

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 iletildiğinden emin olunuz. Gereksinim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ULUSLARARASI
ÇOCUK İADESİ
ve
ULUSLARARASI
NAFAKA ALACAKLARI
DAVALARI

Bilâl KÖSEOĞLU

ÇIKTI !...

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 20

SAYI: 72

EYLÜL-EKİM 2007

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

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

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

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

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

31.08.2007

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özek, 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 Özek
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 Günöğür (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. 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.)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

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

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	33	Başkandan
Feriha Bilge TANRIBİLİR	37	Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine
Sibel İNCEOĞLU	55	Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi
Derya ATEŞ	75	Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları
Özgür Heval ÇINAR	94	Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Vicdani Ret
Rona AYBAY	109	Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı
Güneş GÜRSELER	121	"Müdafi Tayini" - III -
Özden N. SAV	134	"Su Hakkı" Olmalı mı?
Mine ARISOY	152	Hakaret
M. GÖKPINAR	206	Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Çocuk Suçluluğu
Erol ÇİÇEK	234	AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması
Hasan DURSUN	247	İdari İşlemlerin İdare Tarafından Re'sen İcrası
Mustafa ALBAYRAK	277	Taklit Ürün Suçlarının Yargılamaında Yaşanan Sorunlara Yeni Markalar Kanunu Çözüm Getirebilecek mi?
Nazlı TÖRE	297	Sanal Ortamda Telif Haklarına Uygulanacak Hukuk
Hasan KAYIKET	327	İntifa Hakkı ve İratlar Üzerinde Tenkis
M. Lamih ÇELİK	338	Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü
Yargıtay Kararları	351	
Disiplin Kurulu Kararları	387	
Cemil KAYA	406	Avrupa Konseyi 2006/8 ve 2007/7 Sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	431	
Ekler	449	
Kitaplar - Dergiler	492	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının
Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı
Dr. Necla ÖZTÜRK

Ceza Hukukunda Fikri İçtima
Mustafa ÖZEN

Yüce Divan Yargılaması
Mustafa ÖZEN

Taşınmaz Satışlarında İhale Kararlarının
Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma
Av. Murat DÖNMEZ

Siyasi Partilerin Kapatılması
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğün (Uygulamanın) Durdurulması
Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden
Doğan Sorumluluğu
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

Meslek Kurallarında Avukat - Mahkeme İlişkileri
Av. M. Lamih ÇELİK

Meslek Kurallarında Avukatın Reklam Yasağı
Av. M. Lamih ÇELİK

editör'den...

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, elinizdeki 72. sayı ile 19. yılını idrak etmiş, yirminci yaşına girmiş bulunmaktadır. Yeni biçimi ile 2003 Eylül'ünde çıkan 48. sayısından bu yana hiç aksamadan iki ayda bir tam 25 dergi çıkmıştır.

Bu süre içinde barolar ve TBB genel kurulları toplandı; Türkiye Barolar Birliği seçimleri yapıldı. Dergi yöneticileri ve teknik kadro pek çok olay yaşadı. Bütün bu olumsuzluklara rağmen, hiç kimse kendisinin ve çalışma arkadaşlarının gevşemesine, dergiyi ihmal etmesine izin vermedi. Dergi ve yayınlarımız Türkiye Barolar Birliği Yayın Müdürü ve çalışma arkadaşlarının gösterdiği özenli çalışma sonunda sıcağı sıcağına meslektaşlarımıza ulaştırıldı.

Geçen sayılarımızdan birinin hazırlanmasında aksaklık meydana gelmişti. Basimevine, koşullara boyun eğerek;

"Cumartesi, pazar var. Dergi pazartesi bayilerde olsa ne olur?" dediğimde, aldığım cevap ekip anlayışımızı gösteriyordu:

"Nasil olur? Teknik personel kendini derginin çıkış tarihine göre ayarlıyor. Biz zamanında basar YAY-SAT'a ayın birinde piyasaya çıkarabileceği şekilde teslim ederiz."

Arada bir yazıyorum. Dergiyi günü gününe çıkarmamızda TBB Başkanı Sayın Özdemir Özok'un katkısı ve yazılarını zamanında vermiş olmasının büyük katkısı var. Kendisine bu titizliğinden ve Yönetim Kurulu üyeleri ile birlikte yayınlarımıza sağladıkları imkândan dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Derginin içeriği ve kalitesi hakkında son derece olumlu ve övücü tepkiler alıyoruz. Eleştiriler de var. Fazla sayıda akademik yazı olduğu söylendi özellikle. Ben şahsen iki ilkeyi görmezden gelemeyeceğim şekilde karşıladım bu eleştirileri.

Bir: Hukukta teori ile pratik mümkün olduğunca birbirine yaklaşmalı ve birbirine dayanmalıdır. *"Teoride böyle ama uygulama..."* sözü benim ve arkadaşlarımın hukuk anlayışı ile bağdaşmıyor. Teoride ne varsa uygulamada da o olmalı diye düşünüyoruz. Onun için meslektaşlarımız teorik düşüncelere omuz silkip, sırt dönmesinler istiyoruz.

İki: Örnek Yargıtay ve Danıştay kararları ile yetinmeyip, hukukun temel kuralları (teorisi) ve yaratıcı mantıkla hareket edilmesinin hukukî düşünceye daha büyük hizmet olduğunu düşünmekteyiz.

Yaratıcı hukukçulara çalışmalarında katkıda bulunmak umuduyla yeni sayılarda ve ciltlerde buluşmak umuduyla saygılar sunarım.

Teoman Ergül

İşte dört siyasi parti

Önsüzü Özak yazdı
Prof. Dr. Üsküf, Prof. Dr. F. Sağlam, Prof. Dr. Necami Yıldızlar, eski TBMM Başkanı Adnan Kahraman, Prof. Dr. İsmail Kültür

MHP, hâkim ve savcılar için "kanunla adaletin gücünü artıracak" ileri sürüyor. Bildirgede "İnançsızlık" diyen AKP yine de "siyasi bağımsızlık" vurgusu yapıyor. "Hâkim ve savcılar" diye hazırlanan Anayasa tasarıları içeriyor. "Hâkim ve savcılar Yüksek Kurulu" diye hazırlanan Anayasa tasarıları içeriyor.

Kanunları uygulamak henüz bilmiyoruz

TBB: Devlet ve ulus, terör belasını mutlaka yenecek
Türkiye Barolar Birliği (TBB), devletin terör belasını mutlaka yenecek olduğunu belirtti. TBB, "Devlet ve ulus, terör belasını mutlaka yenecek" mesajını verdi. TBB, "Devlet ve ulus, terör belasını mutlaka yenecek" mesajını verdi.

Eski Baro Başkanı Günday anıldı
Gümüşhane (Cumhuriyet) - Gümüşhane'de 12 yıl önce bürosunda uğradığı silahlı saldırıyla katledilen eski Baro Başkanı Ali Günday törenle anıldı. Boyluca köyünde mezar başında düzenlenen törene Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok da katıldı.

Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret eden Gül'den son dakika turları
Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Baro'dan Gül'e destek yok
TBB Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Baro'dan Gül'e destek yok
TBB Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Baro'dan Gül'e destek yok
TBB Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Baro'dan Gül'e destek yok
TBB Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Baro'dan Gül'e destek yok
TBB Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Baro'dan Gül'e destek yok
TBB Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü ziyaret etti. Gül, "Gül'e eleştirilerimiz var ancak Cumhurbaşkanlığı makamını boykot etmeyeceğiz. Biz resepsiyonlara katılırız. Cumhurbaşkanlığı kurumuyla kavgalı olmuyoruz. Biz Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine saygı duymaktayız ancak Cumhurbaşkanlığı söz konusu olunca bugüne kadar izlenen politikaları ve referansları asla onaylamamaktayız" dedi.

Hakimler isyan etmekte haklı...

Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

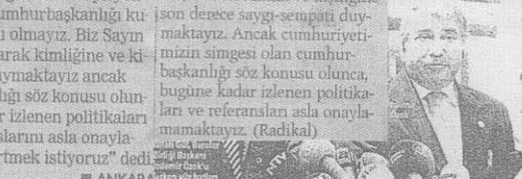
Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman

Hakimler isyan etmekte haklı...
Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Ülke'de ceza ve karar istikrarı, kararların yerleşmesi, adaletin gerçekleşmesi ve her suç işleyenin hakettiği cezayı çekmesi anlamında sayın yargıçlara katılmak mümkün değil. Yargıçlar yasama organının yaptığı yasamak ve karara ceza vermek duruzun vadede adalet anlamında isyanyargıç arkadaşlarını, zaman zaman





**CUMHURBAŞKANI
AHMET NECDET SEZER
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NE
VEDA ETTİ**

Onuncu Cumhurbaşkanı Sayın Ahmet Necdet Sezer, görev süresinin dolduğu 18 Mayıs 2007 tarihinden bu yana, yeni cumhurbaşkanı seçilemediği için görevine devam ediyordu.

Cumhurbaşkanlığı seçiminin sonuçlanmasına yakın günlerde veda ziyaretlerine başlayan Sayın Cumhurbaşkanı, 22 Ağustos 2007 tarihinde saat 10.30 sularında Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok'u ziyaret ederek veda ettiler. Yarım saati aşkın bir süre devam eden görüşmede Özdemir Özok'un övücü sözlerine, Sayın Sezer "Türkiye Barolar Birliği'nin önemine" vurgu yapan bir konuşma ile cevap verdiler.

**TBB MERKEZ BİNASI
VE SOSYAL TESİSLERİ'NİN
YAPIMI HIZLA SÜRÜYOR**

31 Mart 2007 tarihinde temel atma töreni yapılarak inşaatın başlanan, yaklaşık 30.000 m² kapalı alanlı TBB Merkez Binası ve Sosyal Tesisleri inşaatı hızla devam etmektedir. Mimar Haldun Erdoğan tarafından tasarlanan ve İNTA İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından yürütülen inşaatla %80 oranında kaba inşaat tamamlanmıştır.

Bu alanda İdare Binası, Yüzme Havuzu ve Sosyal Tesisleri, 120 yatak kapasiteli yataklı Tesisi, 600 kişi kapasiteli çok amaçlı Toplantı Salonu, 400 kişi kapasiteli düğün ve yemek salonu, 3000 m² kapalı alanlı fitness, kafe, pastane, lokanta, müzik salonu ve yaklaşık 200 araç kapasiteli kapalı otopark bulunmaktadır.

Normal bitim tarihi 31 Mart 2009 yılı olmakla birlikte 2008 yılı Mayıs ayında bitirilmeye çalışılmaktadır.



GÜMÜŞHANE ESKİ BARO BAŞKANI RAHMETLİ ALİ GÜNDAY ANILDI

On iki yıl önce 25 Temmuz 1995 günü, "türban" uygulamasından dolayı katledilen Gümüşhane Baro Başkanı Ali Günday, bu yıl Gümüşhane'de anlamlı törenlerle anıldı. İlk tören Atatürk anıtı önünde yapıldı, çelenk konuldu. Sonra hep birlikte Ali Günday'ın mezarı başına gidildi.

Aynı zamanda Gümüşhane Barosu'nun kuruluş yıldönümü olan 25 Temmuz günü Adli Müzaheret Merkezi'nin ve bu merkezde büyük bir vefa örneği olarak Ali Günday adı verilen altmış kişilik toplantı salonunun açılışı yapıldı. Törenlere ailesi, Gümüşhane Vali ve Belediye Başkanı ile Gümüşhane ve Bayburt adliye mensubu hâkim ve savcılar ve meslektaşlarımız katıldılar. Ayrıca komşu iller baro başkanları Ali Günday'ı anma töreninde bulundular.

TBB Başkanı Özdemir Özok bir konuşma yaptı.

"Bugün, burada 12 yıl önce 25.07.1995 günü bağnaz bir kişi tarafından sıkılan hain kurşunlarla öldürülen sevgili Baro Başkanımız Rahmetli Ali Günday' adına düzenlenen Adli Müzaheret Bürosu'nun açılması nedeniyle toplanmış bulunuyoruz. İnanç adına bağnazca işlenen her olaydan sonra, bizim için bir simge olan Ali Günday'ı özlem ve saygıyla anıyor kör inancın neler yapabileceğine acı bir örnek olarak gösteriyoruz.

Tanrı rahmetini değerli arkadaşımızın üzerinden eksik etmesin. Örnek bir Anadolu insanı olan Ali Günday'ın ailesi, yakınları ve saygıdeğer eşi onun yokluğuna sabırla katlanıyorlar. Özellikle yaşlı eşi geride bıraktığı onun yokluğunu çocuklarına hissettirmemek için olağanüstü çaba gösteriyor onlara hem ana, hem baba görevi yapıyor. Bizler bu gayreti hissediyoruz, sizler de birlikte olduğunuz için daha yakından yaşıyorsunuz. Annelerinin bu özverisi sonucu çocukların eğitimlerini tamamlayıp babalarına layık özgür düşünceli, insancıl, inançlı, yasalara saygılı birer evlat olacaklarına inanıyor ve güveniyoruz.

Güzel kentinize mutlu olaylar vesilesiyle gelmek, sizlerle hukuk, adalet, yargı üzerinde sohbet etmek, sizlerden alacağımız güç ile ülkemizde bitmeyen bir çabaya, yargı reformuna katkılar sunmak isterdik. Ancak kader bizleri Gümüşhane'de böyle acı bir olay dolayısıyla buluşturuyor. Bugün sizlere sık sık, hemen her zaman ve her yerde yaptığım konuşmalardan farklı, hukuka çok fazla yer vermeyen kısa bir konuşma yapmak istiyorum.

İnanmak, insanoğlu için bir ihtiyaçtır. İnanç olmadan yaşamak imkânsızdır, diyor Anton Çehov, Vanya Dayı'da. İnsanoğlu bu inancı doğrultusunda ilk çağlardan beri kan döktü, öldü öldürdü. Ve karşısındakinin de bir inanç, bir ideal sahibi olup olmadığına hiç bakmadı. Ancak bu kavgalarında inancın kimi zaman ekonomik, kimi zaman kişisel emelleri için birileri tarafından kullanıldığını, onun saf ve temiz inancının istismar edildiğini göremedi. Görse de karşı çıkacak gücü yoktu. Uygurlık ilerledikçe insanlar inancın bir öz değer, insanın kendisine ait bir öz değer olduğu bilincine ulaştılar. Herkesin inancına saygı gösterilmesi gerektiğini öğrendiler.

İnsanın değerini, insan öldürmenin kötülüğünü çok eski günlerde öğrendiler. Onun içindir ki, Hamurabi kanunlarından bu yana bütün din ve inanışlar öldürmeyi yasakladılar. Ama birileri yine de insanları insanlara öldürmenin bir yolunu buldu. Cahillerden, meczuplardan yararlandılar.

Cumhuriyet kanunlarını büyük titizlikle uygulamaya çalışan Ali Günday kardeşimiz, birlikte cuma namazını kıldıkları bir meczup tarafından inancından kuvvet alınarak öldürüldü. Oysa daha yarım saat önce aynı inanca saygının bir göstergesi olarak her ikisi de aynı camide aynı kibleye saf tutmuşlar, namaz kılmışlar, aynı Allah'a, aynı Peygamber'e, aynı kitaba sonsuz saygılarını sunmuşlar, dua etmişlerdi. Eğer ortada bir ölüm olmasa bu olayı kara mizah olarak nitelemek mümkündür. Ancak, bizim ailesinin, hukuk dünyasının ve elbette ki insanlığın kaybı çok büyüktür. Mizah kelimesini bu nedenle telaffuz ederken bile tüylerim diken diken olmaktadır.

Anadolu insanı yüzyıllar boyunca her inanca saygı gösterdi, her inancın yaşamasına izin verdi. Kendi inancını da hiçbir zaman bağnazca yaşamadı. Mevlana Celaleddin Rumi, Hacı Bektaş-ı Veli, Yunus Emre onun inan cının katı yönlerini yaşamasına izin vermediler. Onun için Anadolu insanı Hasan Sabbah'ları tanımadı, sevmedi, kabullenmedi. Şimdi de öz benliğine, vatanına, milletine haince plânlar uygulanıp saldırlar yaşarken, her gün köyünden, mahallesinden, kentinden, komşusundan, akrabasından hatta kendi hanesinden bir şehit cenazesi kalkarken kişisel intikam peşinde koşmuyor, kendi değerlerinin hesabını komşusundan sormaya kalkmıyor, kendi acısının hafifletilmesini devletin gücüne bırakıyor.

Onun için insan sevgisi önde geliyor, komşusu ile akrabası ile barışık yaşamayı tercih ediyor. Ali Günday ise bütün bu insancıl davranışların aksine, halkımıza dayatılan, zorla bir inanç sorunu haline getirilen türban meselesini inancına bir saygısızlık kabul etmeye zorlanan bir kişi tarafından öldürüldü.

Burada yeri gelmişken, hukuk sistemimizin mimarlarından, Cumhuriyetimizin kurucu Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un Medeni Yasa'nın genel gerekçesinde yazdıklarını hatırlatmak istiyorum;

'Yasaları dine dayalı devletler, kısa bir süre sonra ülkenin ve ulusun isteklerini karşılayamazlar. Bu nedenle dinlerin yalnız bir vicdan işi olarak kalması çağdaş uygarlığın temellerindedir. Kuşku yoktur ki, yasaların amacı, herhangi bir gelenek ve görenek ya da yalnız vicdanla ilgisi olması gereken din kuralları değil, siyasal, sosyal, ekonomik ve ulusal birliğin ne olursa olsun sağlanması ve yerine getirilmesidir.'

Acımız, hepimiz için tartışılmaz bir gerçek olan ölümün onu genç yaşta aramızdan ayırmış olmasıdır. Kim bilir, filozofun söylediği gibi Tanrı sevdiğini genç yaşta almış sözü doğrudur ve Tanrı Ali Günday'ı sevdiği için onu genç yaşta yanına aldı. Bu da inancımızın gereği tesellimiz olmalıdır.

Ali Günday kardeşimiz, onun değerini bilmesi, takdir etmesi mümkün olmayan gözü boyanmış bir cahil tarafından öldürüldü. Ziya Paşa'nın dediği gibi, ancak, "insan olan insanın değerini" bilebilir.

Ali Günday kardeşimiz dini inancı ile kanunları, kanuna saygıyı kişiliğinde özümsemiş bir hukukçu olarak "insafı olmayan" bağnaz bir cahil tarafından katledildiği için bizim gözümüzde görev şehit'idir. Türkiye Barolar Birliği ve tüm Barolarımız kendisini asla unutmamış, mesleğe ve çağdaş Türkiye'ye sevdalı bu meslektaşımızı her zaman saygı ve minnetle anmıştır."

Kendisine rahmet, ailesine ve sevenlerine sabırlar dileriz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ANAYASA TASARISINI YENİLİYOR

22 Temmuz 2007 seçimlerinden sonra, kamuoyunda "sivil anayasa" tartışmaları ön plâna gelmiş bulunmaktadır. Bu yolda yapılan tartışmalar dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği'nin 2000 yılında hazırlamış bulunduğu *Anayasa Tasarısı Taslağı*, kullanılmakta, sıkça atıflar yapılmaktadır.

Yönetim Kurulu, o günden bu yana Anayasa'da yapılan değişiklikler ile bazı konularda farklı görüşlerin ve olaylar karşısında yeni sorunlar ve değişik çözümler önerileri karşısında tasarının yenilenmesine karar vermiş; yeni bir metin hazırlamak üzere Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Prof. Dr. Oktay Uygun, Doç. Dr. Korkud Kanadoğlu, Yrd. Doç. Dr. Ece Göztepe, Yrd. Doç. Dr. Faruk Bilir ve Av. Teoman Ergül'den oluşan bir komisyon kurmuştur. Daha önce yapılan çalışmaları da göz önünde bulunduracak olan Komisyon Ağustos ayı sonunda Abant'ta toplandı.

Yönetime sunulacak taslak, Yönetim Kurulu'nun görüşleri ile son şeklini alacak, TBB Başkanı tarafından yapılacak bir basın toplantısı ile kamuoyuna sunulacaktır.

**KAYBETTİĞİMİZ
TBB BAŞKANLARI ANISINA
EKSİKSİZ DEMOKRASİ KONULU
SEMPZYUM 18-19 EKİM
TARİHLERİNDE YAPILACAK**

Kurucu Başkanımız Prof. Dr. Faruk Erem ile sonraki başkanlarımızdan Avukat Teoman Evren'i değişik yılların Ekim aylarında, ancak biri birine çok yakın günlerde kaybetmiş bulunuyoruz.

Yönetim Kurulumuz, daha sonra kaybettiğimiz Prof. Dr. Eralp Özgen'i de kapsayacak biçimde bir anı programı düzenlenmesine karar vermiştir. Önümüzdeki yıllarda "kaybettiğimiz TBB başkanları adına" daha kapsamlı anma törenleri düşünülmektedir. Bu yıl 18-19 Ekim tarihlerinde yapılacak sempozyumun başlığı "Eksiksiz Demokrasi" olarak tespit edilmiştir. Birinci günde, "hukuk devleti", "sosyal devlet" ve "Erklerin sanal ayrılığı"nın görüşüleceği üç oturum düzenlenmiştir. İkinci günün konusu ise "Siyasi Yapılanma" ana başlığı altında "Siyasi Partiler Demokrasinin Vazgeçilmez Unsuru Olabildi mi?" ve "Seçim Sistemi" iki oturumda tartışılacaktır.

**HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA
ARABULUCULUK KANUNU'NUN
TASARI TASLAĞI KONUSUNDA
ATELYE ÇALIŞMASI YAPILACAK**

Adalet Bakanlığı tarafından özel bir komisyona hazırlanmış bulunan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" konusunda görüş oluşturmak ve önerilerde bulunmak üzere TBB Yönetim Kurulu 26 Ekim 2007 tarihinde Ankara'da Prof. Dr. Saim Üstündağ, Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Suha Tanrıver, Prof. Dr. Kamil Yıldırım, Prof. Dr. Nevhiz Beren Yıldırım, Prof. Dr. Erdal Tercan, Prof. Dr. Ömer Ulukapı, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Doç. Dr. Muhammet Özkes, Av. Cengiz Tuğral ve Av. t Seçkin Arıkan'ın katılacakları bir yuvarlak masa toplantısı düzenledi.

Toplantı bnda alınacak ve en kısa sürede kitap haline getirilerek bakanlığa, üniversitelere ve ilgili kurum ve kişilere ulaştırılacaktır.

**CUMHURBAŞKANLIĞI
ADAYI ABDULLAH GÜL
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'Nİ
ZİYARET ETTİ**



22 Temmuz 2007 seçimlerinden sonra Cumhurbaşkanlığı'nı "müktesep hak" olarak değerlendiren bunu parti yönetimine ve partilerine kabul ettirme başarısını gösteren Dışişleri Bakanı, Kayseri Milletvekili Abdullah Gül, TBMM Başkanlığı'na adaylık için başvurduktan sonra yaptığı ziyaretler arasında TBB Başkanı'nı da ziyaret etti.

20 Temmuz 2007 günü TBB Başkanı Özdemir Özok'un odasında yapılan görüşmeden sonra Gül ve Özok basınla görüşme yaptı.

Başkanlık odasında Sayın Gül'ü dinleyen TBB Başkanı Özdemir Özok, basın mensuplarına kapsamlı bir açıklama yaptı:

"Kayseri Milletvekili, Dışişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Sayın Abdullah Gül, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı adaylığıyla siyasi partiler ve meslek kuruluşları arasında Türkiye Barolar Birliği'ni de ziyaret ederek adaylığını ve bu konudaki düşüncelerini bizlerle paylaşma nezaketinde bulunmuşlardır. Türkiye'de bir ilk olan bu uyar, nazik ve demokratik davranışlarından dolayı kendilerine teşekkür ederiz.

22 Temmuz Milletvekili genel seçimi, demokrasimizin eksiklerini giderme sürecinde önemli bir aşama olmuştur. Seçime katılım konusunda yurttaşlarımızın duyarlılığı, oy verme işlemlerinin uyar bir şekilde yakışır şekilde sakin ve huzur içinde tamamlanması, sonuçların kısa sürede alınması, hepsinden önemlisi seçim akşamı Sayın Başbakan ve seçimin galibi AKP'nin üst düzey yöneticilerinin sergilediği olgun demokratik duruş bizlere ülke geleceği için umut ve güven vermiştir.



Bu noktada Sayın Başbakanın bir hakkını da teslim etmeden geçemeyeceğiz. Sayın Başbakan, yasal koşulları uygun olsa da bir Başbakan ve siyasi parti genel başkanının Cumhurbaşkanlığına tercih etmeyebileceğini göstermiştir. Ülkemiz geçmişte bu yolda kullanılmayan tercihlerin sıkıntılarını yaşamıştır.

Tüm bu güzel, olumlu, demokratik gelişmelere karşın; erken genel seçimlere neden olan Cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında yaşanan gerginlik ve krizlerden hiçbir ders çıkarılmadığı görülmektedir.

Sayın Gül'ün AKP'nin elde ettiği seçim başarısında kendisinin ilk adaylığı sırasında yaşadığını iddia ettiği mağduriyetin büyük etkisi olduğu düşüncesi, seçim sonuçlarını gerçeğe yakın öngören KONDA'nın ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi öncesi yaptığı tahmin ve tespitler karşısında dayanaksız kalmaktadır. Seçim başarısı AKP örgütünün top yekûn çalışmasının ürünüdür. Başka bir anlatımla milletvekili genel seçimleri Sayın Gül'ün yeniden aday olmasını, ya da önceki adaylığında ısrar etmesini gerektirecek bir mesaj vermemiştir. Bu sonucu Sayın Gül ve yakın çevresi çıkarmış ve kendileri yeniden aday olmuşlardır. Kuşkusuz Sayın Gül'ün adaylığını TBMM'nin sayın üyeleri değerlendireceklerdir.

Bu bağlamda biz, Sayın Gül'ün insan olarak

kimliğine ve kişiliğine son derece saygı ve sempati duyuyoruz. Ancak, Cumhuriyetimizin en yüce makamı ve simgesi olan Cumhurbaşkanlığı sözü konusu olunca, bugüne kadar izlenen politikaları ve referanslarını da asla onamamaktayız. Bunu da demokratik bir hak olarak Cumhurbaşkanlığı adaylığı aşamasında açıkça ifade ediyoruz.

Cumhuriyetin sağladığı yaygın eğitim ve çağdaş olanaklarla kavuştuğumuz bugünkü durumumuz itibarıyla, TBB ve barolar olarak elde ettiğimiz Cumhuriyet kazanımlarını, Atatürk devrimlerini, laik demokratik sosyal hukuk devletini, yaşatmayı ve korumayı bu değerleri bizlere emanet eden, Cumhuriyetin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk başta olmak üzere, kurtuluş savaşını kanları ve canlarıyla kazanan şehitlerimize, ulusumuza ve geleceğini ancak çağdaş bir Türkiye ve dünyada sağlayabilecek evlatlarımıza karşı bir borç ve ötelemez bir görev olarak görmekteyiz.

Bu duygu ve düşüncelerle seçilmesi kesin olan Sayın Gül'e başarılar diler, TBB ve barolar olarak, büyük tarihsel sorumluluklar içeren yeni görevi süresince Cumhuriyetimizin temel değerlerinin korunmasında ve 'Eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti' ilke ve kavramlarının yaşama geçmesi yönündeki çalışmalarında her zaman yanında olacağımızı yineler, saygılar sunarım."

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı

TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

• AB BAŞKANLIĞI

Bilineceği gibi, Temmuz 2007 tarihi itibarıyla Almanya'nın yürüttüğü AB Başkanlığı Portekiz'e geçmiş bulunmaktadır. Bu dönemde çok önemli kurumsal düzenlemelerin yapılacağı tartışmasız olup en önemli konu bağlayıcı bir Temel Haklar Bildirgesi'nin yayımlanmasıdır.

Alman Başkanlığı döneminin en belirgin girişimlerinden bir tanesi Brüksel'de çok sayıda çalışma grubu ile etkinlik göstermiş olmasıdır. Portekiz başkanlığının bu etkinliği yakalaması zor görünmektedir. Portekiz başkanlığının önünde halledilmesi gereken çok önemli ve hassas konular bulunmaktadır. Bu konular; enerji piyasalarının, posta hizmetlerinin ve mali hizmetlerin serbestleştirilmesidir. İstihdam ve şirketler hukuku ile Avrupa'da şirketlerin tek bir vergilendirmeye tabi olmaları konuları halledilmesi gereken başlıklar olarak görülmektedir.

Portekiz'in çok büyük bir güneş enerjisi sistemi bulunmakta olup AB üyelerinin bu konuda dikkatlerini çekmesi beklenmektedir. Diğer önemli öncelikler ise iklim değişiklikleri ve suların azalması olacaktır. Diğer taraftan, Çin, Rusya, Brezilya ve Küba'da zirve toplantıları yapılarak bu toplantılarda "*insan hakları*" ele alınacaktır.

• KARA PARA AKLAMA DİREKTİFİ

İngiltere ve Galler Hukuk Birliği Brüksel Bürosu, kara Para Aklama Direktifi ilgili Avrupa Parlamentosu'nda bir yuvarlak masa toplantısı düzenlemiştir. Bu toplantıda, söz konusu Direktifin avukatlar üzerindeki etkisi tartışılmıştır. Bu doğrultuda, AB üyesi ülkelerin söz konusu direktifi iç hukuklarına adapte etmeleri ve yasa uygulayıcıları ile avukatlar arasında bu konuda mutlaka bir işbirliği yapılmasının yerinde olacağı vurgulanmıştır. Üçüncü Kara Para Aklama Direktifi'nin, AB'ne üye ülkeler tarafından 15 Aralık 2007 tarihine kadar iç mevzuatlarına uyumlaştırılması gerekmektedir.

• **CEZA HUKUKU**

Fransa ve Almanya bir AB ülkesinde cezaya mahkum olan kişinin bu cezasını AB üyesi olan kendi ülkesinde çekmesi yönünde bir öneride bulunmuşlardır. Bu öneri, halihazırda AB ceza hukuku alanında görülen boşluk nedeniyle yapılmış olup kefalet ve tutuklamalara bir çözüm getirilmesi amaçlanmıştır. Bu öneri, Adalet ve İç İşleri Komisyonunda görüşülmüş olup adalet bakanları konuya olumlu yaklaşım göstermiştir. Ancak, konuyla ilgili pek çok detayın göz önüne alınması gerekmektedir. Konuya ilişkin öneri 17 Temmuz oturumunda görüşülmüş olup Eylül ayında yapılacak genel kurulda karara bağlanması beklenmektedir.

• **SINIR ÖTESİ HİZMET SAĞLAYICILAR**

Avrupa Parlamentosu'nun İç Pazar ve Tüketiciyi Koruma Komitesi 2006 Kasım ayında sınır ötesi hizmet sunanların yükümlülükleri konusunda bir rapor hazırlamıştı. Bu bağlamda, Parlamento rapor doğrultusunda ulaşılan sonuç ve bulguları karara dönüştürmeyi planlamaktadır. Bu konudaki taslak rapor Avrupa Komisyonu'nun ;" kalite belgeleme mekanizmasını içeren bir ihtilaf giderme sistemini içermesi ve ihtilafların basit bir usulle giderilmesini" içeren meslek kuralları hazırlamasını öngörmektedir. Raporda ayrıca, sınır ötesi ticari hizmetlerde tüketicinin güveninin artırılması ve hizmet sunucularının yükümlülüklerinin uyumlaştırılması önerilmektedir.

• **AVUKATLIK MESLEĞİNDE AYRICALIKLAR**

Avrupa Adalet Divanı'nda görülmekte olan Akzo Nobel Kimyasalları Şirketi ile Akcross Kimyasalları Şirketi'nin Avrupa Komisyonu aleyhine açmış bulunduğu davalarda(T-253/03 ve T-125/03) şirket bünyesinde çalışan avukatların mesleki ayrıcalıkları tartışılmıştır. Konu avukat ayrıcalığı olduğu için pek çok uluslar arası meslek örgütü davalara müdahale etmiştir. Bu kuruluşlar; Avrupa Şirket Avukatları Birliği, Uluslararası Barolar Birliği, Avrupa Barolar Konseyi ve Amerikan Kurumsal Danışmanlar Birliği olarak sıralanmaktadır. Davaların önümüzdeki yıl karara bağlanması beklenmektedir.

• ADALET DİVANINI ZİYARET

21 Haziran 2007 tarihinde İngiliz ve İrlandalı hukuk bürolarının Brüksel ofislerinde staj yapan avukatlar Lüksemburg'daki Adalet Divanı'nı ziyaret etmişlerdir. Mahkeme binasını gezen stajyerler bir duruşmaya girerek divanda davaların nasıl görüldüğü hakkında bilgi sahibi olmuşlardır... Diğer tedbirler; işyerinin kapatılması, kamu ihalelerine girememe ve devlet sübvansiyonundan mahrum edilmek olarak sıralanmaktadır. Komisyon yaptırımların alt sınırına ilişkin bir öneri sunmamıştır.

• ŞİRKETLER HUKUKU

Şirketler hukuku kapsamında daha önceleri gündeme gelen "*bir hisse bir oy*" prensibine ilişkin tartışmaların bir anda ortadan kalktığı gözlenmiştir. Hal böyle olmakla beraber şirketlerin işleyiş ve yönetimlerinde herhangi bir ekonomik olumsuzluk saptanmamıştır. Komisyon bir sonuca varmadan önce bu konudaki yapılan çalışmanın değerlendirilmesinden sonra nasıl ilerleneceği konusunda karar verecektir. Konuya ilişkin olarak Avrupa genelinde 450 şirket incelenmiş, 16 AB üyesi ülkenin ve 3 AB mevzuatına tabi bulunmayan ülke mevzuatı incelenmiş bulunmaktadır. Komisyon konuya ilişkin çalışmalarının sonucunu Kasım ayında bir Tavsiyeler bütünü olarak sunmayı planlamaktadır.

• TÜKETİCİLERİN KORUNMASI

Her yıl İngiltere başta olmak üzere diğer AB üyesi ülkelerinden yüzlerce vatandaş imzaladıkları "*tatil paketleri*" nedeniyle dolandırıldıklarını ileri sürerek şikayette bulunmaktadır. Bu nedenlerle, AB Komisyonu Haziran ayında tüketicinin korunması mevzuatında iyileştirmeler yapılmasını ve ürünler açısından kapsamının genişletilmesine ilişkin bir öneride bulunmuştur.

Kapsama alınması önerilen ürünlerin başında ucuz tatil köyleri, paket turlar, devre mülkler gelmektedir. Öneri Avrupa Parlamentosuna ve Üye ülkelere sunulduktan ve kabul edildikten sonra üye ülkelerce uygulanacaktır.

HUKUK USULÜ

Mayıs ayı itibariyle Avrupa Parlamentosu ve Üye ülkeler nihayet Roma II olarak bilinen ve sözleşmeye bağlı olmayan yükümlülüklerin haline ilişkin Yönetmeliği kabul ettiler. Bu düzenleme sınır ötesi davalarla ilgili olarak sözleşme dışı haksız fiil ve zararlara uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre kural zararın meydana geldiği ülke kanunun uygulanmasıdır. Ancak, ürün sorumluluğu, çevreye verilen zarar, fikri haklar ve endüstriyel davalarda özel kurallar uygulanacaktır. Diğer taraftan, birçok yargı yetkisine tabi haksız rekabet davalarında da özel kural uygulanmaktadır. Diğer bir uygulama ise yabancı bir ülkede meydana gelen trafik kazası nedeniyle zarara uğrayanların zararlarının da hesaplanmasında mahkemeler kişisel olarak uğranılan mağduriyeti de değerlendireceklerdir. Bu konuya ilişkin değerlendirmelerin Komisyon tarafından 2008 de tamamlanması beklenmektedir. Yönetmelik önümüzdeki aylarda kabul edilecek ancak bu kabulden on sekiz ay sonra yürürlüğe girecektir.

• SINIR ÖTESİ BORÇLARIN TAHSİLİ

Avrupalı tüketicilerin kendi ülkeleri dışındaki ülkelere gidip gelmeleri, internet üzerinden alışverişler, ikinci gayrimenkul edinmeleri vs. gibi nedenler ortalama tüketicinin sorunlarını artırmış bulunmaktadır. Bu doğrultuda, AB "Basit Alacakların Tahsili"ne ilişkin bir yönetmelik hazırlanmış bulunmaktadır. Bu Yönetmelik; diğer bir AB üyesi ülkede yapılacak alacak taleplerinin standart bir usule getirilmesini planlamaktadır. Asıl amaç takibi basitleştirme ve icrasını kolaylaştırmaktır. Bu usule göre tahsil edilebilecek alacak miktarı €2000 ile sınırlı bulunmaktadır. Yönetmeliğin 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Danimarka dışında bütün AB üyesi ülkelerde uygulanacaktır.

• SAVUNMA HAKKI

AB'de savunma ve adil yargılanma konusunda getirilmek istenilen kolaylıklar bazı üye ülkelerin işi yavaştan almasıyla sekteye uğramıştır. Bu kolaylıklar; duruşma öncesi ve duruşma sırasında hukuki danışma hakkı, yabancılar için gerekli belgelerin ücretsiz olarak tercümesi gibi

imkanları kapsamakta idi. Bu konuda İngiltere ve İrlanda; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AİHM'in bu konuda yeterli güvence sağladığını ileri sürmüşlerdir. Bu konudaki gelişmeler devam etmekte olup, bütün itirazlara rağmen "iyileştirilmiş işbirliği"nin ve verilmek istenilen hak ve kolaylıkların sağlanıp sağlanamayacağı Portekiz başkanlığındaki ilerlemelerle belirlenecektir.

ADR KURALLARI

(Alternative Dispute Resolution- İhtilafların Alternatif Yollarla Halline İlişkin Kurallar)

Bilindiği gibi, hakkı tecavüze uğrayan veya tanınmayan kimsenin hakkının yerine getirilmesi veya hukuk alanında doğan bir ihtilafın giderilmesi devletin mahkemelerinde dava açılması ile veya bir hak üzerinde ihtilafa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünün özel kişilere bırakılarak tahkim yolu ile giderilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle, davalar normal olarak mahkemelerde, istisnai olarak da tarafların anlaşması koşulu ile hakemlere (tahkim) gördürülebilmektedir.

Ancak, yargılamanın uzun ve masraflı olması ve küreselleşmenin bir sonucu olarak, özellikle ticari ihtilafların dostane bir şekilde halledilebilmesi diğer bir ihtilaf giderme yolunun yaygınlaşmaya başlamasına neden olmuştur.

I. MODERN İHTİLAFLAR ÇÖZÜM METOTLARI

Globalleşme olgusu uluslararası ticarete geniş kapsamlı bir ihtilaf çözüm mekanizmasına duyulan ihtiyacı artırmıştır. Zira uluslararası sözleşmeler sayı olarak artarken bunlardan kaynaklanabilecek ihtilafların da daha hızlı, gayri resmi ve daha az masraflı çözümü yöntemlerine olan talepte artış göstermiştir.

Bilindiği gibi, günümüzde ihtilaflar, geleneksel olarak ulusal mahkemelerde çözümlendiği gibi, pek çok modern yöntemlerle de giderilebilmektedir. Bu yöntemleri, maliyeti en az olandan başlayarak aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

- Üçüncü bir şahıs olmaksızın tarafların kendi aralarında müzakere yöntemi,
- Tarafsız üçüncü bir kişinin arabuluculuğu ve müzakereler yolu ile yasal olarak uygulanabilirlik gücü olmayan, ihtilafların halli;
 - Uzlaşma/arabuluculuk (conciliation/mediation)
 - Tarafsız değerlendirme (neutral evaluation)
 - Kısa - duruşma (mini trial)
 - İhtilaf İnceleme Kurulları (Dispute Review Boards)
- Geçici olarak bağlayıcılığı olan kararlarla çözüm,
- İhtilafların yasal yaptırımı olan karar veya ilamlar yolu ile çözümü;
 - Tahkim,
 - Ulusal mahkemelerde dava.

Görüldüğü gibi, tarafların ihtilafların çözümünde başvurabilecekleri çeşitli yollar bulunmaktadır.

II. UNCITRAL ARABULUCULUK MODEL KANUNU

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Birleşmiş Milletler'in 17 Aralık 1966 tarihinde yapılan Genel Kurul kararı ile kurulmuştur. Komisyonun görevi uluslar arası ticaret alanındaki hukuk kurallarını uyumlaştırmaktır. Bu misyon ışığında oluşturulan Arabuluculuk kuralları en son 2002 yılında revize edilmiştir. 24 Haziran 2002 tarihinde kabul edilen UNCITRAL Arabuluculuk Model Kanunu; arabuluculuk yönteminin kullanılmasını yaygınlaştırmayı ve geliştirmeyi amaçlamaktadır. Model Kanun; daha çok arabuluculuk usulünü, arabulucuların atanmasını, arabuluculuğun başlaması, sona ermesi, yürütülmesi, arabulucular arasındaki iletişim, gizliliğe ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır.

A. UNCITRAL ARABULUCULUK MODEL KANUNUNUN GELİŞİMİ

Uluslararası ticari ihtilafların masrafsız ve süratli bir şekilde çözümlenmesi uygulanmasının yaygınlaşması ve bu konudaki taleplerin artması üzerine; 1976 yılından beri uygulanmakta olan UNCITRAL

Arabuluculuk Kuralları'nın bir model kanuna dönüştürülmesine karar verilmiştir. Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Çalışma Grubu tarafından oluşturulan çalışma grubu 90 devlet temsilcisi, 12 devletlerarası kuruluş ve 22 sivil toplum örgütünün katılımı ile çalışmalarına başlamış ve söz konusu kuralları model kanun haline getirmiştir.

B. 2002 TARİHLİ UNCITRAL MODEL KANUNU

Arabuluculuk Model Kanunu 14 maddeden oluşmuştur. Kanununun 1. maddesinde de kanunun hangi ihtilaflara uygulanacağına ilişkin kapsam maddesi hükme bağlanmış ayrı bir kanun içinde geçen tanımlara ilişkin açıklamalar getirilmiştir.

Kanunun yorumuna ilişkin düzenleme 2. madde ile getirilmiştir.

Arabulucuların sayısı ve atanmaları 5. maddede düzenlenmiş olup arabulucular arası iletişim 7. madde de hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Usulün gizliliğine ilişkin düzenleme ise 9. maddede yer almaktadır.

Taraflar, arabuluculuğun sonuçlarını bir uzlaşma sözleşmesi kabul ettikleri takdirde bu uzlaşma sözleşmesi bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikte olmaktadır.

III. ICC (ULUSLARARASI TİCARET ODASI) KURALLARI

Bilineceği gibi, ICC (Uluslararası Ticaret Odası) (The International Chamber of Commerce) uluslararası ticari ilişkileri kolaylaştırmak amacı ile 1919 yılında Paris'te kurulmuştur. Bugün/dünyada uluslararası ticari ihtilafların çözümü için en yaygın şekilde kullanılan ve kabul edilen bir tahkim kurumu olarak faaliyet gösteren ICC ilk tahkim tüzüğünü 1923 yılında yayımlamıştır. Aynı yıl, ICC Tahkim Divanı (Court of Arbitration) kurulmuştur.

Uluslararası Ticaret Odası (ICC), ihtilafların tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ile müzakere edilerek, mahkemeler ve hakem dışında,

diğer yollarla halledilmesine ilişkin “İhtilafların Alternatif Yollarla Hal-line İlişkin Kurallar” (Alternative Dispute Resolution-ADR) (bundan böyle ADR olarak anılacaktır), 1 Temmuz 2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak, kurallar 1 Ocak 2003 tarihinde revize edilmiştir. Bu kurallar, 1 Ocak 1988 tarihinden beri yürürlükte olan “ICC Rules of Conciliation”ı yürürlükten kaldırmıştır.

Bu kurallar, ulusal veya uluslararası ticari ihtilafların halinde uygulanmaktadır. ADR usulü, hızlı ve nispeten ucuz bir çözümü amaçlamaktadır. Kurallar, uygulanacak usulün gizliliğine ilişkin hükümler içermektedir. Ancak, ihtilafların tamamen dostane bir şekilde çözülmesine yönelik olduğu için taraflar Tahkim Kararı gibi hukuki yönden tanınabilecek veya tenfiz edilecek bir karar istedikleri takdirde başvuracakları yol bu değildir. Taraflar ihtilafların çözümünde bağlayıcı olmayan; arabuluculuk (mediation), tarafsız değerlendirme (neutral evaluation) ve kısa duruşma (mini-trial) olarak adlandırılan tekniklerden birini seçmekte serbest bulunmaktadır. Eğer, belli bir teknik üzerinde anlaşma sağlanamazsa, kurallara göre “arabuluculuk (mediation)” uygulanacaktır.

ICC, tahkimde olduğu gibi, ayrı bir ADR sekreteryası oluşturmuştur.

Görüldüğü gibi, tarafların ihtilafların çözümünde başvurabilecekleri çeşitli yollar bulunmaktadır.

A. ICC ADR KURALLARININ GELİŞİMİ

Bilindiği gibi, ICC kurumu iş çevrelerine ihtilaflarının çözümünde pek çok hizmet sunmuş ve sunmaya devam etmektedir. Nitekim, 1923’ten beri de tahkim konusundaki liderliği sürdürmektedir. Diğer taraftan, ICC 1920’de yürürlüğe giren “Uzlaşma Tüzüğü (Rules of Conciliation)” doğrultusunda da uzlaşma hizmetleri sunmuştur.

Ancak, “ihtilafların dostane çözümü” konusunda talep ve gereksinimin artması ile bu gereksinime nasıl cevap verileceği hususu giderek önem kazanmıştır.

Bu doğrultuda, ICC Uluslararası Tahkim Komisyonu, ICC-ADR hizmetlerinin yeniden yapılandırılması için 1999’nin ilk yarısında bir

çalışma grubu kurmuştur. Çalışma Grubu, mevcut “Uzlaşma Tüzüğü” hükümlerinde, ADR hizmetlerinin ICC bünyesinde verilmesini sağlamak amacıyla, gerekli değişiklik ve ilavelerin yapılması konusunda Aralık 1999 da görevlendirilmiştir. Çalışma grubu, Uzlaşma Tüzüğü’nün yetersiz hükümlerini gözden geçirerek ADR kurallarının tahkimden ayrılarak ayrı bir kitapçık haline getirilmesinin ve bir şekilde ICC’nin bu kapsamdaki hizmetlerinin tamamlayıcı olmakla beraber bağımsız olma özelliğinin de korunmasına dikkat çekmiştir. Çalışma grubu tarafından hazırlanan kurallar Nisan 2001 tarihinde komisyonca kabul edilmiştir.

ICC’nin yeni ADR kuralları ile ihtilafların haline ilişkin olarak sunulmakta olan diğer hizmetlerin birbirlerinin tamamlayıcısı olduğu tartışmasızdır. ADR kuralları ihtilaflarının çözümü konusunda oldukça başarılı sonuçlar doğurmuştur. Ancak, bu yöntem ihtilafın çözümü bakımından garanti olmamaktadır.

Zira, taraflar ADR usulünün sonunda müzakere edilerek varılan sonucu kabul etmeyebilmektedirler. Oysa, tahkim, prensip olarak tahkim mahkemesince verilen hükümlerle ihtilafın icra edilebilir, bağlayıcı bir kararla sonuçlanmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, ADR usulü tatminkar bir sonuç doğurmadığı takdirde taraflar her zaman tahkime başvurabilmektedir. Diğer taraftan ihtilafın tarafları, söz konusu ihtilafın tahkim veya mahkemede görüşülmesi esnasında da ADR kuralları yardımı ile ihtilafın çözümü yolunu seçebilirler.

B. YENİ ADR KURALLARININ KULLANILMASININ PRATİK YÖNLERİ

1. Kuralların İsmi

ICC, ihtilafların uzlaşma yolu ile halli yöntemi ile ilgili olarak kullanılan- “ADR” kısaltması için diğer ihtilaf çözümü yolları (alternative dispute resolution) yerine, “*ihtilafların dostane halli*” (amicable dispute resolution) ifadesini kullanmayı yeğlemektedir. Çoğu zaman “*tahkim*”de ADR çözüm yolları arasında sayılmaktadır, ancak tahkim ve diğer teknikler arasında belirgin farklar bulunmaktadır. Bilindiği gibi, tahkim taraflar açısından bağlayıcı olan bir kararla sonuçlanmaktadır. Buna karşın, arabuluculuk (mediation), tarafsız

değerlendirme (neutral evaluation) ve kısa-duruşma (mini-trial)lar sonucu ulaşılan sonuç bağlayıcı değildir. Bu yöntemlerin sonuçlandırılması ile taraflar arasında varılan mutabakat ihtilafı çözmekte ve anılan sözleşmenin tabi olduğu yasa gereğince de tarafları bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

Yukarıda değinilen ayırım doğrultusunda, ICC tahkimi diğer uzlaşma tekniklerinden ayrı tutulmaktadır. Bu bağlamda tahkim ICC-Tahkim Kuralları'na, bağlayıcı niteliği olmayan teknikler ise ICC'nin yeni ADR Kuralları'na tabi bulunmaktadır.

2. Kuralların Kapsamı

Kuralların kapsamının düzenlendiği 1. madde uyarınca, bu kurallar münhasıran ticari ihtilaflara uygulanacaktır.

Diğer bir ifade ile kurallar ulusal ve uluslararası ticari ihtilafların çözümü için kullanılabilir.

1. madde, tarafların anlaşması ve ICC onayı olduğu takdirde, kurallarda değişiklik yapılabileceği hususunu düzenlemiştir. Bu madde, ICC-ADR usulünün tarafların kontrolünde olacağına ilişkin yaklaşımla uyumludur. Ancak, ICC'nin her değişikliği onaylamayacağı da bir gerçektir. Örneğin, kuralların 1. maddesi hükmünde bir değişiklik yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bunlara ilaveten ihtilafları çözümlenmekle görevli "Tarafsız" (kişinin) bütün olaylarda tarafsızlığını beyan etmesi gerekmektedir. Yine, "Tarafsız" kişinin, ihtilafın bu yolla çözümlenemeyeceği kanısına varması halinde müzakerelerin durdurulmasına karar verebileceğine ilişkin maddede de değişiklik yapılmaması uygun olacaktır. Öte yandan, ücret ve masraflara ilişkin 4. maddede de değişiklik yapılmaması uygundur. Bununla beraber taraflar kendilerince uygun olan değişikliklere ilişkin önerilerini ICC'ye yapabileceklerdir.

3. ADR - UZLAŞMA PROSEDÜRÜNÜN BAŞLAMASI

ICC-ADR Kuralları, uzlaşma prosedürünün başlaması için iki alternatif yöntem öngörmektedir. Birinci yöntem, tarafların aralarında çıkacak ihtilafın ICC-ADR yöntemi ile çözülebileceğine ilişkin bir

anlaşmanın mevcut olmasıdır. Böyle bir anlaşmanın taraflar arasındaki temel sözleşmede yer alması ya da ihtilafın çıkmasından önce veya sonra böyle bir sözleşme yapılması halinde uygulanabilecektir. Önerilen zorunlu klozların taraflar arasındaki sözleşmede yer alması geçerli bir mutabakatın varlığına işaret edecektir. Eğer ihtilafın ICC-ADR kurallarına göre çözümüne ilişkin bir anlaşma mevcut değilse, ikinci yöntem uygulanacaktır. Bu durumda, taraflardan biri ICC'ye ADR uzlaşması için bir talepte bulunabilirler. Bu talep ICC tarafından kabul veya red için diğer tarafa tebliğ edilir. Karşı tarafın talebi reddi halinde ICC-ADR prosedürü başlatılamayacaktır.

İki farklı yöntem bakımından, prosedürün başlama tarihi farklı olacaktır. İlk metoda göre, ICC-ADR prosedürü, ICC'nin ADR talebini alması ile başlayacaktır. Taraflar arasında önceden yapılmış bir anlaşma olduğu için talebin ICC'ye yapılması prosedürü başlatacaktır. Bu talep, aynen tahkim usulünün başlatılması talebi (Request for Arbitration) gibidir.

Diğer taraftan, ikinci metodda ise, ADR Talebinin yapılması, prosedürü başlatmaya yetmemektedir. Prosedürünün başlaması için karşı tarafın kabul beyanının ICC'ye ulaşması gerekmektedir. Kuralların 2B(2) maddesi doğrultusunda, karşı taraf talebe 15 gün içinde hiç cevap vermez veya olumsuz bir cevap verir ise prosedür başlatılamayacaktır. Diğer bir ifade ile hiçbir ADR prosedürü, taraflar arasında bir anlaşma olmadıkça başlatılamamaktadır.

Bu doğrultuda, birinci yöntem ile prosedürün başlatılmaması halinde kuralların 6. maddesi doğrultusunda prosedür sona erdirilebilir. Bunun önemli yönleri bulunmaktadır. Örneğin ADR prosedürü taraflar arasında önceden yapılmış bir anlaşmanın varlığı koşulu ile başlatılmış ise taraflardan biri, "tarafsız kişi" ile ilk müzakere yapılmadan, prosedüre son veremeyecektir. Bu bağlamda, kurallara göre, birinci yöntem ile başlatılan prosedürde "tarafsız kişi" ile ilk müzakerenin yapılması bir zorunluluktur.

Tekrar ADR talebi ne dönecek olursak, bir talep taraflardan sadece birisi veya ikisi tarafından müşterek olarak yapılabilir. Müşterek talep ile tarafların her biri ihtilafı kendi yönünden anlatabilir. Ancak, iki tarafın ortak bir anlatım kullanması da uygundur. Diğer taraftan,

yanlardan birinin talebi ile olayı ve ihtilafı o talep sahibinin açıklaması halinde karşı taraf da kendi yönünden ihtilafı açıklamakta serbesttir.

4. 3. MADDE UYARINCA “TARAFSIZ KİŞİ”NİN SEÇİMİ

Kurallara göre, “*tarafsız kişinin*” (Neutral) seçimi konusunda iki yöntem bulunmaktadır. Buna göre, “*tarafsız kişinin*” ya tarafların ortak kararı ile seçilebilir veya ICC tarafından atanır. Tamamen güvene dayalı bir yöntem söz konusu olduğu için, “*tarafsız kişi*”nin, yanların üzerinde anlaşığı bir kişi olması en çok tercih edilen yöntemdir.

Ancak, bir hususu belirtmek gerekir ki o da tarafların seçtiği “*tarafsız kişi*” ile ICC’nin atadığı “*tarafsız kişinin*” arasında önemli bir ayırım bulunmaktadır. Tarafların seçtiği “*tarafsız kişi*”nin taraflardan bağımsız olması koşulu aranmamaktadır. Şöyle ki, seçilecek tarafsız kişi ihtilaf konusu sözleşme bağlamında, taraflardan birisine daha önce hizmet vermiş bir kimse olabilir. Taraflar bu ilişkiden haberdar ise ve bu bilgi doğrultusunda seçim yapılmışsa, kurallara aykırı bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle, bütün “*tarafsız kişi*”lerin, “*tarafsızlık/bağımsızlık beyanı*” (statement of independence) vermeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, “*tarafsız kişi*”nin seçilmesi/tayini, ibraz ettiği “*tarafsızlık beyanının*” kabulüne bağlı bulunmaktadır. Uygulamada, resmi atama yapılmadan “*tarafsız kişi*”nin tarafsızlığı ve niteliklerinin taraflarca onaylanması uygundur.

Diğer taraftan, ICC’nin atadığı “*tarafsız kişiler*”in taraflardan bağımsız olması gerekmektedir. Bir “*tarafsız kişi*”nin ibraz ettiği “*tarafsızlık beyanı*”na karşı, taraflar yazılı olarak, itiraz etmediklerini bildirmedikleri takdirde ICC atamayı yapamaz. Kurallar uyarınca, atanmış bir “*tarafsız kişi*” görevi kabul etmediği takdirde ICC yeni bir “*tarafsız kişi*”yi atayacaktır. Bu yöntem zaman kazanmaya yöneliktir. Ancak, taraflar, ICC’nin onayı olmak kaydı ile söz konusu kuralı, “*tarafsız kişi*” seçebilmelerine olanak verecek şekilde değiştirebilirler.

ICC tarafından atanan tarafsız kişiye, atamaya ilişkin tebligat tarihinden itibaren 15 gün içinde itiraz edilebilir. Ancak, taraflar itiraz sebeplerini göstermek zorundadır.

ADR Kuralları uyarınca, taraflar birden fazla “*tarafsız kişi*” seçebi-

leceği gibi, bu hususu, ICC'den de talep edebilirler. Taraflar "tarafsız kişi" olarak, birlikte hareket etmek üzere, bir avukat ve bir teknik kişinin seçilmesini isteyebilir. Arabuluculuk gibi dostane çözüm yöntemlerinde "tarafsız kişi"nin bir yardımcısı bulunabilir. Bununla beraber, kurallara göre, taraflarca aksi talep edilmediği takdirde sadece bir "tarafsız kişi" olacaktır. Diğer taraftan, ICC hiçbir koşulda birden çok "tarafsız kişi" talep edememektedir. Bununla beraber, daha yararlı olduğuna inandığı takdirde birden fazla "tarafsız kişi" önerebilir, ancak seçim taraflara ait bulunmaktadır.

5. MASRAFLAR

ICC ve "tarafsız kişi"nin ücret ve masrafları, kuralların 4. maddesinde düzenlenmiştir. ICC'nin ücreti; ABD Doları 1.500 başvuru harcı ve ABD Doları 10.000 ADR usulü için gerekli masraflardan oluşan idari harcamalardır.

Kuralların 4 (5) maddesi uyarınca tüm teminat ve masraflar taraflarca eşit olarak karşılanır.

"Tarafsız kişi"nin ücreti, ilgili taraflarca görüşüldükten sonra ICC tarafından kararlaştırılmaktadır.

6. ADR USULÜ

ICC'nin yeni ADR kurallarının en ilginç özelliği, taraflara belli bir usulün uygulanması konusunda baskı yapmamasıdır. Bu doğrultuda taraflar; arabuluculuk, tarafsız değerlendirme, mini-duruşma veya diğer bağlayıcı olmayan ADR tekniklerinden birisini seçmekte serbest bulunmaktadır. Taraflar karma bir yöntemi benimseyebilirler. Örneğin, teknik olarak arabuluculuk seçilebilir, ancak "tarafsız kişi"den belli bir konuda değerlendirme yapması istenebilir. Yöntem üzerinde mutabakatın, "tarafsız kişi" seçilir seçilmez onunla yapılacak ilk toplantıda sağlanması gerekmektedir.

