitimlerin ve sonundaki tecrübelerin ticari getirileri aşağıdaki gibidir:

- Uluslararası tahkim prosedüründeki araç ve taktiklerin daha iyi anlaşılması,
- Sözleşmelerde uyuşmazlık çözümü hükümlerinin hazırlanması konusunda gelişme sağlanması,
- Tahkim davalarının daha etkin yönetimi,
- İlerde, daha geniş bir hakem havuzunun oluşumu.

11.3 Özet

- Avukatların %90'ı uluslararası tahkim prosedürü hususunda kendilerini bilgili görmekle birlikte bu konudaki eğitimlerin faydalı olacağını düşünmektedirler.
- Bu çalışmada varılan diğer sonuçlar uluslararası tahkimin kritik noktalarında daha fazla eğitimin gerekli olduğunu doğrulamaktadır.

12. Uluslararası Tahkimin Geleceği

12.1 Yaklaşım: *Şirketler, sınır aşan uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkime başvurmaya devam edeceklerdir.*

DOĞRU

12.2 Veri ve Analiz

Uluslararası şirketler tahkimi tercih etmeye devam edecekler mi? Tahkim tecrübesine artan talep nasıl karşılanacaktır? Tahkim prosedürünün hangi noktaları değiştirilmeli ya da geliştirilmelidir? Bu soruların cevapları, sınır aşan uyuşmazlıklarda tahkimin itibar edilen bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak geleceğini şekillendirecektir.

Çalışmamızda elde edilen sonuçlara göre, hali hazırda uluslararası tahkimi kullanan şirketlerin %95'i tahkime başvurmaya devam edecektir. Kendileriyle röportaj yapılanların hepsi uluslararası ticaretin gelişiminin tahkim davalarında istikrarlı bir artışa neden olacağına inanmaktadırlar.

Katılımcılar, ayrıca, bu konudaki önemli endişelerini dile getirmişlerdir. Bunlar:

- Birden fazla taraf, sözleşmeyi ve iddiayı içeren uyuşmazlıklar için çerçevenin geliştirilmesi ihtiyacı,
- Geçici koruma tedbirlerinin etkin icrasına olan ihtiyaç,
- Tahkim masraflarının düşürülmesi ihtiyacı,
- Daha çok devletin New York Andlaşması'na taraf olması ihtiyacı

Çalışmamızda varılan sonuçlar başka önemli gelişmelere de işaret etmektedir. Bunların ilki, daha gelişmiş uyuşmazlık çözüm politikalarının benimsenmesine olan eğilimin artışıdır. Bunlar, giderek, çok kademeli uyuşmazlık çözüm prosedürleri haline gelecektir. İkinci olarak, hakem kararının esasa ilişkin olarak temyizi şirketlerce tercih edilmeyecektir. Dolayısıyla, şirket avukatları, ucu açık temyiz mekanizmaları yerine hakem kararlarının bağlayıcı olmasını tercih edeceklerdir. Son olarak, uluslararası hakemlere ihtiyaç artmaktadır ve şirket avukatları daha geniş bir kaliteli hakem havuzu ve daha güçlü bölgesel tahkim kurumlarının varlığını talep etmektedirler.

12.3 Özet

- Uluslararası tahkime genel bakış oldukça olumludur. Şirketlerin %95'i tahkimi kullanmaya devam edeceklerdir ve tahkim davalarında artış gözlemlenmektedir.
- Tahkimi kullananlar, yüksek masraflar, çok taraflı uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan zorluklar ve hali hazırda dar bir hakem havuzunun mevcudiyetini de içeren bazı endişelere sahiptirler.
- Şirketler, tahkim hukuku ve uygulamasının gelecekte ortaya çıkacak problemlere çözümler üreteceğine inanmaktadırlar.

METOD

Bu çalışmanın araştırmaları 3 Mayıs - 31 Ekim 2005 tarihleri arasında School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London'da Price Waterhouse Coopers Araştırma Ortağı olarak çalışan Emillia Onyema, LLB, LLM, MCI-Arb ile Prof. Dr. Loukas Mistelis, LLB (Hons, Athens), MLE (magna cum laude), Dr Iuris (summa cum laude) (Hanover), MCI-Arb, Avukat, Clive Schmitthoff Professor of Transnational Commercial Law and

Arbitration; Direktör, School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London tarafından yürütülmüştür.

Araştırma iki aşamadan oluşmuştur:

- **1. Aşama:** 103 katılımcı tarafından doldurulan İnternet anketi. Hedef katılımcılar: sınır aşan işlemlerde bulunan şirketlerdeki hukuk departmanı başkanları, genel danışmanlar (ya da yardımcıları), tahkim/mahkemeden sorumlu danışmanlar. Sadece bu gruptan alınan bilgiler “katılımcılar” veya “İnternet çalışması” olarak ifade edilmiştir.

- **2. Aşama:** 40 genel danışman, hukuk departmanı başkanı veya (genel danışmanın yetkilerine sahip) diğer danışmanlar ile yüz yüze ya da telefonla yapılan röportajlar. Röportajlar, yol gösterici sorulara dayandırılmış ve (telefon görüşmeleri için) 15-30 dakika; yüz yüze görüşmeler için iki saat sürmüştür. Sadece bu gruptan alınan bilgiler “kendileriyle röportaj yapılanlar” olarak ifade edilmiştir.

Tüm röportajlar İngilizce yapılmıştır ve kendileriyle röportaj yapılanların çoğu (en az) iki dil bilmektedirler. Online anketlerdeki ve röportajlardaki cevaplar karşılaştırılmış, istatistiki olarak analiz edilmiş ve yorumlanmıştır.

Hedef şirketler, en üst düzeyde faaliyet gösteren ve sınır aşan işlemlerle yoğun olarak uğraşan şirketler olmuştur. Bu şirketlerin çoğunluğunun birden çok ülkede şubesi bulunmaktadır.

Hakemler ve tahkim uzmanları tarafından uyuşmazlıkların çözümü için sunulan hizmetlerin nihai kullanıcısı şirketler olduğundan, bu çalışma, şirketleri temsil eden üçüncü kişi avukatların görüşlerini değil şirketlerin kendi görüşlerini incelemiştir.

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Rona AYBAY*

I. Giriş

Uluslararası antlaşmaların Türk iç hukuku ve dolayısıyla Türk mahkemeleri açısından önemi 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle artmıştır. Bu önem artışında Anayasa'nın "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu*" ve bunlar hakkında "*anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı*" hükmünün önemli rolü olmuştur. Ayrıca, bu dönemde Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli konuları kapsayan ikili ve çok taraflı antlaşmaların sayısı da çok artmıştır.

1961 Anayasası'nın "*Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma*" başlıklı 65. maddesi şöyleydi:

"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

İktisadî, ticarî veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayınlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde, bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik ve idari antlaş-

* Prof. Dr., TBB-İHAUM Başkanı.

maların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan iktisadî, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayınlanmadan yürürlüğe konulmaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında 1. fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149. (iptal davası)¹ ve 151. (itiraz yolu) maddeler gereğince Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz."

1961 Anayasası ile getirilen ve günümüzde de yürürlüğünü sürdüren² düzenlemenin temel nitelikleri şöyle özetlenebilir:

(i) Uluslararası antlaşmaların onaylanmasının yasama işlemi değil, yürütme organınca yerine getirilecek bir işlem olduğu, dolaylı olsa da, duraksamaya yer bırakmayan biçimde belirtilmiştir. Böylece, 1924 Anayasasındaki Türkiye Büyük Millet Meclisi "*Devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi (...) gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder*" hükmünün, uygulamada yarattığı sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

(ii) Anayasa'da kullanılmış olan "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar*" deyiminin kapsamına; adı (örneğin, sözleşme, protokol vb.), içerdiği konu yada taraf sayısı ne olursa olsun, uluslararası antlaşma tanımına uyan her türlü antlaşma girer.

(iii) Yürütme organınca gerçekleştirilecek "*onaylama*", ilke olarak TBMM'ce bir "*onaylanmanın uygun bulunması kanununa*" (yetki kanunu) çıkarılmasına bağlı olmakla birlikte, belli durumlarda ve koşullarda, "*yetki kanunu*"na gerek olmaksızın da onaylama yapılabilir. tedir.

(iv) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların "*kanun hük-*

¹ Açıklama niteliğindeki "iptal davası" ve "itiraz yolu" deyimleri yazar tarafından eklenmiştir.

² Günümüzde yürürlükte olan metne, 2004 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile şu tümce eklenmiştir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Bu tümcenin yarattığı durumu ve sorunları, ileride ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağım. Buradaki amacımız bakımından, bu hükmü sadece belirtmenin yeterli olduğunu sanıyorum.

münde” olduğu belirtilmiştir.

(v) Ancak bunların, anayasaya aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilme yolu kapatılmıştır.

Uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak 1961 Anayasası’nın 65. maddesi olarak kabul edilmiş olan metin, 1982 Anayasası’na da, anlamı etkilemeyen küçük değişikliklerle girmiş ve 2004 yılına kadar da yürürlüğünü sürdürmüştür. Bu metinlerde yer alan bazı hükümlerin ve kavramların anlamı, gerek kuramsal bakımdan gerek uygulama açısından duraksamalara ve tartışmalara yol açmıştır.

II. Bugünkü Anayasa’nın 90. maddesinin arihçesi

1. 2004 yılında eklenen tümceden önceki dönem

Antlaşmaların “kanun hükmünde” olduğunu ve bunlar hakkında “anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı”nı belirten tümcelerin 1961 Anayasası’nın 65. maddesi (ve dolayısıyla bugünkü 90. madde) metnine nasıl girdikleri hakkında bilgi vermek yararlı ve aydınlatıcı olacaktır.

1961 Anayasası’nın hazırlanması evresinde, Anayasa’nın bütününe kapsayan, sistematik üç tasarı (taslak) ortaya çıkmıştı: Kısa adlarıyla, “Ön-tasarı”,³ “SBF Tasarısı”⁴ ve “Temsilciler Meclisi Tasarısı”.⁵

Antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin tümce (yada benzer bir anlatım) bu üç tasarının (taslağın) hiç birinde yoktu.

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş antlaşmalar hakkında, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağına ilişkin hüküm de bu üç tasarının hiç birinde yoktu.

Antlaşmaları Anayasa Mahkemesi’nin denetim alanı dışına çıkaran böyle bir hükmün olmamasına karşılık, Anayasa Mahkemesi’ne bu konuda bir tür *ön-denetim* yetkisi tanıyan bir düzenleme, üç *Tasarıda* da yer almıştı. Bu düzenlemelerin öngördüğü usule göre, onaylanması söz konusu olan bir antlaşmanın Anayasaya aykırı olduğu TBMM

³ Milli Birlik Komitesine Anayasa Ön-Projesi hazırlamakla görevlendirilen Bilim Komisyonu’nun hazırlayıp, Milli Birlik Komitesi’ne sunduğu Anayasa Tasarısı.

⁴ Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün hazırladığı Anayasa Tasarısı.

⁵ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun hazırladığı Anayasa Tasarısı.

üyelerinin belli bir oranınca⁶ ileri sürülürse, onaylamayı uygun bulma kanununun kabulüne ilişkin işlemler, Anayasa Mahkemesi'nin kararına kadar durdurulacaktı.⁷

Sonuç olarak, onaylamayı uygun bulma kanunu, ancak Anayasa'ya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmesi halinde çıkarılabilecekti. Yani Anayasa Mahkemesi, söz konusu antlaşmayı Anayasaya aykırı bulursa, o antlaşma onaylanamayacaktı.⁸ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesinde, bir antlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali halinde, devletin uluslararası sorumluluğu sözkonusu olacağından, anayasaya uygunluk denetiminin önceden yapılmasının zorunlu bulunduğu belirtilmişti.

Madde, Temsilciler Meclisi'nde böylece kabul edilmiş, fakat o zamanki Kurucu Meclis'in üst Meclisi durumunda olan ve askerlerden oluşan Milli Birlik Komitesince⁹, ilgili maddeye köklü değişiklikler ge-

⁶ “Ön-tasarı”ya göre, “TBMM üye tamsayısının en az üçte biri” (m. 63/II); “SBF Tasarısı”na göre, “Meclislerden birinin tam üye sayısının beşte biri” (m. 77/II), Temsilciler Meclisi Tasarısı'na göre; “Meclislerden birinin üye tam sayısının beşte biri” (m. 63/II).

⁷ 27 Mayıs 1960 tarihinde yapılan askeri müdahaleden sonra oluşturulan Kurucu Meclisle ilgili kanun (Kurucu Meclis Teşkili hakkında kanun; RG, 16 Aralık 1960, 10682) da yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılan antlaşmalarla, sözleşme ve her türlü anlaşmaları onaylama yetkisinin, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi, Kurucu Meclise ait olduğunu belirtmişti (m. 18/II). Aynı kanuna göre, “yabancı devletler ve milletlerarası teşekküllerle yapılan antlaşmaları (...) onaylamaya Kurucu Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verilir” di (m. 27/II).

⁸ Böyle bir ön-denetim sistemi, 1958 Fransız Anayasasınca da benimsenmiştir. Bu Anayasaya göre, kabul edilecek bir uluslararası yükümlülüğün anayasaya aykırı olduğu “Anayasa Konseyi”nce ilan olunursa, söz konusu yükümlülüğün kabulü, ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklı hale gelir. Böyle bir başvuruda bulunma yetkisi, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Parlamentonun iki meclisinden birine, altmış milletvekili yada altmış senatöre tanınmıştır (m.54).

Dünyanın çok farklı bir yöresinden bir örnek de şudur: 1994 yılında referandum sonucunda kabul edilmiş olan Tacikistan Anayasası'na göre de, Anayasa Mahkemesi'nin, uluslararası antlaşmaları yürürlüğe girmeden önce anayasaya uygunluk bakımından denetleme yetkisi vardır (Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Aliev Zarif Malakhovich'in Tebliği; Anayasa Yargısı 23, Anayasa Mahkemesi yayını, yayın sayısı 54, 2006, s. 20-21)

⁹ 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesini gerçekleştiren silahlı kuvvetler mensuplarından oluşan Milli Birlik Komitesinin başlangıçta 38 üyesi vardı. 1961 Anayasasını hazırlayan Kurucu Meclisin toplanmasından önce 12/13 Aralık 1960 tarihinde gerçekleştirilen bir tasfiye sonucunda Komitenin 14 üyesi (14'ler adıyla anılan grup) yurt dışı görevlere atanarak, dışarıda bırakılmıştı.

tiren bir düzenleme yapılmıştır. Değişiklikler şöyle özetlenebilir:

(i) Antlaşmaların, onaylanmadan önce, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesine olanak veren hüküm metninden çıkarılmış; böylece, bu yol kapatılmıştır.

(ii) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların "*kanun hükmünde*" olması kabul edilmiştir.

(iii) Fakat kanunlarla ilgili olarak "*iptal davası*" veya "*Anayasaya aykırılık itirazı*" aracılığıyla işleyecek Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçirilme yolu, antlaşmalar bakımından kapatılmıştır.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu daha önce kabul edilmiş olan metinde köklü değişiklikleri yapan Milli Birlik Komitesi metnini aynen benimsemiş; Temsilciler Meclisi Genel Kurulu'nda da, daha önce kabul edilmiş olan madde metnini -deyim yerindeyse "*tersyüz eden*" - yeni metin üzerinde hiçbir üye söz istememiş; böylece "*askeri kanat*" tan gelen yeni metin, aynen kabul edilmiştir.

Daha önce benimsenmiş olan madde metnine, bu kadar önemli ve köklü değişiklikler getirmiş; öncekinden bütünüyle farklı olan yeni düzenlemenin, üzerinde hiçbir üye görüş bildirmeden aynen kabul edilmesi, bu konuda, Temsilciler Meclisi dışından gelen bir etkinin rol oynamış olabileceğini düşündürmektedir.

1961 Anayasası'na, deyim yerindeyse, "*son dakikada*" giren bu yeni düzenleme üstelik Anayasa'nın, gerek yasama gerekse yürütme organlarının işlemlerini yargı denetimine sıkı sıkıya bağlayan genel eğilimine açıkça ters düşmüştür. Çünkü bu düzenleme ile, bir yandan onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş bir antlaşmanın Anayasa Mahkemesince denetlenmesi yolu kapatılmış; öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne, onaylama öncesi denetim olanağı veren hüküm de tasarıdan çıkarılmıştır.

Anayasa yargısı açısından, geriye kalan tek olanak ise, antlaşmanın içeriğine ilişkin bir denetimi kapsamaksızın, sadece onaylamayı uygun bulma kanununu Anayasa Mahkemesi önüne götürmektir.¹⁰ Anayasa Mahkemesi, antlaşmaların yargı denetimi dışında tutulma-

¹⁰ Onaylamanın uygun bulunmasına ilişkin kanunun anayasaya uygunluk denetimi için bkz., AYMK E. 1996/55, K. 1997/33. Zikreden Can, Osman, Imperatoris locuta, causa finita? Anayasa'nın 90. madde değişikliği ve Anayasa yargısı, *Maltepe Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, yıl 2005, sayı 1, s. 94

sına ilişkin kuralla, anayasal denetimin dışında tutulmak istenenin, yöntemince yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşmanın kendisi olduğunu açıklamış ve “*Bu nedenle, antlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabileceğini*” belirtmiştir.¹¹ Ancak, sadece birkaç biçimsel maddeden ibaret bu kanun üzerindeki denetim olsa olsa, onaylamayı uygun bulma kanununun çıktığı tarihle onaylamanın gerçekleştiği tarih arasındaki zaman parçası içinde söz konusu olabilir. Çünkü bu devre içinde henüz ortada “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir antlaşma*” yoktur.¹²

Günümüzde yürürlükte bulunan Anayasa’nın, 90. maddesi hazırlanırken, 1961 Anayasası’nın 65. maddesi, birkaç küçük ve anlamın özünü etkilemeyen sözcük değişikliğiyle¹³ aktarılmıştır. Bu metin, 1982 Anayasası’nı hazırlayan Kurucu Meclis’in, tüm üyeleri askeri kanadı oluşturan Milli Güvenlik Konseyi’nce atanan “*Danışma Meclisi*”nden görüşmesiz geçmiş; 4 General ve 1 Amiralden oluşan “*Konsey*” de, maddede herhangi bir değişiklik yapmamıştır.

1982 Anayasası’nın hazırlık çalışmalarının yürütülmekte olduğu bu dönemde, Ankara Üniversitesi SBF ve Hukuk fakültelerinin ilgili öğretim üyelerince bir “*Gerekçeli Anayasa Önerisi*” hazırlanmış ve kitap olarak yayınlanmıştır. Bu “*Anayasa Önerisi*”nde de ön-denetim sağlayacak bir sistem öngörülmüştür. Ancak, 1982 metnini hazırlayanların bu öneriyi dikkate aldıklarına ilişkin bir belirti yoktur.¹⁴ Ankara Üni-

¹¹ AYMK, E. 1996/55, K. 1997/33, karar t. 27 Şubat 1997, “*Esasın incelenmesi bölümü, “A-Uluslararası anlaşmaların Uygun Bulunmasına İlişkin Yasaların Anayasal Denetimi Sorunu”*”.

¹² Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin, onaylamanın uygun bulunduğu ilişkin kanunu onay tarihinden sonra da anayasa uygunluk denetiminden geçirmesine, kanımca, bir engel yoktur. Çünkü Anayasa Mahkemesi’nce verilen iptal kararları geri yürümez (AY m. 153/V); dolayısıyla onaylamanın uygun bulunduğu ilişkin kanun iptal edilmiş olsa bile, yürütmenin o kanuna dayanarak yaptığı onay işlemi geçerli olmaya devam edecektir. Ancak, bu iptalin siyasal ve diplomatik bakımdan bir takım sorunlara yol açabileceği de, bir gerçektir.

¹³ “*İktisadi*” yerine “*ekonomik*”, “*münasebetleri*” yerine “*ilişkileri*” sözcüklerinin konulması gibi.

Anayasa Mahkemesi’ne başvurma yolunu kapatan tümce de değiştirilmiş ve şu biçimi almıştır: “*Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.*” Görüldüğü gibi, bunlar maddenin özüyle değil, anlatıma ilişkin ayrıntılarla ilgili değişikliklerdir. Bu durum, 1982 Anayasası’nın gerekçesinde; 1961 metninin uygulamada iyi işlediği ve ihtiyacı karşıladığı nedenine bağlı olarak açıklanmıştır.

¹⁴ Ankara Üniversitesi SBF Dekanı Prof. Cevat Geray ve bu satırların yazarı, önerileri içeren kitabı, Danışma Meclisi’nin Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Orhan

versitesi SBF tarafından yayınlanan bu Anayasa önerisinin 65. maddesi 1. fıkrası şöyleydi:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar onaylanmadan önce TBMM’nin bilgisine sunulur. Sunuluştan başlayarak otuz gün içinde en az elli milletvekili tarafından hakkında görüşme açılması istenmeyen ya da üye tamsayısının üçte biri tarafından Anayasayla bağdaşmazlığı Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülmemeyen antlaşmalar TBMM’nce uygun bulunmuş sayılır. Hakkında görüşme açılması istenen ya da Anayasa Mahkemesi önüne götürülüp de Anayasayla bağdaşır bulunan antlaşmaların onaylanması TBMM’nin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlıdır.”

Bu önerilerin gerekçesi de şöyleydi:

“Öte yandan, (önerilen) yeni fıkra, antlaşmaların Anayasaya aykırı görülebilecekleri durumlara da açıklık getirmektedir. Usulüne göre yürürlüğe konmuş antlaşmaların sonradan Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilememesi devletin uluslararası sorumluluğundan doğan bir durum olduğuna göre Anayasaya aykırılık sorununun aydınlanabileceği tek aşama anlaşmanın uygun bulunmak üzere meclise geldiği aşamadır. İşte bu aşamada parlamento üyelerinin üçte biri konuyu Anayasa Mahkemesi’ne götürmek fırsatını bulabilecek ve mahkemenin verdiği karara göre uygun bulma işleminin yasayla tamamlanması yoluna gidilecektir.”¹⁵

2. 2004 yılında eklenen tümce

1982 metninin, 1961 Anayasası’nın 65. maddesini -öze ilişkin olmayan birkaç küçük değişiklikle yineleyen- 90. maddesinin sonuna, şöyle bir tümce eklenmesi ilk kez 2001 yılında önerilmiş ama sonuç olarak kabul görmemişti:

“Kanunlar ile milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır.”¹⁶

Aldıkaçtı’yı resmen ziyaret ederek sunmuşlardır.

¹⁵ Gerekçeli Anayasa Önerisi, AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, yayın no. 497, Ankara 1982, s. 88 ve 90.

¹⁶ Demokratik Sol Parti Genel Başkanı İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi (TBMM 21. Dönem, yasama yılı 3, 2001, Sıra sayısı 737.).

Bu değişikliğin gerekçesi şundan ibarettir:

“Bu hüküm Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapı sağlanması için gerekli görülmüştür.”

Teklif Anayasa Komisyonu’nda şu gerekçe ile kabul edilmiştir:

“...değişiklik komisyonumuzca egemenlik hakkının kullanılmasına bir sınır getirip getirmemesi yönünde tartışılmış, 90. maddenin bütünlüğü içinde komisyonumuzca uygun görülerek oy birliği ile kabul edilmiştir.”¹⁷ Ancak, bu öneri Genel Kurul görüşmeleri aşamasında reddolunmuştur.¹⁸

Üç yıl kadar sonra yapılan bir Anayasa değişikliği ile 90. maddeye şu tümcenin eklenmesi kabul edilmiştir:¹⁹

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

III. Anayasa’nın 90. maddesinin açıklanması

1. Giriş

Anayasa’nın 90.maddesine 2004 yılında *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır”* tümcesinin eklenmesi, bu konuda yeni ve köklü bir değişiklik yaratmıştır. Bu değişiklikle, tartışmalarda dikkate alınması gereken yeni ve önemli öğeler ortaya çıkmıştır.

¹⁷ Anayasa Komisyonu raporu, 2/803, s. 7.

¹⁸ Bu teklifin altında imzası bulunan ve teklifin görüşüldüğü Anayasa Komisyonu’nda üye olan ve bu teklifin “mimarı” olduğunu belirten Amasya Milletvekili Ahmet İyimaya, bu konuyu şöyle açıklamaktadır:

“...uzlaşma komisyonunca kabul gören, bütün parti genel başkanlarının da imzaları ile TBMM’ne intikal eden ve komisyonlarca oybirliği ile benimsenen (bu madde) bir anda bir yerlerden estirilen rüzgarla genel kurul aşamasında reddolunmuş; olması gerekenin gerçekleşmesi 2004 yılına sarkmıştır.” Av. Habibe İyimaya, Kayaaslan, Beykoz 1 Asliye Hukuk Mahkemesi’ne sunulan cevap layihası (dosya nu. 2006/420). Bu dilekçe “Sahip Molla Çiftliği Davası yahut Beykoz Konakları ile Acarkent’in Hukuki Rejimi” başlığı ile özel olarak yayınlanmıştır.

¹⁹ 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği; RG 22 Mayıs 2004, 19464.

Aşağıda, 90. maddenin son biçiminin bir çözümlemesini sunuyorum. Ancak, öncelikle bugünkü 90. maddenin öncüsü olan 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin "hazırlık çalışmaları"na ilişkin olarak yukarıda²⁰ verdiğim bilgileri anımsamanın, konunun tarihsel boyutunun aydınlatılması bakımından çok yararlı olduğunu sanıyorum. Bunun, bugün tartışılan konuların daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağını ve böylece tartışmaları kolaylaştıracağını umuyorum.

Anayasa'nın 90. maddesindeki düzenlemeye göre Türkiye adına "yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla"²¹ yapılacak antlaşmalar"; onaylama işleminde TBMM'nin rolü açısından iki türe ayrılır:

(i) Onaylanması için TBMM'nin "onaylamayı bir kanunla uygun bulması" gerekli olan antlaşmalar;

(ii) Onaylamaya ilişkin bir kanunun çıkmış olmasına gerek olmaksızın, Yürütme organınca tek başına yapılan bir işlemle onaylanabilen antlaşmalar.

Bu konuda temel ilke, bir antlaşmanın onaylanmasının, TBMM'nce "onaylanmanın uygun bulunduğu" ilişkin bir kanunun kabul edilmesine bağlı olmasıdır. Bu kanunla, onaylama işlemi için, yürütme organına yetki verilmiş olmaktadır. Bu nedenle de, bu kanuna kısaca "yetki kanunu" denildiği görülmektedir.²²

Ancak 90. maddedeki düzenleme, bu temel ilkedен ayrılmının söz konusu olduğu ayrık (istisnai) durumların bulunduğu göstermektedir. Bu ayrık durumlarda, yürütme organı, bir yetki kanununa gerek olmaksızın, antlaşmaları onaylayabilmektedir. Bu durumlar da AY m. 90'ın ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen iki türe ayrıl-

²⁰ Bkz., Yukarıda II. Bugünkü Anayasa'nın 90. maddesinin tarihçesi 1. 2004 yılında eklenen tümceden önceki dönem

²¹ 1961 metninde burada kurul "Kurul" sözcüğü kullanılmıştı. "Kurul" heyet karşılığıdır ve genellikle tüzel kişilikten yoksun bir oluşumu akla getirir. Oysa bir uluslararası antlaşmaya taraf olmanın başta gelen koşulu, uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaktır. Dolayısıyla, burada geçen "Kurul" sözcüğü yerine "kuruluş" denilmesi daha uygundur; bunu da uluslararası "örgüt" anlamında anlamak doğru olur.

²² "Onaylamanın uygun bulunduğu" ilişkin kanunun "yetki kanunu" olarak nitelendirilmesi, bu durumda yürütme organına bir "görev" değil "yetki" verildiğini göstermesi açısından yerindedir. Çünkü yürütme organı, hakkında "onaylamanın uygun bulunduğu"na ilişkin kanun çıkmış bir antlaşmayı, siyasal bazı nedenlerle onaylamayabilir; yani kendisine yasama organınca verilmiş yetkiyi kullanmamış olabilir.

maktadır. Ancak, bu ayrıksılıkların açıklanmasından önce belirtilmesi gereken önemli bir nokta vardır:

Bir uluslararası antlaşmaya taraf olmanın, Türk kanunlarında değişiklik ortaya çıkması sonucunu doğurması halinde, AY m. 90'ın ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilmiş bulunan ayrıksılıklardan ayrılmak ve temel kural olan TBMM'nin "*onaylamayı bir kanunla uygun bulması*" koşuluna uymak zorunludur:

"Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında 1. fıkra hükmü uygulanır" (AY m. 90, f. IV).

(i) *Ayrıksılık durumlarının birinci türü (AY m. 90/II):*

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen antlaşmalar "*yayınlanma ile yürürlüğe konulabilir*".

Ancak, bu türe giren antlaşmaların "*Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemesi, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmaması*" ve süre olarak da "*bir yılı aşmaması*" gerekir. "*Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde*" TBMM'nin bilgisine sunulur (AY m. 90, f. II).

(ii) *Ayrıksılık durumlarının ikinci türü (AY m. 90/III)*

Daha önce taraf olunmuş bir uluslararası antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik ve yönetsel (idari) antlaşmaların "*TBMM'nce uygun bulunması zorunluluğu*" ilke olarak, yoktur. Ancak "*bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayınlanmadan yürürlüğe konulamaz.*"

Görüldüğü gibi, bu fıkra kapsamındaki teknik ve idari nitelikteki antlaşmaların yayınlamadan yürürlüğe konulmasına olanak vardır. Ayrıca, bir önceki fıkradaki (m. 90/II) düzenlemeden farklı olarak, TBMM'nin bilgisine sunulma koşulu yoktur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, ayrıksılık (istisna) kapsamına giren iki türdeki antlaşmalar, TBMM'nin bir "*onaylamayı uygun bulma*" (yetki) kanunu çıkarılmasına gerek olmaksızın, yürütme organınca gerçekleştirilen bir işlemle onaylanabilmektedir.²³

²³ Anayasadaki düzenlemenin sözü, bu türe giren antlaşmaların, TBMM'den onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin bir kanun çıkarılmasına gerek olmaksızın, onaylanmasına olanak vermektedir. Ancak, içeriği bakımından bu türe giren bir

1963 yılında kabul edilmiş olan 244 sayılı kanun²⁴ bugünkü 90. maddenin öncüsü olan AY m. 65 ile kurulan düzenlemeye, yürütme organının yetkilerini genişletecek yönde bazı değişiklikler getirmiş ve yeni kurallar koymuş görünmektedir. 244 sayılı kanunun “İktisadi, ticari, idari ve teknik antlaşmaların yapılmasında hükümetin yetkisi” başlıklı 5. maddesi ve “NATO ile ilgili antlaşmaların yapılmasında hükümetin yetkisi” başlıklı 6. maddesinin kapsamına giren antlaşmaların, Anayasa ile belirlenmiş kural dışında yeni bir ayrıksılık kategorisi yarattığı belirtilerek eleştirilmiştir.²⁵ Kanımca, bu eleştiriler yerindedir; çünkü 244 sayılı kanuna göre, 5 ve 6. maddelerde belirtilen antlaşmalar hakkında da şu hüküm geçerli olacaktır:

“Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan iktisadi, ticari, teknik veya idari anlaşmalardan Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunda dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu yoktur.”

Ancak Anayasa Mahkemesi, kurulduğu ilk yıllarda verdiği bir kararla, 244 sayılı kanunun hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.²⁶

2. Antlaşmaların kurallar dizgesindeki yeri konusunda farklı görüşler

Anayasada, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaları “kanun hükmünde” sayan, ama kanunlar için genellikle açık olan Anayasa Mahkemesi denetimini olanaksız kılan bu düzenleme nedeniyle; antlaşmaların, kurallar hiyerarşisindeki yerini saptamak zor hale gelmişti.

antlaşmanın onaylanması için de, yürütme organınca TBMM’den bir “yetki kanunu” çıkartılması girişiminde bulunmasına engel olmasa gerekir.

²⁴ Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, yürürlüğü ve yayınlanması ile bazı antlaşmaların yapılması için bakanlar kuruluna yetki verilmesi hakkında kanun; kanun nu. 244, kabul t. 31 Mayıs 1963, RG 11 Haziran 1963, 11425

²⁵ Pazarıcı, Hüseyin; Uluslararası Hukuk, gözden geçirilmiş 4.bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 73vd.

²⁶ Anayasa mahkemesi, E.1963/311, K.1965/12, AYMKD C. 3, s. 67 vd.

Bazı yazarlar “kanun hükmünde” oluşlarına ağırlık vererek, Türk hukuku açısından antlaşmaların kanunlarla aynı düzeyde olduğu görüşündeydi.²⁷

Buna karşılık, antlaşmalarla ilgili olarak “Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması” yolunun kapatılmasına ağırlık veren yazarlar ise, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların kanunlardan daha üst düzeyde olduğunu kabul etmekteydiler.²⁸

Bu konuda, 1993 yılında Danıştay’ca düzenlenen İdare Hukuku Kongresi’nde açıkladığım görüşüm, özetle şöyleydi:

“...uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmaması, antlaşmalara ‘kanun-üstü’ bir statü kazandıramaz.”²⁹

3. Onaylamayı uygun bulma kanununun hazırlanmasında Dışişleri Bakanlığı’nın rolü;

244 sayılı kanunun 4. maddesine göre, antlaşmaların onaylanmasına ilişkin kanun tasarılarını ve bunlarla ilgili olarak TBMM’ne sunum yazıları ile kararname tasarılarını hazırlamak görevi Dışişleri Bakanlığı’nındır.

Bir antlaşmanın onaylanabilmesi için, TBMM’den onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin bir kanun çıkarılmasının gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi, uygulamada Dışişleri Bakanlığı’nca yapılmaktadır. Dışişleri Bakanlığı, uygun bulma kanununun (yetki kanununun) gerekli olduğu sonucuna varırsa konuyla ilgili bir kanun tasarısı taslağı bu Bakanlıkça hazırlanıp, Başbakanlığa gönderilmektedir.³⁰

²⁷ Bkz., Bilir, Faruk; Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklik çerçevesinde milletlerarası anlaşmaların iç hukuktaki yeri., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fak.Dergisi, C. 13, sayı 1, yıl 2005, s. 79 vd. Başlar, Kemal, Uluslararası antlaşmaların onaylanması, üstünlüğü ve anayasal denetimi üzerine, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, MHB, özel sayı İstanbul 2001, s. 295 vd.,

²⁸ Türk hukukçuları, “Anayasa - kanun - uluslararası sözleşme” arasındaki altık-üstlük ilişkisini, daha çok Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri açısından, özellikle de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından tartışmışlardır..

²⁹ Aybay, R., Türk hukukuna göre uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasındaki altlık üstlük ilişkisi; II Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s. 277 vd.

³⁰ Onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin kanun tasarısı, Başbakanlık Kanunlar

Anayasaya göre, TBMM'ne kanun teklifi sunma, Bakanlar Kurulu'nun yanı sıra milletvekillerine de tanınmış bir yetkidir (m. 88/I). Ancak, uygulamada uluslararası antlaşmaların onaylanmasına ilişkin önerilerin milletvekillerince değil sadece bakanlar kurulunca yapılabileceği kabul edilmektedir.³¹ Anayasa'nın, "kanun teklif etmeye bakanlar kurulu ve milletvekilleri yetkilidir" hükmü (m. 88/I) karşısında bu uygulamayı yerinde bulmak, kanımca, olanaklı değildir. Bir yada birkaç milletvekilinin, bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin bir girişimde bulunarak, bu yolda bir kanunun çıkmasını sağlamalarına herhangi bir engel olduğunu sanmıyorum. Parlamento yaşamının gerçekleri karşısında, böyle bir teklifin yasa-laşma olasılığı genel olarak zayıf görünse de, milletvekillerine Anayasa ile tanınmış bir yetkinin kullanılmasının engellenmesi yerinde değildir. Milletvekillerinin, bu yoldan, hükümeti onaylamaya siyasal bakımdan zorlama ve kamuoyu oluşturma yetkileri bulunduğu da kabul edilmelidir.

Kaldı ki, onaylamanın sonuç olarak yürütme organının (hükümetin; bakanlar kurulunun) yetki alanına giren bir işlem olduğunda da kuşku yoktur. Anayasa'nın "Yürütme" genel başlığı altındaki 104. maddesine göre, "milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak", Cumhurbaşkanı'nın yetkisindedir. Onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin kanunla, yürütme organına onaylama konusunda bir "görev" değil "yetki" verilmektedir.

4. 2004 yılında eklenen tümcenin çözümlenmesi

A. Giriş

Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen tümcenin kabulünden sonra, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaları, Türk kanunları karşısındaki durum açısından ikiye ayıran yeni bir sınıflama yapmak gerekmektedir:

- (i) "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" uluslararası antlaşmalar;
- (ii) bunlar dışında kalan antlaşmalar.

ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün incelemesinden sonra, Bakanlar Kurulu tasarısı olarak TBMM'ne sunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Pazarıcı, H., bir önceki dipnotunda belirtilen yapıt, s. 74 vd.

³¹ Pazarıcı, bir önceki dip notunda a. g. y., s. 74.

“*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” uluslararası antlaşmalar dışındaki antlaşmaların, aynı konuyu düzenleyen Türk kanunlarıyla çatışması halinde, hangisine üstünlük tanınacağı sorunu açısından, 2004 değişikliğinden önceki durumda bir değişiklik yoktur. Dolayısıyla, bu konuda antlaşma hükmüne üstünlük tanıyan ve tanımayan görüşleri savunan yazarların görüşlerini etkileyecek yeni bir durum ortaya çıkmış değildir.

Buna karşılık, “*temel hak özgürlüklere ilişkin*” bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir Türk kanunu arasında çatışma çıkması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün “*esas alınması*” gereğinin bir anayasa hükmü haline gelmesi, üzerinde düşünülmesi gereken ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Bu “*esas alınma*”nın anlamının ne olduğu, “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” deyiminin kapsamına hangi uluslararası antlaşmaların girdiği gibi bazı önemli konuların aydınlatılması gerekmektedir. Bu konulara ilişkin olarak ortaya çıkan sorulara, hukuk tekniği açısından doyurucu yanıtlar bulunmasının, 90. maddeye eklenen tümcenin uygulanabilirliği açısından büyük önemi vardır. Bu kavramların anlamı konusunda açık-seçik bir anlayışa varılamaması, belirsizliklere ve dolayısıyla bir-biriyle çelişen uygulamalara ve içtihatlarla yol açacaktır.

B. 90. maddeye eklenen tümcenin gerekçeleri

Bir yasa metninin incelenip değerlendirilmesinde, yasama organına sunulan metnin gerekçelerinin ve hazırlık çalışmalarının “*bağlayıcı*” olmasa da çok yararlı bir kaynak olduğu bilinen bir gerçektir. Hukuk alanında, “*tarihsel yorum*” denilen bir yöntem de, “*yorum yöntemleri*” arasında yer verilmiş olması bunu doğrulamaktadır. Ancak, incelediğimiz konu açısından, gerekçelerin ve hazırlık çalışmalarının çok yetersiz ve uygulamaya ışık tutacak nitelikten uzak olduğunu söylemek zorundayım.

Anayasa’nın 90. maddesine bir tümce eklenmesinin yanı sıra Anayasa’nın 15, 17, 30, 38, 87, 131, 143 ve 160. maddelerinde değişiklikler içeren Anayasa Değişikliği Teklifinin Genel Gerekçesi, Anayasa Komisyonu raporundaki dizilişle 10 satırdan ibarettir. En temel yasa olan Anayasada köklü değişiklikler öngören bir önerinin dayandığı gerek-

celerin çok daha ayrıntılı açıklamalar içermesi beklenirdi. İktidar partisinin grup 5 başkanvekili ile 193 milletvekilinin imzalarıyla sunulan değişiklik teklifinin Genel Gerekçesi şöyledir:

“Avrupa Birliği’ne üye adayı olan ülkemizin Kopenhag Siyasi Kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken hususlar ile yasal düzenlemeler 24 Temmuz 2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ‘Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program’da belirlenmiş bulunmaktadır.

Bir taraftan hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğunu vurgulayan ve Ülkemizce de imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 13 No’lu Protokol gereğince ölüm cezasının kaldırılmış olması; diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yaşamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”

Anayasa’nın 90. maddesine bir tümce eklenmesine ilişkin maddenin gerekçesi de şundan ibarettir:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”³²

Madde gerekçeleri de içinde olmak üzere, gerekçeler sadece bir sayfaya sığabilmiştir. Anayasa’nın dokuz maddesinde önemli değişiklikler öngören bir teklifin gerekçelerinin açıklanmasında bu denli “tasarruflu” davranılması, yadırganacak bir tutum olsa gerektir.

³² Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM, (S. Sayısı: 430) Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278).

C. “Temel hak ve özgürlükler” deyimi

“Temel hak ve özgürlükler” deyimi, uluslararası insan hakları hukukundan çok, anayasal iç hukukta kullanılan bir deyimdir. Maddenin gerekçesinde “insan haklarına” ilişkin milletlerarası deyimi kullanılmışken, metinde “temel hak ve özgürlükler” denilmesinin anlamı nedir? Burada kullanılmış olan “temel hak ve özgürlükler” in kapsamının belirlenmesinde ölçüt nedir?³³

Ölçüt olarak TC Anayasası kabul edilecek ise, hemen belirtmek gerekir ki, günümüzde yürürlükte olan metinde “temel hak ve özgürlükler” deyimi kullanılmış değildir. Anayasada, “temel haklar ve ödevler” başlığı altında (m. 12 vd.) “temel hak ve hürriyetler” deyimi kullanılmıştır.

Anayasa maddesinin anlatımında gösterilmesi gereken özenin gösterilmediği ve burada kast olunanın 1982 Anayasası’ndaki “temel hak ve hürriyetler” olduğunu varsayarsak; o zaman da, Anayasa’nın 12-74 maddelerinde düzenlenmiş geniş bir yelpazenin bu kapsamda olduğu gibi bir sonuca varırız. Bu geniş yelpazenin içine “Kişinin hakları ve Ödevleri” (m. 17-40), “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” (m. 41-65) ile “Siyasi Haklar ve Ödevler” (m. 66-74) başlıkları altında düzenlenmiş haklar ve özgürlükler girer. Bu geniş yelpaze, Türkiye’nin de içinde bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi içinde korunan hak ve özgürlüklerden çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde “mülkiyet” hakkının da temel insan haklarından sayılması³⁴ da, bu konu açısından üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Çünkü bireylerin mülkiyet hakkıyla doğrudan değilse de dolaylı biçimde ilgili sonuçlar doğurmayacak bir uluslararası antlaşma yok gibidir. Burada kullandığım “bireyler” deyimine, AİHS bağlamında yalnız gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin (örneğin ticaret şirketlerinin) de girdiği gözden kaçırılmamalıdır.

Anayasa Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında bazı üyelerin önerilen maddeyle ilgili eleştirileri, Komisyon raporuna şu tümcelerle yansıtılmıştır:

“Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası

³³ Bu konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken noktalar için bkz., Başlar, 27. dipnotunda a. g. y., s. 309 vd.

³⁴ Bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ek Birinci Protokol, m.1

antlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi antlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadat edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7. madde teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir.”³⁵

Anayasa Komisyonu üyelerinden altı milletvekili, Komisyon Raporuna şu “karşı oy yazısı”nı eklemişlerdir:

“Teklifin 7. maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyumsuzluklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen antlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız.”

Sonuç olarak, AY m. 90’a eklenen tümcedeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” deyimini kapsamına, hangi antlaşmaların girdiğinin saptanmasında çok büyük güçlükler olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapsamın belirlenmesinde, sadece antlaşmanın başlığına (adına) bakılarak, dar bir yorum yapılabileceği gibi, içerdiği hükümlere bakılarak geniş bir yorum da olanaklıdır. Antlaşmaların adına bakılarak yapılacak dar yorum yaklaşımı benimsenirse, çözüm yine kolay olmayacaktır. Çünkü konuyla ilgili birçok uluslararası antlaşmanın adında, değişik deyimlerin kullanıldığı görülür: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) resmi adında, “insan hakları” deyimini yanı sıra “temel özgürlükler” (fundamental rights) deyimine yer verilmiş; buna karşılık “ikiz sözleşmeler” diye anılan iki Birleşmiş Milletler belgesinin adlarında “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” ve “medeni³⁶ ve siyasal haklar” deyimlerine yer verilmiştir. Ayrıca, konuyla ilgili antlaşmaların (ve sözleşmelerin) adlarında “çocuk hakları”, “kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi”, “insan onurunun (haysiyetinin) korunması” gibi deyimlerin kullanılması da olağandır. Dolayısıyla, bir antlaşmanın, AY m. 90’a eklenen son tümcedeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” deyimini kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde, antlaşma-

³⁵ Anayasa Komisyonu Raporu; Dönem 22, Yasama yılı 2, S. sayısı 430 (2/278). Anayasa Komisyonu’nca, madde metninde yapılan tek değişiklik şudur: “Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen ‘andlaşmalar ile’ ibaresi ‘andlaşmalarla’ şeklinde düzeltilmiştir”.

³⁶ Yabancı dillerdeki “civil” sözcüğünün Türkçeye “medeni” diye çevrilmesinin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak, konumuzun özüyle ilgili olmayan bu soruna değinmekle yetiniyoruz.

nın başlığına bakılarak bir değerlendirme yapmak sağlıklı sonuçlara götürmez.

“*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma*” deyiminin kapsamının belirlenmesinde ölçüt olarak, başlıkların değil antlaşmaların içeriğinin alınması halinde ise, belki daha da büyük güçlüklerle karşılaşılması olasıdır. Çünkü bu yola gidildiğinde antlaşma, sözleşme ve protokol gibi adlar altında “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” hükümler içeren yüzlerce belgedeki hükümlerin değerlendirilmesi gerekecektir. Bu arada, insan hakları belgelerinde yer alması tartışmalı bir hak olan mülkiyetin, Türkiye’nin de taraf olduğu AİHS’ye Ek 1. Protokol’ün 1. maddesi uyarınca temel haklardan sayıldığı anımsanmalıdır. İkili antlaşmalar da içinde olmak üzere hemen bütün antlaşmalarda, mülkiyet hakkıyla doğrudan yada dolaylı biçimde ilgili hükümlere rastlanabilir. Dolayısıyla, bir antlaşmanın “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olup olmadığının saptanması için ölçüt olarak, içerdiği hükümlerin alınması da, sorunun güçlüğü azaltmayacak, büyük olasılıkla daha da arttıracak; içinden çıkılması zor durumlara yol açacaktır.

“*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” antlaşmalar deyiminin kapsamını olağanüstü genişletecek bu yaklaşımın doğuracağı sorunlar, aşağıda değineceğimiz “*doğrudan uygulanan*” nitelikte olan ve olmayan antlaşmalar ayrımı yoluyla azaltılabilir; yani doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşmalar, kapsam dışı bırakılabilir.

Ç. “*Esas alınır*” deyimini

Anayasanın 90. maddesine eklenen “*esas alınır*” deyiminin anlamı nedir? Bu deyim, Türk hukukunda bu anlamda ve özellikle Anayasa Hukuku düzeyinde, ilk kez kullanıldığını sanıyorum. Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde, bu konuyla ilgili olarak yer alan açıklama şöyledir:

“*Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyumsuzluğun halinde hangisine ‘öncelik verileceği’ (abç) konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.*”

Madde gerekçesindeki bu anlatıma bakılarak, amacın “*öncelik vermek*” olduğu söylenebilir mi? Amaç bu ise, neden madde metninde

bu açıkça belirtilmemiş ve “*esas alınır*” gibi Anayasa düzeyindeki bir düzenlemede alışılmış olmayan bir deyim kullanılmıştır? Bu sorulara kesin ve açık bir yanıt verme olanağı yoktur. Gerekçede “*öncelik verilmesi*”nden söz edilmiş olmasına bakılarak, amacın bu olduğu söylenebilir mi? Kanımca, gerekçede “*öncelik verilmesi*”nden söz edilmişken, kabul edilen maddede, “*esas alınır*” denilmesi, anayasa koyucunun “*öncelik verilmesi*”nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır.³⁷

V. 90. maddeye eklenen tümce karşısında antlaşmaların ayrılabilceği türler

1. Giriş

Anayasa'nın 90. maddesinde kullanılmış olan “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmalar*” deyiminin kapsamına, adı, içerdiği konu yada taraf sayısı ne olursa olsun, uluslararası antlaşma tanımına uyan her türlü antlaşma girer. 90. maddenin sonuna 2004 yılında bir tümce eklenmesinden sonra, adı antlaşma, sözleşme, protokol vb. olabilen bütün bu uluslararası belgelerle ilgili olarak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, şöyle bir ayırım yapılması zorunlu hale gelmiştir:

- (i) “*Temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olanlar;
- (ii) “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olmayanlar.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan antlaşmalar bakımından, 1961 Anayasası ile yapılmış olan düzenlemede bir değişiklik yoksa da, “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” antlaşmalar bakımından, üzerinde durulması anayasal bir zorunluluk olan sorunlar vardır.

AY m. 90'a eklenen tümce açısından, antlaşmalar arasında yapılması gereken bir başka ve önemli ayırım da; doğrudan uygulanan antlaşmalarla bu nitelikte olmayan antlaşmalar arasındaki ayırımdır.

2. 90. maddeye eklenen tümcenin bir “*yasa çatışması*” kuralı olması amaçlanmıştır

Birinci olarak üzerinde durmak istediğim nokta, 90. maddeye ek-

³⁷ Karşı görüş için bkz., Bilir, Faruk; 27. dipnotunda a. g. y., s. 88

lenen tümcenin getirdiği kuralın, bir maddi hukuk kuralı değil, “yasa çatışması” kuralı olmayı amaçlamış görünmesidir.³⁸ Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı) kurallarının işlevi, uyuşmazlığın çözüme bağlanması için, işin özüne uygulanacak “maddi” hukuk kuralının belirlenmesini sağlamaktır. Aynı konuya ilişkin olarak yan yana var olan kurallar arasında, uygun seçimin yapılmasını ve böylece belirlenmiş olan kuralın uygulanması sağlanır. Örneğin, bir davaya bakmakta olan mahkeme, çözüme ulaşmak için aynı konuya ilişkin farklı düzenlemeler getirmiş iki kuraldan hangisini uygulaması gerektiğini, yasa çatışması kuralları uyarınca belirler.

AY m. 90’a eklenen tümcenin bir maddi hukuk kuralı olmadığına kuşku yoksa da, bir “yasa çatışması” kuralı olarak ne kadar başarılı olduğunun tartışılması gerekir. Çünkü ek tümcenin anlatımından, Türk kanunu ile çatışan uluslararası antlaşma hükmüne “üstünlük” tanınacağı değil, bu hükmün “esas” alınacağı anlaşılmaktadır.³⁹ Ayrıca, “esas alınacak” olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” antlaşmalar deyiminin kapsamına hangi antlaşmaların gireceği yada girmeyeceği de belirsizdir.

3. Uluslararası antlaşmalar arasında “doğrudan uygulanır” olanlar ve olmayanlar ayrımı

Konumuzla ilgili olarak, 90. maddeye eklenen tümce açısından aralarında uyuşmazlık (çatışma) bulunması söz konusu olabilecek kuralardan biri, bir Türk kanunu, öteki de Türkiye’nin onaylamış olduğu bir uluslararası antlaşma hükmüdür. Ancak, bu noktada “doğrudan uygulanan” (self-executing) uluslararası antlaşmalarla bu nitelikte olmayan antlaşmalar arasındaki ayrımın gözden kaçırılmaması gerekir.

Doğrudan uygulanabilen antlaşmalar, ulusal yasa koyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın içhukukun bir parçası haline gelen; dolayısıyla, mahkemelerce ve öteki hukuk uygulayıcı-

³⁸ Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı) sorunları, sadece “yabancılik ögesi” içeren (uluslararası) nitelikteki uyuşmazlıklarda değil, ulusal hukuk sistemi içinde de, örneğin, çeşitli hukuk dalları arasında (Borçlar Hukuku ile Ticaret Hukuku arasında yada İş Hukuku ile Borçlar Hukuku arasında gibi) çıkabilir. Bkz., Aybay, R./ Dardağan, E.; Yasaların Uluslararası düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniv. Yay. 2001, s. 29.

³⁹ Bu konunun açıklanması için bkz., yukarıda B - 90. maddeye eklenen tümcenin gerekçeleri

larınca uygulanabilen kurallar içerir. Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşma hükümlerinin muhatabı hukuk uygulayıcıları değil, yasama organıdır. Ulusal hukuk uygulayıcıları doğrudan uygulanır nitelikte olmayan antlaşma hükümlerini kendiliğinden uygulama durumunda değildir. Bu uygulamanın yapılabilmesi için; araya o antlaşma hükümlerinin iç hukuk düzeyinde uygulanmasını sağlamaya yönelik bir yasama işleminin (kanunun) girmesi gerekir.

Bu ayrımın, konumuz bakımından önemi şu noktadadır: Türk kanunu ile “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olan ama doğrudan uygulanabilir nitelik taşımayan bir antlaşma hükmünün çatışması halinde, konu 90. maddeye eklenen tümcenin kapsamı dışındadır. Çünkü böyle bir durumda mahkemenin aynı konuya uygulaması söz konusu olabilecek iki ayrı ve bağlayıcılık bakımından eşit nitelikte hüküm değil sadece bir hüküm (kanun hükmü) vardır; dolayısıyla da “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” bir antlaşma ile kanun arasında bir “*yasa çatışması*” sorunundan söz edilemez. Böyle bir durumda, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşma hükmü, ancak kanun hükmünün yorumlanmasında yardımcı olabilir.

4. Doğrudan uygulanan antlaşma kuralları ve 90. maddeye eklenen tümce

Yukarıda belirttiğimiz gibi, doğrudan uygulanır nitelikte olmayan antlaşma hükümleri, AY m. 90’a eklenen tümcenin kapsamı dışındadır. Şimdi üzerinde duracağımız konu ise, aynı tümce karşısında doğrudan uygulanan antlaşma hükümlerinin durumudur.

Türkiye’de “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde*” olması 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, anayasal bir gerekliliktir. AY m. 90’ın sonuna bir tümce eklenirken, bu konuyla doğrudan ilgili olan son fıkranın ilk tümcesinde herhangi bir değişiklik yapılmış değildir.

AY m. 90’a söz konusu tümceyi ekleyenler, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir “*yasa çatışması*” kuralı koymayı amaçlamış görünmektedirler. Bu nedenle, doğrudan uygulanan bir antlaşma hükmü ile bir kanun hükmü arasında uyuşmazlık (çatışma) çıkması halinde, ek tümce uyarınca, uluslararası antlaşma hükümlerinin “*esas alınması*” gerek-

tiğini kabul etmek durumundayız. Ancak, burada, yukarıda değindiğimiz “*esas alınmamın*” anlamı dışında, incelenmesi gereken önemli bir sorun daha vardır:

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların “*kanun*” hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, AY m. 90'a eklenen tümce ile bu konunun özüne ilişkin olarak bir değişiklik getirilmiş değildir. Ek tümceyle getirilen düzenleme, çatışma halinde, uluslararası antlaşma hükmünün “*esas alınması*” gereğini belirtmektedir. Ancak, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, AY m. 90'a ek tümcenin gerekçesinde, uluslararası antlaşma hükmü ile kanunun çatışması halinde, antlaşmaya “*üstünlük*” tanınması öngörülmüş iken; sonuç olarak kabul edilen metinde “*esas alınma*” deyimini kullanılmıştır. Bundan, antlaşma hükmüne üstünlük tanınmasının, her halde zorunlu olmayıp, bu konunun başta mahkemeler olmak üzere hukuku uygulamak durumunda olan kurumların yorumuna bırakıldığı sonucu çıkarılabilir. Bu sonuca göre de, AY m. 90'ın 1961 Anayasası ile kurulmuş olan düzeninde bir değişiklik olmadığı; Anayasa, kanun ve uluslararası antlaşma hükümleri arasındaki altlık-üstlük ilişkisinin, eskiden olduğu gibi, uygulayıcıların ve öğretinin yorumlarıyla belirleneceği söylenebilir. Uygulamada bu konuda son söz, temyiz yetkisini kullanan Yüksek Mahkemelerin olacaktır. Bu sorunun, bir “*anayasaya aykırılık*” konusu oluşturması ve dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi, var olan anayasa kuralları çerçevesinde, olanaklı değildir. Çünkü uyumsuzluk Anayasa ile kanun arasında değil, kanunla uluslararası antlaşma arasındadır.⁴⁰ Kısacası, AY m. 90'a eklenen tümce, bu konuda da yeni bir düzenleme getirmiş değildir.

⁴⁰ “Anayasa Mahkemesi, asli işlevi olan anayasallık denetimini yaparken, yasa hükümlerinden doğan uyumsuzlukların muhatabı değildir. (...) İşlevselliği, Anayasa'nın 148. maddesinde açık bir biçimde tanımlanmış ve Anayasaya uygunluk denetimiyle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa normlarıyla bağlılığından hareketle, Mahkemeyi Anayasallık denetimi yaparken, Anayasaya rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerini uygulamak zorunda olan bir merci olarak düşünmekte isabet bulunmamaktadır.” Can, O.,10 dipnotunda zikredilen makale, s. 93 vd.

5. AİHS ile “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” öteki antlaşmalar arasındaki ayırım

Bilindiği gibi, AİHS ile kurulan ve Türkiye'nin de içinde bulunduğu sistemin çok önemli bir özelliği vardır: AİHS'nde ve ek Protokollerde tanınmış olan hakların ve özgürlüklerin, taraf bir devletçe ihlal edildiğine ilişkin savlar, belli koşullarla⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülebilmekte ve taraf devlet yargılanabilmektedir. AİHS'nin 46. maddesine göre, taraf devletler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kendileriyle ilgili davalarda verilir kesinleşmiş karlarına uymakla yükümlüdür.

Buna karşılık, insan haklarına ve “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin öteki antlaşmaların bazılarında “komite” ve “komisyon” gibi adlarla anılan organlar eliyle yürütülen “yargı benzeri” türden denetim yöntemleri kabul edilmiş olsa bile, bir taraf devletin, antlaşmadan doğan yükümlülüğüne aykırı davrandığı yolundaki savlar üzerine bir “mahkeme” önüne götürülebilmesine olanak yoktur.

Bu iki tür antlaşmanın, konumuz açısından önemli olan farkı da bu noktada açıkça ortaya çıkmaktadır. AİHS ve taraf olunan ek Protokoller ile kabul edilmiş olan bir yükümlülüğe aykırı davranış, taraf devletin, bir insan hakkı ihlalinde bulunduğu gerekçesiyle bir uluslararası mahkeme olan AİHM önünde yargılanmasına ve davanın “kesin hüküm” niteliğinde bir kararla sonuçlanmasına yol açabilmektedir. AİHS sözleşmesinin ve ek Protokollerle güvence altına alınmış bir hakkın yada özgürlüğün, ihlali savının ileri sürülmesi halinde⁴² konunun incelenmesinde sadece Sözleşme ve Protokol hükümlerinin sözünün değil, AİHM'in içtihatlarının da değerlendirilmede ölçüt olarak kullanılması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, sistemin içindeki ulusal mahkemelerin üstünde bir “*temyiz mahkemesi*” olduğunu düşünmenin yanlışlığı bilinen bir gerçektir. Bununla birlikte, bu mahkemenin içtihatlarının, ulusal mahkemelerce dikkate alınması da sistemin mantığının bir gereğidir. Ulusal mahkemece verilmiş olan bir karar, sonuç

⁴¹ Bu koşulların ayrıntısına girmek, konumuz bakımından gerekli olmadığı için değinmekle yetiniyoruz.

⁴² Böyle bir sav, gerçek kişilerin yanı sıra, tüzel kişiler ve giderek tüzel kişiliği olmayan topluluklarca ileri sürülebileceği gibi (AİHS m. 34) başka bir taraf devletçe de AİHM önüne getirilebilmektedir (AİHS m. 33).

olarak AİHM önüne götürülürse, ilgili devletin, “*insan hakkı ihlalinde bulunmuş olduğu*” bir uluslararası düzeyde yargı kararıyla saptanmış olacaktır. AİHM’ce verilip kesinleşmiş bir karar, tazminat ödeme yükümlülüğü getirebilmesinin yanı sıra “*yargılamanın yenilenmesi*” nedeni olabilmektedir.⁴³

Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içeren ama bir uluslararası yargı organı eliyle sağlanan denetime yer vermeyen uluslararası antlaşmaların uygulanması ve bu uygulamanın temyiz yoluyla denetlenmesi sadece ulusal yargı sisteminin sorumluluğundadır. Bu durumun, uygulama açısından çok önemli bir sonucu şudur: bir Türk mahkemesince “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olan ama yargısal denetim içermeyen bir doğrudan uygulanabilir antlaşma hükmü ile ilgili olarak verilip, kesinleşmiş bir hüküm, olsa olsa akademik, siyasal ve diplomatik yoldan eleştirilebilir; ama uluslararası bir yargı organı önüne götürülemez.

Kanımca, AY m. 90’a eklenen tümce, bu konu açısından da bir değişiklik yaratmış değildir. Türk mahkemelerince “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olan bir antlaşma hükmü, 90. maddeye bu tümce eklenmeden önce de, dava konusu AİHS ve ek Protokoller kapsamında bir konuya ilişkin ise, AİHM önüne götürülebiliyordu, yani AİHS’nin “*esas alınma*”nın da ötesinde “*üstünlüğü*” kabul edilmişti denilebilirdi. AY m. 90’a eklenen tümce ile getirilen değişikliğin, “*esas alınma*” kavramıyla bu üstünlüğü “*zayıflatması*” olasılığından söz edilebilir; ama AİHS’nin yerleşmiş sistemi içinde (AİHS m. 1,46 vb.) bu konuda bir geriye dönüş söz konusu olamaz.

Doğrudan uygulanan ama bir uluslararası yargısal denetim düzeneği içermeyen “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” antlaşmalar bakımından AY m. 90’a eklenen tümce bir değişiklik getirmiş midir? Bu antlaşmalar, önce de şimdi de “*kanun hükmünde*” dir. Bir kanun hükmü ile antlaşma hükmünün çatışması halinde, hangisine öncelik verileceği

⁴³ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda sayılan, yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında şu da vardır: “*Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme’nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması*” (m.311/1-f ve 2).Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’na da aynı nitelikte hükümler eklenmiştir: HUMK 9 Ağustos 2002 tarihli ve 4771 sayılı kanunla eklenen m. 445/A ve İYUK’a 15 Temmuz 2003 tarihli ve 4928 sayılı kanunla eklenen m. 53/1, i.

konusundaki tartışmalar açısından da durumda önemli bir değişiklik yoktur. Kanun hükmüyle çatışma halinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” antlaşma hükmüne “üstünlük” tanınması değil bu hükmün “esas alınması” gerekmektedir. Dolayısıyla, çatışan hükümlerle ilgili davaya bakan mahkeme, uluslararası antlaşma hükmünü “esas” alacak, ancak olayın özelliğine göre, antlaşma hükmünü mü; yoksa kanun hükmünü mü uygulayacağını takdirine göre kararlaştıracaktır.

Ek tümcenin, “esas alınma” kavramıyla, çatışma halinde yeni kurallın eskisinin yerine geçmesi gerektiği ilkesini dışlaması ve uluslararası antlaşma hükmünün “esas alınması” gerektiğini belirtmesi, pratikte nasıl uygulanacaktır? Kanımca, mahkemenin yükümlülüğü, antlaşma hükmünü “esas almak”tan ibarettir. Bu yükümlülük, her halde ve kesinlikle uluslararası antlaşma hükmüne üstünlük tanımayı gerektirmez.

Bu konuda, ek tümcenin getirdiği söylenebilecek tek değişiklik şudur: AY m. 90’ın değiştirilmesinden önce, bir kanunla daha sonraki bir tarihte onaylanmış bir sözleşme hükmü arasında çatışma çıkması halinde, “sonraki kanun, aynı konuya ilişkin olan önceki kanunun yerine geçer” kuralı uyarınca, antlaşma hükmünü uygulamakla yükümlü olan mahkeme, bu yükümlülüğünden kurtulmuş sayılabilir.

Mahkemenin bu konuda takdirini kullanırken, Anayasa’nın “Başlangıç”ta belirtilen Türkiye Cumhuriyeti’nin “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olması” olgusunu ve “insan haklarına saygılı” demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma niteliğini dikkate alması ve takdirini “insan haklarının gerçekleştirilmesi” yönünde kullanması beklenir. Ancak, bunun her olayda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma uyarınca karar vermeyi gerektiren, bir pozitif hukuk yükümlülüğü değil, yorumlamada yön gösterici ve genel nitelikte bir kural olduğu kabul edilmelidir.

Bizzat AİHS bile, belli durumlarda gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde, kendi sistemi içinde sağlanan güvencelerden daha özgürlüçü düzenlemelerin bulunabileceğini; yani aşılabileceğini kabul etmiştir (m. 53).

SONUÇ

1961 Anayasası ile kabul edilen ve günümüzde de geçerli olan kural, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” uluslararası antlaşmaların “ka-

nun hükmünde" sayılmasını gerektirmektedir. Bu hüküm, "bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" kuralıyla güçlendirilmiştir. Ancak, bu güçlendirmeyi dengeleyecek olan , uluslararası antlaşmanın bir Türk kanunu gibi işlem görmeye başlamadan (yani onaylanmasından) önce Anayasa Mahkemesi'nin denetimine sunulabilmesine olanak veren "ön denetim" sistemi, 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarının her aşamasında kabul edilmişken, Temsilciler Meclisi'ndeki ikinci görüşmede kaldırılmış; hiçbir üye söz alıp konuda görüş bildirmemiştir. Sonuçları günümüze kadar uzanan bu önemli olayının nedenlerinin açıklanması, yakın tarihimizin bir sayfasının aydınlatılması bakımından önemlidir.

AY m. 90'a 2004 yılında eklenen tümceyle ilgili hazırlık çalışmalarının ve meclis görüşmelerinin , böyle önemli bir konunun gerektirdiği özenle yapıldığını söylemek , kanımca, olanaklı değildir. en başta belirtilmesi gereken husus, gerekçelerin yazılmasında açıkça görülen "tasarruflu" davranıştır. Anayasa'nın dokuz maddesinde değişiklik yapılmasını öngören bir teklifin genel gerekçesi ve madde gerekçelerinin toplamı tek bir sayfaya sığacak kadardır. Konuların ciddiyeti ve değişikliklerin hukuk alanında yol açması olası tartışmalar karşısında, çok daha özenli çalışmalar yapılması beklenirdi.

AY m. 90'a eklenen tümcede geçen iki önemli kavram olan "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" ve "esas alınır" deyimleri, uygulamada çok duraksamalara , çelişkilere ve tartışmalı durumlara yol açacaktır. "Temel hak ve özgürlükler" deyimini Anayasa'nın başka hükümlerinde kullanılmış bir deyim değildir. Bu deyim kapsamına, hangi tür antlaşmaların girdiği yada girmediği konusu bitmez tükenmez tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Özellikle de, gerekçede "insan hakları" denilmişken, metinde "temel hak ve özgürlükler" deyiminin kullanılmış olması, bu konudaki belirsizliği arttırmaktadır.

"Esas alınma" da, bir hukuk deyimini olarak anayasal düzeyde kullanılması olağan bir deyim değildir. Gerekçede "üstün" tutulmadan söz edilmişken, kabul edilen metinde "esas alınma" denilmesinden, amacın, üstün tutma olmadığı sonucuna varılabilir. Bunun sonucu olarak, yargıç (kanun uygulayıcısı) aşağıda açıkladığımız gibi, ulusal yasa ile antlaşma arasında, yürürlüğe giriş tarihinden bağımsız bir seçim yapacak ve "insan haklarından yana" olana öncelik verecektir.

Anayasa değişikliğinin özensiz anlatımı karşısında, ek tümcenin eski durumda önemli bir değişiklik getirmediği söylenebilir, kanısındayım. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ama doğrudan uygulanır (self executing) niteliği olmayan uluslararası antlaşma hükmünün, uygulamada bir Türk kanunu ile çatışması sözkonusu olamaz; çünkü iki metin aynı aynı uygulanabilirlik düzeyinde değildir. Dolayısıyla, böyle bir durumda sadece Türk kanununun uygulanması gerekir.

Doğrudan uygulanabilir nitelikteki antlaşmalar arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel bir yeri vardır; çünkü bu sözleşme ve eki protokollarla getirilen düzen, bir uluslararası mahkemenin (AİHM'nin) denetiminde işlemektedir. Taraf devletler, bu mahkemenin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmiş durumdadır. Ancak, AİHM kararlarının bağlayıcılığı nitelikte oluşu, sistemin doğasında zaten vardı; 2004 değişikliği bu konuda bir yenilik getirmiş değildir. Üç temel usul yasamızda (HUMK, CMK ve İYUK), AİHM'nin kesinleşmiş kararlarını, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul eden hükümler de, 2004 yılından önce zaten kabul edilmişti. Dolayısıyla, 2004 yılında AY m. 90'a eklenen tümceyle bunlar arasında bir bağlantı kurulması olanaklı değildir.

AİHS dışında, doğrudan uygulanabilir nitelikte olan insan hakları antlaşmalarından nadir olarak; komisyon, komite vb. adlarla anılan kurullar eliyle yürütölen denetim düzeneklerine rastlanabilmekte ise de, bunlar yargı organı değil, "yargı benzeri" niteliktedir. Böyle bir denetim düzeneği içersin yada içermesin, bu türden bir antlaşma hükmü ile bir Türk kanununun çatışması halinde, Türk hukuk uygulayıcısı, hangi hükmü "esas alacağını" yorum yoluyla saptayacaktır. Özellikle , temyiz denetimi yapan yüksek mahkemelerin içtihatlarının önem taşıyacağı bu uygulamalarda, Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı" demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliği dolayısıyla "insan haklarından yana", "özgürlükleri genişletici" yorumda bulunulması beklenir. Ancak, dikkat edilirse, bu da Anayasada belirtilmiş , baştan beri var olan bir ilkedir; AY m. 90'a eklenen tümce burada da bir yenilik getirmiş değildir.

TÜRKLÜĞÜ, CUMHURİYETİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU (5237 sayılı TCK m. 301)*

Mehmet Emin ARTUK **

GİRİŞ

Şerefe saldırı teşkil eden fiillerden bazıları sadece insan şerefine ihlalini cezalandırırken, diğerleri ise, şerefin dışında başka bazı değerlere zarar verilmesini yaptırım altına alırlar. Buna göre, sadece insan şerefine ihlal eden suç tipleri “*genel tahkir suçları*”; şereften başka bir takım değerlere tecavüz edenler ise, “*özel tahkir suçları*” olarak isimlendirilir.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.²

TCK’nın “*Cumhurbaşkanına hakaret*” başlıklı 299, “*Devletin egemenlik alametlerini aşağılama*” başlıklı 300, “*Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama*” başlıklı 301 ve “*Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret*” başlıklı 341. maddelerinde ise, “*özel tahkir suçları*” düzenlenmiştir.

* Bu makale, 13 Şubat 2007 tarihinde Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde düzenlenen “Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi” başlıklı panelde sunulan tebliğ metni esas alınarak hazırlanmıştır.

** Prof. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi. Bu çalışmanın tashihlerinde yardımcı olan MÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Mehmet Emin Alşahin’e teşekkür ederim.

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.

² Hakaret suçu ile ilgili olarak bkz., Yenidünya, Ahmet Caner/Alşahin, Mehmet Emin, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2007, s. 43 vd.

Özel tahkir suçu olan “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu”, 5237 sayılı TCK’nın 301. maddesinde; “(1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti’ni, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

5237 sayılı TCK’nın 301. maddesinin, 765 sayılı eski TCK’daki karşılığını teşkil eden 159. madde, kanunun yürürlükte bulunduğu süre içerisinde çeşitli değişikliklere uğramıştı. Aşağıda 159. maddede 1 Mart 1926 tarihinden 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar yapılan değişikliklere ve TCK Tasarıları’ndaki duruma değinilecektir.

Bu suç 765 sayılı TCK’nın ilk şeklinde, kanunun ikinci kitabının “Devletin Emniyetine Karşı Cürümler” başlıklı birinci babının “Devlet Kuvetleri Aleyhinde Cürümler” isimli ikinci faslında yer almaktaydı. Maddenin ilk şekli;³ “Büyük Millet Meclisi’ni veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasının yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkâmı tatbik olunur.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları’na sövenler altı ayı geçmemek üzere hapsolünür ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur” biçiminde düzenlenmişti.

Bu suçtan dolayı takibat yapılabilmesi, 160. madde uyarınca, “Büyük Millet Meclisi Riyasetinden” izin verilmesi şartına bağlıydı.

1936 tarih ve 3038 sayılı kanunla 765 sayılı TCK’da önemli değişiklikler yapıldı. İnceleme konusu suçun düzenlendiği 765 sayılı TCK’nın ikinci kitabının birinci babının başlığı, “Devletin Şahsiyetine Karşı Cü-

³ RG 13.3.1926.

rümler” olarak değiştirildi. Ayrıca birinci babın birinci faslının başlığı da değiştirildi ancak, 159. maddenin bulunduğu ikinci faslın başlığında bir değişikliğe gidilmedi.

3038 sayılı kanunla yapılan değişikliğin ardından madde metni;⁴ *“Türklüğü, Büyük Millet Meclisi’ni, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır.*

Devletin silahlı kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları’na alenen söğenler altı ayı geçmemek üzere hapsolunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır” şeklini aldı.

Yapılan değişiklikle suçun oluşabilmesi için *“aleniyet”* şartı arandı ve öngörülen yaptırım artırıldı.

Bu suçun yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenmesi haline ilk kez bu değişiklikle yer verilmiştir.

Türklüğün, Büyük Millet Meclisi’nin alenen tahkir ve tezyifi hallerinde takibat yapılması Büyük Millet Meclisi Reisi’nin ve bulunmadığı takdirde reise vekalet eden zatın (m. 160/3); Cumhuriyetin, Hükümetin veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif hallerinin kovuşturulması Adliye Vekaletinin (m. 160/2); Devletin silahlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılması Milli Müdafaa Vekaletinin (m. 160/3) iznine tabi kılınmıştı.

765 sayılı TCK’nın 159. maddesi, 1938 tarih ve 3531 sayılı kanunla⁵ değiştirildikten sonra; *“Türklüğü, Büyük Millet Meclisi’ni, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları’na alenen sövenler, altı ayı geçmemek

⁴ RG 23.6.1936 tarih ve 3337 sayılı Resmi Gazete.

⁵ 16.07.1938 tarih ve 3961 sayılı Resmi Gazete.

üzere hapis ve 30 liradan 100 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır” şeklini aldı.

Yapılan değişiklik çerçevesinde madde kapsamında korunan kuruumlara “*emniyet ve muhafaza kuvvetleri*” dahil edildi.

Bunun yanında suçun kovuşturulmasının maddenin önceki şekillerinde olduğu gibi muhtelif mercilerin iznine bağlı olması doğru görülme-
yerek izin verme yetkisi sadece Adliye Vekaletine tanındı.

765 sayılı TCK'nın 159. maddesi, 1946 tarih ve 4956 sayılı kanunla⁶ değiştirilerek;“*Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisi'ni, Hükümetin manevi şahsiyetini, bakanlıkları, devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler veya Büyük Millet Meclisi'nin meşruiyeti hakkında suizanni davet edecek şekilde alenen mütecavizane fil ve hareketlerde bulunanlar bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında hakaret ve tecavüze uğrayanın adı sarahaten zikredilmemiş veya hakaret veya tecavüz üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile mahiyetinde ve birinci fıkrada yazılı olanlardan birine matuf olduğunda tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa hem tecavüze uğrayanın adı zikredilmiş hem de tahkir, tezyif veya tecavüz tasrih kılınmış gibi muamele olunur.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'na veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenler 15 günden altı aya kadar hapis ve 30 liradan 100 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir ve tezyif yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır” şeklini aldı.

Yapılan değişiklikle “*matufiyet*” maddeye eklenmiş (f. 2), maddi unsurun hareket kısmını oluşturan tahkir ve tezyifin yanında metne “*hakaret*” ve “*tecavüz*” ibareleri de eklenerek maddenin ahengi bozulmuştur.

Kovuşturma şartının yer aldığı 160. maddede yapılan değişiklikle “*Adalet Vekaleti*” ibaresi “*Adalet Bakanlığı*” olarak değiştirilmiş ve su-

⁶ 23.9.1946 tarih ve 6416 sayılı Resmi Gazete.

çun kovuşturulması Adalet Bakanlığı'nun iznine tabi kılınmıştı.

765 sayılı TCK'nın 159. maddesi, 1961 tarih ve 235 sayılı kanunla⁷ değiştirilmiştir. Maddede; *“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisi'ni, Hükümetin manevi şahsiyetini, bakanlıkları, devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikabında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'na veya Büyük Millet Meclisi Kararları'na alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır” denilmektedir.

Yapılan değişiklikle 4956 sayılı kanunla eklenen *“Büyük Millet Meclisi'nin meşruiyeti hakkında suizannı davet edecek şekilde alenen mütecavizine fiil ve hareketlerde bulunanlar bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır”* ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

765 sayılı TCK'nın 159. maddesi, 6.2.2002 tarih 4744 sayılı kanunla⁸ değiştirilmiş ve *“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisi'ni, Hükümetin manevi şahsiyetini, bakanlıkları, devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'na veya Büyük Millet Meclisi Kararları'na alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır” şeklini almıştır.

⁷ 12.1.1961 tarih ve 10705 sayılı Resmi Gazete.

⁸ 19.02.2002 tarih ve 24676 sayılı Resmi Gazete.

Yapılan değişiklikle 159. maddenin birinci fıkrasında yer alan “bir seneden altı seneye kadar ağır hapis” ibaresi “bir seneden üç seneye kadar hapis” olarak; üçüncü fıkrasındaki “15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası” ibaresi “15 günden 6 aya kadar hapis” olarak değiştirilmiştir.

3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunla⁹ 159. maddenin ilk dört fıkrası muhafaza edilmiş, maddeye beşinci fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkra; “Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyifkasti bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” şeklindedir.

30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı kanunla¹⁰ 159. maddenin birinci fıkrasında öngörülen yaptırım “altı aydan üç seneye” olarak, beşinci fıkra ise; “tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” şeklinde değiştirilmiştir.

İnceleme konusu suç, 1997 TCK öntasarısının ikinci kitabının, “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, “Devletin Egemenlik Alametlerine, Organlarına ve Memurlarına Hakaret Suçları” başlıklı altıncı bölümünde, “Manevi varlığa hakaret” isimli 427. maddesinde;¹¹ “Türklüğü, Türk Milletini, Türkiye Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni, bakanlar kurulunu, bakanlıkları, devletin askeri veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi varlığını alenen tahkir ve tezyif eden kimseye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci fıkrada yazılı cürümlerin işlenmesinde, hakaret edilen açıkça belirtilmemiş olsa bile, onlara yönelik bulunduğu tereddüt edilmeyecek bir durum varsa, hakaret edilen açıklanmış gibi kabul edilir.

Devletin askeri veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerinin tümünü temsil edici bir kısmının tahkiri ve tezyifi halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları’na veya Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları’na alenen sövenlere bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

Türklüğü, Türk Milleti’ni veya Türkiye Devleti’ni tahkir ve tezyif, bir yabancı memlekette bir Türk vatandaşı tarafından işlenirse verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

⁹ 09.08.2002 tarih ve 24841 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰ 07.08.2003 tarih ve 25192 sayılı Resmi Gazete.

¹¹ TC Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarısı, Ankara 1997, s. 118-119.

Bu maddede yazılı suçlar Adalet Bakanının izni ile kovuşturulur” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suç 2000 TCK Tasarısı'nın 428. maddesinde yukarıdaki Tasarı metnine benzer biçimde yer almıştır.¹² Ancak 2000 TCK Tasarısı'nda birinci fıkradaki suçun yaptırımı “bir yıldan üç yıla kadar hapis” olarak öngörülmüş, sadece “Türklüğün, Türk Milleti'nin, Türkiye Devleti'nin tahkir ve tezyif edilmesi” Adalet Bakanı'nun iznine tabi tutulmuştur.

Aysel Çelikel'in bakanlığı sırasında hazırlanan TCK Tasarısı'nda, 1997 ve 2000 TCK Tasarıları'nda yer alan “Türk Milleti”, “Bakanlar Kurulu”, “Devletin askeri veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerinin tümünü temsil edici bir kısmının tahkiri ve tezyifi halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır” ibarelerine yer verilmemiş; “Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'na veya Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları'na alenen sövenlere **on beş günden altı aya kadar hapis cezası**” verileceği, Türklüğü tahkirin yabancı memlekette bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi durumunda verilecek cezanın üçte birden yarıya kadar artırılacağı öngörülmüştür. Ayrıca maddeye, “eleştiri maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamalarının” cezayı gerektirmediğine ilişkin bir fıkra eklenmiştir. Bunun yanında bu suç ile ilgili olarak herhangi bir izin şartına madde metninde yer verilmemiştir.

İnceleme konusu suç ile ilgili 12.5.2004 tarihinde Adalet Komisyonu Başkanlığı'na sevk edilen TCK Tasarısı'nda (Hükümet Tasarısı) yer alan hüküm, Aysel Çelikel'in bakanlığı sırasında hazırlanan tasarıda yer alan metnin aynısıdır.

Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 304. maddesinde;¹³

“(1)Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni alenen aşağılayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹² TC Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, s. 131.

¹³ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, TC Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 1037-1038.

(3) *Türklüğü aşığılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*

(4) *Aşığılama kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” denilmektedir.*

Adalet Alt Komisyonu’nun hazırladığı metinde suçun konusunu oluşturan değer ve kurumlar göz önünde bulundurularak cezalandırmada bir derecelendirmeye gidilmiş, birinci ve ikinci fıkra için farklı yaptırımlar öngörölmüştür.

Bunun yanında maddi unsurun hareket kısmını oluşturan “*tahkir ve tezyif*” terimi yerine “*aşığılama*” ibaresine yer verilmiştir.

“*Hükümetin manevi şahsiyeti*” yerine “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti*”; “*Adliyenin manevi şahsiyeti*” yerine “*Devletin yargı organları*”; “*askeri veya emniyet muhafaza kuvvetleri*” yerine, “*askeri veya emniyet teşkilatı*” terimleri kullanılmıştır.

MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM

Genel Olarak

Mukayeseli hukukta ve özellikle Avrupa Ceza Kanunları’nda 301. maddeye benzer hükümler ilk defa konulmak istendiğinde, bu tür hükümlerin faydadan çok zarar getireceği belirtilerek ve çeşitli gerekçelerle bu hükümlere karşı çıkmıştır. Buna göre, devletin madde ile korunan yüksek değer ve kurumlarını tahkir etmenin mümkün olmadığı, basit bir takım tecavüz ve hakaretlerin o kurumların seviyesine kadar yükselmeyeceği ileri sürölmüştür. Bunun yanında, demokratik ülkelerde yasama organlarının müzakere ve münakaşa tarzına bakarak, tahkir edici sözlerle kendisini küçük düşüren bir meclisi dışarıdan tahkir ve tezyif etmenin düşünölemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca, işlerin kötü gitmesinden kaygılanan ve ümitsizliğe kapılan halkın tek sorumlu olarak karşısında bu yüksek organları görmesinden dolayı onlara karşı bazen saygısızca konuşmalarını hoş görmek gerektiği belirtilerek, ceza kanunlarına bu şekilde hükümler konulması eleştirilmiştir. Bütün bu eleştirilere rağmen, Avrupa’da hemen her devletin ceza kanununda benzeri hükümlere rastlamak mümkündür.¹⁴ Aşağıda

¹⁴ Sancar, Türkan Yalçın, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeti, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir ve

mukayeseli hukukta TCK'nun 301. maddesinin muadili olan hükümler incelenecektir.

İtalyan Hukuku

1889 İtalyan Zanardelli Kanunu

765 sayılı TCK'nun 159. maddesinin karşılığı, 1889 İtalyan (Zanardelli) Ceza Kanunu'nda iki ayrı maddede yer almıştır.¹⁵ 123. maddede; *"Her kim, Senato veya Millet Meclisi'ni alenen tahkir ve tezyif ederse (vilipende) bir aydan otuz aya kadar hapis ve (...) para cezası ile cezalandırılır.*

Eğer tecavüz Senato veya Millet Meclisi huzurunda gerçekleşirse, altı aydan üç yıla kadar hapis ve (...) ağır para cezası ile cezalandırılır" denilmektedir. Aynı kanununun 126. maddesine göre; *"Devletin anayasal kuruluşlarını alenen tahkir ve tezyif eden, altı aya kadar hapis veya (...) para cezası ile cezalandırılır."* 123. madde hakkında takibat yapılmasına ilişkin hüküm kanununun 124. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *"(...) 123. maddede belirtilen hallerde kovuşturma Adalet Bakanı'nun izniyle gerçekleştirilecektir"*.

1889 İtalyan Ceza Kanunu'nda devlet kurumları arasında bir ayırım yapılarak yasama organının tahkir ve tezyifi daha ağır biçimde cezalandırılmıştır. Bu maddenin 765 sayılı TCK'ya iktibası sırasında kurumlar arasındaki ayırma yer verilmemiştir.

1930 İtalyan (Rocco) Ceza Kanunu

1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 1957 yılında değiştirilen 290. maddesinde;¹⁶ *"Aleni olarak (m. 266/4) Cumhuriyeti, yasama organlarını veya onlardan birini, Hükümeti, Anayasa Mahkemesi'ni veya yargı organlarını tahkir ve tezyif eden, (beschimpft) altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Tezyif Suçları (Eski TCK m.159/1- Yeni TCK m.301/1-2), 2. Baskı, Ankara 2006, s. 41.

¹⁵ Kanun metni için bkz., Code Pénal D'italie, 30 Juin 1889, Traduit, Annoté, Et Précédé D'une Introduction par Jules Lacoïnta, Paris, Imprimerie Nationale, M. DCCC XC.

¹⁶ 290. madde, 30.07.1957 tarih ve 655 sayılı kanununun 1. maddesi ile son şeklini almıştır. Kanun metni için bkz., Italienisches Strafgesetzbuch-Codice penale italiano, Stand: 30.4.1995, Testo aggiornato al 30 aprile 1995, (Übersetzer, Roland Riz-Johanna Bosch), Bozen 1995.

Aynı ceza devletin silahlı veya muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlere de uygulanır” denilmektedir.

1930 İtalyan Ceza Kanunu’nda maddede korunan devlet kurumları arasındaki yaptırım farkı ortadan kaldırılmış ve 1889 İtalyan Ceza Kanunu’na göre bu suçu işleyenlere verilecek ceza miktarları artırılmıştır.

Kanununun 291. maddesinde; “Aleni olarak (m. 266/4) İtalyan Milletliğini tahkir ve tezyif eden (beschimpft) bir seneden üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

292 bis maddesine göre;¹⁷ “(...) 290. maddenin 2. fıkrasındaki suç, görevde bulunmayan bir askeri şahıs tarafından işlenirse verilecek ceza artırılır.

Görevde bulunmayan askeri şahıstan, aktif olarak askerliğini yapmasa da Askeri Ceza Kanunu’nun 8 ve 9. maddelerine göre barış için devletin silahlı kuvvetlerine bağlı olan kişi anlaşılır”.

293. madde,¹⁸ 291 ve 292. maddelerde yer alan suçların, vatandaş tarafından yabancı ülkede (m. 4/1, 242/3) işlenmesini cezanın artırılmasını gerektiren bir sebep olarak öngörmüştür.

Polonya Ceza Kanunu

1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu’nun 133. maddesi; “Her kim Polonya Halkını (das Volk ...Polen) veya Cumhuriyetini alenen tahkir ve tezyif ederse (verunglimpft), üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”¹⁹ şeklindedir.

Alman Ceza Kanunu²⁰

Alman Ceza Kanunu’nun “Devlete ve alametlere tahkir” başlıklı 90a maddesinde; “aleni olarak, toplantıda veya yazıların çoğaltılması sonucu (§11/3) (f. 1) Almanya Federal Cumhuriyeti’ni (die Bundesrepublik Deuts-

¹⁷ 292 bis maddesi, 23.3.1956 tarih ve 167 sayılı kanun ile Ceza Kanunu’na eklenmiştir. Madde metni için bkz., Italienisches Strafgesetzbuch, s. 221.

¹⁸ Madde metni için bkz., Italienisches Strafgesetzbuch, s. 221.

¹⁹ Kanun metni için bkz., Das polnische Strafgesetzbuch- Kodeks karny, (Deutsche Übersetzung und Einführung von Ewa Weigend), Freiburg in Breisgau 1998.

²⁰ Kanun metni için bkz., Strafgesetzbuch, 31. Auflage, Back-Texte im dtv, 1998.

chland) veya eyaletlerinden birini veya Anayasal Düzeni tahkir eden (b. 1) veya

Federal Alman Cumhuriyeti'nin veya eyaletlerinden birinin renklerini, bayrağını, armasını, marşını tahkir eden (b. 2) üç seneye kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

Federal Alman Cumhuriyeti veya eyaletlerinden birinin bayrağını veya yetkili merci tarafından aleni olarak kullanılan hakimiyet armasını silen, imha eden, zarar veren, kullanılamaz veya tanınamaz hale getiren ya da tahkir veya tezyif edici davranışlarda bulunan aynı şekilde cezalandırılır (f. 2)

Kasti olarak Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığına veya Anayasal ilkelere aykırı harekette bulunan beş seneye kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır (f. 3)" denilmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 90b maddesi, Anayasal organlara tahkir ve tezyif suçunu düzenlemektedir. Buna göre, her hangi bir toplantıda veya yayın yoluyla yasama organını, hükümeti veya Federal Anayasa Mahkemesini veya Federe Devletler Anayasa Mahkemelerini veya bu organların bir üyesini devletin saygınlığını bozacak bir tarzda alenen tahkir ve tezyif eden ve bu suretle Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını veya Anayasal ilkelerini kasten ihlal eden, üç aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, suç ilgili Anayasal kurumun veya üyesinin izni ile kovuşturulabilmektedir.

İspanyol Ceza Kanunu²¹

Madde: 543 İspanyanın tahkir ve tezyifi

Sözlü, yazılı veya fiili aşağılamalarla İspanyayı, bağımsız topluluklarını, simge ve amblemlerini alenen tahkir ve tezyif eden (...) para cezası ile cezalandırılır.

²¹ Kanun metni için bkz., Das spanische Strafgesetzbuch- Codigo Penal, (Deutsche Übersetzung von Markus Hoffmann- Einführung von Enrique Bacigalupo), Freiburg in Breisgau 2002.

Fransız Hukuku

29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Basın Kanunu²²

Fransız Basın Kanunu'nun 30. maddesine göre; "23. maddede belirtilen vasıtalarla (kamuya ait yerlerde yahut toplantılarda yapılan konuşmalar, atılan sloganlar, buralarda satılan veya dağıtılan, satışa çıkarılan veya sergilenen yazılar, çizimler, resimler, amblemler vs.) mahkemelere, silahlı kuvvetlere, resmi kurumlara, kamu idarelerine yönelik tahkir ve tezyif, hapis ve para cezası veya bu cezalardan sadece biri ile cezalandırılır".

30. maddede sayılı kurum ya da mahkemelere yönelik tahkir ve tezyif ile ilgili kovuşturma, ancak kurumun genel kurulu tarafından incelendikten sonra talep halinde veya kurumun genel kurulu yoksa kurumun başı ya da kurumun bağlı olduğu bakanın şikayeti üzerine yapılır (m. 48).

BU SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER

301. madde ile bir takım değer ve kurumların aşığılanması yaptırım altına alınmıştır. Bu hükümle korunan değerler, Türklük, Cumhuriyet, kurumlar ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, devletin yargı organları, askeri kuvvetleri ve emniyet teşkilatından ibarettir. Aşağıda maddede yer alan değer ve kurumlarla ilgili açıklamalara değinilecektir.

"Türklük" terimine 765 sayılı TCK'nın 159. maddesinin ilk şeklinde yer verilmişti.²³

Türk terimi sözlükte; 1. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaşayan halk ve bu halktan olan kimse, 2. Asya ve Doğu Avrupa'da yaşayan, Türkçenin çeşitli lehçelerini konuşan soy ve bu soydan olan kimse olarak tanımlanmıştır. Türklük ise; Türk olma durumu, Türklerin meydana getirdiği topluluktur.²⁴

²² Kanun metni için bkz., Code Pénal, Nouveau Code Pénal Ancien Code Pénal, Dalloz, 1996-1997.

²³ 765 sayılı TCK'nın ilk şeklinde bu suç; "Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasının yahut türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkâmı tatbik olunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler altı ayı geçmemek üzere hapsolünür ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur" şeklinde düzenlenmişti. RG 13.3.1926.

²⁴ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 2, İstanbul 1992, s. 1504.

Türklük doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre,²⁵ Türklük, Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ve dışında bir takım ortak değerleri paylaşan insanların değerlerinin bütününe ifade eder. Bu değerler; din, dil, gelenekler, kültür, inanç, tarih gibi öğelerdir.

Diğer görüşe göre; Türklük, Türk milletini ve milleti meydana getiren Türkleri, Türklerin insani, ahlaki, dini ve milli temayüllerini, inançlarını, milli dili, milli tarihi, milli duyguları, milli gelenekleri ve benzeri Milleti meydana getiren manevi değerler bütününe anlatır. Mili manevi değerler bütününe meydana getiren unsurlardan birine (örneğin milli diline veya duygularına) her hangi bir şekil ve nitelikte saldırı ile Türklüğü küçük düşürücü ve aşağılayıcı sözler veya hareketler bu suçu oluşturur.²⁶

301. maddenin gerekçesinde, Türklük deyimini ile ilgili olarak, “dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumlari da kapsar” denilmektedir.

Bu değişik tanımlar farklı yorumlara neden olmakta, böylece suçta

²⁵ Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu 2*, 2. Baskı, Ankara 1998, s. 2006; Gündel, Ahmet, *Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk'e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları - Yasadışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi Davaları*, Ankara 1997, s. 88. Çetin, Erol, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 175.

²⁶ Gözübüyük, Abdullah P., *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, C. 2, 4. Bası, İstanbul, s. 691; “Milletvekilleri seçimi için yapılacak ön seçimlere dair birkaç kişi arasında yapılan konuşma sırasında sanığın (iyilerin arasından kötülerini seçiyorlar, esasen Türkiye iyiyici ve kötü bir memleketidir) tarzında sözler sarf ettiği iddia ve kabul edilerek Türklüğü tahkir ve tezyifle mahkumiyetine karar verilmiştir.

TCK'nun 159. maddesindeki Türklükten maksat Türk milletini meydana getiren insani, ahlaki, dini, tarihi değerler ile milli dil, mili duygular, milli geleneklerden meydana gelen milli manevi değerler bütünüdür. Bu manevi değerler bütününe saldırı halinde ancak Türklüğü tahkir ve tezyif söz konusu olabilir. (Casabianca, Code Pénal, d'italie madde 291 ve Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt, 3. Bası, Sh. 146); Bu sebeple, seçimde görülen türlü yolsuzlukları vesile yaparak ve sırf bu yolsuzlukları kastederek yukarıdaki sözlerin sarfıyla Türklüğün tahkir ve tezyif edildiğini kabul, kanunun sözüne, özüne ve maksadına aykırı ve tebliğnamedeki düşünce ile sanığın temyiz itirazlarına bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümün bu sebeplerden dolayı bozulmasına, oybirliği ile karar verildi” Yargı 1. CD. 25.06.1999 tarih ve 1665/1980 sayılı karar, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 2038.

kanunilik prensibinin sonucu olan “belirlilik kuralının” ihlaline neden olmaktadır.

Kanımızca madde metninde Türklük terimi yerine daha belirgin bir ifade olan “*Türk Milleti*” deyiminin kullanılması gerekmektedir. Zira Türklük, Türk Milletine göre daha geniş bir kavram olup, suçun kapsamını genişletmektedir. Mukayeseli hukukta bazı kanunlar bu sınıncayı dikkate alarak “*millet-halk*” deyimine yer vermişlerdir. Nitekim 19.10.1930 İtalyan Ceza Kanunu’nun 291. maddesinde, “*İtalyan Milleti (nazione italiana)*”; 6.6.1997 Polonya Ceza Kanunu’nun 133. maddesinde; “*Polonya Halkı (das Volk ...Polen)*” terimleri kullanılmıştır.

Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na benzer bir düzenleme 23.11.1995 İspanyol Ceza Kanunu’nun 543. maddesinde; “*İspanya’nın aşağılanması*” şeklinde yer almaktadır. 15.05.1871 Federal Alman Ceza Kanunu’nun 90a maddesinde; “*Almanya Federal Cumhuriyeti’nden (die Bundesrepublik Deutschland)*” bahsedilmiş, bunun yanında, “*Almanya’nın veya Alman halkının aşağılanmasına*” ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir.

Cumhuriyet, egemenliğin halka ait olduğu devlet yönetim biçimidir. 1982 Anayasası’nın 1. maddesine göre, Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir. 2. maddede ise, Cumhuriyetin nitelikleri belirlenmiştir. Cumhuriyet; toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Ayrıca Anayasa’nın 4. maddesine göre; devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri değiştirilemez, değiştirilmesi teklif edilemez.

“*Cumhuriyet*” deyiminden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti anlaşılmalıdır. Nitekim Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde, “*TC Anayasası’na göre hiçbir surette değiştirilemeyecek olan Cumhuriyet devletimizin idare şekli ve sembolü olup TCK’nın 159. maddesinde müstakil olarak devletten söz edilmemesinin onun bu madde kapsamı dışında kaldığı anlamına... gelmez*” şeklinde içtihatla bulunmuştur.²⁷

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası tarafından önemli kabul edilen

²⁷ Yargı 9. CD, 21.2.1978, 671/743, Gözübüyük, C. 2, s. 718. “Dava konusu gayri mevkenin muhtelif sahifelerinde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne yönelik olarak aynı kast altındaki ‘katil devlet’, ‘sömürgeci, soykırımcı Devlet’ gibi ısrarlı belirlemelerin açıkça devletin manevi şahsiyetini içerdiği gözetilmeden sanıkların

Cumhuriyet, TCK'nın 301. maddesinde güvence altına alınmıştır.

"Türkiye Büyük Millet Meclisi", yasama yetkisine sahip olan anayasa (Anayasa'nın 7. maddesine göre; 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez') organdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yer alan milletvekillerini hedef alan aşağılayıcı söz ve fiiller tek başına 301. madde kapsamında değerlendirilemez.²⁸

"Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti" tabiri, devletin yürütme organı olarak başbakan ve bakanlardan oluşan bakanlar kurulunun tümünü ifade etmektedir. Bakanlar kurulu Anayasa'nın 109 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Hükümet tabiri bakanlar kurulunun tümünü ifade ettiğinden, tek tek başbakana ya da bakanlara hakaret veya sövme 159. madde kapsamına girmez.²⁹

Yargıtay, iktidar ile hükümetin aynı anlama gelmediğini, iktidarı aşağılayıcı sözler dolayısıyla mahkumiyet hükmü kurulamayacağını belirtmiştir.³⁰

"Devletin yargı organları", yalnız yargı makamını değil, savcılığı da kapsar. Fakat bu kavram adliye yardımı mesleklere şamil değildir. Yargı organı teriminden maksat sadece adliye mahkemelerini

müsnet suçtan mahkumiyetleri yerine yerinde görülmeyen gerekçelerle beraatlarına karar verilmesi kanuna aykırıdır." Yargı 9. CD. 05.12.1995 tarih ve 6495/6456 sayılı karar, Çetin, s. 194.