Seçilecek en uygun ADR yöntemi, ihtilafın dayanaklarına, taraflar arasındaki ilişkiye, tarafların ticari kültürlerine bağlı bulunmaktadır. Örneğin, münhasıran sözleşmenin belli bir hükmünün yorumundan kaynaklanan bir ihtilafın tarafsız değerlendirme yöntemi ile çözümlen-

mesi gerekecektir. Karmaşık bir ihtilafın (talep ve karşı taleplerin) yer aldığı durumlarda ise “arabuluculuk” yöntemi en uygun çözüm yolu olabilecektir. Yeni kurallar, ADR usulünün nasıl sonuçlandırılacağına ilişkin bir düzenleme getirmemekte, ancak usulün uygun yürütülerek çözüme ulaşılmasını sağlamaya imkan tanımaktadır. Diğer bir ifade ile, kurallar esnek ve tarafların ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

ADR kurallarına ilişkin Rehberle arabuluculuk, mini-duruşma ve tarafsız değerlendirme tanımları yapılmıştır. Ancak, bu tanımlar taraflarca “tarafsız kişi”ye danışıldıktan sonra geliştirilebilir veya değiştirilebilir. Burada temel amaç, uzlaşma projesi için uygun olmayan suni işlemlerin yaratılmasını önlemektir. Örneğin, mini-duruşmalar, gerçek kişilerden ziyade şirketler için önerilmektedir. Durum böyle olmakla beraber, Kurallar, gerçek kişilerin de, aralarında kararlaştırdıkları takdirde, mini-duruşmayı seçebilmesine imkan vermektedir.

ADR yöntemlerinden “arabuluculuk” ve “uzlaştırma-uzlaşma”nın aynı yöntemi ifade eden iki farklı terim olduğu ileri sürülmektedir. Diğer bir kısım yazar ise, “uzlaştırma”nın daha resmi olduğu ve taraflarla ayrı ayrı toplantı yapılmasının önerilmediğini, buna karşın “arabuluculuğun” daha kolay bir yöntem olduğunu ileri sürmektedir.

Ancak, ADR yöntemlerine ilişkin olarak kullanılan “terimlerin” hiçbirinin uluslararası yaptırımı olan bir kanun veya bağlayıcı bir hukuk kaynağınca tanımı yapılmamıştır. Buna göre, ICC ADR Kuralları ve Rehberi, “arabuluculuk” ve “uzlaştırma” terimlerini zımni olarak aynı şekilde kullanmakta ve esnekliğe imkan sağlamaktadır.

Rehberde “arabuluculuk”, tarafların ihtilaflarını “tarafsız kişi”nin yardımı ile müzakere ederek halletmek olarak tanımlanmaktadır. Bu teknik çoğunlukla, “tarafsız kişi”nin taraflarla ayrı ayrı yapacağı gizli toplantılarla yürütülmektedir.

Tarafların herbiri, gizli yapılan toplantılarda, ihtilafı konuyu açık bir şekilde anlatabilir ve “tarafsız kişi” izin vermedikçe aldığı bilgileri diğer tarafa aktaramaz. Arabuluculukta, “tarafsız kişi”den ihtilafın esasına ilişkin bir görüş bildirmesi istenmez. Bu anlatımla “arabuluculuk” “tarafsız değerlendirmeden” ayrılmaktadır. “Tarafsız değerlendirme”de, “tarafsız kişi”nin, ihtilaf konusu olaylar, teknik ko-

nular, yasal dayanak, sözleşme hükümlerinin yorumu gibi konularda bağlayıcı olmayan bir görüş vermesi talep edilecektir. Mini-duruşma da, "tarafsız kişi" ve tarafların yetkili temsilcilerinden meydana gelen bir panel oluşturulur. Bu panel, tarafların beyanlarını dinledikten sonra, "tarafsız kişi", ihtilaf konusunda tarafların uzlaşmasına yardım edebileceği gibi kendi görüşünü de bildirebilir. Bu görüş/karar bağlayıcı nitelikte olmayabilir veya taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk doğrultusunda, bu kararın bağlayıcılığını kabul edebilirler.

Kuralların 5. (2) maddesi uyarınca, taraflar ihtilafın çözümünde uygulanacak teknik konusunda anlaşmadıkları takdirde, en uygun ADR şekli olan arabuluculuk (mediation) kullanılacaktır. Kurallarla getirilen diğer bir yenilik ise, ADR usullerini seçen taraflar bu usulü başından sonuna kadar takip edeceklerini kabul etmiş olurlar. Daha önce anlatıldığı gibi, ADR ihtiyari bir usuldür, yani taraflardan biri istediği takdirde bunu sona erdirebilirse de, arzu edilen ihtilafın çözümüne kadar, seçilen bu usulün sürdürülmesidir.

7. ADR PROSEDÜRÜNÜN SONA ERMESİ

Kuralların 6. maddesi, ADR prosedürünün son bulmasına ilişkin düzenlemeyi içermektedir. Bunun anlamı, başlamış işlemlerin sona erdirilmesidir. 6. maddeye göre, olayların akışına göre prosedür, taraflarca, "tarafsız kişi", ve ICC tarafından sona erdirilebilecektir.

İşlemlere ICC tarafından son verilmesi için; tarafların gerekli masraf ve ücretleri ödememiş olması, "tarafsız kişi"nin seçilememesi, veya ICC'nin "tarafsız kişi"yi atamasının mümkün olmaması gerekmektedir. Diğer taraftan, taraflarca bir mutabakat anlaşmasının imzalanması da işlemleri sona erdirir.

Bunlara ilaveten, prosedür için belirlenen sürenin sona ermesi ile de işlemlere son verilebilir.

8. GİZLİLİK

ICC-ADR ile öngörülen uzlaşmalarda en önemli ve zorunlu özellik gizliliktir. Kuralların 7. maddesi ile işlemlerin gizliliğinin sağlanmasına yönelik bir düzenleme getirilmiştir.

Söz konusu 7. maddenin üçüncü fıkrasına göre, “tarafsız kişi”, ICC ADR işlemlerine tabi olan bir uyuşmazlık için, taraflar yazılı olarak aksini kabul etmedikçe, bu işlemler haricinde başvurulacak diğer usullerde hakim, hakem, bilirkişi veya tarafların temsilcisi olarak hareket edemeyecektir.

SONUÇ

Temelde işbirliği, müzakere ve iyi niyet ilkelerinden hareketle ihtilafların dostane bir şekilde çözümlenmesi amacıyla düzenlenmiş bulunan ICC-ADR Kuralları, kısa, anlaşılır olup esnek bir niteliğe sahiptir. Bu bağlamda, taraflar ihtilaflarını hızlı, az masraflı ve uzlaştırıcı bir şekilde sonuçlandırabilmektedir.

“İhtilafların Dostane Çözümü” (Alternative Dispute Resolution) ne ilişkin usul ve kurallar bağlayıcı olmadıkları için mahkemelere alternatif olarak değerlendirilmemekte, ancak, tarafların anlaşması koşulu ile ihtilafların karşılıklı uzlaşma yoluyla giderilmesinde yaygın olarak kullanılan bir uygulama olarak görülmektedir.

Geçtiğimiz yıl, ihtilafların ICC-ADR’a göre çözümü için, 14 talep yapıldığı, bu taleplerin % 34’ü Kuzey ve Batı Avrupa, % 24’ü Orta ve Doğu Avrupa, % 15’i Kuzey Amerika ve diğerlerinin ise Asya ve Latin Amerika ülkelerinden geldiği ifade edilmektedir.

Ülkemizde de meslek kuruluşları ve barolar bu uygulamaya aracılık edebilirler.

IV. HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUN TASARISI

Geçtiğimiz günlerde yayımlanan tasarı 34 maddeden oluşmaktadır. Tasarının 1. maddesinde Kanunun hangi uyuşmazlıklara uygulanacağı düzenlenmiştir. 2. madde ise tanımlara yer vermektedir.

Diğer uluslararası düzenlemelerde yer alan; gizlilik, belgelerin delil olarak kullanılamaması, tarafsızlık, iletişim gibi hükümler yanında arabuluculuk sicili, arabuluculuk eğitimi gibi hususlar yer almaktadır.

Tasarının 17. maddesi; arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan

uzlaşmanın bir belge ile "ilam" niteliğinde olacağını düzenlemektedir. Oysa UNCITRAL Kanunu'na bakıldığında; arabuluculuğun anlaşma ile sona ermesi halinde bu uzlaşmanın bağlayıcı ve icra edilebilir "bir sözleşme" olarak taraflarca kaleme alınabileceği düzenlenmekte olup; "ilam" veya "mahkeme kararı"ndan söz edilmemektedir. Zira; varılan sonucun, uzlaşmanın "ilam"a olarak nitelendirilmesi bir mahkeme kararını gerekli kılmaktadır.

27. madde, arabuluculuk kurumunun Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak çalışacağı hususunu düzenlemek olup uluslararası uygulamaların aksine "arabuluculuğa" mahkeme niteliği vermektedir.

Uluslar arası düzenlemeler ışığı altında yapılan karşılaştırmada; getirilmesi düşünülen arabuluculuk sisteminin, kavram ve nitelik bakımından farklı bir nitelik arz ettiği; mahkeme olmadığı halde "ilam" niteliğinde karar verecek olması tasarının kendi içinde çelişkili olduğu izlenimi vermektedir.

Çev.: D. Derya Yeşiladalı



Turan Aslan

TBB ÖNCEKİ GENEL SEKRETERLERİNDEN AV. TURAN ASLAN VEFAT ETTİ

1940 doğumlu Turan Aslan Trabzon Lisesi'ni bitirdikten sonra 1963'te AÜ Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu, Ankara Barosu'na kaydolarak serbest avukatlık yapmaya başladı. 1970-1971; 1971-1972; 1972-1973 ve 1979-1980 yıllarında Ankara Barosu Yönetim Kurulu üyeliği yapan Aslan, 1980 yılında Ankara Barosu Başkan Yardımcılığı görevine seçildi. 1981-1983 ve 1983-1984 yıllarında Ankara Barosu'nu delege olarak Türkiye Barosu Genel kurullarında temsil eden Turan Aslan 1984-1989 yılları arasında TBB Yönetim Kurulu üyeliği ve TBB Genel Sekreterliği'nde bulundu.

Turan Aslan 20 Temmuz 2007 günü Kocatepe Camii'nde kılınan cenaze namazından sonra Karşıyaka mezarlığında toprağa verildi. Merhuma rahmet, ailesine ve meslektaşlarına sabır ve başsağlığı dileriz.

CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMİ

Av. Özdemir ÖZOK*

Türkiye Cumhuriyeti'nin en yüce makamı, birlik ve bağımsızlığımızın simgesi, "tüm ulusun yaşama iradesinin ifadesi" Cumhurbaşkanlığı'na yapılacak seçimler öncesi ülkemizde büyük tartışmalar yaşanmıştır. Yaşanan sürecin sonunda Sayın Abdullah Gül 11. Cumhurbaşkanı olarak seçilme ve; Türkiye Cumhuriyeti'ni "türban" dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet etmiş aile fertleri ile, yazının yazıldığı günlerde, Çankaya'ya çıkma aşamasına gelmişlerdir. Ülkemize hayırlı olmasını içtenlikle dilerim.

Tartışmaların odağını yıllardır ülkemizde "Milli Görüş" diye tanımlanan, kendilerine daha çok dini simge ve kavramları referans alan siyaset temsilcilerinin 11. Cumhurbaşkanı adayları olmaları oluşturmuş; tartışmalar sadece siyaset alanında kalmamış, hukuksal boyutlarıyla da söz konusu edilmiştir. Tartışmalar ulusal sınırları da aşmış, pek çok yabancı bilim adamı, yazar ve siyasetçi Cumhurbaşkanı seçimi ve genel seçimler hakkında görüş belirtmişler, yorumlar yapmışlardır. Konunun ilgi uyandırması De Gaulle'ün ifadesiyle, cumhurbaşkanlığı makamının yetkilerinin ne "Sağ"a ne "Sol"a ait olmaması ve Devlet Başkanı'nın tüm ülkenin temsilcisi olup devletin "ebedi varlığını temsil" etmesinden kaynaklanmaktadır.

Bilindiği gibi tartışmalara birinci aşamada Anayasa Mahkemesi son noktayı koymuş, Cumhurbaşkanlığı seçimi için TBMM Genel Kurulu'nun 367 milletvekili ile toplanacağını hükme bağlamıştır.

Birinci aşamada, Anayasa Mahkemesi kararı dolayısıyla 11. Cumhurbaşkanı seçilemeyince erken seçim kararı alınmış, 22 Temmuz 2007

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

günü yapılan seçimler sonrasında yeni parlamento oluşmuştur. Seçimlerden birinci parti olarak çıkan AKP, % 47 oy oranıyla 340 sandalye elde etmiştir. Seçim sonuçları ulusal kamuoyunda olduğu kadar uluslararası kamuoyunda da değişik yorumlara yol açmıştır. Seçim sonuçlarını ve cumhurbaşkanlığı seçim sürecini, “geriye dönüş”, “karşı devrim”, “İlmli İslam Cumhuriyeti” ve “son ve büyük hesaplaşma” olarak niteleyenler bundan dolayı mutluluklarını açıkça göstermekten kaçınmamışlardır.

Seçim sırasında, AKP konuşmacıları Abdullah Gül’ün cumhurbaşkanı seçilememesini “mağduriyet” olarak nitelemişler, bunu en önemli delil olarak kullanmışlardır. Bu niteliğinden dolayı Abdullah Gül cumhurbaşkanı adayı olmasını doğal bir hak olarak kabul etmiş, parti yöneticilerinin yarı açık yarı gizli muhalefetine karşın, adaylığını sürdürmüştür.

Kayseri Milletvekili, Dışişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Sayın Abdullah Gül, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı adayı sıfatıyla siyasi partiler ve meslek kuruluşlarını ziyaret ederek adaylığını ve bu konudaki düşüncelerini bizlerle paylaşma nezaketinde bulunmuştur.

Bu ziyaretin bilgilendirme ziyareti olduğu, istişare ve uzlaşma arama niteliği bulunmadığı açıktır. Oysa Sayın Gül büyük tartışmaların ve polemiklerin konusu olan adaylığından önce bizleri ziyaret etselerdi çok daha anlamlı ve şık olacağına içtenlikle inanmaktayım.

22 Temmuz Milletvekili Genel Seçimleri, demokrasimizin eksiklerini giderme sürecinde önemli bir aşama olmuştur. Seçime katılım konusunda yurttaşlarımızın duyarlılığı, oy verme işlemlerinin uygar bir ülkeye yakışır şekilde, sakin ve huzur içinde tamamlanması ve sonuçların kısa sürede alınması hepsinden önemlisi seçim akşamı Sayın Başbakan ve seçimin galibi AKP’nin üst düzey yöneticilerinin sergilediği demokratik duruş bizlere ülke geleceği için umut ve güven vermiştir.

Tüm bu güzel, olumlu ve demokratik gelişmelere karşın; erken genel seçimlere neden olan Cumhurbaşkanlığı seçimleri sırasında yaşanan gerginlik ve krizlerden hiç ders çıkarılmadığı görülmektedir.

Sayın Gül’ün elde edilen seçim başarısında kendisinin ilk adaylığı sırasında yaşadığı mağduriyetin büyük etkisi olduğu iddiası, ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi öncesi seçim sonuçlarını en iyi saptayan KONDA’nın yaptığı tahmin ve tespitler karşısında dayanaksız kalmaktadır. Seçim başarısı AKP örgütünün topyekün çalışmasının ürünüdür.

başkandan

Başka bir anlatımla milletvekili genel seçimleri Sayın Gül'ün yeniden aday olmasını ya da önceki adaylığında ısrar etmesini gerektirecek bir mesaj vermemiştir.

Bu bağlamda biz, Sayın Gül'ün insan olarak kimliğine ve kişiliğine son derece saygı ve sempati duymaktayız; ama konu ülkemizin en yüce makamı ve simgesi olan Cumhurbaşkanlığı adaylığı olunca, onun bugüne kadar izlediği politikalar ve referanslarını asla onamamaktayız.

Bunları bir kez daha hatırlayacak olursak;

- Aydınlanma çağının ürünü ve demokratik Türkiye Cumhuriyeti'nin temelini teşkil eden laiklik ilkesine karşı sayın Gül ve mensubu olduğu siyasi anlayışın sürekli ve sistemli muhalefeti dost düşman tüm kesimlerce açıkça bilinmektedir. Bu konuda en güzel örnek TBMM eski Başkanı Bülent Arınç'ın "*dindar bir cumhurbaşkanı*" isteği olmuştur.

- Yine Sayın Gül ve mensubu olduğu siyasi anlayışın, Danıştay, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi gibi iç hukukun ve yargı mercilerinin kararları yanında, kimi Avrupa ülkeleri mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dini simge olarak kabul ettiği "*türban*" adı verilen başörtüsünü siyasi simge haline getirmek için kişisel ve örgütsel olarak verdikleri bitmez tükenmez uğraşlar devam etmektedir.

Tüm bu gerçekler orta yerde dururken, eşinin türbanı nedeniyle davalı olduğu devletin başına geçmeyi istemek ne denli uygun olmuştur?

Çünkü bildiğiniz gibi, cumhurbaşkanı devletin başıdır ve devleti temsil eder. Siz benimsemediğiniz ve davalı olduğunuz, mevcut pozitif hukuk kuralları, anayasa ve yasalarla ve buna dayalı mahkeme kararlarıyla şekillenmiş ve kurumsallaşmış Türkiye Cumhuriyeti'nin başına geçmek istiyorsunuz. Bu durum ne kadar şık ve etik bir davranıştır. Geline nokta budur. Bunu siz değerli meslektaşlarımızın takdirlerine bırakıyorum.

Ayrıca şunu da hemen ifade etmek durumundayız. Ülkemizde "*demokrasi insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti*" kurum ve kavramlarının yılmaz savunucusu olan TBB ve barolar olarak bu kavram ve kurumların yaşama geçmesi ve özellikle en önemli insan haklarından olan "*din ve vicdan*" özgürlüğü konularında son derece duyarlıyız. Herkesin kendi dinini özgürce yaşamasını temel tercih olarak almakta

ve bununla ilgili tüm engellerin kaldırılmasını istemekteyiz. Kuşkusuz bütün bunlar yapılırken devletimizin temel değerleriyle oynanmaması ve kutsal din kuralları ile devletin hukuki varlığını oluşturan laik hukuk kurallarının çatıştırılmaması gerekmektedir. Bu günkü siyasal iktidardan ayrıldığımız temel nokta burasıdır. Siz bir yandan evrensel hukuk kurallarını ve onun doğal sonucu olan demokratik hak ve özgürlükleri tüm ayrıntılarına kadar kullanırken, diğer yandan büyük bir kesim tarafından kutsal ve dokunulmaz olarak kabul edilen ve asla kişisel ve politik yarar için kullanılmayacak olan dince yüce duygu ve düşünceleri kendi kişisel ve politik ikbaliniz için kullanacaksınız. Bu tür davranışlar bizim din anlayışımızla asla bağdaşmamaktadır. Konu son derece basit ve nettir. Temel formül, pozitif laik hukuk kurallarıyla, dince kutsal dini kurallar asla birbirine karıştırılmayacaktır. Tarih bu kuralları birbiriyle karıştıran ulusların, kavimlerin, devletlerin acı öyküleriyle doludur. İnsanları ve topyekün halkları dini referansları öne çıkararak, kişisel ve politik amaçlarına ulaşmak en büyük din sömürüsüdür. Yüce bilge Mevlana Hazretlerinin söylediği gibi *“Ya göründüğün gibi ol ya da olduğun gibi görün”* öz deyişinde anlamını bulan ilkesel yaklaşım bu günlerde ülkemizde aranan bir nitelik olmuştur.

Tüm olumsuzluklara ve engellere karşın gelecek günlerin huzur, mutluluk ve barış getirmesi yanında, yeni adli yılınızın sağlıklı ve başarılı geçmesini dilerim.

TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU TASARISININ HAZIRLANMASI NEDENLERİ ÜZERİNE

Feriha Bilge TANRIBİLİR*

I. Giriş

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK)¹ 1964 yılında yürürlüğe girmiş ve günümüze kadar bazı hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. 2006 yılının Nisan ayında yeni bir Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun hazırlandığı kamuoyuna açıklanmıştır. TVK Tasarısı'nın "*Genel Gerekçe*"sinde² yeni bir vatandaşlık kanununun hazırlanmasına niçin ihtiyaç duyulduğu açıklayan muhtelif gerekçeler yer almaktadır. Bu çalışmada tasarının hazırlanma gerekçeleri ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilecektir.

II. Tasarıdaki Gerekçeler

TVK Tasarısı'nın "*Genel Gerekçesi*"nde hangi sebeplerle yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulduğu ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Gerekçede vatandaşlık kavramı ve devletin vatandaşını belirleme yetkisine değinildikten sonra, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda vatandaşlığı asli kazanma yolları ile, doğum dışı sebeplere dayanılarak vatandaşlığın kazanılmasında uluslararası alandaki gelişmelerin göz önünde bulundurulduğuna işaret edilmiştir. Bu genel açıklamalardan sonra iki paragraf "*Avrupa Birliği vatandaşlığı*" kavramına ayrılmıştır. Türk vatandaşlığını düzenleyecek olan bir kanunun gerekçesinde Av-

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku öğretim üyesi.

¹ RG 22.2.1964-11638.

² Metin için bkz., <http://basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1195.doc> (8.5.2006)

rupa Birliği vatandaşlığına yer verilmesinin sebebi anlaşılammıştır.³ Çünkü anılan kavram, gerekçede de belirtildiği üzere birlik içinde üye devlet vatandaşlarının bazı haklardan yararlanmasına ilişkin olup üye devletlerin Birlikten müstakil olarak kendi vatandaşlığını düzenleme yetkisini etkilememektedir. Dolayısıyla birlik üyesi dahi olmayan bir devletin vatandaşlık kanunu tasarısında böyle bir kavrama yer verilmesi yerinde olmamıştır.

Gerekçede yeni bir kanun hazırlanmasına mesnet teşkil etmek üzere birçok neden sayılmıştır: 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda pek çok değişiklik yapılarak yapısının bozulması, Anayasa'nın 66. maddesinin değiştirilmesi, Türk Medeni Kanunu ile uyumun sağlanması, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne uyum, vatandaşlığa alınmayı kolaylaştırma.

Gerekçede son olarak, yukarıda geçen Avrupa Birliği vatandaşlığında olduğu gibi gerekçeye yazılma sebebi anlaşılammayan bir başka husus yer almaktadır. Bu bölümde yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yaşadıkları ülke vatandaşlığını kazanmalarından bahsedilmektedir:

“Yine bu dönemde yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının sayısında büyük artışlar olmuştur. Türkiye dışında yaşayan Türk vatandaşları, buldukları ülkelerde siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal açıdan daha etkin olabilmek için yaşadıkları ülkelerin vatandaşlığına sahip olma çabası içindedirler. Bazı devletler ülkesinde yaşayan Türk vatandaşlarına, Türk vatandaşlığını kaybetmeden kendi vatandaşlığını vererek çok vatandaşlığa sahip olmalarına imkân tanımaktadır. Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde yaşayan Türk vatandaşları ancak Türk vatandaşlığından izinle çıkarak buldukları ülkelerin vatandaşlığını kazanabilmektedirler.”

TVK'da muhtelif tarihlerde yapılan değişiklikler ile yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yaşadıkları devletin vatandaşlığını kazanmalarını ve Türkiye ile bağlarını devam ettirmelerini sağlayacak uygulamalar geliştirilmeye çalışılmıştır. Aşağıda da inceleneceği üzere, Türk vatandaşlığından “çıkma” ve “çıkmanın sonuçları” bu amaca yönelik olarak kanun koyucu tarafından muhtelif tarihlerde ele alınmıştır. Bu itibarla, anılan halin vatandaşlıkla ilgili yasal düzenlemenin

³ Nitekim Avrupa Birliği Uyum Komisyonu raporuna karşı oy yazısında AB müzakerelere süreci yeterince açıklığa kavuşmadan bu tip vatandaşlık kavramının tasarının genel gerekçesine mesnet oluşturması yerinde görülmemiştir.

yeniden gözden geçirilmesini ve yeni bir kanun hazırlanmasını zaruri kılması söze konu edilemez.

A. Yürürlükteki TVK'da Günümüze Kadar Pek Çok Değişiklik Yapılmış Olması

1964 yılında günün ihtiyaçlarına ve bu alandaki modern eğilimlere uygun olarak hazırlanan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, kendi içinde tutarlı, bölümler arasında uyumu, simetrisi bulunan ve kullanılan kavramlar itibariyle yeknesak olma özellikleri taşıyan bir kanundu. Ancak Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda 1981 yılından itibaren altı defa muhtelif hükümlerde değişiklik yapılmış ve yeni bazı hükümler ilave edilmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve bu kanuna yapılan ilaveler, ilk metnin kendi içinde barındırdığı insicamı büyük ölçüde zedelemiştir.

1. 2383 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler⁴

1981 yılında 2383 Sayılı Kanunla Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun pek çok maddesi değiştirilmiş ve bazı maddelere yeni fıkralar eklenmiştir. Yapılan değişiklik ve eklemeleri başlıca üç grupta toplamak mümkündür:

Birinci gruba vatandaşlığın ana veya babadan kan esasıyla kazanılması bakımından mevcut olan farklılığı kaldırmaya yönelik hükümler dahil edilebilir. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan anadan Türk vatandaşlığının kazanılmasını belli şartlara tabi kılan düzenleme yürürlükten kaldırılmış, vatandaşlığın Türk anadan doğma veya Türk babadan olma şartıyla kazanılması esası getirilmiştir. Buna paralel olarak 12. maddenin (a) bendinde yer alan "*Türk anadan doğup da Türk vatandaşlığını kazanamayanlar*"a tanınan seçme hakkı yürürlükten kaldırılmıştır. Türk vatandaşlığından seçme hakkının kullanılarak ayrılma hakkına sahip olanlar arasında bulunan "*analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar*" muhafaza edilmekle beraber, çifte tabiiyeti önlemek üzere doğumla yabancı babalarının vatandaşlığını kazanan çocuklara da bu hak tanınmıştır. Çıkmanın çocuklara olan etkisinin düzenlendiği 32. maddeye de Türk vatandaşlığından çıkan ba-

⁴ RG, 17.2.1981-17254.

baya bağlı olarak küçük çocukların otomatik olarak vatandaşlıklarını kaybetmelerini önleyecek şartlar getirilmiştir. Görüldüğü üzere, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yapılan ilk değişiklik ile ilk sistemi bozan hükümler de kanuna girmiştir. Zira değişiklik yapan kanun koyucunun iradesi eğer Türk vatandaşlığını kan esasıyla kazanmada ana baba arasında eşitlik getirmek idiye, bunu anadan vatandaşlığın kaybında da sağlaması gerekirdi. Bu yön ihmal edilmiştir.

İkinci grup değişiklik ve ekler ise, daha ziyade çıkma ile ilgili hükümlerde görülmektedir. Değişiklik, özellikle yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının Türk vatandaşlığını muhafaza ederek ikinci bir devlet vatandaşlığını kazanmalarına imkan veren hükümler (m. 21, 22, 23) içermektedir. Çifte tabiiyetli olmaya izin veren bu değişiklik nedeniyle kaybettirme sebeplerinin sayıldığı 25. maddenin (a) bendinde daha genel bir ifade kullanılmıştır; sadece çıkma izni olmadan değil, izin almadan kendi isteğiyle bir başka devlet vatandaşlığının kazanıldığı her hal kaybettirme sebebi olarak kabul edilmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun ilk halinde bulunmayan bir müessesenin, *"Türk vatandaşlığını muhafaza ederek yabancı devlet vatandaşlığını kazanmaya izni"*, kanunun çıkma hükümleri arasında düzenlenmiş olması bir başka sistemi bozan durumdur.

Üçüncü grupta ise vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler nedeniyle vatandaşlığın kaybı yollarına ilişkin değişiklik ve ilaveler yer almaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun kaybettirmeye ilişkin 25. maddesine dönemin şartları nedeniyle (g)⁵ ve (h)⁶ bentleri ilave edilmiş, çıkarmayı düzenleyen 26. maddenin kapsamı genişletilmiştir. TVK'ya göre savaş hali dışında asli Türk vatandaşları hakkında, Türkiye'nin iç ve dış güvenliğe veya iktisadi ve mali güvenlik aleyhine davranışları nedeniyle çıkarma kararı verilemez. TVK'nın 25. maddesine eklenen

⁵ Anılan hüküm (TVK mülga 25/g) aşağıdadır.

"Yurt dışında bulunup da Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadi veya mali güvenliği aleyhine faaliyette bulunan veya yurt içinde bu tür faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkan ve hakkında Türkiye'de bu nedenle kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen üç ay içinde, savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir ay içinde yurda dönmeyenler"

⁶ TVK'nın 25. maddesine eklenen (h) bendinde şu hüküm yer almaktadır:

"Herhangi bir yolla yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazanmış olup, kesintisiz olarak en az yedi yıl Türkiye dışında oturan ve Türkiye ile ilgisini ve bağlılığını kesmediğine ve Türk vatandaşlığını muhafaza etmek isteğine delalet edecek resmi temas ve işlemlerde bulunmayanlar"

(g) bendiyle idareye belirtilen sebeplere dayanılarak asli Türk vatandaşlarının Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine karar verebilme imkanı sağlanmıştır. Bu nedene dayanılarak haklarında kaybettirme kararı verilen kişilerin mallarının hazinece tasfiyesi de öngörülmüştür.⁷ TVK'nın 25. maddesine eklenen (h) bendiyle ise, yabancı devlet vatandaşlığını herhangi bir yolla kazananların Türkiye ile ilgi ve bağlılığının kesilmesi, kaybettirme sebebi haline gelmiştir.

2. 3540 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler⁸

1989 yılındaki değişiklik, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma hükümlerinde esaslı sistem bozukluğuna, hatta Anayasa'nın 66/III. maddesine aykırılığa yol açmıştır.⁹ 3540 sayılı kanunla TVK'nın vatandaşlığa alınma usulünde (m.10) yapılan değişiklik neticesinde "şarta bağlı olarak vatandaşlığa alınma" müessesesi vatandaşlık hukukuna girmiştir. Ancak kanun koyucu hangi şart veya şartların ilgiliden isteneceği konusunda hiçbir açıklama getirmemiş, bu hususu idarenin takdirine bırakmıştır. Oysa Anayasa'nın 66. maddesine göre, vatandaşlığın kazanılması ve sona ermesi şartlarının kanunla açıkça düzenlenmesi icap eder (*kanunilik ilkesi*).¹⁰ Anılan kanun ile ayrıca İçişleri Bakanlığına vatandaşlığa alınma şartlarını taşımayan talepleri reddetme yetkisi tanınmış (TVK m.11/III) ve vatandaşlığa alınma kararlarının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği de açıklığa kavuşturulmuştur (TVK m. 10) .

⁷ Dikkat edilirse, sebepler aynı olmakla beraber, kaybettirme ve çıkarma kararlarının hüküm ve sonuçları bakımından önemli bir farklılık bulunmaktadır. Türk vatandaşlığından çıkarılanlar bir daha hiçbir suretle Türk vatandaşlığını kazanamazlar. Buna mukabil, Türk vatandaşlığı kaybettirilenler için böyle bir yasak söz konusu değildir.

⁸ RG, 29.4.1989-20153.

⁹ Bu konuda bkz., Tanrıbilir, "Türk Vatandaşlığı Kanununda 3540 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 6(1990), S. 2, 518 vd.

¹⁰ 3540 sayılı kanunun gerekçesinde şartın, ilgilinin taşıdığı vatandaşlığı terk olacağı belirtilmiş olmakla beraber kanun metnine bu ifade yazılmamıştır (Bu konuda ayrıntılı bilgi ve hükmün eleştirisi için Tanrıbilir, 523 vd.). Uygulamada idare, vatandaşlığa alınmayı talep eden kişilerden, taşıdığı vatandaşlığı terk şartını ileri sürmüş ve bu konuda çıkan uyuşmazlıklar yargıya intikal etmiştir. Maalesef Danıştay, idarenin kanunda bulunmayan bir şartı ileri sürmesini, vatandaşlık hukukunun anayasal esaslarını göz ardı ederek, yasal bulmuş ve işlemi iptal eden yerel mahkeme kararlarını bozmuştur. (Yargı kararları için bkz., Doğan/Odabaşı, *Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, Ankara 2004, 113-115).

3. 3808 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler¹¹

1980 sonrasında, dönemin şartlarına göre Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun kaybettirmeye ilgili 25. maddesine eklenen (g) bendi ve tasfiye hükmü 1992 yılında yürürlükten kaldırılmış ve 3808 sayılı kanunla bu maddeye göre vatandaşlığını kaybetmiş olanların haklarını (vatandaşlık ve mallarını) iadeye yönelik hükümler getirilmiştir. Anılan kanunla, haklarında TVK'nun 25/g maddesine göre kaybettirme kararı alınmış olanların nüfus kütüklerindeki kayıtlarının, müracaatlarına ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nce canlandırılması öngörülmüştür. Ayrıca bu gibi kişilerin Türkiye'de bulunan ve hazinece tasfiye edilen malları veya bu malların bedelleri hak sahiplerine iade edilecektir.

4. 4112 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler¹²

1995 yılında çıkarılan bu kanun ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun çıkma ile ilgili hükümlerinde yine değişiklik yapılmıştır. Öncelikle vatandaşlıktan çıkma için askerlik hizmetinin tamamlanmış olmasını arayan şart yürürlükten kaldırılmış ve sonra da çıkmanın sonuçlarını düzenleyen 29. madde esaslı olarak değiştirilmiştir.¹³ Asli Türk vatandaşı iken Türk vatandaşlığından izin alarak çıkanlar, özel statülü yabancılar kategorisine dahil edilmişlerdir. Bu kişilerin bazı sınırlamalar dışında ikamet, seyahat, çalışma, miras ve mal edinme haklarından aynen Türk vatandaşı gibi yararlanmaya devam edecekleri bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır.¹⁴

5. 4866 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler¹⁵

2003 yılında çıkarılan 4866 sayılı kanunla Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını ve çıkmayı düzenleyen hükümlerinde değişiklik yapılmıştır.¹⁶

¹¹ RG, 4.4.1992-21248.

¹² RG, 12.6.1995-22311.

¹³ Bu konuda bkz., Turhan, *Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukunda Gelişmeler*, İstanbul 24-25 Eylül 1998, 101 vd.

¹⁴ Bu kişilere İçişleri Bakanlığı tarafından özel bir kimlik kartı verilerek TVK m. 29 dolayısıyla haklarını kullanabilmeleri temin edilmeye çalışılmıştır.

¹⁵ RG, 12.6.2003-25136.

¹⁶ Bu konuda bkz., Doğan, "Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi-

4866 sayılı kanunla TVK'nın 5. maddesinde yapılan değişiklikle, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması konusunda kadın-erkek farkı kaldırılmıştır. Artık sadece Türk vatandaşı erkekle evlenen yabancı kadın değil, Türk vatandaşı kadınla evlenen yabancı erkek de bu madde uyarınca Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Ayrıca TVK'nın 5. maddesindeki evlenmenin sadece taleple vatandaşlık kazanımına yol açan düzenlemesi yürürlükten kaldırılmış, gerçek evlilik bağının varlığı halinde taleple vatandaşlığın kazanılmasını mümkün kılan bir düzenleme getirilmek istenmiştir.¹⁷ TVK'nın yeni 5. maddesinin uygulanması usul ve esaslarının yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Çıkarılan yönetmelik,¹⁸ kanun koyucunun gerekçede belirtmekle beraber, maddeye yazmadığı hususları da ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Gerekçede evlenme nedeniyle vatandaşlık için başvuran kişinin güvenlik soruşturmasına tabi tutulması uygulamasına geçileceği ifade edilmiştir. Güvenlik soruşturmasına ilişkin yeni 5. maddede hiçbir hüküm bulunmazken yönetmeliğin 2. maddesinde kanunda belirtilen şartların yanı sıra ilgilinin vatandaşlığı kazanmasında "kamu düzeni, milli güvenlik ve genel ahlak açısından sakıncalı olmaması" şartı aranmıştır. Dolayısıyla kanunda aranmayan bir şart yönetmelikle getirilmiş ve bu sefer de yönetmeliğin Anayasa m. 66/III'e (kanunilik ilkesine) aykırı olması durumu ortaya çıkmıştır.

Değişikliğin yarattığı sorunlar bununla sınırlı değildir; evlenmeye vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükümde değişiklik yapılırken bu yolla vatandaşlık kazanmanın çocuklara etkisini¹⁹ düzenleyen 14.

ne İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *GHFD*, 3(1999), S. 1-2, 31 vd.; Güngör, "The Acquisition of Turkish Nationality by way of Marriage Following the June 2003 Amendment", *Ankara Law Review*, 1(2004), S. 1, 33 vd.; Sargın, "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli 4866 Sayılı Kanun kapsamında Bir Değerlendirme", *AHFD*, 53(2004), S. 1, 29 vd.

¹⁷ Yeni TVK m. 5'e göre, yabancı eş, en az üç yıldır bir Türk vatandaşıyla evli olması, fiilen eşyle birlikte yaşaması ve evliliğinin de talep tarihinde devam ediyor olması şartlarının gerçekleşmesi halinde evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanır.

¹⁸ *RG*, 24.5.2004-25471.

¹⁹ Evlenmenin butlanı halinde batıl evlilik içinde dünyaya gelen çocukların vatandaşlık durumu TVK'nın 5. maddesinde düzenlendiği halde, kadının bu evlilikten önce sahip olduğu ve onunla beraber Türk vatandaşlığını kazanan çocuklarının vatandaşlığı konusunda hâlâ kanunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Anayasa'nın 66/III. maddesine dayanılarak evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanan analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan küçükler, aksine bir düzenleme bulunmadığı için, bu evliliğin butlanına karar verilmesi halinde vatandaşlıklarını muhafaza edeceklerdir.

maddede gerekli düzenlemenin yapılması gerekirdi. Zira bu maddede sadece Türk vatandaşı erkekle evlenen yabancı kadının evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazandığı takdirde, hangi hallerde çocuklarının ona bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanacakları düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik neticesinde Türk vatandaşıyla evlenen kadın veya erkek bu yolla Türk vatandaşlığını kazanma imkanına sahip iken, sadece kadının küçük çocukları ona bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecektir.

Bir başka sorun da, yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmada karşımıza çıkmaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun ilk halinin sistematiği gereği, evlenme yoluyla vatandaşlığa alınma yolundan yararlanılamaması halinde "*istisnai olarak vatandaşlığa alınmadan (m. 7/ b)*" yararlanma yolu açık bırakılmıştı. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin hükmünün yeni hali karşısında bu yolun tatbik kabiliyeti kalmamıştır. Diğer bir sorun da "*seçme hakkıyla vatandaşlığın kaybında*" kendini göstermektedir. Türk vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanan yabancı kadın, bu evliliğin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilir. TVK'nın sisteminin sonucu olarak sadece kadın için öngörülen bu imkanı düzenleyen hükmün, TVK'nın 5. maddesinde yapılan değişikliklerle beraber yeniden ele alınması gerekirdi.

4866 sayılı kanunla ayrıca vatandaşlıktan çıkmanın şartları yeniden düzenlenmiş ve çıkma iznini vermeye yetkili olan makam İçişleri Bakanlığı olarak gösterilmiştir. Böylece uygulamada, kanunda olmadığı halde aranılan "*güvenlik yönünden sakıncasının bulunmaması*" şartı kanun metnine girmiştir. Bu arada 20. maddede çıkma iznini verme konusunda idareye takdir yetkisi tanıyan bir ifade kullanılmıştır.

6. 5203 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik²⁰

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yapılan son değişiklik ise, çıkmanın sonuçlarını düzenleyen 29. maddeye ilişkindir. 4112 sayılı kanunla izinle Türk vatandaşlığından çıkanların yararlanabilecekleri haklar sayılırken, 5203 sayılı kanunla bu kişilerin yararlanamayacakları haklar sayılmış ve bunların dışında kalan haklardan (bazı sınırlamalar dahilinde) yararlanmaları kabul edilmiştir. Buna göre, doğumla Türk va-

²⁰ RG, 6.7.2004-25514.

tandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları “özel statülü yabancı” konumuna sokulmuşlardır. Bu kişiler Türkiye Cumhuriyeti’nin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler.

7. Sonuç

TVK Tasarısının “Genel Gerekçe”sinde,

“Ülkemizde vatandaşlık hizmetleri ile ilgili temel kanun 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’dur. Uygulamaya konulduğu 22/5/1964 tarihinden beri bu Kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Dönemin şartları içerisinde ortaya çıkan güncel ihtiyaçların zorlamasıyla yapılan bu değişiklikler Kanunun sistematüğinde bozulmalara neden olmuştur. Zaman içinde yapılan değişikliklerle Kanunun bozulan sistematüğünün, hukuk ilkelerine uygun şekilde yeniden düzenlenmesi bir zorunluluk haline gelmiştir.”

ifadesi yer almaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda yapılan değişiklikler, kanunun yapısı ve sistematüğü üzerinde durulmadan yapılmıştır. Dolayısıyla gerçekten de kanunun yapısı zarar görmüştür. Ancak yine de TVK’da yapılan değişiklikler, düzeltilemeyecek ya da asıl metin üzerinde giderilemeyecek nitelikte görülmemektedir. TVK’nın kendi yapısı içinde gerekli düzeltmelerin yapılmasının mümkün olduğu düşünülmektedir.

Bununla beraber, kanun koyucu Türk vatandaşlığının kazanılması ve sona ermesi yollarını, 403 sayılı kanundan daha iyi, daha sistematik, daha mantıklı ve güncel gelişmelere uygun olarak yeniden ele alma iddiasında olabilir.

Kanun koyucu vatandaşlığın kazanılması ve sona ermesini farklı yollara, şartlara ve usule tabi tutarak düzenlemeyi düşünüyor olabilir. Bu takdirde hazırlanan tasarının gerekçesinde bu haklı ve kabul edilebilir iddianın dile getirilmesi beklenirdi.

B. Anayasa'nın 66. Maddesinde Yapılan Değişiklik

TVK Tasarısı'nın gerekçesinde getirilen bir diğer sebep, Anayasa'nın 66. maddesinde değişiklik yapılmış olmasıdır:

"Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilen 1982 Anayasası'nın Türk vatandaşlığı ile ilgili 66 ncı maddesinde 2001 yılında değişiklik yapılmış, vatandaşlığın kazanılmasında ana ile baba arasındaki ayırım ortadan kaldırılarak, Anayasa'nın temel ilkelerinden olan kanun önünde kadın erkek eşitliği sağlanmıştır."

Anayasa'nın 66. maddesinin ikinci fıkrası 2001 yılında değiştirilmeden²¹ önce şu hükmü ihtiva ediyordu: *"Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür."*²² *Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı, kanunla düzenlenir."* Doktrinde birbirini takip eden iki cümlenin birbiriyle çeliştiği tartışmasız olarak kabul edilmekteydi.²³ 2001 Anayasa değişikliğinde, bu hükmün ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece Anayasa'nın 66. maddesi ile, 1981 yılında 2383 sayılı kanunla değişik Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 1. maddesi uyumlu hale gelmiştir. Çünkü kanun koyucu, Anayasa'nın bu hükmü değiştirilmeden çok önce gerekli değişikliği yaparak, Türk vatandaşlığının kan esasıyla kazanılması bakımından ana ile baba arasındaki farkı sona erdirmiştir. Dolayısıyla 2001 yılında Anayasa'nın 66. maddesindeki birbiriyle çelişen hükmün kaldırılması şeklindeki değişikliğin yeni bir vatandaşlık kanunu hazırlanması için gerekçe gösterilmesinin sebebi son derece anlaşılmalıdır.

C. Yeni bir Türk Medeni Kanununun Hazırlanmış Olması

Gerekçede;

"2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ge-

²¹ RG, 17.10.2001-24556 (3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun m. 23)

²² Türk Vatandaşlık Hukukunda, Anayasa'nın 66. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür"*, hükmüyle kan esasıyla vatandaşlığın kazanılmasının anayasal esas olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Anayasada sadece kan esasının belirtilmiş olması, kanun koyucunun diğer vatandaşlığı kazanma yollarını sınırladığı anlamına gelmez. Nitekim, TVK'da kan esasının yanı sıra vatansızlığı önleme gayesiyle toprak esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılması da düzenlenmiştir.

²³ Uluocak, 24; Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 11. B, İstanbul 1997, 46-47; Aybay, *Yurttaşlık(Vatandaşlık) Hukuku*, Ankara 1982, s. 28-29.

tirdiği düzenlenmeler ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun hükümlerinin birbirine uyumunun sağlanması açısından da yeni bir düzenleme zaruret halini almıştır." İfadesiyle, her iki kanun arasında uyumun sağlanmasının hedeflendiği görülmektedir. İki kanun arasında kullanılan kavramlar itibariyle farklılık yaratan bir kaç ifade mevcuttur. Bunlardan birisi "nesebin tashihi" müessesesidir.

Önceki Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde hazırlanan TVK nesebin tashihi, yabancı anadan Türk babadan evlilik dışı olan çocuğun babası ile arasında soy bağı kuran bir yol olarak çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması neticesini bağlamıştır (TVK m. 2/a). Eski Medeni Kanun'a göre ana babanın evlenmesi ve hakim kararıyla evlilik dışında doğan çocukla babası arasında soy bağı tesis edilebiliyordu. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda ise, nesebin tashihi ifadesi yer almamaktadır. Ancak kanununun 292-294. maddelerinde çocuğun anası ile babasının birbiriyle evlenmesinin çocukla babası arasında soy bağı kurması öngörülmüştür.

Nesebin tashihi ifadesi dışında nesep, hüsnüniyet, reşit olma, ikametgah ve mümeyyiz olma gibi tabirler de yeni Türk Medeni Kanunu'nda bulunmamakta, bu tabirler yerine sırasıyla soy bağı, iyiniyet, ergin olma, yerleşim yeri ve ayırt etme gücü tabirleri kullanılmaktadır. Bunların dışında, TVK'nın tamamı incelendiğinde, yeni Türk Medeni Kanunu ile uyuşmayan ve kanunun toptan değiştirilmesini gerektirecek hükümler bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, sadece yeni tarihli bir kanunda bazı kavramların eşanlamlı karşılıklarının kullanılması önceki kanunun değiştirilmesi sebebi olamaz.

D. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesiyle Uyum

TVK Tasarısı'nın hazırlanmasına getirilen bir diğer gerekçe de, vatandaşlık mevzuatımızın Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'yle²⁴ uyumudur:

"Ayrıca, uluslararası düzeyde vatandaşlık konularında bağlayıcı düzenlemelere gidilmeye başlanmıştır. 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe giren

²⁴ *European Treaty Series-No.166 ve International Legal Materials*, Vol. 37(1998), S. 1-3, 47-55. Sözleşme hakkında bkz., Güngör, *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*, MHB, Yıl 17-18(1997-1998), S. 1-2, 231 vd.; sözleşmenin Türk Vatandaşlık Hukukuyla karşılaştırılması için bkz. Tanrıbilir, *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku*, MHB, Yıl 22 (2002), S. 2, 791 vd.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konularında önemli ilkeler benimsemiştir. Sözleşme, vatandaşlık hukukunun cinsiyet, din, ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken açısından ayrımcılık oluşturan herhangi bir uygulama içermeyeceğini kabul etmiştir. Diğer yandan Sözleşme, devletlerin çok vatandaşlık olgusuna olumlu yaklaşımda bulunmalarını öngörmektedir.

Bu sözleşmeyi Avrupa Konseyi üyesi 12 ülke onaylamış, 27 ülke de imzalamıştır. Ülkemiz bu sözleşmeyi henüz imzalamamakla birlikte, Avrupa Birliği üyeliği sürecinde ülkemizin gündemine gelmesi muhtemel görünmektedir. Çünkü Avrupa Birliği düzeyinde yapılan değerlendirmelerde vatandaşlık alanında Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin temel alınması gerektiği yönünde eğilim ağırlık kazanmıştır.”

Eğer bu sözleşme kanunun yeniden hazırlanmasının bir gerekçesi olarak gösteriliyorsa, buna katılmak mümkün değildir. Bir kere anılan sözleşme, Türk hukukunda gözetilmeyen hiç bir önemli ilke getirmemektedir²⁵. İkinci olarak, sözleşmenin “*vatandaşlık hukukunun cinsiyet, din, ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken açısından ayrımcılık oluşturan herhangi bir uygulama*” içermemesi esas, Türk Vatandaşlık Hukukunun temel ilkesidir. Anayasa'nın 10. maddesinde bu husus açıkça hükme bağlanmıştır.²⁶ Üçüncü olarak, âkit devletlerin çok vatandaşlık olgusuna olumlu yaklaşımlarının sözleşmeyle hedeflendiği ve Türk hukukunun da bu hedefe uydurulacağı gerekçede belirtilmektedir. Ülkemizin temel kanunlarından birini değiştirmeye kalkan iradenin yürürlükten kaldırdığı kanunun hükümlerinden habersiz olması gibi bir ihtimal düşünülemez (düşünmek istemiyoruz). Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun kan esasından seçme hakkıyla vatandaşlıktan ayrılma yoluna kadar muhtelif hükümleri çok vatandaşlık hallerine cevaz vermekte ve Türk vatandaşı olmak isteyen hiç kimseyi önceki vatandaşlığını terke zorlamamaktadır.²⁷ Kaldı ki, kanunun 22. maddesinde açıkça Türk vatandaşlığını muhafaza ederek başka bir devlet vatandaşlığını kazanma düzenlenmiştir. Kısacası Türk hukukunun çok vatandaşlığa yaklaşımı olumludur.

²⁵ Bkz., Tanrıbilir, 795-797.

²⁶ Bu konuda bkz., Tanrıbilir, 797-800.

²⁷ Aslında vatandaşlığını terke zorlama özellikle Batı Avrupa vatandaşlık kanunlarının yöntemidir ve bu nedenle zor durumda kalan Türk vatandaşları için kanunun çıkma ve sonuçlarıyla ilgili hükümlerde değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca bkz. Aybay, 201 vd.

Gerekçede Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin imzalanması yönündeki eğilimden ve zorlama ihtimalinden bahsedilmektedir.²⁸ Yalnız unutulmamalıdır ki, bu sözleşme sadece vatandaşlık hukukunun ilkelelerini, vatandaşlığın kazanılması ve kaybındaki esasları düzenlemektedir. Bu konuların yanı sıra, Türk hukukunda tarihi bir bilgi olarak kalmasını temenni ettiğimiz arazi terk ve ilhakı da düzenlenmektedir. Bundan başka, askerlik yükümlülüğünden muafiyet veya alternatif sivil hizmet gibi Türk hukukunda bulunmayan ve son zamanlarda tartışmaya açılan hususlar da bulunmaktadır.²⁹ Dolayısıyla bu sözleşmeye taraf olmamızın oldukça fazla tartışılması gerekecektir. Ancak vatandaşlık kanunumuzda değişik nedenlerle sistemi bozan veya sadece kadına ve onun çocuklarına imtiyazlı konum sağlayan hükümlerin "ayırım yasağı" ilkesi çerçevesinde yenilenmesi isteği yerindedir.

E. Vatandaşlıkla İlgili İşlemlerde Kolaylık

Gerekçede son olarak yeni bir vatandaşlık kanunu hazırlamanın nedeni olarak vatandaşlığa alınma usulünü kolaylaştırma sayılmıştır:

"Diğer yandan, küreselleşmenin bir sonucu olarak ulaşım imkânlarının artması ile Türkiye ile tarihi ve sosyolojik bağları bulunan veya bulunmayan ve Türkiye dışında yaşayan bir çok yabancıların Türk vatandaşlığını kazanmaya yönelik başvurularında büyük artışların olduğu gözlemlenmiştir. Başvuruların sağlıklı ve hızlı bir şekilde incelenmesi ve değerlendirilmesi için yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Gelişmiş ülkelerin de uyguladığı bir yol olarak Türkiye'nin ekonomik ve sosyal hayatına katkıda bulunabilecek yabancılara Türk vatandaşlığının daha kolay verilmesi suretiyle, bu kişilerin ülkemize kazandırılmaları da önem arz etmektedir."

Eğer kanun koyucunun amacı, Türkiye'nin ekonomik ve sosyal hayatına katkıda bulunacak kişilere daha kolay yoldan vatandaşlık vermek ise, bu yol zaten 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anılan kişiler, Kanunun "istisnai vatandaşlığa alınma" başlığını taşıyan 7. maddesinin, (d) bendinde "Türkiye'ye sanayi tesisleri

²⁸ Bu husus Avrupa Birliği Uyum Komisyonu raporunda da ifade edilmektedir. Ayrıca raporda Türkiye'nin Avrupa Birliği Müktesebatı'na uyum çalışmaları içinde vatandaşlık konusunun yer almadığı da belirtilmektedir.

²⁹ Bu konudaki tereddütler tasarı hakkında hazırlanan rapor ve karşı oy yazılarında da ifade edilmiştir.

getiren sosyal, ekonomik alanlarda veya bilim, teknik veyahut sanat alanlarında olağanüstü hizmeti geçmiş veya hizmeti geçeceği düşünülen kimseler” olarak düzenlenmiştir.

Bu kişiler ikamet ve yerleşme niyeti dışındaki diğer vatandaşlığa alınma şartlarını taşımaları şartıyla bu yoldan yararlanabilirler. 403 sayılı kanunun 7. maddesinin (d) bendi dışında (e) bendinde de vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler düzenlenmiştir. Anılan hükümlerin, özellikle takımların yabancı oyuncu kontenjanına katkıda bulunma amacıyla ülkemizde birkaç aydır bulunan ve tek kelime Türkçe bilmeyen sporcular için sıklıkla kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla mevcut düzenleme “vatandaşlığa alınmak istenen kişiler” için herhangi bir sıkıntı yaratmamaktadır.

Tasarının 12. maddesinde Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilecek kişiler arasında 403 sayılı kanunun 7. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde sayılan yabancılar yer almaktadır. Tasarının, “Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller” başlığını taşıyan 12. maddesine göre, maddede sayılan kişiler tasarının 11. maddesinin (g) bendinde aranan şartı taşımak kaydıyla Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Tasarının 11. maddesinin (g) bendinde sayılan şart ise, vatandaşlığa alınmak isteyen kişinin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamasıdır. Böylece tasarıyla uygulamadaki fiili durum yasalaştırılmış olmaktadır. Kanaatimizce, 403 sayılı kanunun 7. maddesinin ilk cümlesinde yapılacak bir değişiklikle de bu kolaylık sağlanabilirdi.

III. Tasarının Yapısı ve Çeşitli Hükümleri

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’ndan farklı bölümlenmeye sahiptir. 403 sayılı kanun, beş bölümden oluşmaktadır ve ilk iki bölüm kendi arasında birbirine simetrik alt başlıklara sahiptir. İlk iki bölüm kanun yoluyla, yetkili makam kararıyla ve seçme hakkının kullanılması yollarıyla vatandaşlığın kazanılması ve kaybının gerçekleşmesini öngörmektedir. Ancak bu simetri kaygısı bazı hallerde alt başlıkla bağdaşmayan durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin, TVK m. 5/I’deki evlenme ile vatandaşlığın kazanılması, kanun yoluyla vatandaşlığın kazanılması olarak düzenlenmekle beraber, esasen seçme hakkını kullanmak suretiyle vatandaşlığın kazanılmasıdır. Keza, TVK m. 19’deki evlenme

yoluyla vatandaşlığın kaybı da, üst başlığının kanun yoluyla vatandaşlığın kaybı olmasına rağmen, seçme hakkının kullanılmasıyla vatandaşlığın kaybıdır. Zira belirtilen hallerde vatandaşlık, kanunda öngörülen şartları taşıyan kişinin talebi ile kazanılmakta veya sona ermektedir. Eğer gerçekten bu yollar kanun yoluyla vatandaşlığın kazanılması veya kaybı olsalardı değişiklik, ilgilinin talebine veya yetkili makamın karar vermesine ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden, kanunda belirtilen hukuki olay veya işlemlerin neticesinde ortaya çıkardı. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı simetri kaygısını bir tarafa bırakmış ve Türk vatandaşlığını altı bölümde düzenlenmiştir.

Birinci Bölüm, kanunun amacını, kapsamını, tanımları ve bu kanunla ilgili idari organları düzenlemektedir (m. 1-4). Görüldüğü üzere, son zamanlarda kanunların hazırlanmasında izlenen yöntem, burada da aynen uygulanmıştır.

İkinci Bölümde, “*Türk Vatandaşlığının Kazanılması*” başlığı altında bütün vatandaşlığın kazanılması yolları ele alınmaktadır (m. 5-22). Vatandaşlığın kazanılması başlıca iki şekilde gerçekleşmektedir: (1) Doğumla kazanılan vatandaşlık (m. 6) ve (2) Sonradan kazanılan vatandaşlık (m. 9). Doğumla vatandaşlığın kazanılması da iki halde mümkündür: Soy bağı esası ve toprak esası. Vatandaşlığın sonradan kazanılması ise şu hallerde mümkündür: Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması, evlenme, evlat edinme ve seçme hakkının kullanımıyla vatandaşlığın kazanılması.

Üçüncü Bölümde ise, Türk vatandaşlığının kaybı yolları düzenlenmektedir (m. 23-35). Üçüncü bölüme göre vatandaşlık, yetkili makam kararıyla veya seçme hakkının kullanılmasıyla sona ermektedir. Tasarıda yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı çıkma, kaybettirme ve vatandaşlığa alınmanın iptali halinde mümkündür.

Dördüncü Bölümün konusu, Türk vatandaşlığının ispatı ve vatandaşlık ihtilaflarıdır (m. 36-37).

Beşinci Bölümde, vatandaşlığın kazanılması ve kaybıyla ilgili bazı işlemler “*ortak hükümler*” başlığı altında yer almaktadır (m. 38-42).

Altıncı ve son bölüm, “*çeşitli hükümler*” başlığını taşımakta olup, bu bölümde (1) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları (m.43), (2) 403 sayılı kanuna göre Türk vatandaşlığını kaybedenler (m. 44), (3) çifte vatandaşlık talebi (m. 45), (4) masraflar ile intikal hükümleri (m. 46-47) yer almaktadır.