²⁸ Bkz., Sancar, s. 94

²⁹ Gündel, s. 89-90.

³⁰ "İktidar sözcüğünün hükümetle eş anlamda olmadığı ve suça konu yazıların ağır eleştiri niteliğini aşmadığı, tahkir ve tezyifi kapsamadığı gözetilmeden yazılı düşüncelerle mahkumiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır" Yargı 9. CD. 01.11.1988 tarih ve 3549/7711 sayılı karar, Çetin, s. 199; "...MC Hükümeti değil halka bir şeyler götürmek, ellerinde olanları da en kısa zamanda almak için hayasızca icraat yapıyor..." denilmek suretiyle, hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif ettiği mezkur Derginin incelenmesinden anlaşılmış ve vicdani kanaat ve bu yolda tahavül etmiştir.

Hayasız sözcüğü bizatihi tahkir ve tezyifi tazammum eden sözlerden olduğu ve bu sözün Hükümete yönelik bulunduğu ayrıca hiçbir açıklamaya yer bırakmayacak biçimde açık seçik ortadadır. Mahkeme, yukarıda sözü edilen kararında sanığın açıklamasını aynen olarak bu cümlede yer alan sözcüklerin suçu oluşturduğunu ve oluşan suçun niteliğini de belirtmiş bulunmaktadır. Açık olan bir şeyin izahına gerek yoktur. O halde Mahkeme kararında yeterli ve yasal gerekçenin gösterildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, itirazın kabulü ile özel daire bozma kararının kaldırılmasına..." Yargı CGK 29.01.1979 tarih ve 9-504/40 sayılı karar, Gündel, s. 100, 101.

ifade etmez, diğer yargı organları da bu kavram dahilindedir. Burada hedef, adliyenin, kendini meydana getiren hakimlerle, Cumhuriyet Savcıları'nın şahıslarından tamamen ayrı olarak her türlü saldırılara karşı korunmasıdır. Saldırı, yargı organının bütününe yöneltilmiş olmalıdır. Bu itibarla hakimler veya Cumhuriyet Savcıları'ndan bir kısmını veya bir mahkeme heyetini aşağılama 301. madde kapsamına girmez.³¹

*"Devletin askeri teşkilatı"ndan maksat, Türk Silahlı Kuvvetleri, yani Ordudur. Bu bakımdan Orduyu temsil eden Genelkurmay Başkanlığı'nın ya da Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ana unsurları olan kara, hava ve deniz kuvvetlerinin her birinin bütün olarak hedef alınması halinde 301. maddenin tatbik imkanı doğacaktır.*³²

³¹ Bkz., Gözübüyük, A. Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. II, İstanbul, tarihsiz, s. 230. "Sanığın, genelleme yaparak tüm Cumhuriyet Savcıları'na yönelik olarak söylediği sabit olan sözlerde, adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif etmek suçunun oluştuğu gözetilmeden, bu suçtan mahkumiyeti yerine, oluşa uymayan ve kendi içinde çelişen gerekçeyle beraatına karar verilmesi, yasaya aykırıdır" Yargı 9. CD. 22.03.2001 tarih ve 538/874 sayılı karar, Çetin, s. 183.

³² "Sanığın olay günü askeri disipline aykırı davranışlarından dolayı nezaret altına alınmasına kızarak görevli iki subaya ana avrat sövdükten başka ve ayrıca 'Bu ordunun anasını avradını s. k. edeyim. Bütün subaylar ve astsubayların anasını avradını s. k. edeyim' sözlerini bilerek ve isteyerek sarf etmesine, sarf ettiği bu sözleri ile devletin askeri kuvvetlerini temsil eden varlığa hakaret ve tezyif etmesine, tüm asker kişilere açık bir mahalde ve birden fazla asker kişilerin önünde bu suçu işlemiş olmasına, dolayısıyla olayda aleniyet unsurunun da gerçekleşmiş bulunmasına göre, sanığın dava konusu eyleminde devletin asker kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçunun kanuni unsurlarının, özellikle kast unsurunun oluştuğu ve direnme hükmünün hatalı olduğu anlaşılmaktadır" As. Yrg. Drl. Krl., 18.11.1982 tarih ve 234/232 sayılı karar, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s. 2029; "Mahkeme kararında ve C. Başsavcılığı'nın itiraz yazısında belirtildiği üzere, sanık dava konusu hakaret sözlerini bütün subayları kapsayacak biçimde sarf etmiştir. Bu arada üstegmeninden ayrıca söz etmesi kastının belirli subay ve subaylara yönelmiş olduğunu göstermez. Sanığın, dosyada yazılı çirkin sözleri en küçük rütbeli subaydan en üst dereceli komutana kadar bütün subay topluluğunu ve tümüyle Türk Ordusunu ve askeri kuvvetlerini küçük düşürücü niteliktedir. Askeri kuvvetlerin emir ve komutan mevkiinde bulunan her türlü sevk ve idare yetkisini taşıyan, bu yönden ordunun ana unsurunu teşkil eden subaylara genel bir ifade ile ve herhangi bir ayırım gözetilmeksizin yapılan bu saldırının askeri kuvvetlere yöneltilmiş şüphe yoktur. Olayın umuna açık bir lokantanın kapı yanındaki masasında ve dinlenen tanıklar yanında cereyan edişi ise eylemde aleniyet unsurunun oluştuğunu göstermektedir.

Şu hale göre; yerinde görülen itirazın kabulüyle, özel dairece verilen bozma kararının kaldırılması ve yasaya uygun bulunan hükmün onanması gerekir" Yargı CGK. 19.02.1973 tarih ve 2-896/152 sayılı karar, Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s.

“Devletin emniyet teşkilatı” tabiri ise, vatandaşların güvenliğini sağlayan, suç faillerini yakalayan Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı’na bağlı polis ve jandarma güçlerini ifade etmektedir. Emniyet ya da jandarma güçlerinin tamamının ayrı ayrı hedef alınması halinde 301. maddede yer alan suç oluşacaktır. TCK’nın 301. maddesinde gösterilen bu suçların oluşumu için hedef alınan birimlerin bütününe ya da bütünü oluşturan ana unsurların kastedilmesi gereklidir.³³ Kişi devletin emniyet teşkilatının bütününe hedef almayı, sadece bu teşkilatın bazı görevlilerini aşağılamışsa, 301. madde hükmü uygulanamaz.³⁴

2031; “Dava konusu 27.9.1993 tarihli Ö.G. Gazetesi’nde yayımlanan “Asker Elbiseli İtrafçılar Operasyona Katılıyor” başlıklı yazı kapsamı itibarıyla ele alınıp değerlendirildiği, olaylara el koyan sınırlı sayıdaki görevlinin uygulamalarına ilişkin olup, devletin askeri veya emniyet muhafaza güçlerinin bütün halinde tahkir ve tezyifini içermediğinden bu yazı nedeniyle isnad edilen suçun oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır” Yargı 9. CD. 08.11.1995 tarih ve 5601/5715 sayılı karar, Çetin, s. 195.

³³ Gündel, s. 89-90. “... Yazarmın... devletin bütün emniyet ve muhafaza kuvvetlerini hedef alarak “cellatlar, vahşiler, hunhar soyguncular, satılmışlar, vicdansızlar, bu ülkeyi soyanlar reziller sürüsü... gibi kelime ve deyimlerle, çok ağır surette hakaret ettiğinin kabulü dosya münderacatına uygun düşer” (Bkz., Yargı CGK. 21.1.1974, 61/30, zikreden, Gündel, s. 96); “... Toplantıda yaptığı konuşma sırasında... “Ankara’da CHP’nin düzenlediği bir açık hava toplantısından dönen yurttaşlarımızın üstüne iktidarın satılmış köpekliğini yapan polis panzerleri ile yürüyordu” şeklinde tezyif etmek suretiyle devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif ettiği belirlenmiştir...” (Bkz., Yargı CGK. 20.9.1981, 9-237/311, zikreden, Gündel, s. 112, 113) “... bildiride geçen (... yürüyüşü engellemek için, askerlerin kurduğu barikatlar kağıt gibi yırtıldı. Tankların kapattıkları anayollar kuş gibi aşıldı ve 15 Haziran akşamı işçilerin direnişini bastırmak üzere oligarşi tarafından sıkıyönetim ilân edildi... Kürdistan üzerindeki sömürgeci baskılar toptan imha provaları ile her gün biraz daha artmaktadır. Sıkıyönetimin varolan özgürlüklerin celladı olduğu artık kanıtlanmıştır... Ne faşist saldırılar, ne katliamlar, ne sıkıyönetim zindanları, ne de işkenceler bizleri yıldırmayacaktır...) sözleri ile... devletin askeri kuvvetlerinin tümüne hakaret edildiği açıkça anlaşılmaktadır...” (Bkz., Yargı CGK. 16.11.1981, 9-302/376, zikreden, Gündel, s. 113).

³⁴ “Sahnelenen bir tiyatro oyunundaki diyalog sırasında sorulan soruya yanıt olarak kullandığı sözcüklerle sanığın, kendisini döven ve sonradan öldürülen gazeteci M.G.’nin olayına katılan emniyet görevlilerini kastettiği, devletin emniyet ve muhafaza kuvvetlerinin tamamını amaçlamadığı anlaşıldığından, unsurları yönünden oluşmayan atılı suçtan beraati yerine, mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yargı 9. CD. 10.05.2001 tarih ve 1298/1568 sayılı karar, Çetin, s. 182.

SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU

Bu suçun faili herkes olabilir. Madde metninde “*aşağılayan kişi*” denildiği için bu suçun faili açısından herhangi bir özel durum söz konusu değildir. Ceza ehliyetine sahip herkes tarafından bu suç işlenebilir.

Suçun yurtdışında bulunan bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi durumu ise, 301. maddenin 3. fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsur olarak öngörülmüştür.

Bir suçun dar anlamda mağduru, ancak gerçek kişiler olabilir. Bununla beraber bütün suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur konumundadır.³⁵ İnceleme konusu suç, her ne kadar devletin güvenliğine karşı suçlar arasında düzenlenmişse de, burada suçun mağduru, devlet değil toplumu oluşturan tüm bireylerdir.

SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun maddi unsurunun hareket kısmı “*aşağılamaktır*”. Aşağılamak sözlükte, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamına gelmektedir.³⁶

Aşağılamak, tahkir ve tezyife ya da hakarete göre daha hafif bir saldırı teşkil etmektedir.

Suçun maddi unsuru ile ilgili bir diğer şart ise, “*aleniyet*” dir. “*Aleniyet*” sözlük anlamı olarak; “*1-Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması, 2-Her şeyin zahir hali, dış görünüşü*” demektir.³⁷ Aleniyet, kalabalık sayıda eşhasın aşağılamaya muttali olmalarını mümkün kılan her hangi elverişli bir vasıtanın kullanılması halinde mevcut sayılır.³⁸ Kanaatimizce, yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsizdir, özel bir yer de aleniyet unsurunun gerçekleşmesine müsait olabilir. Önemli olan eylemin belirli olmayan birçok

³⁵ Bkz., Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 220.

³⁶ <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 02.04.2007.

³⁷ Bkz., Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 11. Baskı, Ankara 1993, s. 28; Hayat, *Büyük Türk Sözlüğü* İstanbul, s. 38.

³⁸ Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s. 207 vd.

kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunmasıdır.³⁹

Bu suçun 765 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan 159. maddedeki suçun maddi unsuru, "tahkir ve tezyif etmek" şeklinde düzenlenmişti. Maddi unsuru oluşturan hareketlerden "Tahkir", kelime olarak hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma, aşağılama, gurur kırıcı davranış ve hareketlerde bulunma anlamına gelmektedir.⁴⁰ "Tezyif" ise, bayağı, adi, küçük düşürücü ve mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici, bir kelime ile hakir görücü tahkirleri içermektedir. Diğer bir ifadeyle, tezyif, tahkirden kemiyet ve vahamet itibariyle daha ağırdır. Kanunumuz anayasal organların manevi şahsiyetini ancak bu gibi pek ağır ve alçaltıcı hakaretlere karşı korumuş, hakaretimiz olmakla beraber tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve

³⁹ Bkz., Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, 5237 sayılı kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara 2006, s. 455; "Sanığa yükletilen suç, öğrencisi bulunduğu Balıkesir Necati Eğitim Enstitüsü'nde, sınıf geçme ve bitirme sınavı sırasında, yazılı imtihan sorularına verdiği cevapla Adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif etmekten ibarettir. Mezkur suçun maddi unsurlarından biri aleniyettir. İmtihan salonunun umumi bir yer olarak kabulüne imkan bulunmadığı gibi imtihan kağıtlarının sadece görevli bu kişiler dışında başkalarının okunarak münderecatlarına vakıf olunabilmesi tabii ve matuf bulunmamasına göre olayda aleniyetten söz edilemeyeceğinden C.savcısının yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına, oybirliğiyle karar verildi" Yargı 9. CD. 10.10.1979 tarih ve 3885/4107 sayılı karar, Çetin, s. 207; "Sanıkta yakalanan ve suç konusu olduğu ileri sürülen bildirimler henüz dağıtılmamış olmakla aleniyet unsuru oluşmadığından C. Savcısı'nın yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddiyle sonucu itibariyle yasaya uygun olan beraat hükmünün tebliğname uyarınca onanmasına oybirliğiyle karar verildi" Yargı 9. CD. 10.11.1976 tarih ve 57/5700 sayılı karar, Çetin, s. 210; "Sanıkların başka bir suçtan hükümlü buldukları Küta-hya Kapalı Cezaevi'nden Nevşehir Cezaevi'ndeki bir arkadaşlarına yazdıkları mektubun cezaevi görevlileri tarafından içeriği okunarak alıkonulup bilahare C. Savcılığı'na ihbar edilmesinde sanıkların üzerlerine atılı Cumhuriyeti ve Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçlarının 'aleniyet' unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden aksine düşüncelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır" Yargı 9. CD. 29.05.1996 tarih ve 2319/3227 sayılı karar, Çetin, s. 192; "Sanığın, hükümlü olarak cezasını çekmekte olduğu Nazimiye Cezaevi'nden Adalet Bakanlığı'na hitaben yazdığı ve davaya konu ibarelerin bulunduğu dilekçeye, ilgisine ulaşmadan C. Savcılığı'nca el konulup soruşturma başlatılmasına ilişkin olayda **müsnet** suçun yasal öğelerinin bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan C. Savcısı'nın yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle, hüküm tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına, oybirliği ile karar verildi" Yargı 9. CD. 13.12.1995 tarih ve 6903/6730 sayılı karar, Çetin, s. 194.

⁴⁰ Senkeri, Tarık, *Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri*, İstanbul 1996, s. 180.

ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları cezalandırmamıştır.⁴¹ Ayrıca 159. maddede, tahkir ve tezyif tabirleri birlikte kullanılarak bu fiil, basit hakaret suçundan ayrı kabul edilmiş ve sözü edilen suçun meydana gelmesi için eylemin hem tahkir ve hem de tezyif edici nitelikte olması gerekli sayılmıştır. Bu maddedeki tahkir ve tezyiften maksat ise, 765 sayılı TCK'nın 159. maddesinde yer alan varlıklara ve manevi değer ve duygulara karşı saygı eksikliği, gösterilmesi gereken saygı görevinin bozulması, ortak saygı duygusunun incitilmesidir. Tahkir, aşağılamak, tezyif ise küçültmek, bir şeye veya bir şahsa karşı saygıda eksiklik göstermek demektir. Tezyif etmek, tahkir etmeye oranla hem ehemmiyet hem de vahamet itibarıyla çok daha ağırdır. Tezyif tabirinde mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici, küçük düşürücü, hakir görücü bir yan bulunmaktadır.⁴²

Bu iki tabirin birlikte kullanılmasının amacı ise, maddede kast olunan tahkirin hakareten başka anlama gelmesi içindir. Zira 765 TCK, mehzaz kanunda olduğu gibi maddi unsurun tahakkuku bakımından sadece tahkirin yani hakaretin mevcudiyetini kafi görmemiş ve "tezyif" demekle işbu hakareten çok daha kuvvetli ve şümüllü bir mefhumu ifade etmek istemiştir.⁴³ Bu itibarla, suçun teşekkülü için söz, işaret veya yazının sadece tahkiri mutazammın olması yeterli değildir. Ayrıca tahkirin tezyif edici bir mahiyet arz etmesi de lazım gelir. Kanun, devlete, Cumhuriyete karşı yapılan pek ağır ve alçaltıcı hareketleri 765 sayılı TCK'nın 159. maddesi ile cezalandırmaktaydı, hakaretimiz olmakla beraber, tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları bu madde kapsamı içinde değerlendirmemekteydi. Bu itibarla, tenkitler hatta tenkit hududu aşıp tahkir şekline bürünseler de devleti, Cumhuriyeti, tezyif edici bir mahiyet arz etmedikleri müddetçe bu suçu teşkil etmemekteydi.⁴⁴

MANEVİ UNSUR

TCK'nın 301. maddesinde yer alan suç ancak kasten işlenebilen suçlardandır.⁴⁵ Fail hem alenen aşağıladığını bilecek, hem de anayasal

⁴¹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara 2003, s. 420.

⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 439.

⁴³ Erman, Sahir, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu, *İBD*, C. 25, S. 25, 1951, s. 281.

⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 402.

⁴⁵ "13.8.1981 günlü doktor raporuyla tespit edildiği üzere aşırı derecede alkol alan ve

kuruluşları aşığılmak isteyecektir. Bu itibarla failin kastı, suçun mad-di unsurunda yer alan bu hususları kapsamalıdır. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın kararları da bu doğrultuydu.⁴⁶

HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK'nın 301. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için di-ğ er unsurların yanında hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesi gerekir. Eğer, olayda hukuka uygunluk sebebi bulunursa, yapılan aşı-ğ ılama hukuka uygun olduğundan suç da oluşmaz.

TCK'nın 301. maddesinde yer alan suç bakımından, savunma maksadı, suçun meydana gelmesine engel olucu bir hukuka uygunluk sebebi oluşturur.

Ancak savunma maksadı görünüşte olmayıp samimi olmalı, mü-dafaanın zaruri kıldığı hudutları tecavüz etmemelidir. Aşığ ılamanın

şuuru bulanık hale gelen sanık bu durumu sebebiyle önüne gelen her şeye ve her-kese sövüp sayarak saldırmış etrafı birbirine katmıştır. Mobiletli çocuğa ve mobile-tine, terziye ve makasına, tüm gözlüklülere, taşa toprağa ve bu meydana hükümete ve devlete küfredip saldırmıştır. Bu oluş kendi bütünlüğü içinde değerlendirildi-ğ inde, sanığın özel kasıtle hükümete ve devlete müteveccihen sövmediği, saldı-ranlık kavramı içinde mütalaa edilecek biçimde vaki küfürleri arasında devlet ve hükümet sözcüklerinin de taş ve toprak sözcükleri gibi sarf edildiği nazara alınma-dan ve bu itibarla müsnet suçun manevi unsuru kast itibariyle tekevvin etmediği gözetilmeden, bu suçtan da mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır" Yar-gı 9. CD. 15.09.1982 tarih ve 2454/2772 sayılı karar, Çetin, s. 204.

⁴⁶ "Müteahhit olan sanık ile işçisi olan müşteki arasında, ücretin ödenmemesi yüzün-den çıkan tartışmada müştekinin 'Seni şikayet edip devlet eliyle alacağımı alırım...' demesine karşılık sanığın da 'Seni de Devleti de Sk. Ederim' şeklindeki cevabının müştekiye yönelik sövmeden ibaret olmasına, olayın akışı içinde sanığın rejime (Cumhuriyete) yönelik tahkir kastının bulunmamasına göre, yasal unsurları itiba-riyle oluşmayan müsnet suçtan beraat yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır" Yargı 9. CD. 09.03.1983 tarih ve 576/599 sayılı karar, Çetin, s. 201; "... bir kere bu gibi yazıların incelenmesinde göz önünde tutulması gereken esas, bu yazıların münhasıran eleştiri veya özellikle tahkir kast ve niyeti-yle yazılıp yazılmadığını belirtmektir. Bunu açıklamak için ise yazının tüm olarak incelenmesi gerekir. Yoksa yazıları parçalayıp kırık anlam verme uygun değildir. Bu itibarla medlül küllilerin ihmali ile medlülü cüzilere iştirak eylemek doğru de-ğildir." Bkz., Yargı CGK'nın 23.3.1942 tarih ve 68/73 sayılı kararı. Aynı yönde bkz., 1. CD'nin 4.5.1965 tarih ve 1964/2076 E. 1965/950 K. sayılı ilamı. Kararda "... Türk hükümetini kastetmekten ve ona matuf olmaktan daha ziyade, gayrimuayyen ve umumi mütalaa dermeyanı maksat ve gayesi yazıda hakim olduğu intibanı verme-sine nazaran bu hususlar nazara alınmadan... mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır." denilmektedir. Kararlar için bkz., Senkeri, s. 253.

davaya taalluk edebilmesi için, davanın konusu ile mantiki bir bağ ve alakası bulunmalıdır. Bu itibarla aşağılama ile dava arasında zaruret münasebetinin bulunması, yani aşağılayıcı sözleri söylemeden savunma hakkının kullanılmasının imkansızlığı şart olmayıp, söylenen sözlerin iddia ve savunmaya hizmet edebilmesi gerekir.⁴⁷

Bu suç ile alakalı incelenmesi gereken bir diğer hukuka uygunluk nedeni düşünce özgürlüğüdür. Düşünce özgürlüğünü, “insanın bilgi kaynaklarına özgürce ulaşarak serbestçe fikir edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden ötürü kınanmama ve bu edindiği fikirleri meşru yollardan faydalanarak açıklayabilme imkan ve serbestliği” olarak tanımlamak mümkündür.⁴⁸

1982 Anayasası'nın 26. maddesinde, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin güvence altına alındığı görülmektedir. Böylece Anayasa düşünce ve kanaat hürriyetini (AY m. 25) statik olmaktan çıkarak, ona dinamik bir fonksiyon kazandırmıştır. Bu hürriyetin özünde, kişinin karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği cevapları bizzat seçebilmesi, kişisel ve toplumsal davranışlarını da bu cevaplara göre uydurabilmesi, belirli konularda, yine belirli düşüncelere ve bu düşüncelerini başkalarına aktarabilme, yayabilme imkanına sahip olabilmesi demektir.⁴⁹

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince iç hukukumuzun bir parçası haline gelen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9 ve 10. maddelerinde de düşünce hürriyeti güvence altına alınmıştır.

İç hukukumuz bakımından da geçerli kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 07.12.1976 tarihinde verdiği ve sonraki kararlarına da dayanak teşkil eden (Handyside-Birleşik Krallık) kararında; “İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoş görünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın

⁴⁷ Senkeri, s. 262.

⁴⁸ Bkz., Bayraktar, Köksal, *Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü*, İstanbul 1977, s. 103.

⁴⁹ Bayraktar, s. 103 vd. Ayrıca bkz., Soyaslan, Doğan, “Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku'nun İlişkisi”, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 127, 128.

demokratik toplum olmaz"⁵⁰ demek suretiyle düşünce özgürlüğü konusunda görüş bildirmiştir.

Günümüzün karmaşık ve kalabalık toplumlarında düşüncenin oluşumuna imkan veren haber alma ve öğrenmenin sağlanmasında, öğrenilen bilgilerden birinin tercih edilmesinde ve düşüncenin açıklanmasında en önemli vasıta kitle iletişim araçlarıdır. Bunların en belli başlıları radyo, televizyon, İnternet, sinema ve özellikle de yazılı basındır.⁵¹

Bu bakımdan basın hürriyetinin sağlanması düşünce özgürlüğünün gerçekleşmesi için büyük bir öneme sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; 23.5.1991 tarihinde, Oberschlick/ Avusturya davasında verdiği kararda; *"... Basın, her ne kadar, 'başkalarının onurunu korumak' amacıyla konmuş bulunan sınırları aşmamak zorunda ise de, politik sorunlar ve genel yararı ilgilendiren öteki konulara ilişkin haber ve düşünceleri iletmekle de görevlidir.... Basın özgürlüğü, kamuoyuna, yöneticilerin fikir ve davranışlarını öğrenme ve değerlendirmede kullanılacak en uygun araçlardan birini sağlamaktadır. 10. madde bu hususu kamunun bilgi ve haber alma hakkına sahip bulunduğunu belirtmek suretiyle ifade etmiştir"*⁵² diyerek bu hususu vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Castells kararında ise, basının önemini şöylece vurgulamıştır: *"Bu olayda Castells görüşlerini yaptırım korkusu duymaksızın Senato'da ifade edebileceği halde böyle yapmamış, bir dergide dile getirmeyi yeğlemiştir. Bu demek değildir ki, Hükümeti eleştirme hakkını kaybetmiştir... Bu noktada, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Dev-*

⁵⁰ Karar için bkz., İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, (İHKAD) İstanbul Barosu Yayınları, C. 1, İstanbul 1998, s. 236 vd.; Ayrıca Bkz., Zana-Türkiye Davası kararı (25.11.1997) in: İHKAD, C. 2, s. 304 vd.; Sürek ve Özdemir/ Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 31 Ekim 2000 S. 126, s. 49 vd.; Sürek / Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 27 Haziran 2000 S. 115, s. 26 vd.; Öztürk/ Türkiye Davası, 28 Eylül 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 20 Eylül 2000 S. 122, s. 24 vd.; Gerger/ Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 24 Ekim 2000, S. 125, s. 51 vd.; Arslan/Türkiye Davası, 8 Haziran 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 30 Mayıs 2000, S. 112, s. 31 vd.; Erdoğan ve İnce/ Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 28 Kasım 2000 S. 129, s. 44 vd.; Grigoriades-Yunanistan Davası, (25.11.1997) İHKAD C. 2, s. 327 vd.

⁵¹ Bkz., Gölcüklü, A. Feyyaz/Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara 1998, 2. Baskı, No: 629; İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 1998, s. 3 vd.

⁵² Bkz., Lingens/Avusturya 8.7.1986 § 41-42; Castels/İspanya 23.4.1992 § 43. Kararlar için bkz., Gölcüklü-Gözübüyük, 2. Baskı No: 629. Ayrıca bkz., İHKAD, C. 2, s. 71, § 43.

let içinde basının seçkin rolü unutulmamalıdır. Gerçi basın, “düzensizliğin önlenmesi” ve “başkalarının haysiyetinin korunması” için konan sınırları aşmaması gerekir; ancak basın, siyasi sorunlar hakkında ve kamu yararıyla ilgili konularda haber ve düşünceleri yayma görevi üstlenmiştir.⁵³

Basın özgürlüğü halkın siyasi liderlerin düşünce ve davranışları hakkında fikir sahibi olabilmeleri için en iyi araçlardan biridir. Özellikle siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşüncelerini ve yorumlarını belirtme fırsatı vermektedir. İfade özgürlüğü ayrıca herkesin, demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasi tartışmaya katılmasını mümkün kılmaktadır”.⁵⁴

Eleştiri hakkı da kaynağını Anayasa’da güvence altına alınan düşünce hürriyetinden alır. Eleştiride çeşitli olaylar açıklanmakla yetinilmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kimselerin tutum ve davranışları hakkında değerlendirmelerde bulunmaktadır. Açıklanan düşünce ve kanaatler eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, sert ve haşın olması doğal bir sonuçtur.⁵⁵

İfade edelim ki, eleştiride asıl olan anayasal organın icraatının yararlı ve yerinde görülmediğinin belirtilmesi iken, aşağılamada organın saygınlığı tümden inkar edilmekte ve varlık nedeni tartışılmaktadır. Eleştiri yapılırken Anayasal Organın icraatının yerinde ve doğru, yararlı görülmeysiğinin dile getirilmesi söz konusudur, bu nedenle de hukuka uygun sayılmak gerekir. Bu açıdan Anayasal Organların tutum ve eylem politikalarının her zaman eleştirilebilmesi mümkün, hatta aşağılama, tenkit hakkının içinde kabul edilmekle beraber tenkit hakkının sınırını tespit bakımından aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır. Buna göre, müesseselerin aşağılanması, “eleştiri niteliğini aşan”, “fikir niteliği bulunmayan”, “küçültücü”, “tecavüz niteliğinde”, “aşağılaştırıcı”, bir ifade gerektirmektedir. Bu durumda artık “düşünce” açıklaması söz konusu olamayacağından hak da söz konusu olamaz.⁵⁶

⁵³ Bkz., Bayraktar, s. 116 vd.

⁵⁴ Bkz., Castells-Ispanya, İHKAD, C. 2, s. 51 vd. § 43. İlkiz, Fikret, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü, in: İBD, C. 73, S. 4-5-6, Haziran 1999, s. 325 vd.

⁵⁵ Benzer görüşler için bkz., Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 170; Ayrıca bkz., Od-yakmaz, Zehra, *Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB. Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 537 vd.; Artuk/Gökcen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 430.

⁵⁶ Senkeri, s. 192 vd.; ayrıca bkz., Artuk/Gökcen/Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 420.

Şu halde, eleştiri hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olarak aşağılama maksadını ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Çok partili rejimlerde, tenkit ve bilhassa siyasi tenkit çok defa sert ve acı olur. Bu itibarla tenkit ile aşağılamanın hududunu tespit etmek büyük bir önem arz eder. Somut olayda failin asıl amacının eleştiri olduğu tespit edilebiliyorsa, hukuka aykırılık unsuru oluşmayacağından, aşağılamadan bahsedilemez.⁵⁷

Yargıtay da verdiği kararlarda eleştiri ya da siyasi tenkit hakkının bu suçun hukuka aykırılık ögesini ortadan kaldıracağını belirtmiştir;

*"... Basın açıklaması bir bütün olarak ele alınıp incelendiğinde; Devletin yönetim kademesinde bulunan bir kısım kişilerin kirli ve gizli işlerle uğraştıkları, hak ihlallerinde buldukları, bu nedenle toplumda meydana gelen kirlenmenin can güvenliğini tehdit ettiği ve bu duruma karşı demokratik yollardan mücadele edilmesi gerektiği düşüncesinin işlendiği görülmektedir. Söz konusu basın açıklamasının yapıldığı dönemde, "Susurluk olayı" olarak adlandırılan ve içine bazı kamu görevlilerinin de karıştığı ısrarla ileri sürülen olay nedeniyle gerek yazılı gerekse görsel basında yer alan haberler ve oluşan kamuoyu nazara alındığında sanık tarafından bu olay nedeniyle ortaya çıkan gelişmelerin ağır bir şekilde eleştirildiği açıklıkla anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi sanık, söz konusu basın açıklaması ile devletin varlığını oluşturan kurumların içinde bulunan bazı kişilerin durumlarını vurgulamakta, cumhuriyeti tahkir ve tezyif kastını taşımamaktadır..."*⁵⁸

Gerçekten demokratik toplumlarda halkın bilgi edinme hakkı, ancak haber verme, eleştirebilme, inceleme ve yorumlayabilme haklarının varlığı halinde mevzubahis olur. Gazetecinin, bilinmesinde kamu yararı olan ve kamunun ilgisini çeken güncel olayları, gerçekliklerini araştırdıktan sonra kamuya aktarma hakkı vardır. Eleştiri hakkı da esasta haber verme hakkının bir türüdür. 4. HD'nin 26.4.1978 tarihli kararında belirttiği gibi; *"... tecavüz niteliğini taşımayan eleştiri, basın özgürlüğünün normal sonucudur. Bazen bu eleştiri eleştirilen veya cevaplandırılan yazı ve fillerin niteliğine göre sert de olabilir"*⁵⁹

İnceleme konusu suç açısından eleştiri hakkının önemini vurgu-

⁵⁷ Krş., Erman, Hükümetin manevi şahsiyeti, s. 285; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 520.

⁵⁸ Bkz., Yargı CGK 5.5.1998, 9-70/156, Karar için bkz., Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, s. 318 vd.

⁵⁹ Kararı zikreden, Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s. 170, dn.120.

lamak amacıyla, kanun koyucu 301. maddenin 4. fıkrasında, “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” hükmüne açıkça yer vermiştir. Kanımızca kanununun 26. maddesinde hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği için, 301. maddenin 4. fıkrasına yer verilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ TEŞEBBÜS

Bu suç sırf hareket suçudur. Buna göre suçun tamamlanabilmesi için hareketten ayrı bir neticenin meydana gelmesine ihtiyaç yoktur. Bu suç aynı zamanda tehlike suçudur. Kanun koyucu maddede sayılan değer ve kurumların aşağılanmasını suçun oluşması için yeterli görmüş, başka bir şart aramamıştır. Bu nedenle cezalandırılan eylem soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadır.

Aşağılamanın söz ile gerçekleşen şeklinde teşebbüsten bahsedilemez. Buna karşılık yazı ile gerçekleştirilen aşağılamanın teşebbüs aşamasında kalması mümkündür.⁶⁰ Burada teşebbüs bakımından önemli olan husus icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesidir. Buna karşılık, bir kimsenin arkadaşına hitaben yazmış olduğu mektubun arkadaşına ulaşmadan ele geçirilmesi veya kaybolması ihtimalinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilemez.⁶¹ Zira burada öncelikle suçun maddi unsuruna ilişkin aleniyet unsuru oluşmamaktadır.

İŞTİRAK

Bu suç iştirak bakımından özellik göstermez. İştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür.⁶²

⁶⁰ “Bir gazetede yayınlanması amacıyla yazılan yazının mani sebep yüzünden yayınının gerçekleşmemesi karşısında suçun eksik teşebbüs safhasında kaldığı anlaşıl-makla tebliğnamedeki eleştiriye iştirak edilmemiştir” Yargı 9. CD. 22.12.1995 tarih ve 6948/7048 sayılı karar, Çetin, s. 193.

⁶¹ “Sanığın, asker arkadaşı H.B.’ye yazdığı özel mektubun görevli bölük kumandanı tarafından okunmasından ibaret olayda aleniyet unsurunun tekevvün eylemediği gözetilmeden mahkumiyet kararı verilmesi, kanuna aykırıdır” Yargı 9. CD. 11.04.1980 tarih ve 1519/1496 sayılı karar, Çetin, s. 206.

⁶² “Sanığa isnat edilen fiil, muhtevasında devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçu bulunan dergiyi 16 Haziran 1978 günü hukuk fakültesi bahçesi içerisinde öğrencilere dağıtmaktan ibaret olup, sözü edilen dergide yer alan suç konusu yazıdan dolayı derginin sorumlu müdürü aleyhine ayrıca dava açıldığı anlaşılmasına göre sanığın bu dergi hakkında sulh ceza mahkemesi tarafından ve-

İÇTİMA

Fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bu suçu birden fazla işlerse, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanır ve tek bir suçtan dolayı cezaya hükmedilir. Ancak verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır⁶³ (TCK m. 43/1).

Bunun yanında Yargıtay, yazarı tarafından bütün olarak gazeteye verilmesine rağmen, gazetenin sorumluları tarafından iki ayrı baskıda yayınlanan yazıda yer alan ifadelerin zincirleme suç kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁴

Yargıtay bir ay ara ile aynı dergide yayımlanan yazıların iki ayrı suçu oluşturacağını, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁶⁵

rilen toplatma kararından haberdar olarak ve dergi muhtevasının suç teşkil eden niteliğini bilip benimseyerek veya toplatma kararından sonra asıl sorumlusu ile işbirliği yaparak hareket ettiğine dair delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde gösterilmeden ve belirlenen fiilinden, devletin emniyet kuvvetlerini tahkir ve tezyif hususundaki kastın nasıl tezahür ettiği gerekçeleriyle açıklanmadan sorumluluğun kabulü ile mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır" Yargı 9. CD. 28.02.1979, 89/693, Çetin, s. 208.

⁶³ "Sanıkların aynı şehirde, çok kısa zaman aralıkları ile aynı gün seanslar halinde oynanan dava konusu tiyatro oyunu nedeniyle, TCK'nın 80. maddesi uygulanmak suretiyle cezalandırılmalarına karar verilmesi gerekirken her birinin ayrı suç oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırıdır" Yargı 9. CD. 22.02.1999 tarih ve 3052/1027 sayılı karar, Çetin, s. 187; "Sanık H.D.'in sorumlu müdürlüğünü yaptığı Ö.O Gazetesinin 16-17-18.7.1994 tarihli nüshalarının 1-8. sayfelerinde Toplama Kampından Kurtulanlar Anlatıyor ana başlığı altında yayınlanan birbirinin devamı mahiyetindeki yazılarda askeri kuvvetlerin tahkir ve tezyif edildiği kabul edilmekle birlikte bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi karşısında sanık hakkında TCY'nin 80. maddesinin uygulanmaması..." Yargı 9. CD. 12.03.1996 tarih ve 430/1347 sayılı karar, Çetin, s. 193; "'Lice Katliamı' başlıklı yazı aynı gazetenin değişik tarihli nüshalarında tefrika halinde yayınlanarak, bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak Kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlali niteliğinde olduğu cihetle, bu yazılardan dolayı sanık hakkında TCY'nin 80. maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır" Yargı 9. CD. 24.04.1995 tarih ve 2118/2887 sayılı karar, Çetin, s. 198.

⁶⁴ "Sanığın yazıp bir bütün halinde yazı işleri müdürlüğüne tevdi ettiği suça konu yazının, kendi istek ve iradesi dışında tefrika halinde yayınlanmış bulunduğu dair aksi sabit olmayan savunması karşısından hükmolunan temel cezanın TCY'nin 80. maddesi uyarınca arttırılmasına olanak bulunmadığının gözetilmemesi kanuna aykırıdır" Yargı 9. CD. 25.03.1996 tarih ve 556/1682 sayılı karar, Çetin, s. 193.

⁶⁵ "T. İsimli Derginin 1.7.1993 ve 1.8.1993 günlü sayılarında yayınlanan yazıların iki ayrı suçu oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek TCY'nin 159/1, 80. maddeleriyle uygulama yapılmak suretiyle sanığa eksik ceza tayini, kanuna aykırı-

301. maddenin 1. fıkrasında korunan değer ve kurumlardan birden fazlasının aynı anda aşağılanması durumunda kanımızca tek bir suç oluşur. Buna karşılık aşağılayıcı ifadelerin yer aldığı yazıda veya konuşmada 301. maddenin 1 ve 2. fıkralarındaki kurum ve değerler yer alıyorsa, burada gerçek içtima hükümleri uygulanabileceği gibi, suç tek fiille gerçekleştirildiğinden TCK'nın 43/2. maddesine göre aynı neviden fikri içtima hükümleri de düşünülebilir. Ancak Yargıtay'a göre fail yazısında 301. maddede korunan kurumlardan birden fazlasını aşağılarsa bu durumda tek bir suçtan dolayı cezalandırılmaz. Aşağılanan kurum adedince cezalandırılır.⁶⁶

KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

TCK'nın 301. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun yaptırımını altı aydan üç yıla kadar hapis olarak öngörülmüştür. Suçun 2. fıkradaki şeklinin gerçekleşmesi durumunda ise verilecek ceza altı aydan iki yıla kadar haptistir.⁶⁷ Suçun yabancı ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

Buna göre, 301/1. maddede belirtilen suça bakma görevi Asliye Ceza Mahkemesi'ne aittir. Buna karşılık 2. fıkranın varlığı durumunda dava Sulh Ceza Mahkemesi'nde görülmelidir.

765 sayılı TCK döneminde suçun soruşturulması ve kovuşturulması Adalet Bakanı'nun iznine tabi kılınmışken, 5237 sayılı TCK'da bu suç açısından herhangi bir izin şartı öngörülmemiştir.⁶⁸ Kanımızca eğer bu suç açısından izin şartı getirilecekse, izin vermeye yetkili makamın Adalet Bakanı gibi yürütmenin bir organı değil, bağımsız bir organ

dır" Yargı 9. CD. 29.11.1995 tarih ve 6349/6288 sayılı karar, Çetin, s. 194.

⁶⁶ "Sanığın, hükümetin, adliyenin manevi şahsiyetlerini ve devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek suçlarından TCY.'nin 159. maddesi gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken maddenin bir defa uygulanması ile yetinilmesi yasaya aykırıdır" Yargı 9. CD. 16.01.1978 tarih ve 41/27 sayılı karar, Çetin, s. 209.

⁶⁷ Maddenin alt komisyonda kabul edilen şeklinde birinci fıkra açısından yaptırımın alt sınırı bir yıl iken Dr. Silvia Tellenbach'ın teklifi üzerine alt sınır altı ay olarak değiştirilmiştir. Bkz., Özgenç, İzzet, 26.9.2004 Tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesine İlişkin Bilgi Notu, www.karakutu.com. Erişim Tarihi:02.04.2007. Toplum açısından büyük önem arz eden TCK'nın hazırlanması sürecinde alt komisyon çalışmalarında kimlerin görüşlerine önem verilerek düzenleme yapıldığı ortadadır.

⁶⁸ Bu konuda bkz., Türk Hukukundaki ve Mukayeseli Hukuktaki Durum başlıkları altındaki bölümler.

olması gerekir. Aksi takdirde siyasi bir organ olan Adalet Bakan'ının tarafsız hareket edemeyeceğinden bahsedilemez.

SONUÇ

Türklüğü, Cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükmeler" başlıklı dördüncü kısmının, "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü bölümünde 301. maddede düzenlenmiştir. Kanımızca bu hükmün TCK'dan tamamen kaldırılmaması, ancak bazı değişiklikler yapılarak uygulanabilir bir hüküm haline getirilmesi yerinde olur.

Bu suç ile korunan değer ve kurumlar, Türklük, Cumhuriyet, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, devletin yargı organları, askeri ve emniyet teşkilatıdır. Kanımızca burada sayılan değerlerden Türklük yerine "Türk Milleti" teriminin kullanılması ve maddede bu yönde bir değişikliğin yapılması yerinde olur. Ancak unutulmamalıdır ki, uygulamacıların (C. Savcısı ve hakimlerimizin) maddeyi çok dikkatli yorumlamaları ve eleştiri niteliğindeki açıklamaları madde kapsamında değerlendirmemeleri gerekmektedir.

Kanun koyucu 301. maddenin 1. fıkrasındaki kurumları aşağılayanların altı aydan üç yıla kadar hapis, ikinci fıkradakileri aşağılayanların ise, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını öngörmüştür. Kanımızca maddede sayılan kurumların aşağılanmasının tek bir yaptırıma bağlanması, hapis cezasına seçenek olarak adli para cezasının da kabul edilmesi, hapis cezasının erteleme sınırları içerisinde (üst sınır iki yıl) kalması yerinde olur.

765 sayılı TCK'nın 159. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına ise 301. maddede yer verilmemiştir.

Bu suçun faili herkes olabilir. Ancak eğer suç yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenirse verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bunun yanında 301. maddenin 4. fıkrasında, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Böylece 765 sayılı TCK'nın 159. maddesine 4963 sayılı kanunla eklenen son fıkraya 5237 sayılı TCK'nın 301. maddesinde de yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, eleştiri hakkının Yargıtay ve Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'nin içtihatları göz önünde bulundurulmak suretiyle maddeye eklendiği belirtilmiştir.

Kanun koyucu bu hükme yer vermese idi dahi, TCK'nun 26. maddesi uyarınca eleştiri hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olarak varlığını sürdürecekti. Ancak kanun koyucu madde metninde açıkça bu hukuka uygunluk sebebine yer vererek, bu suç açısından özellikle eleştiri sınırları içerisinde kalan açıklamaların bu suçu oluşturmayacağını vurgulamak istemiştir.

Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması 765 sayılı TCK'nun 160. maddesi uyarınca Adalet Bakanı'nın iznine bağlı tutulmuşken, 301. maddede soruşturma ve kovuşturma herhangi bir merciin izni şartına bağlanmamış, suçun Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen takip edilebilmesi sağlanmıştır. Kanımızca bu suç açısından kovuşturma şartı olarak bir merciden izin alınması şartı öngörülecekse, bu merciin yürütmenin bir temsilcisi olan Adalet Bakanı olmaması gerekir. Burada Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'na bu yetkinin verilmesi de yine yargı işlerine yasamanın müdahalesi anlamına geleceğinden uygun olmayacaktır. Bu itibarla izin şartının bir yargı merciine verilmesi, örneğin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı olması kanımızca daha yerinde bir düzenleme olacaktır. Bir diğer olasılık ise, yargılamanın aşağılanan kurumun en üst yetkilisinin vereceği izne bağlanmasıdır.

Tarafımızdan teklif edilen metin

MADDE 301

ANAYASAL ORGANLARI TAHKİR VE TEZYİF SUÇU

1. Türk Milletini, Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen tahkir ve tezyif eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Türklüğü tahkir ve tezyifin yabancı bir ülkede bir Türk vatan-dışı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA “ZİNCİRLEME SUÇ”

Türkan YALÇIN SANCAR*

I. GENEL OLARAK

Yeni TCK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana yaklaşık bir buçuk yıl geçti ve kanun yürürlüğe girmeden önce de tahmin edildiği gibi, uygulanmaya başlanmasıyla birlikte tartışmalar alevlendi ve artarak da devam etmekte. Elbette ki ceza kanunu gibi çok temel ve doğrudan en önemli varlıklarımıza dokunan bir kanun üzerinde yapılacak tartışmaları tüketmek mümkün değil, ancak ortaya çıkan sorunların bir çoğu yaşanmayabilecek olan sorunlardı. Kanun daha yürürlüğe girmeden önce ve tasarı halindeyken, önümüze konulan o çok kısa süre içerisinde dahi bazı eksiklikler ve yanlışlıklar görülmüş, çeşitli vesilelerle bunlar dile getirilmiş ancak çok da önemsenmemiştir. Bugün 301. madde etrafında yürütülen tartışmalar dahil, bir çok kurum için söz konusu olan sorunlar, yaklaşımlardaki temel farklılıklar bir yana, eleştirilerin önemsenmemesi ve acelecilikten kaynaklanmıştır. Kanun yürürlüğe girdikten sonra da tartışmalar derinlikli olarak kurumlar üzerinde yapılamadı, çok temel bir kanunda bulunmaması gereken hatalar üzerinden yürüdü ve bu arada özellikle yargı, içinden çıkılması güç durumlarla ve büyük bir iş yüküyle karşılaştı. Yargı, bu sürenin büyük kısmını eski ve yeni TCK bakımından lehe olan normu saptamaya çalışmakla geçirdi. Bu saptama çalışmaları uzun bir süre daha devam edecektir. Lehe olan norma ilişkin değerlendirmeler, doğal olarak kanunun sadece özel kısmı ile sınırlı değildir ve genel kısımda yer alan birçok kurum için de aynı ihtiyaç geçerlidir.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD.

Geçmişe kısaca bir göz atacak olursak, bilindiği gibi, yeni bir ceza kanunu hazırlamak için, 1985 yılından bu yana değişik komisyonlar oluşturulmuş, 1987 yılında bir Öntasarı yayımlanmış, sonra 1989, 1997, 2001 ve 2003 tarihli TCK Tasarıları ortaya çıkmıştır. Her bir tasarı önemli muhalefetle karşılaşmış, eleştiriler doğrultusunda bazı değişiklikler yapıldıysa da genel olarak bu tasarılar hakim olan ruh aynı kalmıştır. Hazırlanan tasarılar sonuncusu 14.4.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 500 madde olarak TBMM'ne gönderilmiş, bu tasarı alt komisyonda 5-6 ay gibi çok kısa bir sürede 346 maddeye indirilmiş ve çalışmalar kısa bir sürede tamamlanmıştır. Nihayet, 5237 kanun numarasıyla 26.9.2004 tarihinde TBMM tarafından 345 madde olarak kabul edilip, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere yayımlanmıştır. Kanuna yönelik itirazların artması üzerine bazı değişikliklerin yapılabilmesi için, yürürlüğe girme tarihi 1 Haziran 2005 tarihine ertelenmiş ve 5377 sayılı kanunla bazı değişiklik ve ilaveler yapılarak yürürlüğe sokulmuştur. Bu kanun hatırlanacağı gibi, önemi ölçüsünde değerlendirilememiş, aceleye getirilmiş, AB müzakerelerine ve zina tartışmalarına kilitlenmiştir. Kuşkusuz çağdaş ceza hukukundaki bazı gelişmeleri dikkate alması açısından olumlu yanları da çoktur. Ancak uygulamada ciddi karışıklıklara, haksız ve adil olmayan sonuçlara rahatlıkla yol açabilecek hükümlerin sayısı oldukça fazladır. Bilimsel çalışmalar ve yargısal içtihatlarla bazı yanlışlar belki telafi edilebilir ancak, *"kanunilik ilkesi"* nin bir sonucu olarak yargının müdahale alanının sınırlı olduğu da bir gerçektir. Bu kısa yazıda yeni TCK'nın ayrıntılı bir değerlendirmesini yapmak tabii ki mümkün değil. Ayrıntılı ve analitik değerlendirmeler zaman içerisinde, uygulamada yaşanan sorunlarla birlikte yapılacaktır. Bu bağlamda özellikle ceza hukukçularının yükleri ve sorumlulukları çok artmıştır.

Burada, önceki TCK'nın 80. maddesinde¹ yer alan ve yeni TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen *"zincirleme suç"* kısaca değerlendirilecektir. Zincirleme suç başlığı altında düzenlenen kurum çok yaygın bir biçimde, *"müteselsil suç"* olarak adlandırılıyordu. Yeni kanun hazırlanırken Türkçeleştirmeye önem verildiği söylenerek, *"zincirleme"* suç terimi tercih edilmiştir. Kanunların dilinin çok önemli olduğu konusunda hiçbir tereddüt yok. Hele de ceza kanunları söz konusu olduğunda bu önem daha da artıyor. Her kavramın, bir tek noktanın ve

¹ 765 sayılı TCK'nun 80. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kayıhan İçel, *Suçların İctimai*, İstanbul 1972; Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Ankara 1995.

virgülün büyük önemi var. Ancak, kanunu bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, dili kullanma konusunda, tam bir kararlılık ve beceri gözlenememektedir. Zincirleme suç ve genel olarak “suçların içtimalı” bakımından çok önemli olan “hareket”, “fiil” ve “netice” sözcüklerinin birbirinin yerine kullanılması da bir hata olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. SUÇLARIN İÇTİMMAININ BİR TÜRÜ OLARAK ZİNCİRLEME SUÇ

Ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi de “birden çok suç işleyen kimsenin, işlediği suç sayısı kadar cezadan sorumlu olması”dır. Bu kuralın istisnasını, aynı fail tarafından işlenmiş birden çok suç bulunmasına rağmen, çeşitli nedenlerle faile tek cezanın verildiği “suçların içtimalı” adı verilen durumlar oluşturmaktadır.

Ceza hukukunda “suçların içtimalı” ve “cezaların içtimalı” olmak üzere iki tür birleşme vardır. Cezaların içtimalı söz konusu olduğunda, failin çeşitli fiilleri suçların içtimalı hallerinden birine girmemektedir. Her biri bağımsızlığını koruyan ayrı suçlar vardır ve burada birleşen, suçlar değil, suçlara ait cezalardır. Cezaların içtimalında sorun, failin cezasının ne şekilde belirleneceği sorunudur. Hemen ifade edelim ki bu konuda da TCK yeterince net değildir.

Kanun 42, 43 ve 44. maddelerinde “cezaların içtimalı”nın söz konusu olamayacağı bazı birleşme şekillerine yer vermiştir. Bu durumlarda aslında birden çok suç vardır fakat çeşitli nedenlerle faile tek ceza verilmektedir. Birden çok suçun bir araya gelerek bir başka suçun unsuru oldukları yani üçüncü bir suçu ortaya çıkardıkları veya bir suçun bir başka suçun ağırlaştırıcı nedeni durumunda bulunduğu bileşik suça (m. 42), tek fiille kanunun çeşitli hükümlerinin ihlâl edildiği dolayısıyla birden fazla farklı suçun ortaya çıktığı fikrî içtimala (m. 44) ve bir suç işlemek kararı ile kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlâl edildiği zincirleme suça (m. 43), cezaların içtimalı kurallarından ayrı hükümler bağlanmıştır.

Uygulamada genellikle ne zaman tek, ne zaman çok suç olduğu konusunda tereddütler yaşanmakta ve itiyadi suç ile mütemadi suç, zincirleme suçla karıştırılmaktadır. Suçun tekliğini-çokluğunu belirlemede değişik çözümler önerilmekte; bazı yazarlar hareketin ya da

fiilin sayısını esas alırken, bazıları da hareket ve fiilden bağımsız olarak “normun ihlali” ölçütünden yararlanmaktadırlar. Bu konuda çok ayrıntılı tartışmalara girmeden belirtelim ki, suç sayısını belirlemede esas alınması gereken ölçüt “normun ihlali” ölçütüdür.

Zincirleme suç TCK'nın 43. maddesinde aynen şu şekilde düzenlenmiştir:²

“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağdur belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”

Kanun, üçüncü fıkrada sayılan bazı suçlar hariç, ihlallerin tümünü tek suçmuş gibi değerlendirmektedir. O halde, zincirleme suç bakımından belirlenmesi gereken ilk husus, öncelikle “birden çok suçun varlığı” ve bu suçların tümünün bir “suç işleme kararı”na bağlı olduğudur. Yani önce ortada tek suç mu, birden çok suç mu olduğu belirlenecek, birden çok suç olduğu görüldükten sonra, zincirleme suçun diğer şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır. Bir tek suçun olduğu bir yerde, zincirleme suçtan bahsedilemez.³

III. ZİNCİRLEME SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Zincirleme suç kavramı Ortaçağda Glossatörler ve Postglossatörler tarafından ortaya atılmıştır. Müsterek bir kararla, aynı tip suçu birden

² 765 sayılı TCK'nun 80. maddesi ise, zincirleme suçu şu şekilde düzenliyordu:

“ Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar artırılır”.

³ Madde gerekçesinde ; “Müteselsil suç yerine zincirleme suç kavramı benimsenmiştir. Zincirleme suç hâlinde aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı artırılmaktadır” denmektedir.

çok işleyen failleri, kanunların öngördükleri şiddetli cezalardan korumak için çözüm arayan pratik hukukçular tarafından yaratılmıştır. Özellikle üç hırsızlık suçunun cezasının “ölüm” olmasının doğurduğu aşırılıkları yumuşatmanın çıkar yolu olarak düşünülen bu kurum, Zanardelli Kanunu’nda da yer almış ve buradan Türk hukuk sistemine girmiştir.

Zincirleme suçun hukuki niteliğini açıklayan çeşitli görüşler vardır.⁴

Bir görüşe göre; zincirleme suç gerçek bir birliktir. Farklı suçların bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkan zincirleme suç, hiçbir şekilde parçalara ayrılamaz. Suç işleme kararı birden çok suçu ayrılmaz bir biçimde bir araya getirmekte ve her bir ihlal zincirleme suçun bir parçasını oluşturmaktadır.

Bir başka görüşe göre ise, zincirleme suç, *farazi* bir birliktir. Bir yanda kanunun birden fazla ihlali yani birden fazla suç varken, diğer yanda bu suçların tümünü birleştiren, müşterek bir unsur olarak ortaya çıkan “suç işleme kararında birlik” vardır. Birden fazla suçu birleştiren ve tek suç olarak nazara alınmasını sağlayan “suç işleme kararında birlik”tir. Eğer kanun bu unsura birleştirici bir etki tanımasaydı, aynı kişi tarafından işlenmiş birden fazla suç söz konusu olduğundan, cezaların içtimaı kurallarının uygulanması gerekecekti. Suçların tek bir cezaya tabi olacağından söz edilirken, bunun hukuki bir faraziye olduğu kabul edilmektedir.

Bizce de zincirleme suçu “*farazi*” bir birlik olarak değerlendiren ikinci görüş doğrudur. Zincirleme suç bağımsız bir suç değildir ve cezaların içtimaı ile ilgili kurallara istisna teşkil etmektedir. Zincirleme suçu oluşturan her bir suç, kanunda özel bir düzenleme olmadıkça, genel kurallara göre işlem görecektir. Zincirleme suç şeklinde bir gerçeklik yoktur. Suç işleme kararı, hiçbir şekilde zincirleme suçta yer alan suçları, zincirleme suçun bir parçası, bir safhası haline getirmez ve neticede tüm suçları, her yönden tek bir suça indirgemeye yeterli değildir.

Sonuç olarak zincirleme suç bir faraziyedir. Sadece kanunda belirtilen üç halde⁵ yani, zamanaşımının başlangıcı, cezanın ve yetkili mah-

⁴ Ayrıntılar için bkz., Sancar, s. 51 vd.

⁵ Zincirleme suç.

kemenin belirlenmesi bakımından farazi bir birlik teşkil eder, kanunda hüküm bulunmayan hallerde her suç bağımsızlığını korur. Bir suç, af, zamanaşımı vb. nedenlerle ortadan kalksa da, diğer suçların varlığı etkilenmez.

IV. ZİNCİRLEME SUÇUN ŞARTLARI

A. BİRDEN ÇOK SUÇUN BULUNMASI

43. maddenin birinci fıkrasında aynı suçun birden fazla işlenmesinden söz edilmekte ve böylece ihlal sayısınca suç olduğu anlatılmak istenmektedir. Yani her biri tipik, hukuka aykırı ve kusurlu birden fazla fiil aranmaktadır. Acaba ne zaman birden fazla suçun varlığından söz edilebilir?

Öncelikle, belirtelim ki bir tek hareket birden fazla suçu meydana getirebilir. Örneğin bir tek sözle ya da tekrarlanan sözlerle bir kişiye ya da birden çok kişiye hakaret etmek mümkündür. Bu durumda hareket tek olmasına rağmen, mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır. Hareket sayısı, ne fiil ne de suç sayısını belirlemede ölçüttür.

Bir hareketi oluşturan ve aynı kişiye yönelen davranışların çokluğu, birden çok suça, dolayısıyla da zincirleme suça vücut vermez. Faaliyetler *aynı amaca yönelikse* ve bu faaliyetler arasında *kayda değer bir zaman aralığı yoksa* hareket tektir (bir ağaçtan birden çok meyve çalmak; bir dükkandan bir çuval un, bir çuval şeker, bir koli yumurta, bir teneke yağ çalmak; tekrar eden sözlerle bir kişiye hakaret etmek gibi). Kanun birden çok suçtan söz ettiğine göre, başlı başına suç teşkil etmeyen ve aynı hareketi meydana getiren davranışlar zincirleme suç oluşturmazlar.

TCK - Madde 43 - (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.

Dava zamanaşımı

TCK - Madde 66 - (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası;

(6) Zamanaşımı...zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden ... itibaren işlemeye başlar.

Yetkili mahkeme

CMK- Madde 12 - (1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

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

Aynı şekilde, seçimlik hareketli suçlarda (ki bu suçun tipik örneği 155. maddede düzenlenen güveni kötüye kullanma suçudur) hareketlerden birkaçının veya tümünün yapılması, birden çok suça, dolayısıyla zincirleme suça vücut vermez. “*Kanuni tanımında birden çok hareket gösterilmiş ve bunlardan herhangi birisinin veya tümünün yapılması halinde suçun meydana geleceği hükme bağlanmışsa, seçimlik hareketli suç vardır*”. Yani seçimlik hareketlerden biri de yapılırsa, bir kaç da yapılırsa, suç sayısı değişmemektedir. Seçimlik hareketli suç aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmişse, seçimlik hareketli bir suçun zincirleme suç şeklinde ortaya çıkmasından söz edilebilir.

Taksirli suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi kurulabilmesi, zincirleme suçun niteliği gereği mümkün değildir. “*Bir suç işleme kararının icrası*”, ancak kasıtlı suçlar bakımından gerçekleşebilecek olan bir şarttır. Ayrıca, suçlardan biri ya da birkaçı dava zamanaşımına uğramış, affedilmiş veya şikayetin geri alınması gibi bir nedenle takip edilemez hale gelmişse, bu suçlar zincirleme suç ilişkisi içinde değerlendirilemezler.

B. İHLALLERİN ZAMANI

765 sayılı TCK'nın 80. maddesi, suçların işlenme zamanı konusunda kronolojik bir sınır koymuyordu. Doktrindeki yaygın değerlendirmeye göre; ihlaller arasında uzun bir zaman aralığının olması, suç kararında birliğin yani sübjektif şartın ortadan kalktığı konusunda sadece bir karine teşkil edebilirdi ve bu konuda takdir yetkisi yargıca bırakılmıştı. 80. maddede mağdurun bir ya da birden çok kişi olmasına göre de bir sınırlama yoktu ve doğru olan da buydu. Ancak, uygulamada yanlış bir şekilde, mağdurun değişmesinin, suç işleme kararında birliği de kaldıracağı şeklinde zincirleme suçun yapısıyla örtüşmeyen bir anlayış vardı.

Yeni TCK önceki kanunda bulunmayan ve çok da anlamlı olmayan bazı şartları zincirleme suçun bünyesine sokmuştur. Birinci fıkraya göre; *farklı zamanlarda işlenen suç, sadece aynı kişinin mağdur olması durumunda zincirleme suça vücut verecektir*. Tek bir kişiye karşı aynı anda, kanunun aynı hükmünün ihlali biçiminde gerçekleşen birden çok suçun işlenmesi zaten mümkün değildir. Zincirleme suçun doğası gereği bu suçların farklı zamanlarda gerçekleşmesi gerekir.

Kanun birden fazla kişinin mağdur olması durumunda zincirleme suçtan söz edilebilmesi için ise, “*fiilin teklifi*”ni aramaktadır. Yani birden fazla kişiye karşı işlenen suçlar sadece fiil tek ise zincirleme suç sayılabilecektir. Burada kullanılan fiilin teklifi ifadesi doğru değildir. Tek fiille, fikri içtimada olduğu gibi, kanunun farklı hükümleri ihlal edilebilir, ancak tek fülle kanunun aynı hükmünü birden fazla ihlal etmek mümkün değildir. Çünkü ceza hukukunda fiil sayısını belirleyen netice sayısıdır ve kanunun aynı hükmünün ihlalinin söz konusu olduğu zincirleme suçta, birden çok netice, birden çok fiil ve birden çok suç vardır. O nedenle burada “*fiilin teklifi*”nden değil, “*hareketin teklifi*”nden söz edilmeliydi. Birden çok mağdurun varlığı halinde de birden çok netice ve birden çok fiil vardır. Oysa hareketin teklifi fiil sayısından bağımsızdır, tek hareketle birden çok suçun işlenebilmesi mümkündür. Yani kanunun aynı hükmünün ihlali biçiminde ortaya çıkan birden çok suçun tek fiille değil, tek hareketle işlenebilmesi mümkündür. Hareketin tek olması nedeniyle, birden fazla kişiye karşı işlenen suçların da kural olarak aynı anda gerçekleşmesi gerekecektir.

Böylece yeni TCK'nın 43. maddesinde iki tür zincirleme suçta yer verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Birincisi birden çok hareketle aynı mağdura karşı işlenen zincirleme suç, diğeri de tek bir hareketle farklı mağdurlara karşı gerçekleştirilen zincirleme suç. O halde suçlar farklı zamanlarda aynı kişiye karşı işlendiğinde ve farklı kişilere⁶ karşı aynı anda tek bir hareketle işlendiğinde zincirleme suçtan söz edilebilecektir. Böylece, sübjektif bir şartla birleşen birden çok suçun zincirleme suç sayılması, sadece mağdurun aynılığı halinde kabul edilmiş, mağdurların farklı olması halinde bu sübjektif şartta aynı zamanda objektif bir şart da eklenerek kurumun yapısı bozulmuştur. Bu elbette ki bir tercih sorunudur ancak anlamlı bir gerekçe ortaya konamamaktadır.⁷ Neden mağdurlar farklı olduğunda, birden çok hareketle

⁶ Buradaki “kişi” sözcüğünü, mağdur ya da pasif süjenin aynılığı şeklinde anlamak gerekir. Yani suçun mağduru gerçek bir kişi olabileceği gibi, tüzel kişi veya toplum da olabilir.

⁷ Madde gerekçesine göre; “*Bir suçun aynı suç işleme kararı kapsamında olsa da değişik kişilere karşı birden fazla işlenmesi hâlinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Buna göre, örneğin, bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak radyo teyplerin çalınması durumunda, her bir kişiye ait otomobildeki hırsızlık, bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve olayda cezaların içtimaı hükümleri uygulanır.*

Maddenin ikinci fıkrasında, bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenen suçlardan dolayı sorumlulukla ilgili bir içtima hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle, uygulamamızda karşılaşılan tereddütlerin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Örneğin bir sözle birden fazla kişi-

zincirleme suç gerçekleştirilemesin? Örneğin, aynı suç işleme kararının etkisi altında, bir kişinin evine farklı zamanlarda girilip hırsızlık yapılması zincirleme suç olabileceksen, birden çok kişinin evine girilmesi olmayacaktır. Bunun makul bir açıklaması yoktur. Mağdurlar farklı ise araya zamanın girmesi “suç işleme kararını kaldırır” şeklindeki yanlış düşünce buraya yansımıştır. Oysa zincirleme suç şeklinde bir kurumun ortaya çıkmasının asıl nedeni suç işleme kararındaki birliğe verilen önemdir. Bu kurum bir kez kabul edildikten sonra, doğasına aykırı başka unsurların dahil edilmesi kanaatimce doğru olmamıştır.

C. AYNI SUÇUN BİRDEN FAZLA İŞLENMESİ

Önceki düzenlemede (ETCK m. 80) “kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlali”nden söz ediliyordu, yeni Kanun “aynı suçun birden fazla işlenmesi”nden söz etmektedir. Eğer ihlal edilen hükümler farklıysa ve suçların içtimainın diğer şekillerinden birisi oluşmamışsa, gerçek içtima söz konusu olur ve her suç ayrı ayrı cezalandırılır. Eski TCK yürürlükteyken, “kanunun aynı hükmü” ifadesinden ne anlaşılacağı konusunda değişik görüşler ortaya çıkmıştır.⁸ Bir görüşe göre; “benzer hukuki değerlerin ihlali” şeklinde anlaşılmalı, bir başka görüşe göre kanunun aynı maddesi hatta aynı fıkrası olarak değerlendirilmeli, yaygın kabul gören anlayışa göre de suçun basit şekli esas alınmalıdır. Bize göre de son görüş doğrudur, yani asıl cezalandırıcı norma bağlı diğer normlar da aynı hüküm sayılacaktır. Böylece suçun ağırlatılmış ve hafifletilmiş şekilleri, teşebbüs aşamasında kalan ve tamamlanan şekli bu kapsama girecektir. İtalyan Ceza Kanunu “farklı ağırlıkta da olsa, kanunun aynı hükmünün birden çok ihlalinden” söz etmektedir.

Yeni TCK bu konudaki tereddütleri giderecek bir şekilde aynı suçun ne anlama geldiğini “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az

ye sövülmüş olması durumunda, her bir mağdur bakımından ayrı sövme suçları değil, bir sövme suçu oluşur. Ancak, bu durumda suçun cezası birinci fıkrafta belirtilen oranlarda artırılır”.

Bu gerekçenin ikinci paragrafında ciddi bir hukuki hata yapılmaktadır. Aslında bir sözle birden fazla kişiye örneğin üç kişiye sövülmüş olması halinde ortada bir tek suç değil, mağdur sayısı kadar suç vardır. Eğer zincirleme suçun diğer şartları da özellikle subjektif şart varsa faile tek ceza verilir ve Kanunda belirtildiği oranlarda artırılır. Birden çok suçun bulunmadığı bir yerde zaten zincirleme suç da olmaz. O nedenle gerekçede geçen “her bir mağdur bakımından ayrı sövme suçları değil, bir sövme suçu oluşur” ifadesi doğru değildir.

⁸ Bkz., Sancar, s. 77 vd.

cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” şeklinde açıklığa kavuşturmuştur. Örneğin basit hırsızlığı düzenleyen 141. madde ile hırsızlığın nitelikli şekillerini düzenleyen 142 madde ve daha az cezayı gerektiren 144. maddedeki durumlar arasında, zincirleme suç ilişkisi kurulabilecektir. Hatta suçların tamamlanmış olması da aranmayacak, teşebbüs aşamasında kalan suç ya da suçlar da zincirleme suç içerisinde yer alabilecektir. Ancak burada “kanunun aynı hükmü” ifadesi yerine “aynı suç” ifadesi tercih edildiği için, farklı kanunlarda yer alan ve basit şekilleri aynı olan suçlar da zincirleme suç ilişkisi içinde değerlendirilebileceklerdir. Kanun koyucunun böyle bir amaç taşıyıp taşımadığı anlaşılamamaktadır, ancak bu şekilde yorumlanması için de hiçbir engel yoktur.

Suçların işlenme biçimine ilişkin farklılıklar, zincirleme suç ilişkisini etkilemez. Örneğin suçların biri ya da bir kaç tek bir kişi tarafından işlenmiş olabileceği gibi, iştirak halinde de işlenmiş olabilir. Birden çok suçu işleyen kişi hakkında, ister tek başına işlemiş olsun, ister iştirak halinde işlesin, diğer şartları da varsa, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

D. BİR SUÇ İŞLEME KARARININ İCRASI

Önceki düzenlemede de, “bir suç işleme kararının icrası”ndan söz ediliyordu ve bu ifade “suç işleme kararında birlik” bulunması şeklinde anlaşılıyordu. Yeni TCK’da kullanılan ifade de aynıdır ve yeterince açık değildir. Teşebbüste kullandığımız, “suç işleme kararının icrası-işlenmesine karar verilen suçun icrası” ifadeleriyle karışmakta ve hazırlık hareketlerini çağrıştırmaktadır. Ayrıca “tek bir suç için verilen kararın icrası” gibi de anlaşılmaya müsaittir.

Mülga Kanun’un 80. maddesinin uygulanması sırasında bu ifadenin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda çok sıkıntılar yaşanmıştır. İCK’da “planda birlik” (medesimo disegno criminoso) deyimini kullanılmaktadır ki amacı ifadeye daha elverişlidir. Yeni TCK’da “bir suç işleme kararının icrası” yerine de İCK’daki ifade tercih edilebilirdi.

Zincirleme suça asıl özelliğini veren “sübjektif şart”tır. O nedenle bu şartın tespiti konusunda daha somut daha belirleyici ifadelerin kullanılması gerekir. Ancak ne şekilde ifade edilirse edilsin tamamen failin iç dünyasına ilişkin olan bu şartın olayda gerçekleşip gerçekleş-

mediğini anlayabilmek kolay değildir. Failin zihni bir faaliyetini açıklamak için hangi terimler kullanılırsa kullanılsın eksik kalacaktır. Nitekim tamamen failin dışı yansıyan davranışlarıyla varlığı saptanmaya çalışılan bu şartı ifade etmek için kullanılan “*plan*” kavramı da İtalyan uygulamasında zor yorumlanmıştır.

Sübjektif şart, zincirleme suçta bulunan her bir suç için verilen münferit kararlardan farklıdır. Münferit somut istemleri birleştiren psikolojik bir bağdır. Zincirleme suçu oluşturan her bir suçun manevi unsuru zorunlu olarak ayrıdır. Aynı ve tek olan şey ister “*bir suç işleme kararının icrası*” ister “*suç işleme kararında birlik*” isterse “*planda birlik*” densin, bağımsız kastları birleştiren ve bu nedenle kasttan başka bir anlam ifade etmek zorunda olan psikolojik bir öğüdür.

Bu kavram; suç kastı kavramından derece derece uzaklaştırılarak genelleştirilebilir. Fakat çok genel bir birlik de, genel bir saik birliğine kadar varabilir. Hırsızlığı kendisine meslek edinmiş bir kimsenin, birden çok hırsızlık suçları işlemede, hayatını gayrimeşru bir şekilde sürdürmek bakımından, genel bir saik birliği mevcuttur. Fakat bu suçlara zincirleme suç denemez. Kanun suç kararında birlik aramakta, saik üzerinde durmamaktadır.

Bu şartın *önceden kurulması gereken bir plan* şeklinde anlaşılması fakat plan kavramının da çok katı bir şekilde yorumlanmaması gerekir. Suç faaliyetinin icrasında, davranışın şeklinin ve araçların ayrıntılı olarak programlanması olarak anlamak aşırılıktır. Bu şekildeki bir değerlendirme, kurumu somut gerçekliğin dışına çıkarmak olur. Fiili durumlar değişkendir ve suç faaliyetine daha sonra katılabilecek fiillerin, objektif ve sübjektif şartların tahmini bir öngörüsü yeterlidir. Aksi halde; ev sahibinin olmadığı günlerde bir evi soymayı planlayan ve icraya koyan, daha sonra ev sahibinin daha çok uzun bir süre evinde bulunmayacağını öğrenen hırsızın hırsızlığa karar verip devam etmesi zincirleme suç sayılamayacaktır ki bu doğru değildir. Aynı şekilde un çalmayı planlayan hırsızın dükkanda zeytinyağlarının da olduğunu görerek, sonraki günlerde bunları da çalmaya karar verip, kararını icra etmesinde olduğu gibi, programın sonraki her değişikliğinin zincirleme suçu ortadan kaldıracığının söylenmesi doğru değildir. Bu nedenle sübjektif şartın varlığı için; *birden çok suç işleyerek bir amaca ulaşmaya ilişkin, genel bir karar ve başlangıç programı yeterlidir. Programın genelliği, faile muhtelif durumlara uymaya açık olma imkanı verir. Amaçta birliğin,*

zincirleme suç daha az kınanabilir hale getirdiği kabul edilmektedir. Plan ya da program önceden kurulabileceği gibi, ilk fiille her zaman da olabilir. Ancak, çıkacak her fırsattan yararlanma şeklinde genel bir karar yeterli değildir.

Sübjektif şart, bir fiille diğer fiil arasına, faili planı esaslı şekilde değiştirmeye sevk eden nedenlerin girmesi halinde ortadan kalkar. Bu her somut olayda gözlenmesi, incelenmesi gereken bir husustur, kesin ölçütler koymak mümkün değildir. Ancak bazı durumlar bu konuda, “bir suç işleme kararı”nın bulunup bulunmadığı konusunda yargıca yol gösterebilir.

Suçların işleniş şekilleri: Suçların işleniş şekillerinin birbirine benzemesi ve bağlantılı olması sübjektif şartın varlığını gösteren bir işaret olarak kabul edilebilir. Örneğin hırsızlıkta kullanılacak araçların çalınması ile bu araçlardan yararlanarak işlenen suç arasında zincirleme suç ilişkisi olabilir. Örneğin bir kuyumcunun önce anahtarlarını çalıp, sonra da dükkanı soymak gibi. Ancak fail önce, aynı kişiden, sırf eğlence olsun diye para çalsa, sonra karnını doyurmak için marketinden gıda maddeleri çalsa, daha sonra sırf güzel sanatlara tutkun olduğu için yine aynı kişinin evinden bir tablo ve doğum gününde arkadaşına hediye etmek için bir saat çalsa, bu suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi yoktur, çünkü sübjektif şart gerçekleşmemiştir. Ya da bir işçinin önce kendisine olan güveni kötüye kullanarak hırsızlık yapması, sonra sahte anahtar kullanarak hırsızlık yapması durumunda da sübjektif şartın olmadığı kabul edilmelidir.

Suçların işlenme zamanları: Bu konudaki değerlendirmeler mağdurun aynı kişi olması halinde geçerli olacaktır. Çünkü artık farklı kişilere karşı tek bir hareketle işlenen suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi olabileceğine göre, bu suçların farklı zamanlarda da işlenmeleri mümkün olmayacaktır. Aynı kişiye karşı işlenen suçlar arasında az veya çok bir zaman aralığının olması, bu suçların aynı suç işleme kararıyla işlenmediklerini göstermez. Kanun “değişik zamanlarda” suçların işlenmesinden söz etmiş, böylece belirli olmayan bir zaman aralığını kabul etmiştir. Zamanın uzunluğu, kısalığı her ne kadar bir sonuca ulaşmada kesin ölçüt değilse de, tamamen göz ardı edilebilecek bir husus da değildir. Sübjektif şartın varlığı genellikle suçlar arasındaki zaman aralıklarıyla ters orantılıdır. Bununla beraber, suçların çok kısa aralıklarla işlenmeleri de her zaman aynı suç işleme kararıyla hareket

edildiğini göstermez.

Suçların işlendikleri yer: Suçların farklı yerlerde işlenmeleri, aynı suç işleme kararının bulunmadığını gösteren kesin bir delil olamaz. Buna karşılık suçların aynı yerde işlenmeleri, suç işleme kararındaki birliğin bir işareti olarak kabul edilebilir.

Suçların iştirak halinde işlenmeleri: Birden çok suç sadece bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, aralarında iştirak iradesi bulunan, birden çok kişi tarafından da işlenebilir. Zincirleme suçta yer alan suçlardan sadece birisine iştirak edilmiş diğerlerine edilmemişse, kişi zincirleme suçtan değil, sadece iştirak ettiği suçtan sorumlu tutulabilir.

V. MAĞDURU BELLİ BİR KİŞİ OLMAYAN SUÇLAR

5377 sayılı kanunla, 43. maddenin birinci fıkrasının sonuna bir cümle eklenmiş ve *“mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra uygulanır”* şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Gerekçede de hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek üzere bu cümlenin eklendiği ifade edilerek *“rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir”* denmiştir.

Kanunun birçok maddesinin gerekçesinde ortaya çıkan sorunla burada da karşılaşyoruz. Maalesef bu kanunda gerekçe metinleri, bir normun neden konulduğunu, neden ihtiyaç duyulduğunu anlatmaktan çok, nasıl anlaşılması gerektiği yönündeki açıklamalarla doludur. Çoğu zaman da bu açıklamalar, uygulayıcıyı yanıltacak biçimdedir. Bir kere, madde gerekçesinde sözü edilen rüşvet suçunun mağduru toplum değildir. Bir suçtan toplumun etkilenmesi, zarar görmesi başka bir şey, toplumun pasif süje (mağdur) olması ise başka bir şeydir. Rüşvet, *“kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine”* ne karşı bir suçtur ve pasif süjesi (mağduru) de devlettir. Ayrıca, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için mutlaka birden fazla suçun bulunması gerekir. Bir tek rüşvet suçunun işlenmesi durumunda neden zincirleme suç hükümleri uygulansın? Ya da çevrenin kirletilmesi suçunda mağdur, bir bütün olarak toplumdur. Bu suç eğer bir kez işlenmişse tek bir suç vardır ve yine zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu değişiklik, eğer gerekçedeki gibi anlaşılacak olursa, bu tip suçlar bakımından, ortada bir tek suç bulunmasına rağmen

men, birden çok suç varmış gibi bir değerlendirme yapılacak ve ceza ağırlaştırılacaktır. Gerekçedeki mantık, topluma karşı işlenen suçların bütünü bakımından geçerli olacaktır ve doğru bir mantık değildir. Çünkü bu suçlarda, pasif süje bir bütün olarak “toplum” dur. Toplumu oluşturan her ferden pasif süje olduğu kabul edilemez, onlar sadece zarar görenlerdir.

Kanaatimce “mağduru belli bir kişi olmayan suç” özellikle “toplum” değil, “topluluğa karşı” işlenen suç biçiminde anlaşılmalıdır. Bazen, hareketin yöneldiği kişiler birden fazla olmakla beraber, bu kişiler bir topluluk oluşturabilirler ve fail bu topluluğa yönelik olarak bir eylemde bulunabilir, örneğin çok kalabalık bir grupta bulunan herkese birden hakaret edebilir. Bu gibi durumlarda mağdur belli bir kişi değildir ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması makul olur.

VI. ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN UYGULANAMAYACAĞI SUÇLAR

43. maddenin 3. fıkrasına göre; “kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz”. Aslında teorik olarak, bu sayılan suçlar arasında zincirleme suç ilişkisinin kurulması tabii ki mümkündür, ancak kanun koyucu bu suçları daha ağır bir biçimde cezalandırmak istemiştir. Bu tercihin nedenlerinin ne olduğu konusunda gerekçede bir açıklık yoktur. Bu suçlar daha sık işlendikleri için mi yoksa daha vahim görüldükleri için mi zincirleme suç kurumunun dışına çıkarılmışlardır, anlaşılammaktadır. Gerçekte kanuna bakıldığında bu suçlardan çok daha vahim olanların ve çok daha ağır bir biçimde cezalandırılanların olduğu görülür ancak bunlar hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Kanaatimce bu değerlendirme, zincirleme suçun yapısı ile bağdaşmamaktadır ve “eşitlik ilkesi” açısından sorun yaratabilecek bir niteliktedir. Zincirleme suça özelliğini veren “sübjektif unsur” bu suçlar bakımından dikkate alınmamakta ve bunun doyurucu bir açıklaması yapılmamaktadır.

5237 sayılı kanunda “cinsel saldırı” ve “çocukların cinsel istismarı” suçları da, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar arasında düzenlenmişken, 5377 sayılı kanunla bu suçlar 43. maddenin 3. fıkrasından çıkarılmıştır. Buna gerekçe olarak da şu husus dile getirilmiştir: “Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı

kişiyeye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından, ciddi endişelere neden olmuştur". Bu endişeleri gidermek amacıyla söz konusu suçlar madde metninden çıkarılmış ve bu suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelmiştir. Bunun için, her bir suçun mağdurunun aynı kişi olması gerekir, çünkü bu suçların tek bir hareketle birden fazla kişiyeye karşı işlenebilmeleri mümkün değildir.

VII. DEĞERLENDİRME

Pozitivist hukukçular zincirleme suçun gerekliliğine inanmamaktadırlar. Cezalardaki katılığı yumuşatmak için düşünülüp bulunan bu kurum onlara göre; yetersiz hatta zararlı görülmektedir. Suç işleme kararının ısrarla devam ettirilmesi fail lehine değil aleyhine değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Gerçekten de failin kararındaki ısrarlılığı, tesadüfen suç işleyen kişilere nazaran ödüllendirilmesini mi gerektirir? Kararda birlik failin zayıflığına mı yoksa tehlikeliliğine mi işaret eder? Tespit edilmesi çok güç olan bu unsura dayanarak böyle bir kurum yaratmak doğru mudur?

Tüm bu sorulara ve olumsuzluklara rağmen zincirleme suç birçok kanunda yer almaktadır. Demek ki bu kurum kolayca vazgeçilebilecek bir kurum değildir. Birden çok suç işleyen kişinin zaman zaman suç işleyen bir kişiyeye nazaran daha tehlikeli olduğu sonucuna varılarak bu kurum tamamen reddedilebileceği, aksi düşünülerek failin psikik durumuna bir değer verilip kabul de edilebilir. Bu tamamen bir tercih ve ceza politikası sorunudur. Fakat bu kurum kabul edildikten sonra, artık kabul edilmiş nedenlerine ve amacına uygun düzenlemeler ve yorumlar yapmak zorunludur. Zincirleme suç, tarihsel gelişimi itibarıyla tamamen fail lehine yaratılmıştır ve varlığının en önemli nedeni de "*sübjektif unsur*" olmuştur. Bu nedenle, bazı suçların zincirleme suç hükümleri dışında bırakılması ve mağdurun aynı kişi olması durumunda birden çok hareketin, farklı mağdurların bulunması durumunda ise tek hareketin aranması doğru olmamıştır. Kurumun doğası ile bağdaşmayan bazı unsurlar 43. madde ile ilk kez hukuk düzenimize girmiştir.

Kanunun zincirleme suçla ilgili düzenlemesinde, en çok rahatsız eden ve adil bulmadığımız husus, cezadır. Önceki biçiminde de yeni biçiminde de ceza konusunda aşırı bir ılımlılık vardır.

İtalyan Ceza Kanunu'nda, tek bir icrai ya da ihmali hareketle kanunun farklı hükümlerinin ihlal edilmesi veya aynı hükmün birden fazla ihlal edilmesi durumunda fikri içtima söz konusu olur ve en ağır ihlalin cezası üç katına kadar artırılabilir. (ICK m. 81/1).

Birden çok icra ya da ihmal hareketiyle, aynı suç planının icrası cümlesinden olarak, kanunun aynı ya da farklı hükümleri, farklı zamanlarda da olsa ihlal edilirse zincirleme suç söz konusu olur ve en ağır ihlalin cezası üç katına kadar artırılabilir. (ICK m. 81/2).

Görüldüğü gibi ICK'nda hareketin tekliği fikri içtimada, çokluğu ise zincirleme suçta aranıyor ve ceza da tatmin edici boyutta. Yeter ki "*cezaların içtimaı*" halinde verilecek cezadan daha fazla olmasın. ICK'nın sistemi yeni TCK'nın sistemine nazaran çok daha sağlıklıdır ve tereddütleri giderecek bir biçimdedir. Yeni Kanun hazırlanırken bu düzenlemenin dikkate alınması, hem fikri içtima ile ilgili sorunları hem de zincirleme suç ile ilgili sorunları ortadan kaldırılabildi ancak maalesef öyle olmamış ve daha önce yaşanan sorunlara yenileri eklenmiştir.

ARSA DÜZENLEMELERİNİN HUKUKSAL DAYANAĞI

Erdal KÖKTÜRK*
Erol KÖKTÜRK**

1. Giriş

Gerek Türkiye’de uygulanan yöntem olan ve herkes tarafından, “düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında düzenleme ortaklık payı olarak düşme,” olarak bilinen “eşit orantılı toprak kesintisi” ilkesine ve gerekse Almanya’da uygulanan yöntem olan “eşdeğerlik” ilkesine göre yapılınsın, arsa düzenlemelerinin hukuksal dayanağınının, 1) “kamulaştırma” mı? Yoksa 2) mülkiyet hakkını tanımlayan ilkelerden biri olan “sosyal bağlayıcılık” mı? Olduğu tartışması her iki ülkede de sürmektedir.

Türk ve Alman Anayasa Mahkemeleri tarafından verilen kararlarda, arsa düzenlemelerinin “bir tür kamulaştırma” olmadığı açıklanmıştır. Her iki anayasa mahkemesine göre, arsa düzenlemesinde, “mülkiyetin içeriği ve sınırları açısından bir belirleme” söz konusudur. Biri üniter diğeri federal yapıdaki bu iki ülkenin, sistem farklılıklarına karşın, anayasa mahkemelerinin vermiş oldukları kararlardaki benzerliklerin ülkemiz bakımından yeterince değerlendirildiği söylenemez.

Türkiye’de, “eşit orantılı toprak kesintisi” ilkesine dayalı arsa düzenlemelerinin, bilinen nedenlerle,¹ uygulama yeteneği giderek azalmaktadır. Oysa ülkemizde, arsa düzenlemelerine olan gereksinme artarak sürmektedir. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bunun için, Türkiye’de, arsa düzenlemelerinin yaygın ve yoğun bir şekilde uygulanabilmesini sağlayacak olan “eşdeğerlik” ilkesine geçiş

* Dr. Müh., Martı GYO AŞ, erdalkokturk@yahoo.com

** Prof. Dr., Kocaeli Üniversitesi, erolkokturk@superonline.com

¹ Bkz., Köktürk, Erol ve Köktürk, Erdal (2005)

zorunludur. Makalede, bu geçişe katkı sağlamak bakımından, arsa düzenlemelerinin hukuksal dayanağı, Türk ve Alman İmar Yasaları ve Anayasa Mahkemeleri kararları ışığında ayrıntılı ve kapsamlı olarak incelenmektedir.

2. Arsa Düzenlemesinin Amacı

Arsa düzenlemesinin amacı, imar planına, plan raporuna, plan notlarına, imar yasasına ve yönetmeliklere göre imar adasının biçimi ve boyutu, yapı düzeni, yapı yaklaşma sınırı ve bahçe mesafeleri, yapı yüksekliği ve derinliği, yerleşme yoğunluğu, taban alanı ve kat alanı katsayısı, arazinin kullanma şekli, taşınmaz sınırları, var olan yapıların durumu göz önüne alınarak sorunsuz, düzgün, üzerinde bağımsız yapı yapmaya elverişli imar parselleri oluşturmaktır.²

Arsa düzenlemesi, kentlerin gereksinmesi olan yeteri kadar arsayı konut yapımına hazır duruma getirmeyi amaçlamaktadır. Arsa düzenlemesi, imar planlarının uygulanmasıyla planlı ve düzenli yerleşmenin oluşması ve yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygunluğunun sağlanması açısından kamu yararını koruyan ve gözetilen bir işlemdir. Arsa düzenlemeleriyle, toplumun sağlayacağı yarar, kişilerin uğrayacağı zarardan fazladır ve bu işlem, kamu düzeninin korunması ve sağlanması amacıyla yapılmaktadır.

Bir bölgede arsa düzenlemesinin yapılabilmesi için öncelikle 1/1000 ölçekli uygulama imar planı yapılması ve yürürlüğe konulması, düzenlemenin de bu plana dayanması gerekmektedir.³ Ayrıca, düzenlemenin yasada ve yönetmelikte öngörülen yönetime ve biçime uygun yapılması da zorunludur.⁴

Belediyeler, valilikler veya diğer kurumları ve kuruluşları, çeşitli yerlerdeki paylarını birleştirerek kendi adlarına imar parselleri oluşturmak amacıyla arsa düzenlemesi yapamazlar.⁵ Ayrıca, kamuya ta-

² Danıştay 6. Daire 27.10.1993, E. 1992/4472, K. 1993/4498; Danıştay 6. Daire 03.03.1997, E. 1996/3408, K. 1997/1148; Danıştay 6. Daire 26.11.1997, E. 1996/6035, K. 1997/5336; Danıştay 6. Daire 28.11.2002, E. 2001/4035, K. 2002/5721; Yargıtay HGK 17.01.1990, E. 1989/16-620, K. 1990/6 sayılı kararları

³ Danıştay 6. Daire, 12.01.2004, E. 2003/1709, K. 2004/26 sayılı karar

⁴ Danıştay 6. Daire, 24.02.1999, E. 1998/1233, K. 1999/1112 sayılı karar

⁵ Danıştay 6. Daire 28.04.1994, E. 1994/335, K. 1994/1679 sayılı karar

şınmaz kazandırmak amacıyla da düzenleme yapılamaz.⁶ Düzenleme ile hiçbir şekilde yapı yapılması olanaklı olmayan (mutlak koruma alanı, kıyı kenar çizgisinden başlayarak ilk 100 metrelik alan veya 1. derece sit alanı gibi) alanların konuta veya işyerine dönüştürülmesi olanaksızdır.⁷ Arkeolojik sit ilan edilmiş alanlarda her ne nedenle olursa olsun düzenleme yapılamayacağı gibi,⁸ sit ilan edilen yerlerde de koruma kurullarınca belirlenen geçiş dönemi yapılanma koşullarına göre arsa düzenlemesi yapılamaz.⁹

3. Arsa Düzenlemesinin Tanımı, Kapsamı ve İçeriği

Arsa düzenlemesi, arazinin son kullanma durumunu gösteren kadaströ haritaları ve tapu kütüğü bilgilerinin, uygulama imar planında öngörülen arazi kullanım kararlarına uyarlanarak imar kanununa ve yönetmeliklere göre imar parsellerinin oluşturulması, sınırlarının gerek arazide ve gerekse haritada belirlenmesi ve tapu kütüğüne kaydedilmeleri için yapılan ayırma, birleştirme ve yeniden dağıtma işlemlerine denilmektedir.¹⁰ Arsa düzenlemesi, yapıyı ya da yapısız olarak tapu kütüğünde kayıtlı taşınmazları küçültme ya da büyütme amacı gütmeyen, 1/500 veya 1/1000 ölçekli uygulama imar planı verilerine göre konum, şekil ve alan bakımından amaca uygun parseller ortaya çıkacak şekilde yeniden düzenleme görevini yüklenmekte¹¹ ve bu taşınmazların imar planı ile getirilen düzene uygun biçimde kullanılmalarını sağlamaktadır. Yasal, ekonomik ve toplumsal özellikler göz önüne alınarak, mühendislik açısından, taşınmazların plana uygun yapısal kullanımlarını sağlamayı ve amaca uygunluk ölçütlerine göre biçimlendirmeyi olanaklı kılar. Arsa düzenlemesi, gerçek görünümüyü, topraktaki mülkiyet ve tasarruf koşullarını, uygun planlamalara uyarlayan düzenleyici önlemler için birleştirici bir kavramdır.¹²

Belediyeler veya valilikler tarafından taşınmaz iyelerinin oluru

⁶ Danıştay 6. Daire 23.01.1992, E. 1990/1293, K. 1992/208; Danıştay 6. Daire 21.01.1998, E. 1997/384, K. 1998/438 sayılı kararları

⁷ Danıştay 6. Daire 14.09.1994, E. 1993/4629, K. 1994/2895; Danıştay 6. Daire 13.09.1995 E. 1995/1233, K. 1995/2991 sayılı kararları

⁸ Danıştay 6. Daire 28.10.2003, E. 2002/2857, K. 2003/5230 sayılı karar

⁹ Danıştay 6. Daire 15.10.2001, E. 2000/3784, K. 2001/4619 sayılı karar

¹⁰ 3194 sayılı İmar Yasası'nda (m. 18)

¹¹ Yıldız (1977), s. 3

¹² Seele (1994), s. 34-40

aranmaksızın yapılan ve re'sen tapu kütüğüne tescil edilen arsa düzenlemesi, idare hukuku tarafından kamu gücü kullanılarak yürütülen, sübjektif (öznel) ve kişisel nitelikte bir idari işlem olarak görülmektedir.

Arsa düzenlemesi, çeşitli adlarla da nitelenmektedir. Arsa düzenlemesi işlemini ifade eden, imar uygulamaları, parselasyon, hamur kuralı, tarla kuralı, ayırma ve birleştirme (ifraz/tevhit), parselleme, yer bölümleme, 18. madde uygulaması, şüyulandırma şeklindeki tanımlamalar kamuoyunda sıkça kullanılmaktadır.

Federal Alman Yargıtayı'nın bir içtihat kararında belirtildiği üzere¹³, arsa düzenlemesi, "*mülkiyetin, şeklini bazen de konumunu değiştirmiş bir taşınmazda kesiksiz sürmesidir.*" Böylece, bir taşınmaz, sınırları ve bazen yeri değiştirilerek eski sahibine verilmektedir. Düzenleme ile imar planında etapları belirlenmiş olan bölgeler içindeki taşınmazların, tapu kütüğünde kayıtlı bilgileri ve kadastro paftasındaki sınırları; planlı, düzenli, çağdaş kentleşme amaçları doğrultusunda, imar planına, imar yasasına ve mevzuatına göre yeniden düzenlenmekte ve söz konusu alan imara kavuşmaktadır.

Bu işlemle, kadastro parselleri, uygulama imar planındaki konumlarına, biçimlerine ve büyüklüklerine göre düzenlemeye bağlı tutularak imar parselleri durumuna getirilmektedirler.

Düzenleme işlemi, hukuksal açıdan, mülkiyetle ilgili ve en yalın biçimiyle bir taşınmazlar trampası (takası) olarak da görülmektedir. Taşınmazlar trampasında eski sınırların yerine yenilerinin geçmesi ile düzenleme işleminin imar planı ile öngörülen amaca uygun hizmet ettiği kabul edilmektedir.¹⁴

4. Arsa Düzenlemesinde Yetki

Türkiye'de arsa düzenlemesini onaylama ve yürürlüğe koyma ile ilgili yetkiler belediye ve mücavir alanlar içinde belediyelere, dışında ise valiliklere verilmiştir. Taşınmaz iyelerinin olurlarını almadan, re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya da, sözü edilen idareler yetkili kılınmıştır. İmar Yasası tarafından verilen yetkiler emredici niteliktedir, herkesi

¹³ Yıldız (1990), s. 51

¹⁴ Yıldız (1977), s. 11-12

bağlar ve mahkemelerce de kendiliğinden göz önünde bulundurulur.¹⁵

Arsa düzenlemesi işlemini ve bunun eki olan parselasyon planını, ada dağıtım ve tahsis (şüyulandırma) cetvellerini, nirengi ve poligon koordinat değerlerini, kanavaları, röper krokilerini, ölçü krokilerini, yüzölçümü hesaplarını ve diğer belgeleri onaylama ve yürürlüğe koyma yetkisi ise, belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye encümenine, dışında ise il idare kuruluna aittir.¹⁶ İl idare kuruluna ait yetki, 22.02.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasası gereği, “İl Encümenleri” tarafından kullanılmaya başlanmıştır (m. 25). Belediye ve il encümenlerine verilen yetki, bir başka mercie veya makama devredilemez. Örneğin, belediyelerde belediye encümeni dışında belediye başkanı ya da belediye meclisi arsa düzenlemesi işlemini onaylayamaz ve yürürlüğe koyamaz. Tersî durumda işlem iptal edilir. Belediye encümeni kararı ile onaylanarak yürürlüğe giren arsa düzenlemesi, belediye meclisi tarafından alınacak bir karar ile ortadan kaldırılamaz veya iptal edilemez.¹⁷

Yetkinin dışına çıkılarak yapılan işlemler hukuka aykırıdır. Çünkü yetki, kamu düzeni ile ilgilidir ve genişletici biçimde yorumlanıp uygulanamaz.¹⁸ Yetki, her zaman yasal bir dayanağa, önceden yayınlanmış bir hukuk kuralına gereksinme duyar.¹⁹ Dolayısıyla, yetkisiz bir makamın aldığı bir kararın, sonradan yetkili makamca benimsenmiş ve onaylanmış olması da işleme sağlık kazandırmaz.²⁰

Son yıllarda, imar planı verilerini de içine alan, “arsa payı” veya “inşaat miktarı” gibi farklı biçimlerde dağıtım ve düzenleme yapılması önerilmektedir ve tartışılmaktadır. Bu tür önerilerin uygulama bulması için İmar Yasası içinde tanımlanması gerekmektedir. Tersî durumda, belediyeler veya valilikler, yasada belirtilmeyen uygulama biçimlerine

¹⁵ Yargıtay 15. HD 11.04.2001, E. 2000/5678, K. 2001/7741 sayılı karar

¹⁶ 3194 sayılı İmar Yasası (m. 16, 19); Danıştay 6. Daire kararı, 28.02.1990, E. 1989/1077, K. 1990/258; Danıştay 6. Daire 21.01.1997, E. 1996/789, K. 1997/385; Yargıtay 6. HD 18.11.1991, E. 1991/13764, K. 1991/14196 sayılı kararları

¹⁷ Danıştay 6. Daire 22.12.1998, E. 1998/549, K. 1998/569 sayılı karar.

¹⁸ Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut (1999), s. 415; Yargıtay 1. HD 06.02.1990, E. 1989/11763, K. 1990/1353 sayılı karar

¹⁹ Gözübüyük, A. Şeref ve Dinçer, Güven (2001), s. 109; Danıştay 6. Daire 19.10.1999, E. 1998/2000, K. 1999/4906; Danıştay 6. Daire 15.01.2001, E. 1999/6620, K. 2001/229 sayılı kararlar

²⁰ Yılmaz, Mustafa (2002) s. 192; Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut (1999), s. 415.

göre düzenleme yapamazlar. Belediyeler veya valilikler yasada öngörülme-yen yetkileri kullanamayacakları gibi, yasada açıkça belirtilen uygulama biçimlerine aykırı işlem de tesis edemezler. Belediye ve il encümenlerinin bu yönde almış oldukları kararlar hukuka aykırıdır.

Arsa düzenlemeleri konusundaki uyuşmazlıkların temelini belediye ve il encümeni kararları oluşturmaktadır. Arsa düzenlemesini onaylama ve yürürlüğe koyma ile ilgili olarak bu kurullardan başka mercilerin veya makamların vermiş olduğu kararlar hukuken geçerli değildir. Dolayısıyla, arsa düzenlemelerinin tapuya tesciline dayanak oluşturan belediye ve il encümeni kararı, kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlemdir ve iptal edilmeleri durumunda arsa düzenlemesi “hiç yapılmamış” kabul edilir ve düzenlemeden önceki kadastro durumuna geri dönlür.²¹

Valilikler, arsa düzenlemesi ile ilgili kontrol, onaylama, yürürlüğe koyma ve denetim işlemlerini il özel idareleri genel sekreterliği (imar ve kentsel iyileştirme müdürlükleri) aracılığıyla yerine getirirler. Büyükşehir belediye sınırları içindeki ilçe veya alt kademe belediyelerinin “*parselasyon planlarını*” aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek yetkisinin yanı sıra, nazım imar planının yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde parselasyon planlarını yapmayan ilçe ve alt kademe belediyelerinin parselasyon planlarını yapmak veya yaptırmak yetkisi de Büyükşehir belediyelerine aittir.²²

²¹ Yargıtay 1. HD 03.07.1992, E. 1992/8159, K. 1992/8857; Yargıtay 1. HD 02.06.2004, E. 2004/6089, K. 2004/6684; Yargıtay 1. HD 04.10.2004, E. 2004/10119, K. 2004/10508 sayılı kararlar

²² 27.06.1984 tarihli ve 3030 sayılı KHK’de Büyükşehir Belediyelerine arsa düzenlemesini onaylama ve yürürlüğe koyma yetkisi verilmemişti. İlçe belediyelerine verilmiş yetkinin belediye meclisi kararı ile Büyükşehir Belediyesine devredilmesi olanağı da bulunmamaktaydı (Danıştay 6. Daire Kararı, 14.09.1999, E. 1998/4017, K. 1999/3968; Danıştay 6. Daire 23.05.2000, E. 1999/2255, K. 2000/3230 sayılı kararlar). 3030 sayılı KHK’yi yürürlükten kaldıran 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Yasası’nda arsa düzenlemesi ile ilgili kurallara da yer verilmiştir. Yasanın konuyla ilgili 7. maddesinin b fıkrası şöyledir; “b) Çevre düzeni planına uygun olmak kaydıyla, büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar planını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak; büyükşehir içindeki belediyelerin nazım planına uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar planlarını, bu planlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon planlarını ve imar ıslah planlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek; nazım imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar planlarını ve parselasyon planlarını yapmayan

Arsa düzenlemesi konusunda oldukça iyi işleyen bir sisteme sahip olan Almanya’da ise, belediye içinde düzenleme ile ilgili olarak ayrı bir “Düzenleme Kurulu” oluşturulmaktadır.²³

5. Arsa Düzenlemesi ile Mülkiyet Arasındaki ilişkiler

Türkiye’de, mülkiyet hakkı, bireylerin dilediği şekilde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir özgürlük olma niteliğini çoktan yitirmiş, sosyal yapıda bir hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok haklar gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlanabileceği ilkesi kabul edilmiştir.²⁴ Günümüzde mülkiyet hakkı, toplumun sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte aynı (nesnel) hak olarak kabul edilmektedir.²⁵ Bu nitelikteki mülkiyet hakkı toplum yararına aykırı olmayacak biçimde ve yasaların koyduğu sınırlamalara uyularak kullanılır.

Anayasada mülkiyet hakkı,²⁶ “Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz,” şeklinde sınırsız bir hak olarak tanınmamış, kişi yararı ile toplum yararının karşılaştığı alanlarda, toplum yararı üstün tutulmuştur. Mülkiyet hakkının kul-

ilçe ve ilk kademe belediyelerinin uygulama imar planlarını ve parselasyon planlarını yapmak veya yaptırmak.”

²³ Almanya’da arsa düzenlemesi, belediye tarafından başlatılır. Düzenleme için, belediyede ya da il yönetiminde bir Düzenleme Kurulu oluşturulur. Düzenleme Kurulu uygulamayı özel bir sorumlulukla yürütür ve bu süreçte herhangi bir yerden buyruk almaz. Çalışmaların yürütümü için Düzenleme Kurumu içinde bir yürütme birimi kurulur. Bu birim, Düzenleme Kurulunun kararlarını hazırlar ve işlerini yürütür. Düzenleme kurulunun yürütme birimi belediye/kentlerde oluşturulur. Fakat kamu adına yetkili bir harita mühendisi yanında da kurulabilir. Bkz., Köktürk, Erol, Köktürk ve Erdal (2005), s. 574

²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 28.04.1966 tarihli ve E. 1966/3, K. 1966/23 sayılı kararından başlayarak günümüze kadar, TBMM’ce çıkarılan çeşitli yasalar ile kanun hükmünde kararnamelerin bazı kurallarının Anayasanın “mülkiyet hakkı” başlıklı maddesine aykırılığı savıyla açılan davalara ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında bu konuda benzer açıklamalar yapılmıştır.

²⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 21.06.1990 tarihli ve E. 1990/7, K. 1990/11 sayılı kararı

²⁶ 1924 Anayasası edinme ve kullanma özgürlükleriyle (m. 70) mülkiyeti “bireyin doğal haklarından” saymasına karşın, 1961 Anayasası (m. 36) “sosyal kapsamlı temel haklardan” biri olarak nitelendirmiş ve bu başlık altındaki düzenleme değişmeden ve olduğu gibi korunarak 1982 Anayasası’nın “kişinin hakları ve ödevleri” bölümündeki 35. maddede yer almıştır.

lanılmasını kamu yararı amacıyla bazı yükümlere ve koşullara bağlamak ve böylece mülkiyet hakkını yasayla sınırlamak devletin hakkı, yükümlere ve koşullara uymak da taşınmaz iyesinin borcu olarak görülmüştür. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının bu iki yöndeki sınırlamadan başka herhangi bir koşulda sınırlandırılmasını kabul etmemektedir.²⁷ Türk Medeni Kanunu (TMK)²⁸ da, kişiye, iye olduğu şey üzerinde yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla istediği gibi tasarruf hakkını tanımış bulunmaktadır. Ancak yasa koyucu, mülkiyet hakkına dilediği sınırlamaları getirmekte serbest olmayıp Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin kurallarını göz önünde tutmak zorundadır.

Mülkiyet hakkı, günümüzde bireylerin temel haklarından ve özgürlüklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun ölçüsünü de, Anayasa'nın temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kuralında (1982 Anayasası, m. 13) yer alan, "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" oluşturmaktadır.²⁹

Yukarıda belirtilenler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkının içeriğini ve sınırlarını belirleyen faaliyetlerde ve bu hakkın kullanımı sırasında, arsa politikasının tüm yükümlülerinin, yani bireylerin, belediyelerin, valiliklerin, devletin;

1. Mülkiyet hakkının Anayasa güvencesi altına alınmış olması (mülkiyetin bağlayıcılığı),

2. Mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği (mülkiyet hakkının sınırlama ölçütü)

²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E. 1988/34, K. 1989/26 sayılı kararı

²⁸ 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı eski TMK m. 618, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı yeni TMK m. 683'e göre, "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir."; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 754. maddesindeki, "...taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması... özel kanun hükümlerine tabidir..." kuralı da konunun özel yasa kuralları ile düzenlenebileceğine açıklık getirmektedir.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E. 1988/34, K. 1989/26 sayılı; 21.06.1990 tarihli ve E. 1990/7, K. 1990/11 sayılı, 29.12.1999 tarihli ve E. 1999/33, K. 1999/51 sayılı kararlarında, "...Temel hak ve özgürlüklerin soyut anayasa kuralı olmaktan çıkarılması, kullanılabilir ve uygulanabilir bir duruma getirilmesi ve kişi yönünden pratik bir değer taşıyabilmesi için sınırlarının belirlenmesi, kullanma ve uygulanma yollarının gösterilmesi gerektiği..." belirtilmektedir.

3. Mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum ve kamu yararına aykırı olamayacağı (sosyal bağlayıcılık)

ilkelerine dikkat etmeleri zorunludur. Buna göre, arsa düzenlemeleri, anayasadaki “sosyal bağlayıcılık” çerçevesinde mülkiyetin içeriğini ödentisiz olarak sınırlandırmakta ve yasalarla³⁰ da bu sınırlamanın çerçevesi çizilmektedir.

Arsa düzenlemesi, taşınmazların, iyelerinin ve diğer hak sahiplerinin oluru aranmaksızın, birbirleriyle birleştirilmesi ve imar planına uygun parsellere ayrılması sırasında yüzölçümlerinin yüzde kırkına kadar kısmı üzerinde düzenleme dolayısıyla oluşan değer artışları karşılığında düşülen “düzenleme ortaklık payı” ile mülkiyet hakkına bir sınırlama getirmektedir. Ancak mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, yasalarla ve yasalarda öngörüldüğü biçimde gerçekleşmekte, imar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında demokratik toplum düzeninin gerekleriyle ve sosyal hukuk devleti ilkesiyle çelişmemekte ve böylece ölçülülük kuralına uygun bir sosyal denge sağlanmaktadır.

Dolayısıyla, arsa düzenlemesi işlemi, Anayasa’nın, “...sosyal bir hukuk devleti” (m. 2), “temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın ... demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı” (m. 13), “mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla, yasayla sınırlanabileceği (m. 35)” ilkeleriyle uyumludur ve mülkiyet hakkına kendine özgü bir sınırlama getirmektedir.

6. Arsa Düzenlemesinin Kamulaştırmadan Farkı

6.1. Türk İmar Yasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnceleme

İmar planlarının yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu plana dayalı olarak kadastro parsellerinin mülkiyet durumlarının ve sınırlarının, plan-

³⁰ 09.07.1956 tarihli ve 6785 sayılı İmar Yasası (m. 42), 6785 sayılı yasada değişiklik yapan 11.07.1972 tarihli ve 1605 sayılı yasa (m. 42), 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Yasası (m. 18), 3290-3366 sayılı yasalarla değişik 24.02.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler Hakkındaki Yasa (m. 10/b-c ve Ek m. 1).

da öngörülen kullanıma uygun duruma getirilerek, kentsel alanlarda, imar hukukuna uygun bir yerleşmenin ve yapılaşmanın sağlanması ve kentin imar planında belirtilen kararlar doğrultusunda ve aşamalarla geliştirilmesi amaçlanmaktadır. Arsa düzenlemesi, bu süreçte, taşınmaz iyelerinin birlikte hareket etmemeleri ve dolayısıyla aralarında uzlaşma sağlayamamaları durumunda, taşınmazları birleştirme, ayırma ve yeniden dağıtma işlemleri ile tüm iyeleri, imar planlarının uygulanmasını kolaylaştıracak yönde davranışlara zorlayan bir denetim yetkisi olarak işlev yüklenmektedir.³¹

Ayrıca, arsa düzenlemesi ile yasada sayısı ve nitelikleri belirtilmiş ve uygulama imar planında sınırları çizilmiş olan, "1) Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı ilk ve orta öğretim kurumları, 2) yol, 3) meydan, 4) park, 5) otopark, 6) çocuk bahçesi, 7) yeşil saha, 8) ibadet yeri ve 9) karakol" gibi genel hizmetler ve bu hizmetlerle ilgili tesisler için ayrılmış olan yerler, belediyelerce veya valiliklerce düzenlemeye bağlı tutulan arazilerin ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden, düzenleme dolayısıyla oluşan değer artışları karşılığında "düzenleme ortaklık payı" adıyla düşülmekte, ancak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye bağlı tutulan arazilerin ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yasada belirtilen oranını³² geçememektedir.

Arsa düzenlemesi, gerek işlem türü ve gerekse düzenlemeye giren parsellerin yüzölçümlerinden bedelsiz olarak kesilen Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) nedeniyle, "... uzun yıllar boyu yarattığı problemlerle, yeterince anlaşılammış ve kullanılamamış bir planlama yöntemi ...",³³ kadastro parsellerinin, imar planı ile getirilen düzene uygun kullanılışı yolundaki "en ciddi müdahale",³⁴ "... bir tür kamulaştırma ...",³⁵ "... tıpkı kamulaştırma gibi ... idarenin mal edinmesi yollarından biri ...",³⁶ "... kamulaştırma dışında (mülkiyet hakkını) kendine özgü bir sınırlama olmayıp, bizatihi hakkın özünü ortadan kaldıran anayasaya aykırı bir düzenleme..."³⁷ şeklinde nesnel ölçütlerden uzak ve uygun olmayan değerlendirme-

³¹ Yavuz, Fehmi/keleş, Ruşen/geray, Cevat (1978), s. 386.

³² 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Yasası'nın 18. maddesinde 03.12.2003 tarihli ve 5006 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte bu oran % 40 olarak belirlenmiştir.

³³ Çeçener, H. Besim (2000), s. 75.

³⁴ BİB (1995), s. 25.

³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.1963 tarihli ve E. 1963/65, K. 1963/278 sayılı kararı, Gürler, Mehmet (1983), s. 267.

³⁶ Kalabalık, Halil (2003), s. 203.

³⁷ Sancakdar, Oğuz (1996), s. 217.

lere bağlı tutulmuştur. Bununla birlikte, “... bir tür kamulaştırma işlemi olmadığı kesin kanıdır...”,³⁸ “... hamur etme yetkisi, çoğu kez kamulaştırma ile karıştırılır ise de ondan farklıdır. İsteğe bağlı olmama yönünden ona benzemekle birlikte, karşılığında bedel ödenmemesi, hamuru kamulaştırmadan ayırır. Bedel ödenmemesinin gerekçesi, birey arsasının alınmayan kısmında, kamu eylem ve işlemleri sonucunda bir değer artışının yer alması ve bu artışın, alınan parçaların bedelini fazlasıyla karşılamaştır...”³⁹ şeklinde nesnel ölçütlere uygun biçimde de değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, 09.07.1956 tarihli ve 6785 sayılı İmar Yasası'nın 42. maddesindeki, “... bu yerleri yüzde yirmibeşe kadar noksaniyle sahiplerine dağıtmaya ...” şeklindeki kuralı, “... Tarla, yahut hamur kaidesi adı verilen bu usul sonucu istisnai, diğer bir tabirle, dolayısıyla kamulaştırma durumu ortaya çıkmaktadır... gerçek karşılığı peşin ödenmedikçe kamulaştırma yapılamaz ...” gerekçesiyle 22.11.1963 tarihli ve E. 1963/65, K. 1963/278 sayılı kararıyla iptal etmiştir (Resmi Gazete: 14.01.1964-11606). Anayasa Mahkemesi, arsa düzenlemesi işlemini, 1961 Anayasası'nın 36. maddesindeki “mülkiyet hakkı” ile ilgili kural yerine, 38. maddesindeki “kamulaştırma” kuralına göre değerlendirmiş ve bu nedenle de iptal kararı vermiştir. Bu karar nedeniyle, arsa düzenlemeleri, 1964 yılından 1972 yılına kadar aksamıştır.⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararı, “... Ama biliyoruz ki, hamur yetkisi, belediyelerce, dünyanın hemen hemen her yerinde kullanılmaktaydı. Ve bu yetki, iyelik hakkını mutlak kullanma özgürlüğünü kamu yararı düşüncesiyle sınırlandıran son düşünsel gelişmelere de aykırı değildi”,⁴¹ “... Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı modern sosyal fonksiyonlu mülkiyet görüşüne uymama bir yana, imar ve şehircilik ilkelerini de göz önünde bulundurmamıştır”⁴² biçiminde eleştirilmiştir.

Arsa düzenlemesinin, Anayasa'nın kamulaştırma ile ilgili kuralına göre değerlendirilmesi imar hukukuna da yansımıştır. Bunun bir sonucu olarak, düzenli kentleşme açısından önem taşıyan asıl Anayasa kuralının kamulaştırma maddesinde bulunduğu⁴³ belirtilmiş ve kamulaştırma hukukunun, arsa düzenlemesini kolaylaştıracak biçimde göz-

³⁸ Abama (Abacıoğlu), Muhittin (1995), s. 413).

³⁹ Keleş, Ruşen (1996), s. 139

⁴⁰ Özen, Haldun (1981), s. 14

⁴¹ Keleş, Ruşen (1996), s. 198

⁴² Örucü, Esin (1976), s. 295

⁴³ Keleş, Ruşen (1996), s. 424

den geçirilmesi ve geliştirilmesi önerilmiştir.⁴⁴ Bu değerlendirmelerin bir sonucu olarak, 6785 sayılı İmar Yasası'nın 42. maddesine, 11.07.1972 tarihli ve 1605 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle, düzenleme ortaklık payının, "düzenleme nedeniyle meydana gelen değer artışları karşılığında," düşüldüğü deyimi eklenmiş ve arsa düzenlemeleri yeniden uygulama bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.1963 tarihli iptal kararından yaklaşık 27 yıl sonra (26.01.1990 günü), bu kez Zonguldak İdare Mahkemesi, gerekçesi aynı olan dört ayrı dava ile birlikte, 3194 sayılı İmar Yasası'nın 18. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, "Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtım sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında 'düzenleme ortaklık payı' olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde otuzbeşini geçemez" kuralını, "kamulaştırma bedeli ödenmeksizin özel mülkiyete el atma niteliği taşıdığından, Anayasa'nın 46. maddesine aykırı bulunduğu" gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve bu istem, bu kez, Anayasa'nın 46. maddesindeki kamulaştırma kuralı yerine 35. maddesindeki "mülkiyet hakkı" kuralına göre incelenerek anayasaya aykırılığın olmadığına karar verilmiştir.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi'nin, arsa düzenlemesini kamulaştırmadan farklı bir işlem olarak değerlendirme gerekçeleri şunlardır:

1. Belirli nüfus yoğunluğuna ulaşmış yerleşim birimlerinin, ileri-deki durumları da tasarlanarak imar planlarının yapılması ve planların uygulanmasında yalnızca kamulaştırma yoluna gidilmesi yoluyla sorunların çözümlenmesindeki kimi güçlükler, ülkemizin imar düzenlemelerinde engeller oluşturacaktır...

2. Taşınmazların yüzölçümlerinin yüzde otuzbeşine kadar kısmı üzerinde düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında düşülen *düzenleme ortaklık payları*, *belediyelerin mülkiyetine geçmemekte*, *ancak düzenlemeye bağlı tutulan yerlerin gereksinimi olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil alan, cami ve karakol gibi genel*

⁴⁴ TOKİ (1996), s. 148

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1990 tarihli ve E. 1990/7, K. 1990/11 sayılı; 21.06.1990 tarihli ve E. 1990/8, K. 1990/12 sayılı; 21.06.1990 tarihli ve E. 1990/9, K. 1990/13 sayılı; 21.06.1990 tarihli ve E. 1990/9, K. 1990/13 sayılı kararları.

*hizmetlere ve bunlarla ilgili tesislere özgülennmektedir. Oysa kamulaştırma-
da mülkiyet el değıştirmekte, kamulaştırılan taşınmaz kamulaştırmayı yapan
idarenin malı olmaktadır...*

3. Yapılan düzenleme ile imar sınırları içinde bulunan arazi ve arsa maliklerinin mülkiyet hakkı sınırlandırılarak, arazi ve arsalarının yüzölçümünde azalma en çok yüzde otuzbeş oranında olmakta, ancak ortaya çıkan değer artışı nedeniyle ölçülülük kuralına uygun bir sosyal denge oluşmaktadır...

4. Söz konusu hüküm, faydalı yatırımlara girişilmesini, kişi ve toplum yararına düzenlemeler yapılmasını ve imar düzenine uygun yapılaşmayı sağlayacağı için hukuk devleti ilkelerine aykırı değildir. Bu açıdan bakıldığında yargı denetimine açık bulunan, herkes için geçerli sayılması gereken genel kurallar içeren düzenleme, hukukun genel ilkeleriyle uyumlu olup, toplum yararını öngören uygulama, sosyal devlet yapısına da uygun bulunmaktadır...

5. Şehirlerimizde imar girişimlerinin başlamasıyla, taşınmazlarda meydana gelecek değer artışı göz önüne alındığında, sözü edilen kuralın öngördüğü oranın demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düştüğü söylenemez...

6. İtiraz konusu kuralın, yerleşim birimlerinin iyileştirilmesi sonucunda, ulaşmasını öngördüğü düzeyin, toplum yaşamı yönünden önem taşıyan kamu yararı, kamu düzeni ve hukuk devleti kurumlarının iyi işleme ve sosyal yarar sağlama, ekonomik ve sosyal dengeyi eşitlik ilkesi gereği oluşturma gibi haklı ve doğru bir amaca yönelik bulunması karşısında içeriği bakımından mülkiyet hakkının özüne dokunmadığının, Anayasa'nın özüne ve sözüne uygun türde kamulaştırma dışında kendine özgü bir sınırlama getirdiğinin kabulü gerekir...

7. İtiraz konusu kural, arazi ve arsa düzenlemesi sonucu taşınmazın esas yüzölçümünden düşülen "düzenleme ortaklık payı"nın, bir kamu hizmeti nedeniyle artan değer karşılığında, düzenlemeye tabi tutulan bölgenin gereksinimi olan hizmet ve tesisler için kullanılmasını öngörmektedir. Amaç dışında kullanılması durumunda ilgililerin her zaman yasal yollara başvurma hakları vardır...

8. İptali istenilen kuralla yönetim, kamulaştırma dışında, kişinin mülkiyet hakkını yasayla sınırlandırırken, işlem konusu taşınmazdan "düzenleme ortaklık payı" olarak ayrılan yerleri, şehirleşme için gerekli

olan genel hizmetlerde kullanmaya yetkili kılınmıştır. Öngörülen koşullarla yönetimin bu yetkisini kötüye kullanması önlenmek istenmiştir. Bu bakımdan, kamu yararı nedeniyle ve dengeli biçimde sınırlama sonucu, değerlendirilen yeni yerinde yapılanma hakkını kullanabilecek olan malikin mülkiyet hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceğinden itiraz konusu kuralın, mülkiyet hakkını, Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına uygun biçimde sınırladığı kabul edilmelidir...

9. Böylece, İmar Yasası ile öngörülen uygulamanın temel işlevi ve amacı, şehirlerin fiziksel konumunda süregelen, çarpık, düzensiz, sağlıklı yapılaşmaları önlemek; sağlıklı, uygar ve çağdaş kentleşme koşullarını gerçekleştirmek olduğuna ve söz konusu etkinliklerde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı ön planda yer aldığına göre, mülkiyet hakkının yasa ile sınırlanmasına olanak tanıyan kuralların varlığından kuşku duyulmaması gerekir...

10. İtiraz konusu kural ile kadastral parsellerin imar parseline dönüştürülmesinden sonra belediye tarafından kamu hizmeti yapılırken, hizmet karşılığı, yine o yere getirilecek hizmet için malikin taşınmazından belli bir miktarın düzenleme ortaklık payı olarak alınması yetkisinin, karşılık ödenmeden yapılan bir kamulaştırma olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. Bu nedenle yönetimin kamulaştırmaz el atmada bulunduğundan söz edilemez...

11. Pek çok uygar ülke tarafından kabul edilip uygulanan arazi ve arsa düzenlemesinde bir kısım alanın "düzenleme ortaklık payı" olarak alınması işlemi; belediyenin yaptığı kamu hizmeti karşılığında, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 16, 86, 87 ve 88. maddeleri gereği alınan değerlendirme resmiyle (şerefiye), yol yapı harcamalarına, kanalizasyon harcamalarına, su tesisleri harcamalarına yararlananların katılma payı gibi, kendine özgü dengeli bir değerlendirme niteliğindedir...

12. Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygun oluşmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiş olan İmar Yasası'nın dava konusu 18. maddesinin ikinci fıkrası, belediyeye düzenlemeye bağlı tutulan taşınmaz maliklerinden, götürülen hizmetten dolayı bir karşılık alma yetkisi vermektedir. Düzenlemeden önceki taşınmazına karşılık olarak verilen taşınmaz da malikin tasarrufuna özgü olduğundan, uygulamaya esas hükümlerin

Anayasa'ya aykırılığı söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi, iptal kararını, Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendindeki *"Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir,"* kuralı ile ikinci fıkradaki, *"Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz,"* şeklindeki *"sosyal bağlayıcılık"* ilkesine dayandırmıştır. Bu ilkenin özü de, *"yasayla yapılan kısıtlamanın topluma sağlayacağı yarar, kişilerin uğrayacağı zarara göre ağır bastığında, burada kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir. Sosyal nitelik taşıyan mülkiyet hakkının toplumla ve toplum yararıyla doğrudan ve yakından ilgili olması karşısında, bu konuda da bireyle toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulması doğaldır,"* şeklindeki karardır.

6.2 Alman İmar Yasası ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında İnceleme

Alman Parlamentosu, Avrupa Hukukuna Uyarlama Yasası'nı (EAG-Bau), 30 Mayıs 2004 günü tüm partilerin katılımıyla oybirliğiyle kabul etmiş; Federal Konsey 11 Haziran 2004 günlü oturumunda yasaya onay vermiş ve yasa (EAG-Bau) 30 Haziran 2004 günlü *Resmi Gazete'* de yayınlanmıştır. Alman İmar Yasası (AİY, BauGB), EAG-Bau ile kapsamlı olarak değişmiş ve 20 Temmuz 2004 günü yürürlüğe girmiştir. Almanya'da, Avrupa Birliği yönergelerine uyarlamaya ilişkin değişiklikler, özellikle belirli planların ve programların çevresel etki değerlendirmeleri için gerekli olanlar, öncelikle BauGB'nin 1. ve diğer maddelerine göre imar planlama hukukunu ve 29. madde ve diğerlerine göre projelerin onayını ilgilendirmektedirler. Bunun yanı sıra yasa koyucu, arsa düzenlemelerine ilişkin 45. ve sonrası maddeleri ile birlikte sınır düzeltme ve arsa düzenlemesi hukukunu da geliştirmiştir. Alman İmar Yasası'nda yapılan en önemli değişikliklerden birinin, arsa düzenlemelerinin, düzenleme kurumu tarafından, maliklerle yapılacak görüşmeden sonra verilecek kararla başlatılması olduğu söylenebilir (AİY, m. 46/1).

AİY'nin 45. maddesine göre, düzenlemenin amacı, *"bir uygulama imar planının geçerli olduğu bölgede (AİY, m. 30) ve belediyenin plansız ama düzenli yapılaşmış bölümlerinde (AİY, m. 34), belirli bölgelerin yeni imara açılması veya yeniden biçimlendirilmesi için yapılı ve yapısız parsellerin,*

arsa düzenlemesi yoluyla, yapı amaçlı ve diğer kullanım için konuma, biçime ve büyüklüğe göre amaca uygun olarak düzenlenmiş parseller oluşturulması biçiminde yeniden düzenlenmesi," şeklinde belirtilmiştir. Alman İmar Yasası (AİY)'na göre, arsa düzenlemesinde işlem akışı şöyledir;

Almanya'da bir arsa düzenlemesi, AİY (BauGB)'nin 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir uygulama imar planının geçerli olduğu bölgede, yalnızca, eğer yapılması zorunluluğu varsa ve bu zorunluluk oluşur oluşmaz kararlaştırılabilir ve uygulanabilir. Eğer parsel sahipleri uygulama imar planına uygun olarak parsellerin yeniden düzenlenmesine hazırlarsa ve bunun olmasını isteme durumunda iseler, böyle bir düzenlemenin yapılması için hukuk mahkemesinin kararına gerek olmaz. Arsa düzenlemesi bir kararla başlar. Bu kararda düzenleme bölgesinin tanımlanması ve bu bölge içinde bulunan parsellerin tek tek belirtilmesi gerekir (AİY, m. 47). Düzenleme bölgesinde bulunan parseller, AİY'nin 55. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak, yüzölçümlerine göre hesaplanıp düzenleme kütlesi olarak birleştirilirler (hamur edilirler). Bu kütleden, AİY'nin 55. maddesinin 2. fıkrasına göre, düzenleme bölgesi içinde kalan ve imar planına göre yerel ulaşım alanları olarak ve büyük ölçüde düzenleme bölgesinde oturanların gereksinmelerine hizmet eden alanlar öncelikle kesilir ve belediyeye ya da diğer altyapı yükümlüsüne tahsis edilir. Bu alanların kesilmesinden sonra kalan kütle, dağıtım kütlesi olarak nitelenir (AİY, m. 55/4). Her bir parsel malikinin dağıtım kütlesindeki payları ki kuramsal pay (Sollanspruch) olarak da nitelenir, eski parsellerin düzenlemeden önce birbirlerine karşı sahip olduğu alan ya da piyasa değerleri oranından hesaplanır (AİY, m. 56/1, Bent 1). Dağıtım kütlesinden, maliklere, arsa düzenlemesinin amacına uygun olarak, olanaklar ölçüsünde katılım parselleriyle aynı yerde ya da aynı değerdeki bir yerde, her bir kuramsal paya uygun olarak tahsis yapılır (AİY, m. 59/1). Eğer gerçek tahsis sırasında kuramsal pay tam anlamıyla karşılanamazsa, para olarak bir denkleştirme yapılır (AİY, m. 59/2, Bent 1). Arsa düzenleme işlemi, düzenleme kurumu tarafından, maliklerle yapılacak görüşmeden sonra verilecek karara göre hazırlanması gereken arsa düzenleme planıyla sona erer (AİY, m. 66/1, Bent 1). Uygulama imar planı, en geç bu karardan önce yürürlüğe girmiş olmalıdır (AİY, m. 45/2, Bent 2). Düzenleme bölgesindeki parsellerin bildikleri, tüm gerçek ve tüzel değişiklikleriyle birlikte tasarlanan yeni durum, arsa düzenleme planından anlaşılmalıdır (AİY, m. 66/2, Bent 1). Arsa düzenleme planının

kesinleştiğinin duyurulmasıyla, arsa düzenleme planında öngörülen yeni tüzel durum şimdiye kadarki tüzel durumun yerine geçer (AİY, m. 72/1, Bent 1). Tahsis edilen parseller, AİY'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendine göre, eski parsellerdeki haklar ve bu parselleri ilgilendiren ve ortadan kalkmayan tüzel koşullar bakımından, eski parsellerin yerine geçerler.

Federal Anayasa Mahkemesi (BverfGE), Anayasa hukuku açısından arsa düzenlemesi konusundaki kararını ilk kez 22 Mayıs 2001 tarihinde açıklamıştır.⁴⁶ Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, arsa düzenlemesi, 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 14. maddesinin⁴⁷ 1. fıkrasının ikinci bendindeki anlama uygun olarak, mülkiyetin içeriğinin ve sınırlarının anayasa hukukuna uygun biçimde belirlenmesidir.⁴⁸ Düzenleme, birbirine karşı olan özel çıkarların denkleştirilmesini sağlamaktadır. Almanya'da, arsa düzenlemesi süreci, Federal Anayasa Mahkemesi kararında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Buna göre;

1. Arsa düzenlemesi, malikin anayasa hukukuyla güvencelenen kullanma özgürlüğünü sınırlandırır. Eğer malikler mülkiyet koşullarının yeniden düzenlenmesinin sözleşme özgürlüğüne dayalı düzen-

⁴⁶ Köktürk, Erol ve Köktürk, Erdal (2005), s. 577

⁴⁷ Almanya Anayasası'nın mülkiyet hakkı ve kamulaştırma ile ilgili hükümleri 14. maddede açıklanmıştır. Dört fıkradan oluşan maddenin ilk iki fıkrası mülkiyet hakkı, üçüncü ve dördüncü fıkraları ise kamulaştırma ile ilgilidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin, arsa düzenlemesini mülkiyet hakkına ilişkin kurallar çerçevesinde incelemesi Türk Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirme biçimiyle uyusmaktadır. Türk ve Alman Anayasalarının mülkiyet hakkına ilişkin kurallarındaki benzerliğe de dikkat edilmelidir. Almanya Anayasası'nın 14. maddesi şöyledir, "(1) Mülkiyet ve miras hakkı güvence altına alınmıştır. İçeriğini ve sınırlarını yasa gösterir. (2) Mülkiyet, yüküm (mükellefiyet) doğurur. Kullanılırken aynı zamanda toplum yararına da hizmet etmelidir. (3) Kamulaştırma, ancak toplum yararı amacıyla yapılabilir. Bunun yürütülmesi, yönteminin ve verilecek ödentinin bir yasaya ya da yasal nedene dayanmasına bağlıdır. (4) Ödenti, toplum yararı ile ilgilinin yararı göz önünde tutularak belirlenmelidir. Ödenti miktarının saptanmasında anlaşmazlık çıkarsa, bu anlaşmazlığın çözümü konusunda genel mahkemelere başvurma yolu açıktır." Bkz., Yıldız, Nazmi (1977), s. 12; Köktürk, Erol ve Köktürk, Erdal (2005) s. 579.

⁴⁸ SEELE (1994: 9)'ye göre, Almanya'da, arsa düzenlemesi için mülkiyetin içeriksel sınırlandırılmasının, o taşınmazın kamulaştırılmasından ayrılması özellikle önemlidir. Her ikisi de, mülkiyet güvencesi gibi aynı düzeyde yasaldir. Fakat ödenti karşılığı toplum/kamu yararına kamulaştırma yapılırken, bunun karşısı olarak, yalnızca sosyal bağlayıcılık çerçevesinde mülkiyetin içeriği ödentsiz olarak sınırlandırılabilir. Yıldız (1977: 12)'a göre, arsa düzenlemesi, Anayasa'nın bu maddesi uyarınca, mülkiyetin sosyal yükümlülüğü ile kamulaştırma sınırında bulunduğundan pek çok kişi tarafından eleştiriyeye tabi tutulmuştur.

lemelerine ilişkin olarak parsellerin imar edilebilirliğini sağlamazlarsa, devlet, işlem egemenliğini geçici olarak üzerine alır. Mülkiyet koşullarının, şimdiye kadarki somut parselin kısmen ya da bütünüyle yitirilmesiyle ve yeni tahsisle bağlantılı olan değişikliği, zorunlu durumlarda, tek tek maliklerin iradelerine karşı olsa da sağlanabilir. Arsa düzenlemesine ilişkin düzenlemelerle, yasa koyucu, somut mülkiyet nesnelere el koyma ve tahsis etme için dayanak yaratmakta ve böylece aynı zamanda mülkiyetin düzenlendiği alanda Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendiyle korunan tasarruf özgürlüğü sınırlandırmaktadır.

2. Anayasal olarak düzenlenişini Anayasa Mahkemesi'nin şimdiye kadar kesinlikle açık bıraktığı arsa düzenlemesi, bir kamulaştırma değildir. Tersine mülkiyetin içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesidir. Bundan dolayı arsa düzenlemesi, Anayasa'nın 14. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak değil, 1. fıkrasının 2. bendine dayanılarak değerlendirilir.

3. Kamulaştırma ile devlet, kişilerin taşınmazlarına el koyar. Kamulaştırma, bazı kamusal görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, somut, öznel ve Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendiyle güvencelenen hukuksal durumlara kısmen ya da tümüyle el konulmasına yöneltilmiştir. Kamulaştırma, somut hukuksal pozisyonlara el koymayı gerektirmektedir. Fakat her el koyma, Anayasa'nın 14. maddesinin 3. fıkrası anlamında kamulaştırma değildir. Bu, kendilerine somut ve kamusal görevlerin yerine getirilmesine hizmet eden projelerin uygulanmasında gerek duyulan malların devlet gücüyle sağlandığı durumlarla sınırlıdır. Eğer var olan hukuksal pozisyonlara el koymayla özel çıkarların denkleştirilmesi öngörülmüşse, ancak bu durumda mülkiyetin içeriğinin ve sınırlarının belirlenmesi söz konusu olabilir.

4. Arsa düzenlemesi, Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi anlamında içeriğin ve sınırların belirlenmesi olup, Anayasa'nın 14. maddesinin 3. fıkrası anlamında bir kamulaştırma değildir. Gerçi düzenleme, aynı zamanda kamusal çıkarlara hizmet eden kentsel bir tasarım çerçevesinde yapılır. Fakat yürütme gücü, AİY'nin 45. maddesiyle, somut ve toplum yararına hizmet eden projelerde kullanmak için maliklerin parsellerine el koymayla yetkilendirilmemiştir. Arsa düzenleme aracı, öncelikle maliklerin özel çıkarlarının denkleştirilmesine yöneltilmiştir. Maliklerin mülkiyet haklarının bunun için zorunlu

bir yeniden düzenlenmesi konusunda bizzat anlaşılmadıkları durumlarda da, arsa düzenlemesi, maliklere parsellerinin yapısal kullanımını olanaklı kılar. Bu yeniden düzenlemenin bütünlüyci parçası, uygulama imar planında belirlenmiş olan yerel ulaşım alanları ve büyük oranda düzenleme bölgesinde yaşayanların yararına hizmet eden diğer tesisler için gereken alanlar için öngörülen ve AİY'nin 55. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak yapılan alan kesintisidir. Çünkü altyapıya bağlanma, bölgenin ve maliklere tahsis edilen her parselin imar edilebilirliği için vazgeçilemez koşuldur. Bu da özel çıkarların denkleştirilmesine hizmet eder.

5. Düzenlemeyi başlatan düzenleme kararı, buna göre bir kamulaştırılmayı tanımlamaz. Tersine, arsa düzenlemesi kararı, plana uygun kullanımın sağlanması amacıyla düzenleme bölgesindeki parsellerin somut olarak yeniden düzenlenmesini öngören AİY'nin 45. maddesindeki olanağı güncellemektedir.

6. Arsa düzenlemesine ilişkin hükümler, aynı zamanda, uygun, ilgili parsel maliklerinin çıkarlarını yeterince gözetilen bir çıkar denkleştirmesini sağlarlar. Eğer, -uzlaşmış bir çözümün eksikliğinden dolayı- kamu gücüne dayanılarak yapılan bir arsa düzenlemesi söz konusu olursa, malikler şimdiye kadarki parsellerini kısmen ya da tamamen yitirebilirler. Malikler aynı zamanda imar alanının altyapıya kavuşturulması amacıyla gerekli olan tesisler için yapılacak arazi kesintisine katlanmak zorundadırlar (AİY, m. 55/2). Arsa düzenlemesiyle bağlantılanan bu yükler, düzenlemeyle sağlanan değer artışıyla uyumlu bir oran içinde bulunurlar. Tüm malikler, AİY'nin 56. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendine ve 59. maddesinin 1. fıkrasına göre, arsa tahsisinde, eski parsellerin düzenlemeden önce birbirleriyle alanlarına ya da değerlerine göre sahip oldukları oranda hak sahibidirler. Her bir malike uygun olmayan bir yük yüklenmesinden sakınılır. Çünkü malikler parsellerinin kaybı için, yeniden aynı değerde olması gereken bir parsel edinirler (AİY M. 57/2, 58/2). Bununla birlikte, kural olarak, yeni verilen parseller düzenlemeye katılan parsellerden daha değerli olurlar. Yasa koyucu, parsel parçasının ve şimdiye kadarki kullanımının korunmasında her malikin korunması gereken çıkarının gözetilebilmesi için de kaygı taşımıştır. Böyle bir çıkar konusunda, önceden, yani imar planının hazırlanması aşamasında karar verilmesi gerekir. Uygulama imar planının, AİY'nin 1. maddesinin 6. fıkrasına göre, yapısal kullanımı, birbirine karşı olan özel ve kamusal çıkarların adil bir denk-

leştirilmesinin sonucu olarak belirlemesi ve AİY'nin 45. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendine göre de en geç düzenleme planının yapılması kararından önce yürürlüğe girmesi gerekir. Bu ayrıca, Anayasa'nın 14. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendindeki istemlere de uygundur. Buna göre, düzenleme işleminde söz konusu olabilen, maliklerin haklarının kayıtlanmasına yöneltilen ya da sonuçta bunları etkileyen tüm takdir kararlarında, ilgili maliklerin çıkarları, birbirleriyle ve düzenlemeyle izlenen kamusal çıkarlarla orantılı olarak adil biçimde denkleştirilir.

7. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Türk ve Alman Anayasa Mahkemeleri'nin, arsa düzenlemelerinin hukuksal dayanağı konusunda vermiş oldukları kararlardaki benzerlikler dikkat çekicidir. Uygulanan yöntem farklılıklarına karşın, arsa düzenlemesinin hukuksal dayanağının anayasaların kamulaştırma yerine mülkiyet hakkına ilişkin kurallarında bulunduğu gibi tek bir yargıda birleşmesi olumludur. Bu yargı örtüşmesinde, Türk İmar Mevzuatı'nın kökeninin Almanya olmasının⁴⁹ etkisi olmalıdır. Ancak, Almanya, Avrupa Birliği'ne üye bir ülke olarak, gelişen sürece ayak uydurabilmek için, imar yasasını AB kurallarıyla uyumlu duruma getirme çabasını kesintisiz sürdürmektedir. Bu amaçla, Alman İmar Yasası'nda kapsamlı bir değişikliğe gitmiştir. *“Düzenlemeye giren taşınmazların malikleri ile görüşülmeden düzenleme kararı verilemeyeceğine,”* ilişkin değişiklik bu açıdan önemlidir. Diğer değişikliklerin yanı sıra, *“sınır düzeltmesi”* kavramı da terk edilmiş ve *“basitleştirilmiş düzenleme”* kavramı benimsenmiş, bu kavram altında uygulamanın boyutları genişletilmiştir. Bu değişikliklere karşın, Avrupa Birliği'ne üye olma isteminde bulunan Türkiye'nin, iyi işlemediği herkesçe bilinen imar sisteminde bir reforma gitme konusunda güçlü bir arzunun olmaması, ya da bu arzu zaman zaman ortaya çıksa da, bunun bir toplumsal uzlaşma temelinde gerçekleştirilememesi düşündürücüdür. İnsan, toplum, kent ve çevre yerine rant odaklı olarak başvuru alan arsa düzenlemesi, belediyelerce ve valiliklerce taşınmaz iyeleri hiç bilgilendirilmeden re'sen (doğrudan) yapılmaktadır ve tescil edilmektedir. Oysa

⁴⁹ Ünal, Yücel (2003)'a göre, *“İmar mevzuatımızın kökeni olan Almanya'dan aldığımız yasayı kendimize uydurmak üzere ve hatta sistemini de kavramadan istisna hükümleri koyarak değiştirmiş ve sistemi bozmuşuz. İmar mevzuatının tümüyle ele alınıp, plan yapım ve uygulanmasının sağlıklı bir sisteme bağlanması gerekmektedir”* (s. 184)

Almanya’da, hem düzenleme kararı alınmadan önce ve hem de düzenleme kesinleşmeden önce olmak üzere iki kez maliklerle yüz yüze görüşmeler yapılması Alman İmar Yasası’nın emredici hükmüdür. Almanya’daki sistemin daha adil ve doğru olduğunda kuşku yoktur. Çünkü benimsenen sistem, bir kadastro parselinin iyesinin, düzenleme nedeniyle ne kar ne de zarar etmesine dayanmaktadır. Sistemin özü, taşınmazların düzenlemeden önce de sonra da aynı değerde olmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, arsa düzenlemesi ile herhangi bir spekülatif kazanç elde edilmesine izin verilmemektedir.⁵⁰ Katılım ve dağıtım parselleri arasındaki değer farkının kamuya döndürülmesi, sistemin adalet temelinde düzenlenmesinin en önemli göstergelerinden birisidir.

Türkiye’de ise, düzenlemeye giren parsellerin yüzölçümlerinden, Düzenleme Ortaklık Payı Oranı (DOPO) adıyla “eşit orantılı toprak kesintisi” yapılmakta ve bu kesintinin, düzenleme nedeniyle oluşan değer artışının karşılığı olduğu varsayılmaktadır. Türkiye’deki uygulamalardan bilinmektedir ki, parsellerden yapılan eşit orantılı toprak kesintileri, dağıtım parsellerinde, eşit orantılı değer artışlarını sağlamamaktadır. 3194 sayılı İmar Yasası’na göre yapılan arsa düzenlemelerinde, taşınmazlarda ortaya çıkan değer artışlarının kamuya mal edilmesinin, tüm parsellerden eşit oranda düzenleme ortaklık payı kesilerek bu paylarla kamu hizmetlerine ayrılan yerlerin kazanılmasına indirildiği görülmektedir. Bu yöntemde, parsellerin düzenleme sırasında değerleri saptanmadığından, düzenleme ile elde edilen değer artışı bilinmemekte ve kamuya döndürülecek değer artışının hesaplanması olanağı bulunmamaktadır. Oysa arsa düzenlemeleri sonunda, kamu hizmetlerine ve bu hizmetlerle ilgili tesislere özgülünen alanlar ayrıldıktan sonra da, parsellerde düzenleme öncesine göre bir değer artışı ortaya çıkmaktadır. Eşdeğerlik yönteminde, bu miktar kolayca saptanmakta ve belediyeye mal edilmektedir. Belediyeler de adı geçen arsaları, daha sonraki düzenlemelerde ve/veya kamulaştırma durumunda değerlendirmektedirler. Buna karşın, Türkiye’de uygulandığı şekliyle, eşit orantılı toprak kesintisine dayalı sistemlerde, değer artışının ne ölçüde gerçekleştiğini saptamak olanaksızdır.

Görülmektedir ki, arsa düzenlemelerinde, Almanya’da uygulanan “eşdeğerlik ilkesi” ile Türkiye’de uygulanan “eşit orantılı toprak ke-

⁵⁰ Ayrıntılı açıklama için, Bkz. Yıldız, Nazmi (1977); Köktürk, Erol ve Köktürk, Erdal (2005).

sintisi ilkesi” arasında önemli farklar vardır. İyi işleyen bir eşdeğerlik modeli, ancak iyi işleyen bir değerlendirme sisteminin olması ve istikrarlı bir ekonomi durumunda söz konusu olabilir. Almanya ile karşılaştırıldığında, Türkiye’de eşdeğerlik ilkesinin uygulanması için, ekonomik, teknik, siyasal ve akçalı konularda da eşdeğer gelişmişlik ölçütlerine ulaşılmasını beklemek mi gerekmektedir?

Danıştay’a göre,⁵¹ düzenlemeye giren parseller ile düzenleme sonrası oluşan parseller arasında değer farkının olması, düzenlemenin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1-a fıkrası uyarınca, şekil (usul=biçim) yönünden hukuka aykırılık nedenleri arasında sayılmaktadır. Ancak, arsa düzenlemelerinde, eşdeğerlik ilkesi uygulanmadığı sürece, kararda sözü edilen “*değer farkı*”nın hesaplanması olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda, anılan kararın ne şekilde uygulanacağı tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi⁵² de, “... bir taşınmazın değerinden aşağı bir karşılıkla özel mülkiyetten çıkarılmasına, Anayasa’nın hiçbir hükmü izin vermemektedir...” demektedir. Bir başka deyişle, “...mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak, bu bedelin, taşınmaz mal değerinin tam karşılığı olması gerekir...” Arsa düzenlemeleri ve kamulaştırma gibi uygulamaların dayanağı olan “toplum/kamu yararı” kavramı, mülkiyetin karşılıksız veya değerinden daha aşağıda devrine dayanak tutulamaz. Çünkü Anayasa gereği, temel hakların (örneğin: mülkiyet hakkının) özüne dokunmak olanaksızdır (Anayasa, m. 13). Bununla birlikte, kamu yararına dayanan uygulamalarda (arsa düzenlemeleri, kamulaştırma gibi işlemlerde) taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi durumunda, mülkiyet hakkı, paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, “öze dokunma” durumu da “sınırlama” niteliğine dönüşmüş olacaktır. Anayasa Mahkemesi, bunun dışındaki bir anlayışın, yani gerçek değer yerine daha düşük bir değer ödenmesinin, o taşınmazın kısmen müsadere niteliğini taşıyacağı görüşündedir.⁵³ Mülkiyet hakkının özüne dokunmayan bir sınırlamaya, Anayasa’nın 2, 13 ve 35. maddelerindeki ilkeler göz önüne alındığında karşı çıkılmaz.

Türk İmar Mevzuatı’na göre yapılan arsa düzenlemelerinde (6785 sayılı İmar Kanunu, m. 42; 3194 sayılı İmar Kanunu, m. 18), her ka-

⁵¹ Danıştay 6. Daire’nin 17.01.2000 tarihli ve E. 1998/6414, K. 2000/106 sayılı kararı.

⁵² Anayasa Mahkemesi’nin 12.10.1976 tarihli ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı; 12.10.1976 tarihli ve E. 1976/26, K. 1976/47 sayılı kararları.

⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin 12.10.1976 tarihli ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı kararı.

dastro parselinden düzenleme ortaklık payı adıyla yapılan eşit orantılı kesintinin, “düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında” nitelmesi ile açıklanmasının nedeni, yukarıda belirtilen Anayasa kuralları ve Anayasa Mahkemesi kararlarıdır.

Bununla birlikte, “eşit orantılı toprak kesintisi ilkesi”ne göre uygulanan arsa düzenlemesiyle, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarındaki öngörülerin yaşama geçirildiğini söylemek oldukça zordur. Çünkü Anayasa Mahkemesi’nin öngördüğü uygulama biçimi, “eşit orantılı toprak kesintisi” değil “eşdeğerlik ilkesi” temelindeki arsa düzenlemesi olmalıdır. Arsa düzenlemelerinde, parsellerin düzenleme öncesi ve sonrası değerlerinin eşit olması, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın da benimsediği, zorunlu gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilkenin Türkiye’de uygulandığı söylenemez. Türkiye’de “eşdeğerlik ilkesi” temelinde bir arsa düzenlemesi için, taşınmaz değerlemesinin nesnel ve hukuksal temellerinin açıklanması gerekir. Bu düzenlemeyi de kapsayan Türk İmar Mevzuatı’nın bütüncül düzenlemesinde, arsa düzenlemesi konusunda Alman İmar Yasası’ndaki sistematikten ve Almanya deneyiminden yararlanmak yerinde olacaktır.

Kaynaklar

- Abama (Abacıoğlu) M., *Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması* (6. Baskı), Seçkin Yayınevi, 1720 s, Ankara 1995.
- BİB: *Belediyeler İmar - Altyapı ve Konut Rehberi*, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı (BİB), Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü, Yayın No: 80, 264 s, Ankara, 1995.
- Çeçener H. B., *İmar Hukuku ve Kentleşme Sürecindeki Olumsuzluklar*, TMMOB Mimarlar Odası İstanbul Büyükkent Şubesi Yayını, İstanbul 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, AŞ ve Tan T., *İdare Hukuku*, Cilt 2, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1135 s, Ankara 1999.
- GÖZÜBÜYÜK AŞ ve Dinçer G., *İdari Yargılama Usulü (Kanun-Açıklama-İçtihat)*, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 1029 s, Ankara 2001.
- Gürler M., *İmar Planları ve Uygulama Tekniği*, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayını, 391s, Ankara 1983.
- Kalabalık H., *İmar Hukuku Dersleri (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma)*, Seçkin Yayıncılık, ISBN 975 347 596 9, Birinci Baskı, 387s, Ankara Mart 2003.

- Keleş R., *Kentleşme Politikası* (3. Baskı), İmge Kitabevi, 510 s, Ankara 1996.
- Köktürk Erol ve Köktürk Erdal: *Yeni Bir İmar Tüzesinin ve En Önemli Ögesi Olarak Arsa Düzenlemelerinde Eşdeğerlik İlkesinin Oluşturulması*, 10. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı Kurultay Kitabı-1, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası yayını, s. 564-605, Ankara, 28 Mart-1 Nisan 2005.
- Örücü E., *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı*, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2132, Hukuk Fakültesi Yayın No: 473, XXIII + 376 s, İstanbul 1976.
- Özen H., *Türkiye'de İmar Planı Uygulaması*, KTÜ Yer Bilimleri Fakültesi, Ders Notları Serisi No: 1981-1, 47 s + Ekler, Trabzon 1981.
- Sancakdar O., *Belediyenin İmar Planı Yapması Değiştirmesi ve İptal Davası*, Yetkin Yayınları, 237 s, Ankara 1996.
- Seele W., *İmar Sorunları ve Arazi Kullanımı*, (Çev. Yıldız N.), TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi Yayını, 193 s, İstanbul, 1994.
- TOKİ., *Birleşmiş Milletler İnsan Yerleşimleri Konferansı HABİTAT II, Türkiye Ulusal Raporu ve Eylem Planı*, Toplu Konut İdaresi (TOKİ) Başkanlığı Yayını, 155 s + Ekler, Ankara 1996.
- Ünal Y., *Türk Şehir Planlama Hukuku*, Yetkin Yayınları, ISBN 975-464-263-X, 208s, Ankara 2003.
- Yavuz F./Keleş R. ve Geray, C., *Şehircilik (Sorunlar - Uygulama - Politika)*, AÜ SBF Yayın No: 415, XVI + 1060 s, Ankara 1978.
- Yıldız N., *Arsa Düzenlemesi*, Profesörlük Takdim Tezi, İDMMA (YTÜ), 62 s, İstanbul, 1977.
- Yıldız N., *Arsa Düzenlemesinde Eş Değerlik*, 3194 Sayılı İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları Semineri, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı (BİB) Teknik Araştırma ve Uygulama (TAU) Genel Müdürlüğü Yayın No: 49, s. 49-66, Ankara 1990.
- Yılmaz M., *İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, 235s, Ankara 2002.

ÇEK KEŞİDECİSİNİN TTK M. 711/3'E GÖRE VERDİĞİ ÖDEMEDEN MEN TALİMATININ HUKUKÎ NİTELİĞİ VE CEZA KOVUŞTURMASINA ETKİSİ

Vural SEVEN*

GİRİŞ

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'a ("Çek Kanunu")¹ 4814 sayılı kanun² ile yapılan değişiklik sonucunda 16 b maddesi eklenmiş; bu maddenin 2. fıkrasında, "*Çekin karşılığının bulunmaması nedeniyle şikayet hakkı, 8. maddede belirtilen miktarın yatırılması için öngörülen sürenin dolduğu tarihte; 'ihtiyati tedbir kararı veya ödeme yasağı' nedeniyle süresi içinde ibrazında çek hakkında işlem yapılmaması halinde ise, 'ihtiyati tedbir kararının veya ödeme yasağının' kalktığı tarihte doğar.*" hükmü getirilmiştir.

Bu düzenleme sonucunda, çek bedelini tahsil edemeyen hamil şikayet hakkını kullandığında, Cumhuriyet Savcılıkları'nın verdiği kovuşturamama kararı (CMK m. 172) ile karşı karşıya kalmaktadır. Kovuşturamama kararlarında gerekçe olarak, "*...keşidecinin bankaya verdiği ödemeden men talimatı kaldırılmadan karşılıksız çek keşide etmek suçundan dolayı şikayet hakkının doğmadığı...*" na dayanılmaktadır. Keza, bu kararlarda, ödemeden men talimatı kaldırıldıktan sonra, şikayet hakkının tekrar kullanılabilceği de belirtilmektedir.

Cumhuriyet Savcılıkları'nın vermiş olduğu kovuşturamama kararlarına karşı yapılan itirazlar (CMK m. 173) da aynı gerekçelerle reddedilmektedir. Diğer taraftan Cumhuriyet Savcıları tarafından dava açılmış olan hallerde ise, ceza mahkemeleri durma kararı vermekte (CMK

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz (Ticaret) Hukuku ABD.

¹ RG, T. 3.4.1985, S. 18714.

² RG, T. 8.3.2003, S. 25042.

m. 223/8); bu kararlara karşı yapılan itirazlar da yine aynı gerekçelerle reddedilmektedir. İtiraz üzerine verilen kararlar ise kesinlik taşıdığından ve CMK m. 173/6'ya göre, "İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet Savcısı'nın, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır." Hükmü gereğince karşılıksız çek keşide etmek suçundan dolayı şikayet hakkını kullanarak keşidecinin cezalandırılmasını isteyen çek hamili, ya keşidecinin ödemedenden men talimatını geri almasını bekleyecek ya da ödemedenden men talimatının kaldırılması için *dava açmak* durumunda kalacaktır.

Çalışmamızda ise, bu konu üzerinde durularak, çek keşidecinin TTK m. 711/3'e göre verdiği ödemedenden men talimatının, Çek Kanunu m. 16b/2 hükmünde belirtilen "ödeme yasağı" kavramı kapsamında olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeyi yapabilmek için her şeyden önce çek keşidecinin TTK m. 711/3'e göre verdiği ödemedenden men talimatının hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

I. ÇEKİN ZİYAI HALİNDE ALINABİLECEK ÖNLEMLER

A. Genel Olarak

Çekin ziyai halinde, çeki zayı eden hamil iki farklı şekilde çek beldelinin ödenmesine engel olabilir.³ Bunlardan birincisi TTK m. 730/20 atfı ile çeklerde de uygulama imkanı bulan TTK m. 669'a göre mahkeme tarafından verilen ödemedenden men kararı; ikincisi ise, bizzat keşideci tarafından m. 711/3'e göre verilen ödemedenden men talimatıdır. Bu her iki ödemedenden men talimatı çekin muhatap tarafından ödenmemesi sonucunu doğurmakla birlikte, hukuki nitelikleri ile talimat aşamasından sonra izlenecek hukukî prosedürde farklılıklar söz konusudur.

B. TTK m. 669'a Göre Verilen Ödemedenden Men Kararı ve Hukukî Niteliği

Bir davanın açılması, yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması belirli bir zamanı alacaktır. Bu süre içinde, dava konusunun (müddeabihin) diğer tarafça başkasına devredilmesi ve karşı tarafın

³ Bu konuda bkz., Seven, Vural, Kıymetli Evrakın Ziyai Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler, *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 1996, S. 4, s. 8 vd.

zarara uğraması söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle, dava kazanılmış olmasına rağmen, dava konusu elde edilemeyebilir. İşte, yargılamanın başlangıcından kesin hükme kadar, dava konusunu emniyet altına almak için “*ihtiyatî tedbir*” olarak ifade edilen müesseseye yer verilmiştir.⁴

İhtiyatî tedbir, yargılama boyunca, davacı veya davalının dava konusuyla ilgili olarak, hukukî durumunda meydana gelebilecek zararların önlenmesi için öngörölmüş ve geçici nitelikteki hukukî korumadır.⁵ Bu yolla, dava konusu hak veya hukukî ilişki, taraflarca yargılama sonuçlanmadan ve hatta davadan önce güvence altına alınmaktadır.

Kanun koyucu ise kıymetli evrakın zıyayı halinde senette mündemici olan hakkın, iptal davası süresince koruma altına alınması için Türk Ticaret Kanunu m. 574, 669 ve 677’de özel düzenlemelerde bulunmuştur.

Çekin zayi edilmesi halinde TTK m. 730/20 atfı nedeniyle m. 669 hükmüne göre alınacak olan *ödeme yasağı*, “*ihtiyatî tedbir*”in özel bir şeklidir.⁶ Çünkü burada da davacının davayı kazanması halinde, dava

⁴ Üstündağ, Saim, *İhtiyatî Tedbirler (Geçici Hukukî Himaye -Koruma- Önlemleri)*, İstanbul 1981, s. 1; Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 4289 vd.; Deren-Yıldırım, Nevhis, *Haksız Rekabet ve Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyatî Tedbirler*, İstanbul 1999, s. 2; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2006, s. 618; Alangoya, H.Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 438; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medenî Usul Hukuku*, 15. Bası, Ankara 2004, s. 700; Özekes, Muhammet, *İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz*, Ankara 1999, s. 36; Postacıoğlu, İlhan E., *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 487; Berkin, M. Necmeddin, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1981, s. 506.

⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 618-619; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 700; Deren-Yıldırım, s. 4; Berkin, s. 506.

⁶ Kıymetli evrakın zıyayı ve iptali hususunda, alınabilecek önleyici tedbirlerde, geçici hukukî koruma niteliğindedir ve niteliği itibariyle, “*teminat amaçlı ihtiyatî tedbirler*” içinde görölebilir (Öztürk-Dirikkan, Hanife, *Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali*, Ankara 1990, s. 40; ayrıca önleyici tedbir kararının ihtiyatî tedbir niteliğinde olduğu konusunda bkz., Öztan, Firat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Ankara 1997, s. 288; Domaniç, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi-IV, İstanbul 1990, s. 434, dn. 1; Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, Adana 2004, s. 64; Tekil, Fahiman, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 1980, s. 67; **Kınacıoğlu, Naci**, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Ankara 1984, s. 62; Seven, s. 10). Doktrinde ihtiyatî tedbirlerin genel olarak teminat, eda ve düzenleme amaçlı olarak üçlü bir tasnife tutulduğunu görüyoruz. Üstündağ, s. 21-45; Deren-Yıldırım, s. 80 vd.; Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 438; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 619).

konusu çekin içerdiği hakka (*alacak hakkı*) kavuşmasını dava sırasında emniyet altına alma amacı bulunmaktadır. Zira bu önleyici tedbirler alınmaz ise, muhatabın şeklen hak sahibi olan hamile ifade bulunması ile asıl hak sahibi hamilin zarara uğraması söz konusu olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 669'a göre alınacak ödemedenden men talimatını sadece, çeki zayi eden hamil alabilir.

Diğer taraftan mahkeme, ödemeyi meneden kararda muhataba, vadenin gelmesi üzerine poliçe (çek) bedelini tevdi etmeye müsaade ve tevdi yerini tayin eder (TTK m. 669/2). Bu hüküm poliçeye ait olduğundan çekin niteliğine uygun olarak uygulanması söz konusudur. Çünkü poliçede muhatap asıl borçlu durumunda iken çekte muhatap borçlu konumunda değildir. Bu nedenle mahkeme vereceği ödemedenden men kararında, keşidecinin tasarrufuna engel olmak için muhatap bankanın ödemedenden kaçınmasına karar vermesinin yanında, aynı zamanda çek hamilinin de haklı olabileceği ve bu nedenle korunması gerektiği düşüncesiyle karşılığı bulunan çek bedelini bloke bir hesaba almasını da emretmelidir.

Keza, hak sahipliği tartışmalı bulunan ve bloke edilen çek bedelinin, banka veya hamilin talebi üzerine, mahkemece, diğer bir bankaya veya notere tevdi edilmesine karar verilebileceği gibi, hamilin yeterli teminat göstermesi karşılığında çek bedelinin hamile ödemesine dahi karar verilebilir (TTK m. 677).

Ayrıca, mahkemenin verdiği ödemedenden men yasağı kararının etkisini sürdürmesi kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır.⁷

⁷ TTK m. 670'e göre,

"Poliçeyi [Çeki] eline geçiren kimse malum olduğu takdirde, mahkeme, dilekçe sahibine istirdat davası açması için münasip bir mühlet verir.

Dilekçe sahibi, tayin olunan mühlet içinde davayı açmazsa, mahkeme, muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır."

TTK m. 675'e göre, *"Elden çıkan poliçe [Çek] getirilirse mahkeme, istirdat davası açmak üzere dilekçe sahibine münasip bir mühlet verir. Dilekçe sahibi bu mühlet içinde dava açmazsa, mahkeme, poliçeyi [çeki] mahkemeye getirmiş olana geri verir, muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır."*

Çek hamili, çek üzerinde yazılı keşide tarihine göre hesaplanacak ibraz süreleri içinde, çeki bankaya ibraz etmek durumundadır. Bu ibraz süreleri içinde çek bankaya ibraz edilmez ise, hamil keşideci de dahil olmak üzere müracaat hakkını kaybettiği gibi karşılıksız çek keşide etmek suçu da oluşmayacaktır (Çek Kanunu m. 16). Bu nedenle şikayet hakkını kullanan hamilin sonuç alabilmesi süresi içinde elindeki çeki bankaya ibraz etmiş olması ön şartına bağlıdır.

C. TTK m. 711/3'e⁸ Göre Verilen Ödemeden Men Talimatı ve Hukuki Niteliği

Türk hukukunda, keşidecinin ödemeden men talimatının hukukî niteliği konusunda iki görüşün bulunduğu görülmektedir.⁹

İlk görüşe göre, ödemeden men talimatının hukukî niteliği havaleden rücu halinin özel bir görünümü olarak değerlendirilmektedir.¹⁰ Kıymetli evrak olarak çek esasında nitelikli bir havale olduğu için¹¹ çek bedelinin muhatap banka tarafından ödenmesine engel olunması, havale ilişkisindeki ödeme yetkisinin geri alınması niteliğinde görülmektedir. Ancak, havaleden rücu imkanı her zaman mümkün iken,

Çek Kanunu m. 5'e göre, "Çekin ibrazında karşılığının tamamen ödenmemesi veya çek hamili tarafından kısmi ödemenin kabul edilmemesi halinde, ibraz tarihi ile **ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir; çekin ön ve arka yüzününin fotokopisi banka tarafından saklanır.**"

Diğer taraftan çeki bankaya ibraz eden hamil, çekin ödenmeme sebebini öğrenmiş olacağından TTK m. 772'ye göre yapılan ihtar çerçevesinde elindeki çeki ödemeden men kararı vermiş olan mahkemeye ibraz etmek durumundadır.

Bu açıdan bakıldığında artık çekin kimin elinde olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla çeki elinde bulundurduğu esnada zayi olduğunu iddia ederek ödeme yasağı kararı alan hamil, bu kararı ayakta tutabilmek için çeki elinde bulunduran veya mahkemeye ibraz eden hamile karşı istirdat davası açmak durumundadır.

⁸ Anılan hüküm, çeklere ilişkin Cenevre Yeknesak Kurallarında bulunmayıp Türk hukukuna İsviçre Borçlar Kanunu m. 1119/3'den tercüme yoluyla alınmıştır. Bkz., Öztan, s. 1345.

⁹ Bu konudaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz., Narbay, Şafak, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, İstanbul 1996, s. 71 vd.; Aker, Yeşim, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, İstanbul 2006, s. 138-140.

¹⁰ Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, Dördüncü Bası, Ankara 1970, s. 294; Domaniç, s. 635; Göle, Celal, *Çek Hukuku*, Ankara 1989, s. 122; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 16. Bası, İstanbul 2005, s. 281; Doğanay, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. II - Madde 420-485, 4. Bası, Ankara 2004, s. 2135.

Yukarıdaki görüşün taraftarları, keşidecinin ödemeden men talimatının (TTK m. 711/3) ibraz süresi içinde çekten cayılamayacağı kuralının (TTK m. 711/1) bir istisnası olarak görmektedir. Keşidecinin ibraz süresi içinde çekten caymasının hukukî niteliği, havaleden rücu olarak nitelendirildiği için ödemeden men talimatı da dolayısıyla aynı hukukî nitelendirme içinde değerlendirilmektedir (Çekten caymanın hukukî niteliği konusundaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz., Aker, s. 10 vd.; Narbay, s. 39 vd.). Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2.10.1984 tarih ve 3723/4321 sayılı kararında, ödemeden men talimatının çekten cayma hali olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "Çekten ibraz süresi içinde cayılabilmesi için rıza hilafına elden çıkmış olması gerekir (711/3). Rıza ile alacaklıya verilen çekten ibraz süresi içinde caymak mümkün değildir (Narbay, s. 72)".

¹¹ Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, İstanbul 2004, s. 32.

ödemedenden men talimatının verilebilmesi için çekin rıza dışında elden çıkması gerekir.¹²

Diğer görüşe göre, ödemedenden men talimatı özel bir ihtiyatî tedbir olarak görülmektedir.¹³ Buna göre, mahkemeye müracaat etmeye gerek kalmadan, keşideci tek taraflı beyanı ile söz konusu ihtiyatî tedbirin korumasından yararlanmaktadır.¹⁴ Ayrıca bu görüş uyarınca, ödemedenden men talimatının etkisini sürdürebilmesi için iptal veya istirdat davası açılması gerekir.¹⁵ Makul süre içinde bu davalardan birinin açılmaması durumunda ödemedenden men talimatı hükümsüz kalacaktır.

Ödemedenden men talimatının ihtiyatî tedbir olarak değerlendirilmesinin, usul hukuku düzenine yabancı olduğunu belirtmemiz gerekir. Ödemedenden men talimatının özel bir *ihtiyatî tedbir* türü; daha doğru bir ifadeyle, özel bir “geçici hukukî koruma”¹⁶ yolu (tedbiri) olarak ele

¹² Narbay, s. 72; Aker, s. 139.

¹³ Narbay, s. 71; Aker, s. 139; Postacıoğlu, İlhan E., *Çekin İbrası İle İlgili Bazı Problemler*, Batider 1976, C. VIII, S. 3, s. 129; Kendigelen, Abuzer, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, Ticaret Hukuku Kürsüsünde On Beş Yıl-Makalelerim*, İstanbul 2001, s. 104-105; Eriş, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Çek Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2004, s. 241.

Ayrıca, 11. Hukuk Dairesi bir kararında TTK m. 711/3 uyarınca verilen ödemedenden men talimatlarının “tedbir mahiyetinde” olduğuna işaret etmiştir (11 HD, 04.02.2002, 8697/765, Eriş, s. 248).

¹⁴ Narbay, s. 71; Aker, s. 139; Postacıoğlu, s. 127.

¹⁵ Narbay, s. 71; Aker, s. 139; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 231.

¹⁶ Öğretide, ödemedenden men talimatının ihtiyatî tedbir niteliğinde bulunduğu kabul edilirken, bu görüşü usul hukuku açısından geçici hukukî koruma kavramı içinde değerlendirmek gerekir. Zira, geçici hukukî koruma kavramı ihtiyatî tedbir; ihtiyatî haciz; delil tespiti ve özel kanunlarda düzenlenen her türlü koruma tedbirini ifade etmektedir (bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 615-616; Özekes, s. 40; Yılmaz, Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. I., Ankara 2001, s. 38). İhtiyatî tedbir HUMK m. 101 vd düzenlemiş olup, buradaki şartlar çerçevesinde ele alınamayacak bir korumanın ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ödemedenden men talimatının bir ihtiyatî tedbir olduğu dile getirilirken; bunun teknik anlamda HUMK m. 101 vd’na tâbi olan ihtiyatî tedbir türü olmadığı açıktır. Bu çerçevede, ödemedenden men talimatının ihtiyatî tedbir olduğu yönündeki görüşün; bu talimatın ihtiyatî tedbir (HUMK m. 101 vd) gibi geçici hukukî koruma tedbiri olduğu şeklinde anlamak daha doğru olacaktır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, ihtiyatî tedbir kavramının, geçici hukukî koruma kavramı yerine kullanılması da yaygın bir durumdur. Nitekim Özekes bu konuda şunları belirtmektedir: “Geçici hukukî koruma ile ihtiyatî tedbir kavramı da birbirinden ayrı kavramlardır. Geçici hukukî koruma daha genel ve üst bir kavram olarak kabul edilirken, ihtiyatî tedbir geçici hukukî korumanın bir türü olarak kabul edilebilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, geçici hukukî korumanın medenî yargılama hukuku bakımından en geniş uygulama alanı ihtiyatî tedbirlerde kendisini göstermektedir. Özellikle uygulamamız

alınabilmesi için geçici hukukî korumalar için aranan asgarî özellikler mevcut bulunmalıdır.¹⁷ Hukukî koruma üst başlığı altında, hukuk düzeninin sağladığı bir yolun geçici hukukî koruma olabilmesi için bazı özelliklere ihtiyaç vardır. Bu açıdan, geçici hukukî korumaların en başta gelen özelliği, yargı organlarının kararına ihtiyaç bulunmasıdır.¹⁸

Bireylerin haklarını korumak için kendiliğinden hak almaları (kural olarak) mümkün olmadığı için hukukî koruma konusunda yargı organlarına başvurulması gerekir.¹⁹ Fakat yargılamanın belli bir süreçte tamamlanması, yargılama sonucunda dava konusunun elde edilmesini güçleştirebilir. Bu durumların önlenmesi için geçici hukukî koruma yollarına başvurulurken de, kesin korumada olduğu gibi yargı organlarına müracaat edilmesi gerekir.²⁰ Bir hukukî koruma, yargı organlarının kararı dışında ortaya çıkıyor ise, bunun geçici hukukî koruma yolu olarak görülmesi mümkün değildir. Hatta şunu belirtmek gerekir ki, bir idarî makama başvuru yoluyla da bir hakkın geçici olarak korunması mümkün olabilir. Ancak bu durumda da, ortada yargı organı tarafından kazaî bir faaliyet sonucunda verilen bir karar bulunmadığı için geçici hukukî korumadan bahsedilemez. Bu çerçevede, ödemedi men talimatının yargı organlarının dışında hüküm ve sonuç doğurması, bu yolun, geçici hukukî koruma olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır.²¹

bakımından geçici hukukî koruma terimi pek kabul görmüş bir terim değildir (Özekes, s. 40)".

¹⁷ Geçici hukukî korumaların özellikleri için bkz., Yılmaz, s. 35 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616; Özekes, 36 vd.; Yılmaz, Zehra Sanem, *Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukukî Korumalar (İhtiyatî Tedbirler)*, 2. Bası, İzmir 2006, s. 3-5.

¹⁸ Öğretide geçici hukukî korumaların ortak özellikleri, (i) yargı organlarınca karar verilmesi; (ii) geçici nitelikte olması; (iii) incelemenin basit ve hızlı bir şekilde yapılması, (iv) kararların bağlayıcı olması, (v) yargılamada (tam değil) yaklaşık ispatla yetinilmesi ve (vi) karşı taraf dinlenilmeden de karar verilmesi olarak belirlenmektedir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 619; Yılmaz, s. 35-38).

¹⁹ Hukukî koruma talebi, devlete karşı yöneltilen bir talep olup, bu talebin öncelikle mahkemeler tarafından değerlendirilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, idarî makamlar veya tahkim yoluyla da hakların korunması mümkündür.

²⁰ Hatta şunu belirtmek gerekir ki, bir idarî makama başvuru yoluyla da bir hakkın geçici olarak korunması mümkün olabilir. Ancak bu durumda da, ortada yargı organı tarafından kazaî bir faaliyet sonucunda verilen bir karar bulunmadığı için geçici hukukî korumadan bahsedilemez.

²¹ Geçici hukukî koruma tedbirleri, asıl yargılamayı tamamlayıcı bir fonksiyonu bulunmaktadır ve bu itibarla, yargılama hukukunun bir bölümünü teşkil ederler (Özekes, s. 38). Bu açıdan geçici hukukî koruma tedbirlerinde, bireylerin bizzat harekete

Kanaatimizce, ödemedenden men talimatının geçici hukukî koruma olduğu görüşüne katılmak mümkün değil ise de, bu görüş çok önemli bir noktaya işaret etmektedir: Ödemedenden men talimatı, *hukukî bir koruma* yoludur. İşte bu hukukî korumayı, keşidecinin her hangi bir yargı organına başvurmadan kullanması, kendiliğinden hak almanın özel bir görünümünü teşkil etmektedir.

Bireylerin aralarındaki hukukî uyuşmazlıkları çözmek ve hak aramak için kendiliğinden kuvvet kullanmaları mümkün değildir. Hakkı ihlal edilen kişi, hakkının yerine getirilmesi için, devlete başvurmak zorundadır. Bireylerin haklarının gerekirse zorla yerine getirilmesi tekeli ve görevi devlete aittir.²² Yoksa kişilerin hakkını bizzat alabilmesi, modern hukuk sistemlerinde kural olarak kabul edilmemiştir. Kural olarak diyoruz; çünkü kanunlarda istisnaî olarak (meşru müdafaa, ıztırar hali gibi), bazı durumlarda "*kendiliğinden hak alma*" (bizzat ihkak-ı hak) kurumuna izin verilmektedir.²³ Bu istisnaî durumlarda kendiliğinden hak alma, yaptırıma tâbi hukuka aykırı bir eylem olarak görülmemekte, hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir. Başka bir ifadeyle, istisnaî olarak kendiliğinden hak alma, hukukî koruma yolu olarak ortaya çıkabilir.

Devletten beklenen korumanın hiç veya zamanında gerçekleşmesi; bunun sonucunda da ortaya çıkan zararın telafisinin güç olması durumunda kendiliğinden hak alma hukuk düzenince caiz kılınmaktadır. Böylece, birey belirli şartların altında devlete başvurmadan hukukî korumasını bizzat kendisi gerçekleştirmektedir. Geçici hukukî korumalarda da, bireylerin yargılama sonucunda kesinleşecek hukukî korumaları güvence altına alınmaktadır. Başka bir ifadeyle, kesin hüküm öncesinde dava konusu hakkın geçici hukukî koruma yollarıyla güvence altına alınması mümkündür. Bu açıdan, kendiliğinden hak alma ve geçici hukukî koruma yolları arasında benzer bir özellik tespit edilebilmektedir.²⁴ Çünkü bu iki farklı hukukî koruma yoluna da, ortada henüz kesin (nihaî) bir mahkeme kararının bulunmadığı durumlarda başvurulmaktadır. Bununla birlikte, geçici hukukî koruma tedbirinde bir *mahkeme kararı* ile kendiliğinden hak almada ise, bazı

geçerek hukukî korumayı sağlaması mümkün değildir. Bu hususta da, yargı organlarına başvurulması gerekir.

²² Özekes, s. 30.

²³ Bkz., Özekes, s. 29 vd. ; Yılmaz, s. 40 vd.

²⁴ Bkz., Yılmaz, s. 85.

koşulların varlığı halinde kişi bizzat hakkını kendisi almaktadır.²⁵ Sonuçta ise, geçici hukuki koruma tedbiri açılmış (veya açılacak) bir dava sonucunda; kendiliğinden hak alma da, (esas olarak kendiliğinden hak almanın muhatabı tarafından) açılacak bir dava sonucunda bir mahkeme kararına bağlanacaktır.²⁶

Bu benzerliklere rağmen, iki kurum birbirinden farklıdır. Şöyle ki; her şeyden önce geçici hukuki koruma tedbiri, yargı organı eliyle sağlanırken, kendiliğinden hak alma, mahkeme kararına dayanmadan gerçekleşmektedir. Diğer taraftan geçici hukuki koruma tedbiri almak mümkün olduğu sürece, kendiliğinden hak alma mümkün değildir (BK m. 52/3).²⁷

TTK m. 711/3'deki özel düzenleme gereğince, çek keşidecisinin, lehtarın veya hamilin elinden rızası hilafına çıkmışsa, keşideci tarafından muhatap bankaya ödemedi men talimatı verilebilecektir. Bu açıdan bakıldığında buradaki amacın, çekin hak sahibi olmayan kişilerce tahsilini engelleyerek, asıl hak sahibinin hakkını korumak olduğu görülecektir. Çek keşidecisine diğer kambyo senetlerinden farklı olarak bu tür bir kendiliğinden hak alma imkanının verilmiş olmasının en önemli nedeni, çeklerde vadenin olmamasıdır (TTK m. 707). Çeklerde vade olmadığından, zayı edilen çekin her zaman muhataba ibrazı karşılığında ödenmesi mümkündür. Şeklen hak sahibi olan kişiye yapılan ödeme muhatabı borçtan kurtardığından (TTK m. 558/2), çeki zayı eden hamilin hakkı zarar görecektir. İşte zarar görme tehlikesi altındaki bu hakkın ödemedi men talimatı verilerek tehlikeden kurtarılması, kendiliğinden hak almanın özel bir tipini oluşturmaktadır.

²⁵ Hukukî koruma yollarını bir doğru olarak görürsek, bu doğrunun iki ucunda (caiz kılınan) kendiliğinden hak alma yoluyla sağlanan koruma ve yargı organlarının kesin hükmüyle sağlanan koruma yer alacaktır. Bu iki uç arasında ise, geçici hukukî koruma tedbirleri bulunmaktadır. Bu açıdan, geçici hukukî koruma tedbirlerinin kendiliğinden hak alma ile hakkın devlet organları tarafından sağlanması arasındaki dengeyi koruduğu söylenebilir (bkz., Özekes, s. 37).

²⁶ Yılmaz, s. 85 vd. Kendiliğinden hak almada, sağlanan hukukî korumanın haklı olup olmadığı konusunda bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Bu durumda, karşı tarafın kendiliğinden hak alma olarak görülen eylemin hukuka aykırı olduğunu iddia ederek mahkemeye başvurması gerekecektir.

²⁷ Kendiliğinden hak almanın şartlarını düzenleyen genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu m. 52/3'ün yanında, diğer bazı hükümlerde de kendiliğinden hak almanın özel halleri de düzenlenmiştir (Bu konuda bkz., BK m. 57; TMK m. 740, 753, 981 ve ayrıca bkz., m. 950).

Çünkü hukuk düzeni, geçici veya kesin hukukî korumaya hiç veya zamanında ulaşılamayan durumlarda kendiliğinden hak alma yoluna başvurulmasına izin vermektedir.²⁸ TTK m. 711/3' de, zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalan keşideciye geçici hukukî koruma yoluna başvurmadan; bu hususta her hangi bir zaman kaybetmeden, yakın bir tehlikeyi bertaraf etme imkanı tanınmaktadır. Böylece, kanun koyucu, devlet organları eliyle sağlanacak hukukî korumanın gecikebileceğini öngörerek keşideciye kendiliğinden hakkını koruma yolu bahşetmektedir.

Bu aşamadan sonra, keşideciye dava açtırarak hukuksal korunma istemeye zorlamanın anlamı ve gereği yoktur. Çünkü saldırıya uğradığını iddia eden keşideci, TTK m. 711/3'e göre hakkını kendiliğinden almış onun bakımından normal olarak sorun bitmiştir.²⁹ Bu hüküm çerçevesinde ödemededen men talimatı veren keşidecinin başkaca her hangi bir işlem yapmasına gerek olmadığı gibi, zayi nedeniyle iptal davası açması da söz konusu değildir. Çünkü TTK m. 711/3'e göre keşidecinin ödemededen men talimatı verebilmesi için çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında bulunması zorunludur. Keşideci çekin kendisinin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise açacağı iptal davası, hukuki yarar yokluğundan,³⁰ üçüncü bir kimsenin rızası olmaksızın

²⁸ Özekes, s. 37-38.

²⁹ Türk Ticaret Kanunu m. 711/3'e göre verilen ödemededen men talimatı, keşideci tarafından muhataba yöneltilmesi gereken ve muhataba ulaşmakla hukuki sonuçlarını doğuran tek taraflı bir irade açıklamasıdır (Narbay, s. 76; Aker, s. 152 vd.; Kendigelen, s. 219). Ödemededen men talimatı bir geçerlilik şekline bağlanmadığından telefonla verilmiş bir talimat da geçerli sayılır. Ödemededen men talimatını alan banka gerekçenin haklılığını tartışmaksızın ve ayrıca bir mahkeme kararı da aramaksızın, çeki ibraz edecek hamile ödemekten kaçınması gerekir (Narbay, s. 81; Aker, s. 160; Kendigelen, s. 230; Karayalçın, s. 294; Domaniç, s. 636). Çünkü ödemededen talimatının muhatap açısından bağlayıcılığı kesin ve mutlaklıdır.

³⁰ TTK m. 730/20 m. 676/2'ye atıf yapmamıştır. Atıf yapılmayan bu hükme göre, "Polisçenin iptaline karar verilmiş olmasına rağmen dilekçe sahibi kabul edene karşı, polisçeden doğan talep hakkını dermeyan edebilir." Bu atfın yapılmamış olmasının sebebi ise çekte kabul yasağının bulunmasıdır (TTK m. 696, 706/2; çekte kabul yasağı hakkında bkz., Kendigelen, s. 116). Başka bir ifade çekte muhatabın borç altına girmesi yasaklanmıştır. Dolayısıyla, elindeki çeki kaybeden hamil, Türk Ticaret Kanunu'nun 564. maddesinin ilk fıkrasından yararlanması mümkün olacak ve burada bir sınırlama söz konusu olmadığından, çeki zayi eden hamil, keşideciye, cirantaya ve aval verenlere karşı elindeki iptal kararına dayanarak talepte bulunabilecektir.

Ancak, keşidecinin kaybettiği çek için iptal davası açması ve sonucunda iptal kararı almasının pratik bakımdan bir önemi yoktur. Çekin nihaî anlamdaki müraca-

elinden çıkmış iddiasında ise aktif husumet yokluğundan reddedilecektir.³¹

Bu durumda keşidecinin yapacağı tek şey, çekin ibraz süresi³² içinde ibraz edilmesini beklemektir.³³ Çünkü iptal davası açamayan keşidecinin istirdat davası açabilmesi çekin kimin elinde olduğunun bilinmesi şartına bağlıdır. İstirdat davası iptal davasından farklı olarak hasımlı olarak açıldığından çekin kimin elinde olduğunun bilinmesi pasif husumetin (davalı sıfatı) tespiti bakımından zorunludur. Çek kamu güvenliğini haiz, tedavül kabiliyeti olan bir kıymetli evrak olduğundan ibrazın kim tarafından yapılacağından önceden tespit edilmesi fiilen pek mümkün değildir. Başka bir ifade ile çek bankaya ibraz edilmeden keşidecinin istirdat davası³⁴ açması da söz konusu olamaz.

at borçlusunu keşidecidir. Keşideci kaybettiği çekte mündemiç olan alacak hakkının aynı zamanda borçlusudur. Bu nedenle aldığı iptal kararını yine kendinden talep de bulunması gibi bir sonuç ortaya çıkar.

Diğer taraftan alacaklı ve borçlu sıfatları keşidecide birleşmiş olduğundan yeni bir senet ihdasının talep edebileceği üçüncü bir kişi de yoktur.

İfade edildiği üzere, keşidecinin çeki zayi etmesi durumunda, zayi olan bu çek için iptal davası açmasında hukukî yararı bulunmamaktadır. Oysa mahkemeye yapılan her talepte hukukî yararın bulunması zorunludur (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 263). Çekini zayi eden keşidecinin yapabileceği tek şey TTK m. 711/3'e göre muhatap bankaya ödemededen men talimatı vermek ve çekin ibraz süresi içinde muhatap bankaya ibrazını beklemek olacaktır. İbraz süresinin sonunda ise çekten caymaktır.

³¹ TTK m. 563/2'ye göre, "Kıymetli evrakın zayi olduğu yahut ziyam meydana çıktığı zamanda senet üzerinde hak sahibi olan şahıs, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir."

³² İbraz süresi içinde çek ibraz edilmez ise çekten cayabilecek (TTK m. 711/1), ibraz edilirse ibraz eden kişiye karşı istirdat davası açabilecektir.

³³ Çekte farklı ibraz süreleri olduğu gibi, ileri tarihli çek keşide edilmesi mümkündür ve ibraz süreleri de çek üzerinde yazılı keşide tarihine göre hesaplanacaktır. Süreler bu hükümlere göre hesaplanacağından, keşidecinin m. 711/3'e göre verdiği ödemededen men talimatının etkisinin sürdürülmesi için on gün içinde dava açılması gerektiği ifade edilirse (bu görüş hakkındaki değerlendirmeler için bkz., Narbay, s. 86; Aker, s. 159) bu on günlük süre içinde senedin kimde olduğu tespit edilmesi çoğu zaman mümkün olmadığından istirdat davası açacağı kişinin belirlenmesini beklemek zorunluluğu vardır. Aksinin kabulü keşidecinin m. 711/3'e göre elde ettiği korunma en fazla on gün sürecektir. Keşidecinin bunu uzatma imkanı ortadan kaldırılmış olmaktadır.

³⁴ İstirdat davası açılması çek hamilinin aleyhine bir sorun da yaratmamaktadır. Şöyle ki; istirdat davasında, çek davalının (hamilin) elinde olduğundan, zilyetliğin yattığı hak sahipliği karinesi (TMK m. 985/1) onun lehine işleyecek ve Türk Medeni Kanunu'nun m. 3/1 uyarınca iyi niyetin arandığı hallerde onun varlığı asıl olduğundan, davacı (keşideci), senedin rızası olmaksızın elinden çıktığını ve ayrıca, davalının kötü niyetli veya iktisabında ağır kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda

Ancak, kendiliğinden hak aldığı ileri süren kimseye (keşideciye) karşı, çek hamilinin karşılıksız çek keşide etmekten dolayı hakkında şikayette bulunması³⁵ ve ayrıca hukuk mahkemesinde dava açması veya takip yapması mümkündür.³⁶ Muhatap bankaya verilen ödemeden men talimatının bu işlemleri durdurması söz konusu değildir.

D. İki Hüküm Arasındaki Temel Farklar

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, mahkeme tarafından verilen ödemeden men kararları (TTK m. 669) ile keşideci tarafından verilen ödemeden men talimatı (TTK m. 711/3) arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

- TTK m. 669'a göre alınan ödemeden men kararının hukuki niteliği geçici hukuki koruma tedbiri iken, TTK m. 711/3'e göre alınan ödemeden men talimatının hukuki niteliği kendiliğinden hak almanın özel bir tipidir. Bu özelliğinden dolayıdır ki, TTK m. 669'da ödemeden men mahkemen talep edilirken; TTK m. 711/3'de ise keşideci bizzat hakkını kendisi almaktadır.

- TTK m. 669'a göre ödemeden men kararı alan hamil, hamili olduğu çek nedeniyle alacaklı konumunda iken, TTK m. 711/3'e göre ödemeden men talimatı verebilecek tek kişi konumundaki keşideci, çekin müracaat borçlusu durumundadır.

olacaktır (TTK m. 704). Bununla birlikte burada mülkiyet hakkına dayalı bir talep söz konusu olduğundan davacı bu iddialarını her türlü delille ispat edebilir.

³⁵ Ayrıca, hamil keşidecinin haksız olarak ödemeden men talimatı verdiği iddiasında ise TCK m. 158/1, b, f ve h hükümleri çerçevesinde nitelikli dolandırıcılık yapıldığı gerekçesiyle keşideci hakkında suç duyurusunda da bulunabilir.

³⁶ Çeki elinde bulunduran hamil, çek bedelinin ödemeden men talimatı nedeniyle ödenmemesi üzerine, ödenmeyen çek bedeli için ihtiyati haciz kararı (İİK m. 257 vd.) alarak keşidecinin mal varlığına hemen el uzatabileceği gibi, kambyo senetlerine mahsus takip yolu (İİK m. 167 vd.) ile keşideci hakkında takip de başlatabilecektir. Çünkü bankaya verilmiş olan ödemeden men talimatı ihtiyati haciz kararı alınmasına veya takipte bulunulmasına engel değildir. Bu durumda keşidecinin ihtiyati haciz kararına karşı yapacağı itiraz (İİK m. 265) ve İİK m. 167 vd. hükümlerine göre İcra Mahkemesi tarafından yapılacak incelemeler sınırlı olduğundan çoğu zaman takibin devamına engel olamayacak, çek hamiline karşı istirdat davacı açmak durumunda kalacaktır. Bununla birlikte, ciro zincirinde kopukluk varsa, keşideci, takibi yapan hamilin yetkili hamil olmadığı iddiası ile İİK m. 170a ve 168/1, b. 3 hükümlerine dayanarak ödeme emrine karşı özel şikayet yoluna başvurarak takibi iptal ettirebilir.

- Çek Kanunu hükümleri açısından bakıldığında, TTK m. 669'a göre mahkemeden ödemedenden men kararı alabilecek kişi olan hamil şikayetçi/mağdur durumunda iken, TTK m. 711/3'e göre ödemedenden men talimatı verebilecek tek kişi konumundaki keşideci sanık durumundadır.

- TTK m. 669'a göre ödemedenden men kararı alan hamilin, bu kararın ayakta kalması için açtığı iptal davası prosedürüne uygun davranışlarda bulunması gerekirken, TTK m. 711/3'e göre ödemedenden men talimatı veren keşidecinin, men kararının etkisini devam ettirmesi için her hangi bir davranış içine girmesi gerekli değildir.

- Diğer taraftan çekin keşideci elinde iken zayi olması durumunda, keşidecinin ibraz süresi sonunda çekten cayması (TTK m. 711/1) mümkün iken, hamilin böyle bir imkanı söz konusu değildir.

II. ÇEK KEŞİDECİSİNİN ÖDEMEDEN MEN TALİMATININ CEZA KOVUŞTURMASINA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Yukarıda, çek keşidecisinin TTK m. 711/3'e göre verdiği ödemedenden men talimatının özellikleri ve hukukî niteliği, TTK m. 699 uyarınca mahkemeden alınan ödemedenden men kararıyla karşılaştırılarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu aşamada, çekin ödenmesine engel olan bu iki farklı hukukî yolun, çek kanunu uyarınca şikayet hakkının kullanılmasına engel olan "*ihtiyatî tedbir veya ödeme yasağı*" kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışma konusu yapılacaktır.

B. Çek Kanunu m. 16b/2 Açıklayıcı Yorumu Muhtaç Olup İlgili Hükmün Konusu Sadece Mahkeme Tarafından Verilen İhtiyatî Tedbir (HUMK m. 101 vd.) veya Ödemedenden Men (TTK m. 699) Kararlarına Özgülenmelidir

Çek Kanunu uyarınca, çekin karşılıksız çıkması halinde şikayet hakkı, "*...ihtiyatî tedbir kararı veya ödeme yasağı nedeniyle süresi içinde ibrazında çek hakkında işlem yapılmaması halinde ise, ihtiyatî tedbir kararının veya ödeme yasağının kalktığı tarihte doğar*" (16b/2). Bu hüküm uyarınca, bir mahkeme tarafından verilen ve çekin ödenmesine engel olan ihtiyatî tedbir kararları ve yine, özel olarak bir mahkeme ta-

rafından TTK m. 699'a göre verilen ödemeden men kararı etkisini sürdürdüğü müddetçe şikayet hakkının kullanılmasına engel olacaktır. Başka bir ifadeyle, ister genel hükümler uyarınca verilen tedbir kararları (HUMK m. 101 vd) isterse özel olarak TTK m. 699 uyarınca verilen ödemeden men kararı ortadan kalkmadığı sürece, çekin ödenmemesi sebebiyle şikayet hakkı kullanılamaz. Bununla birlikte, keşidecinin TTK m. 711/3'e göre verdiği ödemeden men talimatının yukarıdaki hüküm uyarınca ödeme yasağı kavramı içinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bir ceza kanunu metninin açık ve kesin olduğu durumlarda; başka bir ifadeyle metnin niyetinin hiçbir duraksamaya yer vermeden anlaşıldığı durumlarda, hakim metinden ayıramaz (*interpretatio cessat in claris*).³⁷ Ancak metnin yeterli derecede açık olmadığı durumlarda, hakim kendisini “*sanığın lehinde*” hareketle bağımlı görmeyip, metnin ötesinde yorum araçlarından yararlanarak kanun koyucunun iradesini belirlemesi gerekmektedir.³⁸ Aksi halde, salt metne bağlı kalınması kanun koyucunun gerçek arzusundan ve dolayısıyla, kanunun amacından (*latio legis*) uzaklaşılmasına neden olacaktır.

Bilindiği üzere, kanun metinleri yorumlanırken, çeşitli araçlara başvurulur ve bu yorum araçları kanun koyucunun gerçek iradesine yaklaşılmasını sağlar.³⁹

Kanun koyucunun iradesinin metinden çıkarılmasını sağlayan yorum araçlarının ilk grubunu kanun metninde kullanılan kelimelerin anlamı, dilbilgisi ve mantık kuralları oluşturmaktadır.⁴⁰ Kanunda “*ih-tiyati tedbir kararının veya ödeme yasağının kalktığı*” tarihten itibaren şikayet hakkının kullanılabileceği belirtilirken, TTK m. 711/3'de “*keşideci (...)*

³⁷ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Umumî Kısım C. I, İstanbul, 1997, s. 183.

³⁸ Dönmezer/Erman, 184; ayrıca bkz., Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I Genel Hükümler, Dokuzuncu Bası, Ankara 1971, s. 90; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Dördüncü Bası, İstanbul 2006, s. 86; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2006, s. 121; Öztürk, Bahri /Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Em-niyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2005, s. 58.

³⁹ Dönmezer/Erman, s. 184; Erem, s. 101 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 87 vd.; Demirbaş, s. 121-122; Öztürk/Erdem, s. 60; Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekeçli-İçtihatlı)*, C. I Genel Hükümler (Madde 1-75), 2. Bası, Ankara 2005, s. 164 vd..

⁴⁰ Dönmezer/Erman, s. 184; Erem, s. 101; Centel/Zafer/Çakmut, s. 87; Demirbaş, s. 121; Öztürk/Erdem, s. 60; Özbek, 164-165.

muhabatı çeki ödemekten menedebilir” ifadesi kullanılmaktadır. İlk bakışta, keşidecinin ödemedenden menedebilmesi; ödeme yasağı çerçevesinde ele alınmasına müsaittir. Başka bir ifadeyle, kelimelerin anlamları ve dilbilgisi kuralları açısından TTK m. 711/3’de yer alan “ödemeden menedebilir” ifadesinin, Çek Kanunu’nda kullanılan “ödeme yasağı” kapsamında ele alınması mümkün olabilir. Diğer yandan, aynı yorum aracıyla Çek Kanunu’nda ödeme yasağının kalkmasından bahsedildiği için ödeme yasağının geçici nitelikte olduğu; kanunun ödeme yasağının bu geçicilik özelliğine vurgu yaptığı görülmektedir. Fakat keşidecinin TTK m. 711/3’e göre verdiği ödemedenden men talimatının etkisi belirli bir süreyle sınırlandırılmış değildir. Bu hukukî koruma yolu, kullanılmasıyla neticelerini gösterir; başka bir ifadeyle, keşidecinin ödemedenden men talimatı geçici bir hukukî korumayı ifade etmemektedir. Bu çerçevede, Çek Kanunu’nda ödeme yasağının geçici hukukî koruma yoluyla alınabileceği kabul edilmelidir. Bunun yolu da, ancak mahkemeden genel hükümlere göre alınan bir ihtiyatî tedbir (HUMK m. 101 vd) kararıyla veya özel bir geçici hukukî koruma olan TTK m. 699’daki ödemedenden men kararıyla mümkün olabilir.⁴¹

Kanun metninden kanun koyucunun amacını anlamayı sağlayan yorum araçlarının ikinci grubunu, “kanunun genel sistem ve tasnifi”; “ka-

⁴¹ Diğer yandan, keşidecinin TTK m. 711/3’e göre verdiği ödemedenden men talimatının öğretideki görüşler çerçevesinde bir ihtiyatî tedbir olduğu kabul edilse dahi; yine, öğretideki görüşlere uygun olarak talimatın verilmesinden başlayarak on gün içinde iptal veya istirdat davası açılmalı ve bu dava çerçevesinde, mahkemeden ayrı bir ödemedenden men kararı alınmalıdır. Bu tamamlayıcı merasime uyulmadığı takdirde, talimatın verildiği tarihten itibaren on gün içinde ödemedenden men talimatı etkisini yitirecektir. Dolayısıyla, Çek Kanunu 16b/2’deki “ödeme yasağının” kalktığı tarih olarak, ödemedenden men talimatının verildiği tarihten itibaren işleyecek on günlük süre dikkate alınabilir. Görüldüğü üzere, öğretideki görüşlere uygun olarak ödemedenden men talimatının ihtiyatî tedbir niteliğinden bulunduğu kabul edilse bile, talimatın verilmesinden itibaren on gün içinde dava açılmadığı takdirde, ödeme yasağı kendiliğinden kalkacaktır. Artık bu tarihten sonra şikayet hakkının kullanılabilmesi her halükarda kabul edilmelidir. Buna karşın, çek hamilinin ödemedenden men yasağının kaldırılması için genel mahkemelerde dava açmasına gerek yoktur. Esasında hamilin böyle bir dava açmakta hukukî bir yararı da bulunmamaktadır ve dolayısıyla, bu tür davaların usulden reddedilmesi gerekir. Zira ister ödeme talimatının etkisinin sürekli olduğu isterse de, ihtiyatî tedbir niteliğinden bulunduğu için tamamlayıcı bir merasime tâbi olduğu kabul edilsin, ödemedenden men talimatının kaldırılması için yeni bir dava türü yaratmak imkanı yoktur. Öte yandan, bir davadan bahsedebilmek için bu davanın açılmasına neden olan maddî hukuktan kaynaklanan bir talep hakkı ortaya konulmalıdır. Sadece, ceza hukuku alanında hüküm doğuracak şikayet hakkının kullanılması için maddî hukuktan doğan bir talep hakkından bahsedilemez.

nunun amacı (ratio legis)" ve "kanunun yayını hususundaki vesile (occasio legis)" teşkil etmektedir.⁴²

İlk olarak belirtmek gerekir ki, kanunun genel sistem ve tasnifinin yukarıda bahsi geçen hükümler açısından bir açıklayıcı fonksiyonu bulunmamaktadır.