(1) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarının Türk vatandaşlığına alınmalarına ilişkin ilk düzenleme 2003 yılında 403 sayılı kanuna eklenen bir madde³⁰ ile olmuştur. Anılan ek madde, Türk vatandaşlığına geçmek isteyen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarının yetkili makama başvurarak Türk vatandaşı olmak istediklerini beyan ettikleri takdirde, Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanmalarını öngörmektedir.³¹ Tasarı da ise, taleple Türk vatandaşlığını kazanma imkanı, sadece Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlığını asli olarak kazanan kişilere tanınmaktadır(m. 43/1). Anılan devlet vatandaşlığını sonradan kazananların yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilecekleri de ayrıca hükme bağlanmaktadır (m. 43/2).

(2) Tasarıda Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin izin almaksızın yabancı devlet vatandaşlığını kazanma (a bendi) ve askerlikle ilgili kayıp halleri (ç, d ve e bentleri) hakkında bir hüküm yer almaktadır. Sayılan sebeplere dayanılarak vatandaşlığı kaybettirilenlerin başvurmaları halinde, milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla, Türkiye'de ikamet etme şartı aranmaksızın Bakanlar Kurulu kararı ile yeniden Türk vatandaşlığına alınabilmeleri imkanı getirilmektedir (m. 44). 403 sayılı kanununa göre, 25. madde uyarınca vatandaşlığı hangi sebeple olursa olsun kaybettirilen kişilerin, ikamet şartı aranmaksızın yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanmaları mümkündür (m. 8). Bu durumda kanun koyucu, kaybettirme sebepleri arasında bir ayırım yapmakta, 403 sayılı kanunun 25. maddesinin (a), (ç), (d) ve (e) bentlerine göre vatandaşlığı kaybettirilene ayrıcalık tanımaktadır. Tasarının 44. maddesindeki ayırıma gerekçe olarak, bu sebeplere dayanılarak kaybettirme³² uygulamasına son verilmesi gösterilmektedir. Öte yandan,

³⁰ RG, 3.6.2003 - 25127.

³¹ Ayrıca maddenin uygulanmasını göstermek üzere bir de yönetmelik çıkarılmıştır. Bkz., RG, 24.5.2004-25471.

³² Tasarının ilgi hükmüne göre, "MADDE 29- (1) Aşağıda belirtilen eylemlerde buldukları resmi makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir.

a) Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar,

b) Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde

tasarının askerlikle ilgili kaybettirme sebebi, izin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapmadır (m. 29/1-c). Muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunlarında yabancı bir devletin hizmetinde bulunma vatandaşlığı kayıp sebebi olarak öngörülmüştür.³³ Tasarı hakkında Meclis Avrupa Birliği Uyum Komisyonu'nun düzenlediği rapordan, komisyonun askerlik görevini yapmayanlara ilişkin kaybettirme uygulamasına son verilmesinin sebebini araştırdığı görülmektedir. Komisyona İçişleri Bakanlığı yetkilisinin verdiği bilgiye göre bu değişikliğin dayanağı, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin "kimsenin rızası dışında vatandaşlığının kaybettirilmemesi" ilkesidir. Sözleşmenin 4. maddesinde vatansızlığı önlemek amacıyla bu ilkeye özellikle yer verilmiştir. Ancak yine aynı sözleşmenin 7. maddesinde de vatandaşlığın ilgilinin rızası dışında sona erdirilebileceği haller sayılmıştır. Bu hallerden birisi, kişinin yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerinde kendi isteğiyle hizmette bulunmaktır (m. 7/c). Tasarı, raporlar ve sözleşme hükümleri birlikte ele alındığında bazı hususlar dikkati çekmektedir. Tasarıyı hazırlayanlar kimsenin rızası dışında vatandaşlığının kaybettirilmemesi ilkesine bu kadar önem atfediyorlarsa, niye tasarının vatandaşlığın kaybı bölümünde kaybettirme ve vatandaşlığa alınmanın iptaline yer vermişlerdir? Vatandaşlığın kaybettirilmesinin, Anayasal bir yükümlülük olan askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemenin müeyyidelerinden biri olarak artık görülmek istenmediği açıkça yazılamaz mıydı?

(3) Herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılır (m. 45). 403 sayılı kanuna 2383 sayılı kanunla getirilen izinle, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanma-çok vatandaşlık hali (m. 22/III), tasarıda kaldırılmaktadır. Böylece, özellikle hükmün çıkmayı düzenleyen hükümler arasında bulunmasına yönelik eleştiriler de karşılanmış bulunmaktadır. Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybıyla ilgili olmayan çok vatandaşlık statüsünün

Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler,

c) İzin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar.

³³ Bkz., <http://opm.gov/extra/investigate/IS-01.pdf>

ayrı bir başlık altında düzenlenmesi yerinde olmuştur.

(4) Son bölümde ayrıca masraflar ve intikal hükümleri (m. 46 vd.) de bulunmaktadır. Burada dikkati çeken husus, yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmada öngörülen beş yıllık ikamet süresinin, Türk soylu yabancılar için 31.12.2010 tarihine kadar iki yıl olarak uygulanmasına ilişkin hükümdür (Geçici madde 1). Bilindiği üzere, Türk soylu yabancılar, istisnai olarak vatandaşlığa alınmadan yararlanabilecek kişilerdendir (403 sayılı kanun m. 7/c). Bu yoldan yararlanacak kişilerden ikamet (ve yerleşme niyeti) şartı aranmaz. Tasarının Geçici Madde 1'in gerekçesinde, uygulamada Türk soylu yabancılar için iki yıl ikamet şartı arandığı ve maddede öngörülen geçiş süresinin sonunda Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'yle uyumun sağlanacağı belirtilmektedir. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda aranmayan bir süre uygulamada neye dayanarak aranıyor sorusu akla gelmektedir. Zira, Anayasa'nın 66. maddesinin III. fıkrası gereği, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı şartlarının açıkça kanunla düzenlenmesi gerekir. O halde idarenin Türk soylu yabancıları vatandaşlığa alma için iki yıl ikamet şartı araması bu anlamda Anayasa'ya aykırıdır.

IV. Sonuç

Yukarıda halen meclis gündeminde bulunan ve komisyon raporlarının tamamlanması beklenen Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın hazırlanması nedenleri üzerinde durulmuştur. Tasarının vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin hükümleri ayrı bir inceleme konusudur. Tasarının gerekçesi ve muhtelif hükümlerinden anlaşıldığı kadarıyla, kanunu hazırlayanlar kesinlikle 403 sayılı kanunu yürürlükten kaldırmaya kararlıdır. Ancak bu kararlarını dayandırdıkları gerekçeler, yukarıda da belirtildiği üzere çok haklı veya çok kuvvetli gerekçeler değildir. Umarız, tasarı kanunlaşmadan önce bir kez daha gözden geçirilebilir. Aksi halde son zamanlarda yürürlüğe giren pek çok kanun gibi bu kanun da daha yürürlüğe girmeden değiştirilen bir kanun olmaktan kurtulamayacaktır. Bu da tam bir kısır döngüye yol açacaktır. Çünkü tasarının hazırlanma nedenlerinin başında, mevcut kanunun pek çok değişiklik geçirmesi ve yapısının bozulması gelmektedir.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YAKLAŞIMIYLA YARGICA YÖNELİK DİSİPLİN SÜREÇLERİNİN YARGI BAĞIMSIZLIĞINA ETKİSİ*

Sibel İNCEOĞLU**

GİRİŞ

Yargı Bağımsızlığı ile

Yargıcın Hesap Verirliği Arasındaki İlişki

Yargı bağımsızlığı olmadan hukuken tanınmış, güvence altına alınmış olan haklarımız ve özgürlüklerimiz içi boşaltılmış vaatler halini alır. Yargı bağımsızlığı nihayetinde adaletin gerçekleşmesi için, tarafsızlık ve iyi niyetle hukukun uygulanması için gereklidir. Bağımsız olan yargıç, dışarıdan gelebilecek baskılara karşı korunaklı, kimliğine ve toplumdaki konumuna bakmaksızın davanın taraflarına eşit imkanlar vererek davasını savunma olanağını tanıyan yargıçtır. Yargıcın iyi niyetle hukuktan ne anladyısa onu uygulaması, kişisel, siyasi, mali etkilerden uzak karar verebilmesi gerekmektedir.¹

Bağımsızlık çeşitli yönleriyle ele alınabilir. Birincisi bir bütün olarak kurumsal açıdan yargının diğer erklerden özellikle de yürütmeden bağımsızlığının sağlanması gerekmektedir. İkincisi bireysel olarak yargıçların bağımsızlığı için güvenceler gereklidir. Örneğin görev süreleri, mesleki güvenceleri bireysel olarak bağımsızlığını ilgilendirir. Son olarak iç işleyişteki bağımsızlık da önemlidir. Bu bağımsızlık yargıcın meslektaşları ve özellikle kendinden yukarı seviyedeki diğer yargıçlara karşı bağımsızlığını içerir.²

* Danıştay'ın 139. Kuruluş Yıldönümü ve "Danıştay ve İdari Yargı Günü" nedeniyle 11 Mayıs 2007 tarihinde düzenlenen sempozyumda sunulan bildiri.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Steven Lubet, "Judicial Discipline and Judicial Independence", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, No. 3, Summer 1998 s. 61.

² Shimon Shetreet, "The Limits of Judicial Accountability: A Hard Look at the Judi-

Fakat aynı zamanda halk, bir yargıç örneğin mesleğini kötüye kullanırsa, mesleğin şerefine uygun olmayan davranışlarda bulunursa, taraflı veya önyargılı, zarar verici veya saldırgan davranırsa hesap vermesini de beklemektedir.³ Ancak bu şekilde bir bütün olarak yargıya halkın güven duyması sağlanabilir. Yargıcın hesap verebilir olması da, tıpkı bağımsızlık gibi, hukukun iyi niyetle, tarafsız, adil uygulanmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla bağımsızlık ile yargıcın hesap verebilirliği arasında yöneldikleri amaç bakımından aynılık vardır.

Yargıçların hesap verirliliği yargısal etiğe uygun davranış içinde olmaları bakımından son derece önemlidir. Fakat yargıçların hesap veriri olması yargı bağımsızlığı ile çatışan bir durumu da ortaya çıkarabilir. İki arasında dengenin kurulması da oldukça güçtür. Disiplin süreçlerinin işleyiş biçimleri ve disiplin kurallarının içeriği yargıcın bağımsız davranabilmesine yönelik bir tehdit haline dönüşebilir. Diğer bir deyişle, iyi düzenlenmiş bir disiplin süreci yargı bağımsızlığı için bir güvence olabileceken, kötü düzenlenmiş bir disiplin süreci tam tersine yargı bağımsızlığı için bir tehdit haline gelebilir.

Örneğin disiplin yaptırımına karar veren makamın oluşum biçimi, tarafsızlık ve bağımsızlığı, bu makam önünde yargıcın sahip olduğu savunma hakları, bu makamın kararlarının yargısal denetime tabi olup olmaması, disiplin sürecindeki alenilik yargıcın keyfi yaptırımlara uğraması karşısında güvenceleri olacaktır. Özetle disiplin süreçlerindeki usuli güvenceler yargıcın bağımsızlığı bakımından önemli bir yer tutmaktadır.

Diğer yandan disiplin yaptırımına tabi olan konular da bağımsızlığı etkileyecek nitelikte olmamalıdır. Bağımsızlığın özünde yargıcın hukuku yorumlaması ve vicdani kanaatini oluşturması sırasında özgür olması yer almaktadır. Bu nedenle disiplin yaptırımı kararı, yargıcın dava sırasında verdiği kötü kararından çok, yargıcın kötü davranışına ilişkin olmalıdır. Yargı bağımsızlığına yönelik en önemli tehlike disiplin yaptırımının yargıcın kararının içeriğine dayanmasıdır. Hukuki hatalar kanun yolları aşamasında düzeltilebilir, bu nedenle hukuki bir hatanın nadiren disiplin yargılamasına konu olması gerektiği konusunda neredeyse evrensel bir uzlaşma vardır.⁴ Ayrıca disiplin suçları ve ce-

cial Officers Act 1986", 10 *UNSW Law Journal*, 1987, s. 7.

³ Lubet, s. 61-62.

⁴ Örn. bkz., *In Re Barr*, 13 S.W.2d 525, 544 (Tex. 1998), in Alex B. Long, "Stop me

zalarının mümkün olduğunca somut bir biçimde düzenlenmiş olması da bağımsızlık açısından ayrı bir güvencedir. Yargıç neyin yapmaması gereken bir davranış olduğunu önceden bilebilmelidir. Disiplin cezası veren kuruma geniş bir yorum alanı bırakılması, keyfilik yaratabilecek ve bağımsızlık bakımından bir tehdit oluşturabilecektir.

Bu çok yönlü konu esasında bir kitap boyutlarına ulaşabilecek içeriğe sahiptir, bu nedenle, disiplin yaptırımına tabi olması veya olmaması gereken konular veya bu tür davranış kodlarının nasıl düzenlenmesi gerektiği üzerinde bu çalışmada durulmayacaktır. Temel olarak Türkiye’de disiplin prosedürünün nasıl işlediği ve bunun sakıncaları başka ülkelerden örneklerle birlikte ele alınacaktır. Diğer bir deyişle disiplin süreçlerindeki usuli güvenceler üzerinde durulacaktır.

1. Disiplin Süreçlerinin İşleyiş Biçimine İlişkin İtalya ve ABD Örnekleri

a. İtalya

İtalya’da yargıçların disiplin işlerine bakan makam Yargıçlar Yüksek Kurulu’dur (Consiglio Superiore della Magistratura) Anayasanın 105. m.’si Yargıçlar Yüksek Kurulu’nun (YYK) görevlerini düzenlemektedir. Anayasa’nın 107. m.’sinde Adalet Bakanı’nın yargıçlar aleyhine disiplin işlemlerinin başlatılması için talepte bulunma yetkisinden de söz edilmektedir.

İtalya’da yargıçlar ve savcılar aynı yöntemle işe alınırlar, aynı organın üyeleridirler ve aynı statüden yararlanırlar, bu nedenle YYK 9.000 civarında İtalyan yargıcını ve savcısını temsil ve idare eder, dolayısıyla sadece yargıçların değil savcılarının da disiplin işlerinde yetkilidir.⁵

YYK’nın şu andaki üye sayısı 27’dir. Bu üyelerden on altısı yargı mensupları tarafından sekiz tanesi Parlamento tarafından seçilir. Diğer üç üye aynı zamanda YYK’nın da başkanı olan Cumhurbaşkanı, Yargıtay (Corte di Cassazione) Başkanı ve Başsavcısı’ndan oluşur.

Before I Vote For This Judge Again: Judicial Conduct Organizations, Judicial Accountability, and the Disciplining of Elected Judges”, *West Wirginia Law Review*, Vol. 106, 2003, s. 26.

⁵ Giacomo Oberto, “The Italian Experience in the Fields of Judicial Ethics and Judicial Discipline”, *Adalet Bakanlığı AB Genel Müdürlüğü ve Avrupa Toplulukları Komisyonu işbirliği ile düzenlenen Yargısal Etik ve Hakimlerin Davranışlarını Yönlendiren İlke ve Kurallar Semineri*, Ankara 24 Eylül 2004, s. 7-8.

Cumhurbaşkanının kurulun başkanı olması İtalya'nın birliğini temsil etmesine ve birliğin güvencesi olmasına dayandırılmaktadır.⁶ Parlamento tarafından seçilen üyeler hukuk profesörü veya en az on beş yıl çalışmış olan avukatlardır.⁷ Başkan yardımcısı, parlamentonun atadığı üyeler arasından YYK tarafından seçilir ve bu organın işleyişi konusunda etkili bir şekilde eşgüdüm sağlar.⁸

Anayasa'nın 105. m.'sine göre, bağımsız bir kurum olarak görülen YYK yargı üyelerinin atanmaları, mahkemede görevlendirilmeleri, nakilleri, ilerlemeleri ve haklarında disiplin cezası verilmesi konularında tek yetkilidir⁹. Kurulun bütün üyeleri dört yıllık süre için görev yaparlar, bu süre içinde kendi mesleklerini icra edemezler veya parlamento üyeliklerini bölgesel konseylerdeki üyeliklerini sürdürmezler (AY m. 104).

1958 tarihli yasa gereğince YYK'nın bir dairesi disiplin yargılamasını yürütür. Bu dairenin başkanı Cumhurbaşkanı değildir, YYK'nın başkan yardımcısı "*Disiplin Dairesi*"ne başkanlık eder.¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin kararı gereğince YYK'nın Disiplin Dairesi YYK'nın toplam üyelerinin seçiminde uygulanan oranlara (2/3 yargıçlar tarafından, 1/3 parlamento tarafından seçilme esasına) uygun olarak oluşturulmaktadır.¹¹

İtalya'da yargıçların hesap verirliliği ve bağımsızlığı uzun yıllar tartışılmıştır. 2005'te bu konuda reformist bir kanun düzenlenmiştir. 25 Temmuz 2005 tarih 150 sayılı kanuna göre YYK disiplin dairesi tarafından verilebilecek disiplin cezaları şunlardır: uyarma, kınama, kıdem indirimi, geçici süreyle yönetici veya yönetici benzeri görev icra etmekten yasaklamak, üç aydan iki yıla kadar görevini askıya alma ve ihraç (md 2/6.f).

150 sayılı kanuna göre, disiplin sürecinde kamu savcısı görevi Yargıtay Başsavcısı veya onun vekili tarafından yerine getirilir. Disiplin soruşturmasına ilişkin araştırma da kamu savcısı tarafından yürütülür (m. 7.a). Disiplin soruşturması olayın araştırma sonucu öğrenilmesi

⁶ www.csm.it/pages/csm.html

⁷ Maria Elisabetta di Franciscis, "Italy", Mary L. Volcansek, *Judicial Misconduct*, Florida 1996, s. 53.

⁸ Oberto, s. 8.

⁹ www.csm.it/pages/csm.html

¹⁰ Franciscis, s. 54; Oberto, s. 8; www.csm.it/pages/disciplinare.html

¹¹ *Sentenza* No. 12, 19.01.1971.

veya ayrıntılı bir ihbar veya Adalet Bakanı'nun bildirmesinden itibaren bir yıl içinde açılır (m. 7/b1). Adalet Bakanı Yargıtay Başsavcısı'ndan araştırma yapmasını talep ederek disiplin soruşturmasını tahrik etme yetkisine sahiptir. Adalet Bakanı inisiyatif hakkında Yargıçlar Yüksek Kurulu'nu bilgilendirir (m. 7.c1). Adalet Bakanı eğer disiplin soruşturmasını kendisi tahrik etmişse veya soruşturmaya müdahil olmayı talep etmişse, soruşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı on gün içinde itiraz edebilir. Disiplin kurulu tarafları gizli oturumda dinleyerek bu konuda karar verir (m. 7.e2). Yargıtay Başsavcısı araştırma evresi sonunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar vermemişse, suçlamayı yapar ve disiplin dairesi başkanlığından duruşma günü belirlemesini talep eder, vardığı sonuçlar hakkında Adalet Bakanı'nu da bilgilendirir ve işlemlerin bir kopyasını Bakana gönderir (m. 7.e1). Adalet Bakanı, Yargıtay Başsavcısı'nın 7.e1'deki talebini öğrendikten sonra yirmi gün içinde soruşturmaya müdahil olmayı veya soruşturma kendisi tarafından tahrik edilmişse düzeltilmesini talep edebilir (m. 7.e3).

Disiplin soruşturmasının başlangıcından itibaren otuz gün içinde suçlanan yargıca suçlamayı gerektiren olay belirtilerek bilgi verilir. Suçlanan yargıç başka bir yargıç veya bir avukat ya da eğer gerekiyorsa teknik bir danışmandan yardım alabilir (m. 7.d1). Suçlanana veya avukatına bildirilmeyen soruşturma konuları geçersizdir (m. 7.d2). Soruşturma aşamasında uygun olduğu ölçüde ceza usul kanunu kurları uygulanır (m. 7.d3).

2005 tarihli kanuna göre Disiplin Dairesi önünde yapılan duruşma kuralı olarak açıktır. Bununla birlikte Disiplin Dairesi tartışma konusu olayları ve suçlananın görevini dikkate alarak yargı işlevinin güvenilirliğini korumak için gerekli olduğu takdirde veya üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla duruşmanın açık yapılmamasına da karar verebilir (m. 7.f2). Suçlanan yargıç kendisini bizzat veya bir vekil aracılığıyla savunma hakkına sahiptir. Suçlanan yargıç bulgular konusunda bilgilendirilme ve duruşmada hazır bulunma haklarına sahiptir. Disiplin Dairesi gerekli gördüğü delilleri toplama, adalet bakanı genel müfettişinin, yargısal konseylerin, mahkeme başkanlarının raporlarının okunmasını, araştırma sırasında elde edilen delillerle birlikte kişisel dosyaların okunmasını kabul edebilir veya bunları kullanabilir, savcı, suçlanan yargıç veya bakan temsilcisi tarafından belgeler sunulmasını kabul edebilir. Duruşmada ceza usul kanunundaki duruşmaya

ilişkin hükümler uygulanır, tanıkların, uzmanların dinlenmesi konusunda da ceza usul kanunu hükümleri uygulanır (m. 7.f3). Delillerin sunulduğundan sonra, Disiplin Dairesi, savcının, adalet bakanı temsilcisinin ve suçlanan yargıcın son sözlerini dinler (yargıç en son konuşur) ve hemen kararını verir. Disiplin Dairesi müzakerelerini gizli olarak yapar (m. 7.f4). Eğer yeterli delil yoksa, disiplin cezası gerektiren fiilin varlığını reddeder (m. 7.f5). Kararın gerekçesi müzakereden itibaren otuz gün içinde Disiplin Dairesi sekreterliğine verilmek zorundadır (md 7.f5). Tedbir kararları da dahil (m. 7.11,2). Disiplin Dairesi kararına karşı Yargıtay daireler kuruluna başvurulabilir. Yargıtay sadece hukukilik denetimi yapar.¹²

b. ABD

ABD’de yargıçlara yönelik disiplin süreçlerini federe yönetimler düzeyi ve federal düzey olarak iki ayrı başlık altında incelemek gerekliyse de bu çalışmayı belirli bir sınır içinde tutmak amacıyla burada sadece federal yargıçlar üzerinde durulacaktır. Fakat federe düzeydeki bir kaç farklılığa, konumuz açısından önemli olduğu düşünülerek kısaca değinilecektir.

ABD Anayasası’nı yapanlar yürütmenin yetkisini kötüye kullanma ihtimalini dikkate alarak, başkanın, ömür boyu için yargıcı atamasını öngörmüştür, yargıç iyi davranış içinde olduğu sürece görevini devam ettirir (AY m. 3). Yargıcın ihracı ancak *impeachment* yöntemiyle yasama meclisi tarafından yapılmaktadır.¹³

Anayasa’nın 2. m.’sine (sec. 4) göre, başkan, başkan yardımcısı ve ABD’nin diğer bütün memurları vatana ihanet, rüşvet veya diğer ağır cürüm ve kabahatler nedeniyle mahkumiyet ve *impeachment* üzerine görevden ihraç edilir.

ABD’de yargıçlar da bu hükme tabidirler ve onlar da *impeachment* yöntemi ile ihraç edilebilirler. Bu yöntemle göre Temsilciler Meclisi itham etme yetkisine sahip tek organdır, yargılama yetkisine ise sadece

¹² Orberto, s. 24.

¹³ Bkz. Edward J. Schoenbaum, “A Historical Look At Judicial Discipline”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 54, N. 1, 1977, s. 3; Drew E. Edwards, “Judicial Misconduct and Politics in the Federal System: A Proposal for Revising the Judicial Councils Act”, *75 Cal. Rev.*, 1987, s. 1071.

Senato sahiptir.¹⁴

ABD tarihi boyunca sadece 13 federal yargıç Temsilciler Meclisi tarafından suçlanmış ve bunlardan sadece yedisi Senato tarafından suçlu bulunmuştur. Mahkumiyetlerin beşi 20. yy.da gerçekleşmiştir ve bu mahkumiyetlerin nedeni olan fiiller aynı zamanda ceza hukuku anlamında da suç oluşturmuştur.¹⁵

Impeachment yöntemi yargısal hatalı davranışlara (misconduct) ilişkin olarak “*ya hep ya hiç*” çözümü sunduğundan ve nadiren işletildiğinden, görevden ihraç yerine daha hafif disiplin yaptırımlarını içeren bir yasa (Judicial Councils and Judicial Conduct and Disability Act) 1980’de Meclis’ten geçmiştir. 1980 yasasının yargısal hatalı davranış ile ilgili olan bölümü 2002’de başka bir yasa ile (Judicial Improvements Act) yürürlükten kaldırılmış ve değiştirilerek yeniden kodifike edilmiştir. 2002 yasası “*mahkemelerin işlerinin süratli ve etkili idaresine zarar verici davranış içinde olan veya ... fiziksel veya zihinsel engelleri nedeniyle makamına verilen görevleri yerine getirmeyen*” (m. 3) yargıçlara karşı herkesin şikayette bulunabileceğini öngörmektedir.¹⁶ Federe düzeydeki yargıç disiplinine ilişkin yasalardan farklı olarak 2002 tarihli yasanın yargısal hatalı davranışı tanımlamak için kullandığı kavramlar oldukça muğlaktır ve bu nedenle eleştirilmektedir,¹⁷ yasadaki kavramlar ancak bu yasa çerçevesinde belirtilen disiplin kurulları tarafından verilen kararların gerekçeleri ile somutlaşmaktadır.

Herhangi bir kişi o bölgedeki yargıçlar hakkında mahkeme işlerinin etkili ve süratli icrasına zarar verici şekilde davrandığı gerekçeyle yargı bölgesinin başyargıcına şikayet edebilir. Herhangi bir kişi o bölgedeki bir yargıcın fiziksel veya zihinsel yetersizliği nedeniyle görevlerini yerine getiremediğinden de şikayetçi olabilmektedir. Şikayet aynı zamanda suçlanan yargıca da gönderilir. Şikayetçi olunan yargıçtan söz konusu şikayete yönelik cevabı istenir. Başyargıç şikayeti aldıktan sonra, şikayeti gözden geçirir, ya şikayeti reddeder ya da soruşturma yapılmasına karar verir. Başyargıç (a) şikayet yargıcın mahkeme işlerinin etkili ve süratli icrasına zarar verici şekilde davrandığına ya da yargıcın fiziksel veya zihinsel yetersizliği nedeniyle

¹⁴ John P. Sahl, “Secret Discipline in the Federal Courts- Democratic Values and Judicial Integrity at Stake”, *Notre Dame Law Rev.*, Vol 70, N. 2, 1994, s. 202.

¹⁵ Long, s. 17.

¹⁶ Long, s. 17-18.

¹⁷ Edwards, s. 1077, 1079, 1083.

görevlerini yerine getiremediğine ilişkin değilse, (b) şikayet doğrudan davanın esasına ilişkinse veya (c) şikayet önemsizse, hatalı davranışın gerçekleştiğine dair yeterli delillerden yoksunsa, iddiaların soruşturma yapılarak ortaya çıkarılması imkan dahilinde değilse reddeder (2002 tarihli yasa chapter 16, sec. 352/b). Başyargıç şikayeti reddetse de kabul etse de gerekçesi ile birlikte şikayetçiyi ve suçlanan yargıcı bilgilendirmek zorundadır.¹⁸

Başyargıcın kararına karşı şikayet eden veya şikayet edilen yargıç Bölge Yargısal Konseyine itiraz edebilir.¹⁹ Şikayet başyargıç tarafından kabul edildiği takdirde, üyeleri başyargıç tarafından yargıçlar arasından atanan ve bütün olayları ve iddiaları soruşturmak konusunda tam yetkili olan Özel Komite tarafından soruşturma tamamlanır. Komite soruşturmasını tamamladıktan sonra üyeleri bölgedeki bütün yargıçların oyuyla belirlenen²⁰ Bölge Yargısal Konseyi'ne (Judicial Council of the Circuit) raporunu gönderir. Konsey daha fazla soruşturma yapmaya karar vererek, ek soruşturma yapabilir, şikayeti reddedebilir veya yargıcın yetersizliğini belgeleyebilir, gönüllü emeklilik isteyebileceği gibi, yargıca belli bir süre yeni davalar verilmemesini emredebilir veya özel ya da aleni olarak yargıcı kınayabilir ya da meslekten ihraç hariç uygun olduğunu düşündüğü başka yaptırımlar da uygulayabilir.²¹ Bununla beraber 2002 yasası "*hiçbir şartta göreve atanmış iyi davranış içindeki bir yargıcın Konsey tarafından görevden ihraç edilemeyeceğini*" belirtmektedir. Konseyin, kararı ne yönde olursa olsun, şikayetçiyi ve suçlanan yargıcı bilgilendirmek zorunluluğu vardır. Konseyin aleyhine olan kararına karşı şikayet edilen yargıç veya şikayetçi, bölge mahkemelerinin başyargıçları ve her bir bölgenin yargıçları tarafından seçilmiş alt mahkeme yargıçlarından oluşan Birleşik Devletler Yargısal Kurulu'na²² (Judicial Conference of the United States) itiraz edebilir. Eğer Konsey yargıcın impeachment nedeni olabilecek davranışlar içinde olduğunu tespit ederse, kendisi de konuyu Birleşik Devletler Yargısal Kurulu'na gönderebilir. Kurul *impeachment* istenebileceğini, çoğunluğun kararıyla Temsilciler Meclisine bildirme yetkisine sahiptir.²³

¹⁸ Sahl, s. 215-216.

¹⁹ Edwards, s. 1079.

²⁰ Bkz. Sahl, s. 207.

²¹ Sahl, s. 217; Long, s. 18.

²² Yüksek Mahkeme başkanı Kurula başkanlık etmektedir. Bkz., Sahl, s. 207.

²³ Bkz., Long, s. 18; Sahl, s. 217.

Yukarıda belirtilen itiraz yolları dışında verilen kararlara karşı yargı denetimi bulunmamaktadır.²⁴ Hakkında şikayet olan yargıç 2002 tarihli *Judicial Improvements Act* hükümleri gereğince, yapılan soruşturmaya ilişkin olarak yazılı olarak bilgilendirilme, avukatının veya kendisinin hazır bulunma, yazılı veya sözlü delil gösterme, tanıkların hazır bulunmasını ve belge sunulmasını isteme, tanıkları çapraz sorgulama, yazılı veya sözlü savlarını ortaya koyma haklarına sahiptir. Soruşturmayı yapan kurul önemli bilgiler vereceği sonucuna varırsa şikayetçiye de hazır bulunma imkanı verebilir. Bu belirtilen haklar itiraz aşaması da dahil olmak üzere Yargısal Konsey ve Birleşik Devletler Yargısal Kurulu'nda da tanınabilir (2002 tarihli yasa chapter 16, sec. 358).

Konseyin bir yargıç hakkında verdiği yaptırım kararı yazılı gerekçesi ile birlikte Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından kamunun bilgisine sunulur (2002 tarihli yasa chapter 16, sec. 360/b). Fakat komite önündeki soruşturma aşaması gizlidir, bu gizlilik başyargıcın başlangıçtaki karar süreci için de geçerli görülmektedir. Soruşturma aşamasında toplanan bütün belgeler, kağıtlar, kayıtlar gizlidir ve hiç kimse tarafından açıklanamaz. Ancak yasa gizliliğe ilişkin istisnalar getirmektedir. Yargısal Konsey veya Yargısal Kurul veya Senato ya da Temsilciler Meclisi bir karar alarak Anayasa m. 1 çerçevesinde yapılacak bir yargıcın yargılaması veya impeachment soruşturması için gerekli olan herhangi bir materyali açıklayabilir. Suçlanan yargıcın kendi isteği üzerine başyargıç veya Yargısal Kurul Komite başkanı oluru ile de gizlilik kalkabilir. Ayrıca, Yargısal Kurul'un üye çoğunluğu ile Temsilciler Meclisine impeachment tavsiye edilmesi kararlaştırıldığında da gizliliğin kalkması mümkündür.²⁵

ABD'de nihai karar herkese açık olmasına karşın, yasal düzenlemede öngörülen karar öncesi aşamanın gizliliği dahi eleştirilmektedir. Nitekim hakkında şikayet olan bir yargıca yönelik gazetede yapılan bir habere ilişkin olarak verdiği *Landmark Communications, Inc v. Virginia* kararında Yüksek Mahkeme, devlet işlerinin halkın önünde tartışılmasını Anayasanın 1. ek md'sinin gereği olduğunu, yargısal sürecin açıkça tartışılmasının adaletin kötü işleyişini ve yetkilerin kötüye kullanımını engellemeye yaradığını belirtmiştir.²⁶ Birleşik Devletler

²⁴ Edwards, s. 1079.

²⁵ Sahl, s. 218-220.

²⁶ *Landmark Communications, Inc. V. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978) in Sahl, s. 228.

5. Bölge İstinaf Mahkemesi yargıçlar hakkındaki bütün şikayetlere ve başyargıcın red kararlarına halkın ulaşma hakkını tanımıştır. Yargıç hakkındaki şikayet yargıcın bu şikayete cevabı ve başyargıcın red kararı dosyaya koyulmakta ve halkın incelemesine açık tutulmaktadır. 5. Bölge'nin bu politikayı izlemesinin nedeni bu bilgilere ulaşamamasının toplumda kuşku yaratacağı düşüncesidir, yargıçlar saklanacak bir şey olmadığını göstermek istemişlerdir.²⁷ Federe yönetimlerin çoğunluğunda da hatalı davranışın gerçekleştiğine dair bazı belirtiler görülüp resmi suçlama yapıldıktan sonra yargıca karşı yapılan suçlama alenileşmektedir. Bu noktada suçlama ile birlikte kayıtlar da aleni hale getirilmektedir.²⁸

Federe yönetimlerdeki disiplin süreçlerinin bir diğer farklılığı da bir disiplin kurulu özelliklerine sahip Yargısal Davranış Organizasyonlarında yargıçların yanı sıra, diğer hukukçuların ve hukukçu olmayanların da bulunmasıdır. Yargıç olmayanların da bu organizasyonlarda yer almaları yargıçların meslektaşlarını temize çıkarmalarını önlemek içindir.²⁹

2. Türkiye'de Disiplin Süreçlerinin İşleyiş Biçimi ve Sorunlar

a. Soruşturma Aşamasına İlişkin Analiz: Nesnellik İlkesi

Türk Hukuk sisteminde, bir yargıç ya da savcının sorumluluğuna gidilebilmesi, inceleme ve soruşturma yapılabilmesi için kural olarak Adalet Bakanlığı'nın izni gerekmektedir. Önceden izin alınmasını gerektirmeyen haller de vardır. Adalet müfettişlerinin denetim ve soruşturma sırasında öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan konuların soruşturması için önceden izin alınması gerekmemekte, ancak durum hemen Adalet Bakanlığına bildirilmektedir.³⁰ Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli yargıç veya savcı eliyle yaptırılabilir.³¹ Adalet müfettişleri lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleme, gerektiğinde istinabe yoluna başvurma ve soruşturmanın zorunlu kıldığı

²⁷ Birleşik Devletler 5. Bölge İstinaf Mahkemesi Başyargıcısı Henry A. Politz ile Rapor-taj, 25 Nisan 1994, in Sahl, s. 242.

²⁸ Long, s. 42-43.

²⁹ Schoenbaum, s. 19-20.

³⁰ 24.02.1983 tarih, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 83.

³¹ Anayasa md 144, 24.02.1983 tarih, 2802 sayılı Kanun m. 82.

hallerde arama yapma, sübut delillerini, gereken bilgileri bütün daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplama yetkilerine sahiptir. Soruşturma ile görevlendirilen yargıç ve savcılar da adalet müfettişlerinin bu yetkilerine sahiptir.³² Adalet müfettişleri; denetleme, araştırma, inceleme ve soruşturmaları Bakan adına yaparlar. Müfettişlere, Adalet Bakanı ve doğrudan Bakana bağlı Teftiş Kurulu Başkanı emir verebilmektedir.³³

Ceza İşleri genel Müdürlüğü kanunların Adalet Bakanlığı'na verdiği soruşturma, kovuşturma ve disiplin işlerini yürütmek görevine sahiptir.³⁴ Yargıç ve savcılar hakkında tamamlanan soruşturma evrakı Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmektedir. Genel müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine kovuşturma yapılmasına veya disiplin cezası uygulanmasına gerek olup olmadığı Bakanlıkça takdir edilmektedir.³⁵

Bu bilgiler ışığında, yargıç ve savcılarının meslek kurallarına uymalarını sağlamak ve sorumluluklarına gidebilmek açısından iki konu ön plana çıkmaktadır. Birincisi, yargıç ve savcılar hakkında soruşturma yapılması, disiplin cezası uygulanması veya kovuşturulması açısından Adalet Bakanı'nın etkin rolüdür. İkincisi ise, adalet müfettişlerinin hazırladıkları raporların nesnellidir.

Yürütme organının bir üyesi olan Bakan siyasi bir kişiliktir, nesnel bir görüntü sunmamaktadır. Bakan, geniş bir takdir alanına sahiptir, soruşturma izni vererek veya kovuşturma ve disiplin cezası verilmesini gerekli görerek yargıcın sorumluluğu mekanizmasını harekete geçirebileceği gibi tersi yönde hareket ederek yargıç veya savcının sorumluluğuna gidilmesinin önünü de kapatabilir. Sorumluluk mekanizmasının çalıştırılmaması toplumda kuşku yaratan (yolsuzluk, adam kayırma, siyasi tarafsızlık gibi) olayların açığa çıkmasının engellendiği izlenimi yaratabileceği gibi yürütmenin yargı üzerinde etkili olduğu izlenimini de yaratabilmektedir. Sorumluluk mekanizmasının

³² 2802 sayılı Kanun m. 101 ve 82.

³³ Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü, md 4, 10.03.1988 tarih ve 19750 sayılı RG, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği ise (m. 5), Bakan ve Başkanın yanı sıra, yetkilendirildikleri alanlarda Teftiş Kurulu Başkan yardımcılarının da müfettişlere emir verebileceğini öngörmektedir, 24.01.2007 tarih 26413 sayılı RG.

³⁴ 29.03.1984 tarih, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, m. 9/f

³⁵ 2802 sayılı Kanun m. 87.

harekete geçirilmesi de benzer izlenimi yaratabilmektedir, yargıç ve savcıların üzerinde bu yolla baskı yapılabileceği düşünülebilmektedir. Her ne kadar yargıç veya savcının sorumlu olup olmadığı konusunda son yetkili HSYK ise de bu kurul içinde bakan ve müsteşarın olması ve sekretarya hizmetinin Adalet Bakanlığı tarafından verilmesi HSYK'nın bir güvence olarak algılanmasında sorun yaratmaktadır. Disiplin cezası verilmesi gerektiğini belirterek isnatta bulunan makamın hüküm veren organ içinde yer alması, ileride tekrar değinileceği gibi, o organının tarafsızlığından kuşku duyulmasına neden olacaktır.

İkinci konu, adalet müfettişleri raporlarıdır. Müfettişler, Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak çalışmakta ve yukarıda belirtildiği gibi bakan ya da Teftiş Kurulu Başkanı'ndan emir alabilmektedirler. Bu nedenlerle yürütmenin bir parçası gibi faaliyet gösterdikleri izlenimi ortaya çıkmaktadır, dolayısıyla hazırladıkları raporların nesnellikleri de tartışmalı görünmektedir. Üstelik HSYK esas olarak dosya üzerinden inceleme yaptığı için müfettişlerin topladığı deliller çelişmeli bir usulle HSYK önünde tartışılmadığından, müfettiş raporları HSYK'nın karar verme sürecinde oldukça etkili olabilmekte ve nesnellik sorunu daha da ciddi bir boyuta ulaşmaktadır.

Oysa yukarıda ele alınan İtalya ve ABD örneklerinde bu tür bir yapıdan söz etmek mümkün değildir. Örneğin İtalya'da Yargıtay Başsavcısı soruşturma aşamasında yetkilidir. Adalet Bakanı'nın soruşturma açılmasını isteme ya da Yargıtay Başsavcılığı'nın vardığı sonuçlara, soruşturmayı ele alış biçimine itiraz etme imkanı varsa da belirleyici bir pozisyonda değildir. ABD'de de Bölge Başyargıcı soruşturma aşamasında tam yetkilidir. Yürütmenin herhangi bir müdahalesinden söz edilemez, başyargıcın kararına karşı ancak zarar gören şikayetçi veya hakkında şikayet olan yargıç itiraz etme haklarına sahiptir.

b. HSYK Önündeki Aşamanın Analizi: Adil Yargılanma Hakkı

HSYK kararlarına karşı yargı yolu, hukuk devletine aykırı bir biçimde 1982 Anayasası (m. 159/4) tarafından kapatılmıştır, 1982 Anayasası'nın bu yaklaşımı yargı bağımsızlığı açısından önemli bir eksiklik ve ne yazık ki üzerinden 20 yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen bu hüküm kaldırılmamıştır. Bu nedenle, özellikle meslekten çıkarma gibi kişinin yaşamını maddi ve manevi açıdan doğrudan ve

önemli ölçüde etkileyecek nitelikteki kararlar alınırken, HSYK önünde cereyan eden usulün adil yargılamaya uygun bir biçimde gerçekleşmesi daha da fazla önem kazanmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) bu konuda³⁶ şöyle demektedir: “Avrupa Konseyine üye

³⁶ Fakat hemen şunu hatırlatmakta fayda vardır. HSYK kararları nedeniyle, karardan zarar gören yargıç veya savcının İHAM’a başvurması güç görünmektedir. İHAM, *Pellegrin-Fransa* kararında, kamu hukukundan kaynaklanan güçleri kullanmaya katılan veya devletin menfaatleri içinde sorumluluk alan, devlete “özel bir sadakat ve güven bağılılığı” içeren alanda görev yapan, devletin egemen gücünü icra etmeye katılan polis, asker gibi memurların mesleğe kabul, yükselme, işten çıkarma gibi konularda kamu otoritesi ile aralarındaki uyumsuzluklarda izlenen usulü 6. md açısından denetleyemeyeceği kararını vermiştir. (Bkz., *Pellegrin v. France*, 08.12.1999, para. 64-66, kararlara www.echr.coe.int internet adresinden ulaşılabilir) Bunun nedeni, 6. m.’de geçen “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklarda” 6. m.’nin uygulanacağına ilişkin ifadedir, bu ifade sadece özel hukuktan doğan uyumsuzlukların madde kapsamında olduğu izlenimini yaratmaktadır. Devlet-kişi uyumsuzluklarının 6. m. kapsamında kabul edilebilip edilemeyeceğine ilişkin olarak sözleşme bir açıklık içermemektedir. İHAM yorum yoluyla pek çok devlet-kişi uyumsuzluğunu 6. m. kapsamında görmüştür, fakat asker, yargıç, polis gibi *Pellegrin* kararında belirtilen özellikleri taşıyan görevleri ifa eden memurları kapsam dışında görmüştür (örn. yargıç için bkz., *Kajanen ve Tuomaala v. Finland*, 19.10.2000). İHAM Sözleşme’nin 6. m.’sinin kendisine bu yetkiyi vermediği yorumuyla, yetkisiz olduğu yönünde kararlar vermiştir. (Adil yargılanma hakkının Sözleşmedeki kapsamı ve *Pellegrin* kararı ile ilgili geniş bilgi için bkz., Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. b., Beta yay., 2005 İstanbul, s. 12-100, 45-52). İHAM 2007 Nisanında verdiği *Vilho Eskelinen* kararında *Pellegrin* kriterlerini memur başvuru lehine daha da genişletmiştir. Mahkeme başvuru sadece içinde bulunduğu statüye değil başka unsurlara da bakacağını açıklamıştır. Mahkeme şöyle demektedir: “taraf devletin başvuru statüsünün m. 6’daki koruma dışında kalan bir memur olduğuna dayanması için iki koşul yerine getirilmiş olmalıdır. Birincisi devlet milli hukukunda mahkemeye ulaşmayı söz konusu edilen çalışan kadrosu veya kategorisi için açıkça dışlamış olmak zorundadır. İkincisi, mahkemeye ulaşma hakkından hariç tutmanın devletin menfaati bakımından nesnel bir temelde haklı olması gerekmektedir. Başvurucunun sadece kamu hukukundan kaynaklanan bir yetki icra etmeye katılan bir sektör veya bölümde çalışıyor olması kendi başına belirleyici değildir... Hariç tutmanın haklı bulunması için memurun kamu gücünün icrasına katıldığına veya *Pellegrin* kararında kullanılan sözcüklerle “devlet ile memur arasında “özel bir bağılılık ve güven ilişkisi” olduğunun devlet tarafından belirlenmesi yeterli değildir. Devlet aynı zamanda **uyumsuzluk konusunun** devlet gücünün icrası veya belirtilen özel bağ ile ilgili olduğunu da göstermelidir”. (*Vilho Eskelinen and other v. Finland*, 19.04.2007, para. 62). Bu yeni içtihadı çerçevesinde konuya bakıldığında dahi, gerek birinci koşul yani iç hukukumuzda yargı yolunun kapalı olması, gerekse ikinci koşul yani yargıca yönelik disiplin konularının devlet gücünün icrası veya devlet-memur arasındaki özel ilişkiyi içermesi bakımından, disiplin cezası alan bir yargıç veya savcının bu konudaki uyumsuzluğu İHAM 6. md çerçevesinde İHAM önüne götürebilmesi yine de güç görünmektedir. Fakat her

pek çok devlette disiplin suçlarına ilişkin karar verme yetkisi mesleki örgüt organlarına verilmiştir... Bu tür durumlarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) şu iki sistemden en az birinin uygulanmasını gerektirir; ya karar veren mesleki örgüt organının kendisi md 6/1'in gereklerine uygun olacaktır ya da eğer bu tür bir uygunluk yok ise, kararları daha sonra md 6/1 gereklerine uygun tam yargılamaya yetkisine sahip yargısal bir kurum tarafından denetime tabi olacaktır".³⁷

HSYK'da kararın verilme aşaması ve İtirazları İnceleme Kurulu'nda itirazın değerlendirme aşaması birlikte ele alındığında iki sorun dikkati çekmektedir. Birincisi tarafsızlık, ikincisi ise çelişmeli yargılama ve silahların eşitliğidir.

Soruşturma raporunu hazırlayan adalet müfettişi veya kıdemli yargıç ya da savcı olmakla birlikte soruşturma raporu doğrultusunda kovuşturma ve disiplin cezası uygulanması için ilgili makamlara dosyanın gönderilmesini gerekli gören Adalet Bakanı'dır. Adalet Bakanı soruşturma raporunu önceden bilmektedir, disiplin cezası verilmesini istemektedir, dolayısıyla Adalet Bakanı'nın taraf sıfatı bulunmaktadır. Taraf olan Bakanın ve/veya kendisinin hiyerarşik astı olarak çalışan müsteşarın hüküm veren organ içinde yer alması, o organının tarafsızlığından kuşku duyulmasına neden olabilecektir.

Hakkında disiplin cezası verilmesi istenen yargıç veya savcının itiraz etme hakkı vardır, fakat İtirazları İnceleme Kurulu da ilk kararı veren kuruldan tamamen farklı bir oluşuma sahip değildir. İtirazı ele alan kurul HSYK'nın yedek üyelerle birlikte toplanması ile oluşmaktadır, dolayısıyla ilk kararı veren asıl üyeler İtirazı karara bağlayan kurulda da bulunmaktadır, dolayısıyla tarafsızlık sorunu bu kurul için de geçerlidir.

İHAM şöyle demektedir: *"Eğer bir kişi iddia makamında bulunduğundan sonra aynı davada yargıç olarak oturuyorsa, halk, tarafsızlık güvencesini*

somut olayda verilen cezanın nedeni farklı olacaktır ve ikinci koşul bakımından İHAM tarafından değerlendirilecektir, bu nedenle İHAM yolunun tamamen kapalı olduğu da kesin olarak söylenemez. Her şeye rağmen, İHAM'ın konuyu kendi denetim alanında görmemesi nedeniyle, İHAM'a başvuru olanağının bulunmadığı kabul edilse dahi, iç hukukta uygulanan usulün içerik olarak adil olup olmadığını sorgularken İHAM'ın kararlarından yararlanmaya engel yoktur, adil yargılama hakkı Anayasa'nın 36. md'sinde de yer almaktadır, bu nedenle bu yazıda İHAM kararlarındaki ölçütler hareket noktası olarak kullanılmaktadır.

³⁷ *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983, para. 29.

yeteri kadar sağlayamayacağından korkmakta haklıdır".³⁸ Nitekim yukarıda verilen İtalya ve ABD örneklerinde de disiplin cezası verilmesini öneren kişilerin veya onların hiyerarşik olarak astlarının karar veren organ içinde yer almaları söz konusu değildir.

HSYK takdir yetkisini şöyle kullanmaktadır: *"Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile İtirazları İnceleme Kurulu; disiplin cezalarının uygulanmasında ve itirazların incelenmesine ilişkin kararlarında; hakimlik ve savcılığın şeref ve itibarını korumak ve kamu yararını her düşüncenin üstünde tutmak ilkelerini ve ilgili hakim ve savcının leh ve aleyhindeki delillerin serbestçe takdirinden edinilen vicdani kanaatini esas alır"*.³⁹

Disiplin süreçlerinde deliller müfettişler veya soruşturmayı yapan yargıç ya da savcılar tarafından toplanmakta,⁴⁰ diğer bir deyişle ilgili belgelerin toplanmasının yanı sıra, tanık ifadeleri alınmakta, bir raporla sonuca varılmaktadır ve HSYK önünde bu raporlar çok etkin bir yer edinmektedir. Hakimler ve Savcılar Kanununda *"hakim ve savcılar hakkında, savunmaları alınmadan disiplin cezası verilemez"* (m. 71) denmekteyse de HSYK önünde çelişmeli bir usulle yürütülen, silahların eşitliğine dayalı gerçek bir duruşma yapıldığı söylenemez. Müfettişlerce veya soruşturmayı yapan yargıç ya da savcı tarafından toplanan deliller HSYK önünde çelişmeli bir biçimde ele alınmamakta, örneğin tanıklar HSYK önünde dinlenmemektedir. Deliller dosya üzerinden incelenmekte, müfettiş veya soruşturmayı yapmakla görevlendirilen yargıç ya da savcı önünde verilmiş tanıkların yazılı ifadelerine ve/veya soruşturma raporundaki diğer belgelere göre karar verilmektedir. HSYK kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğundan söz konusu bu eksiklik önem kazanmaktadır.

Oysa İHAM *Sadak-Türkiye* kararında şöyle demektedir: *"Normal olarak bütün deliller aleni bir duruşmada, suçlananın huzurunda çelişmeli bir biçimde sunulmalıdır. Bu kurala bazı sınırlamalar getirilebilirse de bu sınırlamalar savunmanın haklarını ihlal eden nitelikte olmamalıdır; temel kural, kendisine karşı olan tanığa, ister bu ifadeleri verdiği sırada veya sonraki bir aşamada soru sorma ve itiraz etme imkanının tam ve uygun bir biçimde suçlanana tanınmasıdır"*.⁴¹

³⁸ *Piersack v. Belgium*, 01.10.1982, para. 30.

³⁹ 13.05.1981 tarih 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu m. 13.

⁴⁰ 2802 sayılı Kanun md 101 ve 82.

⁴¹ *Sadak and others v. Turkey*, 11.06.2002, para. 64.

Gerek İtalya örneğinde gerekse ABD örneğinde disiplin cezası gerektiren bir davranıştan dolayı suçlanan yargıcın usuli güvencelere sahip olduğu görülmektedir. İtalya'da gerek soruşturma gerekse disiplin dairesi önünde ceza usul kanunundaki kuralların uygulanacağı öngörülmekte, ABD'de de 2002 tarihli yasa, silahların eşitliğine dayalı çelişmeli bir usul öngörmektedir.

c. HSYK Kararlarına Ulaşılabilirliğin Analizi: Gerekçeli Karar-Şeffaflık

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmeler gizlidir.⁴² Bu hüküm, HSYK tarafından alınan kararların gerekçelerinin de gizli tutulması şeklinde yorumlanmaktadır. Kararın gerekçesiz olarak sadece hüküm bölümünün ve sadece ilgisine⁴³ açıklanması benimsenmiştir. Fakat 24.10.2003 tarih 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu sonrasında en azından hakkında disiplin cezası verilen yargıç veya savcıya kararın gerekçesinin de verilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır, ileride bu konuya değinilecektir.

Disiplin cezalarına ilişkin HSYK kararlarının gizliliği üç açıdan sorun yaratmaktadır. Birincisi, aleyhine disiplin cezası verilen kişinin savunma hakları açısından karşılaştığı sorun. İkincisi yargı bağımsızlığı açısından beliren risk. Üçüncüsü ise, toplumun denetimini ve yargıya güvenini sağlama bakımından ortaya çıkan sorundur.

HSYK kararından sonra İtirazları İnceleme Kuruluna başvurma imkanı vardır. Fakat bu başvuru sırasında HSYK kararının gerekçesi bilinemediği takdirde, lehte ve aleyhteki delillerin nasıl tartışıldığı ve değerlendirildiği, hangi deliller esas alınarak karara varıldığı disiplin cezası verilecek olan yargıç veya savcının bilgisi dahilinde olmayacaktır, dolayısıyla gerekçeleri bilinmeyen bir karara karşı itiraz edilecektir. İHAM *Hadjianastassiou-Yunanistan* kararında şöyle demektedir: "Milli mahkemeler kararlarının dayanaklarını yeteri kadar açık bir biçimde göstermekle yükümlüdürler. İşte bu yükümlülük, suçlanan kişiye tanınmış olan itiraz haklarını işlevsel bir biçimde kullanma imkanını verecektir".⁴⁴

⁴² 2461 sayılı Kanun m. 16.

⁴³ Meslekten çıkarma kararlarının hüküm bölümü *Resmi Gazete*'de yayımlandığı için, sadece meslekten çıkarma kararlarının, gerekçesi olmamakla birlikte, hüküm bölümü alenileşmektedir.

⁴⁴ *Hadjianastassiou v. Greece*, 16.12.1992, para. 33.

Her ne kadar İHAM'ın bu kararı bir "mahkemenin" kararının gerekçeli olmasından söz etse de, eğer son karar mercii bir kurul ise ve olağan mahkemeye başvuru imkanı yok ise, bir kurul da İHAM tarafından mahkeme olarak kabul edilmektedir.⁴⁵ Dolayısıyla HSYK da bu anlamda bir tür mahkeme olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu gereği, ilgili yargıç veya savcı kendisine verilmiş disiplin cezasının gerekçesini öğrense dahi gizlilikten doğan sakınca giderilemeyecektir. İlgili savcı veya yargıç başkalarına karşı verilmiş kararları bilmediğinden HSYK'nın vermiş olduğu daha önceki kararları emsal göstermek gibi bir şansa sahip olamayacaktır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun belirttiği disiplin cezalarının öngörülemeyecek kadar soyut düzenlendiği, hangi fiil için hangi cezanın uygulanacağını ayırt etmenin güçlüğü hatırlandığında, gerekçeli kararların gizli tutulmasından dolayı ortaya çıkan sakınca daha da ciddi boyutlara ulaşmaktadır. Örneğin yasanın **meslekten çıkarma** cezası başlığı taşıyan md 69/son hükmü şöyledir: "Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmese ve hükümlülüğü gerektirmese bile *mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak* nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir". Fakat aynı yasada, **yer değiştirme** cezası ile cezalandırılacak fiiller arasında (m. 68/a) "kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle *mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek*"; **kınama** cezası ile cezalandırılacak fiiller arasında da (md 65/a) "hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği *saygınlık ve güven duygusunu sarsacak* nitelikte davranışlarda bulunmak" bulunmaktadır.

Belirtilen bu üç hükmün ifadeleri arasında önemli ölçüde benzerlikler bulunmaktadır, öngörülen cezalar arasında ise uçurumlar vardır. Hangi somut fiilin hangi maddeye göre cezalandırılacağını bu maddelerin lafzından anlamak oldukça güçtür.

HSYK'nın kararlarının gizliliği sonucu HSYK'nın hangi durumda ne ceza verdiği bilinemediğinden, HSYK'nın ceza uygulanacak fiiller arasında nasıl bir kademelenme yaptığı, hangi fiiller için kınama, hangi fiiller için yer değiştirme, hangi fiiller için meslekten çıkarma cezasını vereceği belirsizdir. Gizlilik nedeniyle, HSYK kararlarının ge-

⁴⁵ Bkz., Richard Clayton/Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University press, Oxford, New York 2000, s. 655.

rekçelerinden yola çıkarak disiplin cezalarına ilişkin maddelerin nasıl yorumlandığını gösteren herhangi bir bilimsel araştırma yapılamamaktadır. Dolayısıyla, bir yargıç veya savcı kendi hakkında verilmiş bir cezaya İtirazları İnceleme Kurulu önünde itiraz ederken eyleminin bir ceza gerektirmediğini veya yer değiştirme değil de kınama cezası olması gerektiğini varsayımlardan hareket ederek savunacaktır. Elinde HSYK'nın vermiş olduğu herhangi bir örnek karar olmayacaktır.

Bu durum sadece savunma hakları bakımından bir sakınca değil, yargı bağımsızlığı bakımından da büyük bir risk yaratmaktadır. Yargıç veya savcı, başvurabileceği bir bilgi kaynağı olmadığından, nasıl bir ithamla karşılaşabileceğini, hangi durumda nasıl bir ceza istenebileceğini ya da hangi fiilin ceza gerektirmeyen bir fiil olduğunu bilememekte, öngörememektedir. Dolayısıyla hakkında yürütülebilecek bir soruşturmanın baskısı altında hareket etmesi ihtimal dahilindedir.

HSYK'nın gerekçeli kararlarının aleni olmaması sadece kararın muhatabı açısından değil, toplum açısından da yargıya güvensizlik yaratmaya elverişlidir. Toplum denetiminin ve yargıya güvenin sağlanması açısından şeffaflık önemli bir yer tutmaktadır. İHAM *Werner-Avusturya* kararında şöyle demektedir: *“Alenilik, tarafları, toplum denetimi olmaksızın gizli biçimde adaletin dağıtılmasından koruduğu gibi mahkemelere güvenin korunmasında da bir araçtır. Alenilik, adaletin dağıtılmasını şeffaf hale getirerek demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan adil yargılama amacına hizmet eder”*.⁴⁶ Oysa HSYK'nın gerekçeli kararının edinilmesi için yapılan başvurular sonuçsuz kalmaktadır. Gizlilik nedeniyle, toplum, bir yargıcın veya savcının sadece siyasi nedenlerden dolayı cezalandırıldığına inanabileceği gibi, meslek kurallarına uymayan bir yargıcın veya savcının da cezalandırılmadığına inanabilecektir.