Diğer yandan borçlu/sanık durumundaki keşidecinin her hangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadan verdiği süresiz etkiye sahip ödemeden men talimatının, ceza kovuşturmasının başlamasına engel olarak, karşılıksız çek keşide etme suçunu işlediği iddia edilen sanık/ keşidecinin yargılanmasında engel oluşturması, her şeyden önce Çek Kanun'un *amacına* (esas fikrine [*ratio legis*]) aykırıdır. Çünkü bu kanunun temel amaçlarından birisi de, çek hamilini korumak, karşılıksız çek keşide eden kişiyi ise cezalandırmaktır. Çek Kanunu m. 16b/2'deki ödeme yasağı kavramının, keşidecinin TTK m. 711/3'e göre verdiği ödemeden men talimatını da kapsadığının kabul edilmesi sonuç olarak, sanığın cezalandırılmasının, bir bakıma sanığın *kendi* iradesine bırakılması anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile hükmün böyle yorumlanması, çek hamilini değil, sanık durumunda olacak olan keşideciyi korumakta, hamilden ödemeden men talimatının mahkeme yoluyla kaldırılması yoluna sevk etmekle koruması gereken çek hamilini ise cezalandırmaktadır.

4814 sayılı kanunla Çek Kanunu'na eklenen 16 b maddesinin hükümet gerekçesinde "*Şikayet hakkının başlangıç tarihi konusunda ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla, şikayet hakkının başlama tarihi maddede açıkça gösterilmektedir. Bu düzenlemeye göre karşılığı bulunmayan veya kısmen karşılığı olan çekin ibrazında ihtiyatî tedbir veya ödemeden men yasağı nedeniyle işlem yapılmaması halinde bu sürenin ihtiyatî tedbir kararının veya yasağının kalktığı tarihten başlayacağı*" belirtilmektedir.⁴³ Görüldüğü üzere, söz konusu kanun hükmünün konulu vesilesi, şikayet hakkı hususunda bir açıklık yaratmaktır. Ancak ne yazık ki, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, Çek Kanunu m. 16b/2'nin yeteri kadar açık olduğunu söylemeye imkan yoktur. Öte yandan, şikayet hakkının kullanılması konusunda, bir belirlilik sağlanmak isteniyorsa, söz konusu hükmün kapsamının, yargı organları tarafından verilen tedbir

⁴² Dönmezer/Erman, s. 188; Erem, s. 101-102; Centel/Zafer/Çakmut, s. 88; Özbek, s. 165-166.

⁴³ Hükümet gerekçesi için bkz., Eriş, s. 908, dn. 1.

veya ödemedenden men kararları olarak sınırlandırılması gerekmektedir. Keşidecinin ödemedenden men talimatının hukukî niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmadığı için bu talimatın ne zaman kalkacağı veya etkisinin belirli bir süreyle sınırlı olup olmadığı açıkça ortaya konulamamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun ödemedenden men talimatının ne şekilde ortadan kalkacağını belirtmeden; şikayet hakkının ancak bu talimatın etkisinin ortadan kalkmasıyla birlikte kullanılacağını kabul etmek; dahası bu yolla, bir belirlilik yaratıldığını söylemek mümkün değildir.

Ceza hukuku normunun yorumu, uygulanan araç ve yöntem ne olursa olsun daraltıcı veya genişletici olabilir.⁴⁴ Başka bir ifadeyle, Kanun Koyucu'nun gerçek amacına ulaşabilmek için ceza hukuku normu, genişletici olarak yorumlanabileceği gibi daraltıcı olarak da yorumlanabilir.⁴⁵ İnceleme konumuz açısından ve yukarıda açıklanan gerekçelerle, Çek Kanunu m. 16b/2'de yer alan "ödeme yasağı" ifadesinin *dar yorumlanarak*, sadece TTK m. 669 uyarınca mahkemeler tarafından verilen ödeme yasaklarının bu ifadenin kapsamında ele alınması gerekir.

SONUÇ

1. Çekin rıza dışı elden çıkması halinde, (TTK m. 730/20 atfıyla) TTK m. 669'a göre mahkemeden ödemen men yasağı kararı alınabileceği gibi keşideci TTK m. 711/3 uyarınca ödemedenden men talimatı yoluyla da çek bedelinin ödenmesine engel olabilir.

2. TTK m. 669 uyarınca mahkeme tarafından verilen ödemedenden men yasağı geçici hukukî koruma niteliğinde bir (özel bir ihtiyatî) tedbirdir. Diğer yandan, keşidecinin TTK m. 711/3'e göre verdiği ödemedenden men talimatının hukukî niteliği konusunda öğretilerde tartışma mevcuttur. Öğretilerdeki görüşlerin bir kısmı, ödemedenden men talimatını esas itibariyle havaleden rücu olarak görürken; diğer görüş, bu talimatın ihtiyatî tedbir mahiyetinde olduğunu kabul etmektedir. Ancak, bu görüşlerin dışında, *ödemedenden men talimatının kendiliğinden hak almanın özel bir görünüş biçimi olduğu kanaatindeyiz*.

3. Çek Kanunu'na 4814 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile ek-

⁴⁴ Özbek, s. 168.

⁴⁵ Özbek, s. 168-169; Erem, s. 98; Centel/Zafer/Çakmut, s. 92-93.

lenen ve çek hamilinin şikayet hakkını kullanılmasına engel olan m. 16b/2'deki "ödeme yasağı" ifadesinin, geniş bir yoruma müsait olduğu görülmektedir. Fakat bu suretle kanunun amaçlamayı istediği anlamdan uzaklaşmış olması nedeniyle, ödeme yasağı kavramının amaçlanan anlama kadar daraltılarak yorumlanması gerekir. Esasen Kanun Koyucu'nun amacı da TTK m. 711/3'ü kapsam alanına dahil etmek değildir. Çünkü hükme bakıldığında, "ihtiyati tedbir kararı veya ödeme yasağı" ifadesi yan yana kullanılarak birinin diğerinin alternatifi olduğu gibi bir anlam verilerek bir bakıma bu ikisinin aynı "nitelikte" olduğu (dolayısıyla, bu hususta mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu) vurgulanmaya çalışılmıştır. TTK m. 711/3'e göre keşideci tarafından verilen ödemeden men talimatının hukuki niteliği ise geçici hukuki koruma (ihtiyatî tedbir) niteliğinde olmadığından, m. 16b/2'deki "ödeme yasağı" kavramı kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Sonuç olarak, borçlu/sanık durumundaki keşidecinin TTK m. 711/3'e göre her hangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadan verdiği süresiz etkiye sahip ödemeden men talimatının, ceza kovuşturmasının başlamasına engel olarak, karşılıksız çek keşide etme suçunu işlediği iddia edilen sanık/keşidecinin yargılanmasında engel oluşturmaması gerekir. Aksinin kabulü, sanığın cezalandırılmasının, bir bakıma sanığın kendi iradesine bırakılması anlamına gelmektedir.

İSTİNAF KANUN YOLUNDA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN KEŞİF YAPMASI VE TANIK DİNLEMESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER (Ceza)

Mustafa ALBAYRAK *

Genel Bilgiler

7.10.2004 tarihli *Resmî Gazete'* de yayınlanan 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ancak geçici 3. maddesi ile mahkemelerin faaliyete geçmesi iki yıl ertelenmiştir.¹

Bölge Adliye Mahkemeleri'nin faaliyete geçip geçmemesi veya leh ve aleyhindeki düşüncelerden ayrı olarak halen Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemelerden yola çıkarak istinaf yargılamasında tanık dinlenmesi ve keşfin yapılmasına ilişkin görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

Kuruluş kanunu bu mahkemeleri Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri olarak ikiye ayırmaktadır.

Dört kısımdan oluşan kanunun birinci kısmı genel hükümler, ikinci kısmı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri, üçüncü kısmı ise Bölge Adliye Mahkemeleri ve dördüncü kısmı ise son hükümlerden oluşmaktadır.

Bölge Adliye Mahkemeleri'nin görevleri kanunun 3. maddesinde şu şekilde belirtmektedir.

* Yargıtay Tetkik Hâkimi, mustafaalbayrak@yargitay.gov.tr

¹ Kanunun yürürlük maddesine göre bu kanunun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmesine karşılık 3. maddesi ile "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak en geç iki yıl içinde Bölge Adliye Mahkemeleri için ihtiyaç duyulan bina, araç ve gereçler, yapım, satın alma veya kiralama yoluyla sağlanır" hükmü ile ertelemenin 1 Haziran 2007 tarihine kadar olduğu anlaşılmaktadır.

1. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri'nce verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak,

2. Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi olarak yargı çevresi içerisindeki Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi hâkimleri aleyhinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre açılacak tazminat davalarına bakmak,

3. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Kanunun 36. maddesi hukuk dairesinin görevlerini belirtmekte olup buna göre;

1. Adli Yargı İlk Derece Hukuk Mahkemeleri'nden verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılan başvuruları inceleyip karara bağlamak,

2. Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi olarak; yargı çevresi içerisindeki Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi hâkimleri aleyhine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre açılan tazminat davalarına bakmak,

3. Yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece hukuk mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek,

4. Yargı çevresindeki yetkili adli yargı ilk derece hukuk mahkemesinin bir davaya bakmasına fiili veya hukuki bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı sınırları kapsamının belirlenmesinde tereddüt edildiği takdirde, o davanın Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir hukuk mahkemesine nakline veya yetkili mahkemenin tayinine karar vermek,

5. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Aynı kanunun 37. maddesi ise ceza dairelerinin görevlerini ise şu şekilde göstermektedir.

1. Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri'nce verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak,

2. Yargı çevresi içerisinde bulunan Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek,

3. Yargı çevresindeki Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiili engellerinin çıkması halinde, o davanın Bölge Adliye Mahkemesi yargı çevresi içerisinde

başka bir adli yargı ilk derece ceza mahkemesine nakli hakkında karar vermek,

4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Bölge Adliye Mahkemeleri Kanunu yargılama usulü hakkında birkaç istisna dışında yargılamanın Ceza Muhakemesi Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'na göre yapılacağını belirtmektedir.

İlk Derece Mahkemeleri'nin son kararlarına karşı, bu kararların maddi ve hukuksal açıdan denetimini sağlayan kanun yoluna istinaf kanun yolu denmektedir.

İlk Derece Mahkemeleri'nin;

1. Beraat,
2. Ceza verilmesine yer olmadığı,
3. Mahkûmiyet,
4. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi,
5. Davanın reddi ve
6. Davanın düşmesi

kararlarına (223/1) karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak CMK 272/3. maddesi şu kararlara karşı istinaf kanun yolunun kapalı olduğunu belirtmektedir. Bunlar:

a. Sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümler

b. Üst sınırı *beşyüz günü* geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümler

c. Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler

İstinaf kanun yoluna hükmü veren İlk Derece Mahkemesi'ne verilecek bir dilekçe veya mahkeme katibine yazdırılacak bir beyanla yapılır. (273/1)

İstinaf başvurusunun İlk Derece Mahkemesi'nce kabul edilmesinden sonra istinaf dilekçesi karşı tarafa tebliği edilir. (277/1)

Dava dosyası, Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) Cumhuriyet Başsavcılığı'na geldiğinde incelenerek, varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesi sağlandıktan ve sunulması gereken belge ve deliller de

eklendikten sonra, yazılı düşünceyi içeren bir tebliğname ile birlikte Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi'ne verilir. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname ilgililere de tebliğ olunur.

Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;

a. Bölge Adliye Mahkemesi'nin yetkili olmadığına anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine,

b. Bölge Adliye Mahkemesi'ne başvurunun süresi içinde yapılmadığına, incelenmesi istenen kararın Bölge Adliye Mahkemesi'nde incelenebilecek kararlardan olmadığına, başvuranın buna hakkı bulunmadığına anlaşılması hâlinde istinaf başvurusunun reddine, karar verilir.

Bölge Adliye Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesini, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;

a. İlk Derece Mahkemesi'nin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine,

b. İlk Derece Mahkemesi'nin kararında 289. maddede² belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde, hükmün bozulma-

² Hukuka kesin aykırılık hâlleri

MADDE 289 - (1) Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

- a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.
- b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.
- c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.
- d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.
- e) Cumhuriyet Savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.
- f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.
- g) Hükmün 230. madde gereğince gerekçeyi içermemesi.
- h) Hükmün için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.
- i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.

sına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan İlk Derece Mahkemesi'ne veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir İlk Derece Mahkemesi'ne gönderilmesine,

c. Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra İlk Derece Mahkemesi'nin kararını kaldırarak davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına, karar verir.

BAM hükme etkili olan maddi eksiklikleri ve hukuka aykırılıkları kendiliğinden inceler. Maddi olgu açısından yapılacak denetim, tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yeni baştan yapılması anlamına gelmeyip, yalnızca tartışmalı olan delillerin yeniden incelenmesi ile sınırlıdır.³ Bu aşamada delil ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, istinaf mahkemesi de, İlk Derece Mahkemesi'nin olay tespiti ile ilgililerin ileri sürdüğü nedenlerle bağlı değildir.

BAM'ın yeniden yargılama yapacağından; davaların bir o kadarda bu mahkemelerde uzayacağı dile getirilmektedir.

Bir kere BAM yukarıda da açıklandığı gibi her dosyada yeniden yargılama yapması İlk Derece Mahkemeleri'nde tekrarlanan bütün yargılama faaliyetlerinin burada tekrar yapılacağı anlamına gelmez. Gerekli olduğu zaman ve oranda BAM bunu yapacaktır. Dolayısıyla İlk Derece Mahkemesi'nin bütün işlemlerinin tekrarlanması söz konusu değildir.

Toplanması gereken bir delilin dosyaya konması, tanığın dinlenmesi ve keşif incelemesinin yapılmasını BAM tekrar yapacaktır. Söylediğimiz gibi bu gerekli olduğu durumlarda ve oranda yapılacaktır.

Bölge Adliye Mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde kurulacağı kanununun 25. maddesinde belirtilmiştir. (Şu ana kadar yerleri belli edilmiştir.)

Bu mahkemelerin yargılamasında en çok karşılaşılabilecek sorun yeniden yargılamada; tarafların (Mağdur, şikayetçi, malen sorumlu, katılan ve sanık) ve ilgili kişilerin (tanık ve bilirkişi) dinlenmeleri ile keşfin nasıl yapılacağıdır. Bu mahkemelerin kuruluşuna karşı ileri sürülen en önemli gerekçelerin başında bu iki yargılama konusu gelmektedir.

³ Kunter/Yenisey no.60.6 (Nakleden Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s.709)

Bölge Adliye Mahkemeleri, adli Yargının İkinci Derece Mahkemeleri olup, bunlar Hukuk ve Ceza Daireleri'nden oluşur. Her BAM'nde en az üç hukuk ve en az iki ceza dairesinden oluşacağı kabul edilmiştir.

BAM'i bölgelerin coğrafi durumları ve ilk derecedeki mahkemelelerin iş yoğunluğu göz önüne alınarak belirlenecek yerlerde kurulacak olduğuna göre bu kurulan yerlerin dışında kalan yerler en azından uzaklığın verdiği sorunlar, ulaşımda sorunlar yaşanacaktır. İlk Derece Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine giren yerlerdeki tanıkların (Bunun yanında mağdur, şikayetçi, malen sorumlu, katılan ve sanık) dinlenmeleri ile tekrar keşfin yapılmasında sorunlar karşımıza çıkacaktır.

Bu yazımızda Bölge Adliye Mahkemeleri'nce keşif yapılması ve tanık dinlenmesinin nasıl yapılacağına dair kanun ve uygulamadan çıkardığımız çözüm yollarını göstereceğiz. (Ceza yargılaması esas alınarak) görüşlerimizi açıklayacağız. Ortaya koyacak oluğumuz çözüm yolları yol göstermeye yönelik olup pratik uygulamasında birçok sorunu da beraberinde getirecektir.⁴

TANIKLARIN DİNLENMESİ

CMK'nun 212. maddesinin gerekçesinde göre; suç olarak nitelenen olay hakkında beş duyuları marifetiyle öğrendiklerini, kovuşturma makamlarına anlatan üçüncü kişilere tanık, bunların yaptıkları açıklamalara da tanık açıklamaları denilmektedir.⁵

Tanık beyanı, taraflardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeğe yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyandır.⁶

Tanıklığın (şehadetin); belirli vakalara ait olmak üzere bir kimse-

⁴ İstinaf yargılamasının tabi olacak olduğu yargımla prosedürü ile ilgili olarak kanunun 282. maddesi 1.fıkra (d) bendi “ Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır.” hükmünden hareketle çok önemli bir yargılama faaliyeti olan keşfi zikretmemekle bunun yapılmasının zorluğunu düşünerek kanuna konmamış olabilir. Ancak yeniden yargılama yapacak olan kanun yolu merciini bundan ayrık tutulması düşünülemez.

⁵ CMK'nun 212. madde gerekçesinden

⁶ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986 s. 582.

nin gördüğünü, işittiğini ve bildiğini salâhiyetli makamlar huzurunda söylemesidir. Vicdanî delil ve kanaat sistemi uyarınca diğer deliller gibi şehadetin de ikna kuvvetinin takdiri hâkime aittir.⁷

Kanunun tanıktan başka herhangi bir delil mevcut olmadığı bir hadisede çaresizlik sebebiyle ve tanığın doğru veya yalan söylediğini hâkimin serbestçe takdir edebileceğine inanarak bu şahsî beyyineye yer verdiği, bu itibarla ancak hâkimin önündeki tanıklığa tam bir tanıklık demek mümkündür.⁸

Tanık taraf olmadığından onu çağıran muhakeme makamına göre savunma tanığı veya iddia tanığı gibi sınıflandırılması doğru değildir. Çözüm olarak; savunma makamının çağırdığı tanık veya iddia makamının çağırdığı tanık denilebilir.⁹

Uyuşmazlık konusu maddî gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkartılarak uyuşmazlığın çözüme kavuşmasını ve gerekiyorsa ceza yaptırımı ile karşılanmasını sağlamak için yapılan ceza yargılaması faaliyeti sırasında başvurulmuş araçlardan olan kanıtların bir türü de tanıklıktır.¹⁰

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin Tanık Dinleme Yöntemleri

Açıklamaya çalışacağımız yöntemler şu andaki yargılama yasamızdaki ve kuruluş yasasından edindiğimiz bilgiler doğrultusunda bir tasnif olup bunlardan bir kısmı için yasal düzenlemelerin yapılması da gerekecektir.

1. Tanığın Bölge Adliye Mahkemesine Davet Edilerek Dinlenmesi

Bu mahkemeler için belki en kolay yoldur. Tanığın BAM'a çağrılarak heyetçe dinlenmesidir. Tanığın yol ikametgah ve yevmiyelerinin ödenmesi usul hükümlerindeki kurallara göre yapılacaktır.

⁷ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1944 s. 179.

⁸ Faruk Erem, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*, Ankara, s. 97.

⁹ Metin Feyzioğlu, *Tanıklık Ve Dürüst Muhakeme*, Ankara 1998, s. 12.

¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.1.2002 gün ve 2002/(1) 289-2002/148 sayılı kararı.

2. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Heyetinin Tanığın Bulunduğu İlk Derece Mahkemesi Adliyesine Giderek Dinleme Yapması

Bu yolun hem zor hem de masraflı olduğu açıktır. Tanığın mutlaka dinlenmesi gerektiği durumlarda tanığın hazır edilmesinde insani yönden zorlukların bulunması (felçli yatalak hasta olması, çok yaşlılık vb gibi) halinde başvurulacak istisnai bir yoldur. Ancak dosyalar bölgesel olarak gruplandırılarak bu yolla da dinleme yapılması hem zaman kazanma bakımından hem de az masraflı olması bakımından düşünülebilir.

3. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Üyelerinden Birinin Naip Hâkim Olarak İlk Derece Mahkemesi'nin Bulunduğu Adliyeye Giderek Dinleme Yapması

Bu da çözüm yollarından biridir. Burada da yukarıda belirttiğimiz gibi aynı bölgedeki dosyaların belli bir güne alınarak dinleme faaliyetinin yapılması daha faydalı olacaktır.

4. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi'nin Talimatıyla Yargılamayı Yapan İlk Derece Mahkemesinden Tanığın Dinlenmesinin İstemesi

BAM talimatıyla yargılamayı yapan İlk Derece Mahkemesinden tanığın dinlenilmesi istenebilir. Burada akla gelecek sorulardan biri de daha önce aynı işlemi yapan hâkimin aynı noksanlığı tekrar yapacağıdır. Ancak yapılması istenenler net açık ve anlaşılır bir şekilde istendiğinde bunun noksansız yapılacağını düşünüyorum. Kaldı ki aynı yerdeki başka bir hâkimden de bu talimatı yerine getirmesi istenebilir.

5. Yargılamayı Yapan Mahkemeye En Yakın İlk Derece Mahkemesinden Tanığın Dinlenmesinin İstenmesi

Buda çözüm yollarından biridir. Nitekim birçok ilçenin yerleşim yerleri komşu ilçeye daha yakındır. Burada bölgenin coğrafi koşulları (ulaşım) nazara alınarak bu yolla da tanıklar dinlenebilir.

6. Görüntülü (Online) Olarak Tanığın Dinlenmesi

Belki de en kolay ve en az masraflı ve en çok başvurulacak bir yöntemdir. Anaokulu öğrencilerinin Messenger yoluyla konuşmalarını gördüğümüz bu günlerde UYAP'ın bundan daha iyisini yapacağı muhakkaktır. Nitekim yeni CMK bu konuda yeni bir düzenleme getirmiştir. Kanununun 80/5. maddesindeki düzenlemeye göre “*Tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır. Buna olanak verecek teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir.*” Madde gerekçesinde ise bu durum şu şekilde açıklanmaktadır:

Tanık veya bilirkişinin istinabe yoluyla dinlenmelerinden doğabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak veya en aza indirmek için, esas hakkında hükmü verecek mahkemece de görüntülü biçimde izlenip soruların da sorulabileceği video marifetiyle yayın yönteminin olanak buldukça uygulanması gerekli bir yöntemdir.

KEŞFİN YAPILMASI

Keşif¹¹ de delil elde etmenin bir yoludur.

Keşif; bir şeyi ortaya çıkarmak amacıyla ilgili yerde inceleme yapmaktır.

Keşif, suçun kendisini, nasıl işlendiğini, işlendiği yerin veya suçta taallûku olan yerlerin veya eşyanın hal ve vaziyetini, suçun iz, eser ve delillerini tespit için yapılan adli ve usulî bir muameledir.¹²

Keşfi; muhakemenin gayesine erişmek için hâkimin, beş duyu vasıtasıyla yaptığı teftiş, meydanda olanı dikkatle incelemesidir.¹³

Keşif; hâkimin kararını vermesi için suç yerini, suç eşyasını, suçta hedef olan şahsı, suç izlerini ve eserlerini incelemesidir.¹⁴

Ölünün muayenesi de (otopsi dahil) bir keşiftir.¹⁵ Mağdurun yaralarının duruşmada hâkim tarafından incelenmesi de bir keşiftir.¹⁶

¹¹ “Keşif: açma, meydana çıkarma, gizli bir şeyi bulma, bir sırrı öğrenme”/ Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*

¹² Taner, a. g. e., s. 166

¹³ Kunter, a. g. e., s. 576

¹⁴ M.Muhtar Çağlayan, *Ceza Ve Usul Hukuku*, Ankara. s. 251

¹⁵ Kunter, a. g. e., s. 576

¹⁶ Sedat Bakıcı, *Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hü-*

CMK'nun 83. maddesinin 1. fıkrasında keşfin, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı tespit edilmiştir.

Hükümet Tasarısı'nın CMK'nun 83. maddesiyle ilgili gerekçesinde; keşfin, delil içeriğinin öğrenilmesi, toplanmış delillerin değerlendirilmesi ve icra edildiği yerde var olan durum ile olayın özelliğine göre varlığı umulup da bulunamayan eserlerin ve izlerin yokluğunun saptanması bakımından önemli olduğu vurgulanmıştır.

Keşif gerekiyorsa gün belirlenip yargılamadan önce gerçekleştirilebilir.¹⁷

Keşifte tutanak düzenlenmesi şarttır.

Keşifte yapılan işlemler ve tespit edilen hususlar tutanağa geçirilir.

Dolayısıyla keşfe bir zabıt kâtibinin götürülmesi, bu mümkün olmadığı takdirde hazır bulunanlardan birine yemin verdirilerek zabıt kâtibinin görevinin yaptırılması gerekir.

CMK'nun 83. maddesinin 2. fıkrasına göre; keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır.

Keşif tutanağının mümkün olduğu kadar açık olması gerekir. Bu tutanak keşfe katılmayanlara da tam bir fikir verebilmelidir. Keşif yapılan yer tam olarak belirtilmelidir. Çünkü aradan uzun bir süre geçtikten sonra keşfin tekrarlanması gerekebilir.¹⁸

CMK'nun 84. maddesinin 1. fıkrasında; aşağıdakilerin keşif yapılması sırasında hazır bulunabilecekleri hükmü mevcuttur:

1. Sanık (soruşturma evresinde şüpheli) ve müdafii.
2. Mağdur ve vekili.

CMK'nun 84. maddesinin 3. fıkrasında; mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, şüpheli veya sanığın keşifte bulunmamasına karar verilebileceği hükmü mevcuttur.

kümler, s.189

¹⁷ Osman Yaşar, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005, s. 712

¹⁸ Faruk Erem, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*, s. 178

84. maddenin 4. fıkrasına göre; keşifte hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler.

Anılan maddenin 5. fıkrası gereğince; şüpheli veya sanık tutuklu ise, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hâllerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir.¹⁹

BAM'in Keşif Yapma Yolları

Yukarıda açıkladığımız gibi BAM'nin zorlanacak olduğu yargılama faaliyetlerinden biri, belki de en zoru keşfin yapılmasıdır. Aşağıda sıralamaya çalışacak olduğum alternatif çözüm yolları yargılamaya rahatlama sağlayacak yöntemlerdir. Her birinin zor yanları ve sakıncaları olsa bile sorunun çözümünde başvurulacak yollardan birisi olacaklardır. Tanık dinleme yöntemleri ile de benzerlik arz eden yollara göz atarsak:

Bunlar:

1. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Heyetinin Keşfin Yapılacağı İlk Derece Mahkemesi Adliyesi Yetki Alanına Bizzat Giderek Keşfi Yapması

Bu yol hem zor hem de en masraflı olduğu açıktır. Ancak dosyalar bölgesel olarak gruplandırılarak bu yolla da keşif yapılabilir. Aynı bölgedeki dosyaların belli bir güne bırakılarak keşfinin yapılması zaman kazanma bakımından düşünülebilir. Bunun pratik uygulamasını İdari Yargı Bölge Adliye Mahkemeleri halen yapmaktadırlar.

2. Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi Üyelerinden Birinin Naip Hâkim Olarak İlk Derece Mahkemesi Adliyesi Yetki Alanına Giderek Keşfi Yapması

Bu da çözüm yollarından biridir belki de en çok başvurulacak bir yoldur. Burada da yukarıda belirttiğimiz heyetin gitmesindeki gruplandırmada yapılabilir.

¹⁹ Erdal Noyan, *Ceza Davası, (İddia-Duruşma-Hüküm)* Ankara 2006 (keşif ve tanıklarla ilgili tanımlar bu eserden nakledilmiştir)

3. Bölge Adliye Mahkemesi Talimatıyla Yargılamayı Yapan İlk Derece Mahkemesi'nden Keşfin Yapılmasının İstenmesi

BAM talimatıyla yargılamayı yapan İlk Derece Mahkemesi'nden keşfin yapılmasının istenmesidir. Burada akla gelecek sorulardan biride daha önce aynı işlemi yapan hâkimin aynı noksanlığı tekrar yapacağı düşünse bile yapılması istenenler net açık ve anlaşılır bir şekilde istendiğinde bunun noksansız yapılması mümkündür. Kaldı ki aynı yerdeki başka bir hâkimden de bu talimatı yerine getirmesi istenebilir.

4. Yargılamayı Yapan Mahkemeye En Yakın İlk Derece Mahkemesi'nden Keşfin Yapılmasının İstenmesi

Buda çözüm yollarından biridir. Nitekim birçok ilçenin yerleşim yerleri komşu ilçeye daha yakındır. Burada da bölgenin ulaşım durumu nazara alınarak bu yolla çözüme ulaşılabilir.

SONUÇ

Bölge Adliye Mahkemesi'nin tanık dinlenmesi ve keşif yapması sırasında İlk Derece Mahkemeleri ile sıkı bir işbirliği ve koordinasyon içinde bulunması gerekir.

Bunun yanında BAM kanun yolu denetimini yaparken uygulaması ile de yetki alanında görev yapan hâkim ve savcılara yol gösterici olma ve öğretme görevini de yerine getirecektir. Çünkü karara çıkan dosyanın kanun yolu incelemesi yıllara yayılmayacak, birkaç ay gibi kısa sürede sonuçlanacak ve İlk Derece Mahkemeleri bu kararlar doğrultusunda noksanlıklarını düzeltebileceklerdir. Dolayısıyla tekrar tanık dinleme ve keşif yapılması istisnai bir hal alacaktır. Son CMK hükümleri doğrultusunda yargı organları imkanları ölçüsünde tekniğin kolaylaştırıcı yollarından faydalanma başlamışlardır.²⁰

Yukarıda yapmaya çalıştığımız açıklamalar doğrultusunda baktığımızda halen yeni CMK'nun 272-285. maddelerinde düzenlenen isti-

²⁰ Tarafımızdan incelemesi yapılan bir dosyada (Çameli Asliye Ceza)soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı keşfin tamamını görüntülü kayda almış ayrıca bu keşifdeki sözlü beyanların yazılı dökümünü dosyaya koymuş ve görüntüler dosyanın hazırlanması sırasında seyredilmiştir. (3. CD, 22.11.2006/2958-8764)

naf kanun yolu yargılamasına keşif yapılması ve tanık dinlenmesi ile ilgili hükümlerin ilavesi ile sorunda çözümlenmiş olacaktır.

Kanununun 282. maddesine²¹ belirteceğimiz şekilde veya başka bir yazıyla 2 ve 3 fıkra olarak şu şekilde bir ilave yapılabilir.

(2) Bölge Adliye Mahkemesi tanık dinlemek ihtiyacını hissettiğinde tanığı aşağıdaki yollardan biri ile dinlenip dinlenmeyeceğini takdir ederek tanığı dinler.

Tanık;

a. Tanığın Bölge Adliye Mahkemesine davet edilerek,

b. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi heyetinin tanığın bulunduğu İlk Derece Mahkemesi adliyesine giderek,

c. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi üyelerinden birinin naip hâkim olarak İlk Derece Mahkemesi'nin bulunduğu adliyeye giderek,

d. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesinin talimatıyla yargılamayı yapan İlk Derece Mahkemesince,

e. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesinin talimatıyla yargılamayı yapan mahkemeye en yakın İlk Derece Mahkemesince

f. Görüntülü (online) olarak

dinlenebilir.

(3) Bölge Adliye Mahkemesi keşif yapmak ihtiyacını hissettiğinde keşfi aşağıdaki yollardan biri ile yerine getirip getirmeyeceğine karar verir.

Keşif;

²¹ İstisnalar

MADDE 282 - (1) Duruşma açıldığında aşağıda gösterilen istisnalar dışında bu kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır:

a) Duruşma, bu kanunun öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu okunur.

b) İlk Derece Mahkemesi'nin gerekçeli hükmü de okunur.

c) İlk Derece Mahkemesi'nde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur.

d) Bölge Adliye Mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır.

a. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi heyetinin keşfin yapılacağı İlk derece Mahkemesi Adliyesi yetki alanına bizzat gidilerek

b. Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi üyelerinden birinin naip hâkim olarak İlk Derece Mahkemesi Adliyesi yetki alanına gidilerek

c. Bölge Adliye Mahkemesi talimatıyla yargılamayı yapan İlk Derece Mahkemesi'nden keşfin yapılmasının istemesiyle

d. Yargılamayı yapan mahkemeye en yakın İlk Derece Mahkemesi'nden keşfin yapılmasının istenmesiyle

yerine getirilir.

Sunulan bu çözüm yolları arasından istinaf yargılamasının amacına uygun olan ilk üç yoldan birisinin seçilmesi daha uygun olacaktır.

İSTİNAF KONUSUNDA BAZI KAYNAKLAR:²²

BAYRAKTAR, Köksal, *İstinaf İle İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, 1998, s. 33; BEREKET, Zuhâl, *İdari Yargılama Usulü Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu*, Danıştay Dergisi, 1996, C. 27, sy. 11, s. 94; BİLGE, Necip, "Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964; CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003; EREM, Faruk, *İstinaf Mahkemeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, sy. 1-2, s. 9-17; ERCAN, İbrahim, *Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi*, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Gününü Armağanı, C. 1, s. 671; FRANKO, N. İ., *Fransız İstinaf Teşkilatına Kısa Bir Bakış*, Adalet Dergisi, 1963, sy. 1-2, s. 73-94; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, *Batı Avrupa İstinaf Mahkemeleri ve Türkiye'miz*, Adalet Dergisi, 1955, sy. 5, s. 431-441; GÖZÜBÜYÜK, Ömer, *İstinaf Mahkemeleri Kurulmalı*, Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler, 1, 1971-1972, s. 1-4; GÜCÜK, Turgut, *İstinaf Mahkemeleri Kurulurken*, 1986, 3. s. 333-336; KUNTER, Nurullah – YENİSEY, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, İkinci Kitap, 13 üncü Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005; KURU, Baki, *İstinaf Mahkemeleri Kurulurken*, Adalet Dergisi, 1963, sy. 5-8, s.548-569; LALİK, Talat, *Temyiz*

²² Sayın Prof. Dr. Doğan Soyaslan tarafından, başkanı olduğu İstinaf Mahkemeleri Hakim ve Savcıları İçin Ceza Usulü Eğitim Faaliyeti Komisyonu için hazırlanan programla ilgili olarak derlenmiş kaynaklar listesidir.

Teşkilatını Kuşvetlendirmeli mi, Yoksa İstinaf Mahkemelerini mi Kurmalı?, Hukuk Dergisi, 1944, C. 1, sy. 5, s. 3-9; ÖKTEM, Imran, Üst Mahkeme ; İstinaf, Ansay'a Armağan, s. 91-103; ÖZBEY, Cevat Hakkı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun Tadilatı Münasebeti İle İstinaf Teşkilatına İhtiyacımız Katidir, Hukuk Gazetesi, 1939, V/35-36, s. 10-11; REABURN, W. N., İstinaf Hakkının Tahdidi, Çev. Şinasi ZİHNİ, İstinaf Hakkının Tahdidi, Adalet Dergisi, 1935/2, s. 94-95; RIESS, Peter, Ceza Muhakemesinde Kanunyollarının Yeniden Düzenlenmesi, Çev. Feridun YENİSEY, İÜHFİM, C.XLII, sy. 1-4, İstanbul, 1977; RUACAN, Asım, Temyizi Kuşvetlendirmek mi? İstinaf Teşkilatı mı?, Hukuk Dergisi, 1944, C. 1, s. 5, s. 3-9; SELÇUK, Sami, Üst (İstinaf) Mahkemeleri Tezelden Kurulmalı, Ankara Barosu Dergisi, 1992, C. 49, sy. 1, s. 20; SURLU, Mehmet Handan, Türk Hukuk Uygulamasının Tarihsel Perspektifi Açısından İstinaf (Üst) Mahkemeleri veya Türk Yargı Sisteminin Dinmeyen Özlemi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2000, C. 13, sy. 2, s. 459; TOSUN, Öztekin, Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanunyollarının Çeşitleri, İÜHFİM, C. XXXV, sy. 1-4, İstanbul, 1970; TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Muhakemenin Yürüyüşü, C. II, 2. Bası, İÜHFİY, İstanbul, 1976; TÜZEMEN, Orhan, Temyiz ve İstinaf Mercii Olarak Danıştay, Türk İdare Dergisi, 1968, sy. 312, s. 70-84; ÜNVER, Naci, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı, Tüze Yayıncılık, Ankara 1998; YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İÜHFİY, İstanbul, 1979; YENİSEY, Feridun, Temyizin Genişletilmesi Sorunu, İÜHFİM, C. 524, 1986-1987; YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanunyolları, 2. Bası, İstanbul, 1990; YILDIRIM, M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği, İstinaf, İstanbul, 2000; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2005; YÜCE, Turan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz- İstinaf-Temyiz), Ötüken Yayınları, Ankara, 1967 KİYAK, Fahrettin, Türkiye'de Üst Mahkemeler Kurulmalı mı? Yargıtay Dergisi Cilt 2 Sayı 1. İKİNCİ, Ali, Bir Üst Mahkemenin Kuruluşuna Dair İnceleme. Adalet Dergisi sayı 3-4. GÜR, Kemal; Üst Mahkemeler Üzerine; Yargıtay Dergisi, cilt 3 sayı 2. GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Üst Mahkemeler, Yargıtay Dergisi cilt 2, sayı 4. SELÇUK, Sami, Konumu Açısından Yargıtay ve Üst Mahkemeler, (İstinaf) Sorunu, Yargıtay Dergisi Cilt 2 sayı 4. İSTİNAF MAHKEMELERİ, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003 TBB yayını.

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU TASARISI'NIN TÜRKÇESİ ÜZERİNE

Saffet CAN *

Yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), 18.06.1927 tarihinde Nechâtel (İsviçre) Hukuk Yargılama Yasası kaynak alınarak kabul edilmiştir.¹ Günümüze değin birçok değişikliğe uğramış olan HUMK'un birçok maddesinin günümüz Türkçesine uygun olmadığı bir gerçektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda (kısaca Tasarı denilecektir) dil bakımından önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmışsa da bunlar yeterli olmamıştır.

Öncelikle belirtelim ki “Öğretide *ve uygulamada yerleşmiş bir kelime olarak ‘yargılama’ yerine ‘muhakeme’ teriminin kullanılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki Anayasa’ımızda bile ‘yargılama’ terimi kullanılmaktadır.*”² Anayasa madde 141/II “*Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.*” demektedir. “*Yasaların Anayasa’ya aykırı olamayacağı deyişini, kullanılan dil açısından da geçerli saymak, kanımızca hukuk dilindeki terim birliğini sağlamak açısından da uygun olacaktır.*”³ Yargıtay 20 Hukuk Dairesi'nin “*Yargılamanın iadesi sebepleri HUMY'nın 445. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Yorum yoluyla başka nedenler yaratılamaz. Kesinleşmiş mahkeme kararlarından sonra gelişen Yargıtay kararları ile kabul edilen hukukî olgular yasada yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmemiştir*”⁴ diyen bu örnek kararında günümüz Türkçesine uy-

* Avukat, İstanbul Barosu.

¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı gerekçesine bkz.,

² Prof. Dr. Süheyl Donay, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005 s. 1, 2.

³ Prof. Dr. Süheyl Donay, a. g. e.

⁴ 20. HD E: 2001/10904, K: 2002/2198, T: 14.3.2002 *Yargıtay Kararları Dergisi*, Haziran 2002, sayı 6, sayfa 912.

gun olarak, 'muhakeme' yerine 'yargılama', kanun yerine 'yasa', 'vakia' yerine de 'olgu' sözcükleri kullanılmıştır.

"Yargılama teşkilatı da muhakeme hukukuna dâhil olduğuna göre, hem usulü hem de muhakeme teşkilatını içine alabilecek terim Medeni Yargılama Hukuku terimidir"⁵ diyen Prof. Dr. S. Üstündağ, bu konuda yazılmış kitabının adını da "Medeni Yargılama Hukuku"⁶ koymuştur. Tasarı'da da "yargılamanın iadesi" terimi kullanılmıştır. Buradaki 'yargılama' teriminin, Tasarı'nın başlığında niçin kullanılmadığı anlaşılammaktadır.

Bu açıklamalardan yararlanarak Tasarı'nın ön adına "Hukuk Yargılama Yasası", yeri gelmişken ikiz kardeşinin adına da "Ceza Yargılama Yasası" denmesi günümüz Türkçesine daha uygun düşmez miydi? Yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, 'muhakeme' tekil olarak kullanılmış iken Tasarı'da 'Muhakemeler' denilerek çoğul biçim kullanılmış, bunda bile tekil, çoğul bakımından terim birliği sağlanamamıştır.

İSTİCVAP MI? SORGU MU?

HUMK m. 230 - 234'teki kurallar 'isticvap' ile ilgilidir. Arapça kökenli olan bu sözcüğün anlamı: Türk Dil Kurumu'nun Türkçe Sözlük'ünde⁷ sorguya çekme, sorgu; 11.02.1937'de başlanarak 11 yıl süren yorucu bir çalışma sonunda 30 Haziran 1948'de bitirilen Türk Hukuk Lûgatı'nda⁸ 'sorgu' olarak verilmektedir. Ne var ki Tasarı'yı hazırlayan kurul, 1930'ların da gerisine giderek sözde bu sözcüğün tam olarak Türkçe karşılığı yokmuş gibi 'isticvap' sözcüğünü kullanmayı günümüz Türkçesine uygun görmektedir. Yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu 145 - 148 maddelerinde 'isticvap' yerine 'sorgu' terimi kullanılmıştır. Gerek medeni hukuk, gerekse ceza hukukunda olsun 'isticvap', bir kişiye soru sorup ondan gerekli yanıtları alma işinin adıdır.⁹ Bu yapılan işlerin içeriklerinin ayrı olması, bunların adlandırılmasının da ayrı olmasını gerektirmezdi.

HUMK madde 230/II' ye göre: "İsticvap, müddeaya bihe veya onunla

⁵ Prof. Dr. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Yaylacık Matbaası İstanbul, 1992 sayfa 42.

⁶ Prof. Dr. Saim Üstündağ, a. g. e.

⁷ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, Ankara, 2005.

⁸ *Türk Hukuk Lûgatı*, Ankara 1991, Başbakanlık Basımevi.

⁹ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, bkz.,

münasebeti olan hallerle vakialara taallük etmek icap eder." (Toplam sözcük sayısı 13, Türkçe kökenli sözcük sayısı 4'tür.)

Tasarı madde 173 - (2)'ye göre: "*İsticvap, davanın temelini oluşturan vakialar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur.*" (Toplam sözcük sayısı 12, Türkçe kökenli sözcük sayısı 5'tir.)

Prof. Dr. Bilge Umar'ın bu fıkraya ilişkin olarak:¹⁰ "*Aslında, HUMK m. 230 f. II ifadesi dahi kaynak yasadaki dosdoğru çevrilmemiştir; kaynak yasa, 'İsticvap, dava sürecinin vakialarına ve davanın bütün ayrıntılarına ilişkin olabilir' der.*" Ayrıca kaynak yasadaki geçen "*circostances*" sözcüğü için ise "*burada haller, koşullar değil ayrıntılar anlamındadır*"¹¹ diyerek Tasarı'yı hazırlayanlara uyarıda da bulunmuştur.

Bu üç düzenlemeyi karşılaştırdığımızda öncelikle saygıdeğer yargıçlarımıza ve tüm hukukçulara, gerçekten kolaylıklar dilemekten kendimi alamıyorum.

Şimdi kaynak yasa metninin Fransızcasını¹² yazarak günümüz Türkçesine uygun çevirisini verelim.

"L'interrogatoire peut porter sur les faits du procès et sur toutes les circonstances de la cause."

"Sorgu, davanın olguları ve hakkın tüm nedenlerine ilişkin olabilir."

Görüldüğü üzere burada; '*circostances*', ayrıntılar değil '*nedenler*' anlamında, yukarıda verilen örnek Yargıtay kararına da uygun olarak '*vakia*' yerine '*olgu*' sözcüğü kullanılmıştır.¹³ Çevirideki yabancı kökenli sözcük sayısı ise yalnızca 3'tür.

GENEL YETKİ ÜZERİNE

Tasarı'daki yetki kuralları, yürürlükteki HUMK'tan çok daha özgün olarak düzenlenmiştir. Ne var ki Türk Medeni Kanunu madde 19'daki yanlış terim seçimi burada da kendini göstermiştir. Kural

¹⁰ Prof. Dr. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 67

¹¹ Prof. Dr. Bilge Umar, adı geçen makale.

¹² Prof. Dr. Bilge Umar, Fransızca metin adı geçen makaleden alınmıştır.

¹³ *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, Prof. Dr. Yavuz Alançaya, Prof. Dr. Kamil Yıldırım, Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım, İstanbul Barosu yayınları 2006, benzer görüş için Av. Kazım Kolcuoğlu'nun "Sunuş" yazısına bkz.,

olarak mahkemelerin genel yetkisi, davalının konutuna göre belirlenir. Yerleşim yeri İstanbul olan bir davalı için genel yetkili mahkeme, İstanbul'un tüm mahkemeleri değildir. Örneğin: Maslak da bir yerleşim yeridir ve burası İstanbul, Şişli ve Sarıyer olmak üzere üç değişik mahkemeye bağlanmıştır. Konutu Maslak'ta olan bir davalı için genel yetkili mahkeme, ancak konutunun bağlı olduğu bu üç mahkemeden biridir. Bu bakımdan Tasarı'nın 11. maddesinde geçen yerleşim yeri terimi yerine konut teriminin kullanılması yanlış anlaşılmalara da engelleyecektir.¹⁴

Tasarı "Madde 11 – (1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki konut mahkemesidir.

(2) Konut, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir." biçiminde olmalıydı.

HÜKÜM AÇIKLAMASI ÜZERİNE

"Bilindiği üzere, açıklama (tavzih), bir hükmün anlaşılamayacak biçimde (müphem) bulunması veya açıklıkla anlaşılabilir (gayri vazih) ve çelişik fıkraları taşıması durumunda, hükümdeki gerçek anlamın meydana çıkarılması amacıyla başvurulan bir yoldur" diyen Yargıtay 1. Hukuk Dairesi bu örnek kararıyla hukuk yargılamasında 'açıklama' teriminin ne anlama geldiğine de açıklık getirmiştir. Hem hukuk hem de dil açısından örnek sayılabilecek bu kararda, yasa dilinde geçmesi nedeniyle yabancı kökenli terimler araç içinde verilmiştir. Bunun tek nedeni yasa dilinin çok eski ve yabancı kökenli sözcüklerden oluşmasıdır sanırım. Yoksa Türkçemizin anlatım gücü dilimizdeki yabancı kökenli sözcüklerin desteğine gereksinim duymayacak kadar yetkindir. Araç içinde verilenler hiç okunmadan da bu örnek karar çok açık bir biçimde anlaşılabilir. Ne var ki Tasarı'yı hazırlayan kurul, 1927'lerin Osmanlıcasının 'tashih' ve 'tavzih' terimlerini günümüz Türkçesine uygun görerek az yukarıda geçen örnek karardan da anlaşılacağı üzere bunların dilimizin anlatım gücüne bir engel oluşturduğunu anlayamamıştır.

¹⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz., S. Can, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Türkçesi Üzerine, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 63, Mart/Nisan 2006 ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Polijeğe ilişkin Bazı Maddelerin Kaynağa Uygunluğu Üzerine, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 64, Mayıs/Haziran 2006.

Türkçemizde takısız ad tümlemesi (taamlaması) kuralı vardır. Örneğin; “Bahçe duvarı, ev kapısı” dediğimizde bahçeye ilişkin duvar, eve ilişkin kapıdan söz etmiş oluruz. Dilimizde ilk kez kullanıldığını sandığım ‘konut mahkemesi’ adlandırması da bu tür bir ad tümlemesidir. Terimlerde daha yalın bir anlatım kullanılması gereği bakımından konuyla ilişkin olarak bu bölüm başlığına yalnızca “Hüküm açıklaması” denmeliydi. Tasarı’da ise bu bölüm başlığı olarak “Hükümün Tashihi ve Tavzihî” denmiştir. Oysa anlatım mantığı bakımından hüküm önce açıklanmalı sonra düzeltilmelidir. Salt bu açıdan bile baktığımızda başlık seçimi uygun olmamıştır. Gerek ‘tashih’ gerekse ‘tavzih’ gibi sözcüklerin günümüz Türkçesinde ‘lafkalabalığı’ yapmaktan başkaca bir işlevi artık kalmamıştır. Yine, Tasarı 308. maddede bölüm başlığıyla çelişkiye düşülerek ‘karar’ dan söz edilmiş ve “Karardaki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar...” denilerek “diğer benzeri açık hatalar” ile ne anlatılmak istendiği yeterince açık olmamıştır. Halk dilinde “lastikli” denilen anlatımların yasa dilinde olmaması gerekirdi. Kanımca, 1086 sayılı yasanın 459. maddesinin “İki tarafın ad, sıfat ve istem sonucuna ilişkin yanlışlar ile hükümdeki hesap yanlışları...” biçimi korunmalıydı ve bu bölümdeki madde sıralaması da değişmemeliydi. Böylece ‘istem sonucuna ilişkin yanlışlar’ın, yalnızca açıklamayı gerektirecek nitelikteki yanlışlıklar olduğu da daha iyi anlaşılacaktır. Ayrıca Tasarı 310. maddeye (3) numaralı fıkranın eklenmesine de gerek kalmazdı.

SORUŞTURMA ÜZERİNE

Soruşturmanın sözlük anlamı; “Bir sorunu açıklığa kavuşturmak amacıyla bir idari veya adli makamın yönettiği, ilgililerden ve tanıklardan bilgi toplama, konuyu inceleme işi, tahkik, tahkikat”¹⁵ olarak verilmektedir. İster ceza yargılamasında, ister hukuk yargılamasında, isterse Meclis soruşturmasında olsun yapılan işin, içerikleri ayrı olsa da Türkçe adına ‘soruşturma’ denir. ‘Tahkikat’ın Arapça kökenli olarak dilimize girmiş olmasından başka, soruşturma anlamının dışında bir anlamı yoktur. Yürürlükteki Ceza Yargılama Yasası’nda ‘tahkikat’ yerine soruşturma terimi kullanılmıştır. Övünülecek bu ince düşünceyi Tasarı’da da görmeyi çok isterdim.

Tasarı’nın Türkçesinin ne denli başarılı olduğunu görmek ba-

¹⁵ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, a. g. e.

kımından önce bu konu ile ilgili olan HUMK 221. maddesini, sonra Tasarı'nın ilgili 148. maddesini verelim.

“Madde 221 – İki tarafın esas dava hakkında dermeyan edeceği bilimum itiraz ve müdafaalar birlikte tahkik olunur. Şu kadar ki tahkikat hâkimi muhakemeyi basitleştirmek veya kısaltmak için re’sen veya iki taraftan birinin talebine binaen tahkikatın her halinde mezkûr itirazat veya müdafaattan birini veya bir kısmını diğerinden evvel tahkik ederek hükmedilmesine karar verebilir.”

Bu maddede toplam sözcük sayısı 49, Türkçe kökenli sözcük sayısı 15, oranı %30,6’ dır.

“Tahkikatın konusu

Madde 148 – (1) Tarafların davada ileri sürdükleri bütün iddia ve savunmalar birlikte incelenir.

(2) Hâkim, muhakemeyi basitleştirmek veya kısaltmak için re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine tahkikatın her aşamasında iddia veya savunmalardan birinin veya bir kısmının diğerinden önce incelenmesine karar verebilir.”

Bu maddede toplam sözcük sayısı 39, Türkçe kökenli sözcük sayısı 18, oranı %46,2’ dir.

Şimdi de bu maddeyi daha çok sayıda Türkçe kökenli sözcük kullanılarak verelim.

“Soruşturmanın konusu

Madde 148 – (1) Tarafların davada ileri sürdükleri bütün sav ve savunmalar birlikte incelenir.

(2) Yargıç, yargılamayı kolaylaştırmak veya kısaltmak için kendiliğinden veya taraflardan birinin istemi üzerine soruşturmanın her aşamasında sav ve savunmalardan birinin veya bir kısmının diğerinden önce incelenmesine karar verebilir.”

Bu maddede toplam sözcük sayısı 39, Türkçe kökenli sözcük sayısı 28, oranı %71,8’ dir.

‘Tahkikat’ yerine ‘soruşturma’ terimini kullanan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin örnek bir kararından alıntı yaparak bu konuyu kapatalım.

“Dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi durumunda ölen kişi-

nin Medeni Yasa'nın 27/1. maddesi uyarınca taraf ehliyeti son bulacağından mirasçuları davada re'sen (kendiliğinden) o tarafın yerini alırlar. Ölüm anından itibaren davanın tarafı artık ölenin mirasçısıdır. Taraf teşkili davanın görülebilme koşullarından olup mahkemece re'sen (kendiliğinden) yapılması gereken işlemlerdendir. 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın 36. ve Usulün 415. maddelerinde re'sen yapılması gereken soruşturma ve tebligat işlemleri için gereken giderlerin ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere bütçeye konulacak ödenekten karşılanacağı hükme bağlanmıştır.”¹⁶

DÜZELTME ÜZERİNE

Tasarı'da geçen 'ıslah' teriminin Türkçe karşılığı sözlüklerde düzeltme olarak verilmiştir. "HUMK 83 ve ardından gelen maddelerde düzenlenmiş olan ıslah; taraflardan birinin usule ilişkin işlemi kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan bir yöntem olup, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının da bir istisnasıdır"¹⁷ diyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu örnek kararından da 'ıslah'ın bir düzeltme işlemi olduğu anlaşılmaktadır.

Islah yerine düzeltme sözcüğü kullanılarak Tasarı'da; "Madde 180-(1) Taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen düzeltebilir.

(2) Aynı davada, taraflar ancak bir kez düzeltme yoluna başvurabilir" biçiminde düzenlenebilirdi.

Yine, "Madde 181 - (1) Islah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.

(2) Islah, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Karşı taraf oturumda hazır değilse veya ıslah talebi oturum dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir." diyen düzenleme ise, yasa maddesi olmaya uygun olmayan, belki ders kitaplarında bu madde ile ilgili açıklama niteliğinde olabilecek bir biçimde düzenlenmiştir. Bu maddeyi de tek fıkra olarak yalın bir anlatımla verelim.

"Madde 181 - (1) Düzeltme istemi, sözlü veya yazılı olarak soruşturma-

¹⁶ Yargıtay 17. HD E: 2000/5401, K: 2000/5359, T: 23.11.2000, Yargıtay Kararları Dergisi Ocak 2001, s. 73

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2004/4-200, K: 2004/222, T: 14.4.2004, YKD, Aralık 2004, s. 1807

nın sona ermesine kadar yapılabilir. Bu istem yazılı olarak yapılmışsa dilekçe, karşı tarafın bulunmadığı duruşmada yapılmışsa tutanak karşı tarafa bildirilir.”

Bu örnek düzenlemede toplam sözcük sayısı 26 olup, yabancı kökenli olarak da yalnızca ‘veya’ ile ‘taraf’ sözcükleri kullanılmıştır.

Dava düzeltme, karar düzeltme ve hüküm düzeltme terimlerinin her üçü de düzeltme kavramı içerdiklerinden adlandırılmalarında da düzeltme sözcüğünün bulunması gereklidir. Dava düzeltme adlandırması yerine yalnızca ‘düzeltme’ denebilir, diğerleri yukarıdaki biçimleriyle kullanılabilir.

KISA KISA

Tasarı’da:

1. Bölümlerin alt bölümleri anlamında “ayırım” denmiş ancak bu sözcüğün doğru yazılışı ‘ayırım’dır.¹⁸

2. Bölüm başlığı olarak “Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler” denmiştir. Buradaki kurallar yasalaşınca uyulması gerekli kurallar olacaktır. Bu nedenle başlık yalnızca ‘Yargılama İlkeleri’ olarak verilir, bu ilkelerin yargılamaya egemen olduğu yorumu ise ders kitaplarına, yargı kararlarına bırakılırdı daha uygun olmaz mıydı?

3. “Eski Hâle Getirme” yerine ‘Eski Duruma Getirme’ denilseydi, bizleri hem şapkalı ‘â’ yazma güçlüğünden kurtarır, hem de yüz de yüz Türkçe olurdu.

4. “Dava Şartları” denmiştir. “Dava şartları, mahkemenin davanın esas hakkında yargılamada bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, davanın açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.”¹⁹ diyen Yargıtay kararından da şart ile koşulun eş anlamlı olduğu anlaşılacağı üzere, aynı kavram için hem şart hem de koşul denmesinin gereksizliği ancak yasa dilinin ‘Dava Koşulları’ biçiminde yazılmasıyla önlenebilirdi.

¹⁸ Bkz., *Yazım Kılavuzu*, TDK, Ankara, 2005

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2003/21–30 K: 2003/57, T: 05.02.2003 YKD, Haziran 2003, s. 847

5. “Cevap” yerine, günümüzde sıkça kullanılan Türkçe kökenli ‘*yantı*’ denseydi anlaşılabilir miydi?

6. “*Kıyasen uygulanacak hükümler*” madde başlığı yerine ‘*Örnekseme hükümleri*’ denilerek, “*Madde 179 – (1) Tanıklığa ilişkin 252, 253, 262 - 267²⁰ madde hükümleri niteliğe aykırı düşmediği sürece sorguda da uygulanır*” biçiminde yazılıysaydı, bu madde anlaşılabilir miydi?

7. “*İspat ve Deliller*” yerine ‘*Kanıtlanma ve Kanıtlar*’ denmesi daha uygun olmaz mıydı?

“*Kanıtlanmanın konusu*”

Madde 191 – (1) Kanıtlanmanın konusu, uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli olguları içerir ve bu olguların kanıtlanması için kanıt gösterilir.

(2) Herkesçe bilinen olgularla, ikrar edilmiş olgular çekişmeli sayılmaz.” biçiminde düzenlenseydi anlaşılabilir miydi?

8. “*İbraz*” yerine ‘*sunma*’ kullanılıp, 223. madde başlığı “*Tarafın belgeyi sunmaması*” biçiminde yazılarak, madde içinde ve ilgili maddelerde de gerekli değişiklikler yapılabilir. ‘*Sunma*’nın anlamının ‘*ibraz*’inkinden çok daha uygun olduğunu özellikle belirtmek isterim.

SONCA

‘*Olguların kanıtlanması için kanıt gösterilir*’ anlatımını yadırgayan olursa “*Yemek yemeye gidiyorum*” biçimindeki anlatımın hiç yadırganmadığını söyleyebilirim. Gerçekte dil bir alışkanlık işidir. Tasarı’yı hazırlayan kurul üyeleri, eski terimleri kullanmaya alışmış olmaları nedeniyle olsa gerek, Türkçe kökenli sözcüklere pek sıcak bakmamışlardır. Yoksa Tasarı’nın Türkçe kökenli sözcüklerinin oranı çok daha yüksek olurdu. En azından Yargıtay içtihatlarında yer almış Türkçe kökenli hukuk terimlerinin kullanılması gerekirdi. Böylece ne Türkçe, ne de yabancı kökenli terimlerin yargı kararlarında ayrıca içinde yazılmasına gerek kalmazdı. Ayrıca Tasarı’daki Türkçe kökenli sözcüklerin oranı ne denli yüksek olursa, tüm hukukçuların dil yetisine de o denli etkili olacaktır. Çünkü Hukuk Yargılama Yasası, özel hukukun tüm uyumsuzluklarını kapsayan çok önemli bir yasadır.

²⁰ Kısa çizginin ilâ anlamına geldiğine ilişkin kural için bkz., TDK Yazım Kılavuzu.

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI DOLAYISIYLA İŞVERENİN SORUMLULUĞU

Nurdan OKUR *

GİRİŞ

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesi gereğince, iş kazası veya meslek hastalığı işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir hareketi sonucu olmuşsa Kurum,¹ iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sigortalıya veya hak sahibi kimselere yaptığı veya ileride yapması gereken her türlü giderlerinin tutarını ve gelir bağlanmış ise, bu gelirlerin peşin sermaye değerlerinin toplamını rücu davasıyla işverenden isteyebilir. Rücu davasında işverenin sorumluluğu sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlandırılmıştır.

İş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası için, prime esas kazancın tehlike sınıfına göre % 1,5 ila % 7'si kadar öngörülen tüm primlerin işverenden alınması nedeniyle işverenin bu risklerden doğan sorumluluğu sosyal sigortalara devrettiği düşünülebilir. Ancak, Kuruma belli koşullarda işverenden rücu davasıyla iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalı ya da hak sahibi kimselere yaptığı ödemeleri isteme hakkının tanınmasının gerekçesi, işverenlere işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirleri konusunda caydırıcılığı egemen kılmak suretiyle, gerekli önlemlerin alınmasını teşvik etmek olarak açıklanmaktadır.² Bu yönüyle

* Hâkim.

¹ 16.5.2006 günlü, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu hükümlerine göre Kurum, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nı ifade eder.

² Müjdat Şakar, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rüccûunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu" MESS SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Sayı 2, s. 130.

işverenin sorumluluğu, sosyal güvenlik sistemlerinin önleyici işlevinden kaynaklanmaktadır.

İşverenin sorumluluğunun diğer amaçları ise, sigortalının uğradığı iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı nedeniyle yapılan sağlık ve parasal yardımların Kurumun malvarlığında meydana getirdiği eksikliği gidermek, zararın belirgin bir biçimde Kurumca karşılanmasından dolayı sigortalı işçi ve onun işvereni arasında baş gösterecek çekişmeyi ve sürtüşmeyi önlemektir.³

1.7.1994 günlü, E. 1992/3, K. 1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan Kurumca sağlanan gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların, 506 sayılı kanunun 26. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde sorumlulardan geri istenebileceği belirtilmiştir.⁴ Bu karar gereğince rücu davasında işverenin sorumluluğu, iş kazası ve meslek hastalığı ile illiyet bağından bağımsız kanun, kararname ve katsayı değişikliklerinden de işverenin sorumlu olacağı şeklinde hakkaniyete aykırı olarak genişletilmiştir.

Üstelik anılan kararda, açılacak rücu davalarının, kanundan doğduğu ve temelinde geri alma hakkı bulunan kendine özgü nitelikte haleflik hukuki temeline dayandığı, on yıllık zamanaşımına tabi olduğu, zaman aşımının her bir gelirin artışı için Kurumun yetkili organının onayladığı tarih olduğu benimsenmektedir. Karar gereğince, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan primlerini düzenli olarak ödeyen işverenler talihsiz bir olay nedeniyle yıllarca tazminat davaları ile karşı karşıya kalmaktadırlar.

Kuruma tazminat hukuku ilkelerinin öngörmediği, kimi haklar ve ayrıcalıklar tanıyan bu durum hukuk dünyasında uzun süre tartışma konusu olmuştur.⁵

Makalemizde 506 sayılı kanunun 26. maddesindeki işverenin sorumluluğunun koşulları, Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bazı kararları da gözetilerek değerlendirilmiştir.

³ Ali Güzel/ Ali Rıza Okur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta Basım, 2002, s. 229.

⁴ YİBK, 1.7.1994 günlü, E. 1992-3, K. 1994-3.

⁵ Utkan Araslı, *Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar*, Birinci Bası, Ankara, Turhan Kitabevi 2002, C. 1, s. 495.

I. İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A. Hukuki Dayanak

20.06.1987 günlü, 3395 sayılı kanunun 2. maddesiyle değişik 506 sayılı kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasında rücu hakkı, “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kasti veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir” şeklinde belirtilmiştir.

506 sayılı kanunun 26. maddesinin gerekçesinde; “Madde hükmünde iş kazası veya meslek hastalığı, işverenin kasti veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veya suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuş olması halinde Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. madde hükmüne göre sermayeye çevrilmesinde Yargıtay kararları muvacehesinde, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebileceği tazminat miktarı ile sınırlı tutulmuştur.” denilmiştir.

Gerekçedeki “iş kazaları veya meslek hastalıklarında işverenin sorumluluğundan doğan tazminat ödeme yükümlülüğü bu konuda verilen yargı kararları doğrultusunda yeniden düzenlenerek, tatbikatta doğan ve dava konusu olan olaylara çözüm getirilmiştir” ifadesinden 26. maddede yapılan düzenlemede Yargıtay kararlarının etkili olduğu anlaşılmaktadır.

29.7.2003 günlü, 4958 sayılı kanunla 26. maddenin birinci fıkrasına “İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır” ibaresi eklenmiştir. Bu ibare, TBMM Başkanlığı’na sunulan Hükümet Tasarısında yer almazken, Meclis Plan ve Bütçe Komisyonunda kurulan Alt Komisyon çalışmalarında Tasarıya 28. madde olarak eklenmiş, ancak gerekçesi belirtilmemiştir.

Kaçınılmaz, “kaçınmak mümkün olmayan, çaresiz, önüne geçilemez”; kaçınılmazlık ise “hukuksal ve teknik anlamda; fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm tedbirlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum

ve sonuçları ifade eder" şeklinde tanımlanmaktadır.⁶

Kaçınılmazlık ilkesi, olayın meydana geldiği tarihte bilimsel ve teknik kurallar ve olanaklar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen zararın kısmen veya tamamen meydana gelmesi durumu olarak tanımlanabilir. Teknolojinin vardığı düzey göz önünde tutularak, tedbir alınması olanaksız zararların kaçınılmazlık olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak işveren ya da işçi alınması gerekli bir önlemi kaçınılmazlık ilkesinin unsurları içinde almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez.⁷

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir iş kazası olayında kaçınılmazlıktan bahsedebilmek için zarara neden olan olayın, İş Kanunu'nun 73. maddesine göre işverenin işyerinde çağın ve teknolojinin gerektirdiği önlemleri almasına rağmen meydana gelmiş olmasını aramaktadır.⁸

Kaçınılmazlık ilkesi, kötü tesadüf, teknik arıza, araç ve gereçlerdeki imalat hatalarından dolayı meydana gelen zararlar da, rolü (ilgisi) saptanmadığı sürece işverene sorumluluk yükletilmesine de engel olur.⁹

B. Kurumun Rücu Hakkının Şartları

506 sayılı kanununun 26. maddesine göre işverenin sorumluluğu aşağıdaki koşulların gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Zarara uğrayan sigortalı olmalıdır. (SSK m. 2). Kurum, sigortalı niteliği taşımayan kimselere sosyal sigorta yardımı yapamaz.¹⁰

2. Zararın meydana geldiği olay iş kazası ve meslek hastalığı niteliği taşınmalıdır.

3. İşverenin Kuruma karşı sorumluluğu sınırlıdır. Sorumluluğun sınırı 26. maddenin birinci fıkrasında açıklanmıştır. Eğer zarara aşı-

⁶ Serdar Günay, "İş Kazalarında Kaçınılmazlık İlkesi", *Yaklaşım Dergisi*, Nisan 2005, Sayı: 148, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2005046426.htm (12.3.2007).

⁷ Halil Kağan Öyken, "İş Kazaları ve Meslek hastalığı Sigorta Kolunda İşverenin Sorumluluğu", www.alomaliye.com/halil_kagan_iskazalari.htm (31.1.2007).

⁸ 10. HD, 04.03.1996, E.1708, K.2128, Resul Aslanköylü, *Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu*, Ankara, Nurol Matbaacılık, 2003, s. 322.

⁹ Utkan Araslı, s. 511.

¹⁰ Yapmışsa sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri ister.

ğıda açıklanan hallerden hiç birisi neden olmamışsa işveren Kuruma karşı sorumlu değildir.

İşverenin sorumlu tutulabilmesi için aşağıdaki hallerden birinin varlığı gerekir:

a. İşverenin kastı bulunmalıdır: 26. maddede işverenin kastı rücu nedeni olarak sayılmıştır. Madde, sınırlayıcı bir anlatımla işverenin kastını öngördüğünden, işverenin ihmalinin bu anlamda bir sorumluluk doğurmayacağı açıktır. Bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işleyebilmesi olarak tanımlanabilecek olan kast, kusurun ağır derecesi olarak görülmektedir. İşveren sadece işyerinde çalıştırdığı sigortalının iş kazasına uğraması ya da meslek hastalığına tutulması şeklinde ortaya çıkacak olan hukuka aykırı sonuca bilerek ve isteyerek olumlu ya da olumsuz davranışı ile sebebiyet vermişse Kurumun sigortalı için yaptığı harcamalardan sorumlu olacaktır.¹¹

Maddede, işverenin suç niteliğindeki eylemi ayrıca rücu sebebi olarak sayıldığından kasıtlı davranış, suç teşkil etmese bile sigortalıyı zarara uğratmışsa Kurumun rücu hakkı doğacaktır.¹²

b. İşverenin İşçilerin Sağlığını Koruma ve İş Güvenliği ile ilgili mevzuata aykırı hareketi olmalıdır: İşveren çalışma mevzuatı hükümlerinin öngördüğü önlemleri almayarak sigortalının zarar görmesine neden olmuş ise yapılan sosyal sigorta yardımlarından dolayı Kuruma karşı sorumludur. Maddede sözü geçen mevzuat deyimi, kanun, tüzük, yönetmelik ve benzeri düzenlemeleri de kapsamaktadır.

Öte yandan, mevzuatta belirtilmemiş olsa bile işverenin işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini korumak için gerekli şeyleri yapmak, gereken koşulları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu Yargıtay kararlarıyla kabul edilmektedir. Buna göre, mevzuatta yer almamış olsa dahi, aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü tedbirlerin işverenlerce alınması zorunludur.¹³

c. İşverenin suç sayılır eylemi olmalıdır: İşverenin suç sayılan eylemi, çalışma mevzuatı anlamında değil, genel hukuk anlamındadır.

¹¹ Hakan Keser, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Dolayısıyla Kurumun Yaptığı Harcamalardan Sorumlu Olmasının Koşulları ve Kaçınılmazlık" SİCİL, Haziran 2006, s. 140.

¹² Resul Aslanköylü, s. 324.

¹³ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, s. 232

Suçun türü önemli olmadığı gibi, ceza mahkemesi kararına da gerek yoktur. Ancak, eylem ceza mahkemesinde tespit edilmiş ve işveren mahkûm olmuşsa verilen karar hukuk hâkimini bağlar. Af, kamu davasının açılmamış olması, cezanın ertelenmesi işverenin sorumlu tutulmasını engellemez.¹⁴

Diğer taraftan işveren sigortalının kusurundan sorumlu değildir. Bu nedenle de işverenin sorumluluğu, sigortalının karşıt kusuru oranında hafifletilir. Ayrıca, işverenin sorumluluğu sınırlandırıldığı için 26. maddenin kapsamına girmeyen, kaçınılmaz dış etkenlerden, kötü tesadüflerden, araç ve gereçlerdeki yapım hatalarından dolayı işveren sorumlu değildir.

26. maddenin birinci fıkrasına 4958 sayılı kanunun 28. maddesiyle eklenen kaçınılmazlık ilkesi gereğince, iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının gerçekleştiği tarihte, bilimsel ve teknik olanaklar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, zararın kısmen veya tamamen meydana gelmesinin önlenmesinin mümkün olamayacağı durumlarda işveren sorumlu tutulmayacak ya da kaçınılmazlığı oranında sorumluluğundan indirim yapılacaktır.

4. Uygun illiyet bağı olmalıdır: Kurumun rücu hakkının doğması için, iş kazası ve meslek hastalığı ile işverenin eylemi arasında illiyet bağının gerçekleşmesi gerekir.

II. İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

A. Rücu Davalarında Dış ve İç Tavan

26. maddenin birinci fıkrasına göre, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir. Diğer bir anlatımla Kurum, işverenden bunları isteyebilir; rücu edebilir. Özel bir kanunla peşin ödemeyi yapan Kuruma gelir alma olanağı veren bu

¹⁴ Mustafa Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara, Olgaç Matbaası, 1985, s. 195.

hakkın kanuni ve kendine özgü bir rücu hakkı olduğu söylenebilir.¹⁵

Rücu davalarında Kurumun işverenden isteyebileceği tazminat için belirtilen yasal çerçeve uygulamada dış ve iç tavan kavramları ile açıklanmaktadır.

1. Dış Tavan

Dış tavan, iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle cismani zarara uğrayan sigortalının veya sigortalının ölmesi halinde hak sahiplerinin sorumlulardan isteyebilecekleri tazminat miktarıdır.

Sorumlular, bu tazminatın sosyal güvenlik kuruluşlarının karşılamadığı kısmını, sigortalı veya hak sahibi kimselere maddi tazminat davaları sonucunda, sosyal güvenlik kuruluşlarının karşıladığı kısmını da rücu davaları sonunda bu kurumlara öderler¹⁶.

Sigortalı veya hak sahibi kimselerin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle asıl sorumlular aleyhine tazminat davası açmaları halinde, söz konusu davalarda belirtilen maddi tazminat miktarı, işverenin rücu davasında isteyebileceği maksimum miktardır. Sorumlular aleyhine davanın açılmadığı hallerde dış tavan olarak adlandırılan bu miktar rücu davasında uzman bilirkişilerce tespit edilir ve mahkemece re'sen dikkate alınır.

2. İç Tavan

İç tavan, iş kazası ve meslek hastalığının yol açtığı cismani zarar ve destekten yoksunluk zararlarını gidermek için sosyal güvenlik kurumlarınca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli her türlü giderlerin tutarı ile bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerleri toplamıdır.

Kurum, tazminat davalarında ancak iç tavan tutarını isteyebilir. Sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktar (dış tavan) ile Kurumun bağladığı gelirlerin sermaye değerleri toplamı (iç tavan) arasında fark bulunması halinde, sigortalı veya hak sahibi

¹⁵ Teoman Ozanoğlu, "Cismani Zarar ve Ölüm Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesaplanması-Sosyal Güvenlik Kurumlarınca Yapılan Yardımların Etkisine İlişkin Kurallar, *Sayıştay Dergisi*, Ekim-Aralık 1993, Sayı 14, s. 37.

¹⁶ Teoman Ozanoğlu, s. 39.

kimselerin bu farkı asıl sorumlulardan isteyebileceği muhakkaktır.

Dış tavan kural olarak iç tavadan daha yüksek çıkmaktadır. Bunun nedenleri şunlardır:

Sürekli ve tam iş göremezlikte bağlanabilecek gelir kazancın % 70'i ile sınırlıdır (506 SK m. 20/2). Bu durumda bağlanabilecek azami gelirden kazanca göre % 30'luk kayıp olmaktadır.

Uygulamada tazminat hesabında sigortalı veya hak sahibi yönünden %10 artırım, % 10 iskonto yapıldığı halde, Kurum açtığı rücu davasında kendi alacağına hesabında % 5 artırım, % 5 iskonto yapmaktadır.

İstisnai hallerde kaza geçirenin aktif döneminin son anlarında olması gibi hallerde, dış tavan daha küçük çıkabilmektedir.

Kurum, ilk rücu davasında iç tavan miktarı kadar tahsil yaptıktan sonra zaman içinde açılacak her ek veya artış davasında yine kusur oranını uygulayarak dış tavana ulaşmaya kadar tazminat isteyebilir. Dış tavan hesabında daima işverence sigortalıya her ay ödenen net ücret miktarı temel alınmaktadır ve asgari ücretle kıyaslanmaktadır.¹⁷

B. Gider, Gelir ve Sermaye Değerleri Toplamı Kavramları

506 sayılı kanununun 26. maddesinde "gider" ve "gelir" olmak üzere iki ana unsur yer almaktadır. Sermaye değerleri toplamı ya da peşin sermaye değeri ise gelir kavramı içerisinde bulunmaktadır.

1. Gider Kavramı

506 sayılı kanununun 26. maddesindeki giderler (masraflar), örneğin iş kazasına uğrayan sigortalının, bu kaza nedeniyle tedavi, protez ve diğer hastane ödemelerini kapsamaktadır.

¹⁷ Mahmut Çolak, "İş Kazası veya Meslek Hastalığında Tazminat Miktarlarının İşverene Rücu Edilmesinde Bir Öneri", *Yaklaşım Dergisi*, Ocak 2005, Sayı: 145; http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2005016068.htm (10.3.2007).

2. Gelir Kavramı

Gelir kavramı, uygulamada tazminat olarak da ifade edilmektedir. Bu açıdan gelir hesabında tazminatın unsurları dikkate alınmaktadır.

a. Tazminatın Unsurları

Tazminatın unsurları dört ana başlıkta toplanmaktadır:

1. Sigortalının bakiye ömrü
2. Kusur durumu
3. İş göremezlik derecesi
4. Kazanç durumu

Tazminat, zarar gören kişinin maruz kaldığı ve mahkemece belirlenen zararı gidermeyi amaçlayan irattır. Burada kişinin kaza geçirdiği tarih gelirin başladığı tarih olarak esas alınmaktadır.

b. Dönemler

Tazminat hesabında iki dönem söz konusudur.

aa. Bilinen Dönem

Bilinen dönem kaza tarihi ile tazminata ilişkin mahkeme kararının verildiği tarihe kadar olan süreci anlatır. Bu dönemin adı, kazaya uğrayanın, işine ilişkin aylığı, asgari ücreti, yaşı... gibi verilerin biliniyor olmasından kaynaklanmaktadır.

ab. Bilinmeyen Dönem

Bilinmeyen dönem, kişinin çalışabileceği aktif dönem ile çalışamayacağı pasif dönem toplamını anlatır. Aktif dönem, fiilen emeklilik veya yaşlılık yaşına kadar çalışılan süreçtir. Uygulamada 1931 yılında oluşturulan PMF tablolarına göre kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın 60 yaş aktif dönemin azami sınırı olarak dikkate alınmaktadır.¹⁸ Pasif dönem ise, sigortalının yaşlılık dönemi olarak kabul edilen ve yaşama

¹⁸ "PMF'nin Türkiye gerçeklerine uygun olmadığı, bu nedenle ülke gerçeklerine uygun bir çalışma tablosunun yapılması gerektiği; keza Devlet İstatistik Enstitüsü'nce hazırlanan Yaşam Tablosunun kullanılması yolunda Yargıtay'ın çaba sarfetmesinde yarar bulunduğu yolunda eleştirilerin varlığı bir gerçektir."; Serdar Özgüldür, "Zarar Hesabında Yöntem ve Uygulama Sorunlarına İlişkin Değerlendirmeler" 11-13 Mayıs 2000 tarihinde Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosunca müştereken düzenlenen "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri" konulu sempozyumda sunulan metin.

yaşı sonuna kadarki dönemde; zarara uğradığı tarihteki değil de, asgari koşullarda elde edilecek kazançla göre değerlendirilen dönemdir.

c. Sermaye Değerleri Toplamı (Peşin Sermaye Değeri Hesabı)

Sermaye değerleri toplamı¹⁹ aktif dönem ile pasif dönem toplamından oluşan bilinmeyen döneme ilişkin toptan ödeme hesabını açıklamaktadır.

Yukarıda belirtilen bilinmeyen dönemde kişiye, normalde her ay için gelir bağlanması gerekmektedir. Burada kişinin kazaya uğramasaydı çalışacak olması ve bu çalışması sonucunda kazanç elde edeceği olgusu gözetilmektedir. Uygulamada kişiye her ay gelir bağlanması pratik olmadığı için, peşin sermaye değeri hesabı yapılarak yerine, bilinmeyen dönem süreci dikkate alınarak aylık verilmesi gereken gelirler toptan ödeme şeklinde hesaplanıp karara bağlanmaktadır. Bilinmeyen dönem hesabında hüküm tarihindeki net kazanç göz önünde tutularak buna her yıl için % 10 artırım ve % 10 ıskonto yapılmaktadır. Bunun amacı, enflasyon nedeniyle gelecekteki asgari ücrette olabilecek artışı gözetmektir. Artırım, enflasyon nedeniyle, ıskonto ise gelecekteki aylıkların peşin ödenmesi nedeniyle yapılmaktadır.

III. 506 SAYILI KANUN'UN 26. MADDESİ İLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

506 sayılı kanununun 26. maddesinin birinci fıkrasına, 20.06.1987 günlü, 3395 sayılı kanun ile “..sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenlerden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere (Kurumca işverene ödetilir)” ibaresi eklenmiştir. Buna gerekçe olarak da Yargıtay kararları gösterilmiştir. Gerçekten de değişiklikten önce ve sonra Yargıtay kararlarında gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceğinin kabul edildiği görülmektedir.

Yargıtay’a göre, 26. maddeden kaynaklanan rücu hakkı halefiyet ilkesine dayandığından Kurum, sigortalının veya hak sahibi kimselerin işverenlerden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere talepte bulunabilir. Ayrıca Yargıtay, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan “ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları” deyiminin ilk defa bağlanan gelirlerle birlikte sonraki yıllarda yapılan

¹⁹ Bu kavram, peşin sermaye değeri hesabı olarak da ifade edilmektedir.

gelir artışlarını da kapsadığını düşünmektedir. Yargıtay'ın, sigortalı veya hak sahibi kimselere Kurumca bağlanan gelirlerin ileriki yıllarda kanun ve kararnamelere göre yapılan artışların işverenden istenebileceğine ilişkin uygulaması, gerek hukuk çevrelerinde gerekse işverenlerce yoğun bir şekilde eleştirilmektedir.

26. maddenin birinci fıkrasına göre, bağlanan gelirlerdeki artışların Kurumca istenebileceğine ilişkin Yargıtay görüşünü benimsemeyen mahkemeler söz konusu hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili olarak verdiği kararları ele alabiliriz:

A. 23.5.1972 günlü, 1972/2 Esas, 1972/28 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı²⁰

Başvuru Gerekçesi: İtiraz başvurusunda bulunan yerel Mahkeme, özel hukuk sigortalarında sigorta sözleşmeleriyle karşılanmak istenen zarar gerçekleştiğinde sigortadan yararlanan kişiye sigorta karşılığını ödemiş bulunan sigortacının zarardan sorumlu kişiye karşı zarara uğrayanın yerine geçerek sigorta karşılığını tazmin ettirmek için açacağı davada ancak tazmin etmiş olduğu gerçek zararı isteyebilmiş olması kabul edilmiş iken Sosyal Sigortalar Kurumunun böyle bir durumda zararı aşkın bir alacağı, zarardan sorumlu kişiden isteme yetkisi ile donatılmış olmasının kurum lehine ayrıcalık oluşturduğu gerekçesiyle, 506 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2 ve 12. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Karar Gerekçesi: Anayasa Mahkemesi kararında, özel hukuka bağlı sigorta kuruluşları ile Sosyal Sigortalar Kurumunun anayasal açıdan hiçbir zaman eşit kuruluşlar olamayacağını belirtmiştir. Ayrıca kararda kuralın, işvereni işçi sağlığını ve güvenliğini titizlikle koruma durumunda bırakarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği taşıdığı da vurgulanarak, hukuk kurallarının gerek konuluş gerekse yorumunda insan canı ve sağlığının en önemli değer olduğundan hareketle söz konusu kuralın bu ereğe hizmet ettiği, işverenin yararı ile işçilerin ve onun arkasında olan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun yararının karşı karşıya gelmesi durumunda Kurumun yararının üstün tutulmasının gerektiği açıklanarak söz

²⁰ AYMKD, S. 10, s. 406.

konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilmiştir.

**B. 18.3.1976 günlü, 1975/198 Esas, 1976/18 Karar sayılı
Anayasa Mahkemesi Kararı²¹**

Başvuru Gerekçesi: İtiraz başvurusunda bulunan yerel Mahkeme, 506 sayılı kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamı işverenden alınır" hükmünün, açılan davada uyuşmazlığın sorumluluk doğuran olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan hükümlere göre çözümlenmesi gerektiğinden hareketle, sonradan muhtemelen çıkarılacak artırıcı nitelik taşıyan kanunlarla davalının sorumluluğunun devamına sebebiyet vermesi nedeniyle ve ileride yapılması gerekli her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanması durumunda bu gelirlerin mevcut tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamını işverene davalıdan her zaman alabilme olanağı tanımak suretiyle Kuruma imtiyaz tanınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini istemiştir.

Karar Gerekçesi: Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralı incelerken, Yargıtay'ın kuralla ilgili yorumuna katılmayarak, 26. maddenin birinci fıkrası hükmünün gelirlerdeki artışların da istenebileceği anlamını taşımadığından iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında aynen şöyle demektedir: "Sözü edilen fıkra hükmü, sorumluluğun kapsamını şu şekilde çizmiştir. Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamı işverenden alınır. Bu kural incelendiğinde iki husus göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, iş kazası neticesinde kesin, değişmeyen fiili ve hukuki bir sonucun ortaya çıkması halidir. Fıkra hükmünün öngördüğü koşullar içinde oluşan bir iş kazasında sigortalı bir işçinin hayatını kaybetmiş olması, bu hale örnek olarak gösterilebilir. Burada değişmeyen bir durum oluşmuş, işverenin sorumluluğu ve bunun sınırları kesin bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu durumda yargının görevi, ölen işçinin hak sahiplerine kurumca bağlanan gelirin, varsa kusur oranlarını ve kanunun 22. maddesinde belli edilen sermaye değerini saptayarak işverenden tahsiline karar vermekten ibaret kalmaktadır. Bu işlem sonu-

²¹ AYMKD, S. 14, s. 97.

cunda işverenin olayla ilgisi kesilmekte ve sorumlu tutulduğu yüküm böylece yerine getirilmiş olmaktadır. Kanuna uymayan eylem sonucu hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun neticesi olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kuruma ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, sosyal hukuk devletinin gereği olmak üzere çıkarılacak yasa hükümleriyle, Kurumca bağlanmış eski gelirlerdeki artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutulmasını hukukla bağdaştırma olanağı yoktur. Kaldı ki, işvereni bu durumda da sorumlu tutmak, Devlete yükletilmiş kimi ödevlerin işverenlere devredilmesi gibi bir sonuç ortaya koyar ki, Anayasa'nın böyle bir neticeyi öngördüğü de öne sürülemez.

İkinci halde ise böyle kesin bir durum söz konusu değildir. Gerçi bir iş kazası olmuş ve örneğin kazaya uğrayan işçiye sürekli iş göremezlik geliri bağlanmıştır. Kanununun 25. maddesinde belirtildiği üzere sigortalı işçi her zaman iş göremezlik derecesinde bir artma olduğunu ya da başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma girdiğini öne sürerek bağlanan gelirden değişiklik yapılmasını isteyebilecek ve Kurum da sigortalıyı her zaman kontrol muayenesine tabi tutabilecektir. Bu gibi hallerde bir iş kazası sonucu sigortalı işçiye bağlanan gelir bir kesinlik taşımamakta, artırılması, eksiltilmesi veya kesilmesi gereken bir nitelik göstermektedir.

Bu nedenlerle 26. maddenin birinci fıkrasındaki "ve ileride yapılması gerekli bulunan" deyiminden, neden-sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan haller anlaşılmalıdır. Sözü edilen bu kuralın, neden-sonuç bağı kesin olarak kalkmış ve tasfiyesi yapılmış durumları amaçlamadığı ise açıkça ortadadır."

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile 506 sayılı kanununun 26. maddesinin birinci fıkrasına göre, ilk defa bağlanmış olduğu gelirin peşin değerinin istenebileceğini; anılan fıkradaki hükmün artışların da istenebileceği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmektedir.

C. 20.12.1983 günlü, 1982/4 Esas, 1983/17 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı²²

Başvuru Gerekçesi: İtiraz başvurusunda bulunan yerel Mahkeme, 506 sayılı kanununun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile" ibaresinin 1961 Anayasası'nın Başlangıç Bölümünde belirtilen temel ilkeleriyle 2, 10,

²² AYMKD, S. 20, s. 129.

14, 36, 40, 41, 42 ve 48. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptalini istemiştir.

Karar Gerekçesi: Anayasa Mahkemesi, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan *“ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderler”* sözcüklerinin iş kazası ya da meslek hastalığı ile uygun neden-sonuç bağı çerçevesinde, sigortalı için sağlık durumunun gerektirdiği sürece yapılan sağlık yardımlarının amaçlandığını belirterek, 506 sayılı kanunun 26. maddesindeki sorumluluğun, metindeki sebeplerle sınırlandırılmış kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu olduğunu açıklamıştır.

Yüksek Mahkeme ayrıca, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmiş ve kesin bir nitelik kazanmış hukuki işlemlere etkili olmamasının hukukun temel ilkesi olduğunu vurgulayarak iş kazası ve meslek hastalığı gibi sigorta dalları nedeniyle Kuruma ve dolayısıyla Devlete ait bir yükümlü işverenin sorumlu tutulamayacağını; ancak iş kazası sonucunda ölen bir sigortalının hak sahiplerine kesin olarak bağlanan gelirden, ekonomik ve sosyal bazı nedenlere dayanılarak sosyal hukuk devletinin gereklerinden olan sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak maksadı ile kanun ile sonradan artırma yapılmasının iptali istenilen ibarenin kapsamı dışında olduğunu da belirterek iptal isteminin reddine karar vermiştir.

D. 2.5.1991 günlü, 1990/28 Esas, 1991/11 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı²³

Başvuru Gerekçesi: İtiraz başvurusunda bulunan yerel Mahkeme, 506 sayılı kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasıyla sigorta primini ödeyen işverenin, riski Kuruma devretmesine rağmen bu Kurumun yaptığı ödemeyi yeniden üstlenmek durumunda bırakılmasının Anayasa'nın sosyal güvenlik ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle kuralın iptalini istemiştir.

Karar Gerekçesi: Anayasa Mahkemesi, itirazı sınırlı olarak inceleyerek 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan *“işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu iş kazasına yol açan işverene, sigortalıya yapılan her türlü giderin Kurumca ödettirilmesi”* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

²³ AYMKD, S. 27, C.1, s. 343.

E. 23.11.2006 günlü, 2003/10 Esas, 2006/106 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı²⁴

Başvuru Gerekçesi: İtiraz başvurusunda bulunan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 506 sayılı kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ışığında bağlanan gelirlerde kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla oluşan artışların istenmesine cevaz vermesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemiştir.

Karar Gerekçesi: Anayasa Mahkemesi, 26. maddenin iptali istenilen bölümünün sigortalıya bağlanan gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların da işverenden istenmesini olanaklı kıldığını, 1.7.1994 günlü, E. 1992/3, K. 1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki yorumun da bu yönde olduğunu, kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kuruma ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulmasının, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına geldiğini, böyle bir durumun hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleleriyle bağdaşmadığını belirterek, sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptaline karar vermiştir.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

506 sayılı kanunun 26. maddesindeki işverenin sorumluluğu için öncelikle iş kazası ve meslek hastalığının, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi ya da suç sayılabilir hareketi sonucu olması gerekmektedir.

Kanunda sınırlı olarak sayılan aykırı hareketler sonucunda Kurumca sigortalı veya hak sahibi kimselere yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanmış

²⁴ RG, 21.3.2007, Sayı 26469, s. 39.

ise bu gelirlerin peşin sermaye değerini Kurum işverenden isteyebilecektir.

Kurumun işverenden isteyebileceği miktarda dış tavan olarak da ifade edilen sınır, sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktardır. Genellikle dış tavan daha yüksek çıkmaktadır. Ancak istisnai durumlarda iş kazasının veya meslek hastalığının kişinin aktif çalışma döneminin sonlarında bulunduğu hallerde Kurumun bağladığı gelir dış tavadan daha fazla olabilmektedir.

Uygulamada genel olarak dış tavanın Kurumun bağladığı gelirin peşin sermaye değerinden yüksek çıkması nedeniyle gelirlerde meydana gelen artışlar, dış tavan sınırı tükeninceye kadar Kurum tarafından açılan rücu davalarıyla işverenden istenmektedir. 1.7.1994 günlü, E. 1992/3, K. 1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu sorumluluk, dış tavan sınırında kalmak koşulu ile kanun, kararname ve katsayı değişiklikleri nedeniyle yapılacak artışların da istenebileceği şeklinde genişletilerek yorumlanmıştır.

İşverenin kanunda sınırlayıcı olarak sayılan hukuka aykırı davranışları nedeniyle sorumlu tutulması, sigortalıların iş kazalarından ve tehlikelerden korunması için gerekli önlemlerin alınması amacına hizmet etmektedir. Ancak bu sorumluluğu iş kazası ve meslek hastalığına uğrama eyleminden bağımsız olarak kusursuz sorumluluğa benzer nitelikte gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişiklikleriyle meydana gelen artışları kapsayacak şekilde genişletmenin hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Üstelik 26. madde sınırlayıcı bir anlamıyla işverenin kastından dolayı sorumluluğu benimsemiştir.

Buradaki sorun, işverenin gelirlerde meydana gelen artışlardan sorumlu tutulmasına yasal düzenlemenin mi yoksa Yargıtay'ın yorumunun mu neden olduğudur. Buna bağlı olarak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararıyla işveren bu sorumluluktan kurtulacak mıdır? Yoksa tam tersine iptal kararıyla işverenin sorumluluğunun kapsamının yorum yoluyla daha da genişletilmesi olanaklı hale mi gelmiştir?

Bunun için öncelikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gelirlerde meydana gelen artışların istenmesini hangi gerekçeye dayandığı ve Anayasa Mahkemesi'nin K. 2006/106 sayılı kararında iptal ettiği bölümün söz konusu artışların istenmesini olanaklı kılıp kılmadığının incelenmesi gerekmektedir.

506 sayılı kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasındaki “Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan” ibaresinden, işverenin sadece Kurumun yaptığı giderlerden değil, ileride yapılması gerekli giderlerden de sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin “ileride yapılması gerekli bulunan her türlü gider” ifadesinin kanun, kararname ve katsayı değişikliğine dayalı gelir artışlarını da kapsadığı yorumuna karşın Hukuk Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesi’nin 1976/18 sayılı kararındaki yorumu gibi²⁵ 26. maddenin birinci fıkrasındaki “yapılan ve ileride yapılması gereken giderler” sözcüklerinin, iş kazası ya da meslek hastalığı ile uygun neden-sonuç bağı içinde ortaya çıkan giderleri ifade ettiğini, gelirlerde artırım halinde bu bağın mevcut olmadığını, zamanaşımının başlangıç tarihinin ise olay tarihi olduğunu belirtmiştir.

İçtihat uyuşmazlığı 1.7.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararıyla Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin görüşü doğrultusunda çözümlenmiştir. Buna göre iş kazası ya da meslek hastalığı gelirlerinden kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle gerçekleşen gelir artışları tavanla (sigortalının gerçek zararıyla) sınırlı olmak üzere Kurumca işverenden istenebilecektir.

Görüldüğü gibi Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı “İleride yapılması gereken giderler” sözcüklerini yorumlayarak kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle gelirlerde meydana gelebilecek artışların istenebileceğine karar vermiştir. Bu artışlar açısından da sınır, dış tavadır; bir başka anlatımla sigortalı ya da hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktardır.

Aslında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun kararını değiştirmesi ile sorunun çözülmesi mümkünken, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da belirtildiği üzere, işverenin rücu davalarında kanun, kararname ve katsayı değişikliklerine bağlı olarak gelirlerdeki artışların sermaye değerlerinden sorumlu tutulmasına “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” ibaresinin yol açtığı gerekçesi ile kuralın Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

26. maddede yer alan “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümü, iş kazası ve

²⁵ HGK, 29.1.1992, E. 1991/10-549, K.1992-20, İHD, C. 2, s. 461 vd.

meslek hastalığı nedeniyle sigortalı veya hak sahibi kimselerin işveren- den isteyebilecekleri gerçek zararı ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle bölümdeki sigortalı veya hak sahibi kimselerin dava açma tercihleri doğrultusunda işverenden isteyebilecekleri miktar, Kurumun da rücu davasında işverenden isteyebileceği sınırı göstermektedir. Bölüm, bu açıdan normatif yapısıyla bu zararın kapsamına iş kazası veya meslek hastalığı ile neden-sonuç bağı bulunmayan gelirlerde kanun, kararna- me ve katsayı artışlarının dâhil olduğu şeklinde anlaşılmaya elverişli değildir.

Nitekim yürürlüğü ertelenen 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasında rücu davalarında işverenin sorumluluğunun ilk peşin sermaye değeri ile sorumlu olması kabul edilerek düzenleme yapılmıştır. Söz konusu kuralda *"İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır."* denilmektedir.

Kuralla, 506 sayılı kanununun 26. maddesindeki işverenin geniş sorumluluk kapsamı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama, 5510 sayılı kanununun 21. maddesinin birinci fıkrasındaki *"bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı"* ifadesindeki, *"ilk"* sözcüğü ile sağlanmak istenilmiştir.²⁶

İlk peşin sermaye değeri kavramıyla, kazadan sonraki mahkeme kararında hükme bağlanan sermaye değerleri toplamı dışında yeniden bir rücu davası açılma imkânının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bir başka anlatımla 5510 sayılı kanunda bir defa gelir hesabı yapılacak ve iş bitecektir. Bu sonuç, Anayasa Mahkemesi'nin 18.3.1976 günlü, E.

26 21. maddenin konuyla ilgili gerekçesi şöyledir: *"Bu madde ile işverenin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kastı veya suç sayılabilir bir hareketi olması ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliğine aykırı davranışı halinde yapılan veya ileride yapılacak ödemelerle, bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının esas alınarak, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene rücu edilmesi, işverenin ve sigortalının sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin de dikkate alınması öngörülmüştür."*

1975/198, K. 1976/18 sayılı kararındaki görüşüne de aynen uymaktadır.

Görüldüğü gibi 506 sayılı kanunun 26. maddesinde tartışmaya neden olan sınırlama konusu, işverenin gelirlerde kanun, kararname ve katsayı nedeniyle meydana gelecek artışlardan sorumlu olmaması amacıyla hazırlanan 5510 sayılı kanunda “*ilk peşin sermaye değeri*” kavramıyla yapılmak istenmiş, kuralda “*sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere*” bölümüyle 26. maddedeki dış tavan aynen korunmuştur.

“...*sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...*” bölümünün kanun, kararname ve katsayı artışlarının istenebileceğini içermediği sonucuna göre Anayasa Mahkemesi’nin K. 2006/106 sayılı iptal kararı nasıl değerlendirilebilir?

Öncelikle, iptal kararı ile rücu davalarında sigortalının lehine düzenleme olan dış tavan sınırı kalmamıştır denilebilir mi? Bu bağlamda Kurum, gelirlerde meydana gelen artışları ilânihaye işverenden isteyebilecek midir?

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin iptal istemi, gelirlerde kanun, kararname ve katsayı artışları nedeniyle oluşan artışların işverenden istenmesinin sosyal güvenlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi ile birlikte bağlayıcı olduğundan hareketle Yargıtay’ın, işvereni iş kazası ve meslek hastalığı ile neden-sonuç ilişkisi kalmayan artışlardan sorumlu tutmaması hakkaniyetin gereğidir.

Anayasa Mahkemesi iptali istenilen kuralın kanun, kararname ve katsayı artışlarının işverenden istenebilmesini olanaklı kılması nedeniyle işverenin rücu davalarıyla sürekli dava tehdidi altında bırakmasını sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bize göre, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesi ile birlikte bağlayıcılığı gözetildiğinde, iptal kararından sonra işverenin, kanun, kararname ve katsayılardaki artış nedeniyle gelirlerde meydana gelen artışlardan sorumlu tutulmamasına karar verilebilecektir. Böylece, işverenin sorumluluğunun hakkaniyete aykırı olarak genişletilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

TAKİP HUKUKUNDA BORÇ ÖDEMEDEN ACİZ VESİKASI (İİK M. 143)

Talih UYAR *

İİK m. 143’de “borç ödemedен aciz vesikası”nın, ‘kimler tarafından, ne zaman düzenleneceği, ne gibi sonuçlar doğuracağı ve özel siciline tescili ve bu sicilden terkini, konuları düzenlenmiştir.

I. İİK m. 143/I’de açıkça ifade edildiği gibi, aciz vesikası (belgesi); “haczedilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağı tamamen ödemeyen alacaklıya (ve bir sureti de borçluya) icra memuru tarafından verilen ve takip konusu alacağın ödenmemiş olan miktarını belirten bir belge”dir.

Bu belgenin verilmesi hiçbir harca bağlı değildir (m. 143/I, c.2).

Bu belge, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun’a göre yapılan takip sırasında (sonucunda) -ve borçlunun haczi kabil malı olmadığı veya bulunan malların satış bedelinin kamu alacağını karşılayamaması halinde, borçlunun aciz halini belirlemek için, alacaklı kamu idaresi tarafından- adı geçen yasanın 75. maddesi uyarınca düzenlenen “aciz fişi”nin¹ İcra ve İflas Kanunu’ndaki karşılığıdır.

Doktrinde² bu belgenin “icra memuru tarafından, alacaklının talebine

* Avukat, İzmir Barosu.

1 Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gülseven, M. Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, 1999, s. 513 vd. - Özbacı, Y. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, 2000, s. 743 vd. - Özmen, S. Amme Alacaklarının Tahsil Ödeme Kılavuzu, 1996, s. 594 vd. - Şimşek, E. Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 1996, s. 732 vd.

2 Belgesay, M. R., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1948, s. 357 - Üstündağ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, s. 302 - Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C. 2, 1990, s. 1534 - Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s. 635 - Gürdoğan, B. İcra - İflas Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Haczini Tesbit Eden Vesikalar “Batider, 1963, C. II, S. 1, s. 19”

gerek olmadan verileceği" belirtilmekte ise de, ³ uygulamada icra memurları ancak "talep halinde" alacağını tamamen alamamış olan alacaklılara bu belgeyi vermektedirler.

İİK m. 143/I gereğince alacaklıya verilen bu belgeye "kesin aciz belgesi"⁴ denilmektedir.

II. Bu belge -uygulamada genellikle görüldüğü gibi- alacaklı'nın talebi üzerine -icra memuru tarafından- düzenlenebilirse de, borçlu da bu belgenin düzenlenmesini isteyemez mi? *Doktrinde*⁵ "dikkat edilmelidir ki; 'borç ödemedен aciz belgesi' borçluya değil, alacaklıya verilmektedir. Bazen bu belgenin adından hareket edilerek, bu belgenin 'borcunu ödemekten aciz olan borçluya verileceği' sanısı tamamen hatalıdır" denilmiş olmasına rağmen kanımızca borçlunun da -alacaklı gibi icra memurundan İİK m. 143/I'deki koşullar çerçevesinde "aciz belgesinin (vesikasının) düzenlenmesini" talep edebileceği konusunda kuşkuya düşülmemesi gerekir.⁶

İİK 143'deki şartlar oluşmasına -yani; borçlunun hacizli mallarının satılıp alacaklılara ödenmesine ve geriye alacağını tamamen alamamış alacaklılar kalmasına- rağmen, icra memurunun kendiliğinden aciz vesikası düzenleyip ilgililere vermemesi -"bir hakkın yerine getirilmeme-

- Ansay, S. Ş., *Hukuk, İcra ve İflas Usulleri*, 1960, s. 172 - Postacıoğlu, İ., *İcra Hukuku Esasları*, 1982, s. 539 - Deliduman, S., *İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemeden Aciz Belgesi*, 1995, s. 31 - Öztekin, S., *İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası*, 1994, s. 53 - Etili, T. *Yasalar ve İçtihatlar ve Doktrin ile Birlikte Aciz Vesikasının İcra İflas Hukukundaki Yeri Hakkında Bir Araştırma* "Ad. D. 1984/3, s. 597" - Uyar, T., *İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması*, 2002, C. 2, s. 2337 - Yıldırım, K., *İcra Hukuku Ders Notları*, 2002, s. 151 - Muşul, T., *İcra Hukuku*, 2001, s. 810 - Berkin, N., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, 1980, s. 368) - Pekcanitez, H./atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M., *İcra ve İflas Hukuku*, 2006, s. 266

³ Doktrinde, "bu belgeyi zamanında düzenlemeyen icra memurunun -daha doğrusu; İİK m. 5 uyarınca devlet'in- doğacak zarardan sorumlu olacağı" belirtilmiştir (Belgesay, M. R., a. g. e., s. 357)

⁴ Anımsanacağı gibi; İİK m. 105/I gereğince "haciz sırasında borçlunun haczi kabul hiçbir malının bulunmadığını tesbit eden haciz tutanağı" "kesin aciz belgesi hükmünde" dir (İİK m. 143/I). (Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., Gereğçeli-İçtihatlı İİK Şerhi, C. 5, s. 9138 vd.-Ayrıca bkz., 12. HD 19.11.2002 T. 22462/24116 Yine anımsanacağı gibi; İİK m. 105/II gereğince, "icra dairesince takdir edilen kıymetlerine göre borçlunun haczi kabul malların yetersizliği (borcu ödemeye yetmeyeceği) anlaşılırsa, bu tutanak geçici aciz belgesi sayılır" (ve alacaklıya sadece İİK m. 277'ye göre 'iptal davası' açma hakkı verir). (Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., a. g. Şerh, C. 5, s. 9139 vd.)

⁵ Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., *İcra İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2003, s. 387, dipn. 2

⁶ Uyar, T., Borçlu da İcra Müdürlüğü'nden Aciz Vesikası Düzenlenmesini Talep Edebilir! (*Manisa Barosu Dergisi*, s. 93, Nisan/2005, s. 49 vd.)

si" (İİK 16/II) sayıldığından- hem alacaklının ve hem de borçlunun icra mahkemesine "süresiz şikayetine" neden olur.

Ayrıca, konumuz bakımından önemli olan şu hususlara da değine- lim ki; 4949 sayılı kanun ile 17.7.2003 tarihinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 143. maddesinin ilk fıkrasında değişiklik yapılmadan önce bu fıkra;

"Alacaklı alacağına tamamını alamamışsa kalan miktar için kendisine bir aciz vesikası verilir..." şeklinde iken, 4949 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra; *"Alacaklı alacağına tamamını alamamış ve aciz ve- sikası düzenlenmesi için gerekli şartlar yerine gelmişse; icra dairesi kalan miktar için hemen bir aciz vesikası düzenleyip alacaklıya ve bir suretini de borçluya verir..."* şeklini almıştır.

Yapılan bu değişiklikte, icra memurunun düzenleyeceği aciz ve- sikasını hem alacaklıya ve hem de borçluya vereceği açıkça öngö- rülmüştür.

Nihayet yine bu konuyla ilgili olarak şu hususu da vurgulayalım ki; kural olarak hacizli malların satılmasını talep hakkı -kesin haciz sa- hibi- alacaklıya ait ise de, alacaklının satış talebinde bulunmaması ha- linde borçlu da hacizli malların satılmasını isteyebilir (İİK m. 113/I).⁷ Yargıtay da aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur.⁸

Aciz vesikası; maddi hukuk bakımından hem alacaklı ve hem de borçlu lehine sonuçlar doğuran bir "belge" olduğundan, alacaklı "alacağına zama- naşımına uğramaması için" bu belgenin düzenlenip kedisine verilme- sini icra memurunda talep etmekte ne kadar hukuki yarar sahibi ise, borçlu da "borcuna işleyen faizlerin bir an önce durmasını" istemekte o kadar hukuki yarar sahibidir. İİK 85/VI uyarınca "borçlu ile alacaklı- nın menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle yükümlü" olan icra memurunun, esasen re'sen düzenlemek zorunda olduğu bu belgeyi, alacaklının satış talebi üzerine borçlunun mallarını paraya çevirip, sa- tış bedelini alacaklılara paylaştırdıktan sonra düzenleyip İİK 143/I, c: 1 uyarınca hem alacaklıya hem de borçluya vermesi ne kadar kanuna uygun ise, borçlunun satış talebi üzerine, borçlunun mallarını satıp satış bedelini alacaklılara paylaştırdıktan sonra da düzenleyip, yine

⁷ Aynı görüşte: Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1174 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 516 - Uyar, T., *İhale ve İhalenin Bozulması*, 2002, C. 1, s. 6 - Berkin, N., a. g. e., s. 302 - Pekcanitez, H./ Ata- lay, O./Özkan, M. S./Özkes, M., a. g. e., s. 235

⁸ Bkz., 12. HD 12.5.1999 T. 5590/6173; 25.9.1990 T. 6496/8997

alacaklı ve borçluya vermesi, aynı şekilde kanunun açık buyruğuna uygun bir davranıştır.

III. Kesin aciz belgesinin verilme koşulları: İİK m. 143'e göre kesin aciz belgesinin düzenlenebilmesi için *şu koşulların* gerçekleşmesi gerekir:

a. Aciz belgesi sadece *haciz koydurmuş veya hacze iştirak etmiş olan takip alacaklılarına* verilebilir. *Rehin alacaklılarına "borç ödemedен aciz belgesi" verilmeyiz. Onun yerine "rehin açığı belgesi" verilir (İİK m. 152/I, Yön. m. 54).*

b. Satış ve satış bedelinin paylaşılması safhasının sona ermiş olması gerekir.^{9, 10} Yani, aciz belgesi verilebilmesi için *"yeterli teklifte bulunulmamış olması -veya alıcı çıkmaması-¹¹ sebebiyle satışın yapılamamış olması"* (İİK m. 115, 129) veya *"satış yapılmasına rağmen, satış bedelinin alacağı tamamen veya kısmen karşılamamış olması gerekir. Takip henüz bu aşamaya gelmeden, sadece borçlunun beyanı ve alacaklının da kabulü ile aciz belgesi düzenlenemez...*

Satış yapılmış ve *hacze iştirak eden başka alacaklılar da varsa*, bu takdirde aciz belgesi, sıra cetveli yapıp paraların paylaşılmasından sonra verilecektir. *Hacze iştirak eden başka alacaklılar yoksa* bu durumda bir sıra cetveli söz konusu olmayacak ve doğrudan doğruya alacaklıya, *alacağının ödenmeyen kısmı için* aciz belgesi verilecektir.¹² Ayrıca belirtelim ki, alacaklı herhangi bir sebeple satıştan feragat ederek, kendisine aciz belgesi verilmesini talep edemez.¹³

c. Borçlunun satışı yapılan mal dışında haczi kabil malı bulunmalıdır. İİK m. 139 gereğince, satış tutarı alacaklı (veya alacağı) karşılamıyorsa, icra memuru kendiliğinden *"tamamlama hacizleri"* yapmaya mecburdur. Aciz belgesi, başka haczi kabil malları bulunan borçlu hakkında, ancak tamamlama hacizleri yapıldıktan sonra, buna rağmen alacağın tamamen karşılanmaması halinde düzenlenebilir.

Ancak, borçlunun; yabancı memlekette malı¹⁴ veya sadece maaşı

⁹ Bkz., Ad. Bak. HİGM. 22.4.1954 T. ve 7093 sayılı mütalâa.

¹⁰ Bkz., İİD 22.5.1964 T. E: 7093, K: 169; 13. HD 18.5.1974 T. E: 1298, K: 1215.

¹¹ Öztekin, S., a. g. e., s. 49.

¹² Gürdoğan, B., a. g. m., s. 20.

¹³ JdT. 1949 11, 73 ve orada belirtilen kararlar (Gürdoğan, B., a. g. m., s. 20, dipn. 2).

¹⁴ Belgesay, M. R., *İcra ve iflas Hukuku Şerhi*, 1949, s. 155.

bulunması, kesin aciz belgesi verilmesine engel olmaz.^{15, 16}

d. Aciz belgesi düzenlenmesini gerektiren son koşul da, alacaklı-
nın “*alacağını masraf ve faizleriyle birlikte*”, tamamen alamamış olması-
dır. Bu belge, ödenmeyen alacak kısmı için düzenlenir...¹⁷

IV. Aciz belgesini düzenleme yetkisi: Bu yetki, takibin yapıldı-
ğı esas icra dairesine aittir.¹⁸ İstinabe olunan icra dairesinin böyle bir
yetkisi yoktur. Aciz belgesinin yetkisiz (istinabe olunan) icra dairesi
tarafından düzenlenmesi halinde, bu belge hiçbir hüküm ve değer ta-
şımaz.¹⁹

V. Aciz belgesinin şekli: İİK m. 143 gereğince düzenlenecek olan
“*kesin aciz belgesi*”nin neleri içereceği İİK Yönetmeliği’nde (m. 95) gös-
terilmiştir. Uygulamada da bu konuda basılı örnekler²⁰ kullanılmak-
tadır.

Aciz belgesinde;

- *Dosya numarası,*

- *Alacaklının ve borçlunun kimlikleri, adresleri, gerçek kişilerin TC kim-
lik numaraları,*

- *Hangi tutardaki alacak için düzenlendiği,*

- *Kaydın sicilden terkin nedeni,*

belirtilir.

VI. Aciz belgesinin hüküm ve sonuçları: Aciz belgesi, gerek *takip
hukuku* ve gerekse *maddi hukuk* ile *ceza hukuku* bakımından bazı sonuç-
lar meydana getirir. Ancak, bu sonuçların doğabilmesi için alacaklıya
koşullara uygun bir aciz belgesi verilmiş olmalıdır. Alacaklının aciz
belgesi almak hakkı doğmuş ve fakat icra memurunca aciz belgesi
düzenlenip alacaklıya verilmemişse, bu sonuçlar doğmaz.²¹ Ancak;

¹⁵ Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, s. 369.

¹⁶ Bkz., 12. HD 3.6.2002 T. 10708/11721.

¹⁷ Bkz., İİD 21.4.1975 T. E: 1458, K: 3780.

¹⁸ Kuru, B., a. g. e., s. 1535, dipn. 4 - Akyazan, S., *Borç Ödemeden Aciz Belgesi (Ansay Armağanı)*, s.324) - Deliduman, S., a. g. e., s. 41 - Öztekin, S., a. g. e., s. 54 - Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M., a. g. e., s. 266

¹⁹ Bkz., İİD 24.6.1949 T. E: 2025, K: 3055; 24.4.1949 T. E: 2027, K: 3055

²⁰ Bkz., Örnek: 28 “Borç ödemeden aciz belgesi” (Uyar, T., *Uygulamalı İcra ve İflas Hu-
kuku*, 1993, C. 1, s. 708)

²¹ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1585 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 636

İİK m. 105/I uyarınca -borçlunun haczi kabil mallarına rastlamaması halinde- düzenlenen “*haciz tutanağı*”nın “İİK m. 143’e göre aciz vesikası (belgesi) hükmünde sayıldığı durumlarda”²² ayrıca “aciz vesikası” (belgesi) düzenlenmesine gerek yoktur...

VII. a. Aciz belgesinin takip hukuku bakımından hüküm ve sonuçları (İİK m. 143/II-VI)

aa. Kesin aciz belgesi, borç ikrarını içeren bir senet (İİK m. 68/I) niteliğindedir (İİK m. 143/II).²³ Bu sebeple, alacaklı, karşılanmamış alacağı için yeniden takibe geçer ve borçlu da buna itiraz ederse, alacaklı aciz belgesine dayanarak icra mahkemesinde “*itirazın kesin olarak kaldırılmasını*” sağlayabilir (İİK m. 68/1). Ancak aciz belgesi *maddi hukuk bakımından bir borç ikrarı* teşkil etmez. Bu nedenle de borçlunun açacağı geri alma (istirdat) vs. maddi hukuka ilişkin davalarda, aciz belgesi borcun varlığını ispata yarayan bir senet sayılmaz.²⁴

Kaynak yasanın 149/II. maddesinde, aciz belgesinin “*takip hukuku bakımından*” borç ikrarını içeren bir belge olduğu açıklanmış olmasına rağmen, bizim yasamızda böyle bir açıklık yoktur. Bununla beraber hukukumuzda da kesin aciz belgesinin ancak “*takip hukuku bakımından*” borç ikrarını içeren bir senet sayılması gerektiği oybirliğiyle²⁵ kabul edilmektedir.

Ayrıca belirtelim ki, “*aciz belgesinin borç ikrarını içeren bir senet*” sayılması, sadece borçlu içindir. Borçlunun kefilî için aynı durum söz konusu olmaz.²⁶

bb. Aciz belgesi alan alacaklı, bunu aldığı tarihten itibaren bir yıl içinde borçluya karşı takibe geçerse, yeniden borçluya ödeme emri tebliğ edilmeksizin, borçlunun malları -eski takip dosyasından- haczedilebilir (İİK m. 143/III).

Alacaklının bu şekilde -bir yıl içinde- yapacağı takibin “*yeni bir*

²² Bkz., 12. HD 19.11.2002 t. 22462/24116

²³ Bkz., 12. HD 26.10.1995 T. E: 14443, K: 14499; 10.11.1993 T. E: 13307, K: 17542; 14.6.1979 T. E: 5005, K: 5516

²⁴ Bkz., HGK 4.12.1957 T. E: 85, K: 86

²⁵ Kuru, B., a. g. e., C. 1, s. 1536 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 636 - Postacıoğlu, İ., a. g. e., s. 542 - Üstündağ, S., a. g. e., s. 364 - Etili, T., a. g. m., s. 606 - Gürdoğan, B., a. g. m., s. 21 - Berkin, N., a. g. e., s. 370 - Akyazan, S., *Borç Ödemeden Aciz Belgesi (Ansay Armağanı)*, s. 320) - Umar, B., *İptal Davası*, s. 41 - Deliduman, S., a. g. e., s. 45 - Öztekin, S., a. g. e., s. 57 - Pekcanitez, H./Atalay, O./Özkan, M.S./Özekes, M., a. g. e., s. 267

²⁶ Olgaç, S./Köymen, H., *İçtihatlarla İcra İflas Kanunu*, 1965, s. 876, 1026

takip"²⁷ mi yoksa "*eskisinin devamı*"²⁸ mı olduğu doktrinde -ve İsviçre Federal Mahkeme Kararlarında- tartışmalıdır.²⁹ Kanımızca alacaklının "*bir sene içinde*" yapacağı takibi eskisinin devamı saymak daha doğru olacaktır. Çünkü, biraz sonra belirteceğimiz gibi; borçlunun bu takibe -bu takip, eskisinin devamı sayıldığı için- itiraz hakkı yoktur...

"Aciz belgesinin alındığı tarihten itibaren bir sene içinde yapılan *takipte*" bir ödeme emri tebliği bahis konusu olmadığından, borçlunun hakkında yapılan bu takibe itirazda bulunma hakkı da yoktur. Ancak İİK m. 71 gereğince, "*borcun itfa edildiğini veya alacaklının kendisine mehil verdiği*" ileri sürerek icra mahkemesinden her zaman "*takibin iptal veya ertelenmesini (talikini)*" talep edebilir. İİK m. 72 gereğince, borçlu "*geri alma*" (istirdat davası) açmak hakkına da sahiptir.³⁰

Alacaklının, borçlusu hakkında bu ("*yeni*" veya "*eskisinin devamı*" sayılan) takip de yeni bir aciz belgesiyle sonuçlanabilir. Ancak bu aciz belgesi, "*ödeme emri göndermeden*" borçlu hakkında takipte bulunma olanağını vermez. Yani, alacaklı, İİK m. 143/III'de öngörülen ayrıcalıktan bir kez yararlanabilir. Ancak, "*aciz belgesine dayanılarak yapılan takip*" bir sene geçtikten sonra -yeniden ödeme emri göndermek suretiyle- olmuş ve yine aciz belgesiyle sonuçlanmışsa, bu aciz belgesi sahibi alacaklı tekrar İİK m. 143/III'deki ayrıcalıklı durumdan yararlanabilir.³¹

Eğer alacaklı "*aciz belgesinin alındığı tarihten bir sene geçtikten sonra borçlu hakkında takibe geçerse*" borçluya yeniden ödeme emri gönderilmesi gerekir.³² Borçlu bu takibe karşı, "*aciz belgesinin usulüne uygun olarak verilmediği*" yolunda "*şikayet*"te bulunabileceği gibi, ³³ "*borcu bulunmadığı*" yolunda "*itiraz*"da da bulunabilir. Borçlunun bu itirazı ile takip durur.³⁴ Ancak, alacaklının elindeki belge İİK m. 68'de öngörülen belgelerden sayıldığı için, alacaklı itirazın kaldırılmasını isteye-

²⁷ Postacıoğlu, İ., a. g. e., s. 543 - Üstündağ, S., a. g. e., s. 355 - Gürdoğan, B., a. g. m., s. 23 - Etili, T., a. g. m., s. 606 - Deliduman, S., a. g. e., s. 52 - Öztekin, S., a. g. e., s. 59

²⁸ Kuru, B., a. g. e., C. 1, s. 1536 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 636

²⁹ Deliduman, S., a. g. e., s. 52 vd. - Öztekin, S., a. g. e., s. 59

³⁰ Gürdoğan, B., a. g. m., s. 24 - Kuru, B., a. g. e., s. 1536, dipn. 10

³¹ Fritzsche, s. 325 (Naklen: Üstündağ, S., a. g. e., 306, dipn. 995 - Ansay, S. Ş., a. g. e., s. 173 - Deliduman, S., a. g. e., s. 50)

³² Bkz., 12. H. 17.3.1988 T. E: 4554, K: 3124; 25.5.1981 T. E: 3802, K: 5208; İİD 6.4.1970 T. E: 3827, K: 3698; 12.5.1955 T. E: 2686, K: 2814

³³ Bkz., 12. HD 1.10.1980 T. E: 5415, K: 6905

³⁴ Bkz., İİD 18.11.1968 T. E: 10195, K: 10547

bilir ve borçlu itirazını yine İİK m. 68’de öngörülen belgelerden birine dayandırmıyorsa, “itirazın kesin olarak kaldırılmasını” karar verilir.³⁵

Maddenin açıklık taşıyan hükmü (m. 143/III) karşısında, takibin dayanağı olan belgeye göre bir ayırım yapmaksızın, takibin dayanağı bir ilam veya bu hükümdeki bir belge dahi olsa, aciz belgesinden bir yıl sonra yapılan bütün takiplerde borçluya ödeme emri tebliği gerekmektedir.^{36,37}

cc. Kesin aciz belgesi alacaklıya, iptal davası açabilme hakkı verir (İİK m. 143/II). Alacaklı aldığı kesin aciz belgesine dayanarak borçlunun İİK m. 278,³⁸ 279,³⁹ ve 280⁴⁰ de yazılı tasarruflarının iptalini isteyebilir.

dd. Aciz belgesine dayanarak alacaklı, İİK m. 100/I’deki koşullar çerçevesinde⁴¹ hacze iştirak edebilir. Yani, kesin aciz belgesi alacaklıya, hacze iştirak imkanını verir. Bu alacaklının, mevcut hacze iştiraki şöyle olur: İİK m. 100/I gereğince, ilk haciz *ilamsız takibe dayanıyorsa*, aciz belgesinin; takip talebinden önce yapılmış bir takip sonunda alınmış olması lazımdır. Buna karşın; ilk haciz *ilama dayanıyorsa*, bu ilamın alınmasına neden olan davanın açılmasından önce yapılmış bir takip sonucunda, aciz belgesi alınmış olmalıdır.⁴²

Ancak her iki halde de, alacaklının sadece “aciz belgesi”ne sahip bulunması, hacze iştirake hak vermez; ayrıca alacaklının aciz belgesine dayanarak “*takip talebinde*” de bulunmuş olması lazımdır. Eğer, aciz belgesini aldıktan sonra bir yıl içinde takip yapmışsa, takip talebinden sonra hemen hacze iştirak edebilir. Buna karşın bu bir yıl geçtikten sonra takip talebinde bulunmuş ise, borçluya ödeme emri tebliğinden sonra, takibin kesinleşip, haciz isteme safhasına gelmiş olması gerekir.⁴³

³⁵ Gürdoğan, B., a. g. m., s. 22

³⁶ Bkz., 12. HD 17.3.1988 T. E: 4554, K: 3124; 25.5.1981 T. E: 3802, K: 5208; İİD 6.4.1970 T. E: 827, K: 3698; 12.5.1955 T. E: 2686, K: 2814

³⁷ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz., Akyazan, S., a. g. m., s. 321 vd.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, s. 60 vd.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., a. g. e., s. 91 vd.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., a. g. e., s. 111 vd.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra Hukukunda Haciz*, s. 767 vd. - Bu eser, C. 6, s. 8934 vd.

⁴² Etili, T., a. g. m., s. 607 - Öztekin, S., a. g. e., s. 65 - Deliduman, S., a. g. e., s. 61

⁴³ Gürdoğan, B., a. g. e., s. 25

ee. Aciz belgesinin düzenlenmesi -avukatlık ücretine hak kazanma bakımından- takibin sonuçlandığını gösterir (Avukatlık Ücret Tarifesi, m. 12/II). Avukat, yaptığı takip sonucunda, borçlu hakkında aciz belgesi düzenlenmesi ile alacaklı vekili olarak başladığı icra takibini sonuçlandırmış sayılır ve ücrete hak kazanır...

ff. Düzenlenen aciz belgelerinin özel sicile tescili (İİK m. 143/I, c: 2, 3): İİK m. 143/I'e, 4949 sayılı kanun ile -17.7.2003 tarihinde- yapılan değişiklik sırasında eklenen yeni hükme göre; her il merkezinde Adalet Bakanlığınca tespit edilecek icra dairesi tarafından bir "özel sicil" tutulacak ve icra dairelerince düzenlenen aciz belgeleri, "özel sicil" e kaydedilmek üzere bu icra dairesine gönderilecektir. Bu "özel sicil"ler alenî olacak ve Adalet Bakanlığı tarafından, ne şekilde tutulacağı ve hangi hususları içereceği hazırlanacak Yönetmelikte belirtilecektir...

11.4.2005 tarihinde *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan İİK Yönetmeliği'nin 94-101. maddelerinde "aciz belgesi" ne ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

4949 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda kabul edilen bu yeni düzenlemenin (kurulan sicilin) amacı; bir kimseyle ticari ilişkiye girecek olan kişinin, bu açık olan sicile bakarak, ilgilendiği kişi hakkında verilmiş bir "aciz belgesi" bulunup bulunmadığını öğrenmesini sağlamaktır...

VIII. b. Aciz belgesinin maddi hukuk bakımından hüküm ve sonuçları:

aa. Kesin aciz belgesi düzenlenmesi ile borç tecdit edilmiş (yenilenmiş) (BK m. 114) olmaz.⁴⁴ Borcun yenilenmesi, taraflarca yapılan sözleşmede açıkça öngörülmüşse gerçekleşir. Halbuki burada, aciz belgesi, alacaklı ile borçlu arasında yapılan sözleşmeden doğmamakta, icra müdürü tarafında düzenlenmektedir.

bb. Kesin aciz belgesinde yazılı borç hakkında, borçlu için yirmi yıl süreyle zamanaşımı işlemez (durur) (Yani borç; yirmi yıl geçince zamanaşımına uğrar) (İİK m. 143/VI).⁴⁵ Aciz belgesine bağlanan borcun -yirmi yıl- zamanaşımına tâbi olmaması sadece "borçluya karşı"

⁴⁴ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1538 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 637 - Üstündağ, S., a. g. e., s. 362 - Gürdoğan, B., a. g. m., s. 22 - Postacioğlu, I., a. g. e., s. 540 - Deliduman, S., a. g. e., s. 6 - Öztekin, S., a. g. e., s. 14

⁴⁵ Bu hükmün eleştirisi için bkz., Deliduman, S., a. g. e., s. 65

kabul edilmiştir.⁴⁶ Bu suretle de, “müşterek borçlular”, “kefiller” bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır.^{47, 48} “Mirasçılar” için de yasa özel bir hüküm içermektedir: Takip konusu alacak, borçlunun mirasçılarna karşı zamanaşımına tâbidir. Miras bırakanın borcundan, müteselsilen (zincirleme olarak) sorumlu olan mirasçılar, mirası kabullerinden itibaren bir sene içinde alacaklı tarafından takip⁴⁹ edilmemişlerse ‘zamanaşımı savunmasında’ (def’inde) bulunabilirler (İİK 143/VI, c: 2)⁵⁰

Burada kabul edilen bir yıllık sürenin “hak düşürücü süre” (sukutu hak süresi)⁵¹ mi yoksa “zamanaşımı süresi”⁵² mi olduğu tartışmalı ise de genellikle “zamanaşımı süresi” olduğu kabul edilmektedir. *Yüksek mahkeme*⁵³ de bu görüştedir.

Bu bir yıllık sürenin başlangıcı; mirasçılardan, mirası kabul tarihidir (MK m. 575, 599, 625).

Alacak, Borçlar Kanunu hükümlerine göre henüz zamanaşımına uğramamış ve mirasçılar mirası kabullerinden itibaren bir yıl geçmeden takip edilmişlerse, mirasçılardan zamanaşımı def’inde bulunmaya hakları yoktur.^{54, 55}

Alacaklı, aciz belgesi aldıktan sonra, borçlu hakkında takipte bulunmuş ve borçlu takip sırasında ölmüşse, mirasçılara karşı bu alacak,

⁴⁶ Bkz., İİD 3.11.1960 T. E: 7247, K: 7366

⁴⁷ Gürdoğan, B., a. g. m., s. 25 - Öztekin, S., a. g. e., s. 78 - Arık, F., Borç Ödemekten Aciz Vesikası (Adliye Ceridesi, yıl: 34, 11, s. 950) - Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1539 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 638 - Deliduman, S., a. g. e., s. 66

⁴⁸ Bkz., 12. HD 29.12.1975 T. E: 7976, K: 11364

⁴⁹ İİK m. 143/VI, C. 2’de “...borçlunun mirasçılardan, ... alacaklı hakkını aramamışsa...” sözcükleri yer almaktadır. Doktrinde (Deliduman, S., a. g. e., s. 72) “ ‘ihtar’, ‘mektup’, veya ‘sözlü ileri sürme’nin alacağın aranması sayılmayacağı, buna karşın ‘alacaklının mahkemeye veya hakeme müracaat etmesi ya da icra takibi yapması yahut iflas masasına alacağını yazdırması’nın hakkını (alacağını) arama sayılacağı” belirtilmiştir...

⁵⁰ Bkz., 12. HD 3.12.1981 T. E: 8081, K: 9287; 28.10.1980 T. E: 5865, K: 7684; 29.12.1956 T. E: 6854, K: 7279 - 21.2.1978 T. E: 1015, k: 1604; 18.11.1976 T. E: 9880, K: 11621

⁵¹ Leeman, (Naklen; Gürdoğan, B., a. g. m., s. 26)

⁵² Jaeger, Blumenstein, Favre, (Naklen; Gürdoğan, B., a. g. m., s. 26) - Belgesay, M. R., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1954, s. 312 - Üstündağ, S., a. g. e., s. 363 - Ansay, S. Ş., a. g. e., s. 174 - Gürdoğan, B., a. m. s. 26 - Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1538 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 637 - Öztekin, S., a. g. e., s. 80 - Postacıoğlu, İ., a. g. e., s. 541 - Deliduman, S., a. g. e., s. 68

⁵³ Bkz., İİD 8.11.1952 T. E: 399, K: 4631; 24.3.1952 T. E: 1299, K: 1447

⁵⁴ Gürdoğan, B., a. g. m., s. 27

⁵⁵ Aksi görüş: Ansay, S. Ş., a. g. e., s. 174

borçlu miras bırakan hakkında başlatılan takipteki “son işlem tarihinden” itibaren işlemeye başlar. Bu tarih ile takibin mirasçılara yöneltildiği tarih sırasında, asıl alacağın bağlı olduğu zamanaşımının -örneğin; ilamlı takiplerde on sene- geçip geçmediğinin araştırılması gerekir.⁵⁶

Yüksek mahkeme, ‘borçlu hakkında aldığı “aciz belgesi”ne dayanarak İİK m. 277 vd. göre “iptal davası” açıp kazanan alacaklının, borçluya karşı yaptığı takipte “İİK m. 243/III’deki süre koşulu”nun uygulanmayacağı’ -oyçokluğu ile- kabul edilmiştir.⁵⁷

cc. Kesin aciz belgesine bağlanmış olan alacak hakkında faiz işlemez (İİK m. 143/IV).⁵⁸ Bu hükümden yalnız “borçlu” istifade eder. “Kefiller, müşterek borçlular ve borcu tekeffül edenler” istifade edemezler.⁵⁹ Bu şahıslar alacaklıya ödemeye mecbur kaldıkları faizlerden dolayı borçluya rücu edemezler (İİK m. 143/V).

Bu hüküm, aciz belgesine bağlanmış borçlar bakımından “alacaklı” ve “borçlu” arasında denge (eşitlik) sağlamak amacı ile kabul edilmiştir. Gerçekten, aciz belgesinde tespit edilen alacağın -yirmi yıl süreyle- “zamanaşımına uğramayacağını” (alacaklı lehine olarak) kabul eden kanun koyucu, “bu alacak için faiz de işlemeyeceğini” (borçlu yararına olarak) kabul etmiştir.

Faiz hangi tarihten itibaren işlemeyecektir? Bir görüşe göre⁶⁰ “aciz belgesinin verildiği tarihte itibaren” diğer bir görüşe göre⁶¹ ise; “hacizli malın paraya çevrilmesi veya alıcı çıkmadığı ya da sürülen peyin yeterli olmaması nedeniyle satılamadığı yahut haczi kabil mal bulunmaması sebebiyle takip etme imkanı kalmadığı andan itibaren” aciz belgesine bağlanmış alacağa faiz yürütülemez...

Yüksek mahkeme,⁶² “aciz belgesine bağlı alacak için faiz işlemeyeceği” kuralının kamu düzeni ile ilgili olduğunu, bu nedenle “her zaman bu hususun ileri sürülebileceğini” belirtmiştir.⁶³

Kanunda açıklık bulunmadığından, bu hükümden, mirasçılardan da

⁵⁶ Bkz., İİD 24.3.1952 T. E: 1299, K: 1447

⁵⁷ Bkz., 12. HD 12.5.1976 T. E: 3878, K: 6023

⁵⁸ Bkz., İİD 30.3.1973 T. E: 3103, K: 3385

⁵⁹ Bkz., 12. HD 1.12.1989 T. E: 5348, K: 14788

⁶⁰ Akyazan, S., a. g. m., s. 323

⁶¹ Öztekin, S., a. g. e., s. 83

⁶² Bkz., 12. HD 3.5.1984 T. E: 287, K: 5587, K: 19.10.1983 T. E: 6223, K: 7774

⁶³ Aksi görüş: Kuru, B., a. g. e., s. 1541 - Deliduman, S., a. g. e., s. 76

yararlanıp yararlanamayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kimi hukukçular⁶⁴ “borçlunun faizden kurtulması durumunun halefiyet yoluyla mirasçılara da geçeceğini” kabul ederken kimi hukukçular⁶⁵ “bu hükmün sadece borçlunun kendisini koruyan bir tedbir olduğunu, bu nedenle mirasçıların bu hükümden yararlanamayacağını” belirtmişlerdir... Yüksek mahkeme bu konuya ilişkin bir kararında “aciz belgesine bağlanmış alacak için mirasçılardan da faiz istenemeyeceğini” belirtmiştir.⁶⁶ Kanımızca alacak zamanlaşımına tâbi olmaya başladığı andan -yani, mirasın kabulünden itibaren faiz işlemeye başlamalıdır.⁶⁷

Yüksek mahkeme -gerek (sıra cetveline itiraz davalarında) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi⁶⁸ ve gerekse (takip konusu alacağın faiz miktarının belirlenmesinde) Yargıtay 12. Hukuk Dairesi⁶⁹ -doktrin’e⁷⁰ uygun şekilde- ve farklı gerekçelerle- borçlu hakkında alacağı “aciz belgesi” ne dayanarak, İİK m. 277 vd göre iptal davası açıp kazanan alacaklının, borçluya karşı yaptığı takipte, İİK m. a. 243/IV’deki “faizin işlememesi kuralı”nın uygulanmayacağını kabul etmiştir...

İİK’nun 143. maddesine -4949 sayılı kanunla- 7. fıkra olarak eklenen yeni hüküm uyarınca; “borçlunun aciz belgesini düzenlemiş olan icra dairesine, borcunu işlemiş faizleriyle birlikte her zaman ödeyebileceği, borcun bu şekilde tamamen ödenmesinden sonra aciz belgesinin sicilden terkin edileceği” ya da “icra takibinin batıl olması veya iptali halinde yahut borçlunun borçlu olmadığı mahkeme kararıyla sâbit olması veya alacaklının icra takibini geri alması halinde de aciz belgesinin sicilden terkin edileceği” öngörülmüştür.

İİK m. 143/VI’deki “aciz belgesine bağlanmış borcun yirmi yıl geçince zamanlaşımına uğrayacağı”na ilişkin hüküm karşısında, borçluların çoğu aciz belgesinin düzenlenmesinden 15-19 yıl sonra, borcunu birikmiş faizleriyle birlikte ödemek yerine, yirmi yılın dolmasını bekleyeceklerdir.

⁶⁴ Jaeger, (Naklen, Gürdoğan, B., a. g. m., s. 28) - Arık, F., a. g. m., s. 951 - Kuru, B., a. g. e., s. 1541 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 638

⁶⁵ Blumenstein, (Naklen; Gürdoğan, B., a. g. m., s. 28)

⁶⁶ Bkz., 12. HD 1.12.1989 T. E: 5348, K: 14788

⁶⁷ Favre, (Naklen; Gürdoğan, B., a. g. m., s. 28) - Gürdoğan, B., a. g. m., s. 28 - Deliduman, S., a. g. e., s. 77 - Öztekin, S., a. g. e., s. 86

⁶⁸ Bkz., 19. HD 26.5.2005 T. E: 158, K: 3948

⁶⁹ Bkz., 12. HD 17.10.2002 T. 19179/21043; 15.4.1999 T. 3305/4862; 5.6.1997 T. 5914/6605; 23.5.1988 T. 4985/6550

⁷⁰ Kuru, B., a. g. e., C. 2, s. 1542 - Kuru, B., *El Kitabı*, s. 638

Yirmi yıllık süre dolduktan sonra, zamanaşımı nedeniyle aciz belgesiyle ilgili kaydın da silinmesi gerekecektir...

dd. Aciz belgesi düzenlenmesinin, maddi hukuk bakımından diğer hüküm ve sonuçları: Çeşitli kanunlarda, hakkında aciz belgesi düzenlenmiş olan kişi (borçlu) bakımından, bir takım yaptırım niteliğindeki özel hükümlere de yer verilmiştir. Örneğin;

- MK m. 513 uyarınca; miras bırakan, borcunu ödeyemeyecek durumda olduğu düzenlenen aciz belgesiyle saptanmış olan mirasçısını, mahfuz hissesinin (saklı payına) yarısından ıskat edebilir...

- MK m. 562 uyarınca, mahfuz hissesine (saklı payına) tecavüz edilen mirasçı, borç ödemedi aciz haline düşerse, elinde aciz belgesi bulunan alacaklılar tenkis davası açabilirler...

- MK m. 648 uyarınca, elinde aciz belgesi bulunan alacaklı, hakimden mirasçı yerine geçerek taksime iştirakini isteyebilir...

- BK m. 82 uyarınca, sözleşmenin taraflarından birisinin aciz haline düşmesi, karşı tarafa kendi edimini yerine getirmeme hakkını verir...

- BK m. 310 uyarınca, ödünç alan kimse karzdan sonra borcunu ödemekte aciz haline düşerse, borç veren taahhüt ettiği şeyin tesliminden kaçınabilir...

- BK m. 245/II uyarınca, aciz halinin gerçekleşmesi, bağışlama sözleşmesini kendiliğinden ortadan kaldırır...

- BK m. 346 uyarınca, iş sahibinin borcunu ödemekten aciz haline düşmesi halinde, işçi -verdiği uygun süre içinde ücreti için teminat gösterilmezse- iş sözleşmesinden dönebilir...

- BK m. 486 uyarınca, borçlu hakkındaki takibin semeresiz kalması (aciz belgesi düzenlenmesi) halinde, alacaklı kefile başvurabilir...

- TK m. 179 uyarınca, kolektif şirket hakkındaki takibin semeresiz kalması (aciz belgesi düzenlenmesi) halinde, kolektif şirket borcundan dolayı, kolektif şirket ortağı hakkında takipte bulunulabilir...

- TK m. 625 uyarınca, poliçe muhatabı hakkındaki takibin semeresiz kalmış olması (aciz belgesi düzenlenmesi) halinde, son hamil diğer borçlulara vadeden önce başvurabilir...

- TK m. 718 uyarınca, hesaba geçirilmek üzere çekilen bir çekin hamili, muhatap banka aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalma-

sı (aciz belgesi düzenlenmesi) halinde, çek bedelinin muhatap banka tarafından ödenmesini isteyebilir ve muhatap bankanın bunu yerine getirmemesi halinde, hamil müracaat hakkını kullanabilir...

- TK m. 740 uyarınca, emre yazılı havalelerde, muhatap durumundaki havale olunanın aleyhine aciz belgesi düzenlenirse, hamil vadeden önce müracaat hakkını kullanamaz...

- Finansal Kiralama Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, kiracı aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması (aciz belgesi düzenlenmesi), finansal kiralama sözleşmesini sona erdirir...

IX. c. Aciz belgesinin ceza hukuku bakımından hüküm ve sonuçları:⁷¹

Aciz belgesi, İİK'nun 331,⁷² 332,⁷³ 338/II'de⁷⁴ düzenlenmiş olan - aciz belgesi ile ilgili- suçları işlemiş bulunan borçlunun cezalandırılmasını isteme hakkını alacaklıya tanır.

⁷¹ Bu konuda ayrıca bkz., Deliduman, S., a. g. e., s. 95 vd. - Deliduman, S., *Borç Ödemesinden Aciz Belgesinin Cezai Sonuçları* (İBD 2000/3, s. 774 vd.)

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller*, s. 33 vd.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *Suç Sayılan Fiiller* s. 41 vd.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *Suç Sayılan Fiiller* s. 211 vd.

BELEDİYE DİZGESİNE GETİRİLEN YENİLİKLERE GENEL BİR BAKIŞ

Hasan DURSUN *

Belediyelerin ortaya çıkışı ve gelişimi ile ülkemizin batılılaşma tarihi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Belediyeler, Tanzimat reformları içinde Türk yönetim sistemi içerisinde yer almaya başlamıştır. Oturmuş bir yapı içerisinde ilk belediye deneyimi İstanbul Şehremaneti adı altında uygulamaya konulmuştur. İstanbul şehremaneti ile başlayan belediye yönetim tarzı, 1876 tarihli Anayasa olan Kanun-i Esasi ile yasal bir dayanağa kavuşmuş, Meclisi Mebusan tarafından çıkarılan Dersaadet Belediye Kanunu ve Vilayetler Belediye Kanunu kısmi değişikliklerle, 1930 yılında çıkarılan 1580 sayılı Belediye Kanununa kadar yürürlükte kalmıştır.¹

1884 tarihli Fransız Belediye Kanunu'ndan esinlenerek yürürlüğe konulan 3.4.1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu ile belediyeler oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun; günümüzdeki yerleşme eğilimleri karşısında gerekli açılımların yapılabilmesi için yetersiz kaldığı, dayandığı mahalli idare anlayışının günümüzün yerel hizmetlerde genel yetkili mahalle anlayışından farklı olduğu, yapılan değişikliklerle bütünlüğünü ve iç tutarlılığını kaybettiği ve çağdaş gelişmelerle de uyumlu olarak yönetimde zihniyet değişimi ile birlikte belediyelerin kuruluş ve görevlerine ilişkin mevzuat alt yapısının yenilenmesinin kaçınılmaz hâle geldiği gerekçe-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Doktora Öğrencisi.

¹ Bkz., Şanlı, Avrupa Birliği Yolunda Geçmişten Günümüze Belediye Personel Sistemi, s. 161.

leriyle² yeni bir Belediye Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Hazırlanan Tasarı TBMM’nce 9 Temmuz 2004 tarihli ve 5215 sayılı Belediye Kanunu olarak kabul edilmiş ve yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığı’na gönderilmiştir. Söz konusu kanun, Cumhurbaşkanınca; bir daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığı’na geri gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanı; 5215 sayılı Belediyeler Kanunu’nu TBMM’ne geri gönderirken 3 madde üzerinde geri gönderme gerekçeleri ileri sürmüştür. Cumhurbaşkanının ileri sürdüğü birinci gerekçe; 5215 sayılı kanunun 3. maddesi hakkındadır. Cumhurbaşkanı; 5215 sayılı kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belediye tanımı yapılırken *“beldenin ve belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi”* biçiminde bir tanım yapıldığını, halbuki Anayasa’nın 127. maddesinde yerel yönetimlerin *“il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere...”* kurulabileceği ifade edildiğinden belediye tanımı içerisinde belde halkı yanında belde hizmetlerine de yer verilmesinin Anayasa’nın 127. maddesine; yine bu tanımda beldenin yerel ortak gereksinimlerini karşılamak görevinin de belediyelere verilerek, belediyelerin genel yönetimle ilgili konuları kapsayacak şekilde genel yetkili yönetim birimi gibi tanımlandığını bu durumun Anayasa’nın 126. maddesine aykırı olduğunu, çünkü söz konusu madde gereği genel yetkili yönetim biriminin il olduğunu ifade etmiştir.

Cumhurbaşkanının ileri sürdüğü ikinci gerekçe, 5215 sayılı kanunun 14. maddesi üzerinedir. Cumhurbaşkanı; 5215 sayılı kanunun 14. maddesinin 1. fıkrasında *“Belediye, kanunlarla münhasıran başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki her türlü görev ve hizmeti yapar veya yaptırır, gerekli kararları alır, uygular ve denetler”* denilerek belediyenin görev ve sorumluluklarının genel ve soyut olarak belirlendiğini, halbuki Anayasa’nın 126. maddesinde merkezi yönetimin görevlerini belirginleştiren ya da sınırlayan bir düzenlemenin yapılmadığını, buna karşın Anayasa’nın 127. maddesinde yerel yönetimlerin örgütlenmesinin hem *“coğrafya”* hem de *“konu”* yönünden sınırlandırıldığını buna göre yönetsel örgütlenmede merkezi yönetimin konu yönünden genel, yerel yönetimlerin ise özel görevli olduğu, hal-

² Gerekçe konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz., <http://www.belgenet.com/yasa/k5215-2.html>, (Erişim Tarihi; 31.10.2006).

buki 14. maddenin birinci fıkrası ile belediyelerin kamu hizmetlerinin yürütülmesi yönünden “genel görevli” kılındığı, “münhasıran” sözcüğüyle merkezi yönetimin görev ve yetki alanının daha da daraltıldığı, buna karşılık belediyelerin görev ve yetki alanının genişletildiğini, bu durumun, yurttaşlara standart bir kamu hizmeti sunumunu olanaksızlaştırarak hizmetler yönünden bölgesel ve yerel dengesizlikleri artıracığı, yasama organının, her şeyden önce bir hizmetin yerel mi, yoksa ülke düzeyinde mi olduğunu belirlemesi ve yerel düzeyde görülen hizmetlerin yasada tek tek sayılması gerektiğini, bu nedenle de, 14. maddenin Anayasa’nın 126 ve 127. maddesindeki ilkelerle bağdaşmadığını ileri sürmüştür.

Cumhurbaşkanının ileri sürdüğü son gerekçe ise 5215 sayılı kanunun Geçici 4. maddesi üzerinedir. Cumhurbaşkanı; 5215 sayılı kanunun Geçici 4. maddesinde; “Konusu suç teşkil etmemek ve kesinleşmiş bir yargı kararına müstenit olmamak kaydıyla, bu kanunun yayımı tarihine kadar, memur temsilcileri ile toplu iş sözleşmesi akdederek veya başka bir tasarrufla bulunarak belediye, büyükşehir belediyesi ve il özel idaresinde çalışan kamu personeline her ne ad altında olursa olsun ek ödemede bulunmaları nedeniyle kamu görevlileri haklarında idari, adli veya mali yargılama ve takibat yapılamaz, başlatılanlar işleminden kaldırılır” şeklinde bir hükme yer verildiğini, af niteliğinde olduğu için Anayasa’nın 87. maddesi gereği bu düzenlemenin kabul edilebilmesi için TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun aranması gerektiğini, diğer yandan, geçici madde ile getirilen affın haklarında kesinleşmiş yargı kararı bulunanları kapsamadığını, bu durumun Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ve 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir.³

Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere TBMM’ye geri gönderilen 5215 sayılı Belediye Kanunu’nun TBMM Genel Kurulu’nda sadece Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması uygun bulunmayan 3, 14 ve Geçici 4. maddeleri üzerinde görüşülmüş; 3ç maddede, Cumhurbaşkanının istediği doğrultuda düzenleme yapılmış, 14. maddede Cumhurbaşkanının isteğini tam olarak karşılamasa da bir takım kısmi düzeltmeler yapılmış ve Geçici 4. madde

³ Cumhurbaşkanının ileri sürdüğü gerekçeler hakkında fazla bilgi için Bkz., http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/22.07.2004-2799.html, (Erişim Tarihi; 29.12.2006).

kaldırılmıştır. Böylelikle Genel Kurulca kabul edilen Belediye Kanunu yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmiştir. Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanan 7.12.2004 tarih ve 5272 sayılı Belediye Kanunu, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nu kaldırmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.2005 gün ve E. 2004/118, K. 2005/8 sayılı Kararıyla 5272 sayılı kanun, şekil yönünden Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi bu kararında; "Cumhurbaşkanı'nca Anayasa'nın 89 ve 104. maddelerine göre bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilen 9.7.2004 günlü, 5215 sayılı Belediye Kanunu'nun TBMM Genel Kurulu'nda sadece Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması uygun bulunmayan maddeleri görüşülüp oylanmış, ayrıca verilen önerge ile Kanuna Geçici 4. madde eklenip oylandıktan sonra kanunun tümü için son oylama yapılmıştır. Ancak, bu oylamanın ardından yapılan itirazların değerlendirilmesiyle gerekli sayıda kabul oyu alamayarak reddedildiği anlaşılan Geçici 4. madde, kanun metninden çıkarılmış ve diğer geçici maddeler yeniden sıralanmıştır.

Geçici Madde 4'ün çıkarılmasıyla içeriği daha önce son oylaması yapılan metinden farklı hale gelen kanunun, TBMM İktüzüğü'nün 81. maddesinin son fıkrası uyarınca tümünün yeniden oylaması gerekirken buna uyulmamış, böylece son oylaması yapılmamıştır.

*Açıklanan nedenlerle 5272 sayılı Belediye Kanunu, şekil bakımından TBMM İktüzüğü'nün 81. maddesine, bu bağlamda Anayasa'nın 88 ve 148. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."*⁴ denilmiş ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Üçüncü kez TBMM tarafından görüşülen Belediye Kanunu, 5272 sayılı kanunda herhangi bir değişiklik yapılmayarak 7 Temmuz 2005 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Belediyeler, 7.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ancak 5393 sayılı kanunun bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla iptal ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Anayasa mahkemesine başvurulmuştur. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde belediyelere ihtiyari görev olarak verilen okul öncesi eğitim kurumlar açmak görevi ile 2. fıkrasındaki; belediyenin kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır hükmünü Anayasa

⁴ Bkz., 13.4. 2005 tarih ve 27875 sayılı Resmi Gazete.

Mahkemesi 22.9.2005 tarih ve E. 2005/95, K. 2005/14 sayılı Kararıyla yürürlüğünü durdurmuştur.⁵ Anayasa Mahkemesi, 24.1.2007 tarih ve E. 2005/95, K. 2007/5 sayılı Kararıyla da 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ile 2. fıkrasını ve 50. maddenin son fıkrasındaki tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerde avukat unvanlı pozisyonların devredildikleri belediye veya il özel idaresi adına vize edilemeyeceğini ifade eden kısmını iptal etmiş ve 24.1.2007 tarih ve 2005/95, K. 2007/2 sayılı Kararıyla da iptal ettiği hükümlerin yürürlüğünü durdurmuştur.⁶ Ancak, 2.1.2007 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği hükümlerin iptal gerekçesi *Resmi Gazete'* de yayımlanmamıştır.

Bu çalışmada; 5393 sayılı kanunla belediyelerin kurumsal ve işlevsel yapısında kısacası belediye dizgesi alanında getirilen yeniliklere temas edilerek; özellikle hukuk ve kamu yönetimi bakış açılarıyla getirilen yenilikler eleştirel olarak incelenecek ve 5393 sayılı kanunla 1580 sayılı kanun arasındaki farklara değinilecektir.

I. BELEDİYE YÖNETİMİNİN TANIMI, KURULMASI, SINIR İŞLERİ, BİRLEŞME VE KATILMASI İLE TÜZEL KİŞİLİĞİNİN KALDIRILMASI

1.Belediyenin Tanımı

Yürürlükten kaldırılan 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 1. maddesinde belediye; beldenin ve belde halkının yerel nitelikteki ortak ve medeni gereksinimlerini düzenlemek ve karşılamak amacıyla yükümlü bir tüzel kişi olarak tanımlanırken, 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde belediye; belde sakinlerinin yerel ortak nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır. Kanımızca, Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesinde de haklı olarak belirtildiği üzere belediye tanımından, belediyenin; beldenin ortak ve yerel gereksinimlerini karşılayacağını belirten hükmünün, bir başka deyişle yerel ve ortak ihtiyaçlar bakımından belediyenin genel görevli olduğu anlaşılan hükmün çıkartılması son derece yerinde ol-

⁵ Bkz., 29.9.2005 tarih ve 25951 sayılı *Resmi Gazete*.

⁶ Bkz., 27.1.2007 tarih ve 26451 sayılı *Resmi Gazete*.

muştur. Çünkü, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasında da örtülü olarak belirtildiği üzere belediye, sadece, belediye sakinlerinin yerel ve ortak gereksinimlerini karşılamak üzere kurulurlar. Dolayısıyla 1580 sayılı kanunda yapılan belediye tanımı da Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Ancak, 5393 sayılı kanunda, Anayasa'da ifade edilmemesine rağmen belediye için "idari ve mali özerkliğe sahip" kavramının kullanılması kanımızca Anayasaya aykırı düşmektedir.

Belediyeler, belirli bir coğrafi bölgenin değil, il özel idarelerinin aksine, insanların topluca oturdukları, kendisine belde ismi verilen birbirine yakın evlerden oluşmuş belirli ve sınırlı yerleşim birimlerinin yönetim teşkilatıdır.⁷

2. Belediyenin Kurulması

1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 7. maddesinde; bir yerleşim yerinde belediye kurulabilmesi için aranan nüfus sayısı ölçütü 2000 iken, 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 4. maddesine göre ancak nüfusu 5.000 ve üzerinde olan yerleşim birimlerinde belediye kurulabilir. Belediye kurulması konusunda 5393 sayılı kanun, 1580 sayılı kanunda yer almayan bir hükme de yer vermiştir. Bu hükme göre; nüfusu 5.000 ve üzerinde bulursa da içme ve kullanma suyu havzaları ile sit ve koruma alanlarında ve meskun sahası, kurulu bir belediye sınırlarına 5.000 metreden daha yakın olan yerleşim birimlerinde belediye kurulamayacaktır.

1580 sayılı kanunun 7. maddesine göre köyler veya muhtelif köy kısımlarının birleştirilerek belediye kurulabilmesi için meskun sahalarının, merkez kabul edilecek yerleşim yerinin meskun sahasına azami 500 metre mesafede bulunması ve nüfusları toplamının 2000 den fazla olması esas benimsenmişken, 5393 sayılı kanunun 4. maddesinde mesafe koşulu 5.000, nüfus koşulu ise 5.000 ve üzeri olarak kabul edilmiştir.

Bir köyde ya da köylerin veya köy kısımlarının birleştirilerek belediye kurulması süreci; 1580 sayılı kanun ile 5393 sayılı kanunda önemli ölçüde farklı olarak düzenlense de iki kanunda da çeşitli aşamalardan oluşan bir karma işlem⁸ olarak düzenlenmiştir. 5393 sayılı kanunun

⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 2002, s. 420.

⁸ Karma işlem hakkında bilgi için bkz., *ibid.*, s. 119.

4. maddesinde; bir köyde ya da köylerin veya köy kısımlarının birleştirilerek belediye yönetimi kurulabilmesi için bir veya birden fazla köyün ihtiyar meclisinin kararı veya seçmenlerinin en az yarısından bir fazlasının mahalli en büyük mülki idare amirine yazılı olarak başvurusu ya da valinin kendiliğinden buna gerek görmesi durumunda valinin bildirimine üzerine mahalli seçim kurullarının on beş gün içinde köyde veya köy kısımlarında kayıtlı seçmenlerin oylarını alacağı ve sonucu bir tutanakla valiliğe bildireceği, işlem dosyasının valinin görüşü ile birlikte İçişleri Bakanlığı'na bildirileceği ve Danıştay'ın görüşü de alındıktan sonra müşterek kararname ile belediye kurulacağı ifade edilmiştir. 1580 sayılı kanunun 7. maddesinde; söz konusu karma işlemin tamamlanabilmesi için seçim sonucunun valiliğe bildirilmesi üzerine valinin dosyayı il genel meclisine göndereceği, il genel meclisinin de kurulacak belediyenin gelirlerinin kanunlarda yazılı hizmetlerin yürütülmesine yeterli olup olmayacağına ve böyle bir teklifin faydalı olup olmayacağına karar vermesi koşulu aranmakta iken, bu koşul, 5393 sayılı kanunun 4. maddesinde kaldırılmıştır. Yine belediye kurulabilmesi için 1580 sayılı kanun Danıştay'ın kararını ararken 5393 sayılı kanununda bu koşul, Danıştay'ın görüşü olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonucu, kanımızca Danıştay belediyenin kurulmasına olumsuz görüş verse bile bu görüş bağlayıcı olmayacağından belediye kurulmasına engel olarak görülmebilecektir.

1580 sayılı kanunun 7. maddesinde; belirli bir arazi içinde Hükümetçe yeni kurulan ve nüfusu 2.000 den fazla bir yerleşim merkezinde, sınırları gösterilmek suretiyle İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile belediye kurulacağını belirten hüküm, 5393 sayılı kanunun 4. maddesinin son fıkrasında; yeni iskan nedeniyle oluşturulan ve nüfusu 5.000 ve üzerinde olan yerleşim yerinde İçişleri Bakanlığı'nın önerisi üzerine müşterek kararname ile belediye kurulabileceği şeklinde değiştirilmiştir. Daha somut bir deyişle; 5393 sayılı kanun gereği yeni bir yerleşim yerinde belediye kurulması için artık 5.000 ve üzeri nüfus şartı aranmakta ve müşterek kararname koşulu öngörülerek Başbakanın imzası da aranmaktadır.

Belde adının değiştirilmesi de 5393 sayılı kanunda 1580 sayılı kanundan farklı bir usule bağlanmıştır. 1580 sayılı kanunun 9. maddesinde, bir beldenin adının değiştirilmesi; belediye meclisinin ve il idare kurulunun kararı üzerine Danıştay'ın düşüncesi alındıktan Bakanlar Kurulu'nun onayı ile yapılacağı belirtilmiş iken, 5393 sayılı kanunun

10. maddesinde, bir beldenin adının; belediye meclisi üye tam sayısının en az $\frac{3}{4}$ ü çoğunluğunun kararı ve valinin görüşü üzerine İçişleri Bakanlığı'nın onayı ile değiştirileceği, bu kararın *Resmi Gazete'* de yayımlanacağı ve beldenin adının değişmesi ile belediyenin adının da değişmiş sayılacağı ifade edilmiştir.

1580 sayılı kanunda olduğu gibi 5393 sayılı kanunda da belediyelerin nüfus esası bakımından tek düze olarak kabul edilmesi kanımızca son derece isabetsiz olmuştur. Gerçekten de, ülkemizdeki belediyelerin yaklaşık %70'e yakın kısmının nüfusu 5.000'in altında bulunmakta, bu küçük belediyelerde mali kaynak ve personel yetersizliği bulunması nedeniyle hizmetlerin önemli bir kesimi ya hiç yürütülememekte veya yetersiz olarak yürütülmektedir. Bu belediyeler, üstlendikleri çoğu teknik nitelikli ve uzmanlık isteyen hizmetleri yürütmek isteseler ve kaynak bulsalar bile çoğu zaman boş kalacak teknik ve uzman eleman istihdamları, kaynak savurganlığı olacaktır. Bu nedenle küçük belediyelerin görev ve hizmetlerini etkili ve verimli yürütebilmelerini sağlamak için başka çözümlerin bulunması gerekmektedir.⁹

Bu çerçevede, büyükşehir belediyesi modeli dışında nüfusu 3.000 ila 5.000 arasındaki yerleşim yerleri belde belediyesi, nüfusu 5.000 ila 25.000 arasındakiler kasaba belediyesi, nüfusu 25.000'in üzerindeki ise şehir belediyeleri olarak üç gruba ayrılmalı ve gruplara göre belediyelerin gerek kuruluşu, gerekse örgüt, mali ve personel yapısı farklı hükümlere bağlanmalıdır.¹⁰

Belediyelerin nüfuslarına göre farklı gruplara ayrılması, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun yerini almak üzere hazırlanan Tasarı'nın genel gerekçesinde belirtilen ilkelere de uygun düşmektedir. Gerçekten de 3 Mart 2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan "*Belediyeler Kanunu Tasarısı*"nın genel gerekçesinde şu hükümlere yer verilmektedir:

"Osmanlı İmparatorluğu'ndan devralınanlarla birlikte 1923'te 436 olan belediye sayısı bugün 3215'e yükselmiştir. Bunlardan 16'sı büyükşehir, 65'i il, merkez belediyesidir. Yüksek nüfus artışı, iç göç ve kalkınma çabaları Türkiye'yi huzurlu ve sağlıklı bir kentleşme olgusu ile karşı karşıya bırakmıştır. Öyle ki kentleşme, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana ülkenin toplumsal yapısını etkileyen adeta en önemli sosyo-ekonomik değişim gerçeği olarak ortaya çıkmıştır.

⁹ TUSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 32.

¹⁰ Fazla bilgi için bkz., ibid., s. 112-114.

Belediye sınırları içinde yaşayan nüfusun toplam nüfusa oranı 1950'de %27,5 iken 2000 yılında %78,73'e yükselmiştir. Belediye sınırları dışında yaşayan nüfusun oransal düşüşü devam etmektedir. Türkiye'nin ekonomik ve sosyal kalkınmasına paralel olarak belediye sınırları içinde yaşayan nüfustaki artış eğiliminin önümüzdeki dönemde de azalarak süreceği ve yaklaşık %85 civarında istikrar kazanacağı tahmin edilmektedir.

Batılı örneklerin aksine Türkiye'de belediye sayısında sürekli bir artış söz konusudur. Bu artışın başlıca sebebi 1930 yılında çıkarılan Belediye Kanunu'nun belediye kurulması için öngörölmüş olduğu 2000 sınırının hızlı nüfus artışı karşısında yetersiz kalmasıdır. Yeni kurulan belediyelerle birlikte belediyelerin ortalama nüfus büyüklüğü de düşmektedir. 2000 yılı Genel Nüfus sayımı sonuçlarına göre il ve ilçe merkez belediyeleri hariç 340 belediye kurulma sınırı olan 2000 nüfusun altına düşmüştür. 2000-5000 arasında nüfusa sahip belediye sayısı 1640 olup, toplam belediye sayısının %51'ini oluşturmaktadır. Bu rakamlar 5.000-10.000 arası nüfusa sahip belediye grubu için 558 ve oranı %18'dir. Belediyelerin yaklaşık %62'sinin nüfusu 5000'in, %80'inin nüfusu 10.000'inin altındadır. 10.000 nüfusun altındaki 2554 belediye 9.5 milyon civarında nüfusa hizmet sunarken geriye kalan 645 belediye (büyükşehirler hariç) yaklaşık 44 milyon nüfusa hizmet vermektedir. Ortalama belediye büyüklüğünün yaklaşık 16.700 nüfusu kapsadığı ülkemizde 50.000 nüfusun altındaki belediyeler için ortalama nüfus büyüklüğü 3.000 civarındadır. Bu durum özellikle küçük belediyeler göz önüne alındığında ciddi bir ölçek sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ölçek sorunu, küçük belediyelerde kaynakların etkin ve yerinde kullanılmasını engellerken, nüfus yığılması olan büyük kentlerde hizmete olan aşırı talebin karşılanamamasının yol açtığı bir kriz durumuna neden olmaktadır."¹¹ Tasarı'nın genel gerekçesinde ölçek sorunundan bahsedildikten sonra belediyelerin gruplara ayrılmayıp gruplara farklı hükümler konulmaması anlaşılabilir bir tutum değildir.

Öte yandan, 1580 sayılı kanunda ifade edilen bir belediyenin kurulabilmesi için il idare kurulunun kurulacak belediyenin gelirlerinin kanunlarda yazılı hizmetlerin yürütülmesine yeterli olup olmayacağına ve böyle bir teklifin faydalı olup olmayacağına karar vermesi koşulunun 5393 sayılı kanunda kaldırılması son derece isabetsiz olmuştur. Esasen bu durum 5393 sayılı kanunda belediyelerin mali açıdan özerk olduğunu belirten ilkeye de aykırı düşmektedir. Çünkü belediyenin

¹¹ Bkz., <http://www.belgenet.com/yasa/k5215-2.html>, (Erişim tarihi, 31.10.2006)

mali açıdan özerk olması demek, merkezi idarenin desteği ve yardımı olmadan masraflarını karşılayacak mali kaynağa sahip olmasını gerektirir. Eğer kurulacak bir belediyenin masraflarını karşılayacak yeterli mali kaynağı yoksa o belediyenin mali özerkliği olmayacak ve merkezi idareye de yük teşkil edeceği için kurulmasının da bir anlamı olmayacaktır.

3. Sınır İşleri

Belediye sınırlarının saptanması 1580 sayılı kanunun 4 ve 5393 sayılı kanunun 5. maddesinde benzer kurallara tabi tutulmasına rağmen belediye sınırlarının onaylanması söz konusu kanunlarda farklı kuralara tabi tutulmuştur. 1580 sayılı kanunun 5. maddesinde nüfusu 80 bini geçen belediyelerin sınırları ile nüfusu 80 bini geçen belediyelerin sınırlarının kesinleşmesi farklı yöntemlere (örneğin nüfusu 80 bini geçen belediyelerin sınırları, İçişleri Bakanlığının onayıyla kesinleşir) bağlanmışken 5393 sayılı kanunun 6. maddesinde farklı yöntemlere yer verilmeyerek tüm belediyelerin sınırlarının; belediye meclisinin kararı ve kaymakamının görüşü üzerine valinin onayı ile kesinleşeceği, kesinleşen sınırların, valilikçe yerinde uygulanmak suretiyle taraflara gösterileceği ve durumun bir tutanakla belirleneceği, kesinleşen sınır belgeleri ile dayanağı olan belgelerin birer örneğinin, belediyesine, yerel tapu idaresine, il özel idaresine ve o yerin mülki idare amirine gönderileceği, kesinleşen sınırların zorunlu nedenler olmadıkça beş yıl süre ile değiştirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Ülkemizde yaygın bir şekilde rastlanan belediye ile köy veya belediye ile belediye arasındaki sınır uyuşmazlıklarının¹² çözümü de 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan farklı usullere bağlanmıştır. 1580 sayılı kanunun 6. maddesinde sınır uyuşmazlıklarının çözümü konusunda uyuşmazlığın il veya ilçe içerisinde çıkmasına göre farklı çözüm yöntemleri öngörülmesine rağmen 5393 sayılı kanunun 7. maddesinde il veya ilçe ayrımı yapılmaksızın; bir il dahilindeki belediyeler veya köyler arasında sınır uyuşmazlığı çıkması hâlinde ilgili belediye meclisi ve köy ihtiyar meclisi ile kaymakamın görüşlerinin otuz gün süre verilerek isteneceği, valinin bu görüşleri değerlendirerek sınır uyuşmazlığını karara bağlayacağı, büyükşehir belediyesi sınırları içinde

¹² Bkz., Keleş, Yerinden Yönetim ve Siyaset, s. 208.

kalan ilçe ve ilk kademe belediyelerinin sınır değişikliklerinde büyükşehir belediye meclisinin de görüşünün alınacağı, il ve ilçe sınırlarının değiştirilmesini gerektirecek sınır uyuşmazlıklarında 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Gerek 1580 sayılı kanunda gerekse 5393 sayılı kanunda sınır uyuşmazlıklarının çözümünde referandum yoluyla ilgili belediyeler ile köylere danışılmasının öngörülmemesi kanımızca isabetsiz olmuştur. Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartında;¹³ 5. maddede; yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın elverdiği durumlarda ve olanaklıysa bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamayacağı ifade edilmiştir. Sınır uyuşmazlıklarının çözümünde ilgili belediye ve köylerde referandum yapılması hem söz konusu şartın 5. maddesine uygun düşecek hem de sorunların çözümünde diyalog ve anlayış kültürü geliştirerek belki de sınır uyuşmazlıklarını azaltacaktır.

3. Birleşme ve Katılma

5393 sayılı kanunda birleşme ve katılma konusu 1580 sayılı kanundan önemli ölçüde farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanunun 7. maddesinde; bir beldenin bazı kısımlarının ayrılarak ayrı bir belde haline getirilmesi, bir beldenin tamamının diğer bir belde ile birleşmesi, bir beldenin bazı kısımlarının komşu bir beldenin içerisine girmesi veya köylerin veya köy kısımlarının bir belde sınırları içine girmesi hallerinde temel olarak belediye kurulması konusundaki koşullar ve karma sürecin uygulanacağı belirtilmiş iken, 5393 sayılı kanunun 8. maddesinde; belde, köy veya bunların bazı kısımlarının bir başka beldeye katılabilmesi için bu yerlerin meskun sahalalarının katılacak beldenin meskûn sahasına uzaklığının 5.000 metreden fazla olamayacağı; belde, köy veya bunların bazı kısımlarının meskûn sahasının komşu bir beldenin meskûn sahası ile birleşmesi veya bu sahalardaki mesafenin 5.000 metrenin altına düşmesi ve buralarda oturan

¹³ Avrupa Konseyi, 1981-1984 yılları arasında yerel özerklikle ilgili bir takım ilkeler hazırlamış; 1985 yılında, Yerel Yönetimlerden sorumlu Avrupa Bakanlar Konferansında Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı adı altında kesinleştirmiştir. Türkiye, Şartı 1998 yılında imzalamış, 1991 yılında 3723 sayılı kanunla onaylanmasını uygun bulmuş (Bkz., 21.5.1991 tarih ve 21887 sayılı *Resmî Gazete*) ve 1992 yılında 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylamıştır (Bkz., 3.10.1992 tarih ve 21364 sayılı *Resmî Gazete*). Şartın içeriği hakkında fazla bilgi için bkz., Keleş, a. g. e., s. 50-55.

seçmenlerin yarısından fazlasının komşu beldeye katılmak üzere başvurması halinde, katılacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmadan, katılmak isteyen köy veya belde veya bunların kısımlarında başvuruya ilişkin oylama yapılacağı, oylama sonucunun olumlu olması halinde başvuruya ait evrakın, valilik tarafından katılacak belediye-ye gönderileceği, belediye meclisinin evrakın gelişinden itibaren otuz gün içinde başvuru hakkında kararını vereceği ve belediye meclisinin uygun görmesi halinde katılımın gerçekleşeceği belirtilmiş, ancak bir beldenin bazı kısımlarının komşu belediyeye katılmasında veya yeni bir belde ya da köy kurulmasında beldenin nüfusunun 5.000'inin altına düşmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Katılacak belde sakinlerinin oyuna başvurulmadan katılmanın gerçekleştirilmesi de Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının 5. maddesine aykırı düşmektedir. Katılma bir sınır değişikliği doğuracağından yukarıda sınır işleri kısmında da belirtildiği üzere Şartın söz konusu maddesi hükmü gereği katılacak belediyenin sakinlerinin görüşüne başvurulması bir gerekliliktir.

4. Belediye Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesi

Belediye tüzel kişiliğinin sona erdirilmesi konusunda 1580 sayılı kanunda herhangi bir hüküm bulunmazken, 5393 sayılı kanun; belediye tüzel kişiliğinin iki hâlde sona erdirileceğini belirtmiş ve bu hâllerden doğan sonuçları açıkça düzenlemiştir. Daha somut bir deyişle, 5393 sayılı kanunun 11. maddesinde tüzel kişiliğin sona erdirileceği hâller ve sonuçları düzenlenmiştir. Belediye tüzel kişiliğinin sona erdirileceği ilk hâl; bir belediyenin meskun sahasının, bağlı bulunduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına 5.000 metreden daha yakın bir hâle gelmesi durumudur. Maddede; bu durumdaki belediyenin tüzel kişiliğinin kaldırılarak, genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, Danıştay'ın görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine müşterek kararname ile sözü edilen belediyeye katılacağı ifade edilmiş, tüzel kişiliği kaldırılmış olan belediyenin mahalleleri katıldıkları belediyenin mahalleleri hâline geleceği, tüzel kişiliği kaldırılmış olan belediyeye ait taşınır ve taşınmaz mallar ile hak, alacak ve borçların katıldığı belediyeye geçeceği belirtilmiştir.

Belediye tüzel kişiliğinin sona erdirileceği ikinci durum ise bir belediyenin nüfusunun iki binin altına düşmesidir. Nüfusu 2.000 in altına düşen belediyelerin, Danıştay'ın görüşü alınarak İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürüleceği, bu şekilde tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin tasfiyesinin il özel idaresi tarafından yapılacağı, tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin taşınır ve taşınmaz malları ile hak, alacak ve borçlarının ilgili köy tüzel kişiliğine geçeceği söz konusu maddede belirtilmiştir.

Belediye tüzel kişiliğinin son erdirileceği iki hâl de kanımızca isabetsiz olarak düzenlenmiştir. Tüzel kişiliğin sona erdirileceği ilk hâl katılma kısmında düzenlenmesi gerekirken bu kısımda düzenlenmesi hatalı olmuştur. Tüzel kişiliğin sona erdirileceği ikinci hâl de hatalıdır. Çünkü, belediye kurulması için 5.000 nüfus ve üzeri koşulunu arayıp nüfusu 2.000'in altına düşen belediyelerin tüzel kişiliğinin son erdirilmesini kabul etmek her şeyden önce temel bir idari usul kuralı olan şekil ve usulde paralellik ilkesine aykırıdır. Çünkü, belediyenin kurulması için 5.000 ve üzeri nüfus koşulu arandığına göre, kaldırılması için belediye nüfusunun 5.000'in altına düşmesi gerekir.

Bir belediyenin tüzel kişiliğinin kaldırılmasının gerçek nedenleri; kurulma işlemi yeni tamamlanmış belediyenin kuruluşunun yetkili yargı merciince iptal edilmesi, yerleşim yerinin yer sarsıntısı, büyük yangın, baraj gölü altında kalma gibi nedenlerle fiilen ortadan kalkması olarak saptanmalı ve tüzel kişiliği sona eren belediye yerel yönetiminin yeni durumu il valiliğince saptanmalıdır.¹⁴

II. BELEDİYELERİN GÖREV VE YETKİLERİ

1. Belediyelerin Görevleri

5393 sayılı kanunla, 1580 sayılı kanundan farklı olarak yapılan en köklü değişikliklerden birisi belediyenin görevleri konusudur. 1580 sayılı kanunda belediyenin görevlerini belirleyen iki nitelik bulunmaktaydı. Bunlardan ilki, belediye görevlerinin genel bir ifade ile belirtilmesi yerine liste usulüyle sayılması, ikincisi ise belediye görevlerinin zorunlu ve isteğe bağlı görevler olarak ayrılması ve zorunlu görevlerin belediyelerin gelirlerine göre farklılaştırılmasıdır.¹⁵

¹⁴ Bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Taslağı, s. 225.

¹⁵ Erençin, Belediye Görevleri Üzerine Bir İnceleme, s. 20.

Gerçekten de 1580 sayılı kanunun belediyenin görevleri başlıklı 15. maddesinde; belediyelerin belde ve belde halkının sağlık, selamet ve gönencini sağlamak ve düzenini ihlalden korumak amacıyla yürütülecek faaliyet ve hizmetler 82¹⁶ bent halinde sıralanmıştır. 1580 sayılı kanun döneminde belediyenin görevleri sadece 15. maddede 82. bent halinde sayılardan da ibaret değildir; bunun yanında 1580 sayılı kanunun 19. maddesinin 1. fıkrasında, belediyelerin kendilerine kanunun yüklediği görev ve hizmetleri yerine getirdikten sonra, belde sakinlerinin yerel ve ortak nitelikte karşılayacak her türlü görevi yapacakları da ifade edilmiştir. Bu hükümden Erençin, haklı olarak o dönemde belediyelerin görevlerinin temel olarak ve dolaylı bir biçimde genel yetki ilkesi ile düzenlendiği sonucunu çıkarmaktadır.¹⁷

1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 16 ve 17. maddelerinde; 15. maddede sayılan belediye görevlerinin bir kısmının tüm belediyeler için zorunlu, bir kısmının ise isteğe bağlı olduğu ifade edilmiş, zorunlu görevler de, yıllık gelirleri bakımından 50.000, 200.000 ve 500.000 TL'den fazla olanlar şeklinde belediyeler üç dilime ayrılarak görevlerin yıllık gelir büyüklüğüne bağlı olarak artışı öngörülmüştür. Söz konusu kanunun 18. maddesinde, belediyelerin zorunlu görevlerini yerine getirmeleri için gelirlerinin en az %10 unu bütçelerine koyacakları ifade edilmiş, 118. maddesinin 3. fıkrasında ise belediyelerin; zorunlu görevleri yerine getirmedikçe, isteğe bağlı görevleri için bütçeye ödenek koymalarının olanaklı olmadığı ifade edilmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise gelire göre belediye görevleri bakımından farklılaştırma yapmaktan vazgeçilerek kural olarak bütün belediyelerin görevleri zorunlu ve isteğe bağlı görevler olarak iki grup altında toplamıştır. Maddede; mahalli müşterek nitelikte olması koşuluyla bütün belediyelerin yapmakla zorunlu olduğu görevler şu şekilde sayılmıştır: mahalli müşterek nitelikte olmak koşuluyla imar, su, kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel altyapı, coğrafi ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık, zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans, şehir içi trafik, defin

¹⁶ 1580 sayılı kanunun belediyenin görevleri başlıklı 15. maddesinde 82 bent halinde sayılan görevler, 1580 sayılı kanun 5272 sayılı kanunla kaldırılmadan önce aslında 79 bentten ibaret idi. Çünkü, 30. bent 1956 yılında kaldırılmış, 41. bent 2003 yılında kaldırılmış, 77. bent ise 1995 yılında kaldırılmıştır. Ortadan kaldırılan bentler nedeniyle bent numaralarının teselsül ettirilmemesi mevzuat yapma tekniğine aykırı düşmüştü.

¹⁷ Erençin, a. g. m., s. 20.

ve mezarlıklar, ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar, konut, kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, sosyal hizmet ve yardım, ni-kah, meslek ve beceri kazandırma, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini zorunlu olarak yapmak veya yaptırmaktır. Ancak büyük-şehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyelerin kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açmak zorunda olduğu da bu maddede açıkça belirtilmiştir.

5393 sayılı kanununun 14. maddesinde belediyelerin yine mahalli müşterek nitelikte olması koşuluyla isteğe bağlı olarak yerine getirecekleri görevleri ise şunlardır: Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapmak veya yaptırmak, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılamak, sağlıkla ilgili her türlü tesisi açmak veya işletmek, kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunmasını sağlamak bu amaçla bakım ve onarımını yapmak, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden yapmak, öğrencilere ve amatör spor kulüplerine malzeme vermek ve gerekli desteği sağlamak, her türlü amatör spor müsabakalarını düzenlemek, yurt içi veya yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclis kararı ile ödüller vermek ve gıda bankacılığı yapmaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere bu maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde belediyelere ihtiyari görev olarak verilen okul öncesi eğitim kurumları açmak görevi ile 2. fıkrasındaki; belediyenin kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır hükmünü Anayasa Mahkemesi 24.1.2007 tarih ve E. 2005/95, K. 2005/2 sayılı Kararla iptal etmiş, 24.1.2007 tarih ve 2005/95, K. 2007/2 sayılı Kararıyla da yürürlüğünü durdurmuştur.¹⁸

¹⁸ Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesi 2.1.2007 tarihi itibarıyla *Resmî Gazete*'de yayımlanmasa da 5393 sayılı kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası hakkında vermiş olduğu iptal ve yürürlüğü durdurma kararının irdelenmesi yerinde olacaktır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının, özerk yerel yönetimin kapsamı başlıklı 4. maddesinde; yerel yönetimlerin kanun tarafından belirlenen sınırlar içerisinde yetki alanlarının dışında bırakılmış olmayan veya başka herhangi bir makamın görevlendirilmemiş olduğu tüm konularda faaliyette bulunmak açısından tam takdir hakkına sahip olacakları ifade edilmiştir. Bu çerçevede, iptal edilen ve yürürlüğü durdurulan 5393 sayılı kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartına uygun düşmektedir. Bununla birlikte,

1580 sayılı Belediye Kanunu'nda öngörülen belediye görevlerinin belediyelerin gelir gruplarına göre farklılaştırılması uygulamasından 5393 sayılı kanunla vazgeçilmesi son derece yerinde olmuştur. Çünkü belediyelerin görevleri gelir gruplarına göre bölüştürülürken gerçek gereksinimler ve koşullar göz önüne alınmadığı gibi, 45 öncesinin gelir düzeyine dayanan gelir dilimi ayrımı, yaşanan yoğun enflasyon nedeniyle 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun kaldırıldığı 2004 yılında hiç bir anlamı kalmamıştır. Bir başka deyişle 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 16. maddesinde sayılan ve kimi belediyeler için zorunlu, kimi belediyeler için ise isteğe bağlı olan görevlerin neredeyse tümü para değerindeki aşınmalar nedeniyle tüm belediyeler için zorunlu bir hale gelmiştir. Halbuki bu hizmet ve faaliyetlerin masraflarının da aynı ölçüde arttığı dikkate alındığında 1580 sayılı kanunda öngörülen gelir dilimlerinin uygulanabilirlik niteliğini kolayca yitirdiği açıktır.¹⁹

Belediyelerin görevlerinin gelir dilimlerine göre farklılaştırılmasından vazgeçilmesi her ne kadar yerinde olsa da, 5393 sayılı kanunda yukarıda da belirtildiği üzere belediyelerin yapı ve büyüklük bakımından (belde, kasaba ve şehir belediyeleri şeklinde) bir ayrıma tabi tutulmadan eşit olarak görülmesi ve belediyelerin büyüklükleri açısından bir ayrıma gidilmeyerek, belediyelerin mecburi ve isteğe bağlı görevleri bakımından tüm belediyelerin eşit olarak değerlendirilmesi vahim bir hata niteliği taşımaktadır.

Öte yandan, Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere belediyenin görevleri ile ilgili 5393 sayılı kanunun 14. maddesi, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık taşımaktadır. Gerçekten de yazarın belirttiği gibi 14. maddenin incelenmesi sonucu; yıllardır Merkezi İdare tarafından yürütülen sağlık, tarım, sanayi ve ticaret, bayındırlık ve iskan, sosyal hizmetler ve yardımlar, kültür ve sanat, çevre ve çevre sağlığı, kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunması gibi pek çok hizmet ve görevin belediyelere verildiği gözlenmektedir. Yazara göre, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrası karşısında çevre ve çevre sağlığının sağlanmasında ya da kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun korunmasında salt belirli bir yörede yaşayan insanların çıkarı ve yararı olmayıp, herkesin çıkarı ve yararı bulunduğundan bu gibi

Şartın 4. maddesinin bu hükmüne Türkiye tarafından çekince konulduğunu belirtmek gerekir.

¹⁹ Günday, *İdare Hukuku* s. 423 ve Keleş, a. g. e., s. 217, 218.

hizmet ve görevlerin Merkezi İdareden alınarak top yekun yerel yönetimlere devredilmesi düşünülemediği gibi belediyelere verilmiş bulunan öteki tüm hizmet ve görevlerin de tamamen Merkezi İdarenin elinden alınmasına olanak yoktur. Zira, yerel yönetimler bu gibi hizmet ve görevleri ancak yerel ortak ihtiyaçları karşılamaya yönelik olarak görebilirler. Oysa; bu hizmet ve görevler ile yerel ortak ihtiyaçlar dışında da karşılanacak ulusal düzeydeki ihtiyaçların bulunduğu kuşkusuz olduğundan, ulusal düzeydeki bu ihtiyaçların Merkezi İdare tarafından yürütülecek hizmet ve görevlerle karşılanması zorunludur.²⁰

Yine yazarın isabetli olarak belirttiği üzere, 5393 sayılı kanunun 14. maddesinde belediyelere verilmiş bulunan görevlerin “mahalli müşterek nitelikte olması” koşuluyla belediyelere verilmesi de Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırılığı önlemeye yetmez. Çünkü Anayasada ifade edilen bu belirsiz kavram somutlaştırılmayıp, 5393 sayılı kanuna aynen aktarıldığından, bu hizmet ve görevlerin tamamen Merkezi İdare dışına çıkması ve il özel idareleri ile belediyeler tarafından yerine getirilmesi olasılığı büyüktür. Yazara göre, her ne kadar Tasarı halinde bulunsa da, Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun'da da Merkezi İdarenin bu gibi hizmet ve görevleri yürütmek üzere taşrada örgütlenmesi yasaklandığından, 5393 sayılı kanunla mahalli müşterek nitelikte olmak koşuluyla yürütüleceği belirtilmiş olsa bile, asıl amacın bu gibi hizmet ve görevlerin yerel yönetimlerce yerine getirilmesi olduğu kolayca kestirilebilir. Bu durumda da, Merkezi İdare ile yerel yönetimler arasında Anayasa ile kurulmuş olan dengenin birincisi aleyhine bozulacağı açıktır.²¹

5393 sayılı kanunun 14. maddesiyle soyut bir şekilde mahalli müşterek ihtiyaç kavramının kullanılmasının Anayasaya aykırılığı önlemeye yetmeyeceği, Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş yıllardaki içtihatları incelendiğinde de kolaylıkla görülebilecektir. Örneğin, 25. 4.1974 tarih, E. 1973/41, K. 1974/13 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi; milli güvenlik, kamu düzeni, gecikmesinde sakınca bulunan haller gibi kavramların aynen yasaya aktarılmasını doğru bulmamaktadır. Gerçekten de, Mahkemeye göre, “Dava ve inceleme konusu maddeye ilk bakışta Anayasa kuralı kanuna aktarılmış gibi görünür. Ancak bu nitelikte bir

²⁰ Günday, “Kamu Yönetimi Reformu” nun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi (Kısaltılmış; Kamu Yönetimi Reformununun Değerlendirilmesi), s. 175-176.

²¹ Ibid., s. 176.

kuralın olduğu gibi Yasaya geçirilmesinin dahi Anayasa koyucununun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez. ...Oysa "milli güvenlik" ve "kamu düzeni" uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır. "Gecikmede sakınca bulunan haller" de en az o kavramlar kadar kesin ve keskin çizgilerle belli edilmesi, sınırlandırılması zorunlu bulunan bir deyimdir..."²² görüşünü savunmuştur. Yine, Anayasa Mahkemesi, 18 ve 22.11.1976 gün ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı Kararında da benzer görüşleri tekrarlamıştır.²³

5393 sayılı kanunun 14. maddesinin büyük bir olasılıkla, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğinin bir başka kanıtı; Anayasa Mahkemesi'nin 26.9.1991 tarih, E. 1990/38, K. 1991/32 sayılı Kararıdır. Kararın verilmesine yol açan olay şu şekilde gelişmişti: İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından, 25.2.1972 günü onaylanan 1/1000 ölçekli İstanbul Kartal imar uygulama planının 85 LL ve 85 MM paftalarında belirlenen alanlarda, her ölçekte resen plan yapma, yaptırma onaylama yetkisi üç yıl süre ile 5.3.1990 günlü, 27/0633 sayılı Başbakanlık oluru uyarınca Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'na verilmiştir. Anılan paftalarda bu yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen imar plânı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin dayanağını oluşturan 3194 sayılı İmar Yasası'nın 9. maddesine 3394 sayılı yasa ile eklenen fıkranın Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş, bu savı ciddi bulan Danıştay 6. Dairesi, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 6., 112. ve 127. maddelerine aykırı olduğu kanısına vararak iptali istemiyle 8.11. 1990 günü kararla doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Danıştay 6. Dairesince Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemiyle götürülen 3194 sayılı kanuna eklenen fıkra şu hükmü taşımaktaydı: Yukarıda öngörülenler dışında da gerekli görülen hallerde, 3030 sayılı kanuna tabi belediyeler dahil, imar planı hususunda belediyeler verilen bütün yetkiler, Başbakanının onayı ile geçici olarak Bayındırlık ve İskan Bakanına verilebilir. Bu durumda Bakan; bölge çevre düzeni planları bulunan alanlar dahil mücavir alan, belediye ve imar hudutları içinde-

²² Bkz., *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı:11-12, 1974-1975, s. 152.

²³ Bkz., *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı:14, 1977, s. 364, 365.

ki çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planları ile revizyonlarını, tamamen veya kısmen plan değişiklikleri dahil ada ve parsel bazına kadar resen yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve onaylamaya yetkilidir. Belediyeler bu şekilde onanan plân ve değişikliklerine uymak zorunda olup; bunlar üzerinde her türlü revizyon ve değişiklikler de aynı usulle yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, 3194 sayılı kanuna eklenen fıkrayı Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarıyla, 2 ve 6. maddelerine aykırı bulmuştur. Gerçekten de Mahkemenin söz konusu kararının konumuz açısından önem taşıyan kısmında şu gerekçe kullanılmıştır: *“Yerel planların ülke ve bölge düzeyindeki plânlarla, çevresel ve varsa metropoliten alan plânlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar plânlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. İmar plânlarnının bu çok yönlü durumu nedeniyle Yasa koyucu, yetkileri merkezi yönetim ile 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. Anayasada imar plâni yapılması yetkisinin kime ilişkin olduğu her ne kadar açıklanmamış ise de, yerel imar planlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak gereksinimlerin ön plânda yer aldığı göz ardı edilemez. Buna göre yerel ortak gereksinimleri karşılamakla görevli yerel yönetimleri, yerel imar planlarının yapılmasında parsel düzeyine kadar “...gerekli görülen hallerde...” gibi takdir göre bir uygulamaya yol açan soyut bir anlatımla, karar süreci dışında bırakan itiraz konusu kuralı, genel ve makro düzeydeki imar planlaması işinin bir bölümünü resen merkezi yönetime bırakan düzenlemelerin kapsamı içinde düşünmek de olanaksızdır.*

Böylece, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ...aykırı olduğu sonucuna varılmıştır²⁴. Anayasa Mahkemesi bu kararda da açıkça ifade ettiği üzere imar planları açısından merkezi idare ile yerel yönetimlerin yetkilerinin somut bir şekilde gösterilmemesini iptal nedeni olarak görmüştür. 5393 sayılı kanununun 14. maddesinde de sayılan görevler açısından merkezi idare ile yerel yönetimlerin görevlerin paylaşımına dayalı olarak gösterilmemesi, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olduğundan kanımızca açık bir iptal nedeni oluşturacaktır.

²⁴ Bkz., 28.11.1991 tarih ve 21065 sayılı Resmi Gazete.

2. Belediyelerin Yetkileri ve İktisadi Girişimleri

Belediyelerin yetkileri, kendilerine verilen görevleri yerine getirmek için onlara tanınan ve kamu gücüne dayalı üstünlük ve ayrıcalıklardır.²⁵ 5393 sayılı kanunda belediyenin yetkileri, 1580 sayılı kanundan oldukça farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanunun 19. maddesinde, temel olarak belediyelerin yetkileri; beldenin ve belde halkının sağlık, selamet ve gönencini sağlamak ve beldenin düzenini korumak amacıyla emirler vermek, belediye yasakları koymak ve bunları uygulamak, emir ve yasaklara karşı gelenleri cezalandırmak, belediye vergi ve resimlerini tarh ve tahsil, su ve havagazı tesisleri kurmak ve işletmek ile gerektiğinde söz konusu hizmetlerin kurulması veya işletilmesi için en çok 40 yıl süreli imtiyaz vermek, belediye sınırları içerisinde ulaşımı sağlamak amacıyla otobüs, trolleybüs, vapur ve tramvay gibi nakil araçlarını tek başına veya belediyelerin de iştirak edeceği şirketlerle işletmek veya imtiyaz vererek ya da ruhsat usulü veya kiraya vererek bu hizmetleri gördürmek, tasdikli imar planlarının uygulanması için yapılacak kamulaştırma bedellerinin ödenmesine veya kamulaştırma amacına veya imar planının uygun olarak yapılacak tesislerin oluşturulmasına tahsis olunmak üzere Türkiye Emlak Kredi Bankası kefaleti ve en çok 20 yılda ödenmek üzere tahvil çıkartmak olarak belirtilmiştir.

5393 sayılı kanunun 15. maddesinde ise belediyelerin yetkileri artırılarak ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Kanunun 15. maddesine göre belediyelerin yetkileri şunlardır:

Belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü girişim ve faaliyette bulunmak, kanunların belediyeye verdiği yetki çerçevesinde yönetmelik çıkartmak, belediye yasakları koymak ve uygulamak, kanunlarda belirtilen cezaları vermek, gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetleri ile ilgili olarak kanunlarda belirtilen izin veya ruhsatı vermek, özel kanunları gereğince belediyeye ait vergi, resim, harç, katılma paylarının tarh, tahakkuk ve tahsilini yapmak, vergi, resim ve harç dışındaki özel hukuk hükümlerine göre tahsili gereken doğal gaz, su, atık su ve hizmet karşılığı alacakların tahsilini yapmak veya yaptırmak, müktesep haklar saklı kalmak üzere, içme kullanma ve endüstri suyu sağlamak, atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak, bunlar için gerekli tesisleri kur-

²⁵ Günday, *İdare Hukuku*, s. 423.

mak, kurdurmak, işletmek, işlettmek, kaynak sularını işletmek veya işlettmek, toplu taşıma yapmak, bu amaçla otobüs, deniz ve ulaşım araçları dahil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettmek, katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması veya depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak veya yaptırmak, mahalli müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesis etmek, borç almak, bağış kabul etmek, toptancı ve perakendeci halleri, otobüs terminalleri, fuar alanı, mezbaha, ilgili mevzuata göre yat limanı ve iskele kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettmek veya bu yerlerin gerçek ve tüzel kişilere açılmasına izin vermek, vergi resim, harçlar dışında kalan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermek, gayri sıhhi müesseseler ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerini ruhsatlandırmak ve denetlemek,²⁶ beldede ekonomi ve ticaretin gelişmesi ve kayıt altına alınması amacıyla izinsiz satış yapan satıcıları faaliyetten men etmek, izinsiz satış yapan seyyar satıcıların faaliyetten men edilmesi sonucu cezası ödenmeyerek iki gün içerisinde geri alınmayan gıda maddelerini gıda bankalarına, cezası ödenmeyerek otuz gün içerisinde geri alınmayan gıda dışı malları yoksullara vermek, reklam panoları ve tanıtıcı tabelalar konusunda standartlar getirmek, gayri sıhhi işyerlerini, eğlence yerlerini, halk sağlığına ve çevreye etkisi olan diğer işyerlerini kentin belirli bölgelerinde toplamak, hafriyat toprağı ve moloz döküm alanlarını, sıvılaştırılmış petrol gazı (LPG) depolama sahalarını, inşaat malzemeleri, odun, kömür ve hurda depolama alanları ve satış yerlerini belirlemek, bu alan ve yerler ile taşımalarda çevre kirliliğı oluşmaması için gereken tedbirleri almak, kara, deniz, su, demiryolu üzerinde işletilen her türlü servis ve toplu taşıma araçları ile taksi sayılarını, bilet ücret ve tariflerini, zaman ve güzergahlarını belirlemek, durak yerleri ile karayolu, yol, cadde, sokak, meydan ve benzeri yerler üzerinde araç park yerlerini saptamak ve işletmek, işlettmek, kiraya vermek, kanunların belediyelere verdiği trafik düzenlemesinin gerektirdiğı bütün işleri yürütmektir.

²⁶ 5393 sayılı kanununun 15. maddesinde ayrıca, gayrisıhhi müesseselerden birinci sınıf olanların ruhsatlandırılması ve denetlenmesinin, büyükşehir ve il merkez belediyeleri dışındaki yerlerde il özel idaresine ait olduğu ifade edilmiştir.

Belediyenin; su, ulaşım ve çöp hizmetlerini Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararı ile kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebileceği, ayrıca toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz ve tekel oluşturmayacak biçimde ruhsat vermek suretiyle de yerine getirebileceği gibi, toplu taşıma hatlarını kiraya verme ya da hizmet satın almak suretiyle de yerine getirebileceği ve belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan taşınmazları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilemeyeceği yine bu maddede belirtilmiştir.

Diğer yandan, belediyelerin iktisadi girişimleri bakımından da 1580 sayılı kanunla 5393 sayılı kanun arasında çeşitli farklar bulunmaktadır. 1580 sayılı kanunun Ek 2. maddesinde; belediye meclislerinin belediye konutları yapma, kiralama ve satma işinin belediyenin zorunlu görevi arasına koymaya yetkili olduğu ifade edilerek belediyelerin bu amaçla döner sermaye kurabilecekleri belirtilmiş, 15. maddesinin 43. bendinde; et, ekmek, yaş sebze ve meyve ile odun ve mangal kömürü gibi zorunlu gereksinimleri karşılamak amacıyla belediyelerin bir fon kurarak tanzim satış mağazaları kurabilecekleri ve yaşamı ucuzlatacak başka önlemleri alabilecekleri belirtilmişken 5393 sayılı kanunun 70. maddesinde belediyenin, kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabileceği belirtilmiş, 71. maddesinde ise belediyenin, özel gelir ve gideri bulunan hizmetlerini İçişleri Bakanlığı'nın izniyle bütçe içerisinde işletme kurarak yapabileceği belirtilmiştir.

5393 sayılı kanunun Belediyenin yetkileriyle ilgili 15. maddesinde; belediye yönetmelikleriyle ilgili yapılan açık bir hata dikkati çekmektedir. Bu maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde; kanunların belediyeye verdiği yetki çerçevesinde belediyelerin yönetmelik çıkaracağından bahsedilmektedir. Halbuki Anayasa'nın yönetmeliklerle ilgili 124. maddesinde, kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabileceğinden bahsedilmektedir. Belediye de bir kamu tüzel kişisi olduğuna göre Anayasa'nın 124. maddesi çerçevesinde belediye kendi görev alanıyla ilgili her konuda yönetmelik çıkartabilmelidir. Buna karşın 5393 sayılı kanunun söz konusu hükmü sadece kanunların belediyeye verdiği yetki çerçevesinde yönetmelik çıkartabileceğinden bahsetmez ki yapılan bu kısıtlamanın anlamsız ve Anayasa'nın söz

konusu hükmüne aykırı olduğu açıktır.