24.10.2003 tarihinde 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu yürürlüğe girmiştir. Yasanın amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Bu yasa kamu kurumlarındaki gizliliği kaldırma ve şeffaf yönetim açısından önemli bir adım olarak nitelendirilmiştir. Yasa gereği, bilgi verme yükümlülüğü getirilmiş, bilginin ne kadar süre içinde verileceği, sınırları belirtilmiş ve Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur. Kurul, bilgi istenen kurumun talep edilen belgeyi vermemesi

⁴⁶ *Werner v. Austria*, 24.11.1997, para. 45,54

halinde devreye girmekte ve belgenin verilmesini sağlamaktadır. Sonra-ki tarihli yasanın önceki tarihli yasadaki çatışan hükümleri yürürlükten kaldırdığı düşünülerek, HSYK'nın disiplin cezalarına ilişkin gerekçeli nihai kararının gizliliğinin kalkmış olduğu savunulabilirse de, HSYK ve Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK) aynı kanaatte değildir. HSYK'nın yargıç ve savcılara hangi ölçütlere göre ceza verdiğini somutlaştırmak amacıyla yapılmak istenen bir bilimsel araştırma, HSYK'nın gerekçeli kararları elde edilemediği için başarıya ulaşamamıştır. Bu bilimsel araştırmayı gerçekleştirebilmek amacıyla HSYK ve BEDK'ya gerekçeli kararların verilmesi için yapılan başvurular sonuçsuz kalmıştır. HSYK'ya yapılan başvuruyu Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü cevaplamıştır. Cevabi yazıda, disiplin cezalarına ilişkin kararların yargıç ve savcılarının çalışma hayatını, mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olmasından dolayı üçüncü kişilere karşı gizlilik prensibi içinde muhafazasının gerektiği, dosyanın ilgisine karşı açık olduğu belirtilmiştir.⁴⁷ BEDK'ya yapılan itiraz da reddedilmiştir.⁴⁸ BEDK Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 15. m.'sine dayanarak, yargı denetimi dışında kalan bilgi ve belgelerden sadece kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanların 4982 sayılı yasa kapsamına dahil olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle BEDK'ya göre, başvuru sahibinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olmayan ve üçüncü şahıslar hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin işlemlere yönelik talep edilen belgelerin verilmesi mümkün değildir. Bu karara göre, HSYK tarafından verilen kararların gerekçelerinin, hakkında ceza verilen yargıç veya savcı tarafından öğrenilmesi mümkündür, fakat üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi mümkün değildir.

HSYK⁴⁹ ve BEDK'nın Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na ilişkin yorumlarının bundan sonra artık HSYK kararlarının gerekçelerinin hiç değilse ilgiliye gönderilmesi zorunluluğunu doğuracağı sonucuna varılsa dahi, bunun "Bilgi Edinme Hakkı"na ilişkin yasanın amacına hizmet ettiği söylenemeyeceği gibi, gizlilik nedeniyle ortaya çıkan sorunların tamamını giderdiği de söylenemez. Bu konuda bilimsel bir araştırma

⁴⁷ Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 28.09.2005 tarih ve B030PER000 0010/087941 sayılı yazısı.

⁴⁸ 01.06.2005 tarih ve 2005/415 sayılı kararı.

⁴⁹ HSYK'nın mı yoksa Adalet Bakanlığı'nın mı yorumu mu demeli, bu konuda karar vermek güç, çünkü HSYK'ya yapılan başvuruyu Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü cevaplamıştır. Bu durum, HSYK'nın kurumsal yapısına ilişkin kuşku-ların tekrar ele alınması için de bir veridir.

yapılma yolu kapatıldığından, ilgili yargıç veya savcı sadece kendi hakkındaki kararın gerekçesini bilecektir. İlgili yargıç veya savcı başka karar gerekçelerine ulaşamadığı için neyi emsal göstererek itiraz edeceği belirsizdir. Örneğin neye göre hakkındaki cezasının meslekten çıkarma değil de yer değiştirme veya kınama olması gerektiğini veya hiç ceza verilmemesi gerektiğini savunacaktır? 2802 sayılı yasada belirtilen ön-görülebilirliği kuşkuyla disiplin cezalarının nesnel ve istikrarlı uygulanıp uygulanmadığı nasıl bilenebilecektir? Sadece yargıç veya savcı değil toplum da adaletin gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyecektir.

Yukarıda ele alınan İtalya ve ABD örneklerine baktığımız zaman kısmi olarak gizliliğe yer verildiği görülmektedir. Örneğin sadece soruşturma aşamasının gizli tutulması veya nihai kararın verilmesine kadar olan sürecin gizli tutulması gibi. Yukarıda da belirtildiği gibi bu ülkelerde nihai kararın gerekçesi açık olmasına rağmen önceki aşamadaki kısmi gizlilik dahi ciddi biçimde eleştirilmiş ve resmi bir suçlama yapılmasından itibaren bütün bilgilerin kamuya açılmasına ilişkin önemli ölçüde gelişme sağlanmıştır. Türkiye’de ise HSYK’nın disiplin cezalarına ilişkin nihai karar gerekçeleri dahi gizli tutulmaktadır ve bu gizlilik yargı bağımsızlığı ve yargıya olan güveni önemli ölçüde sarsmaktadır. Görevi adalet dağıtmak olan yargı organının üyelerine ne kadar adil davranıldığını, hak edenin hak ettiği ölçüde sorumlu tutulup tutulmadığını sorgulamak mümkün olamamaktadır.

SONUÇ

Yargı bağımsızlığı ile yargıcın hesap verirliliği, aralarındaki ilişki iyi düzenlenmemişse birbirini tehdit eden, iyi düzenlendiğinde ise birbirine hizmet eden iki kavramdır. Demokratik ülkelerde bu konudaki tartışma ve arayışlar devam etmektedir. Türkiye’de de yargı bağımsızlığı sıklıkla tartışma konusu olmaktadır. Fakat bu tartışma daha çok HSYK’nın yapısı ve atamalardaki yetkisi üzerinden yürümektedir. Oysa yargıçlara yönelik disiplin süreçleri en az belirtilen bu tartışma kadar önemlidir. ABD ve İtalya örnekleri ile kıyaslandığında, Türkiye’de yargıç ve savcılara yönelik disiplin süreçleri nesnellik, adil yargılanma hakkı ve şeffaflık açısından ciddi sorunlar içermektedir. Bu sorunlar reformist bir yaklaşımla yeniden ele alınmadığı takdirde yargı bağımsızlığının ve toplumun yargıya güvenin sağlanması güç görünmektedir.

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ YÖNÜNDEN DÜRÜSTLÜK KURALLARI

Derya ATEŞ*

1. GİRİŞ

İrade özerkliğinden doğan ve bireylerin özgür iradelerinin ifadesi olarak kabul edilen *sözleşme özgürlüğü* kavramı borçlar hukuku sistemi içindeki en temel hukuk ilkelerinden birisini ortaya koymaktadır. Bu durum kişiler arasındaki ilişkilerin bireysel özgürlüklerle yönetildiği toplumsal hayat içinde zaten kural olarak kaçınılmaz olmandır. Nitekim sözleşme ilişkileri ile taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından doğan borçları ile bağlı kalmak zorundadırlar. Ancak tüm özgürlükler gibi sözleşme özgürlüğün de sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün ifadesi olması beklenemez. Nitekim Anayasa (m. 48/I) ve Borçlar Kanunu (m. 19-20) başta olmak üzere yasal düzenlemeler ile getirilen bazı sınırlar bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Sözleşme özgürlüğüne bağlı kısmi bir özgürlük olan düzenleme özgürlüğü yönünden sözleşmenin içeriğinin hukuka, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olamaması gibi.

Genel olarak dürüst, makul ve davranışlarının sonucunu bilen insan hareketlerini esas alarak toplum içinde karşılıklı güvene ve etik kurallara dayalı olan dürüstlük kuralları ise bugün genel bir hukuk ilkesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kuralların hukuk düzeni içindeki kapsamı, işlevi ve özellikleri yönünden var olan görüşler kaçınılmaz olarak farklı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Buna göre kuralların sözleşme hukuku alanındaki gerçek görüntüsü nedir ve hangi sı-

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim görevlisi.

nırlara tabidir? Bu sınırlar geniş anlamı ile hukuk kavramı içinde, hukuki ilişkiler, haklar, ödevler ve özgürlükler ile mi çerçevelenmelidir? Ya da son dönemde Alman hukukunda da hâkim olan görüşe paralel olarak kurallar sadece hakların değil hukuki kurumların ve dolayısıyla bizzat sözleşme özgürlüğünün de bir sınırını oluşturabilir mi?

Bu soruların yanıtını bulabilmek adına sözleşme özgürlüğü ve sınırları kavramına kısaca değindikten sonra bize göre öncelikle MK m. 2 hükmü ile dürüstlük kuralları kavramının kapsamı, işlevi ve içeriği incelenmeli; ardından kuralların sözleşme ilişkisi içindeki rolü, taraflara ait haklar, ödevler ve özgürlükler yönünden ele alınmalı ve nihayet bu bağlamda dürüstlük kurallarının gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir.

2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Özgür olan her bireyin borç ilişkilerini, dilediği gibi düzenleyebilmesini ve bireyin kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulmasını¹ ifade eden *irade özerkliği*² kavramı ile hukuki işlem tarafları kendi bağımsız iradelerini ortaya koymaktadırlar. İradelerin bu şekli ile dış dünyaya yansıtılması aynı zamanda bireysel menfaatlere de uygun olandır zira hiç kimse kendi menfaatlerine uygun olmayan bir durumu yine kendi iradesi ile yaratmak istemeyecektir. Üstelik kurulan hukuki ilişki bir “sözleşme şeklinde” kendini gösteriyor ise, her iki tarafın aynı özerkliğe sahip olması da aslında *kural* olarak eşit durumda bulduklarının bir göstergesidir. Taraflar arasında adil menfaat dengesini sağlayan bu durum ile kişi, özel hukuk ilişkilerinde, kendi kendinin kanun koyucusu (*son propre législateur- der Selbst-Gesetzgeber*) haline dönüşür.³

¹ Engel, *Traité Des Obligations En Droit Suisse*, Berne 1997, s. 94.

² Fransızca “*autonomie de la volonté*” sözcüğü ile ifade edilen irade özgürlüğü (özerkliği) teriminin Latince kökeni, *autos* (kendisi tarafından, kendisinden) ve *nomos* (kanun) kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Buna göre “*Kendi kanunları ile yönetilen kişi özgür (özerk yani autonom) kabul edilir.*” Cabrillac/Frison-Roche/Revvet, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris 2003, eserin içinde; Mathieu-Izorche; *La liberté Contractuelle*, s. 605, dipn.3.

³ Fransız Medeni Kanunu’nda bu durum açıkça 1134. maddede düzenlenmek; böylece sözleşmenin kurucu unsuru olan birey iradeleri bizzat bir hukuk kaynağı halini almaktadır. Maddede yasal olarak kurulan sözleşmelerin taraflar için kanun yerine geçeceği metne alınmış; böylelikle ortaya çıkan tereddütlerde sözleşmelerin *lex contractus* kanun rolünü üstlenmeleri esas alınmıştır. (*Les conventions légalement*

Borçlar hukuku alanında irade özerkliğinden doğan üç temel hukuk ilkesinden biri olmasına rağmen sözleşme özgürlüğü ilkesi ise (*liberté contractuelle*)⁴ zaman zaman irade özerkliği ile eş anlamlı gibi kullanılmaya başlanmıştır. Bu durumun sebebi aslında sözleşme kavramının anlamından doğar. Çünkü sözleşmeler *karşılıklı, birbirine uygun olan ve bu uyumdan hukuki sonuçları yaratan irade beyanlarının değişimidir*".⁵ Dolayısıyla özgürlük olmadan, ne irade, ne irade beyanı ne de sözleşme olamayacaktır.

Bu bağlamda "*birey iradesinin hür ifadesi*"⁶ olarak görülen sözleşme özgürlüğü ilkesi, kendinden doğan farklı alt özgürlükleri yani *kısmi özgürlükleri*⁷ bünyesinde barındıran genel ve kapsamlı bir çerçeve hukuk kuralı niteliğindedir ki bunlar; "*sözleşme yapma özgürlüğü*"; "*sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü*" ve "*şekil özgürlüğüdür*". Dolayısıyla dar anlamı ile kavram, *tarafların sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilmelelerini*⁸; geniş anlamı ile ise, *fertlerin özel hukuk ilişkilerini hukuk sisteminin sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleyebilme yetkilerini* ifade eder.⁹

Her ne kadar sözleşme kavramı kişilerin iradeleri ile yarattıkları borçlara bağlanma özgürlüğünü ifade etse ve "*özgürlük ile kişinin bağlanması*" ifadelerinin birlikte kullanımı bir çelişki gibi görünse de; as-

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites) Bu konuda bkz., Schönle, Les fondements constitutionnels de la liberté Contractuelle, Présence et Actualité De La Constitution Dans L'ordre Juridique, Mélanges Offerts a la Société suisse des Juristes pour son Congrès, 1991 à Genève, Genève, 1991, s. 64 vd. Ayrıca Mathieu-Izorche, s. 605-618.

⁴ İrade özerkliğinden doğan diğer iki temel ilke ise; sözleşmenin bağlayıcı etkisi (*la force obligatoire du contrat*) ve sözleşmenin nisbiligi ilkeleridir (*effet relatif du contrat*). Bu konuda bkz., Schönle, s. 64 vd; Ripert, La règle morale dans les obligations civiles Paris, 1949, s. 37; Mathieu-Izorche, s. 607 vd.

⁵ Zufferey-Werro, Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs, Fribourg, 1988, s. 7.

⁶ Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, Strasbourg, 1959, s. 217.

⁷ Engel, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJ, 100, 2004, s. 184. Ayrıca ATF 129/2003 III, s. 35, 42 = JdT 2003 I s. 127, 133.

⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda da esas alınan dar anlamıyla sözleşme özgürlüğü kavramıdır. Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara, 1998, s. 16; Tercier, Le droits des obligations, Genève/Zurich/ Bale, 2004, s. 104 vd; Engel, s. 97 vd; Thevenoz/Werro, Commentaire Romand, Code des Obligations I, art 1-159, Loi sur le crédit a la consommation, Loi sur les voyages a forfait, Genève/Bale/Munich 2003, içinde Guillod/Steffen, s. 122 vd.

⁹ Rieg, s. 216; Engel, s. 98; Zufferey-Werro, s. 8; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara, 2006, s. 19; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara, 2007, s. 53.

ında bağlanmayı seçmek ya da seçmemekle kişi, hem özgürlüğünü kullanmakta da hem de her zaman taahhüdünün ölçüsünü belirtme imkânını elinde tutmaktadır.¹⁰ Kaldı ki zaten, tarafların bir sözleşmeye bağlı olmalarının temel nedeni, öncesinde sözleşmeyi istemiş olmaları ve iradelerini de bu yönde kullanmalarındır. Çünkü hukuki ilişkilerini tamamlarken sahip oldukları özgürlük derecelerini ve sınırlarını belirleyen bizzat hukuk düzenin kendisidir.¹¹

Bu anlamda aslında, kişisel özgürlük ifadelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü de¹² tıpkı irade özgürlüğü gibi, XIX. yüzyılda artan liberal ve bireysel anlayışlarla beraber değişime uğramış ve önemli sınırlamalara tâbi olarak, hukuki olduğu kadar modern bazı ekonomik teoriler içinde de işlevini sürdürmeye devam etmiştir.¹³ Borçlar hukukunun konusu olarak, kişiler arasındaki ilişkiler de temelde bireysel özgürlüklerle yönetilir. Bir başka deyişle, hukuk düzeninin bıraktığı yetki ile aslında her hukuk süjesi kendi varlık şartlarını kendisi belirler¹⁴. Bu yönüyle bizim hukuk sistemimizde de, irade özgürlüğünün doğal sonuçlarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, hem Anayasa ile (m. 48/I)¹⁵ hem de Borçlar Kanunu'nun ve Medeni Kanunu'nun

¹⁰ Mathieu-Izorche, s. 605

¹¹ Guggenheim, *Le droit suisse des Contrats, (La Conclusion Des Contrats)*, Genève, 1991, s. 25. Örneğin bir kimsenin sözleşme özgürlüğü kapsamında açıkladığı irade beyanı ile bağlı kalması da artık bireysel özgürlükle değil, kişinin dışından kaynaklanan bir hukuk kuralından doğmaktadır. Morin, *La Mise En Œuvre Des Droits Dans La Perspective Du Droit Des Obligations*, JDT 2002 III, s. 82. (*droits*)

¹² Engel, *Cent ans de Contrat Sous l'empire des dispositions Générales du code Fédérale des obligations*, Basel, 1983, s. 35.

¹³ Bu konuda bkz., Besson, *L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers*, Fribourg, 1999, s. 148-156.

¹⁴ Merz, *Traite de droit Prive suisse, (Traduction française, Pierre Giovannoni)* VI, Tome I, Fribourg, 1993, s. 19. Ayrıca bkz., Morin, *La responsabilité Fondée sur la Confiance, Etude Critique des fondements d'une innovation controversée*, Genève, 2002, s. 81-82. (*Responsabilité*)

¹⁵ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, 2001 yılında yapılan Anayasa düzenlemelerine paralel olarak, 13 üncü maddede yapılan değişiklikle; sözleşme özgürlüğüyle ilgili 48. madde düzenlenmesinde özel sınırlama sebeplerinin belirtilmemesi meseleyi tartışmalı hale getirmiştir. Zira değişiklik öncesi temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanma koşullarını belirten bu madde, özel sınırlama nedeni içermeyen sözleşme özgürlüğünün (m.48) Anayasal sınırlarını ortaya koymakta idi. Ancak 2001 yılında yapılan değişiklikle maddede yer alan genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak sınırlanabileceği ifade edilmiştir. O halde Anayasa'nın 48. maddesinde özel sınırlama nedeni içermeyen sözleşme özgürlüğü bakımından acaba kanunla getirilen sınırlar artık Anayasa'ya aykırı mıdır? Ya da bir başka ifadeyle,

ilgili hükümleri ile (BK m. 19, m. 20, MK m. 23 gibi) teminat altına alınmaktadır.

Aslında irade özerkliği ile sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların en eski dayanağı bireyin iradesini özgürce ortaya koymasından doğan tüm haklarının, devlet ve hukuk düzeninden önce (*apriori*) var olduğu fikridir. Bu sebeple kanunlar yalnızca özgürlükleri doğrudanlamaya ve teyit etmeye yarar, onları yaratmaz.¹⁶ Ancak, bu görüş modern hukuk düzenlerinde kabul edilmemekte ve irade özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü kurallarına tıpkı diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi bazı sınırlar getirilmektedir. Çünkü toplum içinde yaşayan insanlar için, hiçbir alanda sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün var olduğu düşünülemez.¹⁷ Bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesi için de geçerlidir.

Sözleşme özgürlüğünü oluşturan kısmi özgürlüklerden “sözleşme yapma özgürlüğünün” kapsamında iki alt özgürlük vardır. Bunlardan ilki olan “sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü”, kural olarak bir kimse- nin dilediği sözleşmeyi yapabilmesini ve istemediği bir sözleşme ilişkisi içinde bulunmaya zorlanamamasını ifade eder.¹⁸ Çünkü sözleşme yapmayı kabul etmek kadar, bir sözleşme ilişkisine girmemek de yasal ve hukuka uygun bir hakkın kullanımudur. Bu kapsamda “sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü” ise; kural olarak herkesin sözleşme ilişkisini kurmak istediği kişiyi seçebilme hürriyetinin ifadesidir. Bir başka deyişle, hiç kimse istemediği bir kişiyle sözleşme yapmak zorunda değildir ve bu durum sözleşmenin tarafları için karşılıklıdır. Sözleşme

değişiklik öncesi sözleşme özgürlüğü için de genel sınırlama hallerinden kabul edilen, ancak yeni metinde yer almayan “milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, kamu yararına, genel ahlâka ve genel sağlığa” aykırı sözleşmeler artık geçerli olarak yapılabilir mi? Bu tartışmalar hakkında bkz., Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, Ankara 2007, s. 57 vd.

¹⁶ Opreá, Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand, Paris 1935. s. 49.

¹⁷ Zufferey-Werro s. 11-12. Kaldı ki, irade özgürlüğü aslında, ‘bireyin kendi kendini sınırlama ilkesi (*autodetermination*)’ üzerine kurulduğuna göre, bu sonuç özgürlükler için zaten kaçınılmazdır. Bu konuda bkz., Alman Anayasa Mahkemesi’nin 7 Şubat 1990 tarihli kararı: BverfGE, C 81, s. 242; NJW, 1990, s. 1470, Juristenzeitung, 1990, s. 691; Fromont, “L’autonomie De La Volonté et Les Droits Fondamentaux en Droit Prive allemand, Le rôle de la volonté dans les actes juridique », Etude á la Mémoire de Prof. Alfred Rieg, Bruxelles 2000, s. 341.

¹⁸ Çok basit anlamıyla kişilerin “istememe özgürlükleri de vardır.” Carbonnier, Droit Civil, Introduction, Paris 2002, s. 42. Bu anlamda herkes bir sözleşmeyi kurmakta ya da kurmamakta özgürdür. Kimse sözleşme kurmaya zorlanamaz. ATF 80/1954 II s. 26, 39-44 = JdT 1955 I s. 136, 142-146; Engel, s. 98; Guggenheim, s. 27.

yapma özgürlüğüne bizim hukuk sistemimiz içinde getirilen belli başlı sınırlar “kişi ya da kurumun iznine tabi tutulan hukuki işlemler” ile “sözleşme yapma mecburiyeti hallerinde” kendisini göstermektedir.¹⁹

Sözleşme özgürlüğüne bağlı diğer kısmı özgürlük olan *şekil özgürlüğü* prensibi ise, kanun veya taraf iradeleriyle (BK m. 16/I) özel bir şekle tabi tutulmadıkları müddetçe şekil serbestliği ilkesinin var olduğunu (BK m. 11/I) yani şeklin sözleşmeler için bir geçerlilik şartı olmadığını ifade eder.²⁰ Gerçekten de, usul hukuku bakımından ispat meselesi bir yana bırakıldığında, belli bir hukuki işleme yönelen tarafların, iradelerini ortaya koyarken *kural* olarak, şekle tabi olup olmamayı özgürce seçebilme hakları vardır. Ancak bu özgürlük de sınırsız ve mutlak bir özgürlüğün ifadesi değildir ve bazı hukuki işlemler, gerek geçerlilik, gerekse ispat yönünden kanun koyucu ya da bizzat taraflarca şekil şartına bağlanabilir.²¹

Nihayet sözleşme hukukuna ve özgürlüğe temel olan “düzenleme özgürlüğü” ise öncelikle “sözleşmenin içeriğini belirleme” özgürlüğünü kapsar. Aslında en temel anlamıyla, sözleşme özgürlüğünün taraflara sağladığı da bu; yani, iradelerinin konusunu belirleyebilme imkânıdır. Bu özgürlük tarafların, sözleşme içinde bulunması doğal kabul edilen her şeyi, sözleşmeye dâhil edebilmelerini ifade eder. *Sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğüyle* ise, BK m. 182 ve devamında belirtilen sözleşme türleri dışında, kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerle de taraf iradelerinin ortaya konulması imkânını sağlar. Böylece taraflar sözleşmenin yapısı, türü, edimlerinin sayısı gibi hususları da diledikleri şekilde düzenleyebileceklerdir. Diğer yandan “Sözleşmeyi Değiştirme ve Ortadan Kaldırma özgürlüğü” ile ise daha önceden kurulan sözleşmelerde değişiklik yapmak ya da aralarındaki ilişkiye son verme imkânı taraflara sağlanır. Bu bağlamda düzenleme özgürlüğünün sınırlarını Medeni Kanun’un 23. ve Borçlar Kanunu’nun 19 ile 20. maddeleri ortaya koyar. Böylece taraflar arasında kurulan sözleşmenin içeriği hukuka, kamu düzenine, genel ahlâk kurallarına ve kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olamayacaktır.

¹⁹ Bu konular hakkında bkz., Ateş, s. 47 vd.

²⁰ Bu konuda bkz., Engel, s. 246 vd; Tercier, s. 130 vd; Guggenheim, s. 30; Guillod/ Steffen, (Commantaire Romand) s. 131; Zufferey-Werro, s. 11; Pédamon, Le contrat en droit allemand, Paris, 2004, s. 96 vd; Ferrand, Droit Prive allemand, Paris, 1997, s. 274 vd; Eren, s. 239 vd; Kılıçoğlu, s. 70 vd.

²¹ Bu konuda bkz., Ateş, s. 54 vd.

3. DÜRÜSTLÜK KURALLARI KAVRAMI VE SÖZLEŞMELERDEKİ ROLÜ

I. DÜRÜSTLÜK KURALLARI KAVRAMI VE MK MADDE 2 HÜKMÜ

Roma hukukunda “başkasına zarar vermeme, kimseye kötülük yapma değerlerine” bağlı olan “bono fides” ve daha sonraları *aequitas* kavramları, “sır saklamak, insanlar arası güven ile zayıfların korunması değerlerini” temel almaktadır.²² Bono fides Roma’da verilen söz tanrıçası Fides’den ilham almıştır. Bu dönemde Fides’in oturduğu yer insanın sağ eli olarak kabul edilmekteydi. Dolayısıyla sözleşen kimseler el sıkışır ve böylece vaatlerini tanrıçanın yaptırımını altına koyarlardı ki günümüzdeki el sıkışma âdeti de buradan gelmektedir.²³

Kavram zaman içinde doğruyu ve adili daha çok arayan bir kimliğe bürünerek günümüzdeki “dürüstlük kuralları” şeklini almaya başlamıştır. Nitekim XIX. yüzyılda büyük kanunlaştırmalarla medenî kanunlarda yer almaya başlamış ve öncelikle tabi hukuk etkisinde kalan hukukçular tarafından temelini Tanrı’dan alan, bu sebeple insanın değiştiremeyeceği bir değer olarak benimsenmiştir. Zaman içinde bilhassa II. Dünya Savaşı’ndan sonra değişim gösteren ‘dürüstlük kuralları’ sözleşme özgürlüğünün genel bir ilkesi halinde sözleşmelerin

²² Bu anlamda ‘bono fides’ kavramı, günlük dilde, ahlaki değerlerde (pudor, probitas, continentia); sosyal yaşamda (dignitas, gloria) kurumsallaşmada (imperium) ve hukukta (iustitia, aequitas) da kullanılmıştır. MÖ III. yüzyıldan, MS. VI-VII inci yüzyıllara kadar devam eden bu süreçte kavram önce bono fides davalarında ve bono fides anlaşmalarında kullanılmış ardından, jus commum ile beraber ortak hukukta hakkaniyet kavramını içinde eriten bir iradeyle eş anlamlı değer kazanmış ve aequitas kavramına yaklaşmıştır. Ahlâkın hukuk içinde dikkate alınmasını ve taraf iradelerinin belli bir noktaya kadar önem kazanmasını sağlayan “bonus pater familias” kavramı da bu noktada öne çıkmaya başlamıştır. Bono fides kavramının Roma hukukundaki gelişimi hakkında bkz., Elsener, *Les racines romanistes de l’interdiction de l’abus de droit*, Neuchatel, 2004; Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, 2001, s. 19 vd; Broggini, *L’abus de droit et le principe de la bonne foi aspects historiques et comparatifs*, Abus de droit et Bonne foi, Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg, 1994, s. 3-11; Engel, (*cent ans*), s. 24. Ve bugün günümüzde hakkaniyet kavramı bilhassa özel hukuktan doğan haklarda, kişiler arası ilişkiler için bir tür anahtar gibi kullanılır. Engel, s. 18 ve 21. Huwiller, *La genèse de l’interdiction de l’abus de droit*, Abus de droit et Bonne foi, (Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier) Fribourg 1994, s. 60 vd.

²³ Sevig, *Ahlâkın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerine Tesiri*, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 525.

kontrolü için bir kıstas şekline dönüşmüştür. Ancak bu dönemde genel hükümlerin alanını daraltmaya çalışan anlayış, dürüstlük kuralları için de geçerli olmuştur. Fakat ilginçtir ki bu daraltıcı yaklaşıma karşılık kavram içerik yorumuna yeni değerler dâhil edilerek ve uygulama alanı genişleterek daha önemli bir hal almıştır.²⁴ Böylelikle, “*dürüst insanın davranışlarına göre hukuki ilişki içinde göz önünde bulundurulması gereken iyi niyet*” şeklinde tanımlanabilen²⁵ dürüstlük kuralları ile aslında, dürüst, makul, davranışlarının sonucunu bilen, orta zekalı insan davranışı (*bonus pater familias*) temel alınarak; bu kişiye ait hareket tarzı objektif ve genel bir hukuk ilkesi haline getirilmeye başlanmıştır.

Dürüstlük kurallarına paralel olarak MK m. 2 hükmünün ikinci fıkrasında ise, yine temelini Roma hukukunda hakkı kötüye kullanılan kişiye tanınan hile def'inden (*exceptio doli*)²⁶ alan “*hakkın kötüye kullanımı yasağı*” düzenlenmektedir. Türk ve İsviçre hukukuna göre kavram, kişiye hukuken tanınan bir hakkın, açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi yaratması durumlarında ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesidir.²⁷ Dürüstlük kurallarıyla birbirini tamamlayan hakkın

²⁴ Bu gelişim süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Jaluzot, s. 35-58; Brogini, s. 11-21; Augsburger-Bucheli, Genèse de l'article 2 Du code civil suisse, Abus de droit et Bonne foi, Publie sous la direction de Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg 1994, s. 23 vd.

²⁵ Deschenaux, Les règles de la bonne foi et l'abus de droit, Traite de droit civil suisse, Tome II/1, le titre préliminaire du code civil, droit des personnes, Fribourg, 1969, s. 135; Roy/Schoenenberger, Introduction générale au droit suisse, Zurich/Bale/Genève, 2002, s. 28. *Edis* ise kavramı şu şekilde tanımlamaktadır: “orta zekalı, normal, makul kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenin kuralların bütünüdür” *Edis*, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1989, s. 291.

²⁶ Roma hukukunda *exceptio doli* önce ikiye ayrılmaktaydı: bunlardan ilki bir hakkın kazanılması sırasında kullanılmaktayken (*Exceptio doli praeteriti* ve *Exceptio doli specialis*); ikincisi hakkın dava yoluyla kullanımında ileri sürülüyordu. (*exceptio doli generalis*) Daha sonraki dönemlerde bu def'i hakkı alacaklının kusurundan ve hilesinden bağımsız sadece hakkaniyete bağlı kılınarak *exceptio doli praesentis* şeklinde ileri sürülmeye başlanmıştır. Ortak hukuk döneminde ise yerleşen *exceptio doli generalis* kavramıdır. Kavramın Roma hukukundaki gelişmesi hakkında bkz., Amos, La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, Lausanne, 2002, s. 7 vd.

²⁷ Bir hakkın sahibi bunu iki sınır içinde kullanabilir: Ya kanun koyucu bizzat bu hakkın kullanım sınırlarını belirlemiştir ki bu sınırlar doğal olarak zamana ve toplumdaki anlayışlara göre farklılık gösterecektir. (Örn. MK m. 786 yine MK m. 683 Burada hukuk ve genel ahlâk mülkiyet hakkının kötüye kullanımını yasaklamaktadır.)

kötüye kullanımının varlığı, genel olarak bir hakkın amacı dışında kullanıldığı, bu kullanımdan hak sahibinin hiç menfaatinin bulunmadığı ya da çok az menfaatinin bulunduğu hallerde söz konusu olur. İlkenin asıl amacı hukuku ahlâken yüceltmektir. Hukuk düzeninin tanıdığı haklar kötüye kullanılmaya başladığı noktada artık hak kesintiye uğrayacaktır. Bu sebeple kavramın kapsamı hakların içinde bulunulan dönemdeki yorumuna bağlı olarak değişim göstermeye mahkûmdur. *Descehenaux* bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Eğer kullanımı hukuk düzeni tarafından korunacak bir hakka sahip isem ve koruma sağlanmıyorsa, bu durum hakkın var olmadığını gösterir”.²⁸ Aslında yazarın ifade etmek istediği iki farklı hakkın var olduğudur. Bunlardan ilki hukuk düzenine bağlı kullanılan ve başkasını zarar vermeyen gerçek hak, diğeri ise kötüye kullanım sonucu zarar doğuran görünüşteki haktr. İşte hukuk düzeni bu görünüşteki hakkı korumayı istemez.

Bu sebeple hakkın kötüye kullanımı ve dürüstlük kuralları birbirini tamamlayan ancak aynı zamanda birbirinden farklı iki hukuki kurumun ifadesidir. MK m. 2 hükmünün ilk fıkrası hukuki ilişki içindeki kişilerin karşılıklı olarak birbirini gözetme yükümlülüğünü düzenlerken; ikinci fıkrası ise, ileri sürülmesinde açıkça adaletsizlik doğuracak bir hakka dayanmayı yasaklar. Şeklen var olan hakkın kullanımında, kanun koyucunun istemediği sonuçlar doğacağı için hâkimin somut meseleye müdahalesine ihtiyaç yaratır.²⁹

Bu noktada dürüstlük kuralları (ve kısmen hakkın kötüye kullanımı) üzerinde düşünen yazarlar kaçınılmaz olarak bazı sorularla karşılaşmışlardır: “Dürüstlük kuralı aslında bir ahlâk kuralı mıdır, yoksa bir hukuk kuralı mıdır? Eğer hukuk kuralı ise, ne tür bir hukuk kuralıdır? Ya da acaba bu kural emredici nitelikte bir kural mıdır, yoksa değil midir?” gibi. Aslında tüm bu soruların yanıtları başlı başına ayrı birer çalışma konusu oluşturur. Ancak konuya genel bir bakış sağlamak adına kısaca

Ya da hak sahibi yasal sınırlar içinde kalıyor gibi görünse de bazen kanun hakların aşırı kullanımını yasaklamaktadır. Roy/Schoenenberger, s. 32-39. Hakkın kötüye kullanımını yasağıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Karimi, *Les Clauses Abusives et La théorie de L’abus de droit*, Paris, 2001; Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat*, essai d’une théorie, Paris 2000; Ripert, 287 vd; Sevig, s. 524.

²⁸ Descehenaux, s. 138.

²⁹ Bu sebeple sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanmasında dürüstlük kuralları esas alınırken, içerik denetiminde hakkın kötüye kullanımı temel alınmaktadır. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul 1999, s. 168-169.

incelemek gerekirse öncelikle dürüstlük kurallarının ahlâk kuralı olup olmadığı meselesi araştırılmalıdır.

Ahlâk kavramı bir yanıyla, toplumsal ilişki ile etkileşimin yarattığı değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen ve bireylerin hem davranışlarını hem de karşılıklı ilişkilerini değerlendirmeye yarayan toplumsal ve sosyal düzen kurallarıdır. Diğer yanıyla ise ahlak kuralları felsefi olarak, toplumdaki, hak, adalet, dürüstlük ya da genel ahlâk gibi kavramlara temel olan, hukuk kurallarının benimsenmesini sağlayan ve kamusal vicdanı oluşturan, ahlâkın da temeli, *etik* kurallar bütünüdür.³⁰ Bu anlamda ahlâk kurallarının hukuk kuralları ile benzerlikleri ve farklılıkları incelendiğinde görülmektedir ki,³¹ dürüstlük kuralları da kanun koyucu tarafından yasal bir düzenlemeye konu olarak, pozitif hukuk içinde genel bir hukuk kuralı halini almıştır.³² O halde genel ve evrensel bir ödevin ifadesi olan bu ilkeye aykırılık, her ne kadar etik bir değer ifadesi de olsa, hukuka aykırılık (*hatta BK m. 41 vd. göre akid dışı sorumluluk kapsamına da girme*) sonucu doğuracaktır. Bu noktada belki de, *Huber'in* ifadesiyle dürüstlük kurallarının "*hukuk etiğine göndermede bulduklarını*"³³ söylemek meselenin doğru bir özeti olabilir.

Aynı şekilde dürüstlük kurallarının "*hukuki standart mı*" yoksa "*hukuk ilkesi mi*" olduğu da doktrinde tartışılmıştır. Hukuki standartlar, özel meselelerde uyarlanacak, her durum için kullanılabilen, ortak bir sosyal davranış ölçüsü verirler. Bunlar değiştirilemez kurallardan çok hâkime yol gösterici genel direktifler gibidir. Bu sebeple belirli ve kesin tanımları yoktur ve uygulandıkları şekle göre farklı anlayışları ifade edebilirler. Buna karşılık, genel hükümler, hukuki sonucu belli

³⁰ Bu konuda bkz., Ateş, s. 67 vd.

³¹ Hukuk ve ahlâk kuralları arasındaki ilişki hakkında bkz., Ateş, s. 143 vd.

³² Ripert, s. 167; Dechenaux, s. 150; Zufferey-Werro, s. 147; Jaluzot, s. 67 vd. Ayrıca dürüstlük kurallarının (m.2) bu anlamda sosyal ve sosyalleştirici kapsamı hakkında bkz., Engel, (*Cent ans*), s. 20 vd.

³³ Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1986, s. 307. Ayrıca bkz., Engel, (*cent ans*), s. 22. Nitekim Wilhelmson'da, dürüstlük kurallarının, yargı hakkının sözleşme hukukunda ahlaki etkiyi arttırmaya dayalı olduğunu varsayarak sözleşme öncesi ya da sonrası bir ayırım yapmanın mantıklı olmayacağına dikkat çeker. Ayrıca yazar belirli bir ahlaki prensibi zorlamaktansa iyi niyetin içinde bulunduğu ve işlem görüldüğü duruma göre yorumlanmasını tercih eder. Yazara göre iyi niyet evrensel çözümler sunamaz ancak basitçe ahlaki soruların yanıtlandığı bir mekanizma olabilir. Brownsword/Hird/Howells, *Good Faith in Contract, Concept and Context*, Suffolk 1998, s. 7.

olan, belirli bir hukuki uygulama alanının özelliklerini veren; soyut ve genel hükümlerdir. Bu kuralların en belirgin özellikleri somut bir olaya doğrudan uygulanamamalarıdır. XX. yüzyıla kadar *Alman hukukunda* dürüstlük kurallarının (*Treu und Glauben*) edimlerin ifasında (BGB § 242), sözleşmelerin yorumunda (BGB § 157), bir sözleşme şartının değerlendirilmesinde (BGB § 162) ve diğer özel durumlarda (BGB § 320, § 815) bir direktif gibi kabul edilmiş, daha sonra doktrin Yüksek mahkemenin 26 Mayıs 1914 tarihli kararıyla, BGB § 257, § 226, § 242, § 826'nın da genel kuralın birer özel ifadesi olduğunu belirtilmiştir. Durum, kavramı Medenî Kanun 1134 ve 1135. maddelerinde hükme bağlayan *Fransız* hukukunda da aynıdır.³⁴

MK m. 2'de yer bulan dürüstlük kurallarının kamu düzenine ilişkin ve emredici olup olmadığı, tarafların sözleşme özgürlüğü sınırları içinde bu iki kuralın aksini kararlaştırıp kararlaştıramayacakları meselesi ise doktrinde tartışılmakla beraber genellikle kabul edilen görüş kuralların emredici olmadığı yönündedir.³⁵ Kaldı ki zaten, hüküm aşığıda da açıklayacağımız üzere *bizce* sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı da taşımaz; bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedefler.³⁶ Bunun sonucu olarak taraflar, dürüstlük kurallarının somut olayda uygulanmayacağına karar verebilirler.³⁷ Yeter ki

³⁴ Bu konu ve tartışmalar hakkında bkz., Jaluzot, s. 69-79.

³⁵ Yargıtay'ın da bazı kararlarında benimsediği ve dürüstlük kurallarını kamu düzenine ilişkin bulan görüş hükmü emredici bulmakta, ayrıca hâkim tarafından re'sen uygulanma özelliği yine bu duruma bağlanmaktadır. Buna karşılık baskın görüş dürüstlük kurallarının doğrudan uygulanma özelliklerinin kamu düzenine bağlı olmadığı yönündedir. Çünkü kuralların tıpkı tamamlayıcı hukuk kuralları gibi maddi hukuka dâhil olarak doğrudan uygulanma özellikleri bulunur. Ayrıca kural teknik anlamda bir itiraz değildir. Deschenaux, s. 146; Edis, s. 295-299; Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995, s. 7. Yazar aksi görüş için, Staudinger/Weber'e göndermede bulunmaktadır. Yargıtay da 14.2.1951 gün, 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bu hususun davanın her aşamasında ileri sürülmesi, hatta mahkemenin kendiliğinden nazara alması gerekir. Ayrıca bkz., Yarg. HGK 22.1.1958 T, E.1, K.7. Yine örnek olarak bkz., Yarg. 6.HD, 23.2.1998 T, E.1998/1267, K.1998/1352; Yarg. 19 HD, 04.02.1997 T, E.1996/3416, K.1997/831; Yarg. 19.HD, 26.11.1994 T, E.1994/6472 E, K.26.11.1994 ayrıca Yarg. HGK. 12.5.1965 T, E.5-D-4, K.203, ABD, S. 23, 1966, C.I, s. 38 vd. Ayrıca bkz., Oğuzman, Dürüstlük Kurallına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 63. Yaş Armağanı, s. 407-415. Uyar, Yargıtay Kararlarında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, s. 439-465.

³⁶ Deschenaux, s. 146,

³⁷ Deschenaux, s. 147. Ayrıca, Schönle, La bonne foi, dans les relations entre particulières, Droits des obligations et Droit Bancaire, Etudes, Genève, 1995, s. 30; Edis, s. 300; Akyol, s. 7.

yapılacak olan bu sözleşme, BK m. 19, m. 20 ve MK m. 23 sınırları içinde olsun.

II. DÜRÜSTLÜK KURALLARININ SÖZLEŞMELERDEKİ ROLÜ

Hukukun hedefi olan adaleti ve hakkaniyeti sağlamak için, pozitif hukukun (*de lege lata*) yetersiz kaldığı noktalarda; meseleler kimi zaman ayrı bir hukuk sistemi ile (*örneğin, İngiliz hukukundaki Rules of Equity*),³⁸ kimi zamansa bizim hukukumuzda olduğu gibi, (*de lege ferenda*) temel hakkaniyet ilkeleri ile (*örneğin MK m. 2, m. 3 gibi*) çözülmektedir. Bu yönüyle dürüstlük kurallarının, hukuk düzeni içinde temel ve üstün ilkeleri ortaya koyan *etik değerlerden biri* olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Dürüstlük kurallarının sözleşme hukuku alanındaki görüntüsü, borçlu ile alacaklıya ait hak ve borçların belirlenmesinde, hukuki işlemlerin, irade beyanlarının yorumunda, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin temelinde anlam bulur. Kuralların, irade beyanı ve sözleşmelerin yorumlanması ile tamamlanmasına hâkim temel ilkelerden olmanın yanında dört temel işlevi olduğu kabul edilir: Bunlardan “*somutlaştırma fonksiyonu*”; borç ilişkisinde tarafların yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesi amacını; “*tamamlama fonksiyonu*”; borç ilişkisinde çeşitli yan yükümlerini temelini; “*sınırlama fonksiyonu*”; her hakkın özünde bir sınır içerdiğini; “*düzeltilme fonksiyonu*” ise, borç ilişkisi temelden çökmüşse, yeni duruma uyarlanması ile gerekli düzeltmelerin yapılmasıdır.³⁹

Geniş anlamıyla hukuk kavramı, “*hukuki ilişkilerden*”, “*ödevlerden*”, “*özgürlüklerden*” ve “*haklardan*” oluşur. Bu anlamda *genel ve objektif bir hukuk normu* oluşturan⁴⁰ dürüstlük kuralları bireyler açısından öncelik-

³⁸ Son dönemde İngiliz hukukunda dürüstlük kurallarının özel yeri ve tartışmaları başlatan Mr. J.Steyn-Sir T.Bingham davası hakkında bkz., Brownsword/Hird/Howells, s. 1-11.

³⁹ Eren, s. 21. Bu anlamda bilhassa sözleşmelerin kurulmasında ve ifasında dürüstlük kurallarının işlevi ile diğer hukuk dallarındaki yeri hakkında bkz., Travaux de l'Association Henri Capitant, C. XLIII, 1992, La Bonne Foi ve ayrıca Widmer/Cottier, Abus de Droit et bonne foi, Fribourg, 1994. Özel olarak sözleşmenin kurulmasındaki etkileri içinse bkz., Schönle, s. 29-50.

⁴⁰ Aslında kural, hakkını kullanırken başkasına zarar vermeye elverişli olan bir kişinin, bu hakkın muhatabının karşısında dikkate alınması gerekliliği fikri üzerinde

le “genel bir ödev” niteliği de taşımaktadır. Bilindiği üzere bu ödevler bütün hukuk sùjeleri için ve herkesin karşısında var olan ödevlerdir ve temellerini yazılı olan ve olmayan hukuk kurallarından alırlar. Bu doğrultuda genel ödevler üçüncü kişilerin bazı yasal hakları ile temel menfaatleri koruduklarından herkes tarafından saygı duyulması gereken asgari etik standartları sunarlar. Böylece aslında dikkatli incelendiğinde görülür ki, genel ödevler bireysel özgürlüklerin de son sınırını oluşturmaktadır.⁴¹

Dürüstlük kurallarının bu özellikleri Türk hukuku yönünden açıkça metne alınmamaktadır. Buna karşılık Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Les Principes Du Droit Europeen Des Contrats*) içinde düzenlenmiş olması ilgi çekicidir. Sözleşmeden doğan ödevler içinde m.1:201 hükmü özel olarak dürüstlük kuralları başlığı altında metne alınmıştır. Buna göre: “Her bir sözleşme tarafı dürüstlük kurallarının gereğine uygun davranmak zorundadır. Taraflar bu ödevden vazgeçemez ya da onu sınırlayamazlar.”⁴²

Diğer yandan dürüstlük kuralları kişilerin özel bir hukuki ilişki içinde bulunmalarını gerektirmeden, “bütün hakların kullanımında” da sınır çizmektedir.⁴³ O kadar ki, dolaylı ve tesadüfî bile olsa sosyal bir ilişki seviyesindeki kişiler arasında da uygulanma özelliğine sahiptir-

gelişen genel bir kuraldır. Huwiler, s. 41-48.

⁴¹ Morin, (*Responsabilité*) s. 76. Genel ödevlerin en temel sonucu ihlallerinin BK m. 41 ve devamı hükümlerine göre sorumluluk yaratmalarıdır. Buna karşılık, özel ödevlerin ihlali BK m. 96 ve devamına göre akdi sorumluluk yaratır.

⁴² Ayrıca yine ayın ilkeler içinde özellikle sözleşme özgürlüğü sınırlarını hem dürüstlük kuralları hem de emredici kurallar ile çizen maddelere örnek olarak m.1:102; boşlukların doldurulması ve yorumlamada kuralın rolünü ifade eden madde 1:106 yine m. 1:302; m. 1:305; m. 2: 301; m. 3:201; m. 4:103, m. 5:102, m. 6:102 düzenlemeleri verilebilir. Aynı şekilde hakkın kötüye kullanımı ilkesi de, Türkiye'nin 20 Mart 1950'de Roma'da imzaladığı ve TBMM tarafından 18 Mayıs 1954'de onaylanarak 19 Mart 1954-8662 *Resmî Gazete*'de yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde de yer almaktadır. Hakların kötüye kullanımının yasaklanması başlıklı hüküm şu şekildedir: “Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörülmediğinden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkına sağlar biçimde yorumlanamaz.” Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Flauss, *L'abus de Droit Dans Le Cadre De La Convention Européenne Des Droits De L'Homme, Abus De Droit et Bonne Foi (Widmer-Cottier)*, s. 271-289.

⁴³ Yung, *La vérité et le mensonge dans le droit privé, Etudes et articles*, Genève 1971, s. 80; Huwiler, s. 48; Morin, (*Droit*), s. 83. Aksi görüş için bkz., Deschenaux, s. 137 ve 142; Misteli, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, Zurich, 1999, s. 119 vd.

ler.⁴⁴ Bir başka ifadeyle doktrinde bir kısım yazarların kabul ettiklerinin aksine, hüküm *bizce* sadece özel hukuk ilişkileri üzerine kurulu hakları içermemektedir.⁴⁵ Aynı zamanda hukuk düzeninin bireye tanıdığı, kişisel özgürlüklerden kaynaklanan, uygulanması bir ilişkinin varlığına bağlı olmayan tüm ayrıcalıkları da kapsar.⁴⁶ Böylece kurallar hem sosyal hayata saygı hem de hakkaniyet seviyesindeki “*maddi bir hukuk normunu*” ortaya koyar.⁴⁷ Hatta dürüstlük kurallarının bu özellikleri, İsviçre sorumluluk hukuku alanında yapılmak istenilen ancak şu anda ertelenen değişiklik ön tasarısı içinde de benimsenmiş ve tasarısı yazarları MK m. 2 hükmünün hukuk düzeninin koruyucu hükümlerinden olduğunu, bu sebeple ihlallerinin *a priori* olarak hukuka aykırılık yaratan genel bir hüküm olarak benimsenmesi gerektiği görüşünü esas almışlardır.⁴⁸

Hukuk düzeninin teminat altına aldığı bireysel özgürlükler yönünden meseleye bakıldığında ise, bu özgürlüklerin bir yönüyle herkese kendi hayat şartlarını düzenleme yetkileri verirken,⁴⁹ diğer yönüyle de bazı haklar tanıdığı görülmektedir. *Morin* bu durumu şöyle açıklar: “Eğer bireysel özgürlük, herkese istediğinde benzerleri karşısında bağımsız olma duygusu hissettiriyorsa, bu demektir ki hiç kimse kendi bireysel özgürlük ehliyetinden bir başkasının iradesine karşı kullanacağı bir hak çıkaramaz. Yine sözleşmenin borçlandırıcı etkisi, ancak taraflardan biri bu menfaatini diğerine karşı bireysel özgürlüğü çerçevesinde açıkladığında söz konusu olur. Çünkü bu durum basit bir mantıkla göstermektedir ki, söz konusu sonuç taraflardan biri diğerine bağlı kalmak istemediğinde, yok olabilecektir.”⁵⁰

⁴⁴ Widmer/Wessner, s. 103. Yazarlar burada iki kişi arasında yanıt verme sorunluluğunun olmadığı ancak hakkaniyet gereği cevap vermesi gerektiği halde kişinin susması örneğini vermektedirler. Yine iki kişi arasındaki sözleşme ilişkisine dâhil olmayan bir kişinin, taraflardan birini edimini yerine getirmemeye teşvik etmesi de burada değerlendirilebilir. Ayrıca, aynı yönde *Morin*, *La responsabilité Fondée sur la Confiance, Etude Critique des fondements d’une innovation controversée*, Genève, 2002, s. 67. Yazar bu yönüyle dürüstlük kurallarının hukuk düzeninin kişiye tanıdığı, kişisel özgürlüklerin sonucu olan, kullanımları özel ilişkiye bağlı olmayan bütün ayrıcalıkları kapsadığını belirtmektedir.

⁴⁵ Deschenaux, s. 137 vd. ayrıca s. 142; Misteli, *La responsabilité pour le dommage purement économique*, Zurich 1999, s. 172. Buna karşılık İsviçre Federal mahkemesi hiç bir zaman, CC m. 2 hükmünün açıkça özel bir hukuki ilişkinin varlığı halinde de uygulanacağına karar vermemiştir.

⁴⁶ *Morin*, (*Droits*) s. 83.

⁴⁷ Hükümün maddi norm niteliğiyle ilgili bkz., Deschenaux, s. 141.

⁴⁸ Bu konuda bkz., Widmer/Wessner, s. 102-104.

⁴⁹ Besson, n. 605.

⁵⁰ *Morin*, (*Droits*), s. 81.

Aslında haklar, toplumsal ve ahlâki ihtiyaçlara cevap verebilecek menfaatleri korumak amacındadır. Borçlar da kuvvetlerini hakların kullanımından aldıklarına göre; kişisel özgürlüğünü ve buna bağlı hakkını kullanan bir kişinin bir başka hukuk süjesinin karşısında bulunması kaçınılmazdır. Dolayısıyla menfaatlerin karşı karşıya geldiği noktada devreye, düzeltici bir etik ilke olarak dürüstlük kuralları girecektir. Çünkü kişi kendi özgürlüğünü kullanırken, yetki alanı dışına çıktığında, üçüncü kişilerin kişisel özgürlüklerini ve bundan doğan menfaatlerinin kullanımına engel olabilecektir. İşte MK m. 2 hükmünün devreye girmesi de tam olarak bu noktada olur.⁵¹

O halde temelinde bir hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanımını, “*hakkın içerdiği menfaatleri koruyacak şekilde amacına uygun kullanımını*” ifade etmektedir.⁵² Bu nedenle dürüstlük kurallarının önemli özelliklerinden biri de içeriğindeki belirsizlik sebebiyle her zaman “*somutlaştırılmaya*”⁵³ yani uygulanacakları meseledeki hakkın koruduğu menfaatlerin belirlenmesine ihtiyaç duymasıdır. Dolayısıyla bu kurallar, her hangi bir olayda *doğrudan uygulanabilen (otonom)* kurallar değildir;⁵⁴ ve hükmün içeriğindeki temel etik ilke, değişen şartlar ile somut olaylara göre uyarlanabilir. Nitekim Fransız hukukunda dürüstlük kurallarının gerçek içeriğinde *objektif* ve *sübjektif* iki yönün bulunduğu kabul edilir. Bunlardan *kuralın sübjektif yönü*; tarafların menfaatleri, güvenleri ile davranışlarından meydana gelen “*sözleşme taraflarına ait güven*” ve sözleşmenin mantığı ile sözleşmeye ait güvenin uyarlanmasından doğan “*sözleşmeye güven*”den oluşur. Diğer yandan kuralın *objektif yönü* ise, gelenekler ve diğer sosyolojik kurallardan meydana gelir ki bunları ortaya koyan da ahlaki değerler ile anayasal ilkelerdir.⁵⁵

İşte tam bu noktada Alman doktrininde sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde geliştirilen bir görüşe göre, sadece hakların değil *hukuki ku-*

⁵¹ Morin (*Droits*), s. 84.

⁵² Deschenaux, 142; Huwiler, s. 48 vd.

⁵³ Deschenaux, s. 141 vd. Hatta hukuki güvenlik ve keyfilik yasağı ilkelerinin de temelinde dürüstlük kurallarının bu özelliğinden kaynaklandığı, bu şekilde somutlaştıktan sonra meseleye direk uygulandığı belirtilir. Bu konuda bkz., Morin, s. 56; ayrıca (*Droits*), s. 85.

⁵⁴ Morin, s. 68. Yazar MK m. 2 hükmünün temelinde bir yorum kuralı olduğunu ve bu özelliğiyle hiçbir hak meydana getirmeyeceğini belirtmektedir. Daha basit bir deyişle hüküm, aynı olay karşısında, benzerlerinden beklenecek davranışı içeren normatif bir anlayışın ifadesidir. Bu yönüyle, MK m. 2 hükmünün somutlaştırılmamasından doğan ödevlerin ratio legisini oluşturur. Morin, (*Responsabilité*), s. 59.

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Jaluzot, s. 79-125.

rumların da dürüstlük kurallarına aykırı yani kötüye kullanımlarının mümkün olduğu görüşü ortaya konulmuştur.⁵⁶ Bu görüşe göre özel hukuk ilişkileri yalnızca haklar üzerine değil; aynı zamanda toplumsal hayata hâkim olan evlilik, mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, rekabet gibi doğrudan hakkın konusu olmayan kurumlar üzerine de kuruludur. Dolayısıyla haklar kadar hukuki kurumlar da kötüye kullanılabilir.

Aynı şekilde görüş taraftarı yazarlar söz konusu kurumlar arasında da bir hiyerarşinin bulunduğunu ve Anayasanın bunların içinde en üst değere sahip olduğunu ifade etmektedirler. Dolayısıyla hem hakların hem de kurumların içerikleri mutlaka anayasal ilkelere göre tespit edilmelidir. Bu tespit sırasında kullanılacak değer yargıları söz konusu hiyerarşi içinde belirlenecek ve daha sonra uygunlukları araştırılacaktır. Kaldı ki Alman hukukunda dürüstlük kuralları, hukuk etiğine ait üst bir ilkedir. Dolayısıyla adalet ve hakkaniyete saygı sadece borçlar hukuku alanında değil, kişiler arasında hukuki ilişkilerin ortaya çıktığı bütün Alman hukuk düzeni içinde geçerlidir ve bu anlamda dürüstlük kurallarının düzeltici ve tamamlayıcı olmak üzere başlıca iki işlevi bulunmaktadır.

Alman hukukunda BGB § 242'nin uygulama alanını genişleterek hukuka ve genel ahlâk kurallarına ait içerik denetimini (BGB § 138) daraltan bu görüşün aksine; Türk ve İsviçre hukuklarında dürüstlük kuralları BK m. 19 ve m. 20 hükümlerinden farklı olarak sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirir. Hatta İsviçre hukukunda Federal Mahkeme bir kararında bu durumu açıkça şu şekilde ifade etmektedir: *"Ne dürüstlük kuralları ne de hakkın kötüye kullanımı yasağı genel olarak sözleşme adaletini temin etmek için mevcut değildir. Temelini MK.m.2 hükmünden alan sözleşmeye bağlılık ilkesi sadece sözleşme içeriğinin hukuk düzeninin temel ilkeleri ile çatışması (BK. m.19-20), irade oluşumunda sakatlık olması (...) hallerinde sözleşmenin butlanına karar verilmesine imkân yaratır"*⁵⁷.

⁵⁶ Pedamon, s. 131 vd; Ferrand, s. 302 vd. İsviçre hukuku yönünden meselenin yorumu içinse bkz., Morin, (*Droit*), s. 80 vd. Ayrıca Alman hukukundaki bu görüşler ve yazarlar hakkında bkz., Atamer, s. 170-171.

⁵⁷ ATF 115 II 232, 236 vd. Bu kararda Federal Mahkeme edimler ve karşı edim arasındaki dengesizliklerin tek başına genel ahlaka aykırılık yaratmayacağına ve yine MK m. 2/II hükmü ile hakkın kötüye kullanımının tek başına edimler arası eşitsizliği düzelmeye imkân vermeyeceğine hükmetmiştir.