Öte yandan, 5393 sayılı kanunun 15. maddesinde yer alan belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilemeyeceğini belirten hüküm de son derece hatalıdır. Çünkü belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haciz edilememesi, belediyelerin sorumsuz bir şekilde borçlanmasını teşvik edecek ve onlarda borç ödeme ahlakının yerleşmesi bakımından olumsuz etkiler doğuracaktır.

5393 sayılı kanunun 15. maddesinde dikkati çeken başka bir husus; söz konusu maddenin liberal bir görüşün etkisi altında kaleme alındığının gözlenmesi olgusudur. Gerçekten de, bu maddede belediyelerin yetkileri sayılırken “kurdurmak”, “işlettirmek”, “kiraya vermek”, “hizmet satın almak” ve “imtiyaz vermek” gibi kavramlara yer verilerek belediyelerin kendilerinin yerine getirmesi gereken neredeyse tüm hizmetlerin özel kişilere devri, bir başka deyişle, belediye hizmetlerinin özelleştirilmesi amaçlanmıştır. Bu durumu, ülkemizde 1980’li yıllardan itibaren hızla artan oranda görülmeye başlayan liberalleşme ile özelleştirme akım ve uygulamalarının son halkası olarak adlandırmak herhalde yanlış olmayacaktır.²⁷ Esasen bu akım ve uygulamanın izine 1580 sayılı kanunda 1980 yılından sonra yapılan değişikliklerde de rastlanılmaktadır. Gerçekten de 1580 sayılı kanunun 19. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendine 1988 yılında eklenen bir hükümlerle belediyenin yolcu ulaşım araçları işletilmesi ve mezbahanelerde kesilen etleri taşıma işini belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi veya kiraya verilmesi veya imtiyazın devrinin İçişleri Bakanlığı’nın kararına bağlı olduğu ifade edilmiştir. 5393 sayılı kanunda ise sınırsız ve kısıtlamasız bir liberalleşme ve özelleştirme anlayışının hakim kılınmaya çalışıldığı görülmektedir. 5393 sayılı kanunun 15. maddesinde kullanılan bu kavramlara dayalı olarak, belediyelerce yürütülmesi zorunlu olan asli ve sürekli görevler, ucuz emek istihdam eden taşeron şirketler aracılığı ile yerine getirilebilecektir. Belediyelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetlerin özel kişilerce yerine getirilmesi kanımızca, Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesinin özüne ve kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceğini ifade eden Anayasa’nın 128. maddesine ay-

²⁷ Karş. Keleş, a. g. e., s. 401 vd.

kırılık taşımaktadır.

Bu kısımda son olarak bir hususun belirtilmesi yerinde olacaktır. 5393 sayılı kanununun 70. maddesinde belediyenin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabileceği belirtilmesi, 71. maddesinde ise belediyenin, özel gelir ve gideri bulunan hizmetlerini işletme kurarak yapabileceğinin ifade edilmesi de hatalı olmuştur. Belediyenin şirket veya işletme kurması kaynak kullanımında savurganlık ve yetkilerin uygunsuz kullanımı gibi sorunlara yol açacağı gibi²⁸ kamu tüzel kişiliğine sahip ve kamu hizmeti gören belediyeleri özel şirket konumuna indirgeyerek kamu hizmetinin çöküşüne yol açabilir ve belediye hizmetlerinden en üst seviyede kâr elde etme anlayışını yerleştirebilir. Hatta merkezi idareden yerel yönetimlere görev ve yetki aktarıp daha sonra yerel yönetimlerin yaptığı iş ve hizmetleri piyasa koşullarına bırakmak; kamu hizmetini bütünüyle ortadan kaldırmak için yapılan bir planın parçası olarak da nitelendirilebilir. Belediyelerin sonul olarak özel şirket konumuna indirgenmesi, belediyenin varlık nedenine (raison d'état) de aykırı düşer.

III. BELEDİYENİN ORGANLARI

Gerek 1580 sayılı kanunda, gerekse 5393 sayılı kanunda belediye yönetimlerinin üç organının olduğu kabul edilmiştir. Bunlar; belediye meclisi, belediye encümeni ve belediye başkanıdır.

1. Belediye Meclisi

a. Oluşumu

Gerek 1580 sayılı kanunda, gerekse 5393 sayılı kanunda en yüksek görüşme ve karar organı olarak düzenlenen belediye meclisi; 5393 sayılı kanununun 17. maddesine göre, ilgili kanunda gösterilen esas ve usuller çerçevesinde belde sakinlerince seçilen üyelerden oluşur. Bu hükümden, 1580 sayılı kanun döneminde olduğu gibi belediye meclis üyelerinin seçimi hakkında 2792 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'un geçerli olduğu anlaşılmaktadır. 2792 sayılı kanununun 5. maddesinde; belediye meclisinin üye sayısının en az 9 olmak üzere beldenin son nüfus sayı-

²⁸ Karş. TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 113.

mındaki nüfusu esas alınarak aynı maddenin (b) bendinde gösterilmiş bulunan nüfus dilimlerine göre belirleneceği ifade edilmiştir.

5393 sayılı kanun, belediye meclisi başkanvekilleri ve katip üyelerin seçilme zamanını ve görev sürelerini değiştirmiştir. 1580 sayılı kanunun 58. maddesinde; belediye meclisinin her yıl Ekim ayı toplantısında üyeleri arasından iki başkan vekili ve yeteri kadar katip seçeceği belirtilmişken, 5393 sayılı kanunun 19. maddesinde; belediye meclisinin, seçim sonuçlarının ilanını takip eden beşinci gün belediye başkanının başkanlığında toplanarak, kendi üyeleri arasından gizli oyla meclis birinci ve ikinci başkan vekilleri ile en az iki katip üyeyi ilk iki yıl için görev yapmak üzere seçerek başkanlık divanını oluşturacağı ifade edilmiş, ilk iki yıldan sonra seçilecek başkanlık divanının ise yapılacak ilk mahalli idareler seçimine kadar görev yapacağı belirtilmiştir.

1580 sayılı kanunun 58 ve 60. maddelerinde ifade edilen belediye meclisine belediye başkanının başkanlık yapacağı, belediye başkanının toplantıya katılamaması durumunda birinci başkan vekili, onun da katılamaması durumunda ikinci başkan vekilinin meclise başkanlık edeceği, ancak belediye başkanının yıllık faaliyet raporunun görüşüldüğü meclis toplantısına, meclis başkan vekilinin başkanlık edeceği hükmü 5393 sayılı kanununun 19. maddesinde de ifade edilmiştir.

5393 sayılı kanunun 19. maddesinde; belediye meclisi başkanvekilleri ve katip üyelerin seçilme zamanı ve görev süreleri hakkında konulan hükümler, Türkiye Büyük Millet Meclisi başkanvekilleri ve katip üyelerin seçilme zamanı ve görev sürelerine benzetilmiştir. Ancak belediye başkan vekilleri ve katip üyelerin görev sürelerinin iki yıl olarak belirtilmesi kanımızca isabetsiz olmuştur. Demokratik prensiplere uygunluk ve istikrar açısından kanımızca belediye meclisi başkanvekilleri ve katip üyelerin görev süresinin yapılacak ilk mahalli idareler seçimine kadar olduğunun belirtilmesi uygun olacaktır.

1580 sayılı Belediye Kanunu'nda olduğu gibi 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda da belediye meclisine belediye başkanının başkanlık edeceğinin belirtilmesi vahim bir hata niteliği taşımaktadır. Demokrasinin en temel ilkelerinden birisi olan güçler ayrılığı ilkesi; belediye yürütme organı olan belediye başkanının belediye karar organı olan belediye meclisine başkanlık ederek belediye meclisinin işlerine müdahale etmesini kabul etmez. Diğer yandan, Keleş'in de belirttiği üzere, beledi-

yenin karar organı olan belediye meclisinin seçilmiş bir başkana sahip olması meclis başkanının prestijini yükseltecek ve törensel görevlerinin önemini büyütecektir.²⁹

b. Belediye Meclisinin Toplantıları

Belediye meclisinin toplantıları 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan oldukça farklı hükümlere bağlanmıştır. 1580 sayılı kanunda belediye meclisi için iki tür toplantı öngörülmüştür. Bunlar olağan ve olağanüstü toplantılardır. Daha somut bir deyişle, 1580 sayılı kanunun 54. maddesinde; belediye meclisinin Ekim, Şubat ve Haziran aylarında olmak üzere yılda üç defa olağan olarak toplanacağı, bütçenin görüşülmesine rastlayan toplantı süresinin en çok 30 gün, öteki toplantıların süresinin ise en çok 15 gün olacağı, bu süreler içerisinde iş bitmezse valinin 15 günü aşmamak üzere görüşme sürelerini uzatarak nedenlerini İçişleri Bakanlığı'na bildireceğini, belediye başkanının acil ve önemli işler için belediye meclisini yazılı olarak olağanüstü toplantıya çağırma yetkisine sahip olduğu, ayrıca üyelerin üçte birisinin gerekçeli önerisi veya valinin gerekli görmesi halinde de, meclisin olağanüstü toplantıya çağrılacağı öngörülmektedir.

Buna karşın 5393 sayılı kanun; belediye meclisini sürekli olarak toplanan bir kurul haline getirmiştir. Gerçekten de, 5393 sayılı kanunun 20. maddesinde; belediye meclisinin, her ayın ilk haftasında, önceden kararlaştırıldığı günde toplanacağı, meclisin, resmi tatile rastlayan günlerde çalışmaya ara verebileceği, meclisin her yıl sadece bir ay tatil kararı alabileceği, meclisin bütçe görüşmelerine rastlayan toplantı süresinin en çok yirmi gün, diğer toplantılarının süresinin ise en çok beş gün olduğu ifade edilmiştir.

Belediye meclisinin toplantı ve karar yeter sayısı, 5393 sayılı kanunla değiştirilmemiştir. Daha somut bir deyişle, 1580 sayılı kanunun 59. maddesinde ifade edilen belediye meclisinin üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanacağı ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alacağı hükmü, 5393 sayılı kanunun 22. maddesinde de tekrar edilmiştir. Bununla birlikte 5393 sayılı kanunun 22. maddesinde, 1580 sayılı kanununda toplantı ve karar yeter sayısı konusunda yer almayan ilave bir takım hükümlere yer verilerek; karar yeter sayısının üye tamsayı-

²⁹ Bkz., Keleş, a. g. e., s. 226.

sının dörtte birinden az olamayacağı, gizli oylamada eşitlik bulunması durumunda meclis başkanının bulunduğu tarafın çoğunluk sayılması yerine oylamanın tekrarlanacağı, eşitliğin bozulmaması hâlinde meclis başkanı tarafından kura çekileceği, meclisin toplanmasında, üye tam sayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde başkanın, gün ve saatini tespit ederek en geç üç gün içinde toplanmak üzere meclisi tatil edeceği ve gelecek toplantının üye tam sayısının dörtte birinden az olmayan üye sayısı ile yapılacağı, oylamanın gizli, işaretle veya ad okunmak suretiyle yapılabileceği, oy vermenin; kabul, ret veya çekimser biçiminde olacağı ifade edilmiştir.

1580 sayılı kanunda açık bir şekilde düzenlenmeyen belediye meclis gündemi konusu, 5393 sayılı kanunda açıklığa kavuşturulmuştur. 5393 sayılı kanunun 21. maddesinde; her ayın ilk günündeki meclis gündeminin belediye başkanı tarafından belirlenip en az üç gün önceden üyelere bildirileceği ve çeşitli yollarla halka duyurulacağı, ayrıca her ayın ilk toplantısında belediye başkanı ve meclis üyelerinin belediyeye ait işlerle ilgili konuların gündeme alınmasını önerebileceği, önerinin, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile kabul edildiği takdirde gündeme alınacağı, imar konuları ve yıllık bütçe dışında kalan gündemdeki diğer konular ile üyelerin tekliflerinin toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kabulü hâlinde komisyonlara havale edilmeksizin belediye meclisince görüşülerek karara bağlanabileceği belirtilmiştir.

5393 sayılı kanunla belediye meclisinin sürekli toplanan bir kurul haline getirilmesi yerinde olmuştur. Çünkü belediye meclisine verilen görevlerin hakkıyla yerine getirilebilmesi için belediye meclisinin düzenli bir şekilde toplanması gerekir. Bununla birlikte 5393 sayılı kanunun 21. maddesinde ifade edilen her ayın ilk günündeki meclis gündeminin belediye başkanı tarafından belirlenip en az üç gün önceden üyelere bildirileceği ve çeşitli yollarla halka duyurulacağı hükümündeki üç gün ibaresi isabetsiz olmuştur. Belediye meclis üyelerinin toplantıya iyi bir şekilde hazırlanabilmesi ve halkın etkin bir şekilde katılımını sağlayabilmek için en az 15 gün önceden gündem duyurusunun yapılması yerinde olacaktır.

c. Belediye Meclisinin Görevleri

Belediye meclisinin görevleri, 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanunun 70. maddesi

sinde 15 bent hâlinde liste usulü ile belediye meclisinin görevleri sayılmış, 16. bentte ise, belediye meclisinin, belediye başkanı tarafından getirilen veya üyelerden bir veya bir kaç tarafından teklif edilecek her türlü konuyu görüşebileceği ifade edilerek belediye meclisinin görevleri dolaylı bir biçimde genel yetki ilkesi doğrultusunda düzenlemiştir. Buna karşın, 5393 sayılı kanununun 18. maddesinde belediye meclisinin görevleri uzun bir liste hâlinde tek tek sayılmış, liste dışındaki konularda ise belediye meclisinin yetkili olduğunu belirten bir hükme yer verilmemiştir. Söz konusu maddede belediye meclisinin görevleri şu şekilde sayılmıştır:

Stratejik plan ile yatırım ve çalışma programlarını, belediye faaliyetlerinin ve personelinin performans ölçütlerini görüşmek ve kabul etmek, bütçe ve kesin hesabı kabul etmek, bütçede kurumsal kodlama yapılan birimler ile fonksiyonel sınıflandırmanın birinci düzeyleri arasında aktarma yapmak, belediyelerin imar planlarını görüşmek ve onaylamak, büyük şehir ve il belediyelerinde il çevre düzeni planını kabul etmek, borçlanmaya karar vermek, taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması halinde tahsisinin kaldırılmasına, üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla sınırlı ayni hak tesisine karar vermek, kanunlarda vergi, resim, harç katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı hizmetler için uygulanacak ücret tarifelerini belirlemek, şartlı bağışları kabul etmek, vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının sulh ile tasfiyesine, kabul ve feragat karar vermek, bütçe içi işletme ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ortaklıklar kurulmasına veya ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar vermek, belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına, belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek, meclis başkanlık divanı ve encümen üyeleri ile ihtisas komisyonları üyelerini seçmek, norm kadro çerçevesinde belediyenin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek, belediye tarafından çıkarılacak yönetmelikleri kabul etmek, meydan, cadde, sokak, park, tesis ve benzerlerine ad vermek, mahalle kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, adlarıyla sınırlarının saptanması ve değiştirilmesine karar vermek, beldeyi tanı-

tıcı amblem, flama ve benzerlerini kabul etmek, diğer mahalli idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar vermek, yurt içindeki veya İçişleri Bakanlığı'nun izniyle yurtdışındaki belediyeler ve mahalli idareler birlikleriyle karşılıklı işbirliği yapılmasına, kardeş kent ilişkileri kurulmasına, ekonomik ve sosyal ilişkileri geliştirmek amacıyla kültür, sanat ve spor gibi alanlarda faaliyetler ve proje gerçekleştirilmesine, bu çerçevede, arsa, bina ve benzeri tesisleri yapma, yaptırma, kiralama veya tahsis etmeye karar vermek, fahri hemşehrilik payesi ve beraatı vermek, belediye başkanı ile encümen arasındaki anlaşmazlıkları karara bağlamak, mücavir alanlara belediye hizmetlerinin götürülmesine karar vermek, imar planlarına uygun şekilde hazırlanmış belediye imar programlarını görüşerek kabul etmektir.

Belediye meclisinin görevlerinin de liberal ve serbest piyasa ekonomisi düşüncesi doğrultusunda düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu düşünce; yukarıda da anlatıldığı üzere kamu hizmetinin çökmesine yol açabilecek ve belediyenin varlık nedenine aykırı düşebilecektir. Bu açıdan belediye meclisinin görevlerinden de liberal ve serbest piyasa düşüncesinin izlerinin kaldırılması gereklidir. Bu doğrultuda, 5393 sayılı kanunun 18. maddesinden, belediye meclisinin; bütçe içi işletme ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ortaklıklar kurulmasına veya ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar vermek hükmünün çıkartılması yerinde olacaktır.

Öte yandan, belediye meclisinin görevleri düzenlenirken bazı hususların da gözden kaçırıldığını ifade etmek gerekir. Her şeyden önce demokrasi prensiplerine daha uygun davranabilmek açısından belediye meclisinin ancak seçim dönemi süresindeki yatırım ve çalışma programlarını kabul etmesi esasının benimsemesi, belediye hizmetlerinde kullanılmak üzere taşıt almaya karar vermesi, tahvil çıkarma konusundaki yetkisinin saptanması ve işçi statüsünde bulunan personelle yapılan toplu sözleşme taslaklarını inceleyip karar vermesi gibi görevlerin belediye meclisine verilmesi yerinde olacaktır.³⁰

Bu kısımda son olarak bir hususun belirtilmesi yerinde olacaktır. Belediye meclisinin görevleriyle ilgili 5393 sayılı kanunun 18. mad-

³⁰ Konu hakkında fazla bilgi için bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 127-128, 233

desinde Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının gereklerine tam olarak uyulamamıştır. Şartın özerk yerel yönetim kavramı başlıklı 3. maddesinde belediye meclisinin görevini yerine getirmesinin referandumlara veya yurttaşın doğrudan katılımına olanak veren öteki yöntemlere başvurulabilmesini etkileyemeyeceği ifade edilmiştir. Şart, referandum veya yurttaşın görüşüne başvurulmasını içeren diğer yöntemlere başvurulmasını teşvik ederken, 5393 sayılı kanunun 18. maddesinde belediye meclisinin; görevini yerine getirirken duraksama duyduğu konularda kararı halkın vermesini sağlamak üzere referandum veya diğer yollara başvurabileceğinin belirtilmemesi bir hata niteliği taşımaktadır. Ayrıca 18. maddedeki bu durum, katılımçılık ilkesine de aykırı düşmektedir.

d. Belediye Meclis Kararları Üzerindeki Vesayet Yetkileri

5393 sayılı kanunla 1580 sayılı kanun arasında en farklı değişikliklerden birisi, belediye meclis kararları üzerindeki vesayet yetkileri bakımından oluşturulmuştur. Daha doğru bir deyişle, 5393 sayılı kanunla belediye meclis kararları üzerindeki vesayet yetkileri neredeyse kaldırılmıştır.

1580 sayılı kanunun 71. maddesinde; belediye meclisinin bazı kararları merkezi idare makamlarının onamına tabi tutulmuş, 72. maddesinde ise belediye meclisinin 25 yıldan fazla bir süre için yapılacak ikraz veya istikraz kararlarının il idaresi kurulunun görüşü üzerine valinin uygun görmesi ve Danıştay kararıyla yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Söz konusu kanunun 73. maddesinde ise 71 ve 72. maddede belirtilenler dışındaki belediye meclis kararlarının kesin olduğu ve doğrudan yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir. Ancak bu maddede; doğrudan yürürlüğe giren kararlar için de kararın ilanından itibaren 10 gün içerisinde ilgililer veya belediye başkanı tarafından duruma göre valiliğe veya İçişleri Bakanlığı'na itiraz etme olanağı tanınmış ve valiye; itirazın karara bağlanmasına kadar belediye meclis kararının yürütülmesini ve uygulanmasını erteleme yetkisi tanınmıştır. 1580 sayılı kanunun 74. maddesinde ise belediye meclis kararları üzerinde ilginç bir vesayet yetkisine yer verilmiştir. Bu maddeye göre belediye meclisi olağan ve olağanüstü toplantıları dışında veya görev ve yetkisi dışında ya da mevzuata açıkça aykırı olarak aldığı kararların il merkezi olmayan belediyelerde valinin talebi üzerine il idare kurulunda,

il merkezi olan belediyelerde ise İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine Danıştay'ca incelenerek tasdik veya iptal olunacağı ifade edilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere 5393 sayılı kanun, merkezi idareye belediye meclisi kararları üzerinde vesayet yetkisini neredeyse tanımamıştır. Sadece kanunun 81. maddesinde; cadde, sokak, meydan, park, tesis ve benzerlerine ad verilmesi ve beldeyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerinin tespitine ilişkin kararlarda belediye meclisinin karar yeter sayısı ağırlaştırılmış ve bu kararların mülki amirin onayı ile yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Belediye meclisinin söz konusu kararları dışında başkaca bir vesayet yolu öngörülmemiştir. 5393 sayılı kanunun 23. maddesine göre belediye başkanı; hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebilecek, yeniden görüşülmesi istenmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşecek, belediye başkanı, meclisin ısrarı ile kesinleşen meclis kararlarına karşı on gün içinde idari yargıya başvurabilecektir. Yine bu maddede; meclisi kararlarının, kesinleştikleri tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahalli en büyük mülki idare amirine gönderileceği ve böylece yürürlüğe gireceği belirtilmiş, mülki idare amirinin ise hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği ifade edilmiştir. Bu maddede, belediye başkanının idari yargıya başvurma süresi on gün ile sınırlanmış iken, valinin idari yargıya başvuru süresi belirtilmemiştir. Bu durumda valinin; kesinleşen meclis kararını kendisine ulaştığı tarihten itibaren iptal davası açma süresi içerisinde gerekiyorsa yürütmenin durdurulması istemli olarak idari yargıya götürebileceği açıktır.

5393 sayılı kanunla merkezi idarenin belediyeler üzerindeki vesayet yetkisinin neredeyse kaldırılması, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartına uygun bulunmaktadır. Gerçekten de, söz konusu şartın yerel makamların faaliyetlerinin idari denetimi başlıklı 8. maddesine göre, yerel makamların her türlü idari denetimin ancak kanunlarla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceği, yerel makamların idari denetiminin normal olarak sadece kanunla ve anayasal ilkelerle uygunluk sağlamak amacıyla yapılacağı, bununla birlikte, üst makamların yerel makamları yetkili kıldıkları işlerin gereğine göre yapılıp yapılmadığını idari denetime tabi tutabilecekleri, yerel makamların idari denetiminin denetleyen makamın mü-

dahalesinin korunması amaçlanan çıkarların önemiyle orantılı olarak sınırlandırılmasını sağlayacak biçimde yapılacağı belirtilmiştir. Bu açıdan vesayet makamına, belediye meclis kararını, kural olarak sadece idari yargıya götürebilme yetkisinin tanınması, Şartın 8. maddesinin bir gereği olduğunu ifade etmek olanaklıdır.

Bununla birlikte, 5393 sayılı kanunla belediye başkanına; belediye meclis kararları hakkında tanınan veto yetkisi ile ısrar üzerine dava açma yetkisinin düzenleniş biçimi son derece isabetsiz olmuştur. Gerçekten de, Ulusoy'un haklı olarak belirttiği üzere söz konusu veto yetkisi üç açıdan sakınca taşımaktadır. Birincisi; belediye başkanına tanınan veto yetkisi ne hiyerarşik denetim ne de vesayet denetimi olarak adlandırılmayacağından idare hukuku açısından sınıflandırabilmek oldukça zordur. İkinci olarak, belediye başkanına tanınan söz konusu yetkiler, içeriden gelen müdahale niteliğinde olduğundan belediyenin özerkliğini zedeler. Son olarak, söz konusu yetkiler; belediyede; belediye meclisi ile belediye başkanı arasında olması gereken dengenin belediye başkanı lehine bozulmasına yol açar. Belediye başkanının, belediye encümeni üzerinde de oldukça önemli hakimiyeti olduğundan bu modelle belediye başkanı gereksiz olarak oldukça güçlendirilmiştir.³¹

Belediye başkanına tanınan ısrar üzerine dava açma yetkisinin düzenleniş biçimi de, kanımızca, hatalı olmuştur. 5393 sayılı kanununun 23. maddesinin 3. fıkrasında; belediye başkanının, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idari yargıya başvurabileceği ifade edilmiştir. Bir kere, dava açma süresinin on gün gibi kısa bir zaman dilimi olarak belirlenmesi, adil yargıya ulaşma hakkına aykırıdır. Diğer yandan, hukukumuzda idari dava türleri; iptal ve tam yargı davaları olarak belirlenmiştir. Bu hükümle, sadece belediye başkanının idari yargıya başvurabileceği ifade edilmekte, onun hangi idari dava türünü açacağı belirtilmemektedir. Gerçi işin doğası gereği belediye başkanının açacağı davanın iptal davası olduğu söylenebilir; ancak, belediye başkanının hangi dava türünü açacağının somut bir şekilde ortaya konulmaması, çeşitli karışıklıklar doğurabilecektir.

e. Belediye Meclisinin feshi

³¹ Fazla bilgi için bkz., Ulusoy, Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, s. 187-189.

Belediye meclisinin feshi de, 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan önemli ölçüde farklı olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de, 1580 sayılı kanunun 53. maddesinde; belediye meclisinin, olağan ve olağanüstü toplantılar dışında toplanması, kanunen belirli olan yerden başka bir yerde toplanması, kanunen kendisine verilen görevleri süresi içerisinde yapmaktan çekinmesi ve bu durumun belediye meclisine ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratması, siyasi sorunları görüşmesi veya siyasi temennilerde bulunması hâllerinde İçişleri Bakanı'nun bildirisi üzerine Danıştay'ca fesih olunacağı ifade edilmiştir.

5393 sayılı kanunun 30. maddesinde ise belediye meclisinin feshi iki nedene indirgenmiştir. Bunlar, belediye meclisinin; belediyeye verilen görevleri süresi içinde yapmayı ihmal etmesi ve bu durumun belediyeye ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratması ile belediyeye verilen görevlerle ilgisi olmayan siyasi konularda karar alması hâlleridir. Bu hâllerde İçişleri Bakanlığı'nun bildirim üzerine Danıştay kararıyla belediye meclisinin feshedileceği; ayrıca, İçişleri Bakanlığı'nun gerekli gördüğü takdirde meclisin feshine dair bildirim ile birlikte, karar verilinceye kadar meclisi toplantılarının ertelenmesini de talep edebileceği ve Danıştay'ın bu istemi en geç bir ay içerisinde karara bağlayacağı, feshedilen meclisin yerine yenisinin seçileceği ve yeni seçilen meclisin kalan süreyi tamamlayacağı yine 30. maddede ifade edilmiştir.

Belediye meclisinin fesih nedenlerinin azaltılması ilke olarak yerinde olmakla birlikte kanımızca fesih nedeninin sadece o da değiştirilmesi koşuluyla ilk hâle indirgenmesi; daha somut bir deyişle, belediye meclisinin; belediyeye verilen görevleri süresi içinde kasten yerine getirmemesi ve bu durumun belediyeye ait işleri sekteye veya gecikmeye uğratması hâlinin fesih nedeni olarak öngörülmesi yerinde olacaktır. 30. maddede fesih nedeni olarak öngörülen belediye meclisinin; belediyeye verilen görevleri süresi içinde ihmal etmesi hükmündeki "*ihmal etme*" kavramı, geniş anlamı bir kavram olduğundan, artık belediye meclisi sadece kasten görevi yerine getirmeme nedeniyle değil, istem dışı olarak görevini yerine getirmeme nedeniyle de (diğer koşulların varlığı halinde) feshedilecektir. 1580 sayılı kanunun 53. maddesinde bile fesih nedeni olarak öngörülen belediye meclisinin kanunen kendisine verilen görevleri süresi içerisinde yapmaktan çekinmesi hükmündeki "*çekinme*" kavramı kasit unsuruna işaret ederken, 5393 sayılı kanunun 30. maddesinde "*ihmal etme*" kavramının kullanılması anlaşılır

gibi değildir.³²

Diğer yandan, 5393 sayılı kanununun 30. maddesinde; belediye meclisinin, belediyeye verilen görevlerle ilgisi olmayan siyasi konularda karar alması hâlinin fesih nedeni olarak öngörülmesi son derece isabetsiz olmuştur. Bu hükümlerle belediye meclisinin genel siyasetle ilgilenmesi yasaklanmaktadır. Kanımızca, belediye meclis üyeleri bir cam fanus içerisinde yaşamadığından genel siyasetle ilgilenmesinin yasaklanması doğru değildir. Ayrıca, Keleş'in isabetli olarak belirttiği üzere belediyeler, her şeyden önce siyasal birer kurum olduklarından, genel karar organlarında siyasal nitelikteki sorunların görüşülmesini yasaklamak gerçeklerle de bağdaşmaz.³³ Ayrıca, bu fesih nedeninde ifade edilen "*belediyeye verilen görevlerle ilgisi olmayan siyasi konular*" kavramında neyin belediyeye verilen görevle ilgili neyin ise ilgisiz olduğunun nesnel ölçütleri de bulunmadığından bu açıdan da söz konusu fesih nedeninin isabetsiz olduğunu belirtmek yerinde olacaktır.³⁴

2. Belediye Encümeni

a. Oluşumu ve Toplantıları

Gerek 1580 sayılı kanunda, gerekse 5393 sayılı kanunda, belediye yönetiminin ikincil nitelikteki danışma ve karar organı olan belediye encümeninin oluşum tarzı; atanmışlar ve seçilmişler olmak üzere iki türlü olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de, 1580 sayılı kanununun 77. maddesinde belediye encümeninin; belediye başkanı ve belediye daire başkanları gibi icra organ ve memurları ile bunların yarısını geçmemek ve ikiden az olmamak üzere belediye meclisinin kendi üyeleri arasından seçtiği üyelerden oluşacağı ifade edilmiş, 5393 sayılı kanununun 33. maddesinde ise belediye encümeninin; belediye başkanının başkanlığında, il belediyelerinde ve nüfusu 100.000'in üzerinde belediyelerde, belediye meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla seçeceği üç üye ile mali hizmetler birim amiri ve belediye başkanının birim amirleri arasından bir yıl için seçeceği iki üye olmak üzere yedi kişiden; diğer belediyelerde ise belediye meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla seçeceği iki üye ile mali hizmetler

³² Karş. Akyılmaz, Yerel Yönetimlerin Seçilmiş Organlarının (Yargı Yolu İle) Organlık Sıfatlarını Kaybı, s. 206, 207.

³³ Keleş, a. g. e., s. 232.

³⁴ Karş., ibid., Aksi görüşte, Akyılmaz, a. g. m., s. 212.

birim amiri ve belediye başkanının birim amirleri arasından bir yıl için seçeceği bir üye olmak üzere beş kişiden oluşacağı ifade edilmiştir.

Belediye encümeninde, belediye meclisin kendi seçtiği üyeler dışında, kamu görevlilerinin üye olarak bulunması Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırıdır.³⁵ Belediye encümeninde kamu görevlilerinin üye olarak bulunmasının Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş yıllarda verdiği bir karardan da üstü kapalı olarak anlaşılmaktadır. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi 22.6.1988 tarih, E. 1987/18, K. 1988/23 kararında; il özel idaresinin bir organı olan il daimi encümeninde kamu görevlisi bulunmasını şu gerekçeyle Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasına aykırı görmüştür:

Yasanın bu maddesiyle değiştirilen İl Özel İdaresi Kanunu (İUVKM.)'nin 136. maddesinin son fıkrasında "*İl özel idare müdürü ile köy hizmetleri il müdürü, bayındırlık ve iskan müdürü il daimi encümeninin tabii üyesidir*" biçiminde yer alan hükmün; seçimle oluşturulan bir organda seçimle gelmeyen ve merkezden yönetimin uzantısı olan müdürlerin görevlendirilmesine yol açtığı, bu nedenle Anayasa'nın 127. maddesinin birinci, ikinci ve beşinci fıkralarına aykırı olduğu davacı tarafından ileri sürülmüş ve anılan fıkranın iptali istenmiştir.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrası, il, belediye veya köy olarak üç tür halinde sayılan yerel yönetimlerin "*...karar organları*"nın "*...gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek...*" oluşturulacağını, buyurucu bir kural kesinliğiyle ortaya koymuştur. Karar organlarının seçimle oluşturulması belirleyici ana öğedir.

Kamu tüzel kişiliğine sahip il özel yönetimlerinin il genel meclisi, il daimi encümeni ve vali olmak üzere üç organının bulunduğu, bunlardan il genel meclisinin "*karar*", valinin ise "*yürütme*" organı oldukları bilinmektedir. Davacının iptal istemi karşısında il daimi encümeninin bir karar organı olup olmadığının saptanabilmesi, irdelemeyi gerektirmektedir.

Gerek kendi kuruluş yasasıyla, gerek diğer yasalardaki hükümlerle il özel yönetimine verilen hizmetlerin yerine getirilmesi için alınması gereken yürütme kararlarının ve hukuksal işlemlerin bir kısmı il genel meclisinin yetki alanındadır. Ancak, il genel meclisi sürekli ya

³⁵ Bkz., Günday, *İdare Hukuku*, s. 429.

da sık aralıklarla toplanmadığından, gerekli kararların alınmaması ve işlemlerin yapılamaması, kamu hizmetlerinin aksamasına ve kesintiye uğramasına yol açabilir. Bu önemli sakıncayı gidermek için, il genel meclisinin toplantı halinde bulunmadığı zamanlarda onun yerini alabilecek ve genel meclisin iradesi doğrultusunda yetkilerini kısmen kullanabilecek, ayrıca yasalarla kendisine verilmiş belli görevleri de doğrudan doğruya yapabilecek, üyeleri genel meclisçe ve kendi üyeleri arasından seçilen ikinci bir organ olarak il daimi encümeni oluşturulmuştur.

İl daimi encümeninin görevlerini sayarak gösteren İl Özel İdare-si Kanunu (İUVKM)'nin 144. maddesinin incelenmesinden bu kurulu-nun, bir görüşme, danışma, denetim, karar ve yürütme organı olduğu anlaşılır. Bir bakıma, karma kurul niteliğindedir. Ancak, karar organı olma niteliği ağırlık kazanmaktadır. Özellikle, yasaların doğrudan il daimi encümenince karara bağlanmasını öngördüğü konularda aldığı kararların il genel meclisinin onayına gerek göstermemesi ve il kamu tüzelkişiliğini bağlayıcı güç ve geçerlikte olması, il daimi encümeninin daha çok bir karar organı olduğunu vurgulamaktadır. Bu durumda, il daimi encümeni, Anayasa'nın 127. maddesindeki anlatımla, "...kanun-da gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan..." il kamu tüzelkişiliğinin "karar organları"ndan biridir.

Özerk hukuksal yapıya sahip il özel yönetiminin, aynı zamanda ve ağırlıklı olarak bir karar organı statüsündeki il daimi encümenine, seçimle gelmiş beş üye dışında merkezden yönetimin atama ile gelen ve asli görevleri itibariyle hiyerarşik denetime tabi üç memurunun "tabii üye" sıfatıyla dahil edilmesi, Anayasa'nın 127. maddesindeki karar organlarının seçimle oluşmasını öngören kuralıyla bağdaştırılamaz. Ayrıca, "tabii üye"lerin varlığı, yasalarla sınırları ve alanları belirlenmiş yerel yönetimlere özgü kamu gücüne, merkezden yönetimin ortaklığı sonucunu doğurur ve özerkliği ihlal eder.³⁶ Bu karar doğrultusunda; aşağıda belediye encümeninin görevleri kısmında da ayrıntılı olarak görüleceği üzere bir müzakere ve karar organı olarak düzenlenen belediye encümeninde kamu görevlisi üyelerin bulunması, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen mahalli idarelerin karar organlarının seçmenler tarafından oluşturulacağı hükmüne aykırı olduğunu savlayabilmek olanaklıdır.

³⁶ Karar hakkında fazla bilgi için bkz., 26.11.1988 tarih ve 20001 sayılı Resmi Gazete.

Belediye encümeninin toplantıları, 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanuna benzer şekilde düzenlenmiştir. 5393 sayılı kanunun 35. maddesinde; belediye encümeninin haftada birden az olmamak üzere³⁷ önceden belirlenen gün ve saatte toplanacağı, belediye başkanının da acil durumlarda encümeni toplantıya çağırabileceği, encümenin, üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanacağı ve katılanların salt çoğunluğuyla karar vereceği, oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın çoğunluk sayılacağı, encümenin gündeminin belediye başkanını tarafından hazırlanacağı, encümen üyelerinin belediye başkanının uygun görüşü ile gündem maddesi teklif etmesinin olanaklı olduğu, encümene havale edilen konuların bir hafta içerisinde görüşülerek karara bağlanacağı ifade edilmiştir.

Belediye encümeninin gündeminin belediye başkanı tarafından hazırlanması ve encümen üyelerinin belediye başkanının uygun görüşü olmadan gündem teklif edememesi, encümeni, aşırı bir şekilde belediye başkanına bağımlı kılmaktadır. Bu hükümlerin atılarak, belediye encümenini, belediye başkanına aşırı bağımlılıktan kurtaracak şekilde yeni düzenlemelerin yapılması, yerel yönetimlerde demokrasiyi kurumsallaştırmak açısından kanımızca büyük önem taşıyacaktır.

Ayrıca, belediye encümeninin isminin belediye yürütme kurulu olarak değiştirilmesi de son derece isabetli olacaktır.³⁸

b. Belediye Encümeninin Görevleri

5393 sayılı kanunda, belediye encümeninin görevleri de, 1580 sayılı kanundan farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanunun 83. maddesinde 10 bent hâlinde liste usulü ile belediye encümeninin görevleri sayılmış, bu maddenin 2. fıkrasında ise, belediye encümeninin, bu kanunda öngörülmeyip de, öteki kanunlarla belediye meclisine verilen görevlerin, meclis toplantıda bulunmadığı zamanlar belediye encümeni tarafından incelenip karara bağlanacağı ifade edilmiştir. Daha somut bir deyişle, belediyenin genel yetkili organı olan belediye meclisinin görevlerinin söz konusu meclisin toplantıda bulunmadığı zaman belediye encümenine geçeceği ifade edilmiştir. Buna karşın, 5393

³⁷ 1580 sayılı kanun döneminde encümenin en az haftada bir kez toplanacağını öngören bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanunun 78. maddesinde encümenin belirli günlerde ve düzenli olarak toplanacağı ifade edilmiştir.

³⁸ Bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 234 vd.

sayılı kanununun 34. maddesinde belediye encümeninin görevleri liste hâlinde tek tek sayılmış, liste dışındaki konularda ise belediye encümeninin aktarılmış bir yetkiye sahip olduğunu belirten bir hükme yer verilmemiştir. Söz konusu maddede belediye encümeninin görevleri şu şekilde sayılmıştır.

Stratejik plan ve yıllık çalışma programıyla bütçe ve kesin hesabı inceleyip meclise görüş bildirmek; yıllık çalışma programına alınan işlemlerle ilgili kamulaştırma kararlarını almak ve uygulamak, öngörülmemen giderler ödeneğinin harcama yerlerini belirlemek; bütçede fonksiyonel sınıflandırmanın ikinci düzeyleri arasında aktarma yapmak; kanunlarda öngörülen cezaları vermek; vergi, resim, harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek; taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin belediye meclis kararlarını uygulamak; süresi üç yıllık geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek; umuma açık yerlerin açılış ve kapanış saatlerini belirlemek, diğer kanunlarla belediye encümenine verilen görevleri yerine getirmektir.

5393 sayılı kanununun 34. maddesinin incelenmesi sonucu; belediye encümeninin danışma görevlerinin yanı sıra hatta ondan daha ağırlıklı olmak üzere icrai karar alma görev ve yetkileriyle donatıldığı gözlenmektedir. Bu durumu, Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrası bağdaştırmak olanaklı değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa'nın 127. maddesinin 1. fıkrasında; yerel yönetimlerin, karar organlarının seçmenler tarafından seçilerek oluşturulması istendiğinden belediye encümeninin karar alma konusundaki görev ve yetkilerinin kaldırılması ya da mevcut yapı sürdürülecekse belediye encümeninin sadece görüş bildirme göreviyle donatılması gerekir.

3. Belediye Başkanı

a. Belediye Başkanı Seçimi, Belediye Başkan Vekilliği ve Belediye Başkanı Hakkında Öngörülen Yasaklar

Belediye yönetiminin başı, en yüksek amiri, yürütme organı ve temsilcisi olan belediye başkanı; 1924 Anayasası döneminde belediye meclisi tarafından seçilmiş, 1961 Anayasası döneminde ise seçmenler tarafından doğrudan doğruya seçilmesi esası benimsenmiştir.³⁹ Ger-

³⁹ Günday, *İdare Hukuku*, s. 432.

çekten de, 19.7.1963 tarih ve 307 sayılı kanun çıkartılarak belediye başkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir.⁴⁰ 1963 yılından itibaren günümüze kadar belediye başkanları, seçmenler tarafından doğrudan doğruya seçilmişlerdir. Daha doğru bir deyişle, 1963 yılından sonra belediye başkanları belde seçmenleri tarafından doğrudan doğruya ve adi çoğunlukla seçilmişlerdir. Bu esastan, 5393 sayılı kanunda da sapılmamıştır. Kanununun 37. maddesinde belediye başkanının ilgili kanunda gösterilen esas ve usullere göre seçileceği ifade edilmiştir. Belediye başkanının seçimi ile ilgili kanun yukarıda da bahsedilen 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun olup, bu kanunun 22. maddesinde belediye başkanının, belde seçmenleri tarafından doğrudan doğruya ve adi çoğunlukla seçileceği ifade edilmiştir.

Kanımızca, belediye başkanının adi çoğunlukla seçilmesi doğru değildir. Belediye başkanının gerekli hâllerde iki turlu olmak üzere seçmenlerin salt çoğunluğuyla seçilmesi daha uygun olacaktır. Bu çerçevede ilk turda %50 ve üzeri oy alan belediye başkanı adayı doğrudan belediye başkanı olarak seçilmeli, belediye başkan adaylarının tümü %50'den aşağı oy alırsa bu durumda en çok oyu olan iki aday ikinci tura kalarak seçime katılmalı ve en fazla oy alan aday belediye başkanlığı seçimini kazanmış sayılmalıdır.⁴¹ Belediye yönetecek birisinin adi çoğunlukla başa gelmesi; demokrasinin ruhuna pek uygun düşmediği gibi ülkemizdeki siyasi yapının parçalanmasına da katkı sağladığı açıktır.

1580 sayılı kanununun 93. maddesinde düzenlenen belediye başkan vekilliği makamı, 5393 sayılı kanununun 40. maddesinde düzenlenmiştir. 5393 sayılı kanununun 40. maddesine göre, belediye başkanı; izin, hastalık veya başka bir nedenle görevi başında bulunmadığı hallerde, bu süre için kendisine vekalet etmek üzere, belediye meclisi üyeleri arasından birisini başkan vekili olarak görevlendireceği, başkan vekilinin belediye başkanının yetkilerine sahip olduğu ifade edilmiştir.⁴²

Belediye başkan vekilinin, belediye başkanının tüm yetkilerine sahip olması kanımızca doğru bir uygulama değildir. Çünkü belediye

⁴⁰ Keleş, a. g. e., s. 237.

⁴¹ Bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Sorunlar, Çözümler, s. 59.

⁴² 1580 sayılı kanununun 93. maddesinde, belediye başkan vekilinin, başkanın yetkilerine sahip olduğunu belirten bir hükme yer verilmemiştir.

başkanının belediye personelini atamak gibi şahsına sıkı sıkıya bağlı bir takım yetkileri bulunmaktadır. Bu yetkilerin bizzat başkan tarafından kullanılması daha doğru olacaktır. Bu açıdan belediye başkan vekilinin yetkilerinin belediyenin günlük işleri ve törensel görevlerle sınırlandırılması daha uygun olacaktır.

Gerek 1580 sayılı kanun, gerekse 5393 sayılı kanun belediye başkanı hakkında bir takım yasaklar öngörmektedir. 1580 sayılı kanunun 24. maddesinde; belediye başkanlarının görevleri süresince siyasi partilerin genel merkezlerinde görev alamayacakları ve il ve ilçe idare kurulu başkan ve üyeliklerinde bulunamayacakları ifade edilmişken, 5393 sayılı kanunun 37. maddesinde; belediye başkanlarının siyasi partilerin yönetim ve denetim organlarında görev alamayacakları, profesyonel spor kulüplerinin başkanlığını yapamayacağı ve yönetiminde bulunamayacağı ifade edilmiştir.

5393 sayılı kanunun 24. maddesinde, belediye başkanı hakkında öngörülen siyasi yasak kanımızca isabetsizdir. Belediye başkanı her şeyden önce siyasi bir kişilik olduğundan siyasi partilerin genel merkezlerinde görev alamayacaklarının belirtilmesi doğru olmamıştır. Esasen belediye başkanlarının siyasi partilerin genel merkezlerinde görev alması teşvik edilerek parti içi demokrasinin gelişimine katkı sağlanması gerekir. Çünkü yerel yönetimler demokrasinin beşiği olduğundan belediye yerel yönetiminin başkanı olan belediye başkanının siyasi parti genel merkezlerinde görev alması, parti içi demokrasiyi geliştirme açısından oldukça olumlu katkı sağlayacaktır.

b. Belediye Başkanının Görev ve Yetkileri

1580 sayılı kanun döneminde belediye başkanının görev ve yetkilerini iki grup altında toplamak olanaklıdır. Söz konusu kanunun 98. maddesinde belediye başkanının merkezi idareye ait görev ve yetkileri belirtilmiş, 99 ve 100. maddelerinde ise belediye başkanının, belediye yönetimine ait görev ve yetkileri gösterilmiştir. Belediye başkanının görev ve yetkileri konusunda 5393 sayılı kanunda böyle bir ayrıma yer verilmeyerek belediye başkanının görev ve yetkileri genel olarak belediye yönetimine ilişkin görev ve yetkiler şeklinde liste halinde belirtilmiştir. 5393 sayılı kanunun 38. maddesine göre belediye başkanının görev ve yetkileri şunlardır:

Belediye teşkilatının en üst amiri olarak belediye teşkilatını sevk ve idare etmek, belediyenin hak ve menfaatlerini korumak; belediyeyi stratejik plana uygun olarak yönetmek; belediye idaresinin kurumsal stratejilerini oluşturmak bu stratejilere uygun olarak bütçeyi, belediye faaliyetlerinin ve personelinin performans ölçütlerini hazırlamak ve uygulamak, izlemek ve değerlendirmek bunlarla ilgili raporları meclise sunmak; belediyeyi devlet dairelerinde ve törenlerde, davacı veya davalı olarak yargı yerlerinde temsil etmek veya vekil tayin etmek; belediye meclis ve encümenine başkanlık etmek; belediyenin gelir ve alacaklarını takip ve tahsil etmek; yetkili organlarını kararını almak koşuluyla sözleşme yapmak; meclisi ve encümen kararlarını uygulamak; bütçeyi uygulamak; bütçede meclisi ve encümenin yetkisi dışındaki aktarmalara onay vermek; belediye personelini atamak; belediye ve bağlı kuruluşları ile işletmelerini denetlemek; şartsız bağışları kabul etmek; belde halkının huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gereken önlemleri almak; bütçede muhtaç ve yoksullar için ayrılan ödeneği kullanmak; özürülere yönelik hizmetleri yürütmek ve özürülüler merkezini oluşturmak; temsil ve ağırlama giderleri için ayrılan ödeneği kullanmak; kanunlarla belediyeye verilen ve belediye meclisi ve belediye encümeni kararını gerektirmeyen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmaktır.

5393 sayılı kanununun 38. maddesinde dikkati çeken bir husus; belediye başkanına, belediye faaliyetlerinin ve personelinin performans ölçütlerini hazırlamak ve uygulamak görevinin verilmesidir. Özel sektörde bile performans ölçütlerini saptamak zor ve uygulanması oldukça zor olmasına rağmen bir kamu kurumu olan belediyede, belediye başkanının, performans ölçütlerini saptayıp uygulayacağını düşünmek kanımızca ham bir hayalden öteye gidemez. Diğer yandan, belediye başkanına, sağlıklı kentleşmeyi sağlayabilmek açısından il arazi kullanımı planı ile belediye imar ve uygulama planlarının uyum içerisinde gerçekleştirilmesini sağlayıcı önlemler alma yetkisinin tanınması uygun olacaktır.⁴³

c. Belediye Meclisinin Belediye Başkanını Denetlemesi ve Bilgi Edinmesi

⁴³ Bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 236.

Belediye meclisinin; belediye başkanını denetlemesi ve belediye faaliyetleri hakkında bilgi edinmesi, 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan oldukça farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanunda belediye meclisinin, belediye başkanını denetlemesi ve bilgi edinmesinin iki yolu bulunmaktaydı. Söz konusu kanunun 76. maddesinde düzenlenen belediye başkanının yıllık çalışma raporunun değerlendirilmesi ve 61. maddesinde ifade edilen gensoru yollarıyla belediye meclisi; belediye başkanını denetler ve bilgi edinirken, 5393 sayılı kanunda belediye meclisinin, belediye başkanını denetlemesi ve bilgi edinmesi yolları, TBMM'nin Bakanlar Kurulu'nu denetlemesi ve bilgi edinmesi yollarına benzetilerek düzenlenmiştir. Daha somut bir deyişle, 5393 sayılı kanunun, meclisin bilgi edinme ve denetim yolları başlıklı 26. maddesinde; belediye meclisinin; demetim komisyonu kurma, soru, genel görüşme, gensoru ve faaliyet raporu değerlendirme yollarıyla belediye başkanını denetleyeceği ve bilgi edinme yetkisini kullanacağı belirtilmiştir.

Belediye meclisinin belediye başkanını denetlemesi ve belediye işleri hakkında bilgi edinmesi konusunda ilk yol olarak öngörülen denetim komisyonu kurma, 5393 sayılı kanunun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; il ve ilçe belediyeleri ile nüfusu 10.000'in üzerindeki belediyelerde belediye meclisinin; her ocak ayı toplantısında belediyenin bir önceki yıl gelir ve giderleri ile bunlara ilişkin hesap kayıt ve işlemlerinin denetimi için kendi üyeleri arasından gizli oyla ve üye sayısı üçten az beşten çok olmamak üzere bir denetim komisyonu oluşturulacağı, komisyonun, her siyasi parti grubunun ve bağımsız üyelerin meclisteki üye sayısının meclis üye tam sayısına oranlanması suretiyle oluşacağı, komisyonun çalışmasını kırk beş iş günü içerisinde tamamlayacağı ve buna ilişkin raporunu mart ayının sonuna kadar belediye meclis başkanlığına sunacağı, konusu suç teşkil eden hususlarla ilgili olarak belediye meclis başkanlığı tarafından yetkili mercilere suç duyurusunda bulunulacağı ifade edilmiştir.

5393 sayılı kanunun 34. maddesinde; belediye meclis üyelerinin meclis başkanlığına önerge vererek belediye işleri ile ilgili konularda sözlü veya yazılı soru sorabileceği; sorunun, belediye başkanı ya da görevlendireceği kişi tarafından sözlü ya da yazılı olarak yanıtlanacağı ifade edilmiştir. Yine bu maddede, belediye meclis üyelerinin en az üçte birisinin, meclis başkanlığına başvurarak, belediyenin işleriyle ilgili konularda genel görüşme açılmasını isteyebileceği, bu isteğin mec-

lis tarafından kabul edildiği takdirde gündeme alınacağı belirtilmiştir. Maddede, gensoru konusunda bir hükme de yer verilmiştir. Hükme göre, meclis üye tam sayısının en az üçte biri oranındaki üyenin imzasıyla belediye başkanı hakkında gensoru önergesi verilebilir, gensoru önergesi, meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla gündeme alınır ve gensoru önergesi ancak üç tam gün geçtikten sonra görüşülebilir.

Belediye meclisinin belediye başkanını denetlemesi ve belediye işleri hakkında bilgi edinmesi konusunda son bir yol olarak öngörülen faaliyet raporu, 5393 sayılı kanunun 56. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; belediye başkanının, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda belirtilen biçimde; stratejik plan ve performans programına göre yürütülen faaliyetleri, belirlenmiş performans ölçütlerine göre hedef ve gerçekleştirme durumu ile meydana gelen sapmaların nedenlerini ve belediye borçlarının durumunu açıklayan faaliyet raporunu hazırlayacağı, faaliyet raporunda, belediye bağlı kuruluşları ve işletmeleri ile belediye ortaklıklarına ilişkin açıklamalara, bilgi ve değerlendirmelere yer verileceği ifade edilmiştir. Yine maddede; belediye başkanının, her yıl nisan ayı toplantısında faaliyet raporunu belediye meclisine sunacağı, raporun bir örneğinin İçişleri Bakanlığı'na gönderileceği ve kamuoyuna açıklanacağı da ifade edilmiştir.

Belediye meclisinin belediye başkanını denetlemesi ve bilgi edinmesi hakkında 5393 sayılı kanunda öngörülen hükümlerin yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Ancak uygulamada kötüye kullanmaları önlemek açısından belediye başkanının soruya ne kadar bir süre içerisinde yanıt vereceğinin belirtilmesi uygun olacaktır.

d. Belediye Başkanlığından Düşürülme

Belediye başkanlığından düşürülme nedenleri; 5393 sayılı kanunda, çoğunlukla, 1580 sayılı kanuna benzer şekilde düzenlenmiştir.

1580 sayılı kanunda olduğu gibi 5393 sayılı kanunda da belediye başkanının düşürülmesinin bir yolu; belediye başkanının yıllık faaliyet raporunun yetersiz görülmesidir. Daha somut bir deyişle, 5393 sayılı kanunun 26. maddesinde; belediye başkanınca belediye meclisine sunulan bir önceki yıla ait faaliyet raporundaki açıklamalar, meclis üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğuyla⁴⁴ yeterli görülmezse, beledi-

⁴⁴ Bu oran, 1580 sayılı kanunun 76. maddesine göre üçte iki idi. Dolayısıyla yetersizlik

ye başkanı hakkında yetersizlik kararı alınacağı, yetersizlik kararının, görüşmeleri kapsayan tutanak ile birlikte meclisi başkan vekili tarafından mahalli en büyük mülki amire gönderileceği, valinin dosyayı kendi görüşü ile birlikte Danıştay'a göndermesinden sonra Danıştay'ın yetersizlik kararını uygun bulması hâlinde, belediye başkanının, başkanlıktan düşeceği belirtilmiştir.

1580 sayılı kanunda olduğu gibi 5393 sayılı kanunda da belediye başkanının düşürülmesinin bir diğer yolu olarak gensoru düzeneği öngörülmüştür. Daha açık bir deyişle, 5393 sayılı kanunun 26. maddesinde; belediye meclis üye tam sayısının en az üçte biri oranındaki⁴⁵ üyenin imzasıyla belediye başkanı hakkında gensoru verilebileceği, gensoru önergesinin meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu ile gündeme alınacağı ve üç tam gün geçmeden görüşülemeyeceği, gensoru önergesinin meclis üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğu⁴⁶ ile kabul edilmesi hâlinde yetersizlik kararındaki süreç izlenerek belediye başkanının, başkanlıktan düşeceği belirtilmiştir.

1580 sayılı kanunda olduğu gibi 5393 sayılı kanunda da belediye başkanının düşürülmesinin diğer yolları olarak; belediye başkanının; kesintisiz ve mazeretsiz olarak 20 günden fazla görevine gelmemesi, seçilme yeterliliğini yitirmesi⁴⁷ ve belediye meclisinin feshine neden olan eyleme ve işlemlere katılması hâlleri öngörülmüştür. 1580 sayılı kanundan farklı olarak 5393 sayılı kanunda; belediye başkanının seçim dönemini aşacak ölçüde kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası alması doğrudan belediye başkanının düşürülmesi nedeni olarak öngörülmüş, 44. maddede ise, belediye başkanının görevini sürdürmesi-

yoluyla belediye başkanının düşürülmesi 5393 sayılı kanunda daha da zorlaştırılmıştır.

⁴⁵ 1580 sayılı kanunun 61. maddesinde; belediye meclis üyelerinden her birinin gensoru önergesi vermeye hakkı olduğu belirtilmiştir.

⁴⁶ Bu oran, 1580 sayılı kanunun 61. maddesinde üçte ikiydi. Dolayısıyla yetersizlik yolunda olduğu gibi gensoru yoluyla belediye başkanının düşürülmesi de 5393 sayılı kanunda daha da zorlaştırılmıştır.

⁴⁷ 1580 sayılı kanunun 91. maddesi; seçilme yeterliliğini kaybeden ya da görevi kötüye kullanma veya herhangi bir suçtan dolayı en az altı ay hapse mahkum olan belediye başkanlarının başkanlıktan düşürüleceğini düzenlemekteydi. Bu madde, 4.7.1988 tarih ve 355 sayılı KHK ile değiştirilerek sadece seçilme yeterliliğini yitiren belediye başkanının, başkanlıktan düşürüleceği şeklinde değiştirilmiştir. Ancak, 355 sayılı KHK, Anayasa Mahkemesi'nin 8.2.1989 tarih ve E. 1988/38, K. 1989/7 sayılı kararıyla kaldırıldığından bu konuda yasal bir boşluk oluşmuştur. Bkz., Gün-
day, *İdare Hukuku*, s. 434.

ne engel bir hastalık veya sakatlık durumunun yetkili sağlık kuruluşu raporuyla belgelenmesi hali de başkanın görevinden düşürülmesinin bir nedeni olarak öngörülmüştür. Bu son hâlde, İçişleri Bakanlığının başvurusu üzerine Danıştay kararıyla belediye başkanının düşürüleceği yine söz konusu maddede belirtilmiştir.

Belediye başkanının düşürülmesi nedenleri konusunda, 5393 sayılı kanunda bir takım eksik ve hatalı düzenlemeler bulunmaktadır. Her şeyden önce, belediye başkanının; sadece kesintisiz ve mazeretsiz olarak 20 günden fazla göreve gelmemesi belediye başkanının görevden düşürülmesi yolu olarak öngörülmesi isabetli olmamıştır. Bu hüküm yüzünden sürekli bir şekilde 20 gün işe gelmeyen ve 21. gün işe geldikten sonra yine 20 gün işe gelmeyen bir belediye başkanının düşürülmesi olanaklı olmayacaktır ki, bu durumu hukuk ve adalet duygularıyla bağdaştırmak olanaklı değildir. Bu açıdan, belediye başkanının görevden düşürülme nedeni olarak sadece kesintisiz ve mazeretsiz olarak 20 günden fazla görevine gelmemesi hükmü yanında, bir yıl içinde toplam 30 iş günü mazeretsiz olarak göreve gelmemesi de belediye başkanlığından düşürülme nedeni olarak öngörülmesi yerinde olacaktır.

Belediye başkanının görevini sürdürmesine engel bir hastalık veya sakatlık durumunun yetkili sağlık kuruluşu raporuyla belgelenmesi hâlinin başkanın görevinden düşürülmesinin bir nedeni olarak öngörülmesinde de eksik bir takım hususlar bulunmaktadır. Yetkili sağlık kuruluşundan kastedilen hususun ne olduğunun bilinmemesi, rapordan kastedilen hususun bir doktor veya sağlık kurulunun vereceği rapor mu olduğunun belirtilmemesi ve belediye başkanının özellikle psikolojik rahatsızlıklarında sağlık kuruluşuna göndermeye kimin yetkili olduğunun gösterilmemesi önemli eksikler olarak göze çarpmaktadır.

5393 sayılı kanunda, belediye başkanının seçim dönemini aşacak ölçüde kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası almasının doğrudan belediye başkanının düşürülmesi nedeni olarak belirten hüküm de bir takım aksaklıklar taşımaktadır. Bir kere, bu hüküm, belediye başkanlığının sona ermesi başlıklı 44. maddede değil, belediye başkanlığının boşalması hâlinde yapılacak işlemler başlıklı 45. maddesinde düzenlenmektedir. Bu durum, sistematik bir hata niteliği taşımaktadır. Diğer yandan, konunun 45. maddede olduğu gibi sadece deyinilerek değil ayrıntılı bir şekilde 44. maddede düzenlenmesi gerekir. Konuya sadece

temas edilerek deyinilirse sürgit bir şekilde tartışma olacağı ve kargaşa yaşanacağı unutulmamalıdır. Çünkü hangi hâllerde kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının verilebileceği durumların saptanmaması ve söz konusu ceza ile Türk Ceza Kanunu arasında bağlantının da sağlanmaması bir karmaşa doğurabileceği gibi kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının hangi andan itibaren hüküm doğuracağı⁴⁸ belli olmaması da tartışma doğurabilecektir.

Öte yandan, belediye başkanının seçilme yeterliliğini kaybetmesi hâlinin, belediye başkanlığından düşürülme nedenlerinden birisi olarak belirtilmesi de kanımızca isabetsiz bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Gerçekten de, 18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde; 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Hakkında Kanun'un 11. maddesinde belirtilen sakıncaları taşımamak şartıyla, yirmi beş yaşını dolduran her Türk vatandaşının belediye başkanlığına seçilebileceği belirtilmektedir. 2839 sayılı kanunun 11. maddesinde ise, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlarla affa uğramış olsa bile terör eylemlerinden mahkum olanlarla Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen kimi suçlardan mahkum olanların milletvekili, dolayısıyla belediye başkanı seçilemeyeceği belirtilmektedir. 5393 sayılı kanunda seçim dönemini aşan kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası ile aşmayan kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası arasında bir ayırım yapıлып bu son durumda belediye başkanının düşmüş sayılmayacağı belirtilmesine rağmen 2839 sayılı kanunda kamu hizmetinden yasaklananların belediye başkanı seçilme yeterliliğini kaybedeceği belirtilmiş dolayısıyla görevde iken süresi ne olursa olsun kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası alan bir belediye başkanının düşmüş sayılıp sayılmayacağı tam bir bilmeceye dönüşmüştür. Diğer yandan, 2839 sayılı kanunda, affa uğramış olsa bile bir kısım suçlardan mahkum olanların milletvekili dolayısıyla belediye başkanı seçilme yeterliliğini kaybedeceğinin belirtilmesi de doğru değildir. Bir kere, genel af; mahkumiyetin bütün sonuçlarını ortadan kaldıracağından, 2839 sayılı kanunun 11. maddesinde belirtilen suçlar için çıkarılacak genel afftan yararlananların belediye başkanı seçilememesi, seçilmişse belediye başkanlığından düşürülmesi genel affın niteliği ile bağdaşmaz.

⁴⁸ İlk derece mahkemesinin hüküm vermesi anından mı veya üst mahkeme tarafından hükmün onanmasından itibaren mi hüküm doğuracağıın.

Çünkü bu durumda genel affa rağmen, mahkumiyetin sonuçlarının devam ettiği anlaşılır. Yine, bir kişi bir suçtan mahkum edildiği zaman cezasını ödediğine göre ayrıca söz konusu kişi hakkında hak mahrumiyetinin öngörülmesi, insan haklarıyla da bağdaşmaz. İnsani bir ceza hukuku politikası, hak mahrumiyetinin, konumuz açısından somutlaştırırsak kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının sadece hakim kararına dayalı olmasını ve cezanın süresi kadar belediye başkanının başkan seçilememesini, seçilmiş bir belediye başkanının ise görevi sırasında aldığı kamu hizmetlerinden yasaklanma süresi kadar belediye başkanlığından düşürülmesini ve cezasını çeken belediye başkanının hakkında ayrıca bir kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası yoksa derhal görevine başlatılmasını gerektirir.⁴⁹

e. Belediye Organ veya Üyelerinin Geçici Olarak Görevden Uzaklaştırılması

Belediye organlarının veya üyelerinin geçici olarak görevden uzaklaştırılması 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Gerek 1580 sayılı kanunun 93. maddesinde, gerekse 5393 sayılı kanunun 47. maddesinde; belediye organları ya da bu organların üyelerinin, haklarında görevleriyle ilgili bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma açılmış ise, kesin hükme kadar İçişleri Bakanlığı tarafından görevden uzaklaştırılabileceği ifade edilmiş, buna ilave olarak 5393 sayılı kanunun 47. maddesinde; görevden uzaklaştırma kararının iki ayda bir gözden geçirilerek devamında kamu yararının görülmemesi halinde kaldırılacağı, görevden uzaklaştırılanlar hakkında kovuşturma açılmaması, kamu davasının düşmesi veya beraat kararı verilmesi, davanın genel af ile ortadan kaldırılması ya da görevden düşmeyi gerektirmeyen bir suçla mahkum olunması hallerinde de görevden uzaklaştırma kararının kaldırılacağı, görevden uzaklaştırılan belediye başkanına, görevden uzak kaldığı sürece aylık ödeneğinin üçte ikisinin ödeneceği ve bu süre içinde diğer sosyal hak ve yardımlardan yararlandırılacağı ifade edilmiştir.

Belediye organ veya üyelerinin haklarında görevleriyle ilgili bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma açılması hâlinde İçişleri

⁴⁹ Sabıka kayıtları dolayısıyla oluşan soyut hak mahrumiyetinin kötülüğü konusunda bilgi için bkz., Dursun, Cezaların İnfazının Kriminolojik Bir Çerçeve de İncelenmesi, s. 742, 743.

Bakanlığı tarafından geçici olarak görevden uzaklaştırılması yönteminde kanımızca köklü bir değişikliğe gidilmesi kaçınılmazdır. Her şeyden önce yerel özerklik ilkesine aykırı olduğu için Anayasa'nın 127. maddesi ve 5393 sayılı kanunun 47. maddesinde değişikliğe gidilerek; açılan idari soruşturmalarda belediye organ veya üyeleri hiç bir şekilde görevlerinden uzaklaştırılmamalıdır. Adli soruşturma ve kovuşturmalarda ise belediye organ veya üyelerinin geçici olarak görevden uzaklaştırılması uygulamasına son derece ayırksı durumlarda gidilmesi ve ayırksı durumlarda da İçişleri Bakanlığı'nın yetkisi kaldırılarak mahkeme kararıyla belediye organ veya üyeleri görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmalıdır. Yine belediye organ veya üyelerinin işlediği savlanan suçları hakkında yargının belirli bir süre içerisinde karar vermesi koşulu aranarak o süre içerisinde yargının suç hakkında karar vermemesi durumunda belediye organ veya üyeleri kendiliğinden görevlerine dönebilmelidirler. Keleş'in de isabetli olarak belirttiği üzere İçişleri Bakanına tanınan geçici olarak görevden uzaklaştırma yetkisi; yerel özerklik ilkesine ters düştüğü gibi belediye başkanları da dahil, belediye organlarının ve bu organlardaki üyelerin görevlerinin yerine getirilmesine siyasi iktidarlarca karışma yollarını da açabilir. Yazar, bu yetkinin, nitekim, 1982' yi izleyen yıllarda siyasal iktidarların yerel özerkliğe, haklı ya da haksız olarak, türlü vesilelerle karışmaları için kullanıldığının görüldüğünü ifade etmekte ve geçici süre ile görevden uzaklaştırma zorunlu olsa bile bu tür bir yetkinin siyasi iktidarlarca kötüye kullanılmaması için, mutlaka belirli bir süre içerisinde yargının karar vermesi koşulunun aranması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁰

IV. BELEDİYENİN GELİRLERİ ve BÜTÇESİ

1. Gelirleri

1580 sayılı kanunun 110. maddesinde olduğu gibi 5393 sayılı kanunun 59. maddesinde de belediyenin gelirleri liste şeklinde sayılmıştır. Belediye gelirleri özü itibariyle söz konusu maddelerde önemli ölçüde benzer şekilde düzenlenmiştir. 5393 sayılı kanunun 59. maddesine göre belediyenin gelirleri şunlardır:

Kanunlarla gösterilen belediye vergi, resim, harç ve katılma payları, genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan pay, genel ve özel bütçeli

⁵⁰ Bkz., Keleş, a. g. e., s. 240, 241.

idarelerden yapılacak ödemeler, taşınır ve taşınmaz malların kira, satış ve başka surette değerlendirilmesinden elde edilecek gelirler, belediye meclisi tarafından belirlenecek tarifelere göre tahsil edilecek hizmet karşılığı ücretler, faiz ve ceza gelirleri ile diğer gelirlerdir. 5393 sayılı kanunun 59. maddesinde ayrıca, büyükşehir belediyelerinde büyükşehir sınırları ve mücavir alanları içinde belediyelerince tahsil edilen emlak vergisi tutarının tümünün ilgili ilçe ve ilk kademe belediyeleri tarafından alınacağı da belirtilmiştir.

5393 sayılı kanunun 59. maddesinde ifade edilen belediye vergi, resim, harç ve katılma paylarının; 26.5.1981 tarih ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nda düzenlendiğini, yine belediyelere genel bütçe gelirlerinden ayrılan payın ise 2. 2.1981 tarih ve 2380 sayılı Belediyelere ve İl özel İdarelerine Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'da saptandığının belirtilmesi uygun olacaktır. 2380 sayılı kanuna göre genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden belediyelere %6 oranında pay verilmektedir. Ayrıca, emlak vergisinden de belediyelere pay ayrılmaktadır.⁵¹

Belediye gelirleri ile ilgili 5393 sayılı kanunun 59. maddesi, ağır bir mali kriz içerisinde bulunan belediyelerin sorunlarına çözüm getirebilecek nitelikte değildir. 1580 sayılı Kanun döneminde; paranın satın alma gücündeki azalmalar nedeniyle belediye gelirlerinin yetersizliği daha açık bir biçimde ortaya çıkmış, belediyeler bir ya da iki görevi yerine getirebilmek için diğer başka görevlerini geçici ya da sürekli olarak ertelemek zorunda kalmışlardır.⁵² Bu durumun 5393 sayılı kanun zamanında da sürgit bir şekilde yaşanacağından hiç kimse kuşku duymamalıdır. Belediyelerin mali sorunlarına etkin bir çözüm getirebilmek için ayrı bir yasa çıkartılarak; belediyelere bir kısım vergiler devredilmeli, bunların tavan-taban oranları merkezce yasa ile belirlendikten sonra tahakkuk ve tahsili belediyelere bırakılmalıdır. Yine belediye sınırları içerisinde merkezi yönetimce tahsil edilen vergilere, belediye meclis kararı ile yüzde ekleme yapılmalıdır. Ayrıca, 2380 sayılı kanuna göre vergi gelirlerinden belediyelere yardım yapılırken sadece nüfus ölçütüne göre bakılmaktadır. Halbuki vergi gelirlerinden belediyelere pay verilirken yalnızca nüfus ölçütüne bağlanmayarak nüfus artış hızı, yerel yönetimlerin potansiyel gelir gücü, kalkınmada öncelikli yöre

⁵¹ Bkz., Günday, *İdare Hukuku*, s. 435.

⁵² Keleş, a. g. e., s. 218.

olma özelliği ile yaz nüfusu ve kış nüfusuna göre büyük artış gösteren turistik yöreler olma özelliği gibi nesnel ölçütler dikkate alınarak yapılacak yardımların nesnel kurallara bağlanması belediyelerin mali açıdan güçlendirilmesi açısından büyük yararlar sağlayacaktır.⁵³

Belediye gelirleri, 1580 ve 5393 sayılı kanunda önemli ölçüde benzer hükümlere tabi tutulsa da belediyenin borçlanması ve tahvil çıkarılması söz konusu kanunlarda farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere 1580 sayılı kanun döneminde de belediye meclisi borçlanmaya karar verebilir ve tasdikli imar planlarının uygulanması dolayısıyla yapacakları kamulaştırmaların bedellerinin ödenmesine veya kamulaştırma amacına ya da imar planına uygun olarak tesislerin oluşturulmasına özgülemek üzere Türkiye Emlak Kredi Bankası'nın kefaletiyle ve en çok 20 yılda ödenmek koşuluyla istikrazda bulunabilirdi. Gerçi, Günday'ın naklettiğine göre 1580 sayılı kanunun öngördüğü tahvil çıkarma olanağından uygulamada sadece İstanbul ve Ankara belediyeleri yararlanmış, ancak bu tahviller fazla rağbet görmemiştir.⁵⁴ 5393 sayılı kanunun 68. maddesinde ise belediyelerin görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla borçlanma yapabileceği ve tahvil ihraç edebileceği belirtilmiş, söz konusu maddede borçlanma ve tahvil ihraç etmek olgusu ayrıntılı usul ve esaslara bağlanmıştır.

Belediyelerin borçlanmasında iki hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki; seçim dönemini aşacak büyük projelerle ilgili uzun süreli borçlanmalar için halk oylamasına başvurulmasının zorunlu tutulması, ikincisi belediyelerin dış kredi gerektiren yatırımlarının Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlıkları'nın bağlı olduğu Bakanlıkların ön izni alındıktan ve Devlet Planlama Teşkilatı tarafından hazırlanan yatırım programına alındıktan sonra belediye bütçesine girmesi ve harcamasının yapılabilmesidir.⁵⁵ Bu hususların 5393 sayılı kanunda dikkate alınmaması kanımızca demokrasi ve mali disiplin ilkelerine aykırı olmuştur.

Bu kısımda son olarak bir hususun belirtilmesi uygun olacaktır: Gerek 1580 sayılı kanun döneminde gerekse çok yeni olmasına rağmen 5393 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana belediyeler daha

⁵³ Karş. TÜSİAD, *Yerel Yönetimler Sorunlar, Çözümler*, s. 62.

⁵⁴ Günday, *İdare Hukuku*, s. 436.

⁵⁵ TÜSİAD, *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, s. 147.

ziyade, özellikle bu amaç için kurulmuş bulunan İller Bankası'ndan borçlanma yoluna girmektedirler. İller Bankası; tüm yerel yönetimler için bir kredi ve teknik yardım kuruluşu olarak kurulmuş olmasına rağmen, faaliyetlerinin ağırlık noktası belediyelere yardımcı olmak noktasına kaymaktadır. 5393 sayılı kanun belediyelerin İller Bankası'ndan kredi alabilmesini belli kayıtlara bağlayarak kredi işlerine bir çeki düzen vermek istemiştir. Kanununun 68. maddesinde; İller Bankası'ndan yatırım kredisi ve nakit kredi kullanmak isteyen belediyenin, ödeme planını bu bankaya sunmak zorunda olduğu, geri ödeme planını yeterli görmediği takdirde İller Bankası'nın belediyenin kredi isteğini reddedeceği ifade edilmiştir.⁵⁶

5393 sayılı kanununun, belediyelerin İller Bankası'ndan alacağı kredilere bir çeki düzen vermek istemesi yerinde olmuştur, ancak 5393 sayılı kanunu hazırlayan 59. Hükümetin, İller Bankası'nı İLBANK adı altında bütünüyle bir piyasa bankasına dönüştürmek için ayrı bir tasarı hazırlaması yerinde olmamıştır. Eğer bu tasarı kanunlaşarak İller Bankası İLBANK adıyla bir piyasa bankası olarak hizmet verirse belediyelerin söz konusu bankadan aldıkları teknik hizmet ve finansman desteğinin büyük bir tehlike altına gireceğini belirtmek gerekir.

İller Bankası'nı bir piyasa bankasına dönüştürmek yerine yerel yönetimlere ve bu arada belediyelere teknik hizmet yanında, finansman sağlayacak özerk bir yerel yönetimler bankası niteliği kazandırmak için gerekli geliştirmeler yapılmalı⁵⁷ ve belediyelerin iç kredi ihtiyacı, seçim dönemi içinde tamamı ödenecek biçimde İller Bankasından ya da İller Bankası'nın kefaletiyle diğer bankalardan karşılanacağı esası benimsenmelidir.⁵⁸

2. Bütçesi

Belediye bütçesi; 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan oldukça farklı usullere bağlanmıştır. 1580 sayılı kanununun 119. maddesinde; belediye bütçesinin yıllık olduğu, 120. maddesinde; bütçenin, belediye başkanı tarafından hazırlanarak ilgili yılın Eylül ayı başında encümenine verileceği, encümenin bütçeyi iki ay içinde incelemekle ödevli olduğu,

⁵⁶ Karş. Günday, *İdare Hukuku*, s. 436.

⁵⁷ TÜSİAD, *Yerel Yönetimler Sorunlar, Çözümler*, s. 63.

⁵⁸ TÜSİAD, *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, s. 147.

encümenince incelenen bütçenin gerekçesiyle birlikte başkan tarafından Kasım ayının 1. günü meclise verileceği, 121. maddesinde; belediye meclisinin bütçeyi aynen veya değiştirerek kabul edeceği, 122. maddesinde kesinleşen bütçenin mahalli en büyük mülki amirinin onamasına sunulacağı, 123. maddesinde; mahalli en büyük mülki amirin bir hafta içinde bütçeyi aynen kabul edebileceği gibi değiştirerek de kabul edebileceği, en büyük mülki amirin yaptığı bütçe değişikliklerine karşı belediye meclisinin Danıştay'a başvurabileceği, bir hafta içerisinde onanmayan bütçenin yürürlüğe girmiş sayılacağı⁵⁹ hükümlerine yer verilmiştir.

5393 sayılı kanunda ise belediye bütçesi üzerinde herhangi bir vesayet yetkisine yer verilmemiş, kanunun 61. maddesinde; belediyenin stratejik planına ve performans programına göre hazırlanan belediye bütçesinin, belediyenin mali yıl ve izleyen iki yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini göstereceği, bütçeye ayrıntılı harcama programları ile finansman programları ekleneceği, 62. maddesinde; bütçe tasarısı belediye başkanı tarafından hazırlanarak, Eylül ayının birinci gününden önce encümenine sunulacağı ve İçişleri Bakanlığı'na gönderileceği, İçişleri Bakanlığının belediye bütçe tahminlerini konsolide edeceği ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu uyarınca merkezi yönetim bütçe tasarısına eklenmek üzere Maliye Bakanlığı'na gönderileceği, belediye encümeninin bütçe tasarısını inceleyerek görüşüyle birlikte Kasım ayının birinci gününden önce belediye meclisine sunacağı, belediye meclisinin, bütçe tasarısını yılbaşından önce aynen veya değiştirerek kabul edeceği, belediye meclisindeki bütçe görüşmeleri sırasında bütçe denkliliğini bozacak biçimde gider artırıcı veya gelir azaltıcı değişiklikler yapılamayacağı, belediye bütçesinin mali yıl başından itibaren yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir.

Bütçe konusunda 5393 sayılı kanunda öngörülen yenilikler çoğunlukla olumlu olmakla birlikte, yapılan düzenlemelerde bir takım eksikliklerin olduğu gözlemlenmektedir. Her şeyden önce belediye meclisinde bütçe tasarısının etkin bir şekilde görüşülebilmesi için söz konusu tasarının madde madde, gelir ve gider cetvellerini program-bölüm bi-

⁵⁹ Kanunun 123. maddesinde bir hafta içerisinde onanmayan bütçenin "katileşmiş addolunacağı" (= kesinlik kazanacağı) ifade edilmektedir. Kanımızca "katileşmiş addolunacağı" ibaresi hatalıdır. Çünkü, vesayet makamı olan en büyük mülki amirin onayı sadece bütçenin yürürlüğe girmesi bakımından etkilidir. Söz konusu amir onaylamadan önce de bütçe zaten kesinlik kazanmıştı.

çiminde görüşülmesi gerekir. Yine saptanan bir takım nesnel ölçütler doğrultusunda ölçütlere aykırı düşen bütçe tasarısının merkezi idare makamları tarafından tekrar meclise iade edilmesi ya da idari yargı yoluna başvurulması esas getirilmesi gerekirken bu yola gidilmemesi büyük bir eksiklik olarak görülmektedir. Ayrıca, etkin bir denetim ve bilgilendirme sağlamak amacıyla belediye meclislerince onaylanan kesin hesapların Sayıştay'a ve İçişleri Bakanlığı'na gönderilmesi gerekirken bu usulün öngörülmemesi yerinde olamamıştır.⁶⁰

Bu konuyu kapatmadan önce bir hususu vurgulamak yerinde olacaktır. 5393 sayılı kanunun bütçeyle ilgili İkinci Bölümünde, 1580 sayılı kanunda olmayan ilginç bir hükme yer verilmektedir. Kanunun 67. maddesinde, maddede sayılan bir kısım hizmetlerin belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararıyla süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebileceği ifade edilmektedir. Bu hüküm son derece isabetsizdir. Her şeyden önce bu hükmün bütçeyle bir ilgisi olmadığından buraya konulması sistematik bir hata niteliği taşımaktadır. Öte yandan maddede sayılan görevlerin ezici çoğunluğu⁶¹ belediyelerin yürütmesi gereken asli ve sürekli görevler olduğundan söz konusu görevlerin üçüncü şahıslara gördürülmesi Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasına aykırıdır. Ayrıca, bu durum, belediyelerin yürütmesi gereken kamu hizmetlerinin yok olmasına da yol açabileceği unutulmamalıdır.

V. BELEDİYENİN ÖRGÜT VE PERSONELİ

Belediyelerin örgüt ve personeli 5393 sayılı kanunda 1580 sayılı kanundan farklı ve ayrıntılı hükümlere tabi tutulmuştur. 1580 sayılı kanunun 88. maddesinde; belediye başkanı ve belediye başkan yardımcılarının sonra belediyelerin birimleri ve başındaki amirler; yazı işleri müdürü veya başkatip; hesap işleri müdürü veya muhasebeci; sağlık işleri müdürü, baştabip veya tabip; veteriner müdürü, baş veteriner veya veteriner; fen işleri müdürü, baş mühendis veya mühendis;

⁶⁰ Fazla bilgi için bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 144, 145.

⁶¹ Park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakım ve tamiri, baraj, temizlik ve güvenlik hizmetleri, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, sağlıkla ilgili destek hizmetleri, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri vb.

teftiş kurulu müdürü, başmüfettiş veya müfettiş olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, bu maddede, her bir belediyede, lüzumu halinde, zat ve hukuk işleri müdürleri veya müşavir avukatın bulunacağı, bunların emri altında ise gereği kadar yazı ve hesap, fen, sağlık, idare, belediye zabıtası ve itfaiye memurları ile hizmetli ve işçi bulunacağı, bunların sayı, maaş ve kadrolarının bütçe ile saptanacağı belirtilmiştir. Kanunun 96. maddesinde ise, belediye personelinin ayrıksı durumlar dışında belediye başkanınca atanacağı ancak yapılan atamanın belediye meclisinin ilk oturumunda onun onayına sunulmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

1580 sayılı kanun döneminin 45 yıllık dilimi boyunca -1930-1975 arasında- özellikle belediye çalışanlarının memur olarak sayılıp sayılmayacağı konusu tam olarak çözüme kavuşturulamadığından belediyelerde uygulanan personel sistemi üzerinde büyük bir karmaşa yaşanmıştır. Bununla birlikte 26.11. 1975 gün ve 7/1986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla sürekli ve geçici işçiler dışında kalan belediye personelinin Devlet Memurları Kanunu'na göre istihdam edileceği belirtilerek sonul çözüme ulaşılmıştır.⁶² Dikkat edileceği üzere söz konusu kararlar; belediye görevlileri devlet memuru sayılmamış, sadece özlük hakları ve istihdam koşulları bakımından devlet memurları ile eş bir statüye tabi tutulmuştur.

5393 sayılı kanununun 48. maddesinde; belediye örgütünün; norm kadroya uygun olarak yazı işleri, mali hizmetler, fen işleri ve zabıta birimlerinden oluşacağı, belediye meclis kararıyla da; beldenin nüfusu, fiziki ve coğrafi yapısı, ekonomik, sosyal ve kültürel özellikleri ile gelişme potansiyelleri dikkate alınarak norm kadro ilke ve standartlarına uygun olarak sağlık, itfaiye, imar, insan kaynakları, hukuk işleri ve ihtiyaca göre diğer birimlerin oluşturulabileceği, kaldırılabilmesi veya değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Kanununun 49. maddesinde; norm kadro ilke ve standartlarının İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından ortak olarak belirleneceği, belediye ve bağlı kuruluşlarının norm kadrolarının söz konusu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclis kararıyla belirleneceği, belediye personelinin belediye başkanı tarafından atanacağı, birim müdürlüğü ve üst yönetici kadrolara yapılan atamaların ilk toplantıda belediye meclisinin bilgisine sunulacağı, Ayrıca norm kadroya uygun olarak çevre, sağlık,

⁶² Erençin, a. g. m., s. 163.

hukuk, ekonomi, bilişim ve iletişim, planlama, araştırma ve geliştirme alanlarında avukat, mimar, mühendis, şehir ve bölge plancısı, çözümlayici ve programcı, doktor, uzman doktor, ebe, teknik personel yıllık sözleşme ile istihdam edilebileceği, avukat, mimar, inşaat veya harita mühendisi ve veteriner kadrosu bulunmaması veya işlerinin azlığı nedeniyle bu unvanlarda kadrolu personel istihdamına gereksinim duyulmayan belediyelerde kısmi zamanlı olarak sözleşme ile personel çalıştırılabileceği, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurların, belediye başkanının talebi, kendilerinin ve kurumlarının muvafakıyla belediyelerin birim müdürü ve üstü yönetici kadrolarında geçici olarak görevlendirilebileceği ifade edilmiştir. 5393 sayılı kanunun 49. maddesinde belediye personelinin statüsü hakkında açık bir hüküm bulunmasa da, sözleşme yoluyla da personel çalıştırılabileceği belirtildiğinden sözleşme dışında kadrolu olarak çalışan personelin esas itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olduğu sonucu çıkmaktadır.

5393 sayılı kanunla belediyelerin örgüt yapısı ve personeli hakkında yapılan düzenlemelerin son derece isabetsiz olduğunu ve Anayasa'ya aykırı düştüğünü belirtmek gerekir. 5393 sayılı kanunun belediye teşkilatı başlıklı 48. maddesinde; belediye meclisinin kararıyla belediyede ihtiyaca göre diğer birimlerin kurulabileceği, kaldırılabilmesi veya birleştirilebileceği ifade edilmektedir. Bu hükmün Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasına aykırı düştüğünü belirtmek gerekir. Anayasa'nın 123. maddesinin 1. fıkrasında; İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Belediye de İdare kavramı içerisine girdiğinden belediyenin örgüt yapısının kanunda açık bir şekilde düzenlenmemesi, Anayasa'nın söz konu hükmüne aykırıdır.

Gerçi, belediyenin ihtiyaca göre birimlerini kurması, kaldırması ve birleştirmesi Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartına uygun düşmektedir. Gerçekten de, söz konusu şartın yerel makamların görevleri için gereken uygun idari örgütlenme ve kaynaklar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında; kanunla düzenlenmiş genel hükümlere hanelerle getirilmemesi koşuluyla, yerel makamların kendi iç idari örgütlenmelerini, bunları yerel gereksinimlerle uyumlu kılmak ve etkin idare sağlamak amacıyla kendilerinin kararlaştırabileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hükme, Türk Hükümeti çekince koymuş olduğundan bu hükmün hukukumuz bakımından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Yine, 5393 sayılı kanunla belediyelerin personeli hakkında yapılan düzenlemelerin de son derece isabetsiz olduğunu ve Anayasaya aykırı olduğunu vurgulamak gerekir. Her şeyden önce belediyelerde bir kısım personelin yıllık sözleşme ile istihdam edileceğinin belirtilmesi kanımızca Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasına aykırıdır. Gerçekten de, Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmesine rağmen, 5393 sayılı kanunun 49. maddesinde, kanımızca, belediyelerin yürütmekle zorunlu olduğu asli ve sürekli görevler niteliğinde olan kimi görevlerin⁶³ yıllık sözleşme ile istihdam edilecek personel tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir. Yerel yönetim kuruluşları, bu arada belediyeler, devlet kavramının içerisine girdiğinden Anayasa'nın bu hükmü karşısında belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yıllık sözleşmeli personel tarafından yerine getirilebilmesi olanaklı değildir.

5393 sayılı kanunun 49. maddesi aynı zamanda Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasına da aykırıdır. Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin istikrar kazanmış bulunan içtihatlarında da⁶⁴ sözleşmeli personel diğer kamu görevlileri kapsamında değerlendirilerek her türlü özlük haklarının yasada düzenlenmesi koşulu aranmaktadır. Bu çerçevede, belediyelerde çalıştırılacak sözleşmeli personeli diğer kamu görevlileri olarak kabul etsek bile bu personelin yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin 5393 sayılı kanunla açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. 5393 sayılı kanunun 49. maddesinde yıllık sözleşme ile çalıştırılacak personelin sadece ücretinin düzenlenmesi, yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işlerinin düzenlenmemesi, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasına açıkça aykırıdır.

⁶³ Çevre, sağlık, veterinerlik ,teknik, ekonomi, bilişim, planlama vb.

⁶⁴ Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin, 10.11.2005 tarih ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu hakkında vermiş olduğu 19.12.2005 tarih ve E. 2005/143, K. 2005/99 sayılı Kararı, (21.2.2006 tarih ve 26087 sayılı *Resmî Gazete*).

5393 sayılı kanunun belediyenin örgüt yapısı ve personeli hakkında koyduğu kuralların aynı zamanda kamu yönetimi ilkelerine de aykırı olduğunu ifade etmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere 5393 sayılı kanunla, büyükşehir modeli dışında, belediyeler; şehir belediyesi, kasaba belediyesi ve belde belediyesi şeklinde bir ayrıma tabi tutulmadığından ne tür hükümler öngörülse öngörülün belediyelerin örgüt ve personel sorunlarını etkin bir şekilde çözüme kavuşturabilmek olanaklı değildir. Çünkü 5393 sayılı kanun; 5000 nüfuslu bir belediye ile 500.000 nüfusluk bir belediye arasında kural olarak görev ve yetkiler bakımından bir fark görmediğinden, kanunla öngörülen belediye örgüt yapısı ve personeli hakkındaki kurallar; büyük nüfuslu belediyeler için yeterli olsa bile küçük nüfuslu belediyeler açısından kaynak savurganlığına yol açacak; küçük nüfuslu belediyeler açısından yeterli ise bu sefer de büyük nüfuslu belediyeler açısından yetersiz olacaktır. Esasen sadece belediyelerde değil, tüm yerel yönetimlerde personel sorunları büyük boyutlara ulaştığından yerel yönetimlere özgü ayrı bir personel kanunu çıkartılmadan sorunun üstesinden gelebilmek olanaklı gözükmemektedir.

VI. BELEDİYENİN DENETİMİ ve GÖZETİMİ

Belediyelerin denetimi; 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan oldukça farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanun döneminde belediyelerin kararları, işlem ve eylemleri ile organları ve görevlileri üzerinde yoğun bir denetim ve gözetim bulunurken,⁶⁵ 5393 sayılı kanunla belediyeler üzerindeki denetim ve gözetim azaltılmıştır. Gerçekten de, 5393 sayılı kanunun 55. maddesinde belediyelerde iç ve dış denetimin yapılacağı, denetimin iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, mali ve performans denetimini kapsayacağı, iç ve dış denetimin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na göre yapılacağı, ayrıca belediyenin mali işlemleri dışında kalan idari işlemlerinin de hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından denetleneceği, belediyelere bağlı kuruluş ve işletmelerin de bu esaslara göre denetleneceği ifade edilmiş, 57. maddesinde ise belediye hizmetlerinin ciddi bir biçimde aksatıldığı ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine yetkili sulh hukuk hakimi tarafından

⁶⁵ Konu hakkında fazla bilgi için bkz., Keleş, a. g. e., s. 353-358.

belirlenmesi durumunda İçişleri Bakanı'nın, hizmetlerde meydana gelen aksamanın giderilmesini hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından isteyeceği, aksama giderilmezse söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden isteyeceği, bu durumda valinin aksaklığı öncelikle belediyenin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla gidereceği, bunun olanaklı olmaması hâlinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının olanaklarını da kullanabileceği, İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine sulh hukuk hakimi tarafından alınan karara karşı ilgili belediyece asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebileceği ifade edilmiştir.

1580 sayılı kanun döneminde belediyeler üzerindeki denetim ve gözetim kanımızca ağır bir vesayet yetkisi niteliğinde olduğundan 5393 sayılı kanunla hafifletilmesi yerinde olmuştur. Ancak 5393 sayılı kanunda öngörülen denetim ve gözetim düzeneğinin de bir takım sorunlara yol açabileceğini belirtmek gerekir. Her şeyden önce 1580 sayılı kanunda bulunmayan ve 5393 sayılı kanunla öngörülen belediyenin iç denetiminin etkin bir şekilde işletilebilmesi olanaklı değildir. Gerçekten de 5393 sayılı kanunun 55. maddesinin iç denetim konusunda yollama yaptığı 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 63 ila 67. maddeleri arasında düzenlenen iç denetim, iç denetçiler tarafından yerine getirilmektedir. 5018 sayılı kanunun 63 ila 67. maddelerinin incelenmesi sonucu, iç denetçinin, soruşturma yetkisinin olmadığı ve iç denetçinin hazırlamış olduğu raporun değerlendirilmek üzere belediye başkanına sunulacağı anlaşılmaktadır. Bu durum her şeyden önce iç denetçinin bağımsızlığını zedeleyici niteliktedir. Yeterli ölçüde bağımsız olmayan bir iç denetçinin belediye işlerini hukuka uygunluk, mali ve performans açılarından etkin bir şekilde denetlemesi çok az olasılıkla rastlanabilecek bir durum olacaktır.

Öte yandan, 5393 sayılı kanunun 57. maddesinde ifade edilen belediye hizmetlerinin ciddi bir biçimde aksatıldığı ve bu durum halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine yetkili sulh hukuk hakimi tarafından belirleneceğini ifade eden hükmün kolay kolay uygulama yetisinin olduğu söylenemez. Nesnel ölçütleri bulunmadığı için yerel yönetim uzmanlarının bile belediye hizmetlerinin ciddi bir şekilde aksatıldığını ve bu durumun bir takım olumsuz etkilere yol açtığını saptayabilmesi oldukça güç olmasına rağmen söz konusu durumun saptanmasını

sulh hukuk hakiminden beklemek gerçekçi değildir. Çünkü uzmanlık alanına girmediği için sulh hukuk hakiminin, belediye hizmetlerinin ne şekilde yürütülmesi gerektiğini dolayısıyla hangi durumlarda belediye hizmetlerinin ciddi bir şekilde aksatılabildiğini bilebilmesi kolay değildir.

VII. MAHALLE BİRİMİ

Belediye semtlerindeki değişik yerleşim birimlerinin adı olan ve muhtar ile ihtiyar heyeti tarafından yönetilen mahallelerin kuruluşu 5393 sayılı kanunda, 1580 sayılı kanundan farklı olarak düzenlenmiştir. 1580 sayılı kanunun 8. maddesine göre, belediye meclisinin ve yerine göre il ya da ilçe idare kurulunun kararı ve valinin onayı ile mahallelerin kurulması, birleştirilmesi, ad ve sınırları belirlenirken; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 9. maddesinde il ya da ilçe idare kurulunun karar vermesi koşulu kaldırılıp yerine kaymakamın görüşü ikame edilerek, mahallelerin; belediye meclisinin kararı ve kaymakamın görüşü üzerine valinin onayı ile kurulacağı, birleştirileceği, kaldırılacağı, ismi ve sınırlarının belirleneceği ifade edilmiştir.

1580 sayılı kanundan farklı olarak 5393 sayılı kanunla mahallelere bir takım görevler de verilmiştir. 5393 sayılı kanunun 9. maddesinde; muhtarın, mahalle sakinlerinin gönüllü katılımıyla ortak gereksinimleri belirlemek, mahallenin yaşam kalitesini geliştirmek, belediye ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilişkilerini yürütmek, mahalle ile ilgili konularda görüş bildirmek, diğer kurumlarla işbirliği yapmak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yapmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Yine, 1580 sayılı kanundan farklı olarak 5393 sayılı kanunda belediyelerin mahallelere bir takım yardımlar da sağlayacağı belirtilmiştir. Söz konusu 9. maddede; belediyenin, mahallenin ve muhtarlığın gereksinimlerinin karşılanması ve sorunlarının çözümü için bütçe olanakları ölçüsünde gerekli aynı yardım ve desteği sağlayacağı, kararlarında mahallelinin ortak isteklerini göz önünde bulunduracağı ve hizmetlerin mahallenin gereksinimlerine uygun biçimde yürütülmesini sağlamaya çalışacağı ifade edilmiştir.

Bu hükümler dışında, mahalle örgütü hakkında 5393 sayılı kanunda değişik düzenlemeler öngörülmemiştir. Daha somut bir deyişle;

1580 sayılı kanun döneminde olduğu gibi mahallerin; tüzel kişiliği bulunmayacak; organları seçimle işbaşına gelse de mahalle muhtarlığı ve ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremeyecek; Nüfus Hizmetleri Kanunu, Askerlik Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre görevleri bulunacak ve ayrıca diğer merkezi idare görevlerine sahip bulunarak belediyelerden ziyade merkezi idarenin görevlerini yerine getiren kuruluşlar olma konumunu sürdürecektir, muhtar ve ihtiyar heyeti üyelerinin görevlerine il ya da ilçe idare kurullarınca son verilebilecek; muhtar, iş sahiplerinden harç almaya devam ederek giderlerini bu harçlardan karşılayacak ve merkezi idareden maaş almaya devam edecektir.⁶⁶

Mahalle konusunda 5393 sayılı kanunda öngörülen oldukça küçük çaplı yenilikler olumlu olmakla birlikte yeterli değildir. Belediye irtibat görevi olarak hizmet yapması gereken mahallelerin bu niteliğinin 5393 sayılı kanunda vurgulanmaması büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Diğer yandan, belediye sadece merkezi idareye yardımcı olmakla kalmamalı, belki bundan daha fazla olarak bağlı bulunduğu belediyeye yardımcı olmalıdır. Bu hususun 5393 sayılı kanundan belirtilmemesi yerinde olmamıştır. Mahallelerde halk katılımını özendirme ve kolaylaştırmak amacıyla belirli konularda komitelerin kurulması ve bunların çalışmaları mahalle yönetimleri aracılığıyla belediye tarafından desteklenmesi gerekirken 5393 sayılı kanunda bu hususun düzenlenmemesi eksiklik oluşturmıştır.⁶⁷

Mahalle konusunu kapatmadan önce bir hususa vurgu yapmak yerinde olacaktır. Kent ortamında belediyeler ile hemşehriler arasındaki ilişkilere sağlıklı nitelik kazandırmak, halk katılımını kolaylaştırmak ve küçük boyutlu hizmetlerin yürütülmesinde etkili olmak açılarından önemli rol üstlenebilecek ve büyük kentlerde can ve mal güvenliğinin sağlanmasında temel işlev olarak ikamet ve nüfus denetim hizmetlerini etkinlikle yürütebilecek bir rol oynaması olanaklı olan mahalle birimi marjinal işlev boyutunda kalmış, bu durum ise önemli bir çok sorunun üstesinden gelinmesini önlemiştir.⁶⁸ 5393 sayılı kanunda mahalle hakkında etkin düzenleme yapılmadığı için mahallelerin marjinal işlev durumu, kanımızca, söz konusu kanundan sonra da sürmeye devam edecektir.

⁶⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Günday, İdare Hukuku, s. 438, 439.

⁶⁷ Bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 59, 60, 225.

⁶⁸ İbid, s. 59.