4. SONUÇ

Bütün bu açıklamalar ışığı altında dürüstlük kurallarının temelde belli bir toplumdaki kamusal vicdanın yarattığı değer yargıları olduğunu ve bu yönleriyle, hukuk düzeni içinde korunan *genel etik ilkeleri* ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun içindir ki hukuk düzenlerinde “hiç kimsenin kendi kusuruyla ve kastıyla hak elde edememesi” (*nemo auditur kuralı*) ya da “sözleşme ilişkisine bağlılık” (*pacta sunt servanda*) gibi genel ahlâka aykırı davranışları yasaklayan ilkelere hep dürüstlük kuralları temel olmuştur. Dolayısıyla somut meseleler hakkında hukuk düzeni içinde özel ve pozitif bir kural bulunmadığı noktalarda dürüstlük kuralları uygulama alanı bulmaktadır.

İçerikleri kanun koyucu tarafından kesin ve net olarak ortaya konulmayan bu kurallar, değişken, belirsiz ve bireylerin dışında oluşan *genel hükümlerdir*. Değişkenlik kuralların zamana ve mekâna göre farklılaşabilmeleri; buna karşılık belirsizlik ise her ayrı meseleye uygun somutlaştırılma ihtiyacını ifade eder. Somutlaştırmayı sağlayacak olan hâkimin belirlemesi gereken ise dürüstlük kurallarının korudukları hukuki menfaatler ve değerlerdir. Bu anlamda kuralların aslında içeriğindeki ahlâki (dolayısıyla etik) ve sosyolojik değerlere dolaylı da olsa bir göndermede bulunduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Kaldı ki zaten taraflar arasındaki güven ilişkisini kuran da kuralların temelindeki bu ahlaki değerlerdir. Üstelik hukuk dışı bu değerler için de dahi hukuk düzeninin temel eğilimleri ve anayasal ilkeler belirleyici olarak esas alınmak zorundadır ve bir yerde dürüstlük kurallarına söz konusu ahlâki rengi veren de temelindeki aynı güven duygusudur.

Bu anlamda dürüstlük kuralları, hukuki bir mesele (*quaestio iuris*) olarak, aydınlatılmak ve çözülmek üzere hâkimin önündedir (*jura novit curia*) ve kuralların hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerekir. Zira hukuki meseleler, maddi meselelerin (*quaestio facti*) aksine hakimin karşısına bir kural koyarlar ve bu hukuk kuralının aranması, bulunması, içeriğinin aydınlatılması, uygulanması hakimin görevi ve yükümlülüğüdür. (*iura novit curia*) Dolayısıyla hâkimin dürüstlük kurallarını ya da hakkın kötüye kullanımını tarafların talebine, savunmalarına ihtiyaç kalmadan göz önünde bulundurması gereklidir. Başka bir deyişle, maddi bir hukuk kuralı olarak MK m. 2 hükmü, tüm hukuk kuralları bakımından olduğu gibi hâkime hitap eden bir direktifi de kapsar.

Ancak sözleşme özgürlüğü bakımından kuralların yeri incelenirken dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Özgürlüğün sınırını ortaya koyan BK m. 19 ve m. 20 düzenlemeleri bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan “geçerlilik şartlarını” düzenler. Oysa MK m. 2 hükmünde yer bulan dürüstlük kuralları ise, sözleşmeye ait bir geçerlilik şartı değil; tarafların hak ve borçlarının kapsamını belirlemede, sözleşmenin yorumlanmasında, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin anlam bulmasında ihtiyaç duyulan bir ilkedir. Bu sebeple sadece taraflar arasında kurulmak istenilen sözleşme ilişkisi içinde yer almazlar; aynı zamanda bu hukuki ilişkiden ayrı olarak taraflar arasında güven ilişkisine dayalı bağımsız bir borç ilişkisi de yaratırlar. İşte bu ikinci hukuki bağ sözleşmeden, hatta sözleşmenin geçersizliğinden ayrı ve bağımsız bir varlık gösterebilir. *Culpa in contrahendo* hallerinde olduğu gibi.⁵⁸

O halde *ancak geçerli olarak doğan bir hakkın* dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri sürülmesi, hakkaniyet ilkeleri ile engellenebilir. Bu sebeple bir sözleşmenin içeriğinin emredici kurallara, genel ahlâka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olup olmaması ile sözleşmeden doğan hakların dürüstlük kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadıkları farklı denetim araçlarıdır. Örneğin, genel ahlâka aykırı olmayan bir sözleşmede haklar MK m. 2/II hükmüne göre kötüye kullanılabilir; buna karşılık kötüye kullanılmamış her hakkın genel ahlâk kurallarına uygun olacağını söylemek şüphesiz ki mümkün değildir. Örneğin, bir sözleşme ilişkisinde uygulanacak olan faiz oranının tek taraflı olarak belirlenmesi hükmü genel ahlâk kurallarına aykırı değildir. Çünkü düzenleme tek başına sözleşme taraflarının ekonomik faaliyetlerini kısıtlamaz. Ancak çok açıktır ki hükümden hakkı doğan taraf bunu dürüstlük kurallarına uygun kullanmak zorundadır.⁵⁹

Bu doğrultuda kanaatimizce taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içinde kalmak şartıyla, dürüstlük kurallarına aykırı bir düzenlemede

⁵⁸ Bu konuda bkz., A. Bucher, *Personnes Physiques et Protection de la Personnalité*, Bale, 1995, s. 245 vd; Engel, s. 503 vd; Pietet, *La culpa in contrahendo aujourd’hui*, RSJ 77/1981, s. 225 vd; Tercier, *La culpa in contrahendo en droit suisse*, Première journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich 1984, s. 225.

⁵⁹ Sözleşmenin kurulmasından önce yer alan iç ve dış olaylar ancak irade bozukluklarına ilişkin kuralların uygulanmasına yol açabilir. Ayrıca sırf yazılı veya sözlü irade açıklamalarının ifade tarzındaki dürüstlüğe aykırılık, sözleşmenin muhtevasının genel ahlâka aykırı kılmaz, *yeter ki* irade açıklamalarının bağlayıcı anlamından çıkan sonuçlar genel ahlâka aykırı olmasın. ATF 84 II 13 = JdT 1958 I 263.

bulunabilirler. Oysa tarafların BK m. 19 ve m. 20 hükmünde yer alan sözleşme özgürlüğü sınırlarının aksi yönde bir düzenlemeye girmeleri mümkün değildir. Bir başka ifadeyle taraflar, karşılıklı iradeleri birbirine uygun olduğu sürece, özgürlük sınırlarını aşmadan sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler ve böylece üzerinde anlaş-tıkları bu içerik sırf dürüstlük kurallarına aykırılık taşıyor diye hukuki ilişkinin butlanı sonucu doğmayacaktır. Dolayısıyla bize göre dürüst-lük kuralları sözleşme özgürlüğünü sınırlama amacı taşıyan bir dü-zenleme olarak değil sadece bağımsız olarak hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemeyi hedefleyen etik temelli bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmelidir.

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE AVRUPA BİRLİĞİ'NDE VE TÜRKİYE'DE VICDANI RET

Özgür Heval ÇINAR*

Giriş

İnsanlık tarihinde savaşa katılmamak için çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemlerden birisi vicdani rettir. Nitekim, I. Dünya Savaşı'nda 3500, II. Dünya Savaşı'nda 37.000 ve Vietnam Savaşı'nda 200.000 vicdani retçi savaşın parçası olmayı reddetmiştir. Günümüzde ise ABD ordusundan Irak savaşına gitmeyi reddedenlerin sayısı beşbini bulmuştur.¹

Vicdani reddi, *“bir kişinin etnik, din, ahlak, insani, felsefi, politik ve benzer nedenlerle askere gitmeyi reddetmesi”* olarak tarif edebiliriz. Tabii ki, bu hakkın sadece askerlik öncesi durumlarda ortaya çıktığını düşünmemek gerekir. Bunun dışında halihazırda asker olan veya bunu bir meslek olarak seçen kişilerin de bu hakkı kullanma haklarının olduğunu belirtmek gerekmektedir.

“Her Türk'ün asker doğduğu” düşüncesinin belli kesimlerce kabul edildiği ülkemizde, özellikle Hrant Dink'in öldürülmesiyle milliyetçilik, vatanseverlik ve bu kavramlarla birlikte militarizm tartışmaları yeniden güncellik kazanmıştır. Bu tartışmalar içerisinde, 27/28 Ocak 2007 tarihinde İstanbul Bilgi Üniversitesi'nin ev sahipliğinde sesiz sedasız bir *“Uluslararası Vicdani Ret Konferansı”* düzenlendi.²

* Uluslararası Vicdani Ret Konferansı'nın koordinatörlerinden. Ayrıca, Essex Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde *“İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Ret Hakkı ve Türkiye”* başlıklı doktora çalışması yapmaktadır.

¹ Vicdani Retçiler için Washington- Merkez Komitesi, www.objector.org. Son erişim 01 Mart 2007.

² Bu konferansı yirmi yedi kişilik bir çağrıcılar grubu hazırlamıştır. Bunlar: Ayşe Gül

İki günlük bu konferansta özelde vicdani ret, genelde militarizm; tarihi, felsefik, sosyolojik, cinsiyetçilik-karşı cinsiyetçilik, insan hakları, demokrasi ve hukuksal açılardan incelendi.

Konferansa katılan farklı ülkelerden gelen akademisyen, insan hakları aktivisti, politikacı, hukukçu, öğrenci ve vicdani retçiler teori ile aktivis boyutu bir araya getiren böylesi bir ortamda vicdani ret hakkının neyi ifade ettiğini, vicdani ret ile antimilitarizm arasındaki bağlantıyı ve diğer ülkelerde bu hakka nasıl bakıldığını kendi bilgi ve deneyimlerini paylaşarak tartışma olanağı buldular.

Özetle, “*vicdani ret*,” hakkı uluslararası hukukta düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Konferansta da konuşulduğu gibi bende bu yazımda Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde bu hakkın nasıl düzenlediğini ve bugün Avrupa Birliği’ne aday olmaya çalışan Türkiye’de bu hakkı kullanan kişilere ve bunları destekleyenlere karşı yasalarda ne tür cezaların düzenlendiği ve bu yasal düzenlemelerin uluslararası düzenlemelere uzak olup olmadıklarını değerlendirmeye çalışacağım.

Altınay, Ercan Aktas, Nebahat Akkoç, Murat Belge, Ayhan Bilgen, Suna Coşkun, Tanıl Bora, Özgür Heval Çınar, Melek Göregenli, Osman Cihan Hüroğlu, Barkın Karlı, Ümit Kardaş, Levent Korkut, Perihan Mağden, Ömer Madra, Taha Parla, Serpil Sancar, Mithat Sancar, Hürriyet Şener, Sezgin Tanrıkulu, Mete Tuncay, Mehmet Tarhan, Nilgün Toker, Yıldırım Türker, Osman Murat Ülke, Hülya Üçpınar, Coşkun Üsterci. Bu çağrıcıların dışında konferansın yasal başvurusu İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi olmuştur. Konferansa birçok sivil toplum örgütünde destekçi olmuştur. Bu örgütler; Af Örgütü Türkiye, Bağlantı e. V., Helsinki Yurttaşlar Derneği, Heinrich Böll Derneği İstanbul Şubesi, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Norveçli Helsinki Komitesi, Sosyal Değişim için Ağ, Uluslararası Savaş Karşıtları, Vicdani Ret için Avrupa Bürosu.

1. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Kapsamında Vicdani Ret Hakkı³

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün uluslararası alanda tanınması aslında 1948 yılında kabul edilmiş olan İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne dayanmaktadır. Beyanname'nin ilk maddesinde "her insanın vicdan ve fikir ile donatıldığını belirtmekte" ve 18. maddesinde de "herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir" denilmektedir.

Bu özgürlüklerin, beyanname'de kabul edilmesi öncelikle uluslararası hukuk için yeni bir başlangıç noktası oluşturmuştur. İkincisi, bu hak ilk kez bireysel bir sivil hak olarak tanımlanmıştır. Üçüncüsü, bu sözleşme ile bu hakkın doğallığına değinilmiştir ki, bu da birey-devlet arasında ilişkinin sorgulanması sonucunu doğurmuştur. Tabii ki, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bu şekli ile tanınması özellikle Avrupa'da kilisenin hoşuna gitmemiştir.

Bunun dışında Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesi direk olarak vicdani ret hakkından bahsetmemekle birlikte düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenlemiştir. 4. maddesi de düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, "sözleşmenin 6., 7., 8. (1 ve 2 fıkralar), 11., 15., 16. ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerden hiçbir azaltma yapılamaz" diyerek koruma altına almıştır. Bunun anlamı bu özgürlüklerin barış zamanında olduğu gibi savaş zamanında da askıya alınamayacak olmasıdır.

İnsan Hakları Komitesi, 18. maddeyi 1989 yılında verdiği kararda şöyle yorumlamıştır; "Sözleşme vicdani ret hakkına açıkça değinmemektedir, ancak Komite, öldürücü güç kullanma yükümlülüğünün vicdan özgürlüğüyle ve kişinin dinini ya da inancını ortaya koyma hakkıyla ciddi biçimde çatışabilecek olması nedeniyle 18. maddeden böyle bir hakkın çıkarılabileceğine inanmaktadır." (Paragraf 11)

Nitekim, Komite *Brinkhof v Hollanda* (Başvuru No: 402/1996) ve *Westerman v Hollanda* (Başvuru No: 682/1996) kararlarında 18. madde-

³ Aslında burada sadece din özgürlüğü değil, inanç özgürlüğü de dahil edilmektedir. İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum 22'de "madde 18, teist, non-teist ve ateist inançları koruma altına alır, ... Madde 18, uygulamada geleneksel dinler ya da kurumsal bir karakteri olan inançlar yahut da geleneksel dinlere benzer pratikleri olan inançlarla sınırlı değildir" demektedir. (Paragraf 2) Sonuçta, biz de bu yazıda ilgili karar doğrultusunda din özgürlüğünden bahsederken bunun içerisine inanç özgürlüğünü de katmaktayız.

nin uygulamasını ve askerliğe gitmemeyi birbirleriyle bağdaştırmıştır. Komite, başvurucuların temyiz başvurusunda da vicdani ret hakkının açıkça 18. maddeden kaynaklandığını belirtmiştir.⁴

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin güvence altına aldığı düşünce, vicdan ve din özgürlüğü İnsan Hakları Komitesi'nin kararları doğrultusunda vicdani ret hakkını da bu hak güvencesi içine almaktadır.

Bu net durum karşısında bir de 1950 yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) bu hakkı nasıl düzenlediğine bakmamız gerekmektedir. AİHS'in 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenlemekle birlikte, aynı sözleşmenin 4/3. maddesi "zorunlu askerliğe" ilişkin bir istisna getirmektedir. Bu maddede; "askeri nitelikte bir hizmet veya inanç nedeniyle askeri hizmete katılmama hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının" dışında tutulmaktadır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) şimdiye kadar vicdani ret hakkına ilişkin açılan davaların hiç birinde 9. maddeden dolayı ihlal kararı vermemiştir. Halbuki vicdani ret ile ilgili davalarda davacı taraf 9. maddeden dolayı hak ihlali bulunduğu karar verilmesini ısrarla vurgulamaktadır. Mahkeme bu tip davalarda, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde veya işkence, kötü muamele ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. madde kapsamında kararlar vermektedir. Örneğin, mahkeme genelde Yehova Şahitlerinin Yunanistan'a karşı açtığı davalarda 14. maddenin ihlali yönünde kararlar vermiştir. 1950 yılında imzalanan bu anlaşmanın o yıllardaki siyasal, sosyal, kültürel vs. koşulları ile şimdiki dönemin koşulları aynı değildir. AİHM'in bu tavrı uluslararası hukukta vicdani ret hakkına ilişkin yaklaşımla çelişki arz etmektedir.

AİHM'nin bu tavrına karşı Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi çok daha pozitif bir tavır takınarak, 1987 yılındaki tavsiye kararında (Karar No: 87/8) şöyle demiştir; "Zorunlu askerlik hizmeti olduğu halde, vicdani sebeplerle silah kullanmayı reddeden herkes, tavsiye kararında belirlenen şartlar dahilinde hizmetten muaf tutulmalıdır. Bu kişiler bunun

⁴ Perihan Mağden'in savunma dilekçesi, s. 10. Ayrıntı için bkz., İnsan Hakları Komitesi Raporu, 3 Kasım 1999, Cilt II, GAOR, 55. Toplantı, Supl. No.40 (a/55/40), s. 41 vs. aktaran Hanski, R.- Scheinin (derl.), L., İnsan Hakları Komitesinin Emsal Kararları (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, Haziran 2005), s. 351.

yerine alternatif hizmet yapabilir.” Ayrıca, Komite üye devletlere iç hukuklarında bu hakkı şimdiye kadar tanımamaları durumunda ilgili yasal düzenlemeleri yapmalarını tavsiye etmektedir.

Bakanlar Komitesi, bu tavsiye kararını onaylarcasına 1987 tarihindeki diğer bir kararında da (Karar No: 46) vicdani ret hakkını düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendirmiştir.

Bununun dışında Avrupa Parlamentosu (AP) 13 Ekim 1989 tarihli kararında üye devletleri “özgürlük ve toplumun tüm üyelerine eşit davranma ilkesine tamamen saygıyla, askere alınan herkesin, silahlı veya silahsız askeri hizmeti, vicdan temelinde herhangi bir zamanda reddetme hakkını garanti etmeye” (Paragraf 11) çağırılmaktadır. Böylece, AP silahsız askeri hizmetin ret edilmesini de vicdan özgürlüğü esasında almış yani bir şekilde total retçilere de saygılı olunması gerektiğini belirtmiştir.

Parlamento, 11 Mart 1993 tarihindeki diğer bir kararında da “BM İnsan Hakları Komisyonu’nun 89/59 nolu kararı ile askerlik hizmetinin vicdani reddini tanıdığını, vicdani ret hakkının Üye Devletlerin yasal sistemleri içerisinde alınması gerektiği”nin (Paragraf 46) altını çizerek üye ülkelerin yasal düzenlemelerini vicdani ret hakkını tanıyarak duruma getirmeleri gerektiğini önemle belirtmektedir. Parlamento, bu hususu 18 Ocak 1994 tarihli kararında yeniden yenileyerek, AİHM kararları hakkındaki eleştirilerimizi desteklercesine, bu hakkın düşünce, vicdan ve din özgürlüğü içerisinde yer aldığını ve bu hakkın AİHS’in 9. maddesinde tanıdığını belirtmiştir ki, bizce bu karar AİHM’nin vicdani ret konusundaki bakış açısına karşı 21. yy koşullarında çağdaş bir tavidir.

2. Avrupa Birliği Ülkeleri ve Vicdani Ret Hakkı⁵

Bildiğiniz gibi şu anda AB çatısı altında 27 ülke bulunmaktadır. Bunlardan 14 ülkede zorunlu askerlik sistemi bulunmamaktadır. Diğer anlamıyla bu ülkelerde profesyonel ordular bulunmaktadır.

Bu ülkeler şunlardır; Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Hollanda, Birleşik Krallık, İrlanda, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Portekiz, Sloveky, Slovenya.

⁵ Daha ayrıntılı bilgi için bkz., *Quaker Council of European Affairs*, “The Right to Conscientious Objection in Europe: A Review of the Current Situation” (Avrupa’da Vicdani Ret Hakkı: Bir Güncel Durum İncelemesi), Nisan 2005.

Geri kalan 13 ülkede ise alternatif hizmet sistemi bulunmaktadır. Bu ülkelerden Almanya'da Anayasa'nın 4. maddesinin 3. fıkrası "*hiç kimse vicdanı karşısında zorla askeri hizmet yapmaya zorlanamaz...*" demektedir. Almanya'da her yıl ortalama 150 bin vicdani retçi bulunmaktadır.⁶ Bu kişilerin silahlı askerlik dışında yönlendirildikleri yerler Gençlik, Aile, Kadın ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı, Federal Sivil Servis Ofisleri tarafından yönetilen, alternatif hizmet yerleri olmaktadır. Bunların süresi de askerlik süresi gibi 9 aydır.

Bunun dışında Avusturya, 1991 yılından beri vicdani ret hakkını tanımış ve İçişleri Bakanlığına bağlı alternatif hizmet yerlerini kurmuştur. Bu hizmetin süresi 12 ay olmakla birlikte, askerlik süresi 8 aydır.

Danimarka, bu hakkı 1917 yılından beri yasal olarak tanımaktadır. 1987 Sivil Hizmet Kanunu (Kanun No: 588/87) 1992 ve 1998 yıllarında yapılan değişikliklerle birlikte halen uygulanmaktadır. Alternatif hizmetten İçişleri Bakanlığı sorumludur. Askerlik ve alternatif hizmetin süresi 9 aydır.

Fillandiya, vicdani ret hakkını 1931 yılından beri tanımaktadır. Şu anda 1991 Sivil Hizmet Kanunu (Kanun No: 1723/91) yürürlükte ve alternatif hizmet yerleri Çalışma Bakanlığı'na bağlıdır. Süresi 13 aydır. Askerliğin yapılması halinde bu süre 6 aya inmektedir.

İsveç, bu hakkı 1920 yılından beri tanımaktadır. Şu anda uygulanmakta olan 1994 Toplu Savunma Hizmeti Kanunu'na (Kanun No: 1809/94) göre alternatif hizmet yerlerinin yönetiminden Savunma Bakanlığı sorumludur. Bu hizmetin süresi askerlik ile aynı olarak olarak 7,5 aydır.

Yunanistan'da Anayasa'nın 4/6. maddesi "*kanunlar çerçevesinde bütün Yunan askeri hareketlerin ülke savunmasına hizmet etmesi gerektiğini*" belirtmiştir. Yunanistan 1998 yılında vicdani ret hakkını tanımış ve alternatif hizmet modelini kabul etmiştir. Bu hizmetten Savunma Bakanlığı yetkilidir ve süresi 23 aydır. Halbuki askerlik süresi 12 ay olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle askerlik süresi, alternatif hizmet süresinin hemen hemen iki katıdır.

Bu ülkelerin dışında AB'ye yeni üye olan devletlerdeki alternatif hizmet koşullarına da biraz değinmenin yararlı olacağını düşünmekteyim. Bulgaristan'da Anayasa'nın 59/2. maddesinde zorunlu askerlik

⁶ Bkz., www.zivildienst.de; Ayrıca bkz., A.g.r. s. 34. Son erişim 01 Mart 2007.

hizmetinin yerine alternatif hizmette de bulunabileceği belirtilmektedir. Alternatif hizmetin süresi 13,5 ay olmakla birlikte, üniversite mezunları için bu süre 9 aya inmektedir. Ancak askerlik süresi 9 ay olup, üniversite mezunları için 6 aydır. Alternatif hizmet yerlerinden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı sorumludur. Fakat, bu ülkede zorunlu askerlik 2008 yılından itibaren kaldırılacaktır.⁷

Estonya'da 1991 Anayasası'nın 124. maddesi vicdani ret hakkını tanımaktadır. Bu hizmetten İçişleri veya Sosyal İşler Bakanlığı sorumludur. Alternatif hizmetin süresi 16 aydır. Askerlik süresinin iki katıdır.

Kıbrıs Rum Cumhuriyeti Ulusal Savunma Kanunu'nun 5. Bölümü'nde Savunma Bakanlığı'nın gözetimi altında alternatif hizmet olanığının bulunduğu ve bu hizmetin süresinin 42 ay olduğu kabul edilmiştir. Askerlik yapılması halinde bu süre 26 ay olarak belirlenmiştir.

Letonya, 2002 yılında çıkardığı Alternatif Hizmet Kanunu uyarınca vicdani ret hakkını yasal olarak tanıdı. Bu ülkede alternatif hizmet yerleri Savunma Bakanlığına bağlı olmakla birlikte bu hizmetin süresi 24 ay olup, 12 ay olan askerlik süresinin iki katıdır.

Litvanya, vicdani ret hakkını 1992 Anayasası'nın 139. maddesinde tanımıştır. Alternatif hizmet yerleri bir çok ülkede olduğu gibi Savunma Bakanlığı'na bağlıdır. Bu hizmetin süresi 18 aydır. Oysa, askerlik süresi 12 aydır.

Polanya'da vicdani ret hakkı 1988 yılında Anayasa'nın 85. maddesinde tanınmıştır. Alternatif hizmetten Çalışma Bakanlığı sorumludur. Alternatif hizmet süresi 18 aydır. 11 ay olan askerlik süresinden 7 ay daha uzundur.

Romanya, 1996 yılından beri alternatif hizmet imkanına sahiptir. Bu hizmetin süresi 12 ay olmakla birlikte, üniversite mezunları için 6 aydır. Ancak askerlik süresi normalde 8 ay olmakla birlikte, üniversite mezunları için 4 ay olarak düzenlenmiştir. Alternatif hizmetin denetimi Savunma Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.

Sonuçta, Almanya, Danimarka ve İsveç dışındaki ülkelerin tümünde alternatif hizmet süreleri askerlik sürelerinden daha uzundur. Fakat, Avrupa Sosyal Şartı'nın 2. bölümünün "çalışma hakkı" başlıklı

⁷ Bkz., <http://www.yspdb.org/news/20070109.html>. Son erişim 01 Mart 2007.

1. maddesinin 2. bendi taraf devletlerin “Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı” taahhüt ettiğini belirtmiştir. 28 Haziran 2000 tarihinde Avrupa İşleri için Quaker Konseyi’nin Yunanistan karşısındaki alternatif hizmet sürelerinin uzun olmasına ilişkin başvurusunu değerlendiren Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, ilgili maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.⁸

Bir diğer husus ise alternatif servis, yani bir başka söyleyişle “sivil servis”, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1987 yılında vermiş olduğu R(87)8 numaralı tavsiye kararında da belirtildiği gibi “kural olarak sivil karakterde” olmalıdır. Fakat, bu hizmet yerlerinin yukarıda belirttiğim bazı AB ülkelerinde halen Savunma Bakanlığı’nın denetimi altında olması, bu hizmetin sivil karakterini zedelemektedir.⁹

3. Türkiye ve Vicdani Ret Hakkı

Avrupa Birliği’ne tam üyelik için müzakereler yürüten Türkiye’de askerlik bildiğiniz gibi sadece belli bir süre eline silah alıp, eğitim çalışmalarına katılmak değil, vatanseverliğin göstergesi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca toplumda da askerlik erkek olmanın bir milat taşı olarak nitelendirilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti devletini asker kökenli kişilerin kurduğu, bu ülkede üç askeri “darbenin” yapılmış olduğunu ve bir de ordunun kendisine sadece ülkeyi iç ve dış düşmanlara karşı koruma görevi vermeyip Türk ulusunun baştan aşağı yaratılmasında baş aktör olduğunu dikkate aldığımız zaman askeriye’nin ve askerlik kurumunun toplum üzerinde ne kadar etkili olabileceğini tahmin edebiliriz.

Bu etki politik, ekonomik, kültürel ve sosyal yaşamımızda kendini nasıl güçlü bir şekilde hissettiriyorsa, hukuk sistemimizde de aynı güçlü etki görülmektedir. Örneğin, 1982 Anayasası’nın Geçici 15. maddesi ile ülkeye iç huzur ve barış getirdiklerini ifade eden 12 Eylül askeri darbecileri hala yargılanamamaktadır.

Türkiye Anayasası’nın “politik haklar ve görevler” başlıklı 5. bölümünün 72. maddesine göre “Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir.

⁸ Ayrıca bkz., Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi adına hareket eden Daimi Komisyon’un 1518(2001) no’lu tavsiye kararı.

⁹ Ayrıca bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 1998/77 kararı.

Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.” İç hukuk mevzuatımızda Anayasa askerliğin “kanunla” düzenleyeceğini belirtmektedir. Nitekim, 1111 Sayılı Askerlik Kanunu ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu askerliği zorunlu kılmaktadır. Örneğin, 1111 sayılı kanunun 1. maddesi “Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur” diyerek bu zorunluluğu açıkça belirtmektedir.

Türkiye’de 20 yaşına ulaşan her erkek askerlik görevini yerine getirmek zorundadır. Kanunda belirtilen bazı geçerli sebeplerin bulunması halinde askerlik görevinin 38 yaşına kadar ertelenmesi söz konusudur. (Askerlik Kanunu, Ek fıkra: 21/5/1992 - 3802/1 m.) Askerlik süresi de kişinin eğitim durumuna göre 6 aydan 15 aya kadar değişecek sürelerle göre düzenlenmiştir.

47 üyeli Avrupa Konseyi’ne 1949 yılında üyeliğe kabul edilen Türkiye, Azerbaycan ile birlikte zorunlu askerlik sistemini halen uygulamakta ve vicdani ret hakkını tanımamaktadır. Beyaz Rusya’da da durum aynı olmakla birlikte, bu ülke AK üyesi değildir.

Diğer 47 üyenin 20’sinde profesyonel ordular bulunmaktadır. 25 üye devlette zorunlu askerlik bulunmakla birlikte vicdani ret hakkı tanınmakta ve bu hak kapsamında zorunlu askerlik hizmetinin yerine alternatif hizmette bulunma olanağı sağlanmaktadır. Fakat, Azerbaycan’da 2004 yılında vicdani ret hakkını tanıyan bir yasa tasarısı hazırlanmış olup yakın bir dönemde de parlamento tarafından kanun olarak kabul edileceği tahmin edilmektedir. Halbuki, Türkiye’de 1990 yılından beri –Tayfun Gönül ve Vedat Zincir’lerle birlikte– kanayan bir yara olan vicdani ret sorunu bir kaç yıla kadar tartışılmamaktaydı...

Genel Kurmay Başkanlığı’nın, 1998 yılında açıkladığı raporda asker kaçaklarının sayısı yurtdışındakilerle birlikte 226 bin olarak tarif edilmiştir. Bu sayı başka kaynaklarda 450 binin üstü olarak belirtilmiştir.¹⁰ Bugün binlerce asker kaçağının içerisinde onlarca kişi kamusal alanda vicdani retçi olduğunu ilan etmiştir ki,¹¹ bu kişiler de mahke-

¹⁰ <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=2&ArsivAnaID=329>. Son erişim 01 Mart 2007.

¹¹ Türkiye’de ki vicdani retçilerin 15 Kasım 2006 tarihine kadar olan tam listesi için bkz., <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=2&ArsivAnaID=2722> 1. Son erişim 01 Mart 2007.

melerce hapis cezalarına çaptırılmıştır. Halen yargılamalar ve mahkumiyetler sürmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 318. maddesi (eski TCK'nin 155. maddesi) vicdani retçiliği "*halkı askerlikten soğutma*" suçu içerisinde nitelendirmektedir ve bu suçu 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmaktadır. Bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ceza yarı oranında artırılmaktadır. Böylece suçun cezası 3 yıla çıkmaktadır. Yeni Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 3. maddesi de bunu bir terör suçu sayıyor ki, kanunun 4. maddesine göre de verilen cezalar yarı oranında artırılmaktadır. Sonuçta, vicdani ret hakkını savunmak 4.5 yıl ceza ile cezalandırılabilir. Ayrıca, m. 4'e göre, bu cezanın üst sınırı da aşılabilmekte ve böylece de kişilerin miktarı belirsiz bir cezaya çaptırılma olasılığı doğmaktadır.

TCK'nın 319. maddesi ise "*askerleri itaatsizliğe teşvik*" suçunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre cezalar bir yıldan beş yıla kadar çıkmaktadır. Bunun savaş zamanında işlenmesi halinde cezalar bir katı oranında artırılmaktadır.

TCK ve TMK'nın dışında Türk Askeri Ceza Kanunu'nun (ACK) 87/1. maddesi silah taşımayı kabul etmeyen ve üniforma giymeyenleri "*emre itaatsizlik*" suçu içerisinde değerlendirerek 5 yıla kadar, bu suçun savaş durumunda işlenmesi durumunda 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilmesini düzenlemektedir. ACK'nın 88. maddesi ise 87. maddedeki suçun "*toplulara karşı veya hizmetten savuşmak için veya silahlı iken yapılması*" halinde ise verilecek ceza 10 yıla kadar artılabilmektedir.

ACK'nin altıncı faslı "*cezaya ehliyet veren ve bunu kaldıran ve hafifleten sebepler*" başlığının 45. maddesindeki genel düzenlemede, "*bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez*" diyerek aslında vicdani ret hakkını kabul etmeyenler için başka bir yasal dayanak oluşturmaktadır.

Nitekim, 1989 yılında *Sokak Dergisi* ve *Güneş Gazetesi*'nde vicdani retçi olduğunu belirten Vedat Zincir ve Tayfun Gönül 3 ay hapis cezasına çaptırılmıştır. Bu ceza daha sonradan para cezasına çevrilmiştir. 1993 yılında Genel Kurmay Başkanlığı tarafından Adalet Bakanlığı aracılığıyla savcılıklara gönderilen suç duyuruları sonucunda "*halkı*

askerlikten soğutma” suçlaması ile 217 dava açılmıştır.¹² Bu davalardan herhangi bir cezanın çıkmaması üzerine Genel Kurmay Başkanlığı *“yargı fevkalade iyi işlemelidir. 217 suç duyurusundan şu ana kadar hiç mahkumiyet yok. Bu olmaz.”*¹³ demiştir ki, bunun sonucunda Genel Kurmay Başkanlığı Askeri Savcılığı’nca tanzim olunan 16 Aralık 1993 gün ve 1993/1350-611 sayılı iddianame ile açılan dava sonunda Genel Kurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi’nin 11 Şubat 1994 tarih ve 1994/183-28 sayılı hükmü ile Erhan Akyıldız ve Ali Tefvik Berber hakkında ayrı ayrı ACK’nın 58. ve TCK’nın 155. maddelerine göre neticeten ikişer ay hapis ve yüz altmışar bin TL.’si ağır para cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.¹⁴

Bu hüküm temyiz edilmiştir. Askeri Yargıtay 3. Dairesi’nin 21 Haziran 1994 gün ve 1994/312-313 sayılı ilamında; sanıkların eylemlerini değerlendirmiş ve askere gitmekle yükümlü olanların askere gitmek istememelerinin veya geç gitmek istemelerinin çeşitli nedenleri olabileceğini, böyle bir sorunun, araştırma inceleme konusu yapılması veya bir televizyon programında ele alınmasının doğal olduğu, böyle bir televizyon programının kamu oyunun ilgisini çekebileceği, dolayısıyla haber niteliği taşıdığı da kabul edilmiştir. Önemli olan bu programda sanıkların, objektiflikten uzaklaşıp uzaklaşmadıkları, asker kaçakları konusu işleniyor görüntüsü altında halkı askerlik hizmetinden soğutma gayreti içerisinde bulunup bulunmadıklarının saptanması olarak değerlendiren Mahkeme; muhabir Ali Tefvik Berber tarafından yöneltilen sorularda halkı askerlik hizmetinden soğutmaya yönelik bir ibareye, ayrıca sanıkların röportaj yaptıkları kişilerin açıkladıkları düşünceleri doğru bulduklarını veya onlara hak verdiklerini gösteren en ufak bir söz veya tavır ve davranışlarına da rastlanılmadığından mahkumiyet kararını bozulmuştur. Karara Askeri Savcılık tarafından yapılan itirazı Askeri Yargıtay Daireler Kurulu sonuçlandırmıştır. Daireler Kurulu kararında sanıkların güncel olan asker kaçaklarıyla ilgili yayınlanan bu programda suç kasdı ile hareket etmedikleri, haber niteliği taşıdığı için bu programı TV’de yayınladıkları kabul edilmiştir. Böylece Askeri Yargıtay Daireler Kurulu’nun 1994/85 Esas, 1994/84

¹² Vicdani Ret Dosyası, 18.02.1998, s. 1. <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=2&ArsivAnaID=329>. Son erişim 01 Mart 2007.

¹³ A. g. r., s. 1.

¹⁴ İzmir Savaş Karşıtları Derneği başkanı Aytek Özel’de HBB televizyonunda yapmış olduğu vicdani rette ilişkin bu demeçten dolayı programın yapımcıları Erhan Akyıldız ve Ali Tefvik Berber gibi hapis cezasına çaptırılmıştır.

Karar ve 15 Eylül 1994 günlü kararı ile Askeri Yargıtay 3. Daire kararının uygun bulunduğunu karara bağlanmıştır.

1994 yılına gelindiğinde ise; Osman Murat Ülke bu sorunu ilk kez kamunun dikkatine sundu ve çeşitli aralıklarla toplam 43 ay hapis cezasına çaptırıldı. Osman Murat Ülke'nin AIHM'ye yapmış olduğu başvuru 24 Ocak 2006 tarihinde sonuca bağlandı. Bu karar şöyleydi:

“Başvurucu aleyhine mevcut olan çok sayıda kovuşturma ve kovuşturmanın sonucu olarak ortaya çıkan mahkumiyetlerin kümülatif etkileri ve kovuşturma ve ceza süreleri arasındaki ardillik ilişkisi ve başvuruçunun hayatının geri kalan kısmında kovuşturulabilecek olması olgusu başvuruçunun askerlik hizmetini yapmasının sağlanması amacı ile orantılı olmamıştır. Söz konusu işlemler başvuruçunun entelektüel kişiliğini ezmeyi, başvuruçuyu aşağılayan ve onu alçaltan korku ve tedirginlik hislerinin doğmasına neden olmayı, reddiyetini ve kararlılığını kırmayı amaçlamıştır. Başvuruçunun hemen hemen “medeni ölüm” olarak tabir edilebilecek gizli bir yaşamı sürmeye zorlanması ve başvuruçunun bunu kabul etmek zorunda kalmış olması demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine aykırıdır.

Sonuç olarak Mahkeme, olayları bir bütün olarak ele alarak ve söz konusu işlemlerin süreklilik halini ve ciddiyetini göz önüne alarak başvuruçunun maruz kaldığı muamelelerin bir ceza mahkumiyetinde veya tutuklulukta bulunan normal alçaltma unsurunun ötesine giden ciddi bir ıstırap ve acıya neden olduğunu belirtmektedir.”

Özetle, mahkeme bu durumu alçaltıcı muamele olarak değerlendirmiş ve sözleşmenin 3. maddesinin ihlali yönünde karar vererek, Türkiye'nin davacı tarafa 11 bin Avro tazminat ödemesine karar vermiştir.

Aslında, AIHM yukarıda da belirttiğimiz gibi eski kararlarının dışında davacı avukatların üstünde durduğu sözleşmenin 9. maddesinin ihlali yönünde karar vermeyerek bizleri çok şaşırtmadı. Fakat, AIHM “Türk mevzuatında askeri üniformayı vicdani veya dini sebeplerle giymeyi reddedenler açısından herhangi ‘özel bir hükmün’ bulunmadığını” önemle belirtti. Bunun anlamı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin vicdani retçileri yargılayacak olan yasal araçlara sahip olmamasıdır. Ayrıca yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre suç ve ceza arasında orantısızlığın olmasıdır. Haliyle, kanuni bir düzenlemenin iç mevzuatlarda olmamasından dolayı da vicdani retçiler sadece bir kere ceza-

landırılmamakta, süreklilik arz eden bir cezalandırma sistemine tabi tutulmaktadır. Mahkeme, bunun bir problem teşkil ettiğini belirterek, Türkiye Cumhuriyeti'nin bu anlamda ilgili yasal düzenlemeleri yapmasına dikkat çekmektedir ki, sözleşmenin 1. maddesine göre de taraf devletler sözleşmedeki hak ve özgürlükleri kendi yetki alanları içindeki herkese tanımakla yükümlüdür.

Osman Murat Ülke'den sonra Mehmet Tarhan 27 Ekim 2001 tarihinde vicdani retçi olduğunu açıkladı. 8 Nisan 2005 tarihinde tutuklanarak Sivas Askeri Hapishanesi'ne gönderildi. Askeri Ceza Kanunu'nun 88. maddesinde düzenlenen "itaatsizlik" suçundan toplam 4 yıl olmak üzere hapis cezasına çaptırıldı. Askeri Yargıtay 3. Dairesi'nin bu kararı bozmasına rağmen, ilk derece mahkemesi olan Sivas Askeri Mahkemesinin kararında direnmesi üzerine, dava Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'na geldi ve burada kararı doğru bulan mahkeme sadece cezanın üst sınırdan verilmiş olmasından dolayı kararı bozdu ve Mehmet Tarhan 9 Mart 2006 tarihinde de serbest bırakıldı. Fakat, Askeri Yargıtay Daireler Kurulu tarafından "Homoseksüalite'nin (eşcinselliğin), TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nin 17/B-3, 17/0-3 maddelerinde 'askerliğe elverişsizlik' halini öngören psikoseksüel bozukluklar ve ileri derecede psikoseksüel bozukluklar kapsamında olması, askerliğe elverişli olmadığını ileri sürenlerin askeri hastane sağlık kurullarınca belirtilen esaslar çerçevesinde bu durumda olup olmadıklarının saptanmasınının gerekmesi (1111 sayılı kanununun 26, 27, 28, 38, 41'inci maddeleri) karşısında, sanığın bu yöndeki muayene ve sağlık kurulu işleminin 1111 sayılı yasa kapsamına tabi olup, zorunlu olduğu..."¹⁵ kararı verilmiştir.

Mahkeme kararınca psikoseksüel bir bozukluğun ise askeri doktorlardan oluşan bir sağlık heyetine "pasif anal ilişki" halini gösteren video veya fotoğraflarla ispat edebilmesi gerekmektedir. Oysa ki, oluşturulan bu ispat sistemi öncelikle herhangi bir iç kanun ve yönetmeliğe dayanmamaktadır. İkincisi, böyle bir ispatlama sistemi insanlık dışı ve özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir ki, Anayasa'nın 20. maddesi de herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini istemeye hakkı olduğunu belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Birleşik Krallık Ordusu'ndan atılan homoseksüel 4 kişinin başvurusunda, Birleşik Krallık'ın sözleşme güvence altına alınan

¹⁵ Bkz., Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, Esas No: 2006/84, Karar No: 2006/62.

özel hayatın gizliliğine saygıyı ihlal ettiği yönünde karar vermiştir.¹⁶

Osman Murat Ülke ve Mehmet Tarhan'ın dışında bu yazının kaleme alındığı sırada diğer bir vicdani retçi Halil Savda halen cezaevinde bulunmaktadır. Halil Savda, Çorlu Askeri Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada "*emre itaatsizlik*" suçlamalarından toplamda 21,5 ay hapis cezasına çaptırıldı.

Vicdani retçilerin karşılaştıkları bu cezaların dışında bir de askerlikle doğrudan ilişkisi olmayan herhangi bir kişi vicdani ret hakkını savunduğu anda da yukarıda belirttiğim TCK'nın 318. maddesi uyarınca "*halkı askerlikten soğutma*" suçlamasıyla yüz yüze kalmaktadır. Perihan Mağden'e Yeni Aktüel dergisinin Aralık 2005 tarihinde "*vicdani ret bir insan hakkıdır*" başlıklı yazısından dolayı basın yoluyla halkı askerlikten soğutma suçlamasıyla dava açılması ve daha sonrasında bu davadan beraat verilmesi tam da bahsettiğimiz bu noktaya iyi bir örnek teşkil etmektedir. Ancak, Perihan Mağden tek örnek değildir. Birgül Özbarış hakkında da çalıştığı gazetede yazdığı vicdani ret ile ilgili bir yazıdan dolayı TCK'nın 318. maddesini yedi kere ihlal ettiği iddiasıyla dava açılmıştır. Ayrıca bu yazıyı yayınlayan yazı işleri müdürü Hasan Bayar ve gazete sahibi Ali Gürbüz hakkında da bu konuyla ilişkili olarak eş zamanlı davalar açılmıştır.

Sonuç

AİHM'in 24 Ocak 2006 tarihinde vermiş olduğu Osman Murat Ülke kararının ardından bir yılı aşkın bir sürenin geçmesine rağmen, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti bu konuda her hangi bir yasal düzenleme yapmamıştır. Yukarıda da belirttiğim gibi Türkiye halen 47 Avrupa Konseyi ülkesi içerisinde vicdani ret hakkını yasal olarak tanımayan iki ülkeden biridir. AB'de de Türkiye'ye ilişkin 2006 düzenli raporunda bu hakkın yasal olarak tanınmasına ilişkin herhangi bir gelişmenin yapılmadığının altını çizmiştir.

Konferansın sonunda herhangi bir sonuç bildirisi yayınlanmamakla birlikte, katılımcılarının istisnasız üzerinde birleştikleri tek nokta; AB'ye üye olmak isteyen Türkiye'nin geçtiğimiz günlerde bu konuyu

¹⁶ Bkz., *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*, Başvuru. No. 31417/96 ve 32377/96, 27 Eylül 1999 ve *Smith ve Grady v. United Kingdom*, Başvuru. No. 33985/96 ve 33986/96, 27 Eylül 1999.

tartışmaya başlayıp, uluslararası hukukta belirtilen standartlar çerçevesinde bu hakkı tanınması yönündeydi.

Diğer bir görüş birliği ise militarizmin günümüzde sadece savaş dönemlerinde değil barış zamanlarında da hayatımızın en uç noktalarına nüfuz ettiği, militarizmin kullandığı araçlardan birisi olan milliyetçiliğin yükselişe geçtiği bir dünya konjektöründe vicdani ret hakkının sadece askerliğe gitmemenin savaşımı olarak kabul edilmemesi yönündeydi.

Sonuçta, Taha Parla'nın konferansta yaptığı konuşmada da belirttiği gibi vicdani reddin "*topluma, kamuya, insanlığa, insan türünün diğer bireylerine karşı ahlaki ve siyasi bir sorumluluk ve görev*" olduğunun da farkına varmamız gerekmektedir.¹⁷

¹⁷ Konferans konuşmacılarının tebliğlerine ve vicdani ret ile ilgili diğer makaleler için bkz., Özgür Heval Çınar/Coşkun Üsterci (derl.), *Dünyada ve Türkiye'de Vicdani Ret* (İstanbul: İletişim Yayınları) (Yayınlanma sürecinde)

YARGITAY İÇTİHATLARINA GÖRE YABANCI DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Rona AYBAY*

Giriş

Yabancı devletin yargı bağışıklığı “kamusal” anlamdaki “Uluslararası Hukuk” ile “Uluslararası Özel Hukuk”un ortak konularından biridir. Her iki anlamda da, uluslararası hukukun geleneksel kuralları, bir devletin tüzel kişiliğinin başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanamamasını gerektirir. Bu durum, “devletlerin egemen eşitliği” denilen temel varsayımın bir sonucu olarak kabul edilir.¹

Devletlerin yargı bağışıklığı konusunda , ilgili hemen her kitapta anılan ve deyim yerindeyse “klasik” olmuş bir Fransız Yargıtayı kararı vardır: İspanya aleyhine açılmış bir davada² 1849 yılında verilmiş *Cassax* kararı.

Olayda, Fransız Yargıtayı yabancı bir devlet olan İspanya’nın Fransız mahkemeleri önünde yargılanamayacağı sonucuna varmıştır. Kararın gerekçesinde, özetle, şu noktalar belirtilmiştir:

“Devletlerin bağımsızlığı, Uluslararası Hukukun en tanınmış ilkelerinden biridir. Bir devletin , başka bir devletin mahkemeleri önünde yargılanma-

* Prof. Dr., TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı.

¹ Devletin yargı bağışıklığı, öğretide “devletlerin egemen eşitliği” ilkesine dayanılarak savunulmuştur. “Eşitin, eşit üzerinde egemenliği olamaz” ve buna bağlı olarak “eşitin, eşit üzerinde yargı yetkisi olamaz” özdeyişleri yabancı devletin yargı bağışıklığının temeli olarak kabul edilmiştir.

² Olay, İspanya devletinin ordusunun gereksinimi için Fransa’da imalatçılardan satın aldığı postalların bedeli karşılığı olarak verdiği senedin ödenmemesi üzerine, alacaklıların Fransa’daki İspanyol mallarına haciz koydurma girişimi üzerine doğmuştur.

sına, bu ilke engeldir(...)Devletle ilişkiye giren kişi, bunu bilmek durumundadır.”

19. yüzyılın ortalarında verilmiş olan *Casaux* kararında belirtilen bu kesin ve katı tutumun, yaşamın gerçeklerine uymadığı, sonraki gelişmeler karşısında açıkça anlaşılmıştır. Özellikle 20 yüzyılda, devletlerin geleneksel ve sınırlı alanları kapsayan işlevlerine ek olarak, endüstri ve ticaret gibi alanlarda fiilen girişimlerde bulunmaları, yabancı devletin yargı bağıışıklığı konusunun yeniden değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu değerlendirmelerin sonucunda, geleneksel “katı” tutum değişmiş; yabancı devlete her koşulda bağıışıklık tanınmasını gerektiren “kesin bağıışıklık” anlayışına karşı “sınırlı bağıışıklık” kavramı ortaya çıkmıştır.

“Sınırlı bağıışıklık” anlayışı, devletin “devlet” olarak giriştiği işler ve eylemler ile endüstriyel ve ticari alanlardaki etkinlikleri arasındaki ayırma dayanır. “Sınırlı bağıışıklık” anlayışına göre, devlet “egemenlik” yetkisine dayanarak gerçekleşen eylem ve işlemleriyle ilgili olarak yargı bağıışıklığından yaralanmasını sürdürecektir ama “devlet sıfatıyla” değil de, sıradan bir özel hukuk kişisi olarak giriştiği işlerden ve eylemlerinden dolayı yargı bağıışıklığı söz konusu olmayacaktır.³

Türk Hukukunda Durum

MÖHUK Öncesi Dönem

Türk mahkemelerinin ve Yargıtay’ın bu konudaki “geleneksel” tutumu, yabancı devletlere “kesin” bağıışıklık tanımak olmuştur. 1982 yılında “Milletlerarası Özel Hukuk” ve “Usul Hukuku” hakkındaki kanunun⁴ (MÖHUK’nın) yürürlüğe girmesine kadar süren bu tutumun sonucu olarak; yabancı devlet aleyhine açılan davalar, davanın konusu ne olursa olsun, hep reddolunmuştur. Bu dönemde, trafik kazası, taşınmaz kirası, yapıt (eser) sözleşmesi gibi özel hukuk alanına girdiğinde kuşku bulunmayan konulara ilişkin davalarda bile, yabancı devletlere

³ Bu konularda ayrıntı bilgi için bkz., Aybay, R./Dardağan, E., *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, İstanbul Bilgi Üniv. yayını, 2004, s. 85 vd.

⁴ Kanun nu. 2675, kabul t. 20 Mayıs 1982, RG, 22 Mayıs 1982,17701, Osmanlı döneminden kalma EHVK ile HUMK m. 18i ve yabancı ilamların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerinin yürürlüğüne son veren MÖHUK, yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir (m. 47).

tam ve kesin yargı bağımsızlığı tanınmıştır. Örneğin, 1968 yılında verilmiş bir Yargıtay kararında,⁵ aynen şu gerekçe belirtilmiştir:

“Dava, davalı Amerika Birleşik Devletleri ile yapılan istisna aktinden (yapıt sözleşmesinden) doğma bir tazminat isteğinden ibarettir.

Yabancı bir devletin ,Türk mahkemelerinde muhakeme edilmesi, arada sarıh bir anlaşma varsa buna, bu yoksa yabancı devletin sarıh muvafakatına, bu da bulunmadığı takdirde devletler hukuku ilkelerine tabidir(...) Siyasi hakimiyetle sınırlı ve ona ilişkin kaza (yargı) yetkisinin diğer bir devlete teşmili mümkün bulunmadığından, davanın bu yönden reddi, usul ve kanuna ve Devletler Hukuku ilkelerine uygundur.”⁶

1982 yılında MÖHUK'nun yürürlüğe girmesiyle, yabancı devletlere tanınan yargı bağımsızlığı konusu, çağdaş anlayışa uygun, sağlam bir pozitif hukuk temeline oturtulmuştur. MÖHUK'nun, konuya ilişkin hükmü şöyledir:

“Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyumsuzluklarda yargı muafiyeti tanınmaz”

“Bu gibi uyumsuzluklarda yabancı devletin diplomatik temsilciliklerine tebligat yapılabilir” (m. 33).

Görüldüğü gibi, MÖHUK'daki hüküm, çağdaş anlayışa uygun olarak, devletin özel hukuk alanındaki işlemlerini ve eylemlerini, “egemenlik” yetkisine dayanan etkinliklerden ayrı tutmaktadır.

MÖHUK'nun bu hükmü, Yargıtay kararları üzerinde etkisini göstermiş ve Yargıtay yabancı devletlere “kesin bağımsızlık” tanımaktan yana olan geleneksel tutumunu değiştirmiştir. MÖHUK'nun yürürlüğe girmesinden sonra verilmiş olan Yargıtay kararları, yabancı devlete yargı bağımsızlığının tanınacağı ve tanınmayacağı durumları açık ve düzgün bir biçimde ortaya koymuştur.

⁵ Yargıtay Ticaret Dairesi'nin, 16 Şubat 1968 tarihli, E.1966/630,K.1968/921 sayılı kararı. Metin için bkz., *BATİDER*, c. IV, S. 4, s. 756 (derleyen Türk, H. Sami).

⁶ Bu kararın eleştirisi ve bu vesileyle yabancı devletin yargı bağımsızlığı konusunun incelenmesi için bkz., Nomer, Ergin, *Devletlerin Kaza Muafiyeti*, İHFM, c.XXXV, S. 1-4, s.1-24.

Yargıtay'ın MÖHUK Sonrası İçtihatları

Yukarıda belirttiğimiz gibi, MÖHUK'nın yürürlüğe girmesiyle Yargıtay kararlarında yeni bir dönem açılmış; yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınacak durumlar ile tanınmayacak durumlar, MÖHUK m. 33'ün uygulanmasıyla çağdaş anlayışa uygun biçimde ayrılmıştır.⁷ Örneğin, 1989 yılında verilmiş bir kararda, Yargıtay dava konusu olayın niteliğinin, yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmasını gerektirmediğini belirtirken şu gerekçelere dayanmıştır:

"Davacı, iki dairesini ABD konsolosluğu'na kiraladığını, ödenmeyen telefon faturaları ile hor kullanma karşılığı 3.029.280 liranın ödetilmesini istemiştir.

Davalı, Milletlerarası Hukuk ve Viyana Anlaşması'na göre, bir devletin başka bir devlet tarafından yargılanamayacağını öne sürerek davalıya husumet düşmeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece, bir devletin başka bir devlet tarafından yargılanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İddia ve savunmadan anlaşıldığı üzere kira sözleşmesi davacı ile ABD Konsolosluğu arasında kurulmuştur. Konsolosluk, ABD'yi temsil ettiğinden olayda kira ilişkisi davacı ile ABD arasındadır (...) Olayda dayanılan kira sözleşmesi hususi (özel) hukuk işlemidir. Davacı bu sözleşmeye aykırı davranıştan doğan hor kullanma tazminatı ve telefon kullanmadan doğan alacağını istemiştir. Olayın taraflar arasındaki niteliğine göre, davalı devletin olayda yargı muafiyeti bulunmamaktadır."⁸

Yargıtay, 'ın, bu ve benzeri kararlarına karşılık; konunun niteliğinin özel hukuk ilişkisi sayılmayacağı durumlarda yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınması gerektiğini belirten kararları da vardır. Örneğin, Sovyetler Birliği donanmasına bağlı bir geminin, İstanbul yakınındaki Kınalıada açıklarında Türkiye Cumhuriyeti donanmasının bir hücumbotuna çarpması sonucu yaşamlarını yitiren denizcilerin yakınlarının açılan, destekten yoksun kalma tazminatı istemiyle ilgili davada, özetle şu gerekçelerle yargı bağımsızlığı tanınmıştır:

⁷ Bu kararlardan örnekler için bkz., Aybay/Dardağan, 3 sayılı dipnotunda a. g. y., s. 94 vd.

⁸ Yargıtay 13. HD'nin 16 Kasım 1989 tarihli, E.1989/3896,K.1989/6648 sayılı kararı. YKD, 1990, S. 6, s. 882 vd.

“Harp gemilerinin, bayrağını taşıdığı devletin egemenlik simgesi olduğu açıktır. Bu bakımdan harp gemileri de yargı bağıışıklığından yararlanırlar.”⁹ (...)

(MÖHUK'nın 33. maddesinde) “anılan hukuk ilişkilerinden amaç yabancı bir devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı tasarrufların dışında kalan , özel bir kişi gibi hususi hukuk faaliyetinde bulunması, ticari ilişkilere girmesi sonucu doğan uyuşmazlıklardır. Yoksa yabancı bir devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı tasarrufları bu maddenin kapsamı içinde mütalaa etmek mümkün bulunmamaktadır.”¹⁰

Yargıtay, İran-İrak arasında 1980 yılında başlayan savaş sırasında geçen bir olay nedeniyle açılmış olan dava ile ilgili olarak da benzer bir karar vermiştir. 1986 yılında verilmiş olan bu kararda,¹¹ dava konusunu oluşturan olay şöyle özetlenmiştir:

“Davacı, kendilerine ait tankerin, İran'dan ham petrol yükleyip Basra Körfezi'nde seyrederken Irak Devleti'ne ait savaş uçaklarının saldırısına uğradığını ve bu haksız eylemin sonucunda üç denizcinin öldüğünü ve tankerin de hasar gördüğünü ileri sürüp uğradığı maddi ve manevi zararın davalı Irak Arap Cumhuriyeti Devleti'ne ödettilmesini talep ve dava etmiştir.”

Davaya bakan yerel mahkeme “davalı devletin yargılanamayacağı nedeniyle” davayı reddetmiş ve dava temyiz yoluyla Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Yargıtay kararında MÖHUK m. 33'e dayanılarak şöyle denilmiştir:

“Dava konusu olayda davalı devletin savaş uçaklarının saldırısı ile oluşan haksız fiilin, özel hukuk ilişkisi sayılıp sayılamayacağıının tespiti gerekir. Maddi olayın niteliğine göre, harp halindeki devletlerden birinin savaş araçlarının üçüncü bir devletin vatandaşlarına verdiği zararın özel hukuk ilişkisinden doğmadığı, bir hakimiyet tasarrufu bulunduğu açıktır.”¹²

⁹ Daha doğru bir anlatımla, harp gemileri değil, bayrağını taşıdıkları devlet, bu gemilerle ilgili olabilecek davalarda yargı bağıışıklığından yararlanır.

¹⁰ Yargıtay 4 HD'nin 12 Ekim 1987 tarihli, E.1987/7309, K.1987/7373 sayılı kararı, YKD, 1988, S. 1, s.29 vd.

¹¹ Yargıtay 4 HD'nin 17 Mart 1986 tarihli, E.1985/5190, K.1986/2436 sayılı kararı, *Yasa Hukuk Dergisi*, C.9, S. 9, Eylül 1986, s.1271 vd.

¹² Yargıtay'ın kararında, bunun hemen ardından şöyle bir tümceye yer verilmiştir. “Kaldı ki, olay Türk kaza (yargı) hudutları dışında cereyan etmiştir.

Bu yerinde bir anlatım değildir. Haksız eylem nerede işlenmiş olursa olsun, genel hükümler uyarınca kendisine tebligat yapılan ve Türk mahkemesine geçerli bir yetki itirazında bulunmayan her gerçek ve tüzel kişi aleyhine dava açılabilir.

Yargıtay'ın Konuyla İlgili Yeni Bir Kararı

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, Yargıtay MÖHUK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, yabancı devletin yargı bağımsızlığı konusunu, çağdaş anlayışa ve MÖHUK m. 33'e uygun biçimde uygun biçimde işlemiş; özel hukuk alanındaki eylem ve işlemlerle, yabancı devletin "egemenlik" yetkilerine ilişkin durumlar arasındaki ayrımı, kanıma göre, isabetle belirtmiştir.

Ancak, Yargıtay'ın 2006 yılında verilmiş bir kararı,¹³ gerek içeriği ve varılan sonuçlar bakımından gerek olayın basın organlarının ilgisi çeken¹⁴ niteliği açısından ilginç özellikler taşımaktadır. Sözü edilen karar, Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilmiş ve ABD'ye giriş vizesi ile giden davacının (Haluk Gerger) New York¹⁵ Havalimanında ABD görevlilerince gördüğü "muamele" nedeniyle, davalı ABD'nin mamevi tazminat ödemeye mahkum edilmesi kararıdır. Gerçi, Yargıtay'ın bu kararında, konunun özülle ilgili sorunların tartışılması yapılmış değildir. Yargıtay kararı "yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun kararın ONANMASINA" biçiminde sonuca bağlanmış kısa bir karardan ibarettir.

Dolayısıyla, yerel mahkemenin kararında yer alan gerekçelerin ve varılan sonuçların, Yargıtay'ca yerinde bulunulduğunu ve benimsen-

Kanımcıca, "Türk yargı (kaza) hudutları" Özel Hukuk alanında değil, Ceza Hukuku alanında geçerli olabilecek bir kavramdır. Türk Ceza Hukukunda, temel ilke olarak "yersellik" kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ülkesi dışında işlenmiş suçlar, ancak Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği aleyhine yada Türk vatandaşları aleyhine işlenmiş olmaları gibi ayrıksı (istisnai) hallerde (TCK m. 12-13) Türk adli makamlarını ilgilendirir. Nitekim, Türkiye, açık denizde bir Fransız gemisinin çatması sonucunda batan *Bozkurt* adlı Türk gemisiyle ilgili olarak, Fransız kaptanın Türk ceza yargılaması kapsamı içinde olduğunu, 1927 yılında verilen ünlü *Bozkurt-Lotus* davasıyla Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'na kabul ettirmiştir.

¹³ Yargıtay 4 HD, E.2006/718,K.2006/1549.Yargıtay'ın bu kararı Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E.2003/158,K.2004/382 sayılı kararının, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilmiştir. Davayı, davacı Haluk Gerger vekili olarak izleyen Sayın Av. Özlem Şen, isteğimiz üzerine dosyadaki belgelerin fotokopilerini TBB'ne ulaştırmıştır. Sayın meslektaşımıza yardımı için teşekkür ederiz.

¹⁴ Örneğin; "Haluk Gerger ABD'den 1 dolar tazminat aldı" *Radikal*, 20 Şubat 2007; Berat Günçikan, "2 lira 23 kuruş ... Yemesi zevkli olacak!", *Cumhuriyet Dergi*, 11 Mart 2007.

¹⁵ Kararda New York havalimanı denilmiştir; ancak, dosyada Newark adı geçmektedir. Konumuz bakımından durumu değiştirmesi söz konusu olmayan bu hususu belirtmekle yetiniyoruz.

miş olduğunu varsaymak zorunlu olmaktadır. Aşağıda tam metnini bulacağınız kararlar ilgili yorumlar ve çözümlenmeler bu varsayımına dayanmaktadır.

Kararın tam metni şöyledir:

ESAS NO 2003/158
 KARAR NO 2004/382
 HAKİM SUNA TÜRE
 KATİP TÜRKAN ORTAKCI
 DAVACI HALUK GERGER
 VEKİLİ Av. ÖZLEM ŞEN
 DAVALI ABD BÜYÜKELÇİLİĞİ
 VEKİLİ Av. İSMET TEZCAN Atatürk Bul. 95/406
 Kızılay, ANKARA
 DAVA TAZMİNAT
 DAVA TARİHİ 18.2.2003
 KARAR TARİHİ 30.9.2004

Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde yapılan açık yargılama sonunda:

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Davacı adına vekili 18.2.2003 tarihli dava dilekçesinde özetle, davacının ABD Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliği tarafından ve aracılığı ile 4 Nisan 200 tarihinde verilmiş 10 yıl süresi olan vizesi bulunduğunu 1 Ekim 2002 tarihinde ABD New York Havalimanı'ndan eşi ile birlikte ülkeye giriş yapmak istediğinde vizesinin iptal edildiği söylenerek ABD ye girişinin engellendiğini ve Türkiye'ye dönmek zorunda kaldığını, havalimanında bir an önce dönüş yapması konusunda kendisine baskı uygulandığını, bulduğu ilk uçak bileti ile 4 kez aktarma yaparak yurda döndüğünü, gidiş dönüş biletini değiştiremediği ve yeni bir bilet almak durumunda kaldığını 2 Ekim 2002 tarihi itibarıyla 1478 Amerikan doları zarara uğradığını ayrıca 140.000.000 TL yurt dışı harcı ve 100 Amerikan doları vize parasının da zarara dahil edilmek gerektiğini ayrıca davacıya vizesinin iptal edildiğini bildirir bütün gece gözlem altında kalacağı yönünde tehdit ile imzalandığını, 2 saat gözlem altında ayrı bir bölmede tutularak hürriyetinin tehdit edildiği zanlı ve sanık muamelesi yapıldığı polisler tarafından zorla uçağa bindirilmeden suçlu gibi fotoğraflarının çekildiği, parmak izinin alındığı maddi zararın yanında manevi olarak çöküntü yaşadığı sonuç olarak 2.739.805.496 TL maddi zararın ve 1 ABD doları karşılığı 1.647.532. TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini talep etmişlerdir.

Davalı ABD hükümeti kendisini vekille temsil ettirerek davaya cevaplarında haksız filin işlendiği yer itibariyle davaya bakmakta mahkemenin yetkisizliğini, vize işleminin özel hukuk ilişkilerinden doğan bir işlem olmayıp o devletin bir hükümlerlik tasarrufu olduğunu bu sebeple de yargı bağısıklığı bulunduğunu yabancıya giriş vizesi veren ülkenin yine hakimiyet tasarrufu gereği bu vizeyi iptal yetkisinin de bulunduğunu, bunu ilgiliye “davacıya” bildirme taahhüdünde bulunmadığını, kaldı ki, vizesinin iptal edilmiş olduğu davacıya söylendiğinde davacının ABD ne giriş talebinden kendi isteği ile vazgeçip havalimanından hemen ayrıldığını davanın reddi gerektiğini bildirmiştir.

Davacı yan ABD Büyükelçiliği’ne yönelik davalarından vazgeçmişlerdir.

Dava haksız eylem sonucu oluşan maddi ve manevi tazminat istemidir.

Taraf delilleri dosyaya sunulmuş davacı tanığı dinlenmiştir. Davacının vize süresi dolmadan 1 Ekim 2002 tarihinde ABD’ye havalimanından giriş yapmak istediği, yetkililerce ülkeye girişinin engellendiği ihtilafsızdır. Taraflar arasındaki ihtilaf dönüşün davacı isteği ile olduğu, yetki ve yargı bağısıklığı noktasındandır. Tarafların konumu ve sözleşmeler gereği mahkememiz yetkili sayılmıştır.

Yargı bağısıklığı yönünden somut davada yargılanan vize süresi dolmadan ülkeye alınmama husus olmayıp davacının gördüğü muameledir. Bu nedenle davalı tarafın yargı bağısıklığından yararlanamayacağı düşünülmüştür. Dosya(ya) sunulan resmi belgelerden davacıya bu gece gözlem altında kalması halinde ertesi gün mahkemeye çıkarılacağı bildirilmiştir. Davacı bu hususu kabul etmeyerek davalı ülkenin havalimanından dönmüştür. Henüz davalı devlet hükümetinin yasal prosedürü tamamlanmamıştır. Yargılama hususunu kabul etmemekle davacı kendi isteği ile sınır kapısından ayrılmış addedilmiştir. Bu sebeple de maddi tazminat şartları oluşmamıştır.

Manevi tazminat istemine gelince davacı yasal giriş kartı, vizesi ile ilgili ülkeye yurt dışı harcını vize bedelini ödemek kaydı ile gitmiştir. Havalimanında ülke polisince uygulanan muamele gideceği yere gitmeden seyahat hürriyeti engellenerek yeniden ülkesine dönüş manevi yönden kişilik haklarına saldırı kabul edilmiş bu nedenle manevi tazminat isteminin kabulü yolunda aşağıdaki yargıya varılmıştır.

H Ü K Ü M / Yukarıda açıklanan nedenlerle,

Davacının davasının manevi tazminat yönünden kabulü ie 1.647.532.TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı ABD den davacı yararına tahsiline,

Maddi taleplerinin şartları oluşmadığından davanın maddi tazminat talepleri yönünden reddine,

ABD Büyükelçiliği yönünden davadan vazgeçilmiş olmakla bu davaya yönelik davanın bu sebeple reddine,

Alınması gerekli 10.000.000.TL harcın peşin alınan harçtan mahsubu ile fazlaya ait 26.909.615 TL harcın talep halinde davacı tarafa iadesine,

Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin kabul ve reddedilen miktarlar nazara alınarak uhdesinde bırakılmasına,

Avukatlık asgari ücret tarifesi gereğince 3000.000.TL maktu vekalet ücretinin davalı Amerika Birleşik Devletlerinden alınarak davacıya verilmesine, reddedilen miktar üzerinden 300.000.000.TL maktu ücretin de davacıdan alınarak davalı Amerika Birleşik Devletlerine verilmesine,

Dair, taraf vekillerinin yüzünde yasa yolu açık olmak üzere açıkça okundu.

30.9.2004

Katip

Hakim 25163

Dava Konusunu Oluşturan Çekişmeli Noktalar:

Kararda dava konusunu oluşturan çekişmeli noktalar şöyle belirtilmiştir:

“Taraflar arasındaki ihtilaf dönüşün davacı isteği ile olduğu, yetki ve yargı bağımsızlığı noktasındandır. Tarafların konumu ve sözleşmeler gereği mahkememiz yetkili sayılmıştır.”

Bu noktaların şunlar olduğu anlaşılmaktadır:

- i. Ankara Asliye Mahkemesi'nin davayı görmeye yetkili olup olmadığı;
- ii. Davalının (ABD'nin) yargı bağımsızlığından yararlanıp yararlanamayacağı;
- iii. Davacının, ABD'deki havalimanından dönüşünün, kendi isteğiyle olup olmadığı.

Bu noktalar konusundaki saptamalarımız ve değerlendirmelerimiz aşağıdadır:

a. Ankara Asliye Mahkemesi'nin

Davada Yetkili Olup Olmadığı Sorunu

Kararda bu konuyla ilgili olarak şu tümce yer almıştır: “Tarafların konumu ve sözleşmeler gereği mahkememiz yetkili sayılmıştır.” Kararda, “Tarafların konumu ve sözleşmeler gereği mahkememiz yetkili sayılmıştır.” Kararda, “Tarafların konumu ve sözleşmeler gereği mahkememiz yetkili sayılmıştır.” Kararda, “Tarafların konumu ve sözleşmeler gereği mahkememiz yetkili sayılmıştır.”

ların konumu" ve "sözleşmeler" deyimleri ile nelerin kastedildiğini gösteren bir açıklama yoktur.

MÖHUK'a göre, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder" (m. 27). Davalı durumdaki ABD Büyükelçiliği'nin, doğal olarak, Ankara'da bulunması gerçeği karşısında, davanın Ankara mahkemesinde görülmesini de doğal kabul etmek gerekir.

Mahkemenin yetkisi açısından yapılacak değerlendirmede, dava konusunu oluşturan olayların Türkiye dışında (ABD) geçmiş olmasının önemi yoktur.¹⁶ Ancak, "haksız fiil" olarak nitelenen olayın gerçekleştiği yer, haksız fiilin saptanmasına ve sonuçlarının belirlenmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından önem taşır (Aşağıda, "Sonuç" bölümünde bu sorunla ilgili açıklamaları vereceğiz).

b. Davalının (ABD'nin) Yargı Bağımsızlığından Yararlanıp Yaralanamayacağı;

Kararda, konuyla ilgili olarak şöyle denilmiştir: "Yargı bağımsızlığı yönünden somut davada yargılanan vize süresi dolmadan ülkeye alınmama hususu olmayıp davacının gördüğü muameledir."

Bu anlatımdan, mahkemenin "vize" sorununu (verilmiş vizeye güvenerek, vize süresi içinde gittiği ABD'de, havalimanından ülkeye girmesine, ABD yetkililerince izin verilmemesi ile ilgili konuları), yargı bağımsızlığı kapsamında gördüğü anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, vizesinin geri alınması işleminin uygulanışı ve ABD'ye girişinin devlet yetkililerince engellenişi sırasında davacıya uygulanan "muamele"nin mahkemece, bir "haksız (eylem) fiil" olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme, bu haksız eylemin sonuçlarını, maddi ve manevi tazminat koşulları açısından araştırmıştır.

Mahkemenin bulgularına göre, olayda maddi tazminat koşulları oluşmamıştır. Kararda bu konuyu açıklayan tümceler şunlardır: "Dosya(ya) sunulan resmi belgelerden (anlaşıldığına göre) davacıya bu gece gözlem altında kalması halinde ertesi gün mahkemeye çıkarılacağı bildirilmiştir. Davacı bu hususu kabul etmeyerek davalı ülkenin havalimanından dönmüştür. Henüz davalı devlet hükümetinin yasal prosedürü tamamlanmamıştır. Yargılama hususunu kabul etmeyerek davacı kendi isteği ile sınır kapısından ayrılmış addedilmiştir."

Mahkeme, davacının sembolik olarak 1 ABD doları tutarındaki manevi

¹⁶ "Türk mahkemelerinin yargı alanı" denilen kavram için bkz., yukarıda 12. dipnot.

tazminat istemini ise, aşağıdaki gerekçelerle, kabul etmiştir:

“Manevi tazminat istemine gelince, davacı yasal giriş kartı, vizesi ile ilgili ülkeye yurt dışı harcını vize bedelini ödemek kaydı ile gitmiştir. Havalimanında ülke polisince uygulanan muamele gideceği yere gitmeden seyahat hürriyeti engellenerek yeniden ülkesine dönüş manevi yönden kişilik haklarına saldırı kabul edilmiş bu nedenle manevi tazminat isteminin kabulü yolunda aşağıdaki yargıya varılmıştır.”

Böylece, davacının uçak bileti için ödediği para, ABD Konsolosluluğu’na ödediği vize harcı ve Türkiye’den çıkış ödemek zorunda olduğu çıkış harcıyla ilgili istemleri reddolunmuş; buna karşılık, sembolik nitelikteki manevi tazminat istemi kabul edilmiş olmaktadır.

c. Davacının, ABD’deki Havalimanından Dönüşünün Kendi İsteğiyle Olup Olmadığı

Mahkeme, bu konuyu davacı lehine maddi tazminata hükmedilmesi açısından değerlendirmiş ve yukarıda da belirttiğimiz gibi davacının, “henüz davalı devlet hükümetinin yasal prosedürü tamamlanmadan” kendisine tanınan “yargılama hususunu kabul etmeyerek davacı (mahkemece) kendi isteğiyle sınır kapısından ayrılmış addedilmiştir.”

Kararda bu konuyla ilgili olarak yapılan değerlendirmelerin amacı, aynı maddi olgular nedeniyle manevi tazminata hükmedilirken maddi tazminata hükmedilmemiş olmasını açıklama amacına yönelik görünmektedir.

SONUÇ

Bu kararlar ilgili olarak, aşağıdaki hususların üzerinde düşünülmesi, kanımızca, gerekli ve yararlıdır:

Karar metninde göndermede bulunulmuş hiçbir pozitif hukuk kuralı olmadığı için, Mahkemenin gerekçelerinin değerlendirilmesi çok güç olmaktadır. Hükmedilen manevi tazminatın, hangi pozitif temele (kanun hükmüne) dayandığı belli değildir. Bu nedenle, ancak tahminlere dayanan bazı değerlendirmeler yapabiliriz.

Yabancılık ögesi içeren davalarda, mahkemenin inceleyip, karara bağlaması gereken en temel sorunlardan biri, “uygulanacak hukuk”un saptanmasıdır. MÖHUK’a göre, haksız eylemlerden (fiillerden) doğan borçlarda temel ilke, haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasıdır (m. 25). Haksız eylemin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, ise zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır (m. 25/2). Son bir olasılık da, “daha yakın irtibatlı” ülke hukukunun uygulanmasıdır (m. 25/3).

MÖHUK'taki bu düzenleme karşısında , uygulanması olası olan hukuk ya haksız eylemim işlendiği yer hukuku (ABD hukuku) yada (MÖHUK m. 25/2 ve 3 uyarınca) Türk hukuku olmalıdır. Kararda bu konulara hiç değinilmediği için, mahkemece hükmün hangi hukuk uygulanarak verildiğine ilişkin bir belirti yoktur.

Bu gibi durumlarda maddi ya da manevi zarar iddialarında bulunulması doğaldır. Önemli olan nokta, zarara yol açtığı ileri sürülen olayların temelindeki ilişkinin hukuksal niteliğinin belirlenmesidir. Bu konu, davacının yargı bağımsızlığından yararlanması açısından önemli olduğu kadar davanın dinlenir bulunması halinde hükmedilecek tazminatın dayandırılacağı pozitif hukuk temelini saptanması açısından da önemlidir.

Yargılamayı yapan Ankara Mahkemesi'nin, olayın içerdiği yabancılik ögesini (dava konusunu oluşturan olayların yabancı bir devletin ülkesinde yaşanmış olması; "haksız eylem"i yapanların yabancı bir devletin görevlileri olmasını) ve MÖHUK'nun ilgili hükmünü dikkate alan bir çözümleme yapmak gereğini göz ardı ederek, doğrudan doğruya Türk hukukunun genel hükümlerini uyguladığı varsayılabilir. Ancak, bu durumda da, mahkemece manevi tazminatı gerektiren haksız eylem oluşturduğu kabul edilen "muamele"nin, yabancı devletin kamu görevlisi durumundaki kişilerce yapıldığı gerçeği karşısında, sorunun bir kamu hukuku sorunu mu; yoksa bir özel hukuk sorunu mu olduğunun tartışılması beklenirdi.

Kanımca, bu kararlar ilgili olarak üzerinde düşünülmesi gereken bir başka önemli nokta da şudur:

Türkiye'ye gelen bir yabancı, Türk sınır (giriş) kapılarında benzer bir "muamele" ile karşılaşır ve kendi ülkesi mahkemesinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine bu konuyla ilgili bir tazminat davası açarsa, Türkiye'nin tavrı ne olacaktır? Karşı taraf, yabancı mahkeme önündeki davada emsal olarak Ankara mahkemesinin kararına dayanırsa Türkiye'nin savunması hangi temele dayanacaktır?

Yabancı mahkemeden alınacak böyle bir kararın MÖHUK m. 34 vd. uyarınca tenfizi istemiyle Türk mahkemesine başvurulursa nasıl bir karar verilecektir? Böyle bir yabancı ilam Türkiye'de tenfiz olunabilecek midir?

Kanımca, Yargıtay'ın MÖHUK'nun yürürlüğe girmesinden sonra yabancı devletin yargı bağımsızlığı konusunda geliştirdiği; "egemenlik" kavramına dayanan eylemler ve işlemlerle, devletin özel hukuk alanındaki eylem ve işlemleri arasındaki ayrımı incelikle işlediği kararlarıyla oluşturduğu içtihatlar, çağdaş hukuka uygundur. Bu içtihatlardan ayrılmayı haklı gösterecek çok önemli nedenler ortaya çıkmadıkça ve kararlar güçlü gerekçelerle desteklenmedikçe bu içtihatların izlenmesi uygun olur.

“MÜDAFİ TAYİNİ” - III*

İ. Güneş GÜRSELER**

Demokrasimizin gideremediğimiz eksikleri gerçek hukuk devletini oluşturmamızı engelledi. Gerçek hukuk devleti oluşmayınca da bağımsız yargıyı ve onun içinde bağımsız savunmayı kurumlaştıramadık.

“Kurumlaşmamış bağımsız savunma” ise hukuk eğitiminden başlayarak, mesleğe girişten sosyal güvenliğe kadar her alanda çok önemli sorunları yaşamayı ifade ediyor. Sorunların tek tek çözümünü de kolay değil.

Savunmanın ceza yargılaması içindeki sorunları da bunlardan. Ceza yargılaması içinde savunma görevini yaparken; adli kolluğun oluşturulmaması, “silahların eşitliği”, kuralının uygulamaya sokulmaması, çapraz sorguyu işlevli hale getirecek olan duruşma tutanaklarının steno ile tutulmasının sağlanamaması, müdafisiz soruşturma ve kovuşturma yapılmaması, zorunlu müdafiliğin genel kural olamaması gibi sorunları yaşıyoruz.

Müdafisiz soruşturma ve kovuşturma yapılmamasını işkencenin önlenbilmesinin koşulu olarak değerlendirince “zorunlu müdafilik” ile “müdafî tayini” birbirine karıştı ve on beş yıllık uygulama kimsenin memnun olmadığı bir sonucu ortaya çıkardı.

Çözüm umudu ile hazırlanan 5560 sayılı Yasa da CMK'nın müdafî/vekil görevlendirilmesine ilişkin hükümleri ile çözüm yerine yeni sorunlar getirdi.

* I. *Yasa Hukuk Dergisi*, Temmuz 1991; II. “Bedava Ceza Avukatlığı” başlıklı makale www.barobirlik.org.tr adresinde yayımlanmıştır.

** Av., Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri.

Örneğin;

CMK'nın 150/3 maddesindeki istem aranmaksızın müdafî görevlendirilmesini gerektiren (zorunlu müdafîlik) suçları, alt sınırını beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar olarak sınırlayan ve 4. fıkrası ile de yönetmelik çıkarma yetkisini Türkiye Barolar Birliği'nden alan bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen "*adil yargılanma ve savunma hakkı*" anlayışından geri gidüş olarak niteleneceği gibi Avrupa Birliği Komisyonu'nun bütün İstisari Raporlarında getirilen barolar ve Türkiye Barolar Birliği üzerindeki Adalet Bakanlığı vesayeti eleştirisini bir kez daha gündeme getirecektir.

CMK Yürürlük Yasası'nın 13. maddesinde yapılan değişiklikler ile;

- Görevlendirilen müdafî ve vekile ödenecek ücretin tarifelerini hazırlama yetkisinin Türkiye Barolar Birliği'nden alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıklarına verilmiş,

- Bu ücret yargılama giderlerinden sayılmış,

- Ücretlerin doğrudan Adalet Bakanlığı tarafından avukatlara ödenerek, Türkiye Barolar Birliği'nin devreden çıkarılmış,

yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin esasları belirlemek üzere yönetmelik hazırlama görev ve yetkisi Türkiye Barolar Birliği'nden alınarak Adalet Bakanlığı'na verilmiştir.

Bu maddeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen "*adil yargılanma ve savunma hakkı*" anlayışından geri gidüş olarak niteleneceği gibi Avrupa Birliği Komisyonu'nun bütün İstisari Raporlarında getirilen barolar ve Türkiye Barolar Birliği üzerindeki Adalet Bakanlığı vesayeti eleştirisini bir kez daha gündeme getirecek, mali durumu elvermeyenler için tayin edilen müdafî ücretinin yargılama gideri içine sokularak geri alınması başlı başına amaca aykırılık oluşturacaktır.

Yasa, avukatı atayacak olan baroların avukata ücret ödenmesinde devre dışı kalması esasını benimsemiştir. Bu sisteme göre; avukatı barolar atayacak ve görevlendirecek, ancak ücretini soruşturma ve kovuşturma organları ödeyecektir. Bu durum avukatın bu kurumlar nezdindeki bağımsızlığını en azından görünüşte zedeleyecektir.

Avukatın yaptığı işle ilgili olarak denetimi ücreti ödeyecek kurumlara geçebilecek uygulamada bilirkişilere ücret ödenmesine benzer sorunlar doğacak, zaman içerisinde, avukatın işi zamanında ve tam yapmadığı için ücretini ödememe gibi uygulamalarla karşılaşılacaktır.

Bu düzenlemeler avukatların meslek örgütü olan baroları devre dışı bırakan, avukatın ve savunmanın bağımsızlığını zedeleyen hükümler içermektedir.

Baroları avukat atanmasını takip eden bürokratik bir makam haline getiren bu düzenleme zaman içerisinde atanan avukatların meslek kuruluşundan kopması ve yargı makamları nezdinde görev yapan avukatlar grubu oluşturulması sonucuna gidecektir. Bir nevi “*Hazine avukatlığına*” benzer uygulama ile mahkemelere veya savcılığa bağlı “*CMK avukatlığı*” kurumu oluşturacaktır. Bu koşullarda yapılan savunma ne kadar bağımsız sayılabilecektir.

Bütün bu eleştiriler her aşamada Türkiye Barolar Birliği tarafından dile getirilmiş ancak ne yazık ki uygulamanın tarafları olarak ortak zeminde buluşulamamış iş icra mahkemelerinde müdafî tayini gerekliliğine kadar gelmiştir.

Bu yazımda, bütün bunlardan ayrı olarak “*müdafî tayini*” ve “*adli yardım*” kavramlarından yola çıkarak sorunu irdeleyeceğim, *Yasa Hukuk Dergisi*’nin 1996 Temmuz sayısında yayımlanan “*Müdafî Tayini*” başlıklı makalem ve 2005 yılı Eylül ayında yazdığım daha sonra da Türkiye Barolar Birliği’nin çeşitli yayınları içinde yer alan, kısa başlığı “*Bedava Ceza Avukatlığı*” olan makalemdeki bazı tespitlerim ışığında gelinen durumun bir değerlendirmesini yaparak önerilerimi belirteceğim.

1. “MÜDAFİ TAYİNİ”, “İSTEĞE BAĞLI MÜDAFİLİK” VE “ZORUNLU MÜDAFİLİK” BİRBİRİNE KARIŞTIRILDI

Önceki yazılarımda belirttiğim gibi 1992 yılında CMK 150. maddenin birinci fıkrasında yapılan düzenleme ile sanığa, soruşturma ve kovuşturmanın tüm aşamalarında seçtiği avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı getirilmiştir. Avukat seçebilecek durumda olmadığını bildirene de avukat isteme hakkı tanınmıştır. Genel kural budur.

Medeni Yargıda temel hedef de bu kural kapsamında avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesidir. Tartışılmakta olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı bu alanda başlangıç sayılabilecek düzenlemeler içermektedir.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 3. Fıkrasının a, b ve c bendleri;

“ 6/3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;”

Sanığa avukatına ulaşma, onun yardımına başvurma ve tüm savunmalarını avukatı ile birlikte yapabilme olanağı tanınmalıdır.

Burada sanığın kişiliğinden, eyleminin türünden, suçunun niteliğinden, istenilen ceza miktarından kaynaklanan bir sınırlama yoktur. Yeter ki sanık, bir avukatın yardımına başvursun.

Sanık, bir avukatın hukuki yardımından yararlanmak istediğini ancak “seçebilecek” durumda olmadığını beyan ederse ne yapılacaktır? Bu sorunun yanıtı öncelikle AİHS'nin yukarıda belirttiğim 6/3-c maddesinin; eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; hükmü vermektedir. Görüldüğü gibi tek koşul maddi durumun uygun olmasıdır. Bir suçlama karşısında kalan herkes derhal bir avukatın yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Eylemin, suçun, cezanın niteliği ilgili bir sınırlama yoktur. Maddi durumun uygun olmaması nedeni ile bu hakkını kullanamayan için devlet avukat temin edecektir. Avukat teminini ise baro “adli yardım” kurallarını işleterek maddi durum araştırması yaparak gerçekleştirecek ve maddi durumu avukat seçebilecek yeterlikte olmayanlar için müdafî görevlendirmesi yapacaktır. Burada

yapılan, “isteğe bağlı müdafilik” kavramı içinde “adli yardım” kuralları kapsamında müdafî görevlendirilmesidir.

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 14. maddesinin 3. fıkrasının d bendi de bu doğrultuda düzenleme içermektedir;

“d) Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme;”

Görüldüğü gibi uluslararası sözleşmeler uyarınca bir suçla itham edilen herkes, parasal olanakları elvermiyorsa, ücretsiz olarak müdafî edinmek hakkına sahiptir. Bu hak adil yargılanma hakkı kapsamı içerisinde, temel hak ve özgürlükler çerçevesinde korunmaktadır.

Yaşanılan ve sistemi tıkanma noktasına getiren ilk yanlış bu aşamada yapılmış, soruşturma ve kovuşturma makamları, 150. maddenin birinci fıkrasındaki “avukat seçme” olanağını tanımadan “avukat istiyor musun?” sorusu ile yetinip olumlu cevap aldıklarında doğrudan “zorunlu müdafilik” kapsamında barodan görevlendirme istemişlerdir.

Bu uygulama yanlıştır.

Çünkü;

- Maddi durumu seçtiği avukatın ücretini ödeyebilecek durumda olanlara da ücretini devletin ödediği avukat sağlanmıştır.

- Hakkındaki suçlama “zorunlu müdafilik” kapsamında olmayanlar için de zorunlu müdafilik kuralları işletilmiştir.

- Adli yardım uygulaması yapılırsa, görevlendirilen avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki ücret ödenecek iken CMK Ücret Tarifesi’ne göre düşük ücret ödenmiştir

Bu tablo karşısında öncelikle “müdafî tayini” ile “zorunlu müdafilik” arasındaki ayırımın üzerinde durmak gerekir.

Bu iki kavramın ifade ettikleri aynı şeyler değildir.

-“Müdafî tayini”, soruşturma ve kovuşturma makamlarının kendilerine yapılan müdafî isteğini baro başkanlığına bildirmeleri üzerine baro tarafından yapılan görevlendirmeyi ifade etmektedir.

-“Zorunlu müdafilik”, genel ifadesi ile soruşturma ya da kovuşturma makamları karşısına çıkarılan kişinin avukatı olmadan ifadesinin alınamayacağı ve yargılanamayacağı anlamındadır. Kişinin isteği önemli değildir. Her durumda avukatını bulundurması gerekmektedir. Maddi durumu buna engel ise adli yardımdan yararlanacaktır. Bu kavramın uygulanmasında ülkelere göre farklılıklar görülmekte, kişiye, suça ya da cezaya göre müdafi zorunluluğu olmadan soruşturma ya da kovuşturma sürdürülebilmektedir.

-“Zorunlu müdafilik” sisteminin hedefi “herhangi” bir müdafiin tayinini sağlamak değildir. Amaç soruşturma ve kovuşturma sırasında kişinin bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılmasıdır. Bu avukat nasıl belirlenecektir? Asıl olan kişinin kendi avukatını vekaletini verip, ücretini ödeyerek seçmesidir. Kişinin bu gücü yoksa işte bu durumda “müdafî tayini” gündeme gelmeli kişinin kendisinin seçemediği avukatı baro adli yardım kapsamında görevlendirmeli ve ücretini ödemelidir.

2. “ZORUNLU MÜDAFİLİK” GÖREVİNİN HER TALEP EDEN İÇİN “MÜDAFİ TAYİNİ” YOLUYLA GÖREVLENDİRİLEN AVUKATLAR TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMESİNİN SAKINCALARI

Sayıları otuzu bulan hukuk fakültesinin yıllık ortalama dokuz bin mezunun avukatlık mesleğine girişte herhangi bir eleme ile karşılaşmamasının yarattığı sayısal sorun başka yazılarımda da belirttiğim gibi mesleğimizin en güncel ve önemli sorunudur ve bizim dışımızda hiçbir ülke mesleğe girişteki kolaylıktan kaynaklanan böyle bir sorun yaşamamaktadır.

Bu soruna bir de birlikte yaşama ve çalışma kültürü gelişmemiş bir toplum olmamız ve Avukatlık Yasası'nın mesleğin birlikte icrasını özendirici kurallar içermemesi eklenince mesleğe başlayan meslektaşlarımız, kendi bürolarını açarak bağımsız çalışmak, “ücretli avukat” olarak çalışmak ya da bir büroyu birkaç meslektaşla birlikte adres gösterip ayrı çalışmak gibi yolları seçmişlerdir. Bu meslektaşlarımızın çoğunu da ayakta tutan müdafi tayinlerinden aldıkları ücret olmuştur. Böylelikle sayıları 20.000'i bulan ve “cumuk avukatı” olarak anılan

uygulama oluşmuş, daha çok görevlendirme ve daha yüksek ücret talepleri ortaya çıkmıştır.

Oysa ne daha fazla görevlendirme ve ne de daha fazla ücret mesleğimizle bağdaşabilen bir talep ve uygulama değildir.

Bu talepler bizi her avukatın baro tarafından CMK kapsamında görevlendirilme sırasını beklediği, ceza davalarında doğrudan kişiden vekalet alınma olanağı kalmayan, tümünde baro tarafından görevlendirilmiş avukatların görev yaptığı ve ücretini de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre devletten aldığı bir sisteme götürmektedir.

Böyle bir uygulamanın avukatlık mesleği ile ve mesleğin bağımsızlığı ile bağdaşması düşünülemez.

I. Avukat devletten de iş sahibinden de bağımsızdır.

ii. Avukatın en temel hakkı işi red özgürlüğüdür.

iii. Avukatın bağımsızlığının temel koşullarından biri de ücretinin avukatlık yasası kapsamında özgürce belirlenmesidir.

Avukatlık Yasası 37. maddesi "*Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedilebilir.*" düzenlemesi ile iş red hakkını tanımakta, 38. maddesi ile de avukatın kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varması durumunda işi red zorunluluğu getirmektedir.

Nitekim, istisna olması gerekir iken müdafî tayinin asıl kural haline gelmesi sonunda müdafî/vekil ücretlerinin ödenmesinde yaşanan sıkıntı avukatlar ve barolar ile "*iş sahibi*" olarak devleti karşı karşıya getirmiş mesleğin saygınlığı ile bağdaşmayan sıkıntılar yaşanmıştır.

Ne yazık ki bu aşamada yaşanan tartışmalarda yanlışlıkları dile getirdiğimizde; "*Size ne, madem devlet görevlendiriyor, kaynağını da bulsun, genç avukatlara iş lazım, sen ceza baronlarını savunuyorsun. Ücretler yükseltilsin, her isteyene avukat verilsin. Her isteyene avukat görevlendirilmesi adil yargılanma hakkı gereğidir.*" yanıtları alınmış ve zorunlu müdafîlik sistemini "*ceza avukatlarının*" iş almasını engelleyen ve daraltılması gereken bir uygulama olarak ele alıp bu yolda öneriler geliştirme suçlaması ile karşılaşmıştır.

3. HER İSTEYENE ÜCRETİNİ DEVLETİN ÖDEDİĞİ MÜDAFİİN GÖREVLENDİRİLMESİ ADİL YARGILANMA HAKKININ GEREĞİ MİDİR?

Belirtmeğe çalıştığım gibi temel isteğimiz usul yasalarımızda hukuk ve ceza yargılamasının avukat olmadan sürdürülemeyeceğini sağlayan bir düzenlemenin yapılmasıdır. Bu düzenlemenin esasını da örneğin Avrupa ülkelerinin büyük bir bölümünde olduğu gibi herkesin avukatının ücretini ödemesi buna gücü olmayanların da adli yardımdan yararlandırılması oluşturmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerindeki uygulamalar Avrupa Konseyi'nin internet sitesinde ayrıntılı olarak belirtilmektedir. (http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation_of_justice/access_to...)

Bu temel görüşümü dile getirdiğimizde, "AİHS 6. maddesinin 1950 yılında yazıldığı aradan geçen sürede anlayışın geliştiği ve değiştiği, AİHM de her isteyene müdafî tayin edilmesi gerektiği yolunda karar verdiği, devletin bu ücretleri karşılamak zorunda olduğu" şeklinde yanıtlar aldım.

Oysa, AİHM'nin her isteyene avukat verilmesi gibi bir uygulaması yoktur. "Sanığın akçalı olanaklarının yetersizliği, mutlak yoksulluk olarak algılanmamaktadır. Yargılandığı dava için geçerli olan avukatlık ücretinin ödenmesi kendisinin ve ailesinin yaşam koşullarında önemli gerilemelere neden olarsa, bu durum ekonomik yetersizlik olarak değerlendirilebilmektedir." (Güney Dinç, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBB Yayını, Ankara Mayıs 2006, s. 311-312) Avrupa Konseyi'nin "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler" isimli yayınında (Gilles Dutertre, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg Kasım 2003, s. 267-268) "Devlet tarafından avukat yardımı" başlığı ile söz konusu maddenin açıklaması yapılırken örnek olarak Kamasinski-Avusturya, Quaranta-İsviçre, Biba-Yunanistan davaları örnek alınmıştır.

Her üç kararda öne çıkan;

- Savunma avukatı adli yardım yoluyla tayin edilmektedir.
- Avukatlık mesleğinin devletten bağımsızlığı dolayısıyla, avukat ister bir adli yardım programı çerçevesinde atanmış olsun, ister kişisel olarak tayin edilmiş olsun, savunmanın yürütülmesi esas olarak sanık ile avukatı arasında bir meseledir.
- Yetkili ulusal merciler ancak adli yardım yoluyla tayin edilmiş avukatın bu işi yapamadığı açıkça belliyse veya başkaca bir yoldan

dikkatleri yeterince çekildiyse müdahale etmek yükümlülüğü altındadır.

- Adaletin selametinin başvurucunun parasız avukat yardımından yararlanmasını gerektirip gerektirmediğini saptamak için; isnat edilen suçun ciddiyetine, çarptırılabilceği cezanın ağırlığına ve davanın karmaşıklık derecesine bakılmalıdır.

Görüldüğü gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de müdafii tayininde adli yardım kurallarının uygulanması ancak adli yardımdan yararlanabilmek için “mutlak yoksulluk” durumunun aranmaması gerektiği görüşündedir. Bu takdiri de baro yapacaktır.

Benzer değerlendirmeyi Danıştay da yapmıştır. CMK Avukatlık Ücret Tarifesi'nin iptali isteği ile açılan davada Danıştay 8. Dairesi 13.6.2007 tarih 2005/4967E 2007/3699 sayılı kararında, avukatlık asgari ücret tarifesinden ayrı bir tarifenin düzenlenmesinin yasaya aykırı olmadığına karar verirken yapılan hizmeti adli yardım kapsamında değerlendirmiş ve “Esasen, adli yardımın amacı, maddi olanakları sınırlı olan kişilere avukatın hukuksal yardımını sağlayarak yargısal koruma altına almak olduğundan, bu haliyle kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı gözetilerek düzenlenip yayımlanan dava konusu Tarifede, mesleğin kamu hizmeti niteliğinin ağır bastığı da göz ardı edilemez.” gerekçesi belirtilmiştir.

AVUKATLIK VE İNSAN HAKLARI SAVUNUCULUĞU

Her isteyene ücretini devletin karşılayacağı avukat görevlendirmenin insan haklarının gereği olduğu yolundaki anlayışın avukatlık mesleği, avukatın bağımsızlığı ve de özellikle mesleğin çıkarlarına aykırı olduğuna inanıyorum.

Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi; “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder”. düzenlemesini içermekte ve 2. maddesi de avukatlığın amacını; “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. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.” şeklinde tanımlamaktadır.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği'nin görevleri belirtilirken, "Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak," tanımlaması yapılmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın bu düzenlemeleri avukatın;

- bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden
- serbest bir mesleği icra ederken
- kamu hizmeti yaptığını kabul etmektedir.

Kamu hizmetini ancak bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden, serbest bir mesleği icra ederek yerine getirebiliriz. İnsan hakları savunuculuğumuz da işte bu anlamdaki "*kamu hizmeti*" anlayışımızın içinde gerçekleştirilecektir. "*Kamu hizmeti*"nin bu iki önemli özelliğimiz olmadan yerine getirilmesi bizi "*memur avukat*", "*devlet avukatı*" gibi kavramlara götürür.

Parası olmayanın savunma hakkı olmayacak mıdır? Olacaktır ve onun savunulmasının karşılığını Devlet ödeyecektir. Parası olan ise savunma hakkını gene avukatlığın kamu hizmeti kuralları içinde belirlenen avukatlık ücretini ödeyerek serbestçe seçeceği avukatı aracılığı ile kullanacaktır.

Çünkü ücreti avukatın bağımsızlığının temel koşuludur.

AVUKATLIK ÜCRETİNİN AVUKATIN BAĞIMSIZLIĞI İLE İLİŞKİSİ

Avukatlığın amacı, hukuki ilişkilerin düzenlenmesine, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organlarına, resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. Bu nedenle avukat üzerine aldığı işin yapılmasında ne müvekkilin buyruğu altında ne de yalnız onun çıkarları ve yararları peşindedir. Kamu görevi yapmaktadır. Avukat sadece müvekkiline karşı değil, devlete karşı ve hatta topluma karşı da bağımsız olmalıdır. Çünkü avukatın aynı zamanda hem hukuka hem de müvekkilin çıkarlarına hizmet edebilmesi gerçek anlamda bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olur.

Vekil eden, vekalet ücreti ödemiş olmasına dayanarak avukata her istediğini yaptırılmaz. Ücret ödemiş olmak avukatın bağımsızlığına gölge düşüremez. Avukat bir işin yapılmasını üzerine almakla vekil

edeninin emri altına girmiş olmaz. Vekalet ücreti herhangi bir malın değeri gibi düşünülemez. Bu nedenle vekalet ücreti Avukatlık Yasası ile Meslek Kuralları'nda önemle ve öncelikle düzenlenmiş, ayrı bir tarifeye bağlanmıştır.

Ücretin mesleğin bağımsızlığı ile olan ilgisi bu kadar açık iken ve Avukatlık Yasası kuralları kapsamında serbestçe belirlenmesi gereken avukat ücretinden vazgeçerek istisnayı ana kural haline getirecek şekilde ücretini devletin belirleyip ödediği ceza davasında müdafilik ya da vekillik ne kadar bağımsızca insan hakları savunuculuğuna olanak tanır?

Bu sorunun yanıtını sakince tartışıp başka ülkelerin de uygulamalarını değerlendirerek mesleğimizin özüne uygun bir "müdafî tayini" sistemi oluşturmamız gerekir.

Genç Avukatlar Derneği'nin 10.7.2007 tarihli Basın Açıklamasında önerdiği gibi; "Avukatlık ücretini karşılayamayacak durumda olan her şüpheli veya sanığa müdafî atanmalıdır."

Bu konuda önerilerim:

1. CMK 150. maddesinin üçüncü fıkrası 5560 sayılı yasa'dan önceki düzenlemeye döndürülmeli yani "alt sınır beş yıl" yerine "üst sınır beş yıl" düzenlemesi yapılmalı ve dördüncü fıkra yürürlükten kaldırılmalıdır.

2. Şikayetçi, mağdur, katılan, şüpheli veya sanık konumunda olanların soruşturma ve kovuşturmada öncelikle kendi avukatlarını seçip görevlendirmelerine ilişkin yasa hükümlerinin uygulanması sağlanmalıdır.

3. 5320 sayılı cmk yürürlük kanununun 13. maddesindeki kaynaktan sadece soruşturma aşamasında görevlendirilen müdafî ve vekilin ücreti ile kovuşturma aşamasında cmk 150/2., 204. (duruşmadan çıkarılan sanığın müdafîi yoksa), 234/2., 239/2., 247/4 (kaçak sanığı müdafîi yoksa) kapsamında görevlendirilen müdafî/vekil ücreti karşılanmalıdır.

4. Soruşturma aşamasında görevlendirilen müdafî ve vekilin görevi soruşturmanın tamamlanması ile sona ermelidir ve bu nedenle de soruşturma aşamasında görevlendirilen müdafî ve vekilin ismi iddianamede yer almamalıdır. iddianamede sadece şüphelinin mağdurun

ya da suçtan zarar görenin kendisinin görevlendirdiği avukatın ismi yer almalıdır.

5. Maddi durumu uygun olmadığı saptananlara kovuşturma aşamasında “adli yardım” hükümleri kapsamında vekil/müdafi görevlendirilmesi yapılarak ücreti adli yardım kaynağından ödenmelidir.

6. Adli yardım isteği baro tarafından kabul edilmeyenlerin kovuşturmaları müdafi/vekildevam edebilmelidir.

7. Avukatlık asgari ücret tarifesi ve cmk asgari ücret tarifesi ayırımı kaldırılmalıdır.

8. Baroların adli yardım bütçelerinden yapacakları ödemelerin bu değişiklikle artacağı dikkate alınarak, avukatlık kanunu’nun 180. maddesindeki oran % 15 e çıkarılmalı ve hesaplama bir yıl önceki kesin hesap üzerinden yapılmalıdır.

KAYNAKLAR

Güney Dinç, *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBB Yayını, Ankara Mayıs 2006,

Prof. Dr. Nur Centel/Doç. Dr. Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul Aralık 2005, s. 161-162.

Seyfullah Çakmak, “İcra Mahkemelerinde Müdafi Tayini”, *Adalet Dergisi*, Mayıs 2006, Ankara 2006, s. 53-64.

Av. İ. Güneş Gürseler, “Müdafi Tayini”, *Yasa Hukuk Dergisi*, İstanbul 1996, Temmuz 1996, Sayı:175 sayfa: 997-1003. (<http://www.gursekertufan.av.tr/?act=7&lang=1&textid=26>)

Av. İ. Güneş Gürseler, “Bedava Ceza Avukatlığı”, (http://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/belgeler/2005_86_bedava_ceza_avukatligi.doc)

(<http://www.gursekertufan.av.tr/?act=7&lang=1&textid=25>)

Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg Kasım 2003,

(http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation_of_justice/access_to...)

Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) 17.4.2007 tarihinde 2007/14-15-16 sayılı ile Adalet Bakanlığı'na ve Türkiye Barolar Birliği'ne gönderilen yazı.

Genç Avukatlar Derneği'nin 10.7.2007 tarihli Basın Açıklaması (<http://gencavukatlar.net/HaberDetay.asp?ID=2287>)

Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ercan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu", *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006/3, İstanbul Mart 2006, s. 1275-1299)

Av. İsmail Sarı, "Zorunlu Müdafilik Hakkına Sahip Çık", <http://www.ismailsari.av.tr/?mod=page&id=10>

Av. Ali Hallaç, "Zorunlu Müdafilik Ceza Avukatlığını Bitirmiştir." (<http://www.ordubarosu.org.tr/forum/arsiv-baslik1279.0.html>)

Av. İbrahim Ergün, "CMK Sistemindeki Tıkanma, Demokratik Katılımcı Bir Yönetim ve Örgütlü Güçle Aşılabilir." (http://www.cagdasavukatlar.org/bilgi_goster.asp?id=95)

Av. Gökhan Karakaş, (http://www.barobirlik.org.tr/forum/printer_friendly_posts.asp?tid=254) 7 Ağustos 2007

“SU HAKKI” OLMALI MI?

Özden N. SAV*

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesinde görüşülen “Uluslararası İnsan Hakları ve Suyu Erişim” başlıklı karar tasarısı dolaşısıyla yazdığım “Su Hakkı” başlıklı yazımda dile getirdiklerimi, bu kez bir başka bakış açısından irdelemek istiyorum.¹ Türkiye’nin su kaynakları, artan nüfusuyla orantılı olarak artmamaktadır. Öte yandan ülkemiz, aynı coğrafi bölgede yer alan ülkelere oranla sahip olduğu doğal varlıklar ve yeraltı zenginlikleri bakımından göreceli olarak daha iyi durumda olmasının da etkisiyle, türlü uluslararası istem ve baskıların hedefi olabilmektedir. Birleşmiş Milletler bünyesinde gündeme getirilen bu yeni insan hakkı konusundaki gelişmelerin zaman içinde ülkemizi olumsuz yeni istemlerle karşı karşıya getirebilir.

Yeryüzündeki tüm canlıların var olması ve yaşamını sürdürmesinde vazgeçilmez bir temel öge olduğu için suyun yaşamsal değer ve öneme sahip olduğu açıktır. Su konusunda yapılan temel saptamalardan biri olan “suyun kıt olmasının, su kaynaklarının, yanlış yerde (örneğin Kuzey Arktik Bölgede ya da Antarktika’da), yanlış biçimde (donmuş ya da deniz suyu olarak) bulunduğu” yolundaki savın² günümüzde geçerliğini yitirdiği açıktır. Geleneksel üretim ve tüketim alışkanlıklarımıza bağlı olarak, yerküremizi çevreleyen havayuvuru (atmosfer) günden güne ısınmaktadır. Bu nedenle günümüzde, yerküremizin etrafındaki ha-

* Dr., Av., Ankara Barosu.

¹ Özden Sav, “Su Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, s. 343-359 (Ocak 2007).

² Yerküremiz yüzeyinin % 71’i suyla kapla olmakla birlikte, bunun yalnızca %3’ü tatlı sudur ki bunun da önemli bir kısmı buz, kar ya da derin yeraltı su kaynakları biçimindedir. Bunun %1’inden azı ise (bu rakam dünya su kaynaklarının % 0,03’ü anlamına gelmektedir) doğrudan doğruya insanın erişimindedir [JDCC, “Strategic Trends (1. Basım), Physical Dimension, paragraf 21].

vayuvarı ve hava hareketlerini düzenlediği bilinen okyanuslarda ya da anakaralarda hiçbir noktanın, -bir devletin egemenliği altında bulunmayan, dolayısıyla herkesin yararlanmasına konu olan yerler ve kaynakların (okyanuslar, kutuplardaki buzullar), artık yanlış yerde ya da yanlış konumda olduğu ileri sürülemez.

Sanayileşme devriminden bu yana insanoğlunun kullana geldiği geleneksel üretim ve tüketim yöntemlerinin, doğa ve doğal kaynaklar üzerindeki olumsuz etkileri bilindiği halde yanlışların istikrarlı biçimde sürdürülmesi, takvimlerin 21. yüzyıla dönmesiyle birlikte, korkulan olumsuz etkilerini doğurmaya başlamıştır. Dünya iklimindeki değişmeye ve dünya nüfusunun hızla artmasına karşın doğal kaynakların aynı oranda artmaması ve mevcut kaynakların akılcı olmayan biçimde tüketilmesi bu yüzyılda suyu insancıl sorunlar arasında özel bir yere oturtacak gibi görünmektedir. Bu veriler gerçekte yeni bir tüzel ve siyasal oluşumun da belirtisidir. İşte bu gelişmeleri göz önünde tutarak, uluslararası düzlemde gündeme getirilen '*su hakkı*' savını bir kez daha irdelemek istiyorum.

Bu incelemede, "*Soğuk Savaş*"ın sona ermesiyle birlikte tek kutuplu hale gelen dünyamızdaki bazı yeni siyasal değişimler dikkate alınmaktadır. Dikkate alınan bir başka gelişme, 1992 Rio Zirvesi'nde imzaya açılan İklim Değişikliği Sözleşmesi'nin uygulanmasını izleyen İklim Değişikliği Hükümetlerarası Paneli'nin (IPCC) 2007 yılı Şubatı başında yayımlanan raporudur. Yerkürenin ikliminin insan eliyle değiştiği açıkça dile getirilen bu Rapor, iklim değişikliği ve su kıtlığının akut biçimde yaşandığı Kuzey yarımküre için bundan sonra izlenecek yolun belirlenmesinde yol gösterici olmalıdır. Son olarak, BM İnsan Hakları Konseyi'nde kabul edilen 2/104 sayılı "*İnsan Hakları ve Suyu Erişim*" başlıklı karar uyarınca, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (BMİHYK) tarafından "*güvenli içme suyu ve hijyen altyapısına erişim*" (Access to safe drinking water and sanitation) konusunda bir çalışmanın 2007 Mayıs'ında başlatıldığı ve bu çalışmanın sürdürülmekte olduğu da dikkate alınacaktır.³

³ 11 Mayıs 2007 tarihinde Cenevre'de yapılan "İnsan Hakları ile Su ve Hijyen Altyapısına Erişim üzerine Danışmalar" konulu toplantı için BMİHYK tarafından "Consultation on Human Rights and Access to Water and Sanitation" başlıklı, simge numarasız olarak yayımlanan bir çalışma bulunmaktadır. Bu kâğıt, üye devletlerce görüşülmemiş ve kabul edilmemiştir. Buna karşın, BM'nin insan hakları sistemi içinde bazı devletlerce gündemde tutulmaktadır.

1. Su Hakkının Tanımlanması

Yukarıda anılan yazımın kaleme alınma nedeni, genel, kapsamlı ve ayrı bir “su hakkı”nın günümüzde oluşturulması düşüncesine karşı çıkmak; bu yöndeki savı eleştirmekti. Uluslararası düzlemde kendi başına bir “su hakkı”nın bulunduğu savı eleştirilirken, bu karşı görüşü geliştirebilmek üzere bazı verileri anımsamak gereği ortaya çıkmaktadır.

Tıpkı ‘halkların kendi kaderini tayin hakkı’⁴ örneğinde yaşandığı gibi, uluslararası insan hakları platformunda bir insan hakkı olarak yazılı hale getirilecek ‘su hakkı’ da uygulamada çetin sorunlara yol açabilecektir.

İlk kez 15 sayılı Genel Yorum’da⁵ zaten bulunduğu savunulmuş olan ‘su hakkı’nın, söylenmesi ve akılda kalması kolaydır. Anılan derlemede ‘su hakkı’, herkesin, kişisel kullanımı⁶ ve meskenindeki (evdeki) gereksinimlerini karşılamak için,⁷ yeterli,⁸ güvenli,⁹ kabul edilebilir,¹⁰ fiziksel olarak ulaşılabilir¹¹ ve bedeli ödenebilir¹² suyun kullanılmasının bir hak olduğu¹³ biçiminde açıklanmıştır.¹⁴

⁴ Özgün metindeki “right to self-determination” karşılığıdır.

⁵ 15 sayılı Genel Yorum, BM İnsan Hakları Komisyonu çerçevesinde, 2002 yılında, bir grup uzman tarafından hazırlanmış “içme suyu hakkı ve sağlık” temalı rehber ilkelerdir. Bu belge BM üyesi devletlerce görüşülmüş ya da kabul edilmiş değildir. Bu nedenle de, hukuken ya da siyasi bakımdan bağlayıcılık taşımamaktadır. Dolayısıyla, sözkonusu belgeye BM bünyesinde yapılan her yollama da bazı devletlerin çekinceleriyle karşılaşmaktadır.

⁶ Özgün metindeki “personel” karşılığıdır.

⁷ Özgün metindeki “domestic use” karşılığıdır.

⁸ “Sufficient” karşılığıdır.

⁹ “Safe” karşılığıdır.

¹⁰ “Acceptable” karşılığıdır.

¹¹ “Physically accessible” karşılığıdır.

¹² “Affordable” karşılığıdır.

¹³ Özgün metindeki “entitles everyone” karşılığında kullanılmıştır.

¹⁴ Öte yandan bir BM Uzmanlık Örgütü olan Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından 2003 yılında yayımlanan “Su Hakkı” başlıklı derlemede BMİHYK’nin anılan savıyla çelişen görüşlere rastlanmaktadır. Bu yayının ilk sayfasında, Dr. Gro Harlem Brundtland ve Sergio Vieira de Mello tarafından kaleme alınmış bir Önsöz bulunmaktadır. Dr. Gro Harlem Brundtland, yayının hazırlandığı dönemde anılan BM Uzmanlık Kuruluşu’nun genel direktörüdür. Brezilyalı S. de Mello ise, 2001 yılında Bağdat’taki BM binası havaya uçurulduğu sırada BM Genel Sekreteri K. Annan’ın Özel Temsilci olarak Irak’ta olmasa ve sabotaj yapılan BM binasında bulunmasa, belki bugün BM Genel Sekreteri konumunda olabilecek deneyim ve konuma sahip BM Mülteciler Yüksek Komiserliği memurudur. Sunuş yazısında bu kitabın,

Yine 15 sayılı Genel Yorum'da su hakkıyla ilgili olarak şu özelliklerden de söz edilmiştir:

- '*Su hakkı*', Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nda ifadesini bulan 'yeterli gıda, giyecek, barınma ve sağlık gibi hakların'¹⁵ bir yan ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Anılan antlaşmada yer alan gıda, barınma, giyecek haklarından yararlanmanın bir ön koşulu olarak, su hakkı da bulunması gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Bir başka anlatımla su hakkının varlığı, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nın, bu antlaşmada düzenlenen insan hakları arasında açıkça söylenmiş olmasa bile zaten var olduğu biçiminde yorumlanmış olmasının ürünüdür.

- Ayırım gözetilmeksizin, herkes tarafından, eşit olarak yararlanılması gereken bir haktır. Bu anlatım kuşkusuz ki 1993 tarihinde Viyana'da yapılan İnsan Hakları Konferansı'ndan bu yana BM bünyesinde üretilen tüm yazılı belgelere yansıtılmasına özen gösterilen "*cinsler arasında ayırım yapmama*" konusundaki duyarlılığın bir ürünüdür. Özellikle evi çekip çeviren, zorlu koşullara karşın ailenin yaşamının sürmesine çalışan, sığınmacı kamplarındaki nüfusun çoğunluğunu oluşturan kadınlar da, erkeklere koşut biçimde su hakkından yararlanmalıdır.

- '*Su hakkı*', su kaynaklarına sürdürülebilir biçimde erişilmesini de gerektirir.¹⁶ Bu anlatım, 1992 tarihli Rio de Janeiro Dünya Çevre ve Kalkınma Zirvesi'nde benimsenen söylem olan "*doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımı*"nın insan hakları forumuna taşınmasının sonucudur. 15 sayılı Genel Yorum'daki "*sürdürülebilir erişim*"in gerekçesi olarak 'gıda güvenliği' gösterilmiştir.