Mahalleleri marjinal işlev boyutundan kurtarabilmek için her şeyden önce mahallenin kurulması,⁶⁹ adlandırılması, kaldırılması, muhtar ve mahalle yönetim kurulunun⁷⁰ seçilme esasları ile görev, yetki, hak ve sorumlulukları, merkezi idare ve belediyeyle ilgili yardımcı görevleri ile kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilişkileri özel yasasında düzenlenmeli, mahalle birimi olarak da; sınırları içindeki belediye alanını tam olarak sahiplenmeli, bu alanda küçük müdahalelerle giderilecek hizmet aksamaları için eleman, araç ve gereçlerle donatılmalı ve mahalle için kültür, eğitim ve sosyal etkinlik merkezi olarak işlev yapmalıdır.⁷¹

SONUÇ

Ağır bir yönetsel ve mali kriz içerisinde bulunan ve halk katılımının yetersiz olduğu belediyelerin sorunlarını çözmek için çıkartılan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun öngördüğü hükümler belediye sorunlarına köklü bir çözüm getirmemekte, kısmi ve yapay bir takım düzenlemeler öngörmektedir. Ayrıca, 5393 sayılı kanunun bir çok hükümleri, bu çalışmada da görüldüğü üzere Anayasaya aykırı hükümler taşımakta ve kamu yönetimi ilkelerine de uygun düşmemektedir. Bünyesinde bir çok olumsuz hükümler barındıran 5393 sayılı Belediye Kanununun, şu anda TBMM'de bulunan Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki Kanun Tasarısı ile birlikte çıkartılmaması ise 5393 sayılı kanunun olumsuzluklarını daha da artırmaktadır. Çünkü belediyeler de kamu yönetiminin bir parçasını oluşturduğundan 5393 sayılı Belediyeler Kanunu ile kamu yönetimini yeniden düzenlemeyi amaç edinen Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı arasında ayrılmaz bir bağ bulunmaktadır. Nitekim Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı'nın Geçici 1. maddesinde taşra örgütü kaldırılan bakanlık ile kamu kurum ve kuruluşlarının; personel ile ödenek, araç ve gereçlerinin belediye sınırları içinde belediyelere, belediye sınırları dışında ise il özel idarelerine devri öngörülmektedir. Merkezi idare kuruluşlarından yerel yönetimlere personel ile ödenek, araç ve gereçlerin devri gerçekleştirilmediği müddetçe, 5393 sayılı kanunda merkezi idare tarafından yürütülmekte olan bir kısım hizmetle-

⁶⁹ Belediye türlerine göre farklı nüfus ölçütü temel alınmak suretiyle.

⁷⁰ Mevcut durumdaki ihtiyar heyeti yerine.

⁷¹ TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 59, 60, 225.

rin belediyelere devri öngörülerek belediyelerin görev ve yetkileri ne kadar artırılırsa artırılın, belediyelerin, etkin bir şekilde görevlerini yerine getirebilmesi ve yetkilerini kullanabilmesi olanaklı değildir.

Esasen 5393 sayılı Belediye Kanunu'na en yeni en çağcıl hükümler konulsa bile belediyelerin ağır mali, personel, yasal ve kamu yönetimi sorunlarının çözüme kavuşturulması olanaklı değildir. Belediyelerin sorunlarını etkin bir şekilde çözümlenebilmek için genel kamu yönetimi ile bağ kurulması yanında; yerel yönetimler ve bu arada belediyelerle ilgili uluslararası sözleşmeleri çekincesiz bir şekilde kabul etmek ve sözleşme hükümlerini başta Anayasa olmak üzere yasal metinlere yansıtmak gerekir. Bundan başka, belediyelerin sorunları, içerisinde yer aldığı yerel yönetimlerin sorunlarından ayrı düşünülemez. Çünkü yerel yönetim birimlerinde yeni bir yapıya gidilmeden ve yerel yönetimler bütüncül bir açıdan kavranılarak belediyelerle ilgili yasal düzenlemeler, yerel yönetimlerle ilgili yasal düzenlemelerin içerisine yerleştirmeden ayrı belediye kanunlarıyla belediyelerin sorunlarının çözüme kavuşturulacağını beklemek tam bir hayal olacaktır.

Yerel yönetimlerin ve bu arada belediyelerin yönetsel, mali ve personel sorunlarının çözümü açısından önemli bir kilometre taşı oluşturan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, 8.5.1991 tarih ve 3723 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur.⁷² Onaylanması 3723 sayılı kanun ile uygun bulunan Şart, 1992 yılında 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla yürürlüğe konulmuştur.⁷³ Yerel özerklik açısından yaşamsal bir önem taşıyan Şart, Türkiye tarafından kabul edilirken çok önemli hükümlerine, kanımızca isabetsiz bir şekilde, çekinceler konulmuştur. Keleş'in de belirttiği üzere Türkiye'nin Şarta koymuş olduğu çekinceler; o konularda, Şartın kurallarıyla kendisini bağlamaktan kaçınması anlamına gelmektedir.⁷⁴ Hatta, aşağıda anlatılacağı üzere Şartın çok önemli hükümlerine çekince konulduğu için konulan bu çekinceler, kanımızca, Türkiye'nin Şarta hiç bir zaman gerçek anlamda uyamayacağı anlamını taşımaktadır.

Türkiye'nin Şarta koymuş olduğu çekincelerden üçü, yerel yönetimlerin mali kaynaklarını ilgilendiren 9. madde üzerindedir. Şartın yerel yönetimlerin gelir kaynaklarının, hizmet harcamalarındaki ger-

⁷² Bkz., 21.5.1991 tarih ve 20887 sayılı *Resmi Gazete*.

⁷³ Bkz., 3.10.1992 tarih ve 21364 sayılı *Resmi Gazete*.

⁷⁴ Bkz., Keleş, a. g. e., s. 53.

çek artışları izlemesi gereğiyle ilgili bu maddenin 4. fıkrasına, yerel yönetimlere devletçe dağıtılacak kaynakların özgülmesinde yerel yönetimlere danışma gereğiyle ilgili 6. fıkrasına ve devlet yardımlarının özel amaçlı yardım olmamasının yanı sıra yerel yönetimleri denetleme ve özgürlüğünü kısıtlama aracı olarak kullanılmamasına ilişkin 7. fıkrasına çekince konulmuştur.

Türkiye'nin koymuş olduğu bu çekinceler sadece yukarıda bahsedilen 9. maddeyle de sınırlı değildir. Gerçekten de, Şartın; yerel yönetimlerin iç örgüt yapılarının kendilerince özgür bir şekilde saptanacağına ilişkin 6. maddesinin 1. fıkrasına, yerel yönetimlerin kendilerini ilgilendiren konulardaki planlama ve karar alma süreçleri içerisinde kendileriyle danışılması hakkındaki 4. maddesinin 6. fıkrasına, seçimle göreve gelen yöneticilerin görevleriyle bağdaşmayan işlerin neler olduğunun yasayla veya temel hukuki ilkelerle belirlenmesi hakkındaki 7. maddesinin 3. fıkrasına, yerel yönetimler üzerindeki idari denetimin ancak denetlemekle korunması istenen yararların önemiyle orantılı olarak sınırlandırılması gerektiğine ilişkin 8. maddesinin 3. fıkrasına, yerel yönetimlerin birliklere üye olması, uluslararası yerel yönetim birliklerine katılma ve başka devletlerin yerel yönetimleriyle işbirliği yapabilmesi haklarını güvence altına alan 10. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına ve yerel yönetimlerin; kendi yetkilerinin serbestçe kullanılması ile yerel özerklik ilkelerine saygı gösterilmesi amacıyla yargı yerlerine başvurusuyla ilgili 11. maddesine de çekince konulmuştur.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı sadece Avrupa açısından önem taşımamaktadır. Gerçekten de söz konusu şartta yer alan ilkelerin hemen tümü Uluslararası Yerel Yönetimler Birliği'nin (IULA'nın) 23-26 Eylül 1985 tarihinde Rio de Janeiro'da toplanan 27. Dünya Kongresi'nde benimsenmiş olan Dünya Özerk Yerel Yönetimler Bildirgesi'nde de aynen yer almıştır. Bu kadar önemi büyük olan Şartta öngörülen ilkelere tümüyle uyulmadan bir ülkede yerel yönetimlerin özerkliğinden bahsetmek Keleş'in isabetli olarak belirttiği üzere olanaksızdır⁷⁵. Bu açıdan Türkiye'nin Şarta koyduğu çekinceleri tümüyle kaldırarak Şartı kayıtsız ve koşulsuz olarak kabul etmesi son derece isabetli olacaktır.

Yerel yönetimler ve bu arada belediyeler için önem taşıyan bir diğer sözleşme de Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında

⁷⁵ Keleş, a. g. e., s. 54.

Sınırötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi'dir. Gerçekten de, Avrupa Konseyi çerçevesinde 21 Mayıs 1980 tarihinde Madrid'de imzaya açılan ve Türkiye tarafından 4 Şubat 1998 tarihinde Strazburg'da imzalanan "Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınırötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi", "İşbu Sözleşme, Türkiye'nin diplomatik ilişkisi bulunan ülkelerin yerel yönetimleri ile kurulacak işbirliği bakımından ve sadece Türkiye'deki özel idareler, belediyeler, köyler ve bu amaçla kurulmuş mahalli idare birliklerinde geçerli olmak kaydıyla hüküm ifade edecektir" şeklinde bir bildirimde bulunulmak suretiyle 1.2.2000 tarih ve 4517 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş,⁷⁶ daha sonra ise söz konusu sözleşme, 2004/324 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylanmıştır.⁷⁷

Madrid Sözleşmesi olarak da anılan bu sözleşmenin yerel yönetimler ve birlikler arasındaki sınır ötesi işbirliğine büyük önem verilmektedir. Nitekim Sözleşme'nin 1. maddesinde; sözleşmeye taraf olan devletlerin kendi yetki alanları içindeki yerel topluluk veya yönetimlerle diğer sözleşmeye taraf devletlerin yetki alanı içindeki yerel topluluk veya yönetimler arasındaki işbirliğini kolaylaştırmayı ve teşvik etmeyi taahhüt edecekleri, tarafların bu amaç için gerek duyulabilecek anlaşmalar ve düzenlemelerin, tarafların her birinin farklı anayasal hükümleri de göz önünde tutularak aktedilmesinin teşvikine çaba gösterecekleri ifade edilmiştir.

Yerel yönetimlerin ve bu arada belediyelerin sorunlarını etkin bir şekilde çözebilmek açısından atılması gereken ilk adım; Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartına konulan çekincelerin kaldırılarak söz konusu şart doğrultusunda ve Madrid Sözleşmesi hükümlerine uygun yeni bir Yerel Yönetim Birlikleri ve Yerel Yönetimler veya Yerel Yönetim Birlikleri Arasında Sınırötesi İşbirliği Hakkında Kanun'un çıkartılmasıdır. Şarta ve Madrid Sözleşmesine uygun kanun çıkartılabilmesi için ise Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasında; yerel yönetimlerin kendi aralarında ancak Bakanlar Kurulunun izniyle birlik kuracaklarını ifade eden hükmün, 5393 sayılı Belediye Kanununun 74. maddesinin 3. fıkrasında; belediyelerin, İçişleri Bakanlığı'nın izniyle yurtdışındaki belediyeler ve mahalli idareler birlikleriyle karşılıklı işbirliği yapabileceği ve kardeş kent ilişkileri kurabileceklerini belirten hükmün ve Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasının gereği olarak

⁷⁶ Bkz., 6.2.2000 tarih ve 23956 sayılı Resmi Gazete.

⁷⁷ Bkz., 10.5.2000 tarih ve 24045 sayılı Mükerrer Resmi Gazete.

birlik kurulmasını Bakanlar Kurulu'nun iznine tabi tutan 26.5.2005 tarih ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun kaldırılması gerekir.

Öte yandan, yerel yönetimler birimlerinde köklü değişiklikler öngörülmeden belediyelerin sorunlarının etkin bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi olanaklı değildir. İl özel idareleri kaldırılarak illerde valinin başkanlığında il yerel yönetimi, ilçelerde kaymakamın başkanlığında ilçe yerel yönetimi kurulmalı, bucak uygulamasına ise son verilmelidir. Yerleşim alanlarında ise "Belediye",⁷⁸ "Büyükşehir Belediyesi" ve "Köy" şeklindeki mevcut örgütlenme yapısı sürdürülmeli, belediyelerde belirli bir nüfus büyüklüğüne ulaşılması koşuluyla tüzel kişiliği olmayan ve başında siyasi bir kişilik olan muhtarın yer aldığı semt birimi olarak "mahalleler" örgütlenerek belediye yönetiminde söz sahibi olmalıdır.⁷⁹

Yerel yönetimlerin ve bu arada belediyelerin sorunlarını etkin bir şekilde çözebilmek için alınması gereken son önlem; yerel yönetimlerle ilgili üç adet temel yasanın çıkartılmasıdır. Çıkartılması gereken ilk temel yasa "Yerel Yönetimler Kanunu" olmalıdır. Yerel yönetimlerin kuruluş, organlar, görev ve yetkiler, örgütlenme ve kaynaklar yönünden temel yasaları olan 4.3.2005 tarih ve 5203 sayılı İl Özel idaresi Kanunu, 442 sayılı Köy Kanunu ile belediyelere ilişkin 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu kaldırılmalı ve tüm yerel yönetim birimleri ile ilgili olarak tek bir Yerel Yönetimler Kanunu çıkartılmalıdır. Mevcut durumda yerel yönetimlere ilişkin bu temel 4 yasanın bulunması yüzünden yerel yönetim olgusuna bütüncül açıdan bakılamamakta; yerel yönetim birimleriyle ilgili ortak ve genel hükümler tam olarak saptanamamakta, aynı hükümler tekrar edilmekte ve yerel yönetim birimleri arasında görev, yetki ve organlar açısından yakın ilişki ve bağlantı olmasına rağmen söz konusu bağlantı ve ilişki sağlanamamaktadır.⁸⁰

Yine mevcut durumda yerel yönetimlere ilişkin bu temel dört yasa dışında da yerel yönetimlere görev ve yetki verildiğinden yerel yönetimlerin görev ve yetkilerinin ne olduğu konusunda tam anlamıyla bir

⁷⁸ Şehir belediyesi, kasaba belediyesi ve belde belediyesi olarak üç türlü öngörülmek koşuluyla.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Sorunlar, Çözümler, s. 55-69.

⁸⁰ Karş. TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 85, 86.

karmaşa yaşanacaktır. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde yerel ve ortak olması koşuluyla belediyelere imar yetkisi verilmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nda da belediyelere çeşitli imar yetkisi verilmektedir. Bu durumda, belediyelerin imar yetkisinin sadece 3194 sayılı İmar Kanunu'nda gösterilen yetkiler mi olduğu yoksa yerel ve ortak olması koşuluyla belediyelerin 3194 sayılı kanunda gösterilmeyen başka imar yetkilerine mi sahip olacağı tam anlamıyla belirsiz olduğundan bu alanda büyük karmaşa yaşanacaktır.

Bu durumları önlemek için yerel yönetimlerin görev, yetki, organlarına ve yönetimlerine ilişkin tüm hususlar tek bir temel yasada "*Yerel Yönetimler Kanunu'nda*" toplanmalıdır. Ayrı bir yasa ile düzenlenmesi gereken hususlarda ise (örneğin; imar, eğitim, çevre, sağlık gibi) Yerel Yönetimler Kanunu'ndan yollama yapılmak suretiyle ilişki kurulması yerinde olacaktır.⁸¹ Yerel Yönetimler Kanunu dört kitaptan oluşmalı, 1. Kitapta; Yerel Yönetimlere İlişkin Ortak Hükümler, 2. Kitapta; İl, İlçe ve Köy Yerel Yönetimleri, 3. Kitapta; Büyükşehir Belediyeleri ve 4. Kitapta; belediyeler düzenlenmelidir.⁸²

Yerel yönetimlerin, görev, yetki ve organlarının seçimine ilişkin hususların tek bir yasada düzenlenmesinin ardından, yerel yönetimlerin mali açıdan özerk bir hale getirilmesi için ayrı bir "*Yerel Yönetimler Mali Denge ve Gelir Kanunu*" nun çıkartılması gerekmektedir. Çıkartılması gereken bu kanunda, merkezi idareden yerel yönetimlere aktartılacak payların yalnızca nüfus ölçütüne bağlanmayarak nüfus artış hızı, yerel yönetimlerin potansiyel gelir gücü, kalkınmada öncelikli yöre olma özelliği ve yaz ile kış nüfusuna göre büyük artış gösteren turistik yöreler olma özelliği gibi nesnel ölçütler ele alınarak merkezi yardımların nesnel kurallara bağlanması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu kanunda yerel yönetimlerin mali yönden güçlendirilmesi amacıyla yerel yönetimlere vergi oranlarını saptama ve devlet vergilerine ekleme yapılması gibi hususların da düzenlenmesi gerekmektedir.⁸³

Yerel yönetimlerle ilgili olarak çıkartılması gereken son (ancak önem açısından son değil) temel yasa Yerel Yönetimler Personel Kanu-

⁸¹ Fazla bilgi için bkz., Kamu Yönetimi Araştırması (kaya), Yerel Yönetimler Araştırma Grubu Raporu, s. 162, 163.

⁸² Konu hakkında hazırlanmış olan Taslak için bkz., TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, s. 119-243.

⁸³ Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz., Kamu Yönetimi Araştırması (kaya), Genel Rapor, s. 190 ve TÜSİAD, Yerel Yönetimler Sorunlar, Çözümler, s. 62 vd.

nu olmalıdır. Türkiye’de yerel yönetimlerde çalışan personel, merkezi yönetimde çalışan personelin %10 ununu teşkil etmesine rağmen bu oran Federal Almanya’da %31, Japonya’da %75, ABD’de %60, Norveç ve İsveç’te %70 dolayındadır. Ayrıca, yerel yönetimlerde nitelikli eleman çalıştırılmasında personel seçimi, işe alma, değerlendirme, terfi ettirme ve insan-gücü planlaması gibi konularda çağdaş insan gücü kaynağı yönetimi açısından uygulama yetersizliği görülmektedir. Diğer taraftan belediyelerde kişisel ve siyasi amaçlara yönelik olarak ihtiyaç dışı personel istihdam etme uygulaması da oldukça yaygındır. Bunun yanı sıra yerel yönetimlerde çalışmanın mali açıdan çekici olmaması, nitelikli elemanların yerel yönetimlerde istihdam edilmesini zorlaştırmaktadır. Ayrıca, önemli bir kolluk yetkisi yürüten belediye zabıtasının ne tür bir kolluk (adli, idari vb.) hizmeti yürüttüğünün belirli olmaması çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Bu sorun, 5393 sayılı kanunda bile giderilememiştir. Tüm bu sakıncaları önlemek üzere Yerel Yönetimler Personel Kanunu’nun çıkartılmasında büyük yararlar görülmektedir.⁸⁴

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, *Yerel Yönetimlerin Seçilmiş Organlarının (Yargı Yolu İle) Organlık Sıfatlarını Kaybı in Danıştay 137. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara, 2005.
- Dursun, Hasan, *Cezaların İnfazının Kriminolojik Bir çerçevede İncelenmesi in Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir Barosu Yayını, Birinci Basım, İzmir, 2000.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2002.
- , “Kamu Yönetimi Reformu”nun Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi in *Danıştay 137. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, Ankara 2005.
- Erençin, Arif, *Belediye Görevleri Üzerine Bir İnceleme, Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2006.
- Kamu Yönetimi Araştırması (kaya) Genel Rapor*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1991.

⁸⁴ Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz., TÜSİAD, *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, s. 23, 26.

Kamu Yönetimi Araştırması (kaya) Yerel Yönetimler Araştırma Grubu Raporu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1992.

Keleş Ruşen, Yerinden Yönetim ve Siyaset, Genişletilmiş 3. Basım, Cem Yayınevi, İstanbul 1998.

Şanlı, Tayfun, Avrupa Birliği Yolunda Geçmişten Günümüze Belediye Personel Sistemi, Türk İdare Dergisi, Yıl: 77, Sayı: 449, Aralık 2005.

TÜSİAD, Yerel Yönetimler Sorunlar, Çözümler, İstanbul 1995.

TÜSİAD, Yerel Yönetimler Yasa Taslağı, İstanbul 1997.

Ulusoy, Ali, Yerel Yönetimlere İlişkin Yeni Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi in Danıştay 137. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara 2005.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 18.10.2006

E. 2006/15-609

K. 2006/656

* Tahkim

*Hakemlerce oluşturulan karara karşı gidilecek kanun yolu

(1086 sayılı HUMK m. 516; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu)

Taraflar arasındaki “hakem” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya Asliye 2. Ticaret Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 05.05.2005 gün ve 2004/644-2005/166 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 30.12.2005 gün ve 2005/4962-7229 sayılı ilamı ile; (...Yanlar arasında imzalanan 25.11.1996 tarihli (Antalya Su ve Atıksu İdaresi Genel Müdürlüğü’ne Su ve Atıksu İşletme hizmetlerinin verilmesine) ilişkin sözleşmenin uygulanmasından doğan ihtilaf nedeniyle taraflarca ve taraf hakemlerince seçilerek oluşturulan hakem heyetince verilen karara karşı ASAT (Antalya Su ve Atıksu İdaresi Genel Müdürlüğü) vekilince iptal davası açılmış, mahkemece iptal davasının reddine dair verilen karar davacı ASAT vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu olayda; hakemlerce oluşturulan karara karşı HUMK’nun 516 ve devamı maddelerindeki hükümler uyarınca temyiz yoluna mı gidileceği yoksa 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptal davası mı açılacağı hususunun öncelikle çözümlenmesi gerekir.

Yanlar arasındaki sözleşme 5.7.2001 günlü *Resmi Gazete*’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan önce imzalanmıştır. Sözleşme’nin Genel Hükümler bölümünün Tanımlara ilişkin 1.1 maddesinde, “*Cari Kanunlar Türkiye Cumhuriyeti’nin Kanunları anlamına gelir*” denilmiş, aynı maddenin 1.2

maddesinde, uygulanacak hukukun Türkiye Cumhuriyeti kanunları olduğu, sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'na göre yorumlanacağı ve her türlü ihtilafa da uygulanacağı taraflarca belirlenmiştir. Yine sözleşmenin Tahkim Kuralları başlıklı 10.4.4.maddesinin c. bendinde, *“hakemler ihtilafı cari kanunların maddi hukuk normlarını ve usul kurallarını dikkate alarak çözümlenecektir”* denilmek suretiyle hakemlerin uygulaması gereken usul ve maddi hukuk kurallarını kararlaştırmışlar, sözleşmenin 2.2 maddesiyle, yazılı olmadıkça ve tarafların her biri veya onun yetkili bir temsilcisi tarafından onun adına imzalanmadıkça bu sözleşmede yapılan herhangi bir değişiklik veya ilavenin geçerli olmayacağını kabul etmişlerdir. Her ne kadar hakem kurulunca düzenlenen görev belgesinde yargılamanın 4686 sayılı yasa uyarınca yapılacağı belirtilmiş ve taraf vekillerince imzalanmış ise de, taraf vekillerinin sözleşmenin 2.2 maddesinde, yeniden tahkim anlaşması yapmak ve sözleşme hükümlerini değiştirmek yetkileri bulunmamaktadır. Vekaletnamedeki tahkim ifadesinden yeniden tahkim anlaşması yapmak yetkisi olduğu sonucunun çıkarılamayacağı da açıktır. Taraflarca sözleşme dışında yeniden tahkim anlaşması yapılabileceği esasen kabul edilebilir. Ancak dosyada bu şekilde yeni bir tahkim anlaşmasının varlığı iddia ve ispat edilmiş değildir. Görev belgesi sözleşmeyi değiştiren nitelikte kabul edilemeyeceğinden davada uygulanması gereken ve asıl olan, taraf iradelerinin kabul ettiği ve düzenlemesi HUMK'nun 516-526 maddeleri arasında yapılan hükümlerdir. Sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih hakkında ayrı ve özel bir hüküm bulunmadığından Kanun'un 5.7.2001 tarihinden sonraki uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını, daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise tarafların serbest iradeleriyle o tarihteki mevzuat uygulamasını seçtiklerinin kabulü zorunludur.

Bu nedenlerle hakemlerin verecekleri kararların maddi hukuka aykırılığının temyiz nedeni olacağı taraflarca kabul edildiğinden davanın reddi yerine 4686 sayılı yasa uyarınca inceleme yapıp hüküm verilmesi bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, yanlar arasında 25.11.1996 tarihinde imzalanan sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı tazminat istemleri konusundaki uyuşmazlığı karara bağlayan Hakem Kurulu Kararı'nın; temyizen incelenmesi için Yargıtay'a şevki, buna karar verilmediği takdirde de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uyarınca iptali, istemiyle açılmıştır.

Antalya Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı bir idare olup, Antalya'nın su ve atık su şebekesini yöneten Antalya Su ve Atıksu İdaresi Genel Müdürlüğü (ASAT) - ki devamı açıklamalarda da bu şekilde anılacaktır- tarafından başta Dünya Bankası olmak üzere uluslar arası kuruluşların da katılması ve onayı ile başlatılmış olan "*Antalya Çevre Projesinin gerçekleştirilmesi*" amacıyla girişilen teşebbüs çerçevesinde ve uluslar arası kurallar ile uygulamalar dairesinde ihale işlemleri sürdürülmüş; ihale sonucunda da TÜH "....." ile Fransız uyruklu "....." şirketlerinin kurmuş olduğu (Joint Venture) ortak girişimin ihale şartları uyarınca ve Türk kanunlarına göre kurmuş olduğu Antalya Su İşletmeleri AŞ (ANTSU)- ki devamı açıklamalarda da bu şekilde anılacaktır- şirketi arasında 25.11.1996 tarihli "*Antalya Su ve Atıksu İdaresi Genel Müdürlüğü'ne Su ve Atıksu İşletme Hizmetlerinin Verilmesine*" ilişkin sözleşme akdedilmiştir.

Bu Sözleşme 10 yıl süreli olup, 1.1 ve 1.2. maddelerinde sözleşmenin Türk hukukuna göre yorumlanacağı, uygulanacağı ve doğacak her türlü uyuşmazlığın Türk hukukuna göre karara bağlanacağı kararlaştırılmıştır.

Ayrıca Sözleşme'nin 10.4.1 maddesi ile de sözleşmenin yorum ve uygulanmasından doğacak her tür ve nitelikteki uyuşmazlıkların münhasıran tahkim yolu ile çözüme bağlanacağı kabul edilmiştir.

Yine bu Sözleşme'nin 10.4.4. maddesinin (c) bendinin atfı gereğince de hakemlerin uyuşmazlığı Türk hukukuna göre ve Türk hukukunun gerek usul ve gerekse de esasa ilişkin kurallarına göre çözecekleri belirtilmiştir.

Taraflar arasında anlaşmazlık çıkması üzerine ANTSU bu sözleş-

me hükümlerine dayanarak tahkin-yoluna gitmiş; 15.02.2002 tarihli tahkim bildirimi ile ASAT'a hakemini seçmesini ihbar etmiştir. Tarafların hakemlerini belirlemeleri ve onunda üçüncü hakemi belirlemesi ile de ANTSU 15.7.2002 tarihli dilekçesi ile hakem heyeti nezdinde ASAT aleyhine 23.500.198 ABD Doları istemli tazminat davası açmış; ASAT tarafından da 12.9.2002 tarihli dilekçe açılan karşı dava ile de ANTSU'dan 39.959.353 ABD Doları tazminat istenmiştir.

Hakem heyeti, tarafların seçmiş olduğu iki hakem ile taraf hakemlerince seçilmiş olan üçüncü bir hakemden oluşan, biri Türk ikisi İsviçreli hakem ile kurulmuş; uyuşmazlığın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olduğu görüşü ile ANTSU'nun davasının kabulüne 25.10.2004 tarihinde oyçokluğu ile karar vermiştir.

Bu karar, hakemlerden Prof Dr. Ziya Akıncı tarafından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre yetkili Antalya Ticaret Mahkemesi'ne tevdi edilmiş ve Antalya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi 2004/2390 D. İşler sayılı dosyasında hakem kararının taraflara tebliğ kararı verilmiş ancak aynı konuda iptal davası açıldığı gerekçesi ile hakem kararının tebliğine ilişkin kararın 03.01.2005 tarihinde iptaline karar verilmiştir. Kararda söz edilen iptal davası eldeki davadır.

Eldeki dava, ASAT tarafından Antalya 2. Ticaret Mahkemesi'ne Hakem Kurulu'nun kararını 4686 sayılı yasaya dayandırmış olması nedeniyle temyizden incelenmesi için Yargıtay'a şevki, bu yolda karar alınmadığı takdirde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümleri uyarınca iptali için açılmıştır.

Dava dilekçesinin 4. sahifesinde "A) USULE İLİŞKİN İTİRAZLARIMIZ" başlığı altında" 1. Tahkime uygulanacak Kanunun Tespitinde Hata Yapılmıştır "*başlığı altında aynen;*" ..iş bu davamız, müvekkilini

ASAT ile ANTSU arasında cereyan etmiş tahkim davasında Hakem Kurulu tarafından verilmiş olan 21 Ekim 2004 tarihli kararın iptali için açılmış bulunmaktadır. Her ne kadar iş bu iptal davamız 4686 sayılı kanuna göre süre açısından hakkımızın zayi olmaması için ikame edilmiş ise de, Hakem kararının HUMK'nun ilgili maddeleri uyarınca taraflara yetkili mahkeme marifetiyle tebliğ edilmesi ile birlikte temyiz başvurusunda bulunmak hakkımız da mahfuzdur." İfadelerine yer verilmiştir.

Dava dilekçesinin devamında da; sözleşme hükümlerine göre söz-

leşmenin imzalandığı tarihte Türk hukukunda tahkimin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "Tahkim" başlığını taşıyan 516-536.maddeleri arasında düzenlendiğini, tarafların 25.11.1996 tarihli sözleşmede de tahkim yolu olarak buradaki tahkim usulünü benimsediklerini; daha sonra 05 Temmuz 2001 günü 21 Haziran 2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girdiğini, hakem kurulunun davaya bu kanunu uyguladığını, ancak davanın HUMK hükümleri dairesinde görülmesi gerektiğini, hakem kurulunun sözleşmeyle verilen yetkiyi aştığını, tarafların sözleşmede hiç öngörmedikleri bir usulün bu uyuşmazlığa uygulanamayacağını ifadeyle öncelikle; Tahkime HUMK'nun hükümlerinin uygulanması gerektiği için hakem kurulu kararının denetiminin de HUMK ilgili hükümleri uyarınca Yargıtay tarafından yapılması gerektiğinden dosyanın Temyiz Mahkemesi'ne gönderilmesine, Tahkimin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürümesi kanaati olduğu takdirde de hakem kurulu kararının iptalini karar verilmesini istemiş; usul ve esas yönünden ileri sürdüğü iptal nedenlerini dilekçesinin devamında yer alan maddelerde sıralamıştır.

Yerel Mahkeme ara kararları ile Antalya Asliye 1. Ticaret Mahkemesi'nin, hakem kurulu kararının taraflara tebliğine dair kararını kaldırmış ve taraflar arasındaki Sözleşme'den sonra, hakem kuruluna verilen Görev Belgesi içeriğine göre işbu davaya Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre hakem heyeti kararına itiraz davası olarak bakılmasına, davanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre hakem kararının temyizi şeklinde nitelendirilmediğine ve yargılamanın belirtildiği gibi iptal davası olarak çözümlenmesine, karar vermiştir.

Mahkemece bu ara karardan da hareketle;

"Taraflar arasında 25.11.1996 tarihinde imzalanan sözleşmede 10/4 maddede taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğinin kabul edildiği, bu tahkimin HUMK'da düzenlenen tahkim ise de, sözleşme tarihinden sonra 4686 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği, uyuşmazlığın 4686 sayılı kanunun uygulanabilecek yabancılik unsuru taşıyan nitelikte olduğu, tarafların 16 Kasım 2002 tarihli imzaladıkları görev belgesinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını kabul ettiklerinin anlaşıldığı, 25.11.1996 tarihli sözleşmeden sonra taraf vekillerince yapılan ve 4686 sayılı kanunun 10/E maddesine göre hazırlanan görev belgesinin D ve F

bölümlerinde 4686 sayılı yasanın uygulanacağına kararlaştırılıp imzalandığı, böylece ilk sözleşmenin hükmünü değiştiren yeni bir protokol yaparak ilk sözleşmeyi yine yazılı olarak değiştirdikleri, bu nedenlerle, uygulanması gereken tahkimin HUMK' daki l tahkim olmayıp, 4686 sayılı kanundaki tahkim olduğu ve davanın bu kanuna dayalı iptal davası olduğu sonucuna varılarak; iptal istemi bu çerçevede incelenmiş ve sonuçta da 4686 sayılı yasanın 15 maddesine bir aykırılık bulunmadığı" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Davacı ASAT vekili hükmü temyiz etmiş;

Uyuşmazlığın 4686 sayılı yasa hükümlerine değil, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516 ve müteakip maddelerine göre çözümlenmesi gerektiğini, taraflar arasındaki sözleşmenin 25.11.1996 tarihinde imzalandığını, 4686 sayılı yasanın ise 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe girdiğini, yasada yürürlük yönünden ayrıca bir geçiş hükmü bulunmadığını, sözleşmenin bizzat taraflarca imzalandığını ve tarafların iradesini yansıttığını, mahkeme kararında bahsedilen tensip zaptı niteliğindeki Görev Belgesi'nin bizzat taraflarca imzalanmış ve tarafların iradesini yansıtan bir sözleşme hükmünde bulunmadığını, Görev Belgesi'ni imzalayan davacı şirket avukatının Yasa hükümlerine göre verilmiş bir yetki ile mücehhez olmadığını, Mahkeme kararının dosyaya sunulan İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu Kararı dahil istikrar kazanmış özel daire ve diğer dairelerinin kararlarına aykırı olduğunu, Mahkemenin olayda Görev Belgesi ile sözleşme hükmünün değiştirilmiş olduğunun kabulünün hatalı bulunduğunu, ayrıca kararın 4686 sayılı yasanın 15. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve kamu düzeni de dahil tüm ilkelere aykırı olduğunu, uyuşmazlıkta yüklenici ANTSU'nun Ticaret Kanunu'nun 324. maddesine göre sermayesinin 2/3 ünü kayıp ettiği görüşü ile fesih ve tasfiye yoluna gitmesinin Sözleşme'nin 8. maddesinde derpiş edilen hangi şartlar altında feshin mümkün olduğuna ilişkin hükmüne aykırı olduğunu, ANTSU'nun haksız ve MK'nin 2. maddesine aykırı olarak hareket ettiğini bildirerek kararın bozulmasını istemiştir.

Özel Dairece davacı yanın temyiz itirazlarının kabulü ile uyuşmazlık "Dava konusu olayda hakemlerce oluşturulan karara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516 vd. maddelerindeki hükümler uyarınca Temyiz yoluna mı gidileceği, yoksa 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptal davası mı açılacağı" şeklinde ortaya konularak yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle temyiz yoluna gidilebileceğinin kabulü ile hüküm bu yönden bozulmuş ve Hakemler Kurulu ka-

rarının HUMK'nun 532. maddesi uyarınca mahkemece taraflara tebliğine, temyiz edildiği takdirde inceleme için Daireye gönderilmesine, karar verilmiştir. Oyçokluğu ile verilen bu karara muhalif olan Sayın Başkan ve Üye davanın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptal davası olarak değerlendirilmesinin yerinde olup, işin esasının incelenmesi gerektiği yönünde karşı oy bildirmişlerdir.

Mahkeme, ilk kararındaki gerekçelerini tekrar yanında karşı oy yazısında yer alan gerekçelere de dayanarak önceki kararında direnmiş; hükmü davacı taraf vekili temyize getirmiştir.

İlkin belirtmekte yarar vardır ki, yanlar arasındaki 25.11.1996 tarihli sözleşmenin, 5.7.2001 günlü *Resmi Gazete'* de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndan önce imzalandığı, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığı hususları uyuşmazlık konusu değildir.

Sözleşme'nin Genel Hükümler bölümünün tanımlara ilişkin 1.1 maddesinde, "Cari Kanunlar Türkiye Cumhuriyeti'nin Kanunları anlamına gelir" denilmiş, aynı maddenin 1.2 maddesinde, uygulanacak hukukun Türkiye Cumhuriyeti Kanunları olduğu, sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre yorumlanacağı ve her türlü ihtilafa da uygulanacağı taraflarca belirlenmiştir. Yine sözleşmenin Tahkim Kuralları başlıklı 10.4.4. maddesinin c. bendinde, "*hakemler ihtilafı cari kanunların maddi hukuk normlarını ve usul kurallarını dikkate alarak çözümlenecektir*" denilmek suretiyle hakemlerin uygulaması gereken usul ve maddi hukuk kurallarını kararlaştırmışlar, sözleşmenin 2.2 maddesiyle, yazılı olmadıkça ve tarafların her biri veya onun yetkili bir temsilcisi tarafından onun adına imzalanmadıkça bu sözleşmede yapılan herhangi bir değişiklik veya ilavenin geçerli olmayacağını kabul etmişlerdir.

Taraflar arasındaki sözleşme 4686 sayılı kanundan önce akdedilmiş olmakla sözleşmede 4686 sayılı kanunun uygulanacağı yönünde açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Durum böyle olunca; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Sözleşme'nin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerinden yola çıkılarak uyuşmazlığın çözümünde HUMK'nun 516 vd. maddelerinin mi, yoksa geçmişe uygulanabileceği konusunda açık bir hüküm içermemekle birlikte uygulanacak hükümlerin niteliği gözetilerek 4686

sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin mi uygulanacağı, öncelikle çözümlenmelidir.

Yine, Sözleşme'nin 2.2 maddesinde yer alan hüküm karşısında; hakem kurulunca düzenlenen; görev belgesinde yargılamanın 4686 sayılı yasa uyarınca yapılacağı belirtilmiş ve taraf vekillerince de bu belgenin imzalanmış olmasının 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin hakem kurulunca uygulanmasına olanak sağlayıp sağlamayacağı; eş söyleyişle de görev belgesinin hakem heyetince yeniden yapılmış bir tahkim anlaşması ve sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi olarak nitelendirilmesine olanak bulunup bulunmadığı irdelenmelidir.

Yine buna bağlı olarak, görev belgesinde imzası bulunan davacı ASAT vekilinin- hatta her iki taraf vekillerinin- Vekâletnamelerindeki tahkim ifadesinin yeniden tahkim anlaşması yapmak yetkisinin varlığı anlamına gelip gelmediği de bu kapsamda tartışılmalıdır.

Kural olarak; Sözleşme dışında taraflarca yeniden tahkim anlaşması yapılabilmesi olanaklı olmakla birlikte anılan görev belgesinin sözleşmeyi değiştirip değiştirmediğinin ve değiştirmişse bunun bir tahkim anlaşması olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı da yine değerlendirilecek hususlardandır.

Özü itibarıyla; somut olayda taraf iradelerinin, hangi usul hükümlerinin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacağını ortaya koyduğunu belirlemek gerekmektedir.

Açıklanan bu olgular ışığında direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olay yönünden hakemlerce oluşturulan karara karşı HUMK'nun 516 ve devamı maddelerindeki hükümler uyarınca temyiz yoluna mı gidilebileceği, yoksa talebin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptal davası olarak mı ele alınıp çözümü gerektiği, noktasındadır.

Uyuşmazlığın bu niteliğine, mahkemenin kabul şekline ve bozma nedenine göre iptal davasının esasına ilişkin hususlar Hukuk Genel Kurulu'nca inceleme konusu yapılmamıştır.

Yukarıda da açıkça ortaya konulduğu üzere taraflar arasındaki sözleşmenin akdedildiği 25.11.1996 tarihinde tahkime ilişkin düzenleme 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-526 maddelerinde yer almaktadır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanu-

nu ise bu tarihten çok sonra 05.07.2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bilindiği üzere; yargılama yetkisi kural olarak mahkemeler eliyle kullanılmakta, tahkim usulü ise yargılama hukukumuzda istisnai bir kurum olarak düzenleme alanı bulmaktadır. Bu nedenledir ki tahkimle ilgili düzenlemelerin genel usul kuralları anlamında geniş yorumlanması ve açık bir hükme yer verilmedikçe tam anlamıyla usul hukukumuzla ilişkin ilkelerin tahkim açısından da doğrudan geçerli kabul edilmesi olanaklı değildir. Eş söyleyişle; usul hükümlerinin geriye yürüme etkisinin tamamen sözleşmeyle hayat bulan ihtiyari tahkim kuralları hakkında uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira temeli sözleşme olan ve taraf iradelerini baz alan tahkim sözleşmesinde -tahkim şartının konulmasında- tarafların açıkça ortaya koydukları kurallar ve belirledikleri hukuk uygulanacaktır. Yine buna ilişkin değişiklik yapılabilmesi şartları da sözleşmede belirlenen ilkeler çerçevesinde olacaktır.

Hemen burada taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakmakta yarar vardır;

Yanlar arasında 25.11.1996 tarihinde “Antalya Su ve Atıksu İdaresi Genel Müdürlüğü’ne Su ve Atıksu İşletme Hizmetlerinin Verilmesine İlişkin Sözleşme” akdedilmiştir.

Bu Sözleşme’nin “Önsözler” bölümünde;

“Bu sözleşme 1996 yılının Kasım ayının bu 25. gününde bir tarafta ...Antalya Su ve Atık Su İdaresi Genel Müdürlüğü (işbu belgede bundan böyle işveren olarak anılacaktır) diğer tarafta ..ANTSU Antalya Su İşletmeleri AŞ (iş bu belgede bundan böyle işletmeci olarak anılacaktır.) arasında akdedilmiştir.” açıklamasından sonra özetle;

İşveren/davacı ASAT’ın 2560 sayılı kanun ve özellikle bu kanunun 2. maddesine göre Antalya Büyükşehir Belediyesi’nde su ve atık su hizmetleri vermekle görevlendirildiği, İşveren’in bu görevlerin bazılarını Sözleşme ile işletmeciye tevkil ettiğini, bu konuda yapılan ihale sonucunda “.....” ortak girişiminin kurmuş olduğu şirket (ANTSU) tarafından işletmeci sıfatıyla yürütülmesi” hususları yazılı bulunmaktadır.

Sözleşmenin;

1. "Genel Hükümler, 1.1. Tanımlar" başlıklı maddesinde;

"Cari Kanunlar" Türkiye Cumhuriyeti'nin kanunları anlamına gelir.

1.2 "Uygulanacak Hukuk" başlıklı maddesinde;

"Bu sözleşme Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre yorumlanacaktır ve bu sözleşmeden kaynaklanan her türlü ihtilafta Türkiye Cumhuriyeti Kanunları uygulanacaktır."

1.4 "Madde Başlıkları" başlıklı maddesinde;

"Madde başlıkları sadece kolaylık olması için konulmuştur. Ve bu sözleşmenin anlamını ve/veya yorumunu sınırlamaz, değiştirmez veya etkilemez.

2. "Sözleşmenin Konusu", 2.2 "Sözleşme Dokümanları" başlıklı maddesinde;

"Bu sözleşme Taraflar arasında burada belirtilen konuların tamamını kapsar ve bu konu ile ilgili ne şekilde olursa olsun daha önceki bütün anlaşma, müzakere ve diğer dokümanları geçersiz kılar ve yerine geçer. Yazılı olmadıkça ve Tarafların her biri veya onun bir yetkili temsilcisi tarafından onun adına imzalanmadıkça bu Sözleşmede yapılan herhangi bir değişiklik veya ilave geçerli olmaz."

2.3. "Dokümanlarda Öncelik Sırası" başlıklı maddesinde;

"Bu sözleşmenin bir parçasını oluşturan dokümanlar arasında çelişki olması halinde, bu Sözleşme Koşulları, eklere göre öncelik taşır."

2.4. "Yetkili Temsilci" başlıklı maddesinde;

"Bu sözleşme uyarınca talep edilen veya izin verilen işlemler ya da dokümanlar;

a. İşveren adına Doç. Dr. M. Y. E. tarafından;

b. İşletmeci adına H.S. tarafından yapılabilir veya imzalanabilir. Taraflar yetkili temsilcilerini değiştirdikleri takdirde yeni temsilcilerinin isim ve unvanlarını bu kişilerin göreve başlamasından en geç beş gün önce diğer tarafa Madde 1.6. ya uygun olarak bildirmeyi kabul ve taahhüt ederler,

Bu konuda bir ihmalin söz konusu olması halinde, kayıtlı son yetkili temsilciye gönderilen veya onun aldığı ihbarlar, talimatlar ve yazışmalar her bakımdan ve her amaçla geçerli olacaktır."

7. "Sözleşmenin Süresi" - 7.1. "Sözleşmenin Sona Ermesi" başlıklı maddesinde; "Madde 8 uyarınca daha önce feshedilmedikçe, bu sözleşme onuncu yılında Sözleşme tarihine tekabül eden günde mahalli saatle 23:59 da sona erer."

8. "Fesih" - 8.6 "Feshin Ertelenmesi ve Tahkim" başlıklı maddesinde"

"Taraflardan her biri, diğer tarafın Madde 8.3 veya 8.4 uyarınca fesih ihtarını aldıktan sonra 15 gün içinde konuyu aşağıdaki 10. madde hükümlerine uygun olarak tahkime götürebilir ve bu durumda, bu sözleşme hakem kararı gereği yapılan fesihler hariç, bu olay nedeniyle feshedilemez.

Duruma göre hakem veya hakemler, madde 10.4.2 ve 10.4.3 hükümlerine uygun olarak tayin edilir.

Hakemler, Tarafların Cari Kanunlar'dan ve bu sözleşmeden doğan diğer hakları ve kanun yolları saklı kalmak kaydıyla altı ay içinde, öncelikle sözleşmenin ilgili hükümlerine göre feshinin haklı olup olmadığına ve ikinci olarak, bu sözleşmenin ilgili hükümlerine göre ödenmesi gereken tazminat tutarını kararlaştırırlar.

Altı aylık süre, duruma göre hakem veya hakemler tarafından Cari Kanunların ilgili hükümlerine göre ilk oturumun yapıldığı günden başlar."

10. "İhtilafların Çözümü" başlıklı maddede;

10.1, 10.2 ve 10.3 maddeleri altında İyi niyet, sözleşmesinin uygulanması ve dostane çözüm'den bahsedildikten sonra;

10.4 "Tahkim" başlığı altında,

10.4.1 "Tek Kanun Yolu" başlıklı maddede;

"Taraflar, ne olursa olsun herhangi bir sebeple bu sözleşmenin uygulanması veya yorumlanmasından çıkan ve taraflardan birinin dostane çözüm talebinin diğer tarafın eline geçmesinden itibaren otuz (30) gün içinde madde 10.3'te belirtildiği gibi giderilemeyen ihtilafların bu madde hükümlerine uygun olarak ve sadece tahkim yoluyla çözümleneceğini kabul ederler."

10.4.2 "İhtilafların Niteliği-Hakem Heyetinin Kurulması" başlıklı maddesinde; hakem heyetinin kurulma şekli düzenlenmiş;

10.4.3. "Hakemler" başlıklı maddede; hakemlerin sahip olacakları özellikler ve bunlara ilişkin koşullar düzenlenmiş;

10.4.4 "Tahkim Kuralları" başlıklı maddesinde;

Bu sözleşme kapsamındaki tahkim işlemlerinde;

“c) Hakemler İhtilafı Cari Kanunların (- ki 1.1 maddesi gereğince “Türkiye Cumhuriyeti Kanunları” anlamına gelmektedir.-) Maddi Hukuk Normlarını ve Usul Kurallarını dikkate alarak çözümlenmektedir.”

şeklinde hükümler mevcuttur.

Yukarıya aynen alınan bu hükümler de ortaya koymaktadır ki, tarafların sözleşme tarihinde belirledikleri usul yöntemi o tarihte cari olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 516 ila 526 maddeleri arasında düzenlenen hükümlerde yer alan yöntemdir. Yine sözleşmede değişiklik yapılabilmesi yetkisi de yukarıda metni aynen alınan 2.2 maddesinde sınırlı olarak düzenlenmiş ve anlaşmanın taraflarının vekilleri ne sözleşmede ne de bu kişilere ait vekaletnamelerde açık bir yetki verilmemiştir. Vekaletnamelerde yer alan tahkim ibaresi sadece tarafların ortaya koyduğu kurallar çerçevesinde temsil olanağı sağlayıp, sözleşmede değişiklik anlamına gelecek bir esaslı ya da usulü işleme olanak tanımamaktadır.

Kaldı ki, sözleşmenin tanzim ve hayata geçişinden çok sonra 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda bir geçiş hükmüne de yer verilmemiş; yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Geçiş hükmü taşımayan bu kuralların temelini, yöntemini, sınırlarını, usulünü sözleşmeden alan taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözüm mercii durumundaki tahkim usulüne etkili olacağını kabule olanak bulunmamaktadır.

Her ne kadar davalı yan savunmalarında ve bu savunmayı benimseyen Mahkeme gerekçesinde hakem kurulunun Görev Belgesini baz alarak sözleşmedeki tahkimin “Türkiye’nin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi” bir tahkim olduğunu belirtmişlerse de görev belgesi sözleşmeyle ortaya konulan kanun hükümleri ve bu kanunda belirlenen yöntem dışına çıkan yeni bir tahkim anlaşması anlamına gelmediği gibi sözleşmeyi değiştirme gücüne sahip bir belge de değildir. Üstelik bu belgede taraflarca tahkim için belirlenen usulle sınırlı olmak üzere takiple yetkilendirilmiş vekillerin imzası yer almakta olup, bu vekillerin gerek sözleşmede gerekse vekaletnamelerinde değişiklik yapma yetkisi ile donatılmadıkları da açıktır.

Zira sözleşmede değişiklik yapılması veya yeni bir tahkim anlaşması yapılabilmesi için yetkili kılınan kişiler yukarıya metni aynen

alınan sözleşmenin 2.4 maddesinde gösterilmiş olup, her iki taraf avukatının isimleri maddede yer almamakta, vekaletnamelerinde de adı geçenlerce verilmiş tahkimle ilgili genel yetkiler dışında özel bir yetki bulunmamaktadır.

Hakem heyetinin Görev Belgesi 16 Kasım 2002 tarihli olup “*Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 10E*” açıklaması altında hakemler gösterildikten sonra taraf temsilcileri olarak her iki tarafın avukatları yer almışlardır.

Görev Belgesinin;

D maddesinde Uyuşmazlığın konusu “*İş bu tahkim Sözleşme uyarınca ortaya çıkmış çeşitli alanlardaki teknik konuların, sözleşmenin yorumlanması ve değerlemesi gibi pek çok olayı içeren geniş ve karmaşık bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için Antalya’da görülmekte olan ve Türkiye’nin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi uluslararası bir ad hoc tahkimdir.*” Olarak belirtilmiş; F maddesinde “*İş bu tahkim, Türkiye’nin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi, Antalya’da görülmekte olan uluslar arası bir ad hoc tahkimdir.*”; G maddesinde “*Başlangıç tarihi ve Tahkimin süresi*” başlığı altında “*iş bu tahkim yargılamasının başlangıç tarihi 12 Eylül 2002’dir. Tahkim yargılamasının süresi bir yıldır. Tarafların anlaşması veya Türk Mahkemelerinden verilecek bir karar üzerine bu süre uzatılabilir.*” Denildikten sonra, Hakem Heyeti nezdinde Gerçekleştirilen süreçte 6 ila 17 maddeler arasında açıklanmıştır.

Tahkim Yargılaması Sürecinde Uygulanacak Usulü hükümler: 18 ila 49 maddeler arasında belirtilip, devamında Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu ve Hakemlerin ex aequo et bono veya aimable compositeur olarak karar veremeyecekleri; ifade edildikten sonra da “*Tarafların üzerinde mutabık kalmaları halinde, hakemler tarafların uyuşmazlığa düştüğü birkaç konuya münhasır olarak veya uyuşmazlığın tümünden dostane yollardan çözülmesi yolunun ihtimalleri üzerinde çalışabilirler. Böylesi bir girişim halinde hakemlerin karar vermiş olmadıkları iddiasında bulunulmayacağı gibi taraflardan hiçbiri uyuşmazlığın bu yolla halli sırasında taraflara eşit davranmadığını ileri süremez.*” Hükmüne yer verilmiştir.

Bu belgeyi tarafların avukatları imzalamıştır.

Her iki taraf vekillerinin vekaletnamelerinde tahkimden dolayı yetkiler verilmişse de bunlar hakem heyetinin tayini, iddia ve savun-

maya yönelik olup. Tahkim usulünü belirleme, uygulanacak kanunu değiştirme olanağı taşımayan yetkililerdir. Yukarıda da izah olunduğu üzere sözleşme ve bu sözleşmeyle kabul olunan tahkim de uygulanacak usulle ilgili değişiklik ancak yetkili kişiler eliyle ve yine sözleşmede ortaya konulan usulle olanaklıdır.

Taraflar arasındaki sözleşme asıl olup; görev belgesi değişiklik yapan bir sözleşme veya yeni bir tahkim şartı olarak kabul edilemez. Bunun yanında görev belgesinde imza sahibi vekiller de bu güce sahip yetkiyle donatılmamışlardır.

Sonuç itibarıyla; istisnai bir yol olan tahkimde taraf iradeleri asıldır ve taraf iradeleri sözleşmenin akdedildiği tarihte geçerli olan (cari kanunlar) Türk Kanunlarının uygulanması yönünde ortaya konulmuştur. Bu kanun da 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'dur.

Yine sözleşmede değişiklik yapılması belli kişilerin yetkisinde olup, koşullara bağlanmıştır. Tahkim şartında değişiklik yapan yeni bir sözleşme bulunmadığı gibi yetkilendirilen kişilerden olmayan ancak belirlenen usulle sınırlı yetkilere sahip avukatların imzasını taşıyan görev belgesi de yeni bir sözleşme ve tahkim şartı olarak kabul edilemez. Böylece somut olayda açık bir geçiş hükmü dahi içermeyen 4686 sayılı kanunun uygulama yeri olmadığı gibi, eldeki dava da bu kanun anlamında bir iptal davası olarak nitelendirilemez.

Davacı başvurusunu yaparken öncelikle hakemlerce verilen kararın usul hükümlerine ve maddi hukuka aykırılığı nedeniyle temyiz isteminde bulunmuştur. Nitekim tarafların 4686 sayılı kanundan önce var olan ve devam eden ihtilaflarının yine serbest iradeleriyle tayin ettikleri o tarihteki mevzuat hükümlerine göre çözümleneceği açık bulunmasına göre hakem kararlarının 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ortaya koyduğu yönetime göre temyizi olanaklıdır. Davacının bu talebinin varlığı da gözetilerek temyiz yolunu kullanmasına olanak tanımadan davanın, uygulama yeri bulunmayan 4686 sayılı kanun hükümlerine göre iptal davası olarak nitelenip, işin esasına da girilerek reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece yapılacak iş; temyiz talebi esas alınarak, bu talebin gereği gibi yapılabilmesi ve incelenebilmesi için öncelikle hakem kurulu kararının HUMK'nun 532. maddesi gereğince mahkemece taraflara

usulünce tebliğinin sağlanması ve temyiz edildiği takdirde inceleme için Özel Daireye gönderilmesi olmalıdır.

Yukarıda ve bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 11.10.2006

E. 2006/4-615

K. 2006/641

* Avukatlık ücret alacağı

* Yargı yeri uyuşmazlığı

(1136 sayılı Av. K. m. 164; 399 sayılı KHK m. 37; 657 sayılı Devlet Memurları K. m. 146; 2577 sayılı İYUK m. 2)

Taraflar arasındaki “avukatlık ücret alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Şanlıurfa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 26.9.2005 gün ve 2005/313 E. 2005/739 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 5.12.2005 gün ve 2005/14077 E. 2005/13069 sayılı ilamı ile (...Davalı kurumda 399 sayılı kanun Hükümünde Kararname hükümlerine göre sözleşmeli memur statüsü ile avukat olarak çalışan davacı, mahkemelerce hükmedilen avukatlık ücretlerinin limitsiz ve sınırsız olarak ödenmesini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ve karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi hükümlerine dayanarak istekte bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesindeki düzenlemeler vekil ile müvekkil arasındaki ücret ilişkilerine yöneliktir. Bu ilişkinin taraflar açısından ne gibi yükümlülükler getirdiğini belirlemek için varsa sözleşmedeki kurallara veya yasal düzenlemeye bakılmalıdır. Davacı, davalı kurumda kamu hukuku kuralları içinde gerçekleşen atama tasarrufu ile çalıştığına göre vekalet ücretine ilişkin özel bir sözleşme yapması söz konusu değildir. Bu durumda uyuşmazlığın, davacının statüsü gereği tabi olduğu yasal kurallara

göre çözümlenmesi gerekir. Davacı 399 sayılı kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre çalışmaktadır. Anılan kararnamenin 37. maddesinde avukatlara verilecek vekalet ücretleri hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesi ise kamu kurumlarında çalışan avukatlara ödenecek vekalet ücretine ilişkin bağlayıcı kurallar getirilmiştir. Bunun yanında Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesindeki *"tarifeye göre karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir"* hükmü bu ücretin doğrudan avukata ödeneceği anlamında değildir. Nitekim aynı cümlelerin devamında yer alan *"bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez"* biçimindeki düzenleme ile mahkemelerce hükmedilen vekalet ücretinin öncelikle müvekkile ait olduğu, ancak vekilinin vekalet ücretini güvence altına almak için, başkalarına ödenmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı görülmektedir. O halde davacı ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki kurallara göre belirlenen miktardan fazla vekalet ücreti isteyemez. Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde, davanın kabul edilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı, davalı TEDAŞ'da, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi sözleşmeli avukat olarak çalıştığını, vekil sıfatıyla takip ettiği davalarda, kararlar lehine hükmedilen vekalet ücretlerinin 657 sayılı kanunun 146. maddesindeki limit dahilinde ödendiğini, tam ödenmesi için yaptığı başvurunun reddedildiğini ileri sürerek, vekalet ücretlerinin kesinti yapılmadan tamamının ödenmesi gerektiğine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekilleri davanın reddini savunmuşlar, yerel mahkemece davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Tarafların iddia ve savunmaları, dosya içindeki bilgi ve belgelerden davacının, davalı kuruluşta 399 sayılı kanun Hükmünde Kararname'nin 3/c maddesine göre, atama tasarrufuyla, sözleşmeli olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu tür kuruluşların üçüncü kişilerle olan münasebetlerinde özel hukuk; kendi içlerinde, anılan hükme göre çalışan personelle ilgili hukuki ihtilaflarla kamu hukuku hükümleri uygulanır. Davacının ücret ve özlük haklarının bu kanun Hükmünde Kararnameye göre düzenlendiği, tartışmasız bulunmaktadır.

Dava, davalı TEDAŞ'da görev yapan davacı tarafından, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine dayanılarak, yargı kararıyla karşı tarafa yüklenilen vekalet ücretinin avukatlara, hiçbir limit ve sınıra tabi olmaksızın tamamının ödenmesi konusunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un 2. maddesine göre, idarenin eylem ve işlemine karşı açılan davanın görülmesi ve çözümlenmesi, idari yargının görev alanına girmektedir.

Aynı konuda Danıştay 11. Dairesi'nin, 10.11.2003 tarih, 2002/4665 E. 2003/4924 K. sayılı; 22.05.2006 tarih 2005/3106 E. 2006/2298 K. 31.03.2006 tarih 2004/484 E. 2006/1572 K. sayılı kararları da bulunmaktadır.

Bu nedenle mahkemece dava dilekçesinin idari yargı yerinde görülmesi (yargı yolu) bakımından reddine karar verilmelidir.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince *Bozulmasına*, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 11.10.2006 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 29.12.2006****E. 2006/18-757****K. 2006/763***** Eğitim ve öğretim****giderlerinin tazmini***** Adil yargılanma hakkı**

(3466 sayılı Uzman Jandarma
K. m. 68; Uzman Jandarma Yön.
m. 68; AYİM K. m. 20,21; AİHS
m. 6; AY m. 138, 142, 145, 157)

Taraflar arasındaki “*eğitim ve öğretim giderinin tazmini*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Susurluk Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 10.05.2005 gün ve 460-219 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 19.12.2005 gün ve 8986-11307 sayılı ilamı ile, (...Dava dilekçesinde, davalı D. Ö.’nün Kayseri İl Jandarma Komutanlığı emrinde çalışırken Jandarma Genel Komutanlığı’nın 22.7.2002 tarih 254921 sayılı emri ile ilişığının kesildiğini, Susurluk Noterliği’nce düzenlenen 9.8.1999 tarih ve 5644 yevmiye nolu yüklenme senedi gereğince, diğer davalıların ise kefil ve müşterek borçlu olarak sorumlu olduklarını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 5.698.373.296 TL’nin ilişik kesme tarihinden itibaren işleyecek yasal faize ile birlikte tahsili istenilmiş, mahkemece davalı hakkında Uzman Jandarma Yasası’nın 13 ve Yönetmeliğin 68. maddelerine aykırı olarak üst üste aynı sicil amiri tarafından yetersiz not verilerek emekliliğe sevk edildiği, davalının yeni bir sicil amiri emrine atamasının yapılmayarak adil yargılama hakkının elinden alındığı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasası’nın 20. maddesi gereğince asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne aittir. Aynı yasanın 21. maddesi ise askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davalarının doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nde çözümleneceğini hükme bağlamıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelere ve özellikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin 30.9.2003 tarih 2002/1295 Esas-2003/1183 Karar sayılı

kararına göre, davalı D. Ö.'nün tarafından sicil yetersizliği nedeniyle resen emekliye sevk işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddine karar verildiği, karar düzeltme talebinin ise aynı mahkemenin 10.2.2004 tarih 2004/184 Esas-2004/162 Karar sayılı kararı ile reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dosyada bulunan yüklenme senedi esas alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, yüklenme, kefalet senedi ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'na dayalı eğitim ve öğretim gideri tazmini istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece; davalı D. Ö.'nün Uzman Jandarma Kanunu'nun 13 ve Yönetmeliği'nin 68. maddesine aykırı olarak, üst üste aynı sicil amiri tarafından yetersiz not verilerek emekliliğe sevk edildiği, mevzuatta, başka bir sicil amiri ile çalıştırılarak sicil ortalamasını düzeltme imkanı tanınmasına rağmen, davalının yeni bir sicil amirine ataması yapılmayarak, adil yargılama hakkının elinden alındığı gerekçesiyle "*davanın reddine*" karar verilmiş, Yüksek Daire'nin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine ise; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (adil yargılanma hakkının) ihlal edilmiş olduğu, davalı hakkında uygulanması gereken Uzman Jandarma Atama ve Sicil Yönetmeliği'nin 68. maddesinin uygulanmadığı belirtilerek, direnme kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık; 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu ve Uzman Jandarma Atama ve Sicil Yönetmeliği'nde yer verilen "*bir rütbede en fazla iki defa kademe ilerlemesi yapamayan uzman jandarmaların yetersizlikten ilişkileri kesilir*" hükmü nedeniyle Jandarma Genel Komutanlığı ile ilişkisi kesilen davacının, bu işlemin iptali için Askeri Yüksek İda-

re Mahkemesi'nde açtığı "iptal davası"nda, "yetersizlik nedeniyle uzman jandarma statüsüne son verme işleminin hukuka uygun olduğu" sonucuna varılarak, davanın reddine ilişkin verilen ve kesinleşen kararın, mevzuata uygunluğunun, eldeki bu davada -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı ve Atama Sicil Yönetmeliği çerçevesinde- değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

TC Anayasası'nın 138. maddesinde, hakimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak hüküm verecekleri; 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği; 145. maddesinde, askeri yargının, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği; 157. maddesinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi olduğu; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "İdari davalar ve yargı yetkisinin sınırı" nı belirleyen 21. maddesinde, açılacak iptal davalarının doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde çözümlenip, karara bağlanacağı ifade edilmektedir.

Yargı yetkisi kullanılırken Anayasa ve yasaların belirlediği bu çerçeveye dışına çıkılarak, ilgili olduğu alanlarda bağlayıcılığında kuşku duyulmayan, kesinleşmiş Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararının, usul ve yasaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu ve yeterli gerekçeyi taşımadığı vurgulanarak hüküm kurulması isabetsizdir.

Yerel mahkemece, davalı D. Ö.'nün "yetersizlik nedeniyle uzman jandarma statüsüne son verme işleminin hukuka uygun olduğu" yönündeki Yüksek Askeri İdare Mahkemesi kararı göz önünde tutularak, yüklenme, kefalet senedi ve bunlara ilişkin yasal düzenlemeler de dikkate alınarak, yapılacak değerlendirme sonucunda hüküm kurulmalıdır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 31.05.2006****E. 2006/4-358****K. 2006/322***** Hakime karşı tazminat talebi****(HUMK m. 573)**

Taraflar arasındaki “*tazminat*” davasının yapılan incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nce;

Davacı vekili 08.08.2005 tarihli dava dilekçesi ile; müvekkili hakkında, Tasarruf Mevduatı, Sigorta Fonu tarafından 4969 Sayılı Yasa uyarınca ihtiyati tedbir talebinde bulunulduğunu, Şişli 2. Sulh Ceza Hakimliği’nce 14.08.2003 tarihinde tüm malvarlığına tedbir konulduğunu, bu arada müvekkili hakkında “*banka parasını zimmete geçirmek suçuna iştirak*” suçlamasıyla yapılan suç duyurusu sonucunda Şişli Cumhuriyet Savcılığı’nın 21.01.2004 tarihinde takipsizlik kararı verdiğini, bu durumda verilen tedbir kararının kendiliğinden kalkması gerektiğini, bu konuda icra müdürlüklerine gerekli talimatın yazılması için davalı hakimlerin görevli olduğu İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi’ne başvurduklarını, ancak mahkemenin bu taleplerini yasaya aykırı biçimde reddettiklerini belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar cevap dilekçelerinde; davacı hakkındaki ek takipsizlik kararının, sanıkların banka hakim ortakları ile yöneticileri adına mal ve hak edinmediklerinden dolayı verilmeyip, banka hakim ortakları ve üst düzey yöneticilerinin zimmet suçuna yasal bağlamda iştirak ettiklerinin ispatlanamamasından dolayı verildiği, tedbir kararının ise o tarihte yürürlükte bulunan 4969 sayılı yasa gereğince; banka hakim ortak ve yöneticileri adına hareket ederek mal ve hak edinildiğinden bahisle verildiği, bu nedenle anılan tedbirlerin, bankanın parasının bir kısım sanıklar tarafından zimmete geçirildiği iddiasıyla açılan ve İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2004/1 esas sayılı dosyasında devam eden davanın sonuna kadar veya davaya bakan mahkemenin kaldırma kararına kadar devam edeceği, bazı şahısların suça iştirak etmemesi nedeni ile verilen ek takipsizlik kararı ile tedbirlerin kendiliğinden ortadan kalkmasının söz konusu olmadığı, asıl soruşturmanın takipsizlikle sonuçlanmadığı, ayrıca işyeri aramalarında ele geçen delillere göre davacının mal kaçırmaya yönelik uygulamalarda bulundu-

ğunun bildirilmesi nedeniyle verdikleri kararın usul ve yasaya uygun bulunduğunu belirterek davanın reddini istemişlerdir.

Dosyada bulunan tedbir kararı, takipsizlik kararı, 8. Ağır Ceza Mahkemesi kararı, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ve Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün emsal nitelikteki olayla ilgili kararları incelenmiştir.

Hakimlerin hakimlik görevini yaparken Yargısal faaliyetleri nedeni ile vermiş oldukları zarar için HUMK'nun 573. maddesinde sayılan hallerde 573-576. madde hükümlerine göre hakime karşı tazminat davası açılabilir.

Eldeki dava, HUMK'nun 573. maddesinin 2. bendinde belirtilen "*Kabili tevîl ve izah olmayacak surette vazîh ve sarahati katiye kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması*" hükmüne dayandırılmıştır.

Bu madde hükmü ve davalıların vermiş olduğu karar birlikte değerlendirildiğinde, davalıların sorumluluğunu gerektirecek açık ve kesin bir yasa buyruğuna aykırı bir karar verme durumu yoktur. Davalılar, verilen tedbir kararını ve takipsizlik kararını verilmiş amaçlarına göre yorumlayıp, mevcut delil durumlarını da gözetererek karar oluşturmuşlardır.

Davalıların HUMK'nun 573. maddesinde belirtilen kurallara aykırı davranışları yoktur. Öyleyse davanın reddi gerekir.

Davanın reddi durumunda; HUMK'nun 576. maddesi uyarınca davalılar yararına tazminat takdiri gerekmiştir.

Açıklanan nedenler ve gerekçeler gözetildiğinde aşağıdaki hükmün kurulması yönünde bir sonuca varılmıştır.

gerekçesiyle ;

HÜKÜM: Yukarıda yazılı bulunan gerekçelerle;

1. Davalıların davacıya karşı varlığı iddia edilen eylem ve işlemlerinin HUMK'nun 573. maddesinde belirtilenlerden hiçbir ilkeye aykırılık oluşturmadığından davanın *Reddine*,

2. Aynı yasanın 576. maddesi gereğince takdiren her bir davalı için ayrı ayrı 1.000,00'er YTL olmak üzere toplam 3.000,00- YTL manevi tazminatın davacıdan alınarak davalılara verilmesine,

3. Ret kararının eklentisi olarak HUMK'nun 576/2. maddesi gereğince her bir davalı için takdir olunan 123,90 YTL para cezasının davadan alınarak hazineye gelir kaydedilmesine,

4. Davacı aleyhine hükmedilen tazminat miktarı için 162,00 YTL nisbi ilam harcı ile davanın reddi dolayısıyla alınması gereken 11,20 YTL red karar harcı olmak üzere toplam 173,20 YTL harcın peşin alınan 675,00 YTL'den mahsubu ile bakiye 501,80 YTL'nin istek halinde davacıya geri verilmesine,

5. Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

6. Davalılar kendilerini vekille temsil ettirmiş olduklarından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 450,00 YTL. avukatlık ücretinin davacı C. C. U'dan alınarak davalılara ödenmesine,.

dair oybirliği ile verilen 13.12.2005 gün ve 2005/10302-13463 sayılı kararın davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine kararın süresinde temyiz edildiğinin anlaşılmasından ve dosyadaki tüm kağıtların okunmasından sonra gereği düşünüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin hükmüne yönelik temyiz itirazları incelendi:

Dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bilgi ve belgelere, daire kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun olduğu tespit edilen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın onanması gerekir.

* * *

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi**T. 06.02.2007****E. 2005/15487****K. 2007/1119***** Siyasi parti üyeliğinden kesin çıkarma kararının iptali**

(AY m. 68; 2820 sayılı Siyasi Partiler K. m. 57, 90, 93; 1086 sayılı HUMK m. 427/6,7)

Dava, siyasi parti üyeliğinden kesin çıkarma kararının iptaline ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüyle kesin çıkarma kararının iptaline karar verilmiştir. Davalının temyiz istemi mahkemece, kararın kesin olduğu gerekçesiyle 03.10.2005 tarihli ek kararla reddedilmiştir. Mahkemece, karar yasaların kendisine verdiği görev sınırları dışına çıkılarak verilmiş olup bu durum kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, kararın temyiz edilebileceği anlaşıldı:

Bu nedenle yerel mahkemenin 03.10.2005 tarihli kararının kaldırılmasına karar verilerek temyiz incelemesine geçildi. Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Davacı M. S., davalı CHP Genel Başkanlığı aleyhine verdiği 06.05.2005 günlü dilekçe ile, CHP Merkez Yürütme Kurulu'nun kesin ihraç talebiyle Yüksek Disiplin Kurulu'na sevk edildiğini, kesin ihraç için gösterilen sebep ve olayların 29-30 Ocak 2005 tarihindeki parti kurultayı organizasyonundan kaynaklandığını, kurultayda çıkan olaylardan dolayı kendisinin değil davalı siyasi parti yönetiminin sorumlu olduğunu, Yüksek Disiplin Kurulu'nun soruşturma usullerine uymadığını, savunma hakkının kısıtlandığını, savunma delillerinin toplanmadığını, üyelikten kesin çıkarma kararının objektiflikten uzak olduğunu, davalı siyasi partinin eylem ve işlemlerinde Anayasa'nın 68, Siyasi Partiler Yasası'nın 90 ve 93. maddelerinde öngörülen demokrasi ve eşitlik kurallarına uymadığını, parti yönetimiyle aynı düşünceleri paylaşmayanların disipline sevk edilerek yada yetkili organlar kararıyla partiden ihraç edildiklerini savunarak, Yüksek Disiplin Kurulu'nun hakkındaki üyelikten kesin çıkarma kararının iptalini dava etmiştir.

Davalı parti vekili ise, iddiaların yersiz olduğunu, Yüksek Disiplin Kurulu'nun yaptığı soruşturma ve verdiği kararda kanuna, parti tüzüğüne ve iç yönetmeliğe bir aykırılık bulunmadığını, mahkemenin esasın inceleme yetkisi olmadığını sadece, şekil ve usul bakımından

inceleme yapma yetkisi bulunduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Dava, siyasi parti üyeliğinden “kesin çıkarma” kararının iptaline ilişkindir. Davalı Parti Merkez Yürütme Kurulu’nun 05.02.2003 tarihli kararıyla davacının; CHP’nin 29-30 Ocak 2005 tarihlerinde yapılan 13. Olağanüstü Kurultayı’nda taraftarlarıyla birlikte kapılan ve camlan kırmak, Genel Başkan’ın konuşmasını engellemeye çalışmak, kavgaya çıkarmak, etkili eylemde bulunmak, sandalye ve masaları kırmak suretiyle kurultay düzenini bozmak, partide aldığı görev ve sorumlulukla bağdaşmayan tutum ve davranışlarda bulunmak suretiyle CHP Tüzüğü’nün 4, 5 ve 6. maddelerine aykırı davranmak suretiyle parti suçu işlediği belirtilerek “kesin ihraç” istemiyle Yüksek Disiplin Kurulu’na sevkine karar verilmiştir.

Disipline sevk kararının davacıya tebliği üzerine, davacı MYK tarafından bir ön inceleme yaptırılmadan, doğrudan YDK’ye sevk edilmesinin SPY’nin 93. maddesine aykırılık oluşturduğunu, kurultayda parti genel başkanlığına aday olduğu için disipline sevk edildiğim, savunma sırasında avukatının kabul edilmediğini, kendisine nazik davranmadığını, tanıklar dinlenirken hazır bulunmasının kabul edilmediğini, bir faşım tanıkların dinlenmesinden vazgeçmesi için kendisine basta yapıldığım, parti içi çalışmalarda eşitlik ilkesine uyulmadığım, soruşturma sürerken genel başkan ve genel sekreterin basın yayın organlarına açıklamalar yaparak soruşturmayı etkilediklerini, kurultay sırasında Bakırköy Belediye Başkanı’nın kendisini tahrik ettiğini yumruk atmadığım, kurultay divanını işgal etmediğini, kendisine yönelik suçlamalara cevap verdiğim, kurultay divan kurulunun taraflı davrandığını, YDK’nin objektif olmadığını, kararda kendisine yönelik suçlamalarda bulunulduğunu, bir önceki YDK kararını beğenmeyen parti yönetiminin olağanüstü kurultay kararını aldığını, partinin iyi yönetilmediğini, aday belirlemelerinde yanlı davranıldığını, üyelere eşit davranmadığını ileri sürerek kesin ihraç kararının iptalini istemiştir.

Mahkemece, kurultaydaki olaylar anlatıldıktan sonra kurultayın düzenlenmesi ve güvenlik önlemlerinin alınması gibi görevlerin parti MYK’ya ait olduğu, kurultay aşaması ve disiplin soruşturmasında demokratik kurallara uyulmadığı, her üyenin her kademede aday olmasının partiden ihracım gerektirmediği, davalı siyasi partinin SPY’nin

5, 6, 90 ve 93. maddelerine uymadığı belirtilerek, davacının davasının kabulü ile üyelikten kesin çıkarma kararının iptaline karar verilmiştir.

Siyasi Partiler Yasası'nın 57. maddesine göre, hakkında partiden kesin çıkarma cezası verilen parti üyesinin bu cezaya karşı;

a. Disiplin kuruluna sevk eden organ yada mercii yada disiplin kurulunun; *"görev ve yetkisizliğine"* (görevli ve yetkili olmadığına),

b. Alınan kararların kanuna, parti tüzüğüne ve iç yönetmeliğe; *"şekil ve usul"* bakımından aykırı olduğu iddiasıyla, parti itiraz yollarını kullandıktan sonra nihai karar niteliğindeki son karara karşı (30 gün içinde) nihai karar veren merciin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'ne itiraz etme hakkı vardır.

Siyasi Partiler Yasası'ndaki düzenlemeye göre; parti Yüksek Disiplin Kurulu kararlarına karşı açılan davalarda mahkemenin inceleme yetkisi, disipline sevk eden organın yetkili olmadığı, soruşturmayı yapan kurulun görevli bulunmadığı, soruşturma aşamalarında yasa ve tüzükte gösterilen biçim ve usul kurallarına uyulmadığı iddialarıyla sınırlı tutulmuştur. Mahkemece, dava konusu kesin çıkarma kararının yasada açıklandığı gibi sadece biçim ve usul kuralları yönünden incelenmesi gerekirken, yasal yetki sınırları aşılarak karar verilmiş olması doğru değildir

Mahkemece yapılacak iş, dava konusu edilen üyelikten *"kesin çıkarmaya"* ilişkin Yüksek Disiplin Kurulu kararının soruşturulması sırasında, yasa ve tüzükte gösterilen sadece *"şekil"* ve *"usul"* kurallarına aykırı davranılıp davranılmadığını incelemek ve sonucuna göre bir karar vermektir.

Bu nedenle, usul ve yasaya aykırı olan kararın bozulması gerekmektedir.

KARSI OY AÇIKLAMASI

Dava, CHP üye ve kongre delegesi olan M. S.'nin partiden ihracına ilişkin CHP Yüksek Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 25.03.2005 tarih 2005/10 Esas-2005/26 Karar sayılı ihraç kararının iptali davasıdır.

Yerel mahkeme, davacı ile ilgili ihraç kararının 21.06.2005 tarihinde iptaline karar vermiştir,

Davalı CHP tarafı, 05.09.2005 tarihli dilekçe ile verilen kararın temyiz etmiştir.

Temyiz dilekçesi üzerine yerel mahkeme vermiş olduğu 03.10.2005 tarihli ek karar ile *“verilen kararın Siyasi Partiler Yasası'nın 57. maddesi gereğince kesin olması nedeniyle temyiz isteminin reddine”* karar vermiştir.

Davalı CHP tarafı, yerel mahkemenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararını 25.10.2005 havale tarihli dilekçe ile temyiz etmiştir.

Dairemizin sayın çoğunluğu verilen kararın kesin olmasına rağmen, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 57. maddesine göre yerel mahkemenin sadece şekil ve usul yönünden ihraç kararını incelemesi gerekirken görevi dışına çıkarak esas yönden inceleme ve değerlendirme yapmış olmasını, verilen kararın kesinliğini ortadan kaldırıp temyizden incelenir hale geldiğini gerekçe yaparak temyiz isteminin reddine ilişkin yerel mahkeme kararını kaldırıp, temyiz talebini incelemiş ve araştırmaya yönelik olarak yerel mahkeme kararını bozmuştur.

2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası özel bir yasa olup, parti üyesinin ihracı ile ilgili disiplin cezası da 57. maddede düzenlenmiştir. Bu madde, ihraçla ilgili verilen karar aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesi'ne itiraz edilebileceği, mahkemenin diğer işlerden önce ve en geç 30 gün içinde basit muhakeme usulüne göre inceleyerek karar vereceği ve bu kararın *“kesin”* olduğunu özel olarak düzenlemiştir.

HUMK'nun 427/6. maddesinde, kesin olarak verilen hükümlerle niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden ve Yargıtay'ca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan hükümler Adalet Bakanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz olunur.

HUMK'nun 427/7. maddesinde ise *“temyiz isteği Yargıtay'ca yerinde görüldüğü takdirde hüküm kanun yararına bozulur. Bu bozma hükmün hukuki sonuçlarını kaldırmaz.”* olarak temyizle ilgili düzenleme yapılmıştır.

Yargı organlarının görevi yasaları uygulamaktır. MK'nın 1/1. maddesinde belirtildiği gibi yasalar özü ve sözü ile açık ve anlaşılır ise aynen uygulanır. Bu hallerde yargı karar ve bilimsel görüşlerden istifade edilmez.

2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın özel bir yasa olması görülmekte olan davanın konusu ile ilgili olarak 57. maddede özel düzenleme yapılması ve bu maddede açık olarak (herhangi bir yorum veya içtihadı ihtiyacı olmaksızın) verilen yerel mahkeme kararının "kesin" olduğunun düzenlenmiş olması karşısında, yerel mahkeme kararını temyiz edilemez, edilse bile herhangi bir gerekçe ile kabul edilemez. Temyiz talebinin kabulü 2820 sayılı yasanın 57. maddesindeki düzenleme şeklinin amaç ve ruhuna da uygun düşmez. Zira ilgili maddede bir an evvel sonuç alınması amaçlanmış olacak ki, yerel mahkemenin diğer işlerden önce ve en geç 30 gün içinde basit muhakeme usulüne uygun olarak karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Temyiz, süreci uzatacağı için temyizle ilgili bir düzenleme yapılmayarak kararın kesin olması gerektiği düzenlenmiştir.

Yine yukarıda açıklandığı gibi HUMK'nun temyiz başlıklı kısmının 427/6. maddesinde açıkça "kesin" olarak verilen hükümlerin ancak yazılı emir yolu ile kanun yararına temyiz olunabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede "yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucun" varlığının araştırılması dahi söz konusu değildir. Zira verilen karar "kesin" olduğu gibi bir an için "yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucun" varlığı düşünülse dahi bu halde bile "kesin" olan bir kararın normal olarak temyizi yine mümkün değildir. Ancak, yazılı emir yolu ile kanun yararına temyiz edilebilir.

Şu halde, yukarıda belirtilen yasa maddeleri ve açıklamalar karşısında, kesin olarak verilen kararların temyizen incelenmesi mümkün olmayıp ancak, yazılı emir yolu ile kanun yararına temyiz edilebilir. Somut davamızda da 2820 sayılı yasanın 57. maddesine göre verilen yerel mahkeme kararını kesin olduğundan hiçbir gerekçe ile temyiz edilemez, edilse dahi temyizen incelenemez. Temyiz isteminin "kesin" olduğu gerekçesi ile reddine ilişkin yerel mahkeme kararı usul ve yasalara uygundur. Temyiz isteminin reddine ilişkin yerel mahkeme kararının "onanması" düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun yerel mahkeme kararının temyizen incelenebilir olduğu yolundaki görüşlerine katılmıyorum. 06.02.2007

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 02.02.2007
E. 2006/ 446
K. 2007/37

* Dilekçede kullanılan
ifadelerin savunma sınırlarını
aşması
(Av. K. m. 34, 158; TBB Meslek
Kuralları m. 5, 6)

Şikayetli avukat hakkında, “Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2005/... Esas sayılı davasında davalı vekili olarak görev yaptığı, 13.07.2005 tarihli dilekçesinde, savunma sınırlarını aştığı” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek, kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında, disiplin kovuşturmasına konu olan ifadelerinin savunma sınırları içinde söylendiğini, şikayetçinin tarih değişikliği/sahteciliği yapma olgusunun kendisi tarafından ispatının mümkün olduğunu, beyanlarının şikayetçinin kişiliğine değil fiiline yönelik olduğunu, “sahtekar/kışiliğine, sahtecilik eylemi” gibi sözlerinin, sayfalarca yazılmış bir dilekçe içindeki 6-7 kelimenin tek başına değerlendirilmesinin yanlış olduğunu disiplin suçunu işlemediğini bildirmiştir.

Şikayetli avukat tarafından, Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2005/... Esas sayılı dava dosyasına verilen 13.07.2005 tarihli cevap dilekçesinde (şikayetçiye hitaben) “...bir suçluluk psikolojisi ile hareket ettiğinin somut göstergesidir...” ve “.. davacı resmi evrak üzerinde sahtecilik yaparak...” şeklindeki ifadeleri kullandığı tartışmasızdır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı bu ifadelerin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre; *"Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak(la) ...yükümlüdürler."*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine göre de; *"Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır."*, 6. maddesine göre, *"Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır."*

Şikayetli avukat her ne kadar dilekçesinde kullandığı ifadelerinin savunma sınırları içerisinde kaldığını ileri sürmekte ise de, kovuşturmaya konu sözlerin savunma ile ilgisi olmadığı, özel hukuka dayalı bir davanın yargılaması sırasında, karşı taraf olan şikayetçinin hedef alınarak söylendiği, kovuşturmaya konu ifadelerin olgun ve objektiflik ilkesine uygun bulunmadığı, yukarıda alınan TBB Meslek Kuralları ile açıkça çeliştiği anlaşıldığından savunmaya itibar edilmemiştir.

Şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler nazara alınmak suretiyle yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukata kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 02.02.2007

E. 2006/455

K. 2007/45

*** Tacirlik ve esnaflık gibi ticari faaliyetin, avukatlıkla bağdaşmaması**

(Av. K. m. 11, 12, 34, 134, 135, 157/6)

Şikayetli avukat hakkında *"A. isimli lokantanın sahibi ve işletmecisi olduğu ve bu durumun Avukatlık Yasası'nın 11. maddesine aykırı olduğu"* iddiasıyla Kırıkkale Baro Başkanlığı tarafından re'sen başlatılan

disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukat hakkında "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, turizm işletme belgesine sahip olan bir işletmenin kendisine ait bir binada bulunmasından mutluluk duyduğunu, yerel gazetede çıkan haberdeki fotoğrafın altında mülkiyet sahibi yerine, işletme sahibi ibaresinin yazılmış olduğunu, işletme sahibi olmadığını, disiplin suçu işlemediğini bildirmiştir.

Dosya incelendiğinde, vergi dairesinin 08.05.2006 gün ve 5703 sayılı yazısında, A. Lokanta ve Kafeterya İşletmeciliği'ne ... vergi kimlik numaralı mükellef B. Y.'nin 03.08.2005 tarihinden itibaren başladığı ve halen faaliyetinin devam ettiği,

Vergi dairesinin 08.05.2006 gün ve 5702 sayılı yazısında, şikayetli avukat U. Y'nin serbest avukatlık yaptığı, ticari faaliyetinin bulunmadığı,

SSK Başkanlığı'nın 07.03.2006 gün ve 5535 sayılı yazısında, ... sigorta sicil numaralı B. Y'nin 01.05.1998 tarihinden itibaren avukat U. Y. U'nun işyerinde çalıştığı ve primlerinin yatırılmış olduğu bildirilmiştir.

Kırıkkale Bayrak Gazetesi'nin 19.12.2005 günlü sayısının birinci sayfasında "*A.'ya Turizm Belgesi*" başlıklı haberde, şikayetli avukatın elinde turizm belgesi ile fotoğrafı bulunmakta ve "*İşletme sahibi U. Y. U, kalitedeki farklılığın belgelendiğini, bundan sonra da hep daha iyisini yapma anlayışı ile çalışmaya devam edeceklerini kaydetti.*" haberi verilmektedir.

Kırıkkale İl Gazetesi'nin 02.01.2006 tarihli sayısının 14. sayfasında A. Cafe'deki yılbaşı kutlamaları ile ilgili fotoğraflar ve haberler yer almakta, haberde "*A. Cafe İşletmecisi U. Y. U'nun, 2006'yı kendi mekanlarında karşılayan tüm Kırıkkalelilere teşekkür ederek, yeni yılın tüm vatandaşlara hayırlı, sağlıklı bir yıl olmasını temenni etti*" şeklinde fotoğraflı haberi yer almaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 11 ve 12. maddelerinde, avukatlıkla birleşen ve birleşmeyen işler düzenlenmiştir. Avukatlık Yasası'nın 11. maddesine göre; aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez.

Şikayetli avukat, şikayete konu kafenin bulunduğu taşınmazın kendi mülkü olduğunu, bunun disiplin suçunu oluşturmayacağını savunmuştur. Bir avukatın taşınmaz sahibi olmasını engelleyen bir kural mevzuatımızda yoktur. Bu nedenle şikayetli avukatın taşınmazın sahibi olmasının yasaya aykırı bir yönü olmadığından bu konuya ilişkin savunması haklıdır.

Şikayetli avukat, ticari işletmenin kendisi ile bir ilgisinin olmadığını savunmuştur. Bir kişinin sadece ticaretle uğraşmasını engelleyen bir kural da yasalarda yoktur. Engelleyici ve düzenleyici kural, disiplin kovuşturmasına konu olayda olduğu gibi tacirlik ve esnafılık gibi ticari faaliyetin, avukatlık mesleği ile birlikte yapılmamasıdır.

İşletmeci olarak görünen B. Y'nin, şikayetli avukatın bürosunda çalışan sigortalı işçisi olduğu, aralarında 01.05.1998 yılından beri süren bir hizmet ilişkisinin bulunduğu dosyadaki belge ve bilgilerden anlaşılmaktadır.

Her ne kadar turizm belgesinin B. Y. adına ve vergi dairesi kayıtlarına göre de işyerinin işletmecisi olduğu görülmekte ise de, gazetelerde çıkan haberlerden, fotoğraflardan, açıklamalardan ve hizmet ilişkisinden, şikayetli avukatın gerçek işletmeci olduğu da açıkça anlaşılmaktadır.

Bazı kurallara uyulmuş görünerek, gerçek amacın gizlenmesi ve yasanın yasakladığı bir amacın elde edilmesi, hukuken himaye edilemez.

Dosyadaki tüm bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, şikayete konu kafenin gerçek işletmecisi olduğu anlaşıldığından, eylem Avukatlık Yasası'nın 11. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Kırıkkale Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabet görülmediğinden, kaldırılarak, ayrıca incelemeyi gerektiren bir hususta bulunmadığından, Avukatlık Yasası'nın 11, 34, 134, 135 ve 157/6. maddeleri uyarınca şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Kırıkkale Baro Başkanlığı'nun itirazının kabulü ile Kırıkkale Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer

olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, durum yeniden incelemeyi gerektirmediğinden şikayetli avukat U. Y. U'nun kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.02.2007
E. 2006/440
K. 2007/33

*** Mesleğe güveni sarsacak davranışta bulunma yasağı**
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, ve 43)

Şikayetçi 11.02.2005 tarihli şikayet dilekçesiyle, hakkında kira alacağı için yapılan icra takibi nedeniyle şikayetli avukata 1.800.000.000 TL ödeme yaparak makbuz aldığını, ancak tahsil edilen para icra dosyasına bildirilmediği için evindeki eşyalarının fazladan haczedildiğini, bu nedenle aynı miktarı ikinci kez ödemek zorunda kaldığını, maddi ve manevi olarak zarara uğradığını belirterek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat 21.03.2005 tarihli yazılı savunmasında; şikayet konusu iddiaların gerçek olmadığını, dosyanın Yargıtay'da bulunması nedeniyle haricen tahsil edilen miktarın dosyaya bildirilmediğini, mükerrer tahsilat olmadığını, alacağı karşılayacak kadar haciz yapıldığını, fazla mal haczi yapılmadığını, şikayetçinin iddiasının gerçekleri yansıtmadığını ve kötü niyetli olduğunu belirtmiş, Baro Yönetim Kurulu 08.02.2006 tarihli kararıyla soruşturmacının raporu doğrultusunda şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Karara şikayetçi itiraz etmiştir. İtiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, şikayet konusunun mükerrer tahsilat ve zarara uğramış olmak değil, haricen tahsil edilen paranın icra dosyasına geç bildirilmesi olduğunu belirterek şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4, ve 43. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle disiplin kovuşturması açılması gerektiğine karar vermiştir.

Baro Yönetim Kurulu 14.06.2006 tarihli kararıyla, şikayetli avukat N. Ç. hakkında Avukatlık Yasası'nın 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4. ve 43. maddelerine aykırı eylemi nedeniyle disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın 22.10.2004 tarihli alındı belgesi ile 1.800.000.000 TL parayı tahsil ettiği, ancak tahsil ettiği bu parayı 15.02.2005 tarihinde icra dosyasına bildirdiği gerekçesiyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı davranıldığı kanaati ile şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Karar taraflara ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na tebliğ edilmiş, karara şikayetli avukat itiraz etmiştir. Şikayetli itirazında, iş yoğunluğu nedeniyle avukatların bazı güçlükler yaşadığını, bundan avukatların sorumlu tutulmasının hakkaniyetle bağdaşmadığını belirterek hakında verilen cezaya itiraz etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; şikayetli avukatın görevini yaparken mesleğe olan güveni sarsacak bir davranışta bulunup bulunmadığına ilişkindir. Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi gereğince avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde; avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürüteceği ve mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

İncelenen olayda, şikayetli avukat her ne kadar icra dosyasının Yargıtay'da bulunması ve dosyanın dönüşünden haberinin geç olması nedeniyle haricen tahsil ettiği parayı dosyaya geç bildirmek zorunda kaldığını savunmuş ise de, paranın tahsil tarihinde dosyanın Yargıtay'da olup olmadığı belli olmadığı gibi, şikayetli avukatın en geç haciz tarihinde dosyaya bildirimde bulunması gerekirken bunu yapmayarak mesleğe olan güveni sarsacak davranışta bulunduğu kabulü gerekir. Ayrıca, dosya kapsamından paranın icra dosyasına bildirilme tarihinin şikayet tarihinden sonra olduğu da anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle, şikayetli avukatın itirazının reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.02.2007
E. 2006/454
K. 2007/44

*** Avukatların, 5525 sayılı
Memurlar ve Diğer Kamu
Görevlilerinin Bazı Disiplin
Cezalarının Affı Hakkında
Kanun hükümlerinden
yararlanamayacağı**
(TC AY m. 128; 657 sayılı
DMK m. 1, 4; 5525 sayılı K.
m. 1; Av. K. m. 1)

Şikayetli avukat hakkında, “şikayetçinin vekili olarak takip ettiği davada mahkemece verilen kararı süresi içinde temyiz etmeyerek hak kaybına sebebiyet verdiği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca, “disiplin kovuşturması yapılmasına yer olmadığına, disiplin dosyasının işlemde kaldırılmasına” karar vermiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, mahkeme kararının usul ve yasaaya uygun görülerek temyiz edilmediğini, avukatın takdir yetkisinin bulunduğunu, temyiz süresinin tefhim veya tebliğden itibaren başlaması konusunda tereddüt oluştuğunu, bu konuda Yargıtay'ın da tereddüdü bulunduğunu, müvekkilinin hak kaybına uğramadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu 14.09.2006 tarihli kararıyla, avukatların 5525 sayılı yasadan yararlanacaklarını kabul ederek, disiplin kovuşturmasına konu eylemin anılan yasanın 1. maddesinde sayılan suçlardan olmadığını dikkate alarak, şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturması yapılmasına yer olmadığına, yürütülen disiplin soruşturmasıyla ilgili dosyanın işlemde kaldırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetçi tarafından yapılan itirazda, 5525 sayılı yasanın avukatlar hakkında uygulanamayacağı ileri sürülerek kararın bozulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; şikayetli avukatın üzerine aldığı işi özen ve doğruluk yükümlülüğüne uygun şekilde yerine getirip getirmediğine ilişkin olmakla birlikte öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, 04.03.2006 tarih, 26218 sayılı *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun hükümlerinden avukatların yararlanıp yararlanamayacağına ilişkindir.

Balıkesir Barosu Disiplin Kurulu; " 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu'nun* 6. maddesinin c fıkrası, kamu görevlisini tanımlayarak, 'kamusal faaliyetin yürütülmesine, atama veya seçilme yoluyla, ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi' şeklinde belirtmiştir. Aynı maddenin d fıkrası da, yargı görevi yapan kaoramında avukatları da saymıştır. Ceza kanunundaki bu maddenin gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesi ve yorumlanması gerekmektedir. Bu maddenin gerekçesine bakıldığında 'kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır' denmekte ve 'bu bakımdan örneğin mesleklerin icrası bağlamında (...) avukatın kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır' şeklinde, avukatlık mesleğini ve avukatı, kamu görevlisi olarak açıkça tanımlamıştır. Bu açıklamalar ışığında avukatlık mesleği ile hizmeti, kamu görevi niteliğinde olan bir meslek olup, avukatlar da kamu görevlisidirler. Buna göre; söz konusu yasa, kamu görevlileri olan avukatlar hakkında da hüküm getiren bir yasadır." gerekçesiyle avukatların yasa hükümlerinden yararlanmaları gerektiğine karar vermiştir.

TC Anayasası'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde ise, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür, denildikten sonra; "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır" hükmü yer almış ve "Yukarıda tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planla-

ma, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır” açıklaması yapılmıştır.

Aynı yasanın kapsam başlıklı 1. maddesinde, “Bu kanun, genel ve katma bütçeli kurumlar, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya beden terbiyesi bölge müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır. Sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu kanunda belirtilen özel hükümler uygulanır. Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, üniversitelerin, iktisadi ve ticari ilimler akademilerinin, devlet mühendislik ve mimarlık akademilerinin, devlet güzel sanatlar akademilerinin, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü’nün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehtaran Bölüğü sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve belediye opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar ile emniyet teşkilatı mensupları özel kanunları hükümlerine tabidir.” denilmek suretiyle genel yasa veya özel yasalarla memur sayılacaklar belirlenmiştir.

Yukarıya alınan memur ve kamu görevlileriyle ilgili mevzuat hükümlerinin avukatları kapsamadığı açıkça görülmektedir. Ayrıca, 19.07.2006 tarih ve 26233 sayılı *Resmî Gazete*’de yayınlanan Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı’nın disiplin cezalarının affı konulu 2006-1 sayılı genelgesinde avukatlar yasadan yararlananlar arasında sayılmamıştır.

Öte yandan, Avukatlık Yasası’nın 1. maddesinde avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre avukatların yaptıkları işlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu belirtilmekle birlikte, avukatlığın serbest meslek olduğu özellikle vurgulanmıştır. Avukatlık Yasası’nın 11. maddesinde ise, avukatlıkla birleşmeyen işler sayılırken, aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görevin avukatlıkla birleşemeyeceği belirtilmiştir.

Avukatlık bağımsızlık gerektiren bir meslektir. Memur ya da

kamu görevlisi olmak belirli bir hiyerarşi içerisinde emir almayı da gerektireceğinden, bu durum avukatın bağımsızlığı ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu görevlilerinin yaptıkları görevleri kamu hizmeti olarak nitelendirmek mümkün ise de, kamu hizmeti gören her kişi veya meslek mensubunun kamu görevlisi olması zorunlu değildir.

5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "*memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar*" hakkında verilmiş disiplin cezalarının bütün sonuçları ile affedildiği hükme bağlanmıştır.

Açıklanan yasal durum karşısında ve belirtilen nitelikleriyle avukatların kamu görevlisi olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle "*avukatların*" ve "*avukatlık hizmetini görenlerin*" 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun kapsamında olmadıkları duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıktır.