'*Su hakkı*'na ilişkin bu açıklamalar 15 sayılı Genel Yorum'da yer almaktadır.

yeni bin yıla girildiği günlerde dünyadaki 6 milyar kişiden en az 1,1 milyarının temiz içme suyuna ulaşamadığından, bu sayının özellikle en yoksul olan nüfusu kapsadığından söz edilmekte ve suyu akçalı değeri olan bir meta değil, yaşam için vazgeçilmez bir öge olarak kabul etmek, bu görüşü benimsetmek üzere hazırladığı vurgulanmaktadır. (*Right To Water*, Dünya Sağlık Örgütü, (Fransa, 2003), s. 3.) Ne var ki, WHO Örgütü'nün bu çalışmasının ne gibi bir etki doğuracağı ancak önümüzdeki onyıllar içinde anlaşılacaktır.

¹⁵ Right to adequate food, clothing, housing and health.

¹⁶ 15 sayılı Genel Yorum'un İngilizcesinde "sustainable access to water resources" olarak kullanılmıştır.

Kaygı duyulması gereken nokta, bir kez 'su hakkı'ndan söz edilmeye ve bu konuda raporlar yazılmaya başlandığında, bu hak, onun varlığının tanınmasını zorunlu kıldığı ileri sürülen öğelerden soyutlanacak, giderek biçim değiştirerek ve kendi başına, mutlak bir hak olarak kalacaktır. Bu hakkın farklı ülkelerdeki kullanılma biçimlerinin altına yeni ve farklı veriler işlenecektir.

Su hakkının varlığından ilk kez söz edilen 15 sayılı Genel Yorum'da, su hakkı, şu özgürlükleri de beraberinde getirdiği görüşüyle genişletilmektedir: Herkes, su kaynaklarıyla olan bağlantısının keyfi olarak kesilmesi ya da su kaynaklarının kirletilmesi gibi müdahalelerden¹⁷ kurtulma özgürlüğüne sahiptir. Ayrıca herkesin, su altyapısından (tesisat sisteminden) ve su hakkından eşit olarak yararlanılmasına olanak yaratacak bir yönetime sahip olmak özgürlüğü vardır.¹⁸

Buraya kadar sayılan açıklamalardan, 15 sayılı Genel Yorum'u kalem alanlar su hakkını, bireysel olarak yararlanılacak bir insan hakkı olarak tasarladıkları sonucuna varılmaktadır.

Yine 15 sayılı Genel Yorum'da, suyun yalnızca ekonomik bir meta olarak değil, ayrıca sosyal ve kültürel bir değer olarak değerlendirilmesi, su hakkından yararlanmanın sürdürülebilir olması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁹

'Yeterli su'yla neyin kastedildiği, farklı koşullara göre değişmektedir. Örneğin, her bireyin içmek, kişisel temizliğini yapmak, giyim eşyalarını yıkamak, yemek yapmak ve ev içi hijyen koşullarını sağlamak gibi kişisel ve evsel kullanımı bakımından yeterli ve sürekli suya hakkı olduğu biçiminde açıklanan su hakkından yararlanılabilmesi için gerekli olan, ilkin suyun bulunmasıdır.²⁰ Burada sözü edilen suyun bulunup bulunmadığı konusundaki yorum ise, sağlık, iklim ve çalışma koşulları dikkate alınarak Dünya Sağlık Örgütü (WHO) belirlenen rehber ilkelere göre yapılacaktır.

¹⁷ "Interference" karşılığında kullanılmıştır.

¹⁸ "Entitlements" karşılığındadır. Bu konuda, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde, belirli grupların yaşadığı mahallelerinin, bir mahkeme kararı olmaksızın suyunu kesme kararı vermiş olan yönetim örneği hemen her belgede karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Dünya Sağlık Örgütü yayını Right to Water, s. 19.

¹⁹ Bu görüşün Dünya Sağlık Örgütü tarafından da benimsendiğini yukarıda belirtmiştik.

²⁰ Özgün metinde kullanılan "availability" karşılığında kullanılmıştır.

Suyun, kişisel ve evsel amaçlarla kullanılacak oluşu, mevcut suyun kalitesini²¹ önemli kılmaktadır. İnsan sağlığı bakımından tehlikeli olan mikroorganizmalar, kimyasal maddeler ve radyolojik tehlike içermeyen su, kastedilen su kalitesinin düzeyidir. Suyun rengi ve kokusu, kirli alternatif kaynakları kullanmaktansa kişilerin yeğ tutmalarına yetecek, kabul edilebilir düzeyde olmalıdır.

'Su hakkı'na kaynak olarak gösterilen BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (m. 11 ve 12),²² devlete egemenliği altındaki topraklarda (ülkesinde) bulunan su altyapısı ile sağlık ve temizlik hizmetlerini herkes için erişilebilir kılmak²³ ödevini getirdiği biçimde yorumlanmaktadır. "Erişilebilirlik", su kaynağını güvenli bir mesafede oluşturmak, kullanılan su için ödenebilir hesap pusulası çıkarmak, yaş, cinsiyet, sağlık (fizikî ya da ruhsal sağlık), cinsel eğilim, medeni, siyasal ya da başkaca yönelimleri gerekçesiyle ayırım gözetmeksizin, yani eşit biçimde sağlanması gerektiği olarak düşünülmektedir. Bu hak, ayrıca suya ilişkin bilginin kamuoyuyla paylaşılmasını da gerektirmektedir.

O halde, su hakkı salt kişisel bir hak değil, toplumun tamamının yararlanacağı bir hak ve özgürlük niteliğindedir.

2. Karşıt Görüşün Dayanakları Neler Olabilir?

Bir insan hakkı olarak su hakkının varlığıyla ilgili yukarıdaki gerekçelendirme, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 25) ya da Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nda açıkça düzenlenmeyen bir hakkın varlığını kanıtlamak üzere ileri sürülmüştür. Bunlar, BM bünyesinde kabul edilmiş temel insan haklarına ilişkin antlaşmalara taraf olan devletlerin bilerek, isteyerek esirgemek yükümünü üstlenmiş olmadıkları bir hakkın varlığına inandırmak için ileri sürülen savlardır. BM İnsan Hakları platformu bakımından önemi, 15 sayılı Genel Yorum'da yer alan öğeler üzerine gelişmesidir.

²¹ Özgün metindeki "quality" karşılığında kullanılmıştır.

²² Anılan hükümlerden ilkinde, herkesin kendisi ve ailesi için yeterli gıda, giyim ve ev dahil olmak üzere yeterli bir yaşama standardı hakkına sahip olduğundan, ikincisinde ise uygun sağlık ve hijyen koşullarında yaşama hakkından söz edilmektedir. Bu hükümlerin geniş ve günün koşulları ışığındaki yorumundan bir su hakkının bulunduğu sonucuna 15 sayılı Genel Yorum'da rastlanmaktadır ki bunun hukuki ya da bağlayıcı bir belge olmadığına önceki yazımda dikkat çekmiştim.

²³ Erişilebilirlik özgün metindeki "accessibility" karşılığı kullanılmıştır.

Devletlerin imzasına açılan temel insan haklarına ilişkin antlaşmalarda yer almaması bir hak söz etmenin yerindeliği tartışmalıdır.²⁴

Böyle bir hakkın varlığından söz edilmesine karşı çıkarken, gerçekten susuzluk çeken, hatta susuzluktan yok olan (Sudan, Etiyopya gibi) bazı ülkeler ile uygarlıkları yok saymak kastıyla hareket etmiyorum. Bu karşı tezin düşünülmesine ve savunulmasına yol açan bir dizi kaygıdır. İlk olarak, “*su hakkı*”nın varlığının temeli olarak gösterilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların (yaşama hakkı ya da düşünce, ifade ya da inanç özgürlüğü gibi) vazgeçilmez (nonderogable) ya da temel insan haklarından farkı anımsanmalı ve “*sosyal adaletsizlik ile felsefe*” ilişkisi irdelenmelidir.²⁵ Temel kişi haklarının bir bölümü kişilerde insanın yapısal olanaklarının doğrudan doğruya korunmasına ilişkindir. Bir bölümü ise “*dolaylı korunan kişi hakları*” olarak da adlandırılabilen ekonomik, sosyal, kültürel haklar adı altında yer alan haklardır. Bunlar ülkeden ülkeye, her birinin koşullarına göre farklı boyutlarda tanınabilen ve gerçekleştirilebilen haklardır. Bu ikinci tür hakların devlet tarafından eşitçe korunamaması ve gerçekleştirilememesi (yani sosyal adaletsizliğin) gerekçesi olarak, ekonomik sorunlar gösterilebilmektedir. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı buna olanak tanımaktadır (m. 2/1).

Bireylerin yemek, barınmak, sağlığının korunması ve eğitim gibi temel gereksinimlerinin karşılanması bakımından, siyasal yönetimin (devletin) eylemi ya da eylemsizliği önemlidir. Devletin kamu varlığını bütün yurttaşların temel haklarına ilişkin gereksinimleri eşitçe karşılanabilmesi için kullanmaması durumunda, sosyal adaletsizlik savı gündeme gelir.²⁶

²⁴ Tartışılması gereken bir başka soru da tarafı bulunduğumuz bir antlaşmanın yorum yoluyla genişletilmesinin ürünü olan yeni bir insan hakkı ülkemiz hukuk sisteminde nerede yer alacaktır. Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrasına 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı yasayla yapılan ekleme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları Türk yasalar hiyerarşisinde yasalarımızın üzerine koymuştur. Bu fıkrada, zaten var olan ve antlaşmalara karşı Anayasa yargısına gidilemeyeceği hükmü dolayısıyla da, taraf olacağımız temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların Anayasamızın da üstünde bir yere getirilmiş olduğu söylenebilecektir. Taraf olduğumuz Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nın bazı maddelerinin yorum yoluyla genişletilmesinin ürünü olan ‘su hakkı’nın bu durumda kurallar hiyerarşimizde yerinin bulunup bulunmadığı sorusunun da düşünülmesi yerinde olacaktır.

²⁵ İoanna Kuçuradi, İnsan Hakları - Kavramları Ve Sorunları, s. 23-25 (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007).

²⁶ Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanı Cyrus R. Vance’in bu sözleri için bkz.

Yerküremizin iklimi üzerinde insan eliyle yaratılan değişikliğin tüm gücüyle hissedilmeye başlandığı 2007 yılında, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şemsiyesi altında ama kendi başına ve yeni bir haktan söz etmek ne kadar akılcıdır? Böyle bir hakkın varlığından söz edilmesi zamanla bu düşüncenin sıradanlaşması, giderek şimdiden öngöremeyeceğimiz, ortaya çıktığında ise karşılayamayacağımız istemlerin doğmasına kapı aralamak amacını mı gütmektedir? Evrensel düzlemde benimsenecek bir '*su hakkı*' uygulamada, devletleri vatandaşlarının bu hakkını korumak için yeni istemlerde bulunmaya itebilir mi? Kamu kaynakları kıt olan bir devlet, suyun ancak yeni kaynaklardan bulunabilecek olması durumunda, acaba komşularından ellerindeki fazlasını talep edebilecek midir? Bu istem kabul edilemezse zor kullanılabilir midir?

3. İnsan Haklarının Tarihçesinden Örnekler

Yeni oluşturulmaya çalışılan bir "*insan hakkı*"ndan söz ettiğimiz önceki yazıda kısaca insan hakları hukukunun gelişimindeki bazı satırbaşlarını anımsamakta yarar olacaktır:

a) İnsan hakları ve özgürlükleri düşüncesinin başlangıçta köle, serf ve köylülerin canlarını ve mallarını güvence altına almak kaygısından kaynaklandığı görülür. Bir başka anlatımla "*insan hakları*", sıradan insanların canlarını ve mallarını, iktidarı elinde bulunduran tekerkin (monark) keyfi yönetimine ve işlemlerine karşı esirgemek isteğinin ürünüdür.

İnsan Haklarının gelişiminde, özellikle Anayasa hukukçularınca sıklıkla anılan ve insan hakları belgeleri arasında bir ilk örnek olarak adı en çok yinelenen Magna Carta'nın gerçek niteliğini irdeleyen bir yazarın değerlendirmesi anımsanabilir. Buna göre, Magna Carta hürriyetlerin temeli ya da bir insan hakları belgesi olmayıp, feodalizmin manifestosundan başka bir şey değildir. Magna Carta, aslında İngiltere'de aristokratların kendi mallarını güvence altına almak amacıyla krala kabul ettirdikleri bir dizi beratır. Böylece aslında İngiliz feodal hukuku yazılı hale getirilmiştir ki, bu beratın bir temel insan hakları belgesi olarak algılanması düşündürücü olmalıdır.²⁷

İ. Kuçuradi, *a.g.e.*, s. 17.

²⁷ Prof. Dr. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (İstanbul 1997), s.11-12.

Tarih içindeki gelişimi bu tür şaşırtıcı örneklerle dolu olan insan hakları yelpazesine 21. Yüzyılın iklim değişikliğini doğrudan doğruya yaşamaya başladığımız şu günlerinde 'su hakkı'nın başlı başına, yeni bir insan hakkı olarak eklenmeye çalışılmasının gerçek nedenini anlamak için biraz düşünmemiz gerekir.

b) İnsan hakları hukukunun temel hareket noktasına bakıldığında: Haklar düşüncesinin, kişilerin can ya da malını korumak amacından doğmuş olmasının bir uzantısı olarak, bir mal ya da akçalı değere bağlanmamış olan varlıkların korunması düşüncesinin başarıyla savunulamamış ve uygulanamamış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu saptamayı desteklemek için "*insanlığın ortak kalıtı*" olan (hiçbir devletin egemenliğinde olmayan) açık denizler ile bu sulardaki canlı kaynak varlığı, yani balık ve deniz memelilerinin korunması konusundaki başarısızlığımız akla gelen örneklerdir. Dünyanın yaşayan en büyük memeli türleri olan balinaların korunması amacıyla 1950'li yıllarda kurulmuş olan Balınacılık Komisyonu'na ve balinaların tükenmeye karşı korunmasını öngören uzlaşya karşın günümüzde Japonya, Norveç, İzlanda gibi ulusların esirgenmesi gereken balina türlerini avlamaya ve tüketmeye devam etmeleri insanlık bakımından şaşırtıcı sayılmaz mı? Bu ulusların gıda güvenliği için gerekli alternatif kaynakları yaratacak kapasitesi yok mudur ki balina etine gerek duymaktadırlar?

Benzer biçimde, yerküremizin denizlerindeki akıntıları, rüzgârları ve iklimi bakımından çok önemli düzenleyici bir işlevi bulunduğu kabul edilen kutuplardaki buzulların korunamamış olması da bir başarısızlık örneğidir.

Daha önce de verilmiş olan bir başka başarısızlık örneği de, açık denizlerin altında kalan deniz dibinin ("*Bölge*" olarak adlandırılmıştır) ve burada serbestçe yüzer durumda bulunan mangan yumrucuklarının esirgenmesi amacıyla ortaya atılmış olan "*insanlığın ortak kalıtı*"nın durumudur. Bu düşüncenin temelinde, hiçbir devletin egemenliği altında bulunmayan açık denizlerin altında keşfedilen bu yeni zenginlik kaynağının insanlığın yararlanmasına açık tutulması anlayışı yatmaktadır. Bu konu, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Antlaşmada "*Bölge*"de bulunan doğal kaynaklar özetlenen anlayışa sadık kalınarak hükme bağlanmıştır. Ancak bu hükümler uygulamada, yalnızca sözde kalmış ve açık denizlerin deniz dibi, günümüze dek, derin denizlerde yatırım yapabilen birkaç güçlü ve varlıklı devletin hegemonyasında kalmıştır.

4. Batılı Anlayışta İnsan Hakkı

Yalnızca paraya endekslenmiş değerler mi gereken ilgiyi çekiyor? Yalnızca bu değerler mi etkin olarak korunabiliyor? Batı kültürü yalnızca para ve parayla ölçülebilen değerlere mi önem vermekte? İklim değişikliğinin hızla kıt bir kaynak haline getirdiği suyun da ancak para olarak değerlendirildiğinde korunabilecek oluşu bu nedenle midir? Onun için mi, su hakkından söz edilirken mutlaka suyun ederine, yani akçalı boyuta değinilmektedir?

Su, tüm canlı türlerinin yaşaması bakımından vazgeçilmez olan bir değerdir. Bu yüzden de tüm insanlığın ortak değeridir. Kıt olduğu bölgelerde özellikle esirgenmeli ve tüm canlılarca kullanılması gereği gözetilerek, özenle kullanılmalıdır.

(a) Su Kaynağı Üzerindeki İyelik Konusu

Bu aşamada, suyu, ot ve ateş gibi 'mubah' olarak niteleyen Mecelle'ye dönelim: Mecelle'deki, suyun tüm canlılar bakımından yaşamsal önemini kabul eden ve su kaynaklarını devletin denetimi altına alan bu anlayış, günümüzde de farklı ifadelerle yasalarımızda yerini korumuştur. 1982 Anayasası'nın 168. maddesinde, Türk Kanunu Medenisi'nin 641. maddesinde ve yeni Türk Medeni Kanunu'nun 715. maddesinde "*yararı kamuya ait mallar, devletin hüküm ve tasarrufu altında*" kabul edilmiş; bireysel ve özel mülkiyet kapsamı dışında tutulmuştur.

Su kaynaklarını, bir mal, paraya çevrilebilen bir değer olmanın dışında, canlı yaşamı bakımından vazgeçilmez bir değer sayan bu anlayışın uluslararası düzlemde de yeğlenmesi arzu edilir. Uluslararası düzlemdeki örnekler, özellikle de son olarak BMİHYK tarafından Mayıs 2007'de düzenlenen "*su ve hijyen hakkı ile insan hakları*" konulu görüşmelerde çeşitli ülkelerdeki uygulamalardan verilen örnekler, böyle bir beklentinin dayanaksız kalacağını göstermektedir. Dolayısıyla, Mecelle'nin "*suyu, akçaya çevrilemeyecek bir değer*" yani "*mubah*" olarak kabul eden anlayışın evrensel olarak uygulanması olasılığı zayıf görünmektedir. Günümüze kadar uluslararası düzlemde türlü örnek uygulamalar dikkate alındığında, su kaynaklarına ilişkin Türk hukukundaki anlayışa benzer bir yaklaşım kabul edilse bile, para ve altın,

elmas, değerli madenler gibi paraya çevrilebilen zenginliğin denetimini elde tutmayı temel alan Batı kültürünün böyle bir anlayışı uluslararası düzlemde etkisiz kılacağından kaygı duyulmalıdır.

(b) Sudan Yararlanma, Suyu Kullanma Hakkı

Günümüzde 'su' ile ilgili konular uluslararası düzlemde, su hakkı, su kaynaklarının akılcı kullanımı, suya erişim hakkı ya da su sporları, su vasıtaları gibi birbiriyle ilgili olmayan formatlarda ortaya çıkmaktadır. Tüm egemen devletlerin üyesi bulunduğu BM örgütü bünyesinde yapılan bazı çalışmalar, sorunlu olan bölgelerin nabzını tutabilmektedir. Kıtık, kuraklık ve bunlara bağlı yokluk, yoksulluk çeken ulusların sorunlarının yansıtıldığı BM ile uzmanlık örgütlerindeki bazı çalışmaların, Türk hukukunda bulunduğuna değindiğimiz bu anlayışa yaklaştığı savunulabilir. Uygulamadaki etkinliği şimdilik tartışmalı görünen bu düzenlemelerin başında, BM çerçevesinde 2000 yılında kabul edilmiş olan "Yeni Bin Yıl Bildirgesi" gelmektedir.²⁸

BM bünyesinde, Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından 2004 yılında oluşturulan "Su ve Sağlık Danışma Kurulu", 2015 yılına dek tüm dünyada güvenli suya erişemeyen ya da satın alamayan nüfusu yarıya indirmeyi hedef edinmiştir. Yine aynı sürede, temel sağlık altyapısı bulunmayan nüfusun da yarıya indirilmesi hedeflenmektedir.²⁹

Uluslararası su forumlarından biri de, Beşinci Toplantısı'nı "Ayrı-lıkları Su ile Birleştirmek" adı altında, 2009 yılı Mart'ında bir hafta süreyle İstanbul'da yapacak olan "Dünya Su Konseyi"dir. Söz konusu Su Konseyi'nin bugüne dek yapılan dört uluslararası konferansında dört farklı Bakanlar Bildirgesi kabul edilmiştir. Bu metinlerin ne ölçüde yasa-ya geçirildiği, ya da etkili olduğu tartışılır.

²⁸ BM Genel Kurulu'nda, kabul edilen A/55/L.2 simgeli "United Nations Millenium Declaration" başlıklı karar.

²⁹ Halen içme suyu bulunmayan nüfus 1,1 milyar, temel sağlık (hijyen) altyapısı olmayan nüfus ise 2,4 milyar olarak tahmin edilmektedir. Mısır, Fransa, Kolombiya, Almanya, Meksika, Güney Afrika Cumhuriyeti, Kenya, Filipinler, İngiltere ve A.B.D.'den onüç uzmandan oluşan bu Komite ile ilgili olarak bkz. UN NEWS CENTRE, "Annan Creates New Advisory Board on Water and Sanitation", 15 Ocak 2007, UN Homepage.

(c) Suyu Erişim

“Su hakkı” bağlamında dile getirilen bir başka konunun da, “suya erişim hakkı” olduğu görülmektedir. Özellikle İnsan Hakları Komisyonu çerçevesinde son olarak hazırlanan çalışma kâğıdında türlü ülkelerdeki uygulamalardan seçilen örneklerin daha fazla “su kaynaklarına erişim” ile ilgili olduğu görülmektedir. Bir başka deyişle, insanların sağlıklı koşullarda kullanabilmesi için suyun insan yerleşimlerine uzak olan kaynaklardan taşınması örnekleri üzerinde durulmaktadır. Devletin bu hizmeti, insanlar arasında ırk, cins, etnik köken, dil, dini inanç, siyasi ya da başka düşünceleri bakımından ayırım gözetmeksizin, tüm yurttaşlarına eşit olarak sağlaması gerektiğine ilişkin örnekler dikkat çekilmektedir. Bir başka deyişle “su hakkı”nın altı, şimdilik yalnızca insan yerleşimlerine özgü sorunların ve belde hizmetlerinin bir parçası olan öğelerle doldurulmaktadır. Salt bu örneklerle dayanılarak kendi başına, ayrı bir “su hakkı”nın var olduğunun savunulamayacağını açıklar.

5. Ülkemizdeki Su Kaynaklarıyla İlgili Uygulamalar

“Su hakkı” başlıklı önceki yazımda, ülkemizde son yıllardaki uygulamaları anımsamak için, bu uygulamaların içerdiği yanlışlara ve onlara yöneltilen eleştirilere dikkat çekmiştim. Bu alıntıları yine burada yer bulan bir başka eleştiriyle açıklayabiliriz:

Ülkemizde uygulamada görülen aksaklıklar dolayısıyla eleştiriler Devlet Su İşleri’ne (DSİ) yönelmiş görünmektedir. Kuşkusuz, ülkemizde yanlış olduğunu düşündüğümüz türlü örnekler dolayısıyla yalnızca devlet kurumları sorumlu tutulamaz. Yerel yönetimlerin, belediyelerin, hatta özel kişilerin de hatasız oldukları savunulamaz. Yine de, Devlet Su İşleri’ni kuran 6200 sayılı DSİ Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanununun 18 Aralık 1953 tarihinde kabul edilmiş olduğu, 25 Aralık 1953 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak, 28 Şubat 1954’te yürürlüğe girmiş olduğu dikkate alındığında, bu yasanın doğumunun üzerinden en az elli yıl geçmiş olduğu görülmektedir. Böyle bir kurumun oluşturulmasını zorunlu kılan nedenlerden birinin Anadolu’da dönemsel olarak baş gösteren sıtma salgınlarının pek çok can alması olduğu unutulamaz. Aradan geçen yıllarda hem DSİ yararlı kuraklık ve sel savaşım programlarında başarılı olmuş ve

ülkemiz koşulları değişmiştir, hem de gerek bilim adamlarının, gerek politikacıların bazı doğal zenginliklerin önemi konusundaki bilgisi ve deneyimi farklılaşmıştır. Bu süre içinde bir yandan “*eradikasyon*” yöntemiyle sıtma salgını aşılrken öte yandan sığ sular, kara ortasındaki sulak alanlar, özelliği olan bataklıklar, göller, göletler doğal yaşam döngüsü içinde vazgeçilemez bir değer kazanmıştır. Bu gibi doğal zenginliklerin esirgenmesi amacıyla, hazırlanmış bulunan örneğin:

- 1971 tarihli “*Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme*” (Ramsar Sözleşmesi),³⁰

- Çölleşmeyle savaşım amacıyla 1994 yılında imzaya açılmış olan “*Özellikle Afrika’da Ciddi Kuraklık ya da Çölleşmeye Maruz Ülkelerde Çölleşmeyle Mücadele için BM Sözleşmesi*”,³¹

- 1992’de Rio Zirvesi sırasında imzaya açılan “*Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi*”,³² ve

- 1992 BM “*İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi*”ne³³ Türkiye Cumhuriyeti de taraf olmuştur.

Tarafı olduğumuz en azından yukarıda anılan uluslararası antlaşmalarda yazılı ifadesini bulan su, sulak alanlar, bu tür duyarlı ortamlara bağlı yaşayan canlı türlerin korunması konularında günümüzde geçerli olan ve eskisinden farklı nitelikteki anlayışı bizim de kabul etmiş olmamız gerekmektedir. Salt bu antlaşmalar dikkate alındığında, DSİ’ye kuruluş yasasıyla verilmiş bulunan örneğin bataklıkların kurutulması işlevinin günümüzde gözden geçirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Koşut biçimde, doğal çevre (baraj göletinin kurulduğu alanda yer alan doğal yaşam ve göletin iklim üzerindeki etkisi) konusundaki olumsuz etkisi dolayısıyla uluslararası toplumda destek görmeyen büyük barajlara yenileri eklenirken dikkatli gerekçeler hazırlamak gerektiğinin de göz ardı edilmemesi gerekir.

³⁰ Ramsar Sözleşmesi’nin metni için bkz. 17.05.1994 tarih ve 21937 sayılı R.G., Düstur V. Tertip, C. 33/1, s. 1147.

³¹ Çölleşmeyle savaşımına ilişkin BM Sözleşmesi metni için bkz. 4340 sayılı onaylanmanın uygun bulunduğu dair Kanun, 11.02.1998 tarih ve 23258 sayılı R.G., ve 1998/11003 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 16.05.1998 tarih ve 23344 sayılı R.G., DÜSTUR V. Tertip, C. 37, s. 2396 v.d..

³² Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi metni için bkz. 27.12.1996 tarih ve 8857 sayılı R.G., DÜSTUR V. Tertip, C. 36, s. 683.

³³ İklim Değişikliği Sözleşmesi metni için bkz. 18.12.2003 tarih ve 25320 sayılı R.G.

6. İklim Değişikliği Sorununun İnsanlığa Etkileri

5 Mart 2007 tarihinde yayımlanan İklim Değişikliği Hükümetlerarası Paneli raporunda, *“havayuvvarına karışan sera gazlarının yerkürenin havayuvvarındaki ışık enerjisini süzme yetisi ile kara yüzeylerini değiştirdiği”*nden söz edilmektedir. Aynı raporda, *“1750’den bu yana insan etkinliklerinin etkisiyle küresel havayuvvarındaki karbondioksit, metan ve monoksit (nitrous oxide) yoğunlukları önemli ölçüde yükselerek binlerce yıldan buyana buz kaplı alanlar üzerinde önemli etkiler yaratılmıştır. Karbondioksit yoğunluklarındaki küresel artışın birincil nedeni yağyakıtların kullanılması ve toprak kullanımının değişmesi; metan ve monoksit miktarındaki artışın birincil nedeni ise tarımdır”* denmektedir.³⁴

Daha 1970’li yıllarda çevreci görüşün parlak teorisyenleri, geleneksel tüketme yöntemlerinin sürdürülmesi durumunda insanlığın yakın bir gelecekte yeryüzünün doğal kaynaklarını olduğu gibi iklimini de etkileyeceğine dikkat çekiyorlardı. Böylesi bir gelişmenin önüne geçebilmek için günümüzde sera gazı olarak anılan, başta karbon dioksit olmak üzere havayuvvarının yapısı üzerinde zararlı etkisi olduğu anlaşılan gazları üreten, geleneksel yakıtların (yağ yakıtların, kömür ve odunun) terk edilmesi, yerine (ısınma ve ulaşımında yararlanılmak üzere) yeni enerji kaynaklarının bulunması gerektiğine de dikkat çekiliyordu.

Bu çevreci teorisyenlerin önerisi, kuşkusuz *“Maymun Çağı”*na (Ape Age) geri dönüş değil. Dönemin çevrecileri, yeni enerji kaynaklarının düşünülmesi ve bulunması için yatırım yapılması gerektiğine değiniyorlar ve geleneksel (örneğin biyolojik tarıma, paylaşımçı) yaşam biçimine geri dönülmesini öneriyorlardı. Önerilen alternatif enerji kaynaklarından –örneğin rüzgâr enerjisi bazı Batı ülkelerinde (İngiltere, Hollanda, Avustralya gibi) ciddiye alınıp uygulanmaya başlanırken– ekonomisi önemli ölçüde geleneksel enerji kaynakları üzerine kurulu olan endüstrileşmiş ülkelerin çoğunluğunda nükleer enerjiden başka ve yeni bir enerji kaynağı yaratılabilmesi için gereken araştırmalar ya hiç yapılmamış ya da sonuç alınmamıştır.

Çevreci görüşlerin ivme kazandırdığı ve 1980’li yıllarda doğmasını sağladığı en önemli gelişme kuşkusuz BM bünyesinde oluşturulan *“Çevre ve Kalkınma Komisyonu”* olmuştur. Başkanlığını Norveç’in bir dönem

³⁴ “Climate Change 2007: The Physical Science Basis – Summary for Policymakers”, Intergovernmental Panel on Climate Change (Mart 2007), s. 2.

Çevre Bakanlığı, daha sonra Dışişleri Bakanlığını yapan Gro Harlem Brundtland'ın yürüttüğü bu Komisyon, 80'lerin sonuna gelindiğinde "Ortak Geleceğimiz" adını taşıyan bir rapor üretmiştir. Bu raporda, insanlığın geleneksel üretim ve tüketim yöntemlerini sürdürmesi durumunda, bunun dünya iklimi üzerinde geri dönüşü olmayan sakıncalı etkiler doğuracağına da değinilmekteydi. Çevre ve Kalkınma Zirvesi, 1992 yılında, Brezilya'nın Rio de Janeiro kentinde toplanmıştı. Zirve'de kabul edilmek ve dünyanın türlü ülkelerinin devlet ve hükümet başkanlarına mal edilmek amacıyla, BM Çevre ve Kalkınma Konferansı sonuç belgeleri ile antlaşmalar (Çevre ve Kalkınma Konferansı Bildirgesi, Gündem 21, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve Orman İlkeleri) hazırlanmıştı. Tüm bu belgelerin birincil amacı, olası bir 'kıyamet' (doomsday) senaryosunun önüne geçebilmektir.

Günümüzde, başta Avrupa olmak üzere tüm anakaralarda iklim değişikliğinin yaşandığı, yerkürenin ısısındaki artışa bağlı olan bu değişimin beklenen ilk olumsuz etkisinin ise su kaynakları üzerinde olduğu; ikinci etkilenecek kaynakların ise gıda kaynakları olduğu anlaşılmıştır.

Dünya sıcaklıklarının yükselmesi, Körfez Akıntısı'nın (Gulf Stream) etkisini giderek yitirmesine ve güneye kaymasına, bunun ise Avrupa'da özellikle sıcaklık düşüşlerine neden olacağı öngörülmektedir. 2035 yılında ortalama iki dereceye varacak bir ısı düşüşü ile yağışlarda ortalama yüzde otuzluk (% 30) bir azalma beklenmektedir. Bu değişimle birlikte yüzde onbeş daha kuvvetli rüzgârların orta ve kuzey Avrupa'nın ikliminin Sibiryaya iklimine yaklaşmasına neden olduğundan kaygı duyulmaktadır.³⁵

İklim değişikliğinin temel nedeni ise havayuvurına salınan sera gazlarına bağlı olarak sıcaklarda meydana gelen artıştır. Tahminler 2035 yılında ortalama sıcaklığın, bölgelere göre değişmekle birlikte, iki ile üç derece artacağı yönündedir. 2050 yılında ise bu artışın ortalama beş dereceye yükselmesinin kuvvetli bir olasılık olduğu belirtilmektedir.³⁶ Bu artış oranı sayıca büyük görünmemekle birlikte yerkürenin ısısında buzul çağından günümüze kadar gerçekleşen toplam ısı farkına eşdeğer olması dolayısıyla önemlidir.³⁷

³⁵ "A Survey of Climate Change", The Economist, 9 Eylül 2006 sayısı, s. 8.

³⁶ Sir Nicholas Stern, Stern Review, The Economist of Climate Change, Oaak 2007, s. 6.

³⁷ A. g. e.

Buzul çağından buyana olan ısı artışının yüzyıllara yayılmasına karşılık günümüzde belirlenen ısı artışının meydana gelme süresinin kısalığı tehlikeli sonuçlara yol açacaktır. Bu tehlikelerden ilki deniz suyu düzeyinin yükselmesidir; ikincisi kuraklık; üçüncüsü tarım ve hayvancılıkta gerileme; dördüncüsü salgın hastalıkların yayılması; sonuncusu ise kütleli göçlerin yaşanmasıdır. Isı artışının özellikle Grönland ve Antarktika'daki buz kütlelerinin erimesine yol açacağı; bu durumda, dünya denizlerinin su düzeyinde yükselme meydana geleceği; bunun en açık etkisinin ise dünyanın (Şangay, Tokyo, Hong Kong, Kalküta, Karaçi, Buenos Aires gibi) önemli başkentleri ile ticaret ve bankacılık merkezlerinin bulunduğu küçük adaların ortadan kalkması olacağı yolunda güçlü tahminler yapılmaktadır.³⁸

İklim değişikliğinin ülkemizin yer aldığı coğrafi bölge üzerindeki en önemli etkisinin ise, su konusunda olacağı tahmin edilmektedir. Su kaynaklarının bölge ülkeleri için günümüzde taşıdığı önem ve bu kaynakların hakça kullanılmasında yaşanan sorunlar dikkate alındığında, iklim değişikliğine bağlı olarak bölge devletleri arasında su konusunda yeni sorunların doğmasının kaçınılmaz olduğu öngörülebilir. 2025 yılına gelindiğinde, kişi başına su miktarının dünya ortalamasının yaklaşık dört bin metreküp (4000 m³) olması beklenmektedir. Ortadoğu'da (Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin, İsrail) günümüzde yaklaşık 950 m³ olan bu miktarın nüfus artışı da dikkate alınarak hesaplandığında, 500-600 m³ düzeyine ineceği tahmin edilmektedir.³⁹

Bölge ülkelerinden en fazla Suriye, Irak ve Ürdün'de ısı artışının duyumsanacağı, bölgenin altı ülkesi arasında suya olan talebin ise en fazla Suriye, Irak ve Lübnan'da artmasının beklendiği öngörülmektedir.⁴⁰ Bölge ülkelerinden en az Irak ve İsrail'in iklim değişikliğinden

³⁸ Stern, adı geçen makale. Bu kaygının doğrudan sonucu olarak 1992 yılında Rio'da imzaya açılan Dünya İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin uygulanmasını izlemek amacıyla, BM bünyesinde bugüne dek bulunmayan, BM Genel Kurulu'nda "küçük ada devletleri birliği" adlı bir grubun oluşturulmasıdır. Bu gruba, çoğu Pasifik Okyanusunda bulunan küçük adaların oluşturduğu kalabalık bir uluslar topluluğu üyedir.

³⁹ J.Berkoff, "A Strategy for Managing Water in the Middle East and North Africa", The International Bank for Reconstruction and Development, (The World Bank, Washington D.C.) 1994.

⁴⁰ M.El-Fadel and E. Bou-Zeid, "Climate Change and Water Resources in the Middle East: Vulnerability, Socio-Economic Impacts and Adaptation", Fondazione Eni Enrico Mattei, Haziran 2001, s. 3 v.d.

etkileneyeceği; Irak'ın nüfusuna yetecek kadar kaynağının bulunması ve İsrail'in ise tarım sektörünün GSYİH içinde düşük bir payı olması ve ileri teknoloji olanaklarıyla değişen koşullara kolaylıkla uyum gösterme kapasitesinin bulunması dolayısıyla yeni durumdan en az etkilenenler arasında yer alacağı düşünülmektedir.⁴¹

Deniz düzeyindeki artıştan en fazla etkilenecek bölge ülkelerinin başında Mısır görülmekte, Nil deltasının 2025'ten sonra su altında kalabileceğinden söz edilmektedir.⁴²

Varılacak sonuç, son günlerde her kanaldan önümüze sürülen yerkürenin iklimindeki korkulan değişiklik sürecinin başladığıdır. Bunun önüne geçilemeyebilir. Ancak hepimiz, yani tüm devletler, gönüllü kuruluşlar, gruplar ve bireyler, hepimiz eylem birliği yaparsak, yerküremizi çocuklarımızın yaşayabileceği bir düzeye getirecek temel adımları atabiliriz..

7. Büyük Ortadoğu Projesi

Çevreci teorisyenlerin önermiş oldukları ve bugüne dek hızla terk etmiş olmamız gereken geleneksel enerji kaynaklarının başında petrol ve petrol türevleri gelmektedir. Tüm dünya uluslarının tükettiği petrolün ana üretim yerinin Ortadoğu olduğu ise tartışmasızdır. Temel tüketici ise Batı uygarlığı dediğimiz sanayileşmiş ülkeler.

Günümüzde sanayileşmenin, kapitalist yöntemle kalkınmanın şampiyonu kuşkusuz Amerika Birleşik Devletleri'dir. ABD, alternatif enerji kaynakları yaratma çalışmasının neresindedir? İklim değişikliğine karşı atılması gereken adımların kaçınılmazdır? Bu soruların yanıtını, "*Büyük Ortadoğu Projesi*"nde bulmak olasıdır.

Kabaca Orta Asya'ya kadar uzanan Ortadoğu'daki petrol kaynaklarını Amerikan gözetimi altında tutmayı amaçlama olarak açıklanabilecek olan Büyük Ortadoğu Projesi su konusundan soyutlanamaz. ABD'nin, batıda Fas, doğuda Moğolistan, kuzeyde Çeçenistan ve güneyde Yemen'e kadar uzanan bir coğrafyada yer alan ülkelere yönelik siyasi, hukuki, bilgi/egitim, ekonomi, sosyal ve güvenlik boyutlarını içeren kapsamlı bir "*İslam Coğrafyası*" dönüşüm stratejisi olarak açık-

⁴¹ A. g. e.

⁴² A. g. e., s. 9.

lanan Büyük Ortadoğu Projesi, bu bölgedeki su kaynaklarını da içermektedir.

XXI. Yüzyılda, yerküremizin yalnızca atmosferik iklimi değil, siyasal iklimi de değişmektedir. ABD Dışişleri Bakanı Condoleezza Rice'ın dile getirdiği gibi, bölgedeki yirmi-iki ülkenin sınırları gözden geçirilebilecek ve yeniden çizilebilecektir.⁴³ Bu siyasal düşünce BM Örgütü'nü kuran anlayışla bağdaşmadığı içindir ki, Irak'a asker göndermeye karar verirken ABD Başkanı BM'nin aracılığını, Güvenlik Konseyi'nin kararının bulunmasını aramamıştır. Bu tümüyle Amerikan çıkarlarının kovalanması sürecidir ve bu çıkarlar yalnızca enerji kaynaklarıyla, yani petrolle de sınırlı değildir. ABD'nin uzun dönemli çıkarlarının yattığı Ortadoğu'daki su kaynaklarının da bu planın bir parçasını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Burada, yeniden başlangıçta dile getirdiğimiz kaygılara geri dönebiliriz. Başını ABD'nin çektiği, Batılı yani eski sömürgeci devletlerin birincil kaygısı Ortadoğu'daki enerji kaynaklarını denetim altında tutmaksa eğer, ikinci beklentisinin de su kaynaklarını kontrol etmek olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna varacak bir yolun da, konuyla ilgili görünmeyen bir platformda, insancıl (hümanist) görünen bir yeni kavramın yaratılması olduğu akla gelmektedir. Tüm insanların eşit olarak yararlanacakları bir '*su hakkı*'. Suyun kıt olduğu ülkelerde ve bölgelerde su kaynaklarına erişim isteminden, ya da su kaynaklarının paylaşılması isteminden kaynaklanacak yeni çatışmalara, bir başka deyişle '*su savaşları*'na⁴⁴ hazırlıklı mı olmalıyız?

⁴³ Basılı ve görsel yayında yer alan sözkonusu açıklama için bkz. "Büyük Ortadoğu Projesi" Vikipedi, <http://wikipedia.org> adresi.

⁴⁴ Özellikle kurak ve su kaynakları kıt bir bölge olan Ortadoğu'da, bazı bölge devletleri arasında ortak kullanılan su kaynaklarının, yeni bir çatışma nedeni olmaması, fakat bir barış fırsatı olarak değerlendirilmesi bazı BM birimlerinin aracılık ettiği su projelerine konu olmuştur. Bkz. BM Çevre Programı, Dünya Bankası ve UNESCO tarafından Nil nehri ve Orta Asya'da ortak yürütülen "Sınırşan akarsu görüşmeleri" (Transboundary river basin dialogues - Expanding the boundary conditions of water sharing) adlı bir programdan başka, BM ve ESCWA tarafından Irak ve Ürdün'de "Üye devletler arasında gerilim azaltma ve su nedenli çatışmaları önlemeyi hedefleyen program 2007 yılında uygulandığı bilinmektedir. (COPING WITH WATER SCARCITY, UN-Water Thematic Initiatives, Ağustos 2006.) Ancak, Birleşmiş Milletler'in bazı sorunlara barışçı çözüm bulmak için yarattığı uzlaşma ortamından, değişen siyasi koşullarda, örneğin bir üye devletin istememesi durumunda yararlanılamayabileceği de bir gerçektir.

HAKARET

Mine ARISOY*

I. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabında "*Kişilere Karşı Suçlar*"a dair ikinci kısmın sekizinci bölümünde "*Şerefe Karşı Suçlar*" başlığı altında, 125 ve devamı maddelerde hakaret suçu düzenlenmiştir.

Şerefe karşı suçlar, kişinin manevi varlığına yönelik saldırıları önlemeye, şeref hakkını korumaya yönelik suçlardır.¹

İnsan kişiliği maddi ve manevi varlıklardan oluşur. İnsanın maddi varlığı adam öldürme, yaralama vs suçlarla korunurken, manevi varlığı da şerefe karşı suçlarla korunmaktadır.²

765 sayılı TCK'da "*hakaret ve sövme cürümleri*" başlığı altında yer alan düzenleme ile yeni TCK'da yapılan düzenleme arasındaki en önemli fark hakaret ve sövme ayırımından vazgeçilerek aynı suçun seçimlik hareketleri olarak öngörülmüş olmasıdır.

765 sayılı yasanın 480. maddesiyle hakaret suçunun hareket unsuru olarak, "*diğer bir şahıs hakkında bir maddeyi mahsusa tayin ve isnadı suretiyle halkın hakaret ve husumetine maruz kalacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir fiil isnat etme*" aynı yasanın 482. maddesinde de "*her ne suretle olursa olsun bir kimsenin namus veya şöhret veya vakar ve haysiyetine taarruz eyleme*" belirlenmişken, yeni düzenlemede suçun

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

¹ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 211.

² Centel/Zafer/Çakmut, *a. g. e.*, s. 211.

hareket unsuru olarak “onur şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etme veya sövme suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırma” gösterilmiştir.

765 sayılı TCK ile memura hakaret ayrı bir suç olarak düzenlenirken, 5237 sayılı TCK ile bu husus nitelikli hal olarak düzenlenmiş ancak, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi haline yer verilerek, görev sırasında işlenmesi hususu adi hakaret suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Bu durumda kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle olmayan bir hususta hakarete bulunulması YTCK'nın 125/1. maddesinde düzenlenen şikayete bağlı ve uzlaşma kapsamında adi hakaret olarak değerlendirilecektir.

765 sayılı TCK'nın 266 ve 483/1. maddesinde yapılan memur ayırımına yer verilmemiş, keza 268. maddesinde yer alan yargı görevi yapanlara hakaret eylemi de ayrı bir düzenleme olmaktan çıkarılmış ve 5237 sayılı yasada bu hususlar kamu görevi nedeniyle işlenen suç kapsamında değerlendirilir duruma gelmiştir ve cumhurbaşkanı dışındaki kamu görevlilerine hakaret aynı kapsamda düzenlenmiştir.

Yeni düzenleme ile, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar dışında kalan tüm hakaret suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikayet koşuluna bağlanmış, böylece bu suçlarla ilgili uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseseleri uygulanır hale gelmiştir.

765 sayılı TCK'da “Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlığı altında düzenlenen suç, yeni yasada şerefe karşı suçlardan sayılarak, kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç ve kanaatleri nedeniyle hakaret edilmesi ya da kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlere saldırılması ayrı bir suç olarak değil, nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

765 sayılı TCK'nın 483/2. maddesinde yer alan “siyasi bir parti yahut amme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye karşı hakarete bulunulacağı” düzenlemesi yeni yasaya alınmamıştır. Bu durumun, artık herhangi ayırım gözetilmeksizin tüm tüzel kişilerin suç mağduru olabileceğine ilişkin yorumda bulunulmasını olanaklı kıldığı söylenebilir.

765 sayılı yasanın 480 veya 482. maddelerinden “ihtilatın toplu veya dağıntık ikiden ziyade kimseyle yapılması” hususuna YTCK'da yer verilmiş, ancak madde gerekçesinde bu husus “kişilerin toplu veya dağıntık

olmalarının suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur” biçiminde açıklama yolu seçilmiştir.

765 sayılı yasanın 486 maddesi ile yalnızca bir dava hakkında kaza mercilerine verilen dilekçe, layiha veya sair evrakın veya iddia ve müdafaaların dokunulmazlıktan faydalanacağı belirtilmişken, YTCK ile yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

II. SUÇUN KONUSU VE SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçun konusu kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu kavramlar aynı zamanda, suçla korunmak istenen hukuki değeri de ifade eder.³

Madde gerekçesinde; “*Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır*” biçiminde açıklama yapılmıştır.

Sözlük anlamları itibariyle onur ve şeref sözcüklerinin biri diğerini tanımlar biçimde ve “insanın kendine karşı duyduğu saygı, başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, toplumsal saygınlık olarak nitelendirildiğini görmekteyiz.⁴ Bu tanımların öğretilde tartışmalı bulunan şeref kavramına gerek “*fiili şeref: kişinin şerefli olduğunun gerçek anlamda varlığına yönelik başladığı iyi duygu*” gerek *normatif şeref: İnsan onuruna dayanan bir insana haklı olarak tanınan değer ve buna saygı gösterilmesine yönelik talep*” olduğuna yönelik her iki görüşü de içerdiği anlaşılmaktadır.⁵ Şerefin sübjektif yansıması, bireyin kendi nitelikleri, özellikleri ve meziyetleri hakkında yapmış olduğu değerlendirme ve düşüncesi; objektif şerefin yansıması ise, başkalarının o kişi hakkındaki düşünceleri, değerlendirmeleri ve bireyin toplumda sağladığı itibardan ibarettir.⁶ Çoğunluğun katıldığı “*karma görüşe (fiili-normatif)*”

³ Yenidünya, Ahmet Caner/Alşahin, Mehmet Emin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007, s. 45; Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 212.

⁴ TDK Okul Sözlüğü, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1994, s. 562 ve 707; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 1153.

⁵ Tezcan, Durmuş/Ertem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, 5. Baskı, s. 413-414.

⁶ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 99.

göre ise, şeref karma bir hukuksal yarar olup, gerek bir insanın kendisine karşı beslediği içsel değeri (iç şeref) ve gerekse başkalarının gözündeki değerini (dış şeref) ihtiva etmektedir".⁷ O halde şeref, onur ve saygınlık kavramların dilimizde taşıdığı anlama uygun bulunan karma görüş bizce de benimsenmekte olup suç unsurlarının değerlendirilmesinde esas alınacaktır. 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın da aynı uygulama içinde olduğunu görmekteyiz.⁸

Yeni TCK'da "bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak" ifadesine yer verilmek suretiyle hem iç (sübjektif), hem de dış (objektif) şerefin korunmasını amaçlamıştır.⁹

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. FAİL

Kanunda "somut bir fiil yada olgu isnat eden veya bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi" den söz edilerek failinin herkes olabileceği kabul edilmiştir.¹⁰ Herhangi bir gerçek kişi, suçun faili olabilir.¹¹ Ancak, tüzel kişilerin suç faili sayılmaları söz konusu değildir.¹²

Fail, ancak yaşayan bir kişi olabilir. Ölen bir kimsenin hakaret içeren yazısını yayımlayanlar veya bu yazının içeriği konusunda başkalarıyla ihtilat edenler bu suçtan sorumlu olacaklardır.

⁷ Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 413-414; Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 221; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 45

⁸ Hakaret ve sövme suçlarında korunan hukuki yarar, kişilerin onur ve sosyal saygınlıklarıdır. Hukuk düzeni her insanın ve ayrıca gösterdiği diğer varlıkların saygın ve onur sahibi olduklarını kabul eder. Kişinin manevi tamliğini ifade eden onur kavramı sübjektif anlamda, ferdin kendi onuru hakkına beslediği düşünceyi (şeref ve haysiyet), objektif anlamda ise diğer insanların o kişi hakkındaki düşüncelerini (şöhret) içerir. Ferdin sosyal değerini belirleyen koşulların bütününe oluşturan şeref ve şöhret kavramları, iç hukukta olduğu gibi uluslar arası sözleşmelerle de korunmuştur. (CGK'nun 4. 3. 2003 tarih ve 4-37/25 sayılı kararı)

⁹ Özbek, Veli Özer, "Şerefe Karşı Suçlar", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, Sayı 5, s. 257; Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 221; Toroslu a. g. e., s. 101.

¹⁰ Çetin, Erol: Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları 2. Baskı, Ankara 2007, s. 16.

¹¹ Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 971; Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 414.

¹² Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 45.

Doğal olarak ölen kimsenin sorumluluğu söz konusu değildir.¹³

Kamu görevlisinin, görevi sırasında suç işlemesini cezanın artırımı nedeni olarak düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 251. maddesi düzenlemesine yeni TCK'da yer verilmediğinden, cezanın arttırılmasında etken değildir.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, basın yoluyla işlenen hakaret suçlarının faili kural olarak, eser sahibidir. Ancak eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurtdışında bulunması nedeniyle Türk mahkemelerinde yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde süreli yayınlarda sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, süresiz yayınlarda ise yayımcı ve yayımcının belli olmaması veya basım sırasında yurtdışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu tutulmuştur. Ancak, bu eserin sorumlu müdürün veya sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına karşın, yayınlanması halinde sorumluluk yayınlatacağına aittir. 5187 sayılı yasanın bu düzenlemesi Anayasa'nın 38. maddesinde belirlenen cezaların şahsili ilkesiyle bağdaşmayacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹⁴

TRT Kurumu personelinin sorumluluğu ise, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 28. maddesinde belirlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre, *"Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur."* Tespit yoluyla yapılan yayınların ister canlı olsun, ister banttan olsun bu yayınlarla bir suçun işlenmesi halinde, sorumlu kimse metni yazan veya sesi tespit eden bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden TRT görevlileri sorumludur. Bu durumda spikerin yalnızca verilen metni okuması nedeniyle sorumluluğu anılan maddeye göre yoktur. Canlı yayınlarda kimin sorumlu olacağı konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, bizimde

¹³ Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, Cilt 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 1985, s. 536.

¹⁴ Tezcan/Erden/Önok, a. g. e., s. 415; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 46.

katıldığımız görüşe göre, canlı yayında kim konuşuyorsa, sorumluluk “ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi” gereği onundur.¹⁵

2954 sayılı yasanın 58. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında da yayından kimlerin sorumlu olmadığı belirlenmiştir. Anılan maddelere göre, “Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu’nun, kendilerine teodi edilen metni aynen okumakla görevli personeli o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayının yoluyla işlenen suçtan veya haksız fiilden sorumlu tutulmazlar”.

Bu kanunun 18, 23 ve 27. maddeleri uyarınca yapılan ve bu özelliği anonsla belirten yayınlar ile tespitlerden faydalanmaksızın Türkiye Radyo Televizyon Kurumu istasyonları dışındaki bir radyo ve televizyon kuruluşundan naklen yapılan yayınlardan, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personeli sorumlu değildir. Bu hükümlere göre, TRT personeli ayrıca aynı yasanın 18. maddesi uyarınca yayınlanan hükümet bildiri ve konuşmaları, 22. madde uyarınca yayınlanan seçimlerdeki siyasi parti propagandaları ve 27. madde uyarınca yayınlanan cevap ve düzeltme metinlerinden sorumlu değildirler.¹⁶

Özel radyo ve televizyonlar yoluyla yapılan saldırılardan doğan sorumluluk konusunda 3984 sayılı yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda kanaatimizce, 2954 sayılı TRT Kanunu hükümleri burada da kıyas yoluyla uygulanabilir. Ancak bu husus, TCK’nın genel sorumluluk ilkesiyle çelişebileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiş ve özel televizyonlar yoluyla gerçekleştirilen hakaret suçlarında kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin uygulanacağı ve bu eylemi gerçekleştirenlerin bizzat sorumlu olacağı ileri sürülmüştür.¹⁷

B. MAĞDUR

Mağdur, kendisine hakaret edilen kimsedir.¹⁸ Kanunda mağdurdan “kimse”, “kişi” olarak söz edilmiş, suçun yöneltildiği belli ya da belirlenebilir bir kişi olması dışında başka bir özellik yüklenmemiştir.¹⁹

¹⁵ Parlar/Hatipoğlu, a. g. e., s. 972-973.

¹⁶ Çetin, Erol, *Açıklamalı İçtihatlı Basın Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 501.

¹⁷ Parlar/Hatipoğlu, a. g. e., s. 973.

¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 223.

¹⁹ Özbek, a. g. m., s. 258; Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 416.

“Bir kimse” kavramı içinde yer alan ve kendi öz değerlerinin farkında ya da bilincinde bulunmayan çocuklar ve akıl hastalarının da korunmaya değer normatif şerefi (dış şeref) bulunduğundan bu suçun mağduru olabilecektir.²⁰ Aynı zamanda çeşitli sebeplerle (onur kırıcı bir suçtan hüküm giyen veya kamuoyu önünde şerefsiz olarak sayılan kimseler) şerefsiz olarak nitelendirilebilecek kişilerin de hukuku korumaya layık şeref alanlarının bulunduğu kabul edilmelidir.²¹ Bu açıklamalardan çıkan sonuç, fahişeye fahişe, dolandırıcıya dolandırıcı, hırsızlık yapana da hırsız demek hakaret suçunu oluşturacaktır.²²

Kişinin bedeni bir arızasının ifade edilmesi veya kişiye bir hastalık yüklenmesi halinde de hakaret suçu oluşacaktır. Örneğin, kör, topal, veremli, deli demek de bu suçu oluşturacaktır.²³

Mağdurun kim olduğu belirlenmedikçe, onur, şeref veya saygınlığın rencide edildiğinden söz edilemeyecektir.²⁴

Mağdurun belirlenebilirliği 126. maddede açıklanmış olup “*Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.*” denilmiştir.

Bu durumda da örneğin bir kimsenin lakabının söylenmesi, isminin baş harflerinin veya yalnızca isim veya soy isminin söylenmesi, failin o kişiye taktığı ismin söylenmesi veya herkesin anlayacağı şekilde “*malum şahıs*” denmesi durumunda eylem gerçekleşmiş sayılacaktır. Burada önemli olan husus, mağdurun o sözler duyulduğunda kim olduğunun bilenebilir olmasıdır.

Mağdurla faili sıfatı birleşirse, hakaret suçundan söz edilemez. Her ne kadar kendi kendine iftira suç yüklenme sayılıyorsa da, hakaretin bu şekilde işlenmesi mümkün değildir.²⁵

Suçun nitelikli hallerden birini düzenleyen 125/3 madde fıkrasının

²⁰ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 46.

²¹ Toroslu a. g. e., s. 106; Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 415-416.

²² Aynı yönde madde gerekçesi ve Çetin, Hakaret Suçları, a. g. e., s. 17; Aksi yönde, Parlar/Hatipoğlu a. g. e., s. 975; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 47.

²³ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 47.

²⁴ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 223; Şen, a. g. e., s. 534.

²⁵ Erem, a. g. e., s. 543.

da mağdur kamu görevlisi olup, hakaretin görevinden dolayı gerçekleşmesi halinde ceza artırımı benimsemiş, yine kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde ise kurulu oluşturan üyelere karşı suçun işlenmiş sayılacağı açıklanmıştır.

Hakaret cumhurbaşkanına karşı işlenirse, 5237 sayılı yasanın 299. maddesinde düzenlenen suç, yabancı devlet temsilcisine karşı işlenirse, 342. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.

Ölmüş kişiler, bu suçun mağduru olamayacaktır.²⁶ Ölmüş kişiye hakaret edilmesi durumunda YTCK'nın 130. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.²⁷ Atatürk'ün hatırasına karşı gerçekleştirilen tahkir edici fiiller, 5816 sayılı yasanın 1. maddesinde düzenlenen Atatürk'e hakaret suçunu oluşturacaktır.

Tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan ancak belirli sıfatı, haiz kişileri ifade eden toplulukların mağdur olup olmayacağı konusunda yasal düzenlemede açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanunun açıkça "bir kimse" den söz etmesi, kurula hakaretin koşullarını ayrıca düzenleyerek suçun tüm üyelere karşı oluşacağı ve teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılacağını hükme bağlaması karşısında, kanaatimizce tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği bulunmayan topluluklara hakaret edilmesi halinde, hakaretin gerçekleşme biçimi itibarıyla doğrudan suçun muhatabı da belirlenebilir bir yada birden fazla gerçek kişinin varlığı halinde ve ancak bu kişilerin mağduriyetinin kabulü ile suç oluşacaktır. Örneğin "avukatlar şerefsizdir" biçimindeki hakaretin somut olarak avukat olan kişi yada kişilere yöneltilmiş olması halinde suçun oluşacağından söz edilecektir. Yoksa somut (belirli) bir avukatı hedef almaksızın salt beyan biçiminde sözlerin sarf edilmesi durumunda avukatların mensup olduğu meslek kuruluşunun mağduriyetinden söz edilemeyecektir.

Ancak, 765 sayılı TCK'nın 483/2. maddesinde ". . . siyasi bir parti yahut amme menfaatine hadim bir cemiyet veya müesseseye tecavüz ve hakaretle bulunanlar, fiillerinin mahiyetine göre 480 veya 482. maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır" hükmü yer almakta ve Yargıtay uygulamaları da 483/2. maddesinde sayılanlar dışında kalan tüzel kişilerin bu su-

²⁶ Aksi yönde Özbek, a. g. m., s. 259.