Bu nedenlerle, Balıkesir Barosu Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesi yerinde görülmemiş ve itiraza konu kovuşturmanın esasından değerlendirilmesi için kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle, şikayetçinin itirazının kabulü ile Balıkesir Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında disiplin kovuşturması yapılmasına yer olmadığına, yürütülen disiplin kovuşturmasıyla ilgili dosyanın işleminden kaldırılmasına ilişkin kararının bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.02.2007
E. 2006/453
K. 2007/43

* **Avukatın, yararı çatışan diğer tarafın vekaletini alması yasağı**
(Av. K. m. 2, 34, 38/b, 38/f, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 4, 36)

Şikayetli avukat hakkında, "*menfaati zıt olan ve bir dosyada alacaklı-borçlu durumunda görülen her iki şirketin de avukatı olarak hareket ettiği,*

aleyhine takip yapılan şirket adına alınan teminat mektubu ile alınan ihtiyati haciz kararı ile haciz işlemi yaptığı” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, gerek A. gerek S. adlı şirketlerin vekili olduğunu, Aurora adlı şirketin işlerinin çokluğu nedeniyle bazı avukatlara yetki belgesi verdiğini, kendi büroları olan bu avukatların eylemelerinden sorumlu olmadığı gibi esasen bu avukatları takip imkanının da olmadığını, kovuşturmaya konu olayda İstanbul Barosu avukatlarından Av. M. H’ye yetki belgesi verdiğini, bu avukatın aldığı ihtiyati haciz için, kendisinin A. adına ve lehine teminat mektubu olarak gönderdiğini, ancak bu mektubunun A.’nın borçlu olduğu bir takipte kullanılacağını bilmediğini, iki şirketin çatışan menfaatlerinin olduğu bir dosyada kullanılmış olmasının kendi kusurunun değil, kullananın sorumluluğunun olduğunu, hiçbir evrakta imzasının bulunmadığını, Av. M. H. hakkında İstanbul Barosu’nun disiplin soruşturması açmamış olduğunu, C. Savcılığı’nın da kovuşturma izni vermediğini, disiplin suçu işlemediğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası’nın 2, 34, 38/b, 38/f, 134. maddelerine ve TBB Meslek Kuralları’nın 4 ve 36. maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetçi firmanın borçlu, şikayetlinin vekili olduğu Alman Uyruklu A. şirketinin ise alacaklı olduğu ve yine şikayetlinin vekilliğini yaptığı Alman uyruklu S. Şirketine ciro edilen 600.000 ABD Doları meblağlı çekin takibe konulup tahsil edilmesi için, S. firmasının şikayetliye verdiği vekaletnameye dayanılarak İstanbul Barosu’ndan Av. M. H’ye şikayetli avukat tarafından yetki belgesi verildiği,

Av. M. H.’de, şikayetlinin verdiği yetki belgesi ile S. firması vekili olarak, şikayetçi H. Turizm Seyahat Acentası AŞ ile çekin lehdarı olan A. firması aleyhine İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 21.05.2003 tarih ve 2003/..... D.İş sayılı dosyasından ihtiyati haciz kararı verilmesi için müracaatta bulunduğu,

Mahkemenin takdir ettiği 133.058.160.000 TL’lik teminat mektubunun şikayetli tarafından vekilliğini yaptığı ve aynı zamanda aleyhine ihtiyati haciz kararı verilmiş olan A. K. G. S. Gmbh&Co. Kg adına, Tür-

kiye İş Bankası'nın 23.05.2003 tarih ve sayıyla 133.098.160.000. TL'lık teminat mektubu tanzim ettirildiği ve Av. M. H'ye gönderildiği,

Böylece, aleyhine ihtiyati haciz kararı alınmış olan Auraro firması adına verilmiş olan teminat mektubuna dayanılarak ihtiyati haciz kararı alındığı,

İhtiyati haciz kararının, Beyoğlu 4. İcra Müdürlüğü'nün 2003/ Esas sayısı ile takibe konulduğu, ancak icra takibinin ihtiyati haciz kararında borçlu olarak yazılı H. AŞ ile A. firmalarından sadece, Hello AŞ aleyhine icra takibi başlatıldığı, aleyhine ihtiyati haciz kararı alınmış bulunan A. firması aleyhine ise icra takibi yapılmadığı,

Şikayetçi H. AŞ vekilinin daha sonraki tarihte şikayetten vazgeçtiği, anlaşılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, şikayetli avukat, çekin hem lehdarı Auraro firmasının ve hem de hamili olan (ciro edilen) S. firmasının vekilliğini üstlenmiştir. Şikayetli S. firmasının verdiği yetkiye dayanarak İstanbul Barosu'nda kayıtlı Av. M. H.'ye yetki belgesi vermiş, adı geçen avukat da S. firması vekili olarak, hem Auraro ve hem de şikayetçi şirket aleyhine ihtiyati haciz kararı almıştır.

Şikayetli, vekilliğini yaptığı S. firmasının, vekili olduğu Auraro firması aleyhine ihtiyati haciz kararı alınmasında, vekili olduğu borçlu Aurora firması adına mahkemenin istediği teminat mektubunu düzenleterek, adı geçen firma aleyhinde verilmiş olan ihtiyati haciz kararının infazını sağlamıştır.

Şikayetlinin eylemi, Avukatlık Yasası'nın 2. maddesindeki, "*avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.*" hükmüne,

Aynı yasanın 34. maddesindeki, "*avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.*" hükmüne,

Aynı yasanın 38/ b maddesindeki, "*avukat; (...) aynı işte menfaati*

zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa” hükmü ile 38/f maddesinde yazılı, “görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse, teklifi reddetmek zorunluluğundadır. Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları kapsar.” hükmüne,

Ayrıca, TBB Meslek Kuralları 4. maddesindeki, “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” hükmüne,

TBB Meslek Kuralları’nın 36. maddesindeki, “Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz.” hükümlerine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu’nun kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 02.02.2007
E. 2006/451
K. 2007/41

* Davaların başvuruya bırakılması
* Avukatların 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun kapsamında olmadığı (5525 sayılı K. m. 1/3; Av. K. m. 34, 156; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetçi, 17 Aralık 2004 tarihli dilekçesiyle şikayetlinin vekili sıfatıyla Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’ndeki 2002/ Esas sayılı, Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’ndeki 2002/ Esas, 2004/ Karar sayılı, yine Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’ndeki 2002/ Esas, 2003/ Karar sayılı davalarını üstlendiğini, ancak davaları ta-

kip etmediğini, Manavgat Mahkemesi'ndeki davanın iki kez başvuruya kaldığını, hemen hiçbir duruşmasına katılmayıp hep mazeret verdiğini, Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki davalarının ise takipsizlik sebebiyle düştüğünü ve yenilenmediğini, üstelik bu sebeple icra takibine maruz kaldığını ve karşı tarafa avukatlık ücreti ödediğini bildirerek avukatlık görevini yerine getirmeyen şikayetli hakkında şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat savunma vermemiştir.

Şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırılık oluşturduğundan disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmiş ve yapılan kovuşturma sonunda Antalya Barosu Disiplin Kurulu 2005/..... Esas, 2006/..... Karar sayılı ve 01.06.2006 tarihli kararı ile avukatlığın bir güven mesleği olduğu, şikayetlinin ısrarlı ve sorumsuz davranarak yakınılan ve eşini üç kez zor duruma uğratıp hak kaybına neden olduğu, eyleminin Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine ve TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle şikayetlinin üç ay süre ile mesleki faaliyetlerinin yasaklanmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Karar şikayetliye 12.10.2006 tarihinde tebliğ edilmiş, itiraz ise otuz günlük yasal itiraz süresinin bitiminden iki gün sonra, 14.11.2006'da yapılmıştır. Bu bakımdan Baro Disiplin Kurulu'nun 2005/..... Esas, 2006/..... Karar sayılı ve 01.06.2006 tarihli kararına, süresinden sonra yapılan itiraz dilekçesinin süre yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.

Şikayetli 14.11.2006 günlü dilekçesi ile Antalya Barosu Disiplin Kurulu'na başvurarak 22.06.2006'da kabul edilip 04.07.2006 günlü *Resmî Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1/3 maddesinde yer alan; "*disiplin cezaları affedilenlerin sicil dosyalarındaki bu disiplin cezalarına dair kayıtları ilgililerin müracaatı aranmaksızın hükümsüz kalır ve dosyalarından çıkarılır*" hükmü karşısında disiplin cezasının hükümsüz kalmasına ve dosyasından çıkarılmasına karar verilmesini istemiştir.

Antalya Barosu Disiplin Kurulu 23.11.2006 tarihinde aynı dosya numarası ile avukatların disiplin suçları 5525 sayılı yasa kapsamında olmadığından istemin reddine karar vermiştir.

Disiplin kurulu kararı 05.12.2006'da şikayetli Av. O. Y.'ye tebliğ edilmiş şikayetli bu karara 05.12.2006 tarihli dilekçesiyle itiraz etmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 156. maddesinin ikinci fıkrası, işten yasaklama kararının, bu kararın verilmesine esas olan hal ve şartların bulunmadığı veya sonradan kalktığı sabit olursa, disiplin kurulu tarafından kaldırılacağını bildirmektedir. Şikayetlinin başvurusunun da, bu hüküm kapsamında disiplin kuruluna yapılmış bir başvuru olarak değerlendirmek gerekir.

5525 sayılı yasa, ayrıık durumlar dışında, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanların 23.04.1999 ile 14.02.2005 tarihleri arasındaki fiillerinden dolayı verilmiş disiplin cezalarını bütün sonuçlarıyla affetmiştir.

Yasa metninde de açıkça görüldüğü üzere affedilen disiplin cezaları memurların ve kamu görevlilerinin 23.04.1999-14.02.2005 tarihleri arasındaki eylemlerinden dolayı verilmiş olan cezalardır. Avukatlık Yasası'nın 1. maddesinde avukatlık kamu hizmeti sayılmış ise de, avukatlar memur veya kamu görevlisi değildirler. Aynı maddede avukatlığın serbest meslek olduğunu belirtilmiştir. Avukatlar kamu görevlisi olmadıklarından 5525 sayılı yasa hükümleri kapsamında düşünülemez.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun 23.11.2006 tarihli kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak,

1. Şikayetlinin Baro Disiplin Kurulu'nun 2005/.... Esas, 2006/.... Karar sayılı ve 01.06.2006 tarihli kararına yasal itiraz süresi geçtikten sonra yaptığı itirazının süre yönünden reddine,

2. Baro Disiplin Kurulu'nun 2005/.... dosya numaralı, 23.11.2006 tarihli kararına karşı şikayetli tarafından yapılan itirazın reddi ile Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun 23.11.2006 günlü ve 2005/.... Dosya numaralı kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

Ulusal Mevzuatın AİHM Yargılamasındaki Rolüne Dair Kısa Bir Değerlendirme

Serkan Cengiz*

Bilindiği üzere Sovyet sisteminin dağılması ile çeşitli arayışlara giren eski sosyalist cumhuriyetler bir takım uluslararası batı örgütlenmelerine üye olmaya başladılar. Eski Sovyet sisteminin lideri olan Rusya bu gelişmeler çerçevesinde 1998 yılında bireysel başvuru hakkının önünü açarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bağlayıcılığını kabul etti.

Bu ön açıklama sonrasında aşağıda çevirisini okuyacağınız karar, ilk bakıldığında sıradan bir AİHM kararı gibi gözükse de aslında mülkiyet hakkına getirdiği yorum açısından oldukça dikkat çekici olmasının yanı sıra ve bir entegrasyon sürecinin izlerini de taşımaktadır. Mahkeme içtihatları ışığında mülkiyet hakkının çoğunlukla taşınır veya taşınmaz mallara sahiplikle ilgili bir kavram olarak ele alındığı söylenebilir. Dolayısıyla bu tür bir sahiplik ilişkisinden yoksun olanların bu başlık altında herhangi bir yakınma ileri sürebilmeleri hemen hemen imkansızdır.

Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme, Rusya tarafından ikamet etmesi için teorik olarak başvurucaya tahsis edilen bir evin pratikte verilmemesini bir mülkiyet hakkı ihlali olarak yorumlamıştır. Mahkeme bu yorumunu sosyalist sistemdeki Devletin mülkiyet anlayışı ile o Devletin ulusal iskan sistemine dayandırmıştır. Başvurucunun sadece Rusya Devleti'nin vatandaşı olmak dışında gayrimenkul üzerinde kapitalist/liberal hukuk sistemindeki gibi (bizim anladığımız anlamda)

* Avukat, İzmir Barosu.

bir mülkiyet hakkı olmadığı düşünülürken, AİHM tarafından mülkiyet hakkı ihlalinin tespit edilmesi Komünist/Sosyalist bir örgütlenmeden yeni çıkan bir devletin ulusal hukukunun o ülkede anlaşıldığı şekilde anlamlandırıldığı ve yakınmanın da o bağlamda ele alındığı ortaya çıkmaktadır.

Bu karar neticede AİHM'in batı demokrasisi ve mülkiyet hakkı anlayışı ile sosyalist devlet ve mülkün kamuya ait olması/bireysel mülksüzlük anlayışı arasında bir denge kurma, bir harmanlama çabasının örneğidir.

PONOMARENKO / RUSYA DAVASI

(Başvuru no. 14656/03)

Çev.: Serkan Cengiz

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

STRASBURG

15 Şubat 2007

İşbu karar Sözleşme m. 44/2'de belirtilen koşullar uyarınca kesinleşecektir. Karar düzeltiye tabi tutulabilir.

Ponomarenko / Rusya davasında,

L. Loucaides, Başkan,

A. Kovler,

E. Steiner,

K. Hajiyev,

D. Spielmann,

S. E. Jebens,

□ □Malinverni□yargıçlar,

ve □□Nielsen, Bölüm Yazı İşleri Müdürü'nden oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Bölüm), 25 Ocak 2007 tarihinde yapılan kapalı oturum sonrasında aynı günlü aşağıda belirtilen karara varmıştır.

USUL

1. Dava Olga Ivanovna Ponomarenko tarafından ("Başvurucu") 29 Mart 2003 tarihinde İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hak-

ları Mahkemesi ("Mahkeme") önünde Rusya'ya karşı yapılan başvurudan (no.14656/03) kaynaklanmıştır

2. Rus hükümeti ("hükümet") Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki temsilcisi sayın P. Laptev tarafından temsil edilmiştir.

3. Mahkeme 19 Eylül 2005 tarihinde başvurunun Hükümete bildirilmesine karar vermiştir. Sözleşme madde 29/3 uyarınca Mahkeme davanın esası ile kabul edilebilirliğini aynı anda incelemeye karar verdi.

OLAYLAR

DAVANIN KOŞULLARI

4. 1933 doğumlu olan başvurucu Kaliningrad Bölgesinde bulunan Chernyakhovsk' da yaşamaktadır.

5. 27 Mart 2002 tarihinde Kaliningrad Bölgesi Chernyakhovsk İlçe Mahkemesi başvurusunun Savunma Bakanlığı'na bağlı Chernyakhovsk iskan yetkilisine (*квартирно-эксплуатационная часть Министерства Обороны РФ г.Черняховска*) aleyhine açtığı kalacak yer tahsisi talepli davasını kabul etmiştir. Mahkeme iskan makamına yönelik olarak şu talimatı vermiştir:

"...ailesi sadece bir kişiden oluşan bayan Ponomarenko'ya daimi kullanımı için bir kişinin yaşaması için gerekli olduğu tespit edilen 12 metrekare'den aşağıda olmayacak şekilde Chernyakhovsk'da uygulanan standartlara uygun olarak gerekli sıhhi ve teknik standartlara cevap veren ve iyi donanımlı bir ikamet yeri sağlanmalıdır."

6. İlçe Mahkemesi ayrıca manevi zararları için başvurucu lehine 1000 Rus rublesine hükmetmiştir.

7. İskan Makamı 3 Nisan 2002 tarihinde başvurucuya bir odadan ibaret olan bir daire tahsis etmiştir. Hal böyle olmakla birlikte söz konusu dairenin sıhhi koşulları taşımaması nedeniyle başvurucu daireyi kabul etmemiştir.

8. 27 Mart 2002 tarihli mahkeme kararı temyiz edilmemiş ve karar 9 Nisan 2002 tarihinde kesinleşmiştir.

9. Chernyakhovsk Bölgesi icra servisi 12 Nisan 2002 tarihinde kararın icrası işlemlerini başlatmış ve davalı kurum 30 Nisan 2002 tarihinde hükmün manevi tazminata ilişkin kısmını yerine getirmiştir.

10. İskan Makamından özel bir komisyon 3 Nisan'da başvurucuya tahsis edilmiş olan daireyi ziyaret etmiş ve 12 Eylül 2002 tarihinde dairenin sadece kısmı olarak gerekli donanımına sahip olduğunu ve başka bir kişi tarafından işgal edilmekte olduğu sonucuna ulaşmıştır.

11. 23 Mayıs 2003 tarihinde iskan makamı yeni tespit edilen koşullar nedeniyle söz konusu yargılamanın tekrardan ele alınması talebiyle İlçe Mahkemesine başvurmuş, buna karşın başarısız olmuştur. İskan Makamı Rusya Federasyonu Hükümeti'nin 11 Ekim 2002 tarihli kararı uyarınca Savunma Bakanlığı kontrolünde olan iskan mekanlarının yerel idareye bırakıldığını iddia etmişlerdir. Dolayısıyla da 27 Mart 2002 tarihli ilamın icrası olası değildir.

12. İlçe Mahkemesi, icra makamının talebini takiben, iskan makamının sadece bazı iskan mekanlarını yerel idareye teslim ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme icra makamına hangi evlerin iskan makamının kontrolüne bırakıldığını tespit etmesini ve bunlardan bir tanesinin başvurucuya tahsis etmesini talimatını vermiştir.

13. 21 Mart ve 6 Nisan 2005 tarihlerinde icra makamı, iskan makamının başkanını 27 Mart 2002 tarihli kararı uygulamadığı gerekçesiyle para cezasıyla cezalandırmıştır.

14. 26 Ocak 2006 tarihinde İskan Makamı ve başvurucunun vekili bir sosyal kiracılık sözleşmesi tanzim etmişler ve anlaşma ile başvurucuya bir daire tahsis edilmiştir. 9 Şubat 2006 tarihinde başvurucu önerilen yeri kabul ettiğine dair evrakı imzalamıştır.

HUKUK

I. İDDİA EDİLEN SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİ VE 1 NO'LU PROTOKOLÜN 1. MADDESİ İHLALİ

15. Başvurucu 27 Mart 2002 tarihli mahkeme kararının infaz edilmemesi nedeniyle yakınmıştır. Mahkeme (AİHM) başvurucu yakınmalarının Sözleşme'nin 6. maddesinin ve 1 nolu Protokolün 1. maddesi altında incelenecek nitelikte olduğu kanaatinde (bkz., *Burdov/Rusya*, no. 59498/00, § 26, AİHM 2002-III). Bu maddelerin ilgili kısımları şöyledir:

Sözleşme m. 6 § 1

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla

kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”

1 No’lu Protokol 1. madde

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulamada konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

A. Kabul Edilebilirlik

16. Mahkeme, Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. paragrafı uyarınca başvurunun temelsiz olmadığını belirtir... mahkeme ayrıca başvurunun başka bir gerekçe altında da kabul edilmez olarak sınıflandırmayacağına işaret eder. Bu nedenle başvuru kabul edilebilir olarak ilan edilmek durumundadır.

B. Esas

17. Hükümet 27 Mart 2002 tarihli kararın süresi içinde infaz edilmediğini kabul etmektedir. Hükümet ayrıca adı geçen nihai kararın infaz edilememesi nedeniyle başvurunun Sözleşme’nin 6. maddesi ve 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi altında belirtilen haklarının ihlal edildiğini kabul etmiştir.

18. Başvurucu iddialarını yinelemiştir.

19. Mahkeme 27 Mart 2002 tarihinde başvurunun ilamı aldığını ve bu ilamın bir sonucu olarak yerel makamların başvurucuya bir

daire tahsis etmek zorunda olduklarını gözlemlemektedir. İşbu ilam 9 Nisan 2002 tarihinde icraya konulabilme koşullarını sahip olmuştur. Buna karşın ilam 3 yıldan fazla bir süre icra edilmeksizin beklemiştir. İhlali kabul eden Hükümet tarafından herhangi bir mazeret de ileri sürülmemiştir.

20. Mahkeme görülmekte olan bu dava ile benzer meseleler ihtiva eden diğer davalarda sıklıkla 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir (bkz., *Malinovskiy/Rusya*, no. 41302/02, AİHM 2005-..., *Mikryukov/Russia*, no. 7363/04, 8 Aralık 2005).

21. Mahkeme, kendisine sunulan materyalleri inceledikten sonra, görülmekte olan bu dava da farklı bir sonuca varmak için herhangi bir neden olmadığı kanaatinde. Konuyla ilgili içtihatlarını göz önüne alan mahkeme, başvurucunun lehine olan mahkeme kararını yıllarca uygulamayan yerel yetkililerin başvurucunun mahkemeye başvurma hakkının özüne zarar verdiğini ve başvurucunun makul koşullarda kendisine verilmesini beklediği bir daireden yoksun bıraktıklarını tespit etmiştir.

22. Bu nedenlerden dolayı Sözleşme'nin 6. maddesi ve 1 nolu Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

23. Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir

"Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Zarar

24. Başvurucu manevi zararları için 10.000 Avro talep etmiştir.

25. Hükümet başvurucunun talebinin aşırı olduğunu ve makul olmadığını iddia etmiştir.

26. Mahkeme devlet yetkililerinin başvurucu lehine olan bir ilamı icra etmemelerinden dolayı başvurucunun belirli bir elem ve düş kırıklığı yaşamış olmasının çok kuvvetle muhtemel olduğunu belirtmektedir. Hal böyle olmakla birlikte talep edilen tutar aşırı gibi gözükmemektedir. Mahkeme Burdov davasında hükmedilen tazminatı, görülmekte olan bu davadaki tazminatın doğasını, icra işlemlerinin süresini

ve konuyla ilgili diğer hususları göz önüne almaktadır. Mahkeme hakkaniyete uygun olarak yaptığı değerlendirme sonucunda başvurucu lehine 3.100 Avro manevi tazminata (ve ek olarak bu miktara uygulanabilecek her türlü faize) hükmeder.

B. Ücretler ve Masraflar

27. Başvurucu yerel mahkemeler ve mahkeme önündeki işlemlerle ilgili olarak herhangi bir ücret ve masrafın ödenmesi talebinde bulunmamıştır. Dolayısıyla mahkeme bu başlık altında herhangi bir ödeme çağrısı olmadığını tespit eder.

C. Temerrüt Faizi

28. Mahkeme, bu davada gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizi oranına dayandırılması ve ayrıca bu orana %3'lük bir eklenti yapılması gerektiği düşüncesindedir.

BU NEDENLERLE, MAHKEME

1. Başvurunun kabul edilebilir olarak ilan edilmesine;
2. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafı ile 1 nolu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine
3. (a) Sorumlu Devlet tarafından, mahkeme kararının Sözleşme'nin madde 44/2 uyarınca kesinleşmesinden itibaren 3 ay içerisinde, manevi zararları için başvurucuya 3.100 Avro ile tahakkuk ettirilebilecek her türlü verginin ödeme tarihindeki rayiç kur üzerinden ödenmesine;
- (b) Yukarıda belirtilen 3 aylık sürenin sona ermesinden itibaren meblağın ödenmesi tarihine kadar Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme faizine 3 puanlık bir ek yapılarak ayrıca gecikme faizi ödemesi yapılmasına;
4. Başvurucunun geri kalan adli tatmin taleplerinin oybirliğiyle reddine karar verir.

Mahkeme İç Tüzüğü madde 77/2 ve 3 uyarınca yazılı ve İngilizce olarak 15

Şubat 2007 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Søren Nielsen □
Yazı İşleri Müdürü

Loukis Loucaides
Başkan

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 14 ile bağlantılı olarak m. 8 ve 1 nolu Protokolün 1. maddesi) Bağlamında Aralarında Resmi Evlilik Bağı Olmaksızın Yaşayan Çiftlerin Karşılıklı Hakları ve Hayatta Kalan Eşin Mağdurluk Statüsü

Serkan Cengiz

Aşağıda okuyacağınız karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8. ve 1 nolu Protokolün 1. maddesine ilişkin dolaylı ve oldukça önemli bir tespitini içermektedir. Mahkeme aşağıdaki kararıyla resmi olarak evli olmamakla birlikte bir aile kurma amacıyla beraber yaşama arzusu içinde olan çiftlerin bazı açılardan resmi olarak evli olan çiftler ile aynı haklara sahip olduğunu belirtmektedir.

Bu tespit Türk Medeni Kanunu uyarınca özellikle miras hukuku anlamında bazı haklardan yoksun bırakılan “*resmi nikahlı olmayan eşin (kadının)*” hakları açısından oldukça önem taşımaktadır.

Mahkeme dava özelinde uzun yıllar aile olarak yaşamalarına karşın aralarında resmi evlilik bağı olmayan başvuruçunun partnerinin bir uçak kazasında ölümü nedeniyle manevi tazminata hak kazanması gerektiğine dolaylı da olsa hak kazandığını, aralarında resmi nikah olmamasının buna engel teşkil etmeyeceğini ve başvuruçunun Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur olduğunu (en azından başvurunun ilk aşamalarında) belirtmektedir.

Bu karar Anayasa'nın 90/Son hükmü ile bağlantılı olarak ele alındığında Türk medeni hukukunun özellikle miras hukukuna dair bazı maddelerinin tekrardan gözden geçirilmesini gerektirebilir.

GAVRIKOVA / RUSYA DAVASI

(Başvuru no. 42180/02)

Çev.: Serkan Cengiz

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

STRASBURG

15 Mart 2007

İşbu karar Sözleşme m. 44/2'de belirtilen koşullar uyarınca kesinleşecektir. Karar editöryel düzeltiye tabi tutulabilir.

GAVRIKOVA / Rusya

Aşağıda belirtilen yargıçlardan Daire olarak oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:

- □ □ □ Rozakis, Başkan,
- L. Loucaides,
- N. Vajić,
- A. Kovler,
- E. Steiner,
- S. E. Jebens,
- G. Malinverni, yargıçlar

ve S. Nielsen, Bölüm Yazı İşleri Müdürü,

20 Şubat 2007 tarihinde yapmış olduğu kapalı oturum sonrasında aynı tarihte kabul ettiği aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Dava Rus vatandaşı bayan Rozaliya Shafigulovna Gavrikova tarafından ("*Başvurucu*") 14 Kasım 2002 tarihinde İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("*Mahkeme*") önünde Rusya'ya karşı yapılan başvurudan (no.14656/03) kaynaklanmıştır

2. Başvurucu Mahkeme önünde bay A. Sapegin tarafından temsil edilmiştir. Rusya Hükümeti (Hükümet) Rusya'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki temsilcisi Sayın P. Laptev tarafından temsil edilmiştir

3. Başvurucu özellikle evli olmadığı partnerinin ölümüyle bağlantılı olarak yerel mahkeme tarafından tazminat talebinin reddedilmesi hakkında yakınmada bulunmuştur.

2. Mahkeme 30 Haziran 2005 tarihinde başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

3. Hükümet davanın esası üzerine görüşlerini sunmuştur. (Mahkeme İç Tüzüğü m. 59 § 1).

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. 1962 doğumlu olan başvuru Sverdlovsk bölgesindeki Zarechniy kasabasında yaşamaktadır. 1984 yılında bay Igor Gavrikov ile evlenen başvuru bir yıl sonra ilk çocuklarını dünyaya getirmiştir.

5. Başvuru 25 Mayıs 1995 tarihinde resmi olarak kocasından boşanmıştır. Başvuru boşanmanın konut standartlarının geliştirilmesi amacıyla gerçekleştiğini ifade etmiştir. Başvuru boşanmış bir kişi olarak başka bir konutu talep etme hakkına sahip olmuş ve başvuruya boşanma sonrasında talebi üzerine ayrı bir konut tahsis edilmiştir. Başvuru ve boşandığı eşi ikamet ettikleri iki ayrı evi daha geniş bir evle takas etmişler ve birlikte bu yeni eve taşınmışlardır. 1996 yılında çiftin ikinci çocukları dünyaya gelmiştir.

6. 3 Temmuz 2001'i 4 Temmuz'a bağlayan gece bay Gavrikov bir uçak kazasında hayatını kaybetmiştir. Kaza yapan uçak "VladivostokA-via" (Hava Taşıyıcısı) adlı şirkete aittir.

7. Uçak şirketi tarafından başvurucuya tazminat önerilmiştir. Hal böyle olmakla birlikte başvuru önerilen meblağı yeterli bulmamış ve hava yolu şirketine karşı bir tazminat davası açmıştır. Başvuru kendisi ve iki oğlu adına açtığı davada maddi ve manevi tazminat ile sigorta bedelinin ödenmesini talep etmiştir.

8. 13 Mart 2002 tarihinde Sverdlovsk Bölgesi Beloyarskiy İlçe Mahkemesi başvurunun taleplerini kısmen kabul etmiştir. Mahkeme başvurunun zararının sosyal sigorta kapsamı altında alacağı toplu tazminat ve aylık ödemelerle karşılandığına hükmetmiştir. İlçe Mahkemesi başvurunun manevi zararlarına ilişkin talepleri hakkında aşağıda belirtilen kararı vermiştir:

"Davacının manevi zararlarına ilişkin tazminat talebi Rusya Federasyonu Medeni Kanun'un 151. maddesine dayandırılmaktadır. Hava yolu şirketinin hatası sonucunda başvuru çok uzun bir zamandır birlikte yaşamış olduğu ve iki çocuk verdiği eşini kaybetmiştir. Bir baba ve koca olarak bay Gavrikov'un ani ölüm haberinin karısında ve çocuklarında çok yoğun şok etkisi yaratması oldukça anlaşılabilir. Davacı ayrıca kocasının kimliğinin teşhis sürecinde ruhsal olarak acı çekmiştir. Davacının, partnerinin ölümü sonrasında yaşamış olduğu depresif ruh hali ilgili tıbbi raporlarla sabittir. Şu anda dahi davacı bakım ve eğitime ihtiyacı olan iki çocuğa sahip olması nedeniyle

ayrıca ıstırap hali içindedir. Şayet babaları hayatta olsaydı çocukların büyü-tülmesi daha kolay olacaktı. Davalı davacı eşin tam bir aileye, çocuklarında bir babaya sahip olması hakkını ihlal etmiştir...”

9. Mahkeme Rus hava yolu şirketinin 20.000 Ruble’yi davacıya, 200.000.- Ruble’yi çocuklara manevi tazminat olarak ödemesine hükmetmiştir.

10. Sverdlovsk Bölge Mahkemesi 14 Haziran 2002 tarihinde, 13 Mart 2002 tarihli yerel mahkeme kararının başvuruca tazminat ödenmesine ilişkin kısmını bozmuştur.

“İlk Derece Mahkemesi tarafından da tespit edildiği ve dava dosyasında bulunan evraklarla da ortaya konulduğu üzere bay İgor Gavrikov 1995 yılında başvuruca boşanmıştır. Konuyla ilgili hukuk uyarınca başvuruca bay Gavrikov’un akrabası değildir. Dolayısıyla bir yakınunun kaybedilmesi halinde tazminat ödenmesine ilişkin yasa hükmü başvuruca uygulanmayabilir. Ayrıca başvuruca önceki eşinin ölümü nedeniyle yaşamış olduğu travma hukuki olarak bir önem taşımamaktadır. Bu nedenle mahkeme yeni karara varır ve bu karara göre de manevi zarara ilişkin talepler reddedilmek zorundadır.”

11. 5 Ağustos 2005 tarihinde Rusya Federasyonu Temyiz Mahkemesi başvuruca tarafından üst inceleme için yapılan başvuruyu incelemiş ve esasa dair yeni bir inceleme yapılması amacıyla başvuruyu Sverdlovsk Bölge Mahkemesi Başkanlığı’na göndermiştir.

12. Sverdlovsk Bölge Mahkemesi Başkanlığı 5 Ekim 2005 tarihinde başvuruyu esaslı bulmuştur. Mahkeme ilgili yasanın manevi zarar için tazminat talep edilmesini bir evlilik ilişkisinin mevcudiyetine bağlı tutmadığına işaret etmiştir. Aile bağları sadece evlilik veya akrabalıktan kaynaklanmayabilir ve evin iâşesini kazananın ölümünün sadece eşe ve kan hısımlarında bir zarara/üzüntüye sebep olmakla kalmayıp diğer aile üyelerinde de bir zarara/üzüntüye sebep olabilir. Bölge Mahkemesi Başkanlığı ayrıca Bölge Mahkemesi’nin başvuruca ve eski partnerinin beraber yaşadıkları ve partnerin ölümünün duygusal anksiyete ve nevroz yarattığı tespitlerinin değerlendirmeye alınmamış olduğunu da kabul etmiştir. Bu koşullar altında Bölge Mahkemesi’nin başvuruca tazminat taleplerini red kararı yasal değildir. Bu gerekçeyle Sverdlovsk Bölge Mahkemesi Başkanlığı başvuruca nezdinde oluşan manevi zararla ilgili olan tazminat kararını bozmuş ve kararın bu kısmının yeniden incelenmesi için dosyayı geri göndermiştir.

13. 6 Aralık 2005 tarihinde Zarechnyi Bölge Mahkemesi başvuru-
cunun kocasının ölümü nedeniyle manevi zarara maruz kaldığını tes-
pit etmiştir. Mahkeme başvuru-
cunun normal bir aileye sahip olma ve
çocuklara ilişkin baba bakımı haklarının ihlal edildiğine ve başvuru-
cunun depresyona ve zihinsel travmaya maruz kaldığına hükmetmiştir.
Bölge Mahkemesi manevi zararlar için tazminat alma hakkının kayıtlı
bir resmi evlilikle sınırlı kalmadığını vurgulamıştır. Başvuru-
cunun ya-
şamış olduğu üzüntünün yoğunluğunu, davalıların hatasının kapsa-
mını göz önüne alarak ve makullük ve adillik prensibini uygulayarak
mahkeme başvuru-
cunun partnerinin ölümü nedeniyle uğramış oldu-
ğu manevi zararın tazmini amacıyla başvuru-
cuyu lehine 200.000.-Ruble
tazminata hükmetmiştir.

14. 14 Mart 2006 tarihinde Sverdlovsk Bölge Mahkemesi kararı
onamıştır.

II. KONUYLA İLGİLİ MEVZUAT

15. Rus Medeni Kanunu'nun 151. maddesi uyarınca bir mahkeme
manevi zararlar için (bunlar zihinsel ıstırap veya psikolojik elemdir) bu
hakları ihlal edilmiş olan bir kişiye ihlal edilmiş olan hakları nedeniyle
tazminat ödenmesine hükmedebilir. Manevi zararlara ilişkin zararın /
meblağın tespitinde mahkeme sorumluların hatalarının mahiyetini ve
zihinsel elem ve psikolojik ıstırapın yoğunluğunu hesaba katmalıdır.
Bununla birlikte mağdurum kişisel özellikleri de dikkate alınmalıdır.

16. 20 Aralık 1994 tarihli ve 10 numaralı Rusya Federasyonu Tem-
yiz Mahkemesi Genel Kurulu Pratik Direktifleri'nin "*Manevi Zarara
Dair Tazminat Hükümlerinin Uygulanmasıyla Ortaya Çıkan Belirli Mesele-
ler*" başlığını taşıyan 2. Bölümü şöyledir:

*"Manevi zarar kavramı doğumla veya hukuk aracılığıyla (yaşam, sağ-
lık, bir kişinin onuru, mesleki itibar, özem yaşamın ihlal edilemezliği ve aile
sırları ve sair) bir kişiye ait olan maddi nitelikte olmayan şeylerle ilgili olarak
bir takım eylemler veya başarısızlıklar/eylemsizlikler ile sebep olunan zihinsel
ıstırap veya psikolojik elem olarak anlaşılmalıdır..."*

*Manevi zarar bir akrabanın kaybıyla bağlantılı olarak duygusal anksiyete-
teyi de ihtiva eder..."*

HUKUK**I. SÖZLEŞME'NİN 8., 14. ve 1 NOLU PROTOKOLÜN 1. MADDESİNİN İHKLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

17. Başvurucu partnerinin ölümüyle bağlantılı olarak maruz kaldığı manevi zararlarına ilişkin manevi tazminatı reddederek yerel makamların özel ve aile hayatına saygı duymadıklarını belirterek yakınmada bulunmuştur. Mahkeme bu yakınmayı ayrıca 14. maddeyle bağlantılı olarak 1 nolu Protokolün 1. maddesi altında da incelemeye karar vermiştir. Konuyla ilgili madde hükümleri şöyledir.

Madde 8

1. *"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

2. *Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."*

Madde 14

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırimcılık yapılmadan sağlanır."

Protokol No. 1 Madde 1

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

18. Hükümet, Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin, bir önceki kararın adil olmadığını kabul etmesi ve dosyayı yeni bir inceleme için dosyayı havale etmesiyle birlikte iddia edilen ihlallerle bağlantılı olarak başvurusunun "mağdurluk" statüsüne sahip olmadığını iddia etmiştir. Yeni yargılama sonucunda Bölge Mahkemesi başvurusunun tazminat taleplerini kabul etmiştir.

19. Mahkeme öncelikle Sözleşme ve Protokol'lerde belirtilen haklarının ihlal edilmesi iddiasıyla bağlantılı olarak başvurusunun "mağdur" olup olmadığı meselesini inceleyecektir. Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında, bir ihlalin "mağduru" olunduğunun iddia edilebilmesi için sadece başvurunun yapıldığı tarihte mağdur olmakla kalmayıp yargılamanın tüm aşamalarında mağdurluk statüsünün korunmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Mahkeme ulusal makamlarca açık veya temelde Sözleşme ihlalinin kabul etmedikleri ve başvurucuya bir giderim sağlamadıkları sürece prensip olarak başvuru lehine bir kararın veya bir tedbirin başvurusunun "mağdurluk" sıfatının sona ermesi için yeterli olmadığını yinelemektedir (bkz., *Amuur / Fransa*, 25 Haziran 1996 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, § 36)

20. Görülmekte olan davada iddia edilen ihlal Bölge Mahkemesi'nin 14 Haziran 2002 tarihli kararından kaynaklanmaktadır. Bu kararla başvurusunun partnerinin ölümünün sebep olduğu manevi zararı nedeniyle talep ettiği tazminat çiftin evlilik bağı ile bağlı olmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir. 5 Ekim 2005 tarihinde Bölge Mahkemesi Başkanlığı İlk Derece Mahkemesi'nin kararını hukuka aykırı bularak kısmen bozmuş ve manevi tazminata hak sahipliğinin resmi bir evliliğin mevcudiyetine bağlanamayacağına hükmetmiştir. Başvurusunun talebi yeni bir inceleme için havale edilmiş ve inceleme başvurusunun tazmin edilmesi ile sonuçlanmıştır.

21. Bölge Mahkemesi Başkanlığı, Bölge Mahkemesi'nin kararını bozarak manevi zararlara dair tazminat açısından evli olan veya olmayan partnerler arasında farklı muamele yapılmasını gerektirecek yasal bir dayanağın olmadığını kabul etmiştir. Başvurusunun ve ölen partnerinin birlikte yaşadıkları ve çocuklarını büyüttükleri göz önüne alındığında, partnerinin ölümünün sonucu olarak başvurusunun maruz kaldığı manevi zarar için tazminat almayı umması meşru bir beklentidir. Mahkemenin kanaatine göre bu tespit başvurusunun yakınma-

da bulunduğu Sözleşme haklarının ihlal edildiğinin kabulü anlamına gelmektedir. Mahkeme başvuru bu ihlal nedeniyle herhangi bir giderim alıp almadığını izlemeye devam edecektir. Mahkeme yargılamalar sırasında ilçe ve bölge mahkemelerinin başvuru lehine maruz kaldığı manevi zararları nedeniyle 200.000.-Ruble tazminata hükmettiğini, bu meblağın 13 Mart 2002 tarihinde Bölge Mahkemesi tarafından hükmedilen tazminatın 10 katı yüksek olduğunu belirtmektedir.

22. Bu koşullar altında Mahkeme, Bölge Mahkemesi Başkanlığı'nın 5 Ekim 2005 tarihli kararının, sonraki yargılamalar ile birlikte, bir kabul anlamına geldiğini ve başvuru haklarının ihlal edildiği iddialarının tazmini açısından yeterli olduğunu tespit eder. Başvuru bu nedenle Sözleşmenin 34. maddesi anlamında "mağdur" sıfatına sahip değildir.

23. Bu nedenlerle 8. madde veya 14. madde veya 1 nolu Protokolün 1. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

8. maddenin veya 14. maddenin veya 1 nolu Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna hükmeder.

İngilizce olarak yazılan bu karar 15 Mart 2007 tarihinde Mahkeme İç Tüzüğü m. 77&2 ve 3 uyarınca duyurulmuştur.

Søren Nielsen □ □
Yazı İşleri Müdürü

Christos Rozakis
Başkan

TALAT TUNÇ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 32432/96)

Çev.: Senem Uygun Kılıç*

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KARAR

STRASBOURG

27 MART 2007

İşbu karar; Sözleşme'nin 44/2. maddesinde belirtilen koşullar uyarınca kesinleşecektir. Karar, düzeltiye tabi tutulabilir.

Talat Tunç - Türkiye Davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm); Daire olarak; aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplanmıştır:

Bay Nicolas Bratza, başkan,

Bay J. Casadevall,

R. Türmen

R. Maruste,

S. Pavlovschi,

L. Garlicki,

J. Sikuta; yargıçlar,

ve Bayan □□Aracı, bölüm yazı işleri müdürü (hukukçu) 6 Mart 2007 tarihinde yapılan kapalı oturum sonrasında; aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki karar verilmiştir:

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Yönelik Sözleşme'nin (Sözleşme) önceki 25. maddesi uyarınca; Türk vatandaşı M. Talat Tunç (başvurucu) tarafından; 4 Aralık 1995 tarihinde yapılan başvurudan (No: 32432/96) kaynaklanmıştır.

2. Adli yardımdan faydalanan başvuru; Manisa'da avukatlık yapan Bay T. Ergül; Türk Hükümeti ("Hükümet") ise, Hükümet ajanı

* Avukat İzmir Barosu.

tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu; davasının; Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekli kıldığı gibi adilane biçimde yürütülmediğini ve özellikle yargılama sürecinde bir avukatın hukuki yardımından yararlanmadığını ileri sürmektedir.

4. Başvuru, Sözleşme'ye bağlı 11 No'lu Protokol'ün (Protokol madde 5/2.) yürürlüğe girmesiyle; 1 Kasım 1998 tarihinde; Mahkeme'ye havale edilmiştir.

5. Başvuru; Mahkeme'nin Dördüncü Bölümüne tevzi edilmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü madde 52/1) Bu bölüm içinde; davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme madde 27/1) Mahkeme İç Tüzüğü'nün 26/1. maddesi uyarınca oluşturulmuştur.

6. Mahkeme, 1 Nisan 2003 tarihinde; başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Sözleşme'nin 3. maddesinin; 13. madde ile bağlantılı olarak ihlal edilmiş olduğuna dair yakınmalar, süre aşımından reddedilmiştir.

7. Dava; Mahkeme Bölümlerinin yeniden oluşturulması sonrasında (Mahkeme İç Tüzüğü madde 25/1); 1 Kasım 2001 tarihinde; Dördüncü Bölüme gönderilmiştir. (madde 52/1)

8. Başvurucu ve Hükümet, davanın esasına ilişkin yazılı değerlendirmelerini sunmuşlardır. (İç Tüzük madde 59/1.)

OLAYLAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

9. Türk vatandaşı olan başvurucu; 1958 doğumlu olup; olay sırasında Uşak'ın Yeleğen ilçesinde ikamet etmekte ve çiftçilikle uğraşmaktadır.

10. Davaya yol açan olaylar; taraflarca dile getirildiği şekliyle; aşağıdaki gibi özetlenebilir:

A. Başvurucunun Annesinin Ölümü Hakkında Yürütülen

Soruşturma

11. Jandarma birlikleri; 21 Eylül 1994 tarihinde, Eşme (Uşak) Cumhuriyet Savcılığı'nı; bir bayanın; Yeleğen'deki evinde ölü bulunduğu dan haberdar etmişlerdir. Bahsi geçen bayan (maktul); başvuruannun annesi Fatma Tunçtur.

12. Savcılığa yapılan bildirimden sonra; başvuru ve T.İnce isimli şahsın da aralarında bulunduğu birçok kişi; jandarma tarafından yakalanarak; Eşme Jandarma Komutanlığı'nda gözaltına alınmıştır. Gözaltına alınanlar; Yeleğen'de bir sünnet düğünün olduğu 18 Eylül 1994 gecesi ile ertesi sabah arasında işlendiği varsayılan cinayetin şüpheli olmaları itham edilmişlerdir.

13. Aynı gün (21 Eylül 1994) saat 14.20'de maktulün cesedi üzerinde; Eşme Cumhuriyet Savcısı (Savcı) nezaretinde otopsi yapılmıştır. Ceset üzerinde yapılan inceleme; ölümün; ağır bir nesnenin kafatasına verdiği darbelerle oluşan birden fazla kırık neticesinde gerçekleştiğini ve bundan önce; merhumenin sopayla dövüldüğünü göstermektedir. Adli tabip; ceset üzerinde kan; saç ve kıl kalıntıları ile tırnak izleri olduğunu tespit etmiş; maktulun avuçlarında da kıl parçaları olduğu belirlenmiştir. Bahse konu kalıntı örnekleri; kana bulanmış ahşap ve taş parçaları ve cinayet yerindeki diğer şüphe uyandırıcı objelerden olan iki bıçakla birlikte; Ankara Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarı'na gönderilmiştir.

14. Aynı tarih saat 17.15'de; başvuru ve T. İnce; Eşme Devlet Hastanesi doktorlarından biri tarafından muayene edilmişlerdir. Muayene sonucu hazırlanan raporda; başvuruannun sol kaval kemiği üzerinde; iki üç gün önce gerçekleşmiş olması muhtemel; iki ve dört santimetre uzunluğunda iki yüzeysel; çizgi halinde lezyon tespit edildiği fakat hayati tehlikesinin bulunmadığı belirtilmiştir. Doktor ayrıca; T. İnce'nin vücudunda da on kadar hiperemi ve ekimoz bulunduğunu saptamıştır.

15. Bu esnada savcı; başvuruannun eşi H. Tunç'un ifadesine başvurmuştur. H. Tunç; eşinin; maktul ile hiçbir sorunu olmadığını; akşam birlikte sünnet düğününe gittiklerini ve eve beraber döndüklerini belirtmiştir.

16. 23 Eylül tarihinde; başvuruannun evinin verandası önünde;

lekeli, metalik bir nesne bulunmuş; bunun üzerine savcı yeniden H. Tunç'un ifadesine başvurmuştur. H. Tunç; ilk ifadesini verirken korktuğunu söyleyerek; olayları anlatış tarzını tamamen değiştirmiştir. H. Tunç; gerçekte 18 Eylül akşamı, eşi, T. İnce ile birlikte alkol almaya gittiğinde; sünnet düğününe tek başına katıldığını, eşi ve T. İnce'nin daha sonra birlikte düğüne geldiklerini belirtmiş; kendisinin saat 23'e doğru düğünden ayrıldığını; eşinin eve sabah 3 dolaylarında geldiğini beyan etmiştir. H. Tunç; eşinin her gün içki içmek ve oyun oynamak için merkeze inme alışkanlığı olduğunu; fakat iki gün boyunca evden hiç çıkmadığını; zaten düğünden bir hafta önce; eşinin; içkiye ve oyuna harcadığı bir miktar para yüzünden; annesiyle şiddetli biçimde tartıştığını duyduğunu eklemiştir.

17. Savcı; başvuru ve T. İnce'den alınan kan örnekleri ile birlikte, sözü edilen metalik nesneyi de, incelenmek üzere laboratuara göndermiştir.

18. 28 Eylülde; laboratuvar incelemesi sonucu hazırlanan bilirkişi raporu; savcılığa sunulmuştur. Raporda; iki bıçak üzerinde; üstlerinde çok az miktarda kan bulunduğu için; hiçbir inceme yapılamadığı; bununla birlikte; metalik nesne üzerindeki lekelerin; maktule ait olmadığına kuşkuya yer vermeyecek derecede kesin olduğu belirtilmiştir. Raporda; taş ve sopalara ilişkin hiçbir sonuç yer almamaktadır. Raporun geri kalan kısmında; maktulün kan grubunun; iki şüphelinin kan grubuyla aynı olmadığı; fakat avucunda bulunan kılların iki şüpheliye ait olabileceği dışında bir noktaya değinilmemiştir.

19. Aynı gün; bir jandarma astsubayı tarafından yeniden H. Tunç'un ifadesi alınmış; H. Tunç ikinci ifadesini tekrar etmiştir. Astsubay akabinde; başvuru ifadesini almış; başvuru; sünnet düğününden sonra; sarhoşluğun etkisiyle ve geçirmiş olduğu bir sinir krizi sonucunda annesini öldürdüğünü itiraf etmiştir.

20. İfade tutanağına göre; başvuru; avukat talebinde bulunmamıştır.

21. Başvuru; jandarma sorgusu sonrası; H. Tunç gibi; savcıya ifade vermiş; ilk sorgusundaki itiraflarını yinelemiştir. H. Tunç da; savcılık ifadesinde, 23 Eylül'de söylediklerini tekrar etmiştir.

22. 29 Eylül tarihinde başvuru Eşme'deki Sulh Ceza Mahkeme-

si'ne çıkarılmış; mahkemece başvuru tutuklanmasına karar verilmiştir. Mahkeme tutanağında da yer aldığı üzere; başvuru hâkim önünde; jandarma sorgusu ve savcılık ifadesi sırasında dile getirmiş olduğu itirafları tekrarlamıştır.

23. Savcı, 29 Eylül tarihinde; sünnet düğününe katılan dört diğer kişinin ifadesine başvurmuştur.

24. Başvuru; 3 Ekim 1994 tarihli dilekçesi ile tutuklama kararına itiraz etmiştir. Dilekçesinde; üzerine atılı suçlamaları kabul etmediğini kesin bir dille ifade eden başvuru; gözaltında tutulduğu sürede; sekiz gün boyunca itiraf elde etme amacıyla kendisine işkence yapıldığından yakınmıştır. Dilekçesinde; görmüş olduğu kötü muamelelerin detaylarını dile getirmeyen başvuru; jandarmaların kendisinden itiraf elde ettikten sonra; olanları savcı ya da doktora anlatmaması için kendisini yeniden işkence yapmakla tehdit ettiklerini belirtmiştir.

B. Başvuru Hakkında, Annesini Öldürmekten Açılan Kamu Davası

25. 10 Ekim 1994 tarihinde; Alışehir Ağır Ceza Mahkemesi (Ağır Ceza Mahkemesi) Savcısı, iddianamesinde; başvuru bilerek ve isteyerek annesini öldürmekten; Türk Ceza Kanunu'nun 450/1 ve 51/1. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasını talep etmiştir. Savcı, iddianamesini; tekrarlanan itirafları dayanak göstererek; başvuru, alkol ve sinir krizinin etkisiyle; annesini isteyerek öldürdüğünü belirterek sonlandırmıştır.

26. Başvuru; Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davanın 8 Kasım 1994 tarihli ilk celsesinde; savunmasını kendisinin yapmak istediğini belirterek; suçlu olmadığını beyan etmiş; suçu üzerine aldığı ilk ifadelerini inkâr etmiştir. Başvuru; jandarmada vermiş olduğu ifadenin; kendisinden işkence yoluyla alındığını; sivil giyimli işkenceci ekibe rağmen bu hususu, savcılık ifadesinde ve sulh ceza hâkimi önünde de tekrarladığını dile getirmiştir. Başvuru ayrıca; aynı ekibin; daha önce yapmış olduğu itirafları içeren ifadelerini, yargı organları önünde inkâr etmesi halinde kendisini öldüreceklerini söylediklerini beyan etmiş; işkencecilerin; jandarmaya mı yoksa polise mi bağlı olarak çalıştıklarını bilmediğini eklemiştir; ifadesini alan üniformalı jandarmaların; kendisine kötü muamelede bulunmadıkları hususunu özellikle vurgu-

lamıştır.

27. Başvurucu; 11 Kasım 1994 tarihli mektubuyla; Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuş; mektupta; gözaltında tutulduğu dokuz gün boyunca; kendisine iki kişi tarafından işkence yapıldığını; tamamen soyularak bir sandalyeye oturtulduğunu; elleri ve ayaklarının sandalyeye bağlandığını ve kendisine elektrik verildiğini belirtmiştir. Başvurucunun mektubu ile başlatılan izlek; Salipli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 24 Mart 1995 tarihli kararı ile sonlandırılmıştır. İlgili kararda mahkeme; Eşme Cumhuriyet Savcısı tarafından, yukarıda sözü edilen iki sivil kişi hakkında verilen, 5 Ocak 1995 tarihli takipsizlik kararına başvurucu tarafından yapılan itirazı reddetmiştir.

28. 29 Kasım 1994 tarihli duruşmada; başvurucunun kardeşi İ. Tunç; tanık olarak dinlenmiştir. Tanık; ifadesinde; yaklaşık üç hafta önce; annesinin; başvurucunun kendisinden para istediğini söylediğini beyan etmiştir. Mahkeme ayrıca; olay gecesi eşinin sabaha karşı saat üç civarında eve döndüğünü dile getiren başvurucunun eşinin ifadesine de başvurmuştur.

29. Mahkeme; 27 Aralık 1994 tarihinde; başvuru tarafından dinlenilmeleri talep edilen üç çoban; Ö. Y., U. C. ve H. A'nın ifadelerine başvurmuştur. Bu kişiler ifadelerinde; alkollü olan başvuruyla, olay gecesi sabaha karşı bir buçuk dolaylarında sohbet ettiklerini beyan etmişlerdir.

30. Yine başvurucunun talebi ile üvey ablası Ü. Tunç; mahkeme önünde ifade vermiştir. Ü. Tunç; ifadesinde; olaydan yaklaşık iki ay sonra; bir köpeğin ağzında; üzerinde kan lekeleri olan bir erkek gömleği olduğunu gördüğünü ve bu gömleği yaktığını dile getirmiştir. Bir başka tanık L. I; başvurucunun eşi ve Ü. Tunç arasındaki; Ü. Tunç'un gömleği yakmasından kaynaklanan bir tartışmaya şahit olduğunu beyan etmiştir. Ü. Tunç'a göre; başvurucunun eşi; son olayları göz önünde bulundurarak, eşinin cinayetin faili olmadığına ikna olmuştur.

31. Başvurucunun cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin mahkemece talep edilen rapor; 9 Şubat 1995 tarihinde dava dosyasına gönderilmiştir. İlgili raporda; başvurucunun cezai sorumluluğunu ortadan kaldıracabilecek hiçbir fiziksel ve psikolojik unsura rastlanılmadığı belirtilmektedir.

32.18 Nisan 1995 tarihindeki son duruşmada; soruşturmanın baş-

langıcında ikinci şüpheli olarak yer alan T. İnce; tanık olarak dinlenmiştir. T. İnce; maktulü olaydan yaklaşık üç hafta önce; başvurucunun, evine geldiğinde kırdığı camın yerine yerleştirilmek üzere almış olduğu camı taşırken gördüğünü beyan etmiştir.

33. Ağır Ceza Mahkemesi; 18 Nisan 1995 tarihinde, başvurucuyu; bilerek ve isteyerek annesini öldürmekten suçlu bularak; idam cezasına mahkûm etmiş ancak; Türk Ceza Kanunu'nun 51/1. maddesinde belirtilen "Ölenin hafif tahriki altında bulunma" yasal indirim sebebinin uygulayarak ve başvurucunun "Soruşturma sırasındaki samimi itiraflarını" da dikkate alarak; idam cezasını 30 yıl hapis cezasına çevirmiştir. Bununla birlikte; başvurucuya; kamu hizmetlerinden ömür buyu yasaklılık cezası verilmiştir.

34. Mahkeme; kararını vermeden önce; H. Tunç ve T. İnce de dahil olmak üzere; on bir tanık dinlemiş; otopsi raporu, olay yeri inceleme tutanağı, 9 Şubat 1995 tarihli tıbbi rapor; başvurucunun adli sicil kaydı ve son olarak; her ne kadar sonradan inkâr edilmiş de olsalar; hiçbir başkaca delille aksi ortaya çıkarılamayan; başvurucunun soruşturma sürecindeki itiraflarını göz önünde bulundurarak bir karara varmıştır. Kararda; başvurucu ve annesi arasında uzun zamandır süregelen bir anlaşmazlık olduğuna da değinilmiştir. Kararın bir kısmı aşağıda alınmıştır:

" (...) Dosyadan çıkan sonuca göre; köyün dışında bir evde tek başına yaşayan maktulün cesedi; cinayetden birkaç gün sonra bulunmuş ve olay ile ilgili hiçbir görgü tanığının ifadesi dosyada yer almamıştır. Her ne kadar sanık Talat Tunç; yargılama sürecinde; üzerine atılı suçu işlemediğini iddia etse de, soruşturma safhasında yapmış olduğu itiraflar ve olay örgüsü nedeni ile iddiası inandırıcı bulunmamıştır. Sanık; yargılama boyunca; jandarma sorgusu esnasında kendisini sorgulayan ekibin baskılarına maruz kaldığından fakat kendilerini tanımadığından yakınmasına rağmen; bu savunma; dosyaya sunulan (sağlık) raporu karşısında inandırıcılığını kaybetmektedir. Öte yandan; sanığın, 28 Eylül 1994 tarihinde jandarma; devamında Cumhuriyet Savcısı önünde vermiş olduğu ifadenin; 29 Eylül 1994 tarihinde sulh ceza hâkimi önünde vermiş olduğu ifade ile tamamen aynı olduğu görülmüştür. Mahkeme; bir an için bile olsa sanığın yargılama süresince dile getirdiği hususların doğru olduğunu kabul etse; başka bir ifadeyle; başvurucu jandarma tarafından kendisine uygulanan baskı sonucu suçu üstlenmeyi kabul etmeye zorlanmış olsa idi, yine de ertesi gün sulh ceza hâkimi önünde itiraflarını yinelemesi için

hiçbir nedeni bulunmazdı”

35. Ağır Ceza Mahkemesi; bundan başka; başvuruçunun adli makamlar önünde dile getirmiş olduğu itirafların, otopsi raporu, tanık ifadeleri ve cinayet mahallinde bulunan kanla kaplı parçalardan elde edilen sonuçları tüm detaylarıyla birlikte doğruladığını belirtmiştir.

36. Görünüşe göre başvuruçucu, davanın yukarıda bahsedilen aşaması boyunca; savunmasını baştan sona kendisi yapmıştır.

37. Başvuruçucu; 24 Nisan 1995 tarihinde; kararın temyizi için Yargıtay’a başvurmuştur. Başvuruçucu dilekçesinde; annesinin gerçek katilinin T. İnce olduğunu, olay günü T. İnce’nin babası H. İnce’nin kendisine; oğlunun evden kaçtığını söylediğini ifade etmiştir.

38. Başvuruçucu; 13 Eylül 1995 tarihinde Ankara Barosu’na başvurarak, kendisine bir avukat atanmasını talep etmiştir.

39. Başvuruçucu; kendisi için hala bir avukat atanmamış olmasına rağmen; 24 Nisan 1995 tarihli dilekçesinden sonra, başka tamamlayıcı layihalar da kaleme almış; son olarak; 18 Eylül 1995 tarihli layihasında; duruşmalı yargılama yapılmasını talep ederek; kendisinden itiraf elde etme amacıyla yapılan kötü muameleleri ve yargıçlar önünde susması için kendisine yöneltilen tehditleri tüm detaylarıyla anlatmıştır.

40. Ankara Barosu; başvuruçucuya; kendisine bir avukat atandığını, 13 Ekim 1995 tarihinde bildirmiştir.

41. Bununla birlikte; dava dosyasından; avukatın; Yargıtay duruşmasına katılmış olduğuna dair hiçbir bilgi elde edilememiştir. Yargıtay; 30 Ekim 1995 tarihinde; başvuruçucu tarafından ileri sürülen temyiz nedenlerini yerinde görmeyerek; Yerel Mahkeme kararını tüm sonuçlarıyla birlikte onamıştır.

42. Bahse konu karar hükmü, 2 Kasım 1995 tarihinde; başvuruçucu ve görevli avukatının yokluğunda tefhim edilmiştir.

C. Başvuruçunun, Yargılamanın Yenilenmesi Talebi

43. Başvuruçucu; 19 Aralık 1997 tarihli dilekçesi ile Yargıtay Başkanlığı’na başvurarak; dava dosyasının yeniden ele alınmasını talep etmiştir. Başvuruçucu dilekçesinde; kendisinden itiraf elde edebilmek amacı ile maruz bırakıldığı kötü muameleleri de hatırlatarak; lehine

ifade verecek tanıklarını dinletemediğini belirtmiş; Eşme Cumhuriyet Savcılığı'na vermiş olduğu birden fazla dilekçeye rağmen; şikâyetleri hakkında takipsizlik kararı verilmesi işleminde olduğu gibi; savunma olanaklarının baştan savma bir biçimde kullandırılmasından yakınmıştır.

44. Mahkeme başkanı; yargılamanın yenilenmesi talebini içerdiğinden; başvurucaunun dilekçesini; dava dosyası ile birlikte Alaşehir Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermiştir. Alaşehir Cumhuriyet Savcısı ise; 5 Ocak 1998 tarihinde, başvurucaunun talebinin; ciddi gerekçeler içermediğinden bahisle; reddedilmesini talep etmiştir.

45. Ağır Ceza Mahkemesi; 8 Ocak 1998 tarihli kararı ile başvurucaunun yargılamanın yenilenmesi talebine esas teşkil eden olayların; temyiz aşamasında incelenmiş olduğundan bahisle; başvurucaunun talebini reddetmiştir.

D. Fatma Tunç'un Ölümü ile İlgili Soruşturmanın Yeniden Açılması

46. 16 Mart 199 tarihinde Alaşehir Cumhuriyet Savcısı; Eşme Cumhuriyet Savcılığı'na; (Hükümete göre) başvurucaunun masumiyetini kanıtlaya ısrarını göz önünde bulundurarak; Fatma Tunç'un ölümü hakkında yeni bir soruşturma başlatılması talimatını vermiştir.

47. Eşme Cumhuriyet Savcılığı, 22 Kasım 199 tarihinde; tanık ifadeleri ve olay yeri inceleme tutanağı ile birlikte; soruşturma sonucuna ilişkin raporunu göndermiştir.

48. Eşme Cumhuriyet Savcısı raporunda; Fatma Tunç'un ölümü ile ilgili olarak; başvuruca hakkında yürütölmüş olan dava sürecinde ortaya çıkan hususların dışında hiçbir yeni hususun tespit edilemediğini belirtmiştir. Savcı bundan başka; ifadelerine başvuruca olan kişilerin; cinayetin detaylarını anımsamadıklarını vurgulayarak; soruşturmaya karışan Devlet memurlarından sadece; başvurucaunun Eşme Cumhuriyet Savcılığı'nda verdiği ifadeyi kaleme alan H. Diker'in ve başvurucaunun sulh ceza mahkemesindeki duruşmasına katılan A.Tekin'in ifadesine başvurucaolabileceğini; fakat bu kişilerin de görev yerleri değiştiğinden; ifadelerinin alınmadığını belirtmiştir.

49. Alaşehir Cumhuriyet Savcılığı'nda toplanan bilgiler ışığında; ek soruşturmanın 19 Kasım 1999 tarihinde başlatıldığı görölmektedir.

Soruşturma kapsamında; maktulün evi ile başvuruçunun, T. İnce'nin babası H. İnce'nin, sünnet düğünün yapıldığı ev olan U. İnce'nin evleri, başvuruçunun çobanlara rastladığı nokta ve son olarak başvuruçunun kardeşinin birahanesi arasındaki mesafeyi tespit edebilmek amacıyla bir kroki hazırlanmıştır. Savcı daha sonra; tanıkları dinlemiştir.

50. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; bahse konu ek soruşturmanın sonucu konusunda hiçbir bilgiye sahip değildir.

51. Bu nedenledir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü'nün talebi ile Manisa Barosu tarafından görevlendirilen avukata ulaşılmış; avukat, başvuruçunun 21 Aralık 2000 tarih, 4616 Sayılı Af Kanunu'ndan faydalandığı ve 20 Mayıs 2000 tarihinden bu yana cezaevinde olmadığı hususunda Mahkeme'yi bilgilendirmiştir.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesi; aşağıdaki biçimde kaleme alınmıştır:

“ Yakalanan kişi veya sanık; müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse; talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edilir. Yakalanan kişi ya da sanık; 18 yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî de bulunmazsa; talebi aranmaksızın kendisine müdafî tayin edilir.”

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 6/1. MADDESİNİN; 6/3. MADDE İLE BAĞLANTILI OLARAK İHLALİ İDDİASI

52. Başvuruçucu; iç hukuk yargılaması boyunca, adli makamlar önünde; genel anlamda adilane biçimde yargılanmadığını dile getirmektedir. Başvuruçucu özellikle; yargılama sürecinde bir avukatın yer almamış olması hususundan yakınmakta ve aşağıdaki biçimde kaleme alınmış olan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 6/3. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

“1.Herkes; (...)cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan(..) bir mahkeme tarafından;davasının hakkaniyete uygun olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

(...)

3. Her sanık, en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyor ise; mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek”

53. Hükümet; Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 138. maddesinin; bütün sanıklara; avukat yardımından faydalanma imkânı sunduğunu belirtmektedir. Yargılanan kişiler; avukat yardımının zorunlu olduğu haller dışında da; bir avuktan yardım almak için; talepte bulunabilirler. Oysaki Hükümete göre; avukat talep etme hakkı kendisine yargılama sürecinin her aşamasında hatırlatıldığı halde; başvuru hiçbir zaman; avukat talebinde bulunmamıştır.

54. Başvurucunun temsilcisi; başvuru davasının, bir danışmanı olmaksızın yönlendirildiği ve kapatıldığını dile getirmektedir. Temsilcisi; başvuru avukatı alması halinde; bu yardımın ailesine getireceği ağır maddi yük nedeni ile avukat talebinde bulunmak istemediğini belirterek; başvuru, idam cezası alma riskinin bulunduğu bu denli karmaşık bir davada kendisini tek başına savunabilecek yeterli bilgiye sahip olmadığını vurgulamıştır.

55. Mahkeme; sanığın; ücretsiz olarak müdafî yardımından faydalanma hakkının; Sözleşme sistemi içerisinde yer alan diğer hakların yanında; temel bir adil ceza yargılaması kavramı oluşturduğunu hatırlatmaktadır. (Bkz.,13 Mayıs 1980 Tarihli İtalya/ Artico Kararı, A Serisi No: 37 16 ve 33. paragraflar) Sözleşme'nin 6/3-c maddesi; bu hakkın kullanılabilmesini iki koşulun varlığına bağlamaktadır. Koşullardan ilki “Bir savunmacı tutmak için gerekli olanaklar” a sahip olunmaması; diğeri ise “Adaletin selameti” nin; görevlendirilecek avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanmayı gerektirmesidir.

56. Bahsi geçen ilk koşulun varlığını tartışma konusu yapılmaya dahi gerek yoktur. İkinci koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğine gelince; Mahkeme; bu soruyu yanıtlayabilmek için; başvuru çarpıtılmayı göze aldığı cezanın ağırlığı ve davasının karmaşıklığını göz önünde bulundurmak durumundadır. Mahkeme bu noktada; bir şahsın özgürlüğünden yoksun bırakılması halinin mevcudiyeti durumunda; adaletin selametinin prensip olarak avukat yardımını gerekli

kıldığı hususunu hatırlatmayı yerinde görmektedir. (Bkz., 24 Mayıs 1991 tarihli; İsviçre/Quaranta Kararı A Sersisi No: 205 17,32 ve 34 paragraflar ve 10 Haziran 1996 tarihli Birleşik Krallık/Benham Kararı, Karar Derlemeleri 1996-III, 769, 60 ve 61. paragraflar.)

57. Mahkeme önündeki davada başvurucu; annesini öldürmekten dolayı ölüm cezasına çarptırılmıştır. Soruşturma safhasında yapmış olduğu itirafları; ceza yargılaması süresince suçsuz olduğuna dair savunma yapan başvurucunun mevcut durumunu daha da zorlaştırmıştır.

58. Bu durum karşısında; sözü edilen nedenlerden, Sözleşme'nin 6/3. maddesinde belirtilen ikinci koşulun gerçekleşmiş olduğu sonucu çıkmaktadır.

59. Hükümetin; başvurucunun avukat talebinde bulunmadığı iddiası ile ilgili olarak Mahkeme; Sözleşme'nin 6. maddesinin lafzı ve yorumundan; bir kişinin, kendisi için görevlendirilecek avukatın yardımıyla faydalanma hakkından, açıkça ya da zımnen, kendi rızası ile feragat edemeyeceği anlamı çıkmadığını hatırlatmaktadır. (Bkz., *mutatis mutandis*, 21 Şubat 1990 tarihli İsveç/Håkansson ve Stureson Kararı A Serisi No: 171-A, 20 ve 66 paragraflar ve yakınlarda verilen, *Italya/Sejdovic Kararı* [GC], No: 56581/00, 86. paragraf Karar Derlemeleri 2006-...) Ancak bahse konu feragat işlemi; kuşkuyla yer vermeyecek denli kesin olmalı ve hiçbir önemli kamu yararına dokunmamalıdır. Mahkeme ayrıca; sanığın, Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınmış olan haklarından birinden feragat etmesinin muhtemel sonuçlarını öngörebilecek durumda olduğunun tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Bkz., *mutatis mutandis*, 9 Eylül 2003 tarihli Birleşik Krallık/Jones Kararı No: 30900/02 ile 25 Şubat 1992 tarihli Avusturya/Pfeifer ve Plankl Kararı, A Serisi No: 227, paragraf 38)

60. Mahkeme; başvurucunun; 26 Aralık 1994 tarihinde Alaşehir Cumhuriyet Savcısı önünde; savcılık ve sorgu hâkimliğinde alınan ifadeleri sırasında; jandarmaların kendisini kötü muamelede bulunmakla tehdit ettiklerini ve bu nedenle kendi rızası gereğince ifade veremediğini çok açık bir biçimde dile getirdiğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre; yoksul bir çevreden gelen ve hiçbir hukuki bilgisi bulunmayan başvurucunun; ölüm cezası ile yargılandığı bir davada avukat yardımıyla faydalanmak istememesinin sonuçlarını öngörebileceği düşünülemez.

61. Hiç kuşkusuz; ulusal makamlar; başvurucunun çektiği zorlukların bilincinde olup, ilgilinin; ücretsiz olarak bir avukatın yardımından yararlanabileceğini bilmesini sağlayabilecek aktif bir tutum sergilemiş olsalardı; savunma hakkının etkin biçimde kullanılmasının önündeki engeller ortadan kalkardı. Ulusal makamlar bu anlamda pasif kalarak, davanın adilane biçimde yürütülmesini güvence altına alma yükümlülüklerini yerine getirme noktasında ihmalkâr davranmışlardır. (10 Ağustos 2006 tarihli Bulgaristan/Padalov Kararı, No: 54784/00 ve 24 Eylül 2002 tarihli, *mutatis mutandis*, Birleşik Karlık/Cuscani Kararı, No: 32771/96, 38 ve 40. Paragraflar).

62. Mahkeme; tüm bu hususların ışığında başvurucunun; kendisi için görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek hakkından vazgeçmediğini tespit etmiştir. Mahkeme; adil bir yargılamadan söz edebilmek için, başvurucuya yüklenen cezanın ağırlığı da dikkate alındığında; adaletin selametinin; ilgilinin, aleyhine yürütülen ceza yargılaması sırasında ücretsiz olarak avukat yardımından faydalanması gerektiğini buyurduğuna itibar etmektedir.

63. Sonuç olarak; Sözleşme'nin; 6 §§ 1 ve 3 c) maddeleri ihlal edilmiştir.

64. Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında; adil yargılanma hakkı ile ilgili şikâyet sebeplerine daha önce esastan cevap vermiş olmakla mahkeme; aynı başlık altında dile getirilmiş olan diğer yakınmaların incelenmesine gerek olmadığı kanaatindedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

65. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca;

" Mahkeme, işbu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder ."

A. Zarar

66. Başvurucu; Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmesi sureti ile mahkûm edilmemiş olsa idi; bahçıvan ya da işçi olarak çalışabileceği-

ni belirterek; maddi zarar olarak 25.000 Avro; manevi zarar olarak da 100.000.000 Avro talep etmektedir

67. Hükümet başvurusunun bu iddialarının; esastan yoksun ve orantısız olduğu kanaatinde dir.

68. Mahkeme; mevcut davada hükmedilecek bir adil karşılığın sadece; başvurusunun Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerden yararlanamaması gerekçesine dayanabileceğini kaydetmektedir. Mahkeme; başvuru Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerden faydalanmış olsa idi; iç hukuktaki yargılama sonucunun ne olacağı üzerinde düşünmemekle birlikte; başvuruycuyu; gerçek bir fırsat kaçırmış olarak kabul etmenin makul olduğu sonucuna varmaktadır.(Bkz., 12 Şubat 1985 tarihli *İtalya/Colozza Kararı*, A Serisi no: 89, 17 ve 38. paragraflar ile Fransa/ *Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve Diğerleri Kararı*[GC], No:24846/94 ve 34165/96 -34173/96 arası, 79. paragraf Karar Derlemeleri 1999-VII). Mevcut davada tespit edilmiş olan ihlaller; başvurusunun manevi zararını karşılamaya yetmemektedir. Bu anlamda mahkeme; Sözleşme'nin 41. maddesinde belirtilmiş olan adli tatmin ilkesini göz önüne alarak; başvuruycuya; dile getirdiği toplam zarar için 8.000 Avro ödenmesi gerektiğine itibar etmiştir.

B. Ücretler ve Harcamalar

69. Başvuru; kendisini Strasbourg organları önünde temsil ettirmesinin karşılığı olarak, ücret ve harcamalar talebi adı altında toplam 13.000 Avro talep etmektedir. Talep edilen bu bedele; başvurusunun temsilcisinin ücreti karşılığı olan 12.000 Avro da dâhildir. Temsilci ile yapılan ücret sözleşmesi; dosyada mevcuttur.

70. Hükümet; bu bedeli fahiş bulduğunu belirtmektedir.

71. Mahkeme; başvuru ve avukatının birlikte düzenlemiş ve imza altına almış oldukları avukatlık ücretini gösterir avukatlık ücret sözleşmesinin dosyaya sunulduğunu belirtmektedir. Mahkemece; hakkaniyet ilkesi de gözetilerek; başvuruycuya ücret ve harcamaları için; 3.000 Avro verilmesine karar verilmiştir. Fakat başvuru Avrupa Konseyi'nden adli yardım karşılığı olarak 660 Avro almış olduğundan; başvuruycuya verilecek bedelden; bu bedelin düşülmesine; dolayısıyla başvuruycuya 2.340 Avro ödenmesine karar verilmiştir. Tahakkuk ettirilebilecek her türlü vergi; ödeme tarihindeki rayiç kur üzerinden ödenecektir.

C. Gecikme faizi

72. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizi oranına dayandırılması ve ayrıca bu orana % 3'lük bir eklenti yapılması gereğini uygun bulmuştur.

BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

1. Sözleşme'nin 6 / 1. maddesinin; 6 / 3 c. maddesi ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine;

2. Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili diğer şikâyet sebeplerini incelemeye yer olmadığına;

3. a. Sorumlu devletin başvuruçuya, kararın; Sözleşme'nin 44/2. maddesine göre kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki rayiç oran üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere; aşağıdaki bedelleri ödemesine:

i. Maddi ve manevi zararlar için 8.000 (Sekiz Bin Avro

ii. Ücret ve harcamalar için 2.340 (İki Bin Üç Yüz Kırk Avro)

iii. Tahakkuk ettirilebilecek her türlü verginin; ödeme tarihindeki rayiç kur üzerinden ödenmesine

b. Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden itibaren; ödeme gününe dek Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç verme faizine %3'lük bir eklenti yapılarak ayrıca gecikme faizi ödemesi yapılmasına;

4. Geri kalan adli tatmin taleplerinin reddine;

Karar vermiştir.

Fransızca hazırlanan bu karar; 27 Mart 2007 tarihinde, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddeleri uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Fatoş ARACI
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas BRATZA □
Başkan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete 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 28 Şubat 2007/26448

5583 Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 03 Mart 2007/26451

5585 Ekonomik İşbirliği Teşkilatı Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5586 Ekonomik İşbirliği Teşkilatı Transit Taşıma Çerçeve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
5587 Ekonomik İşbirliği Teşkilatı Eğitim Enstitüsü Kurucu Belgesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 06 Mart 2007/26454

5582 Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 07 Mart 2007/26455

5589 Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
5590 Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu ve 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
5591 Askerlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
5592 Er ve Erbaş Harçlıkları Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5593 Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 10 Mart 2007/26458

- 5594 Büyükşehir Belediyesi Kanunu, Belediye Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu ve Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5595 İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5596 Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerin Emniyet Genel Müdürlüğü'ne Ait Bölümünde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 17 Mart 2007/26465

- 5598 Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Sözleşmenin (Avrupa Patent Sözleşmesi) Değiştirilmesine İlişkin Anlaşmaya Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5599 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Etiyopya Federal Demokratik Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5600 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sırbistan ve Karadağ Bakanlar Kurulu Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5601 10 Kasım 1972, 23 Ekim 1978 ve 19 Mart 1991 Tarihlerinde Cenevre'de Gözden Geçirilen 2 Aralık 1961 Tarihli Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması Uluslararası Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 20 Mart 2007/26468

- 5605 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Batum Uluslararası Havalimanının Ortak Kullanılmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

5606 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Gürcistan Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 21 Mart 2007/26469

5602 Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun

RG 28 Mart 2007/26476

5604 Malî Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun

5608 İskân Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5609 Gecekondu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 31 Mart 2007/26479

5607 Kaçakçılıkla Mücadele Kanun

RG 03 Nisan 2007/26482

5612 Türk Silahlı Kuvvetlerinde İlk Nasıp İstihkakına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5613 Yedek Subaylar ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 04 Nisan 2007/26483

5614 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5615 Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5616 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Şili Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Askeri Alanda Eğitim, Savunma Sanayi, Teknik ve Bilimsel İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

5617 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Etiyopya Federal Demokratik Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Kültür, Eğitim, Bilim, Basın-Yayın, Gençlik ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

5618 Deniz Emniyeti Komitesinin 82. Oturumunun 29 Kasım 2006 - 8 Aralık 2006 Tarihleri Arasında İstanbul'da Yapılmasına Dair Türkiye Cumhuriyeti ile Uluslararası Denizcilik Örgütü

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5619 Arasında Mutabakat Muhtırasının Onaylanması Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uluslararası Telekomünikasyon Birliği Arasında 2006 Yılı Tam Yetkili Temsilciler Konferansının Organizasyonu, Gerçekleştirilmesi ve Finansmanına İlişkin Anlaşmanın Onaylanması Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

RG 05 Nisan 2007/26484

- 5611 Emniyet Teşkilâtı Uçuş Hizmetleri Tazminat Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 06 Nisan 2007/26485

- 5610 Toplu Konut Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Şubat 2007/26436

- Milletvekillerine, Yasama Organı Eski Üyelerine, Dışarıdan Atandıkları Bakanlık Görevi Sona Erenlere Tedavi Yardımı Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Memurları, Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Yurt Dışı Teşkilatına Sürekli Görevle Atanacak Personelin Seçimine İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kemerköy Elektrik Üretim ve Ticaret Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Şubat 2007/26437

- Başbakanlık Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü Yurtdışı Teşkilatında Görevlendirilecek Personelin Seçim Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sözleşmeli Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İşçi Sayılmayan Geçici Personel Çalıştırılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevlerinde Hükümlü ve Tutukuların Dışarıdaki Yakınlarıyla Telefonla Görüşmeleri Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ulaştırma Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Meslek İçi Eğitim ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Şubat 2007/26438

- Gülhane Askerî Tıp Akademisi Hemşirelik Yüksekokulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı Tesislerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gemi Trafik Hizmetleri Sistemlerinin Kurulmasına ve İşletilmesine İlişkin Yönetmelik

RG 20 Şubat 2007/26440

2007/11620 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Şubat 2007/26441

- Sağlık Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Şubat 2007/26442

- Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarının Yurtiçindeki Yükseköğretim Kurumlarıyla Ortak Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Programları Tesisi Hakkında Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 23 Şubat 2007/26443

- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalardaki Sigortalı Mevduat ve Sigortalı Katılım Fonunun Ödenmesi ile Bu Bankaların İflas ve Tasfiyesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- Mersin Üniversitesi Ortak Zorunlu Yabancı Dil ve Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Şubat 2007/26444

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Programlarının Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurt Dışı Teşkilatında Sürekli Görevlendirilecek Tarım Müşavirlerinin Atanmalarının Esas ve Usullerine Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Şubat 2007/26445

- Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 26 Şubat 2007/26446

- Bozok Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 27 Şubat 2007/26447

- Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Muhasebe Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşmasına İlişkin EUR.1 Dolaşım Sertifikaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının Muhasebe Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanuna Dair Kazanılmış Haklar, Mesleki Deneyim Kazanma ve Meslek Mensupluğu Sınav Yönetmeliği
- Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanuna Dair Oda Onur Kurulu Çalışma Esasları ve Serbest Yeminli Meslek Mensupları Disiplin Yönetmeliği
- Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanunun Uygulanma Usul ve Esasları ile Serbest Ormancılık ve Orman Ürünleri Büro Çalışma Alanlarına Dair Yönetmelik
- Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanuna Ormancılık ve Orman Ürünleri Bürolarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği
- Başkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Şubat 2007/26448

- Diyanet İşleri Başkanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Mustafa Kemal Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Mart 2007/26449

- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarımda Kullanılan Organik, Organomineral, Özel, Mikrobiyal ve Enzim İçerikli Organik Gübreler ile Toprak Düzenleyicilerin Üretimi, İthalatı, İhracatı, Piyasaya Arzı ve Denetimine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Mart 2007/26450

- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Tehlikeli Kimyasallar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Mart 2007/26451

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Denizcilik Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Engelliler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Mart 2007/26452

- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 05 Mart 2007/26453

- Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Önlisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Çerçeve Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Radyo-Televizyon Yapım ve Yayıncılık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Mart 2007/26454

- Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik
- Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Mart 2007/26455

- Sağlık Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rekabet Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Küresel İncelemeler Uygulama ve

Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Mart 2007/26456

- Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Arıcılık Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hayvan Sağlığı Kabini Açılış, Çalışma ve Denetlenme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Mamullerinin Toptan Satışıyla İlgili Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Mart 2007/26457

- Diyanet İşleri Başkanlığınca İdare Olunan Cami ve Mescitlerdeki Teberrükât Eşyası Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Otomatik Olmayan Tartı Aletleri Yönetmeliği (90/384/AT)
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Peyzaj Mimarları Odası Meslek İçi Eğitim, Uzmanlık ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Finansal Araştırmalar Merkezi (HÜ-FAM) Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Mart 2007/26458

- Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yapılacak Denetime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 12 Mart 2007/26460

- Muğla Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Öğrenci Kayıt Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mart 2007/26461

- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Belgesi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Mart 2007/26462

- Karadeniz Teknik Üniversitesi Stratejik Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Mart 2007/26463

- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Şurası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Askeri Hâkim Adaylarının Seçimi ve Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığınca Yerel Yönetimlerin, Derneklerin, Vakıfların ve Özel Tiyatroların Projelerine Yapılacak Yardımlara İlişkin Yönetmelik

RG 16 Mart 2007/26464

- Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 6831 Sayılı Orman Kanununun 2. Maddesinin (A) Bendine Göre Orman Sınırları Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Yönetmelik
- Kısa Mesafe Erişimli Telsiz (KET) Yönetmeliği
- Boğaziçi Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Mart 2007/26465

- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Reklam Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Mart 2007/26466

- Başkent Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 19 Mart 2007/26467

- Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Mart 2007/26468

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Elemanlarının Eğitim Amacıyla Yurtdışına Gönderilmesinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu Uygulama Yönetmeliği
- Kuluçkahane ve Damızlık Kanatlı İşletmeleri Yönetmeliği
- Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Mart 2007/26469

2007/11783 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Mart 2007/26470

- Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İstanbul Bilim Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Burs Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 23 Mart 2007/26471

- Uzlaşma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Meslek Personelinin Yarışma, Yetki ve Yeterlik Sınavları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çağ Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Yabancı Diller Hazırlık Eğitimi Yönetmeliği
- Çankaya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Mart 2007/26472

- Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telsiz ve Telekomünikasyon Terminal Ekipmanları Yönetmeliği (1999/5/EC)

RG 25 Mart 2007/26473

- Yeditepe Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Mart 2007/26475

- Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teşkilatlandırma Genel Müdürlüğü Kooperatifler Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Mart 2007/26476

- Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Mart 2007/26477

- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Mart 2007/26478

- Türk Silahlı Kuvvetlerinin İhtiyaç Duyduğu Yedek Subay Adaylarının Seçimine İlişkin Şekil ve Esaslar ile Celp Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Gemilerde Kiraya Verilecek Yerlere Ait Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Telekomünikasyon Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesine Ait Bazı Yönetmeliklerde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikler

RG 31 Mart 2007/26479

- Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik
- Kıyı Tesislerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Nisan 2007/26480

- Adnan Menderes Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Nisan 2007/26481

- Namık Kemal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 03 Nisan 2007/26482

- Çevre Gelirlerinin Takip ve Tahsili ile Tahsilat Karşılığı Öngörülen Ödenğin Kullanımı Hakkında Yönetmelik
- Çevre Kanununa Göre Verilecek İdarî Para Cezalarında İhlalin Tespiti ve Ceza Verilmesi ile Tahsili Hakkında Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Burs Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Nisan 2007/26483

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sendika Üye Sayıları ve Her Hizmet Kolunda Yetkili Kamu Görevlileri Sendikaları ve Bunların Bağlı Buldukları Konfederasyonların Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Nisan 2007/26484

- Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığına Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler
- Ulusal Pamuk Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Ulusal Zeytin ve Zeytinyağı Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Ulusal Turunçgil Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Ulusal Fındık Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Tarımsal Amaçlı Kooperatiflere Kullanılacak Kredilere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Nisan 2007/26485

- 2007/11837 Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Başbakanlık Uzman Yardımcılığı Giriş ve Başbakanlık Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Gözlüklüklük Ruhsatnamesi Verilmesi İçin Gerçekleştirilecek Kurs ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
 - Türkiye İş Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Türkiye İş Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türk-Yabancı, Yabancı-Türk Ticaret, Sanayi ve Deniz Ticaret Oda Derneklerinin Kuruluş, İşleyiş ve Denetim Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 07 Nisan 2007/26486

- Ankara Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Nisan 2007/26489

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Müsabaka Yerlerine Serbest Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sefer Bölgeleri Yönetmeliği
- Amatör Denizci Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çağ Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 11 Nisan 2007/26490

- Başbakanlık Merkez Teşkilatı ve Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik
- Trafik Sigortaları Bilgi Merkezi Yönetmeliği
- Belediye Zabıta Yönetmeliği
- Mahalli İdarelere İlk Defa Atanacaklara Dair Sınav Yönetmeliği
- Belediye İtfaiye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Nisan 2007/26491

- İthalat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fidanlık, Fidelik, Süs Bitkileri ve Çiçek Soğanı Üretilen Yerlerin Ruhsatlandırılmasına İlişkin Yönetmelik
- Mera Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Memurları Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Mal ve Hizmet Alımı İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Nisan 2007/26492

2007/11882 İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gümrükler Kontrol Genel Müdürlüğü Kontrolörleri Yönetmeliği
- Gümrük Muhafaza Kontrolörleri Yönetmeliği
- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sözleşmeli Sağlık Personeli Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Nisan 2007/26493

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Millî Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kabotajda Çalışan 400 Gros Tondan Küçük Petrol Tankerlerine Dair Yönetmelik

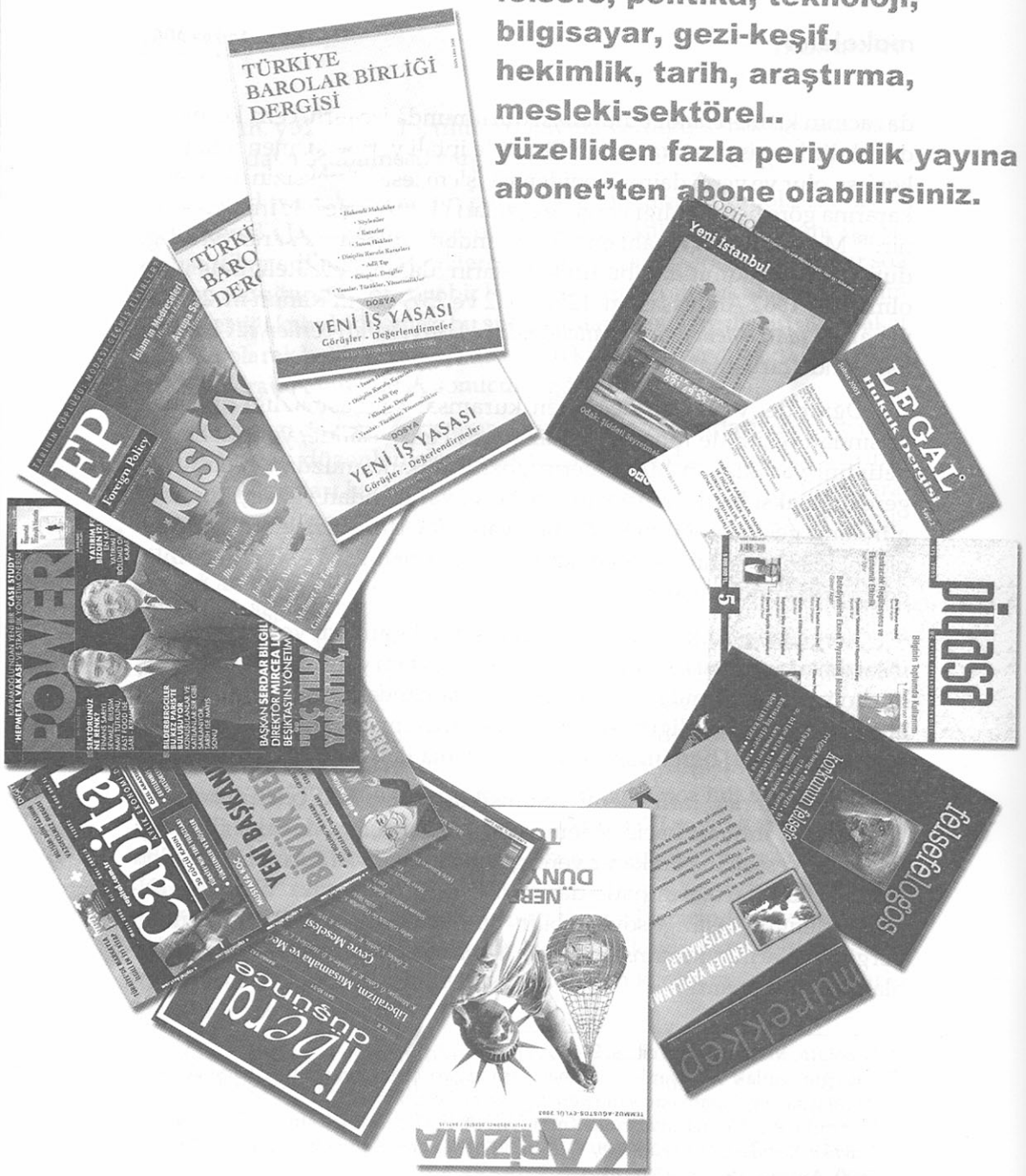
yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Gıda Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kimya Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Nisan 2007/26494

- İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu Alım-Satım İhale ve Muayene-Kabul Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

İlber Ortaylı,

AVRUPA VE BİZ,

Turhan Kitabevi, Ankara
2007



Yetkin bir tarihçi olması yanında düşünürlüğü de tartışılmaz İlber Ortaylı, 1990'lı yılların başında T. C. Merkez Bankası'nda vermiş olduğu konferans ve seminer metinlerini bütünleştirdiği bu kitabında, Avrupa Birliği'ne girme çabasının ekonomik ve politik yönleri kadar önemli olan sosyal ve kültürel boyutuna dikkat çekmektedir. Yazar hemen önsözünde bu düşüncesini ortaya

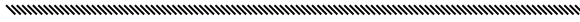
koymaktadır: *"AB artık sadece bir iktisadi birlik, bir siyasi ortak hareket olmaktan öteye kültürel bir yapılanma"dır. "Kırk yıl içinde Türkiye yapısal bir değişiklik geçirdi. Ne var ki kültürel değişim, sanayi ve ticaret kadar dengeli değildir."* Ortaylı'ya göre, Türkiye endüstri medeniyetinin temellerini eskiden atmıştır. *"Çarpık"* da olsa sınaî yapı, *"her şeye rağmen"* bilgi birikimi ve usta bir mühendisliğin temelleri vardır. Onun için de temel sorun olarak sınaî ve teknolojik bilgi ve uyum yeteneğini görmüyor.

Yazar, asıl önemli olan, kültürel yapı ve kültürel tercihler olduğunu söylüyor ve bu sorunun tartışılmasından kaçınıldığını ve hoşlanılmadığını vurguluyor. Bir hayat tarzını ve geçmiş kuşakların mirasını ifade eden kültür ve Avrupa ile Türkiye'nin uyum sorunu bu kitabın inceleme konusudur.

Avrupa'nın Rönesans'tan beri hem vazgeçemediği hem dışladığı iki ülkenin Rusya ve Türkiye olduğu saptaması ile sorunun sadece din olmadığını vurgulamaktadır. Türkiye'nin Rusya ve hatta Japonya'ya göre batılılaşma hareketini en kansız ve kolay yaptığını saptıyor.

Kitap, uzunca bir “Batı Kültürü ve Türkiye” başlıklı bir girişten sonra dokuz bölüme ayrılmış. “Batılılaşma Süreci ve Tepki”, “Batılılaşma Dönemi Kadroları”, “Batılılaşma, Uluşalcılık ve Parçalanmış İmparatorluk”, “Osmanlı Millet Sistemi ve Batı”, “Garpcılar, İslamcılar ve Hukuk Reformu”, “Avrupa ile Geçmişte ve Gelecekte Siyasi Bütünleşme”, “Tarihi Süreç İçerisinde Avrupa ile İktisadi Bütünleşme Sorunu”, “Avrupa Siyasi Birliği ve Avrupalılar”, “Avrupa Kültürü ve Türkiye”. Sonuç ise “Batı Avrupa-İslam ve Demokrasi Sorunu” başlığını taşıyor.

Bilinçli bir Avrupa Birliği tartışması için okunması gerekli bir kitap. Avrupa Birliği yandaşı ve karşıtlarının kendilerine bilimsel ve geliştirebilecekleri kanıtlar bulabileceklerini sanıyoruz.



Ziya Yergök,

HARBİYE'DEN DERSİM'E (1890-1914),

Yayına Hazırlayan: Sami Önal,
Remzi Kitabevi, İstanbul 206

Tuğgeneral Ziya Yergök'ün 1800 sayfalık defterlerinin Sarıkamış felaketi ve esaret yıllarını anlatan ilk bölümünü geçen sayımızda tanıtmiştık. Sarıkamış olayının 90. yılı dolayısıyla öne alınmış bu kitaptan sonra rahmetli Ziya Yergök'ün anılarının ikinci bölümü yine Sami Önal tarafından yayıma hazırlandı ve yaymlandı.

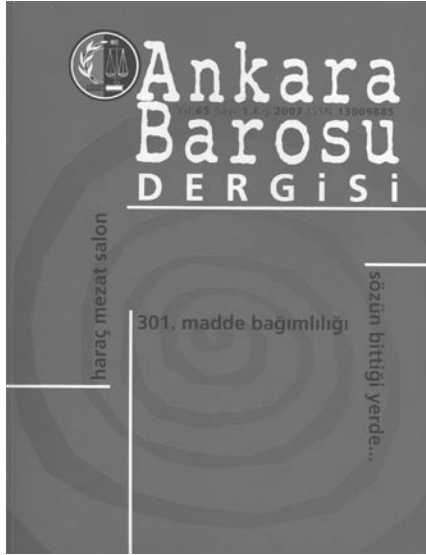
Bu kitapta Ziya Yergök sözü edilen yıllar arasında geçen askeri öğrencilik yıllarını, Erzurum, Erzincan'daki askerlik hayatını ve 1908 Dersim Harekatı sırasında yaşadıkları olayları anlatıyor.

Çağına tanıklık eden her iki kitabı ard arda okuduğumuzda anıların önemi bir kere daha ortaya çıkmaktadır. O günlerin sosyal yaşamı, eğitim kalitesi ve askerlik yaşamı gözlerimizin önünde bir film şeridi gibi akıp gitmektedir.

Sosyal tarih ile ilgilenen meslektaşlarımıza içtenlikle öneririz.

Teoman Ergül

DERGİLER



ANKARA BAROSU DERGİSİ,

Yıl 65, Sayı 1, Kış 2007

Ankara Barosu Dergisi, uzun bir hazırlık döneminden sonra yeni bir boyut ve şekille okuyucularının karşısına çıktı. Büyük boy, makalelerin çift sütun dizildiği derginin kağıdı ve kapağı ile özel bir çalışmanın ürünü.

Yargıtay ve Danıştay kararı yerine "karar değerlendirmeleri" bölümü bizce derginin en önemli atılımı. Türk yargı sistemini karar arayan, örnek karar bağımlılığından kurtaracak bu tür çalışmaların çoğalması umuduyla başarı dileklerimizizi sunuyoruz.

ŞANLIURFA BAROSU DERGİSİ,

Töre Cinayetleri, Özel Sayı 13,
Ağustos 2006

Urfa Barosu Dergisi, 13. sayısını "sosyal durumun" değiştirilmesini etkileyebilme isteğiyle, sorunun "kanuni" boyutu yanında sosyolojik, psikolojik boyunlarını da ortaya koymaya çalışan yazılarla bir özel sayı olarak yayınlamıştır. İlhan Akbulut, Hüseyin Yeğin, Ceren Belge, Mehmet Alagöz, Nevin Yıldız, Mehmet Faraç, Zeynep Alpar, Müslim Akalın imzalı yazıların özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu'dan kaynaklanan sorunun tartışılmasına katkı yapabileceğini ümit ediyoruz.



KİTAPLAR

Rona Aybay,

YABANCILAR HUKUKU

İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2.Baskı, Ocak 2007

**ANKARA BAROSU
HUKUK KURULTAYI
2006, 3-7 Ocak 2006 Ankara**

Ankara Barosu'nun iki yılda bir düzenlediği Hukuk Kurultaylarından sonuncusunun tebliğleri dört cilt halinde yayımlandı. Kurultayın ana konusu "*Uluslararası Hukukta Yeni Gelişmeler*", "*Feminizm ve Hukuk*", "*Adliye Yönetimi*" başlıkları idi. Bu ana başlıkların alt başlıkları ise oldukça fazladır.

Dört gün süren kurultay tutanakları güzel bir ciltler içinde sunulmuştur.

**Ali Parlar/
Muzaffer Hatipoğlu**

**TÜRK CEZA KANUNU
YORUMU**

İki cilt, Ankara 2007 (Kitap isteme adresi: Muzaffer Hatipoğlu, Yargıtay C. Savcısı, Yargıtay Ek Binası, Kavaklıdere/Ankara-0312 4188495-4162445. GSM 0532 7068042- 0505 367 35 51)

Mustafa Tarık Şentuna

**TUTUKLAMA VE ADLİ
KONTROL**

Adalet yayınları, Ankara 2007

**Nuri Düzgün/
Şerafettin Elmacı**

**OLASI KAST-BİLİNÇLİ
TAKSİR VE TAKSİRLE
İŞLENEN SUÇLAR,**

Adalet Yayınlar, Ankara 2007

Kemal Vuraldoğan

**1982 ANAYASASINDA
TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN
SINIRLANMASI,**

Ankara Barosu Yayını, Ankara 2007

Gürsel Kaplan

**İDARİ YARGIDA
DAVA AÇMA SÜRELERİ**

Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Derya Ateş

**BORÇLAR HUKUKU
SÖZLEŞMELERİNDE
GENEL AHLAKA
AYKIRILIK,**

Turhan Kitabevi, Ankara 2007