²⁷ Toroslu a. g. e., s. 107; Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 415.

çun mağduru olamayacağı yönünde idi.²⁸ 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 483/2. maddesine benzer bir hükme yer verilmediğinden,

²⁸ Dosyanın incelenmesinde; olay tarihi itibarıyla T. C.'in vekili olan avukat M. K. T.'nin *Hürriyet Gazetesi* sorumlu yazı işleri müdürü N. T. adına noter aracılığıyla gönderdiği "Cevap ve Düzeltme" metinlerinde özetle "müvekkiline iftira edildiğini, şantaj yapıldığını, muhatapların mesleki şeref ve haysiyete sahip olmadığını, komplo ve entrikalar yapıldığını, muhatapların tekeli ve yüzüzlü olduğunu" belirttiklerinden bahisle Adalet Bakanlığı'nca kovuşturma izni verildiği, bu izin üzerine adı geçen sanık hakkında Eyüp Cumhuriyet Başsavcılığı'nca görevi kötüye kullanma suçundan iddianame düzenlendiği, bu iddianame kendisine gelen Eyüp 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 31. 05. 2005 tarih ve 2005/76-213 sayılı kararla "sanığa atılı suçun avukatın müvekkiline karşı eylemleri nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği, olayın özelliği gereği, eylemin savunma sınırını aştığı durumlarda hakaret suçunun oluşabileceği düşünülebilir ise de, tekzip yazısında muhatap alınan *Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık AŞ*'nin bir tüzel kişilik olduğu, TCK'nın 482/3. maddesinde de hakaret suçunun mağduru olabilecek tüzel kişilerin sınırlı olarak sayıldığı, bunlar arasında anonim şirketlerin bulunmadığı, böylece hakaret suçunun da unsurları oluşmadığından, bu şekilde eylemin suç olmaması nedeniyle" son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmiş, bu karara O yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan itiraz Eyüp 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce aynı gerekçelerle reddedilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu, tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Diğer suçların olduğu durumlarda bu suç söz konusu olmaz Ayrıca avukat olan sanığın müvekkili adına verdiği dilekçede geçen ve savunma hakkını aşan ifadeler hakkında, görevi kötüye kullanma suçu değil, hakaret ve sövme suçlarının unsurlarının tartışılması gerekir. Hangi toplulukların hakaret ve sövme suçlarının mağduru olabileceği 765 sayılı TCY'nın 483. maddesinde belirlenmiştir, bunlar arasında kamu yararına hizmet edenler dışında özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş tüzel kişiler bulunmamaktadır. Ayrıca sanık avukat bu cevap ve düzeltme metinlerini, noter aracılığıyla *Hürriyet Gazetesi*'nin sorumlu yazı işleri müdürü N. T. adına gönderildiğinden suçun mağduru bu kişi olabilir.

Bu açıklamalar karşısında *Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A. Ş.*'nin hakaret ve sövme suçlarının mağduru olamayacağı, dilekçenin muhatabı konumundaki sorumlu yazı işleri müdürü N. T.'nin de süresinde yapılmış usulüne uygun bir şikâyetinin bulunmaması nedeniyle Yargıtay C. Başsavcılığının düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yerinde görülmediğinden, Adalet Bakanı'nın yasa yararına bozma isteğinin 5271 sayılı CYY'nin 309. maddesi uyarınca REDDİNE, dosyanın mahalline gönderilmesine, . 08. 05. 2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (4. CD'nin 2007/501-4319 sayılı kararı)

YTCK döneminde bütün tüzel kişilerin hakaret suçunun zarar göreni olabileceğine dair yorum yapmak mümkün olacaktır.²⁹

Belli bir kimseye karşı hakaret edildiği sırada bir başkası da tahkir edilmişse, dolaylı hakareten söz edilir. Örneğin, kadına zina yaptığına dair hakaret edilmesi halinde kocası için dolaylı hakaret söz konusu olacaktır.³⁰ Ancak, üstsoy, altsoy, kardeş ve eş gibi çok yakın akrabalar arasında dolayısıyla hakaretin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda dolayısıyla hakarete uğrayan kişinin de kendisine yapılan hakaret açısından şikayet hakkı vardır.³¹ Kanaatimizce böyle durumlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.³² Her ne kadar 765 sayılı TCK döneminde Yüksek Mahkeme doğrudan hakaretin muhatabı hakkında hakaret; dolaylı hakarete uğrayan kimseye yönelik eylemi de sövme olarak kabul etmişse de,³³ YTCK ile hakaret ve sövme ayrımı kaldırıldığından artık böyle bir hususun tartışılmasına gerek yoktur.

C. FİİL

Hakaret suçu kanunda;

- Bir kimsenin,
- Onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte
- Somut bir fiil veya
- Olgü isnadı veya
- Sövmek...

²⁹ Benzer yönde Özbek, a. g. m., s. 258; Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 223; Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 417; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 46; Aksi yönde Toroslu a. g. e., s. 107; Çetin, a. g. e., s. 18; Parlar/Hatipoğlu a. g. e., s. 974; Doktrin de bazı yazarlar 765 sayılı TCK döneminde bile, tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olabileceğini savunmakta idiler. (Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı. . . s. 239-240).

³⁰ Erem, a. g. e., s. 544.

³¹ Toroslu a. g. e., s. 111-112.

³² Aynı yönde, Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 417; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 50.

³³ Karısı hakkında tayini madde suretiyle kocası huzurunda yapılmış olan zina isnadından dolayı karısı namına kocasının dava hakkı bulunmadığı ve koca huzurunda ve karı gıyabında vaki olan böyle bir isnadın mevsuf hakaret suçunun unsurunu ihtiva eylemediği cihetle mütecevize bu isnadından dolayı adi hakaret suçundan ceza tayini iktiza ettiğine, karar verilmiştir. (Yargıtay İBK. 'nun 11. 11. 1942 1/21 sayılı kararı)

Biçiminde tanımlanmıştır.

İsnat ve sövmek, suçu oluşturan seçimlik hareketlerden her biridir. Bunların mutlaka kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek niteliğe sahip olması gerekir.

“Onur, şeref veya saygınlığın rencide olması”, mağdurun başkalarının gözünde küçük düşmesi, onların hakaret ve husumetine, düşmanlığına maruz kalmasıdır.³⁴ Bundan anlaşılması gereken mağdurun gerçekten bu duyguyu yaşayıp yaşamadığı değil, toplumda geçerli ortalama örf ve adet kuralları çerçevesinde objektif olarak bu sonucu doğuracak nitelikte olmasıdır. Ortalama örf, adet kurallarına göre tahkir edici nitelikte sayılmayan bir fiile, mağdurun aşırı duyarlılık ve alınganlık göstermiş olması, tahkir niteliğini kazandırmaz.³⁵ Bir isnat ya da sövmenin tahkir edici özellik taşıyıp taşımadığını, somut olayın tüm özelliklerini göz önünde tutarak hakim belirler. Tarafların mensup oldukları sosyal çevre, fiilin işlenmesindeki koşullar ve mağdurun sıfatı önemli kriterlerdir.³⁶ Örf ve adetler zamanla değişebilir, aynı toplumda tahkir edici sayılan bir fiil, bir süre sonra bu niteliğini yitirmiş olabilir. Bu nedenle suçun işlendiği zamanda geçerli olan örf ve adet göz önünde tutulmalıdır.³⁷

1. İsnat ve Sövme

765 sayılı TCK'nın aksine sövme suretiyle hakaret ile fail ya da olgu isnadıyla hakaret iki ayrı suç olmaktan çıkarılmış, aynı suçun seçimlik hareketleri olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla her iki halde de verilecek ceza aynıdır. Ancak 127. maddede düzenlenen isnadın ispatı hükümleri gözetildiğinde bu şekilde ayırım yapılmasının önemi anlaşılacaktır.

İsnat, somut bir eylem ya da somut bir olgu içermelidir. Esas olan, isnat edilen eylem ya da olgunun somut, yani belli bir yer, zaman, konu ya da olayla irtibatlandırılabilir olmasıdır.³⁸ Somut bir eylem veya olgu, o olayı başka olaylardan ayırt etmeye yetecek nitelikte olan,

³⁴ Centel/Zafer/Çakmut, *a. g. e.*, s. 226.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 418.

³⁶ Özbek, *a. g. e.*, s. 265.

³⁷ Erman/Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994*, s. 273.

³⁸ Toroslu, *a. g. e.*, s. 110.

doğruluğu veya yanlışlığı ortaya çıkarılabilecek, ispatlanması olanaklı bir fiili ifade eder.³⁹ İsnat veya olguda ayırıcı unsurlardan biri veya tümü bir arada bulunabilir.⁴⁰ Önemli olan diğer olaylardan ayrılabilmesidir.⁴¹

İsnat edilen olgu ya da fiilin gerçeğe uygun olup olmaması, suçun oluşumunu etkilemez. Ancak, 127. madde ile bazı koşulların gerçekleşmesi halinde sonradan isnadın ispatına olanak sağlanmış ve ispat halinde ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmış ise de, bunu suçun oluşumunu etkileyen bir unsur olmaktan çok cezasızlık hali olarak değerlendirmek gerekir. Ayrıca, bilinen bir olayı başkalarına aktaran kişi de hakaret suçunu işlemiş olacaktır. Bu durumda mağdurun şerefi bir kez daha lekelenmiş ve olay daha çok yayılmıştır. Özellikle basın yoluyla işlenen suçlarda bu husus daha belirgindir. Zira tahkir unsuru içeren haberin başka bir gazetede yeniden yayımlanması halinde ayrı suç meydana gelmiş olur.⁴²

Şeref ve saygınlığın ihlal edilmiş olması için isnat olunan fiilin bir insan fiili olması gerekir. Nitekim isnat edilen fiil, imkânsız olmakla beraber, herkes tarafından da bunun böyle olduğu biliniyorsa, ortada hakaret suçu yoktur. Çünkü bu durumda isnat edilen fiil mağdurun şeref ve saygınlığını ihlal etmek için elverişli değildir. Ancak, aslında imkânsız olan bir hususun o kişi tarafından gerçekleştirilebileceği

³⁹ Özbek, a. g. m., s. 263; Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 227.

⁴⁰ Madde tayini suretiyle hakaret, bir kimseye belli bir fiil tayin ve isnat edilerek şeref ve haysiyetine tecavüzde bulunulmasıdır. Bu suçun gerçekleşmesi için mağdura yüklenen fiilin belirli olması şarttır. Fiilin muayyen sayılabilmesi için şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin, isnat edilen fiili belirleyecek açıklıkta olması yeterlidir. Çoğu zaman isnat edilen vakıanın hangi zaman ve yerde meydana geldiğinin belirtilmesi, madde tayini suretiyle hakaret suçunun oluşması için yeterli olmaktadır. Tarafların sosyal durumları, sözlerin söylendiği yer ve söyleniş şekli, söylenmeden önceki olaylar nazara alınarak suç vasfı tayin olunmalıdır. (Yargıtay CGK. 23. 11. 1992, 283/306)

⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 227; Katılanın, sanığın kendisine “kızımın paraları varmış sen almışsın” biçiminde sözler yönelttiği iddiası, sanığın “kardeşim parayı, euroyu aldın mı ... dedim, Kur’an-ı öpmesini istedim” biçimindeki kaçamaklı savunması karşısında; yüze karşı hakaret eyleminin sabit olduğu, 765 ve 5237 sayılı TCY’nin ilgili hükümlerinin karşılaştırılarak, sanık yararına olan hükmün saptanması, sonucuna göre hüküm kurulması zorunluluğu, Bozmayı gerektirmiştir. (4. CD’nin 21. 11. 2006 tarih ve 2005/11318 esas- 2006/16551 sayılı kararı)

⁴² Erman/Özek, a. g. e., s. 270.

toplumun bir kesimi tarafından bile olsa zannediliyorsa, bu durumda şeref ve saygınlığın ihlal edilmiş olmasından söz edilebilir. Örneğin, bir kişiye şu kimseye karşı beddua ettin, o da öldü diye bir isnatta bulunulduğunda toplumun bir kesimi tarafından mağduru bu gücünün olduğu düşünülürse hakaret suçu oluşabilecektir.⁴³

Somut bir olgu veya fiilin, yüklenen kimseden başkası için de tahkir edici nitelikte olduğu durumlarda dolayısıyla hakaret söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir kimseye “*annen şu kişiyle zina yapıyor*” biçimindeki hakarete kanaatimizce, 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi diğer koşullar bulunduğu sürece, hem yokluğunda somut olgu yüklenen açısından, hem de fiilin yöneltildiği kişi açısından YTCK anlamında da hakaret suçu oluşacaktır.⁴⁴

Sövme, somut bir eylem ya da olgu içermeyen, soyut bir değer yargısını ifade eden ve kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte sözler sarf edilmesidir.⁴⁵

Sövme suçu, yazı, resim, işaret, müstehcen bir el hareketi ile gerçekleştirilebilir. Örneğin bir kimseye bir tutam ot uzatıp ye demek, mağdurun yüzüne tükürmek sövme teşkil edecektir.⁴⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin kararlarında da sövme, “*küçültücü değer yargısı*” biçiminde anlamlandırılmıştır.⁴⁷

Madde gerekçesinde sövmeyle ilgili olarak; “*Kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözler, somut bir fiil veya olguyla irtibatlandırılmadıkları halde, yine de hakaret suçunu oluştururlar. Örneğin, bir kimseye ‘serseri’, ‘alçak’, ‘hayvan’ denmesi hâlinde, somut fiil isnadı söz konusu değildir. Aynı şekilde kişiye soyut olarak ‘hırsız’, ‘rüşvetçi’, ‘sahtekâr’, ‘fahişe’ gibi yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de hakaret suçu oluşmaktadır. Kişinin bedenî arızasını ifade etmekle veya kişiye bir hastalık izafe etmekle de hakaret suçu*

⁴³ Toroslu, a. g. e., s. 110-111.

⁴⁴ Aynı yönde Özbek, a. g. m., s. 264.

⁴⁵ Parlar/Hatipoğlu, a. g. e., s. 976; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 52.

⁴⁶ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 265.

⁴⁷ Belediye Meclisi üyesi olan sanığın meclis toplantısı sırasında başkana hitaben açıkça katılanı kastederek” edep ve terbiyesini bildir” biçimindeki sözlerin katılanı küçük düşürücü nitelikte olduğu, bu sözlerle muhatabının edep ve terbiyeden yoksun olduğunun vurgulandığı ve eylemin görevliye sövme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi. . (4. CD'nin 19. 6. 2006. gün 2005/4980, 2006/12542 s. kararı)

işlenmiş olur. Örneğin, kişiye 'kör', 'şası', 'topal', 'kambur', 'kel' vs. demekle; kişiye 'psikopat', 'frençili' veya 'aidli' demekle hakaret suçu oluşur" biçiminde açıklama yapılmıştır.

Sövme suçunun ihmal suretiyle de işlenebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin tokalaşmak üzere elini uzatan kimsenin elini sıkmamak gibi.⁴⁸

Bir eylemin hakaret sayılması için bir kimseye, yönelik olarak yapılmış olması gerekir. Bir eylem hakaret niteliğinde olabilir ancak hiç kimseye yöneltilmemişse, isnat edilmemişse hakaret suçunun olduğundan söz edilemeyecektir.⁴⁹ Örneğin, alkollü bir şahsın ortalık yerde, bağırıp çağırarak sövmesi hakaret suçunu oluşturmayacaktır. Ancak failin sözlerinden hakaret teşkil eden söz veya eylemlerin kime yöneldiği anlaşılabilirse bu durumda isnadı var saymak gerekecektir.

2. Isnat veya Sövmenin Gerçekleşme Biçimleri

a. Huzurda (Yüze Karşı) Hakaret

Mağdurun kendisine hakaret edildiğini algılayabildiği hallerde huzurda hakareten söz edilmelidir. Faille mağdurun birbirini görmesi zorunlu değildir.⁵⁰ Farklı mekanlarda bulunmakla birlikte mağdur tarafından sarf edilen sözlerin kendisine yöneltildiğinin işitilerek anlaşılması ve failin de bu iradeyi taşıyor olması halinde suç huzurda işlenmiş sayılacaktır. Burada önemli olan mağdurun, failin hakaret teşkil eden sözleri ağzından çıkarken, hareketleri de yaptığı anda öğrenmesidir.⁵¹

⁴⁸ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 52.

⁴⁹ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 56.

⁵⁰ Parlar/Hatipoğlu, a. g. e., s. 976; Toroslu, a. g. e., s. 113.

⁵¹ Mağdurun ne zaman hazır sayılacağı, öğreti ve uygulamada farklı görüşlere yol açmış, bir kısım yazarlarca, faille mağdurun yüz yüze gelmeleri ve birbirlerini görmelerinin şart olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de; öğreti de yazarların büyük çoğunluğu tarafından fiilin doğrudan doğruya mağdurun yüzüne karşı işlenmiş olmasının şart olmadığı, mağdurun fail tarafından söylenen sözleri duyması ve failinde bunu bilmesinin yeterli olduğu belirtilmiş, İtalyan Yargıtay'ı da "mağdur maddeten hazır olmasa bile, suç yerinin şartları dolayısıyla söylenen sözleri fiilen duyacak durumda ise" huzur koşulunun gerçekleştiğini kabul etmiş, (Manzini'den naklen, Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 103) Ceza Genel Kurulu'nun 17. 12. 1973 gün ve 116/833 sayılı kararında da; "mağdurun yaktığı soba-

Sağır olan mağdurun yüz yüze olmak kaydıyla kendisine yöneltilen hakareti hissetmiş ancak tam olarak içeriğini algılayamamakla birlikte o sıra hazır bulunanlardan öğrenmiş olması halinde yine huzurda gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.⁵² Yargıtay İçtihatlarının da bu yönde olduğunu görmekteyiz.⁵³

Failin üçüncü kişilerle konuşurken varlığından habersiz olduğu mağdurun söylenenleri duyması, eylemin huzurda işlendiğini göstermez. Bu durumda da suçun yoklukta işlendiğini kabul etmek gerekir.⁵⁴ Fail, mağdur duysun diye bazı sözleri söylemiş ise, mağdurunda başka şeylerle uğraşması nedeniyle o sözleri duymaması söz konusuysa bu durumda, huzurda hakareten söz edilemeyecektir.

dan evine is dolan sanığın, evin içinde olduğunu bildiği mağdura işiteceği tarzda adi kadın” demek şeklindeki eylemde, sanığın kastının giyapta hakaret olmadığı, eylemin yüze karşı gerçekleştiği belirtilmiştir.

Bu konuda uyumsuzluğa yol açan diğer bir nokta ise, mağdurun hazır sayılabilmesi için söylenen sözleri duyması ve anlamasının aranıp aranmayacağı, yada sadece duyma ve anlama olanağının yeterli olup olmayacağı noktasındadır.

Öğretide, Prof. S. Erman tarafından; “mağdurun tahkir edici isnatları bilfiil ve aracısız öğrenmesi suçun huzurda işlenmiş sayılması için şarttır” görüşü ileri sürülmesine karşın, (Erman, *Sahir, Hakaret*, s. 103) Prof. Dr. Tezcan, “Failin hakaret oluşturan sözün duyulması olanağını yaratmış olması yeterlidir, söylenen sözün fiilen duyulmuş olup olmaması, ağırlatıcı nedenin uygulanması bakımından önem taşımaz” (Tezcan, *Durmuş, Ceza Özel Hukuku*, s. 487) Prof. D. Soyaslan ise; “huzurda olmak demek fiilen orada bulunmak veya söyleneni duyabilecek, yapılan gösterimi görebilecek durumda olmak demektir.” (Soyaslan, *Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 222) şeklinde görüş açıklamasında bulunmuşlardır.

⁵² İtalyan Yargıtay’ınca “işitme duyusunun mükemmel olmaması veya yahut dalgınlık yahut mevcut gürültüler sebebiyle, mağdur kendisine yöneltilen isnatların gerçek manasını anlayamayıp, hazır bulunan kişilerden sormak suretiyle bunu öğrenmesi halinde” huzurda hakaretin mevcut olduğu kabul edilmiş, (nakleden Erman, *Hakaret*, s. 104)

⁵³ Yargıtay 2. Ceza Dairesi de 9. 5. 1950 gün ve 6580/5451 sayılı kararında benzer şekilde “huzurda yapılan tahkir eyleminde, mağdurun kulağının ağır işitmesinin suçun oluşmasına engel teşkil etmeyeceği” sonucuna ulaşmıştır. (CGK’nın 4. 3. 2003 tarih ve 4-37/25 sayılı kararı)

⁵⁴ Meran, Necati, *Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, 2. Baskı, s. 645; Çetin, *Hakaret Suçları*, s. 23

b. Huzura Eşit Sayılan Araçlar Kullanılması

125. maddenin 2. fıkrası ile yapılan düzenlemede; “suçun mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde birinci fıkrada belirtilen cezaya hükmolunacağı” açıklanmıştır. Buna göre mektup, telefon, telgraf, cep telefonu (ses ya da mesaj ile) ya da elektronik posta yolu ile hakaret suçunun oluşumu için, mektubun ya da telgrafın doğrudan mağdura gönderilmiş, telefon görüşmesinin mağdurla yapılmış, mesajın ve e-posta iletilisinin doğrudan mağdura ait cihazlara gönderilmiş olması gerekir.

Mağdura gönderilen mektup, faks, telgraf, SMS, e-posta ve benzeri iletilerle ve telefon, mikrofon kullanılarak ya da chat yapılması sırasında yapılan hakaret, huzurda hakaret olarak değerlendirilecektir.⁵⁵

Hakaretin ileti ile işlendiği hallerde huzurda hakarettan söz etmek için bunların muhataba gönderilmiş olması gerekir. Ancak doktrinde gönderilen kişinin sıfatı ve mağdurla ilişkisi nedeniyle mağdura verileceğinin muhakkak olduğu hallerde de eylemin huzurda işlenmiş sayılacağı savunulmuştur.⁵⁶

Basın yoluyla suçun işlenmesi halinde doğrudanlık söz konusu olmadığı için yoklukta ve alenen hakaret gerçekleşmiş olacaktır.

c. Gıyapta (Yoklukta) Hakaret

Hakaret suçu, mağdurun olmadığı bir ortamda veya mağdurun doğrudan vakıf olamayacağı bir şekilde işlenmesi halinde, gıyapta hakarettan söz edilir.⁵⁷

Gıyapta hakaret halinde ihtilat unsurunun aranmasının nedeni, hakaret suçunun cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer olan şeref, onur ve saygınlığın ancak, üçüncü kişilerin isnat olunan somut fiil veya olgu ya da sövmeyi öğrenmeleri durumunda ihlal edilmiş sayılacak olmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁸ Bir veya iki kişiyle ihtilat ederek de mağdura hakaret edilebilir. Bu gibi durumlarda da esasında bir haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince

⁵⁵ Centel/Zafer/Çakmut, *a. g. e.*, s. 228.

⁵⁶ Dönmezer, *Kişilere ve mala Karşı*. . . s. 262.

⁵⁷ Parlar/Hatipoğlu, *a. g. e.*, s. 977; Centel/Zafer/Çakmut, *a. g. e.*, s. 229.

⁵⁸ Parlar/Hatipoğlu, *a. g. e.*, s. 977.

gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, mağdurun gıyabında en az üç kişiyle ihtilat ederek, yani en az toplu veya dağınık üç kişi muhatap alınarak hakaretin yapılması şart olarak aranmıştır.⁵⁹

Mağdurun gıyabında hakaret edilmesi halinde suçun en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerekir.

Suçun faili ihtilatı bilerek isteyerek gerçekleştirmelidir. Bir kişi ile ihtilat halinde iken, varlığından habersiz olduğu başkalarının bunu duyması halinde ihtilat unsuru gerçekleşmiş olmaz.

Kanunda açıkça belirlendiği üzere en az üç kişiyle ihtilat edilmelidir. 765 sayılı yasada olduğu gibi ihtilatın toplu ya da dağınık olabileceği açıklanmamış ise de uygulamasının bu yönde olması gerektiği konusunda tereddüt yoktur.

Dağınık ihtilat halinde isnat edilen eylemlerin aynı olması gerekir. Aynı fiile işaret eden farklı sözcükler kullanılmış olabilir. Fiiller farklı ise gıyapta hakaret suçu oluşmaz.⁶⁰ Daha açık bir deyişle hakaret teşkil edecek sözcüklerden aynı nitelikte olanların en az üç kişi tarafından duyulması halinde ihtilat gerçekleşmiş olacaktır.⁶¹

İhtilatta kullanılan vasıtanın önemi yoktur. Söz, yazı, mektup, şarkı, hareket, resim, sahne eserleri, fiilen ihtilatı mümkün kılabilecek her vasıta kullanılmış olabilir. Sokakta bağırarak suretiyle de ihtilat mümkündür.⁶²

Bir kimsenin, fail tarafından kendisine verilen ve mağdur hakkında hakaret içeren yazıyı başkalarına göstermesi durumunda ihtilatın

⁵⁹ Madde gerekçesinden.

⁶⁰ Özbek, a. g. m., s. 260.

⁶¹ Sanık savunmasında, İsmail Ziya Çeşmeci ve Hasan Civan'a, kişisel davacı kadın hakkında "muhtarla yatıyor" dediğini açıkça belirtmesi, adı geçen tanıkların da bu hususu doğrulamalarının yanı sıra,

Tanık Nurettin Argun'un da yeminli tanıklığında özetle: "sanığın kendisine, muhtar Elfide'yi kullanıyormuş diye söylediği" belirtmiş olması karşısında;

Tanık Nurettin Argun'un anlatımı yönteminde tartışılıp reddolunmadan "ihtilat ögesi gerçekleşmediği" gerekçesiyle beraat kararı verilmesi, Yasaya aykırıdır. (4. CD'nin 4. 12. 2006 tarih ve 2005/10925 esas- 2006/17202 sayılı kararı)

⁶² Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003, s. 432.

oluşması için, failin bunu isteyip istemediğine yani suç kastına bakmak gerekecektir.⁶³

Fail bir kişiyle ihtilat etmekle beraber, bu kimseden haberi yaymasını isterse, ihtilat gerçekleşmiş olur. Burada önemli olan nedensellik bağının gerçekleşmesidir. Failin hareketi ile ihtilat arasında illiyet bulunmalıdır. Önemli olan failin söylediği sözleri veya yaptığı hareketleri kaç kişinin duyduğu veya gördüğü değil, failin kaç kişi ile ihtilat etmek istediğidir.⁶⁴

İhtilat edilen şahısların birbirleriyle, fail ya da mağdurla aralarındaki bağın önemi yoktur. Bunların ihtilat konusunu anlayabilecek durumda olmaları gerekir. Küçükler (temyiz kudreti bulunmayan), akıl hastaları, konuşulan lisanı bilinmeyenler söz konusu olduğunda ihtilatın oluştuğundan söz edilmemelidir. Aynı şekilde, kişiler, sarhoşluk, dalgınlık gibi sebeplerle ihtilat konusunu algılayamamış iseler ihtilat unsuru oluşmaz.⁶⁵

İhtilatın sözle gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Herhangi bir iletim aracıyla (mektup, SMS, e-mail) en az üç kişiye ulaştırılmış olması suçun oluşması için yeterlidir.

D . NETİCE

Hakaret suçu konusu itibariyle bir tehlike suçu olup, kanuni tanımında fiilin dış dünyada somut bir değişiklik meydana getirmesine yer verilmemiştir. Fiilin tamamlanmış sayılması için failin amaçladığı neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Bu yönüyle suç, soyut bir tehlike suçudur.⁶⁶ Mağdur kendisine yönelen fiil nedeniyle kesinlikle üzüntü duymasa ya da kişilik olarak bu tahkirden etkilenmese de suç tamamlanmış olur. Burada mağdurun kendi yargısından çok fiilin objektif olarak tahkir edici nitelik taşımasıdır.⁶⁷

Mağdurun suç oluşturan sözü duyması ya da ihtilat halinde, ihtilat ögesini tamamlayan üçünü kişinin öğrenmesiyle suç tamamlanmış olur.

⁶³ Toroslu, *a. g. e.*, s. 115.

⁶⁴ Toroslu, *a. g. e.*, s. 116.

⁶⁵ Erem/Toroslu, *a. g. e.*, s. 434.

⁶⁶ Centel/Zafer/Çakmut, *a. g. e.*, s. 212.

⁶⁷ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 290.

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Hakaret suçunun oluşumu için genel kast yeterlidir, özel kast aranmaz. Ayrıca tahkir saiki de gerekmez. Şaka yapma, alay etme saiki ile hareket eden kimsenin eylemi hakaretin objektif unsurlarını taşıyorsa, yinede suç oluşacaktır.⁶⁸ Fail, yaptığı isnat ile mağdurun şeref, onur ve saygınlığını rencide edeceğini bilmeli ve istemelidir.⁶⁹ Aynı zaman da kastın ihtilata da yönelmiş olması, bilinerek ve istenerek en az üç kişiyle ihtilat edilmiş bulunması gerekir.⁷⁰

Bu suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir.⁷¹ Örneğin, bir kimse bahçede komşusu hakkında konuşurken muhatabın duyacağını öngörerek hakaret içeren sözleri söyler, mağdur da bu sözleri duyarsa, suç olası kastla işlenmiş sayılacaktır.

Failin kastının hem yazı ve sözün içeriğinin hakaret oluşturduğuna ve hem de suçun gıyapta olması halinde ihtilat ve huzurda işlenmişse huzur unsuruna yönelik olması gerekir.⁷²

Bu suçun taksire işlenmesi YTCK ile cezalandırılmadığından, hakaret suçunun taksirle işlenemeyeceğini kabul etmekte zorunluluk vardır.⁷³

V. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A . İHBAR VE ŞİKÂyet HAKKI (İDDİA VE SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI)

İddia ve savunma dokunulmazlığı, adli veya idari makamlar karşısında hakkını savunmak ve kullanmak isteyen kimselerin, herhangi bir tereddüde kapılmadan ve kimseden korkup çekinmeden, bu hakkı serbestçe kullanabilmeleri için getirilmiş bir bağımsızlıktır.⁷⁴

Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan “hak arama özgürlüğü” kapsamında Türk Ceza Kanunu’nun 128. maddesinde iddia

⁶⁸ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 240.

⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 239.

⁷⁰ Dönmezer, *Kişilere ve mala Karşı...* s. 259.

⁷¹ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 60.

⁷² Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 425.

⁷³ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 60.

⁷⁴ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 66.

ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir. İddia ve savunma hakkı, her türlü etkiden ve korkudan uzak bir şekilde kullanılması bu hakkı kullanırken kullanan kişinin herhangi bir endişeye kapılmaması gerekir. Bu serbesti dava konusu olayın aydınlanması veya bir hakkın ortaya çıkmasına hizmet edecektir.⁷⁵

Anılan maddeye göre, “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

Madde hükmünün uygulanabilmesi için,⁷⁶

⁷⁵ Centel/Zafer/Çakmut a. g. e., s. 236.

⁷⁶ Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için tipe uygun olmalı, bir başka hüküm tarafından hukuka uygun hale getirilmemeli ve failde suç kastı bulunmalıdır. Hakkın icrası, mağdurun rızası, görevin yerine getirilmesi, haklı savunma ve zaruret hali olarak kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerinden, hakaret ve sövme suçlarında hakkın icrası üzerinde durulmalıdır. Bu suçlarda hakkın icrası olarak en çok terbiye ve gözetim, savunma ihbar ve şikâyet, haber verme ve eleştiri hakları söz konusu olmaktadır.

Hakkın kullanılması olarak kabul edilen ihbar ve şikâyet hakkı, Anayasanın 36 ve 74. maddelerinde düzenlenmiştir. Herkes, kendisi veya kamu ile ilgili konularda yetkili makamlara şikâyette bulunmak ve dava açmak hakkına sahiptir. Bu hakkın, hakkı doğuran nedenin koyduğu sınırlar içinde kullanılması, kötüye kullanılmaması zorunludur. İhbar ve şikâyetin yetkili makamlara yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra, hatta böyle bir başvuru olmaksızın dahi, durumun araştırılması, şüphelenildiğinin söylenmesi arasında fark yoktur.

İhbar ve şikâyet hakkı kullanılırken, belirli kimselere bir suç oluşturan belirli bir eylemin yüklenmesi gerekmektedir. Bu şikâyetin doğal sonucudur. Aksi halde yani suç oluşturan bir eylem yüklenmeden ihbar veya şikâyet hakkının kullanılması olanaksızdır. Bu nedenle, ihbar ve şikâyet hakkının kullanılması, bu hakkın sınırları aşılmadığı sürece hakaret suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır.

Şikâyet veya ihbar hakkının kullanılmasındaki ölçü, suç failinin; ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan eylemin mağdur tarafından işlenmediğini bilip bilmemesidir. Mağdurun yüklenen eylemi işlemediğini bildiği kanıtlanmadıkça sınırın aşıldığı kabul edilemez. Failin, mağdurun yüklenen eylemi işlemediğini kesin olarak bildiği halde, suç işlediğinden bahisle yetkili mercie ihbar veya şikâyette bulunması iftira suçunu, bu mercilerin dışında kalan kişilere, duyurması ise hakaret suçunu teşkil edecektir. (CGK'nın 19. 12. 1994 tarih ve 4-327/349)

- Yargı mercileri ya da idari makamlar nezdinde yazılı veya sözlü başvuru yapılmış, iddia ve savunmada bulunmuş olunmalıdır. Eski ceza yasasının hükmü olan 486. maddede sadece yargı mercilerinden söz edilmiş, yeni düzenleme ile idari makamlardan da söz edilerek hükmün uygulama alanı genişletilmiştir.

Yargı mercileri adli, idari, askeri mahkemeler ve Yüksek mahkemeleri ifade eder. Savcılık makamını da kanun öngördüğü “*yargı mercileri*” kapsamında değerlendirmek gerekir. Aksini düşünmek bu merci önünde yapılan iddia ve savunmalara dokunulmazlık tanımamak anlamını taşır.⁷⁷

İdari makamlar deyimi ise, devletin idari yapısı içinde yer alan bütün yönetim mercilerini ifade eder. Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Başbakanlık, bakanlıklar ve bunların bağlı kuruluşları ile taşra kuruluşları, katma bütçeli kuruluşlar, yerel yönetimler, polis, jandarma ve bunların dışında kalan bütün kolluk gücü gibi kuruluşlardır.⁷⁸

İşte bu merciiler nezdinde hak aramak, şikayetçi olmak için ya da savunma hakkının kullanılması çerçevesinde başvuruda bulunulmalıdır. 765 sayılı TCK’da kimlerin bu dokunulmazlıktan faydalanacağı sınırlandırılmış iken, YTCK’da bu konuda sınırlandırıcı herhangi bir hüküm yer almadığından “hangi sıfatı taşırsa taşısın yargı mercii veya idari makamlar nezdinde yazılı veya sözlü başvuru yapan, iddia ve savunma da bulunan herkes bu dokunulmazlıktan yararlanacaktır.”⁷⁹

Başvurunun yazılı olması zorunlu değildir. Sözlü bir ihbar ya da şikayet madde uygulamasını gerektirecektir.

- Fail iddia ve savunmada bulunduğu sırada kişilerle ilgili somut isnat ve olumsuz değerlendirmede bulunmalıdır. Isnat bir kimseye belirli somut bir olay yüklemeye halidir. Şikayet yada savunmanın yapılması sırasında isnat gerçekleşmelidir. Bunun dışında belli bir olay yüklemeye niteliğinde olmayan küçültücü değer yargısı içeren sözler nedeniyle 128. maddenin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁸⁰

⁷⁷ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 5. baskı, s. 254.

⁷⁸ Çetin, *Hakaret Suçları*, s. 272.

⁷⁹ Özbek, a. g. m., s. 267.

⁸⁰ Sanığın Kadıköy 5. Asliye Ceza mahkemesine verdiği dilekçede kişisel davacı için

-Yapılan isnat ve olumsuz değerlendirmelerin gerçek ve somut vakalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir. Failin yargı mercileri veya idari makamlar önünde iddia ve savunmada bulunuyor olması bir uyuşmazlığın varlığının sonucudur. Bu uyuşmazlıkla bağlantılı olan, durumu açıklamaya, şikayetini güçlendirmeye ya da savunmasına yardımcı olmaya yönelik olarak başka kimselelere yüklediği isnatlar nedeniyle ancak hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Uyuşmazlık konusunu aşan, iddia ve savunmayı güçlendirme sınırlarının dışında küçültücü değer yargısı ifade eden sözler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.⁸¹

Ancak her halde isnadın gerçek olması olumsuz değerlendirmenin somut vakalara dayanması gerekir.⁸² Bunun yanı sıra isnat ve de-

“psikopat, rüşvetçi ve tefeci vs” demek suretiyle küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu, bu sözlerin davanın konusuyla bağlantısı bulunmadığı gibi iddia ya da savunmaya yarar sağlamadığı gözetilmeden TCY. 486. maddesi uyarınca savunmaya yönelik olduğu gerekçesi ile beraat hükmü kurulması, (4. CD. 18. 9. 2002, 11081/13447)

⁸¹ Sanığın mahkemeye sunduğu 19. 11. 2002 havale tarihli dilekçesinde katılan avukatlara yönelik “... iki avukatında okuduğunu anlama yeteneğinden yoksun oldukları ...” biçimindeki sözlerle küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu, bu sözlerin davanın yazgısını belirlemede zorunlu olmadığı, iddiaya yarar sağlamadığı gözetilmeden, genel kastla işlenen sövme suçundan yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. (Y. 4. C. D. nin 05. 06. 2006 tarih 2004/7216 esas, 2006/11801 kararı)

⁸² Türk Anayasası'nın 36. maddesi uyarınca, herkes yasal araç ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

TCY'nin 486. maddesi ise, anayasal düzeydeki bu hakkın ve ilkenin dava sırasında uygulanmasından ibarettir.

Yapılan suç duyurusunun içeriğinin yeniden değerlendirilerek, Türk yazılı hukukunda suç sayılan eylem (ler) yükleniyorsa, onun/onların iftira; suç oluşturmayan, ancak insan onurunu çiğneyen eylem/eylemler söz konusu ise, bu berikilerin hakaret ya da sövme olabileceğinin gözetilmesini zorunludur.

Eğer sanıklar, katılanın davranışlardan kuşkulananak ve eylemlerinin suç ya da ahlaka aykırı ve insan onurunu örseleyici olduğuna inanarak, C. Başsavcılığı, kolluk gibi kovuşturma yapabilecek makamlara suç duyurusunda bulunmuşlar ve suçlamaları kuşkulandıkları çerçeve içinde kalmışsa, bu yöntem “yasal araç ve yollardan yararlanma” çerçevesinde giren bir “iddia”, dolayısıyla hukuka uygun olup hakaret/sövme ya da iftira cürümlerinde hukuka aykırılık ögesi bulunmayacağından, davranışları suç oluşturmayacaktır.

Buna karşılık, katılanın bu tür davranışlar içinde bulunmadığı kanıtlandığı takdirde; Türk yazılı hukukunda suçu oluşturmayan ve fakat insan onurunu çiğneyen eylemler söz konusu olduğunda ise; bunların belli bir olay yüklemeye biçimi

ğerlendirmeler gerçek ve somut vakıalara dayansa bile, uyumsuzlukla bağlantılı değilse ve iddia ve savunma sınırlarını aşılırsa madde kapsama girmeyecektir.⁸³

İddia ve savunma dokunulmazlığının düzenlendiği 5237 sayılı kanunun 128. maddesinde, 765 sayılı TCK'nın 486/son maddesindeki *"Birinci fıkrada yazılı hallerde salahiyyetli kaza mercilerince kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada tecavüze uğrayanın talebi üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir."* biçimindeki hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle tazminat konusu ve eylemin suç teşkil etmesi hususu ayrı olarak değerlendirilecek olup, zabıt veya evraktan çıkarma işlemi de artık yapılmayacaktır.

B. BASININ HABER VERME VE ELEŞTİRİ HAKKI

Bir isnadın onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte olup olmadığının tespiti olayın bütün özellikleri göz önünde tutularak, hâkime aittir. Siyasi, bilimsel, edebi eleştiri ile hakaretin çerçevesini titizlikle ayırmak gerekir. Zira eleştiri bir hak olduğundan bunun kullanılması suretiyle gerçekleştirilen eylem, hakkın kullanılması niteliğinde olacak ve hukuka aykırı olmayacaktır. Ancak bu hakkı kullanırken sınırlarını aşmamak gerekir.⁸⁴

minde olduklarında davranışların hakaret, değilse sövme suçlarını oluşturmaları açıktır.

Kuşkusuz suç duyurusunun yasal araç ve yollardan yararlanma çizgisini aşmış olduğunu, hakarete/sövmede insan onurunun çiğnenip çiğnenmediğini nesnel; yine bu olgu ile iftirada doğrudan kasıl bulunup bulunmadığını özne ölçütlerine göre saptamak ve tümünü tutarlı biçimde gerekçelendirmek, duruşma yapan ilk mahkemenin görevidir. (4. CD. 19. 10. 1995, 5732/6689)

⁸³ Sanık eski karısından kızının velayetini alabilmek amacıyla mahkemeye verdiği dilekçede kişisel davası için *"... evliliğimiz sırasında eski karımla ilişkiye girmiş, bu ilişki sürmektedir. ..."* demesinin, davanın temel dayanağını açıklama niteliğinde olup, TCY'nin 486/1 düzenlenen iddia ve savunmanın dokunulmazlığı sınırları içinde kaldığı bu nedenle hakaret suçunu oluşturmadığı; ancak bu açıklamaya eklenen *"... iffeti düşük bayanlarla yaşar, kadın pazarlar, kadın parasını yemeyi seven bir yapısı var, ... yakın arkadaşının kızına cinsel tacizde bulunmuş, ... karaktersizliklerini öğrenince..."* biçimindeki değerlendirme ve iddiaların sözü edilen sınırları aştığı ve sövme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, aksine düşüncelerle TCY'nin 480/2. madde ve fıkrasından hüküm kurulması, (4. CD. 16. 9. 2002, 10299/12781).

⁸⁴ Dönmezer, a. g. e., s. 232.

Basın yoluyla işlenen hakaret iddiaları konusunda çok titiz olmak gerekir. Aksi takdirde basın ve ifade hürriyeti zarar görecektir. Doktrine göre, bilinmesinde kamu yararı bulunan, kamuoyunun aydınlatılması amacına dayalı, gerçeklik derecesi araştırılmış ve büyük ölçüde doğruluğu belirlenmiş olayların özel hayata ilişkin olmaması şartıyla yayınlanmış bulunması hakaret teşkil etmez. Haber verme amacını aşan, haber içeriği ile bağlantısı olmayan küçültücü değerlendirmeler içeren haber ve yazılarda haber verme hakkından söz edilemez.⁸⁵

Yargıtay'a göre, basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk nedenleri (ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler) arasında yer alan ve kaynağını Anayasa'nın 28 ve devamı maddelerinden olan, "*hakkın kullanılması*" kapsamındaki haber verme ve eleştiri hakkının söz konusu olabilmesi için, yayınlanan yazının gerçek ve güncel olması, verilisinde kamu ilgi ve yararının bulunması ve olay ile olayın anlatılışı arasında fikri bağ bulunması gerekir. Bu unsurlardan birinin dahi gerçekleşmemesi haber verme ve eleştiri hakkını ortadan kaldırır ve fiili hukuka aykırı kılar.⁸⁶ Yüksek mahkeme kararlarına göre, hakkın kullanılması niteliğindeki haber verme ve eleştiri hakkının kullanılmasının söz konusu olabilmesi için üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir:

- Yapılan basın açıklamasının gerçek ve güncel olması,
- Verilişinde kamu ilgi ve yararının bulunması,
- Olay ile olayın anlatılışı arasında fikri bağ bulunması,

bu unsurlardan birisinin olmaması eylemi hukuka aykırı hale getirir.

Bu özellikleri kısaca incelersek;

Bir haber veya eleştirinin basın ve ifade özgürlüğü kapsamında saymak için öncelikle bu haberin gerçek olması gerekir. Gerçek olmayan, tamamen düzmece niteliğindeki haber veya yorumlar eleştiri sıranı içinde değerlendirilemezler.⁸⁷ Buradaki gerçeklik mutlak gerçeklik

⁸⁵ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı. . . s. 234.

⁸⁶ (Y. 4. CD'nin 18. 09. 2006 tarih 2005/7706 esas, 2006/14025 karar.).

⁸⁷ Sanık tarafından kaleme alınan ve özetle; müteahhit olan katılanın, şehir stadının ihalesi sırasında bir milletvekiline 15 milyarlık çek verdiği ve ihalenin iptali sonrasında bu çekin milletvekili tarafından icraya verildiğine yönelik açıklamaların yer aldığı yazısının okuyucular üzerinde katılanın rüşvet vererek ihale aldığı izlenimini verecek nitelikte olduğu, sanığın "icra takibinin yapıldığını tespit ettim, ancak herhangi bir belge

olmayıp, görünüşte gerçeklik de yeterlidir. Haberi yapanın, ancak kendisinin yapması mümkün olan tüm araştırmaları yaparak, bu hususun doğru olduğu sonucuna ulaşmış olması gerekir.⁸⁸

- Haberin aynı zamanda güncel olması gerekir. Güncelliğini yitirmiş, daha önce medyada tartışılarak eskimiş konuların tekrar gündeme getirilmesinde hakkın kullanımından ziyade kişisel husumetler gündeme gelecektir.

- Haberin verilisinde kamu ilgi ve yararının bulunması gerekir. Kamu yararının gerektirdiği bilgilerin ötesine geçilerek kişilerin özel bilgilerinin yer alması durumunda haber verme hakkının kullanıldığından söz edilmeyecektir.

- Verilen haberle kullanılan değer yargıları arasında fikri bağlantı olmalıdır. Haber verilirken veya eleştiri yapılırken, haberin kendisi ile sunum şekli farklı çağrışımlara yol açmamalı, haber verme amacının dışına çıkılmamalıdır.⁸⁹

alamadım" biçimindeki savunması ile, Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü'nün "katılanın şehir stadyumu onarım ihalesine katılmadığına" dair yazısı ve icra müdürlüklerinden alınan bilgiler doğrultusunda anılan hususta takip bulunmadığının anlaşılması karşısında gerçekliği bulunmayan haberin verilmesinde küçültücü değer yargılarının bulunduğu ve suçun hukuka aykırılık ögesinin oluştuğu gözetilmeden sanığın hükümlülüğü yerine yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir. (4. CD'nin 12. 12. 2006 tarih ve 2005/8063 esas- 2006/17603 sayılı kararı)

⁸⁸ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 62, gazetede yayımlanan yazının somut olay ve belgelere dayandığı, haber üzerine yapılan soruşturma sonucunda, belgelerin gerçek olmakla birlikte olaylarda katılanın kanıt ve kusurunun bulunmaması nedeniyle "soruşturmasızlık kararı" verilmesi, ayrıca yazıda küçük düşürücü değer yargılarında bulunulup katılanın kişiliğinin doğrudan hedef alınmaması karşısında; suça konu yazının "haber verme ve eleştiri sınırları" içinde kaldığı gözetilmeden TCY'nin 480/4. madde ve fıkrasıyla hükümler kurulması (4. CD, 16. 12. 2002, 15736/18418).

⁸⁹ İçel Ekspres adlı günlük gazetede katılanın da ortak olduğu şirkete ait tankerin kaçak satışta yakalandığı belirtildikten sonra (Bakan Güçlü'nün sözleri geliyor aklı, "Gözünüzü Toprak Doyursun") biçiminde verilen haberde, haberin güncelliği ve verilisinde kamu ilgi ve yararı bulunduğundan söz edilebilir ise de, dosyada mevcut tutanağa göre 29. 7. 2003 tarihinde yakalanan tanker hakkında, gazetesinin yayımlandığı 1. 8. 2003 tarihine kadar yeterli bir araştırma yapıldığı takdirde, katılanın o tarihte Kaptan Petrol Ürünleri Oto Sanayi ve Ticaret Ltd. Şirketinde ortaklık sıfatı kalmadığının belirlenmesi olanaklı bulunduğu gibi habere eklenen "Bakan Güçlü'nün sözleri geliyor aklı, Gözünüzü Toprak Doyursun" biçimindeki küçük düşürücü değer yargısı içeren sözler nedeniyle olay ile olayın anlatılışı

- Haber veya yorumda küçük düşürücü değer yargılarına yer verilmemesi gerekir. Özellikle haber veya yorumda hiçbir şekilde sövme niteliğinde sözcüklere yer verilmemelidir.⁹⁰

Mizah (gülmece) ile hakaret arasındaki sınırın da çok dikkatli şekilde belirlenmesi gerekir. Mizah, haber vermeye göre, ifade özgürlüğünün daha da genişlediği bir alandır. Abartmak mizahın tabiatında vardır. Dolayısıyla mizah yazarından, haber yayınlayan bir gazetecide bulunması gereken özen ve dikkati göstermesi istenemez, mizahçı da

arasında bulunması gereken fikri bağın da mevcut olmadığı dikkate alındığında eylemi hukuka uygun kılan haber verme ve eleştiri hakkı sınırlarının aşıldığı gözetilerek 765 ve 5237 sayılı TCY'nin ilgili hükümleri, 5252 sayılı yasanın 9/3. madde ve fıkrasında öngörülen yöntemle göre karşılaştırılmak suretiyle lehe olan hüküm belirlenip sanığın hukuki durumunun buna göre tayininde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiştir. (Y. 4. CD'nin 18. 09. 2006 tarih 2005/7706 esas, 2006/14025 karar.)

⁹⁰ Sanıkların imzasının bulunduğu suça konu bildiriye yer alan, "1996 yılında yönetime gelen Adnan Çokşen zamanla kendi üyelerine karşı dahi (Benim kurallarım geçer Yasa Tüzük tanımam derecesine) despot ve agresif davranışlarına karşı ve haklı muhalefete tahammülsüzlüğü ile baskı uygulayarak kendi listesinde olan ve onu başkanlığa taşıyanları dahi ya istifaya zorladı veya küstürüp uzaklaştırılmalarını sağladı. Tenkitlere de kapalı olduğu için haddini aşarak entrika ve dedikodularla toplumu parçalayıp dağıttı. 1997 sonlarında o günkü değeri ile 45 milyon Türk Lirasını dernek kasasından ve kuruldan habersiz alıp kullanması, kokusu da ortaya çıkmadan 1998 seçiminde tekrardan başkanlığa aday olduğunda toplum karşısında sözde dürüstlük göstererek suçunu ikrar edip kendini aklamaya çalıştı. Deprem sonrası ise demirbaşta kayıtlı olan bugünkü değeri tanesi 1 milyar civarında beş adet klima, 1 adet bilgisayar, 2 adet televizyon, 1 adet faks, amfi ses düzeni, müzik seti ve diğerlerinin akibetinden de şüpheliyiz. Zira bu demirbaşların zayı olmadığını biliyoruz." Şeklindeki ifadeler ile aynı yazının muhtelif yerlerinde bulunan "topluma yaptığı çirkinlikler..." , "...bu şahıstan ve yaptıklarından camiamızın adını taşıdığı için utanç duyuyoruz..." biçimindeki ibarelerin eleştiri sınırını aşan onur kırıcı ve küçük düşürücü değer yargıları olduğu, eylemin sövme suçunu oluşturduğu, eski 765 ve yeni 5237 sayılı TCY. hükümleri göz önünde bulundurulup hükümlülük kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yerinde olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır. (Y. 4. CD'nin 31. 01. 2006 tarih 2004/1315 esas, 2006/1048 karar.)

Sanığın Bizim K. . . gazetesinin 6. 12. 1999 tarihli nüshasındaki "Rezalet" başlıklı yazıda katılanın yönetim kurulu başkanı olduğu SS K... Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Kooperatifi hakkında "yolsuzlukların, şaibelerin ve çirkeflüğün döndüğü ...", 20. 12. 1999 tarihli nüshasındaki "kredini bize ver" başlıklı yazıda ise, "benimle akşam yemeğine çıkarsan krediyi alırsın diyerek bir bayana iğrenç tekliflerde bulunduğu biçimindeki ifadelerle katılanı küçük düşürücü değer yargılarında bulunduğu, eleştiri ve haber verme hakkının sınırlarını aştığı gözetilmeden yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır. (Y. 4. CD'nin 08. 05. 2006 tarih 2004/14909 esas, 2006/10531 karar.)

gazeteci kadar gerçeğe saygı göstermek yükümlülüğünde değildir.⁹¹

Yargıtay'a göre, "Eğlendirme, güldürme ve bir kimsenin davranışına incitmeden takılma amacı güden ince alay" olarak tanımlanan ve edebiyat ve karikatür alanlarında kullanılan bir yöntem olan mizah (güldürü) eleştiri ve düşünce açıklamasının sanatsal yollarından biridir. Bu nitelikleri dolayısıyla Anayasanın 26. ve 27. maddelerindeki düşünceyi ve sanatı açıklama ve yayma özgürlükleri kapsamındadır. Mizah yoluyla yapılan benzetme ve takılmalar sert, ağır ve sarsıcı olabilir. Bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın icrasının sağladığı korumadan yararlanabilmesi için mizahın, özü itibarıyla incitici, küçültücü değer yargıları içermemesi, ölçülü bir anlatım kullanılması, yani fikri bağın varlığı; diğer yandan mizah görüntüsü altında başkasını gülünç duruma düşürme amacının bulunmaması gerekir.⁹²

Yüksek Mahkeme'ye göre, mizahın küçültücü değer yargılarının içermemesi ve başkasının gülünç düşürme amacının bulunmaması kaydıyla, mizah yoluyla yapılan eleştiriler, sert, ağır ve sarsıcı olabilir.⁹³

VI. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

A. AĞIRLAŞTIRICI SEBEPLER

Hakaret suçunda temel cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli haller yeni Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 480/a. maddesinde yer alan "suçun tahrif edilmiş vesikaya dayanılmak suretiyle işlenmesi" haline yönelik ağırlatıcı nedene yeni düzenlemede yere verilmemiştir

⁹¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı...*, s. 235.

⁹² (4. CD'nin 14. 11. 2006 tarih ve 2005/9531 esas-2006/16278 sayılı kararı).

⁹³ Çizgi yerine fotoğraf kullanılarak meydana getirilmiş bir tür karikatür olan dava konusu resmin yayımlandığı "G.Ç." adlı derginin salt mizah dergisi olmayışı da göz önünde bulundurulduğunda, resimde kamu görevi yapmakta olan katılan hakkında "çirkef, lağım, kolayca aldatılan, aptal, saf (kişi)" anlamına gelen "keriz" sözcüğünün kullanılması suretiyle katılan hakkında incitici ve küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve eylemin hukuka uygunluk sınırının aşıldığı gözetilmeden yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir. (4. CD'nin 14. 11. 2006 tarih ve 2005/9531 esas- 2006/16278 sayılı kararı)

1. Suçun Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi

Maddenin açık anlatımına göre sövme suçundan verilecek cezanın arttırılarak uygulanabilmesi için kamu görevlisine karşı ve görevinden dolayı işlenmesi zorunludur. Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde tanımlandığı biçimiyle "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" anlaşılmalıdır. 6. madde gerekçesinde açıklandığı üzere "kişinin kamu görevlisi olması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler."⁹⁴

Bu düzenlemenin, eski TCK'nın görevliye huzurda sövme ve hakaret suçuna ilişkin 266. maddesinin karşılığı olduğu gibi, 483/1. maddede açıklanan "noter gibi usuli dairesinde hiddematı ammeden biri ile muvazzaf olan" şahıslara huzurda sövme suçlarının ve suçun gıyapta gerçekleşmesi halinde uygulanan 273. maddenin karşılığı olduğu gözetildiğinde önemli farklılıklar olduğunu görmekteyiz.

Öncelikle suçun huzurda ya da gıyapta gerçekleşmesinin önemi kalmamıştır. Ancak gıyapta işlenmesi halinde ihtilat ögesinin gerçekleşme zorunluluğu unutulmamalıdır.⁹⁵ 266. maddede düzenlendiği biçimiyle memuriyetin derecesi cezanın artış miktarında doğrudan etken değilse de, hakimin iki sınır arasında cezayı belirlemesine yönelik takdir hakkını kullanmasında ölçüt olacaktır.

Buna göre, eski düzenlemede öngörüldüğü biçimde başbakana

⁹⁴ Kamu görevlisi kavramı konusunda geniş bilgi için bkz. , Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, *Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınevi Ankara 2007.

⁹⁵ Yenidünya/ Alşahin, a. g. m., s. 72.

sövme halinde belirlenen ceza ile herhangi başka memura örneğin köy bekçisine sövme halinde verilecek ceza farklı iken, yeni sistemde her ikisi için aynı ceza verilebilecektir.⁹⁶

Kamu görevlisine sövme, cezanın arttırılması için tek başına yeterli olmayıp mutlaka görevden dolayı işlenmesi gereklidir. Görevden dolayı yapılan hakaretin mutlaka görev sırasında gerçekleşmesi gerekmez.⁹⁷ Kamu görevlisinin icra ettiği görevle hakaret eylemi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Aksi halde maddenin 3/a fıkrası uyarınca ceza arttırılmayacak, birinci fıkra hükmünün uygulanması ile yetinilecektir.⁹⁸

Ceza Kanunu'nun 342. maddesinde, yabancı devlet temsilcileri kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi kavramına dahil edilmiştir.

İşlenen suçun hakaret olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun mensup olduğu devletin değil, doğrudan kendisince yapılacak şikayete bağlı olması ve 343. madde uyarınca karşılıklılık esası benimsenmiştir. Yani mağdurun mensubu olduğu devlet kanunlarına göre de aynı esaslar Türkiye bakımından kabul edilmiş bulunmalıdır.

Maddenin 5. fıkrasında kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hali düzenlenmiştir.

Kurul, Türk Dil Kurumu sözlüğünde *“bir işi yapmak, yönetmek veya bir kurum ve kuruluşu temsil etmek için görevlendirilmiş kişilerden oluşmuş topluluk, heyet”* olarak tanımlanmıştır.⁹⁹ Bu tanıma uyan ancak ve mutlaka üyeleri kamu görevlisi niteliği taşıyan kurul suçun mağduru olarak belirlenmiştir.

765 sayılı TCK'da kurul kavramı adli heyet (yargı yetkisine sahip tek hakimli olmayan bütün mahkemeler), siyasi heyet (devletin siya-

⁹⁶ Çetin, Hakaret Suçları, s. 27.

⁹⁷ Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 72.

⁹⁸ Sanığın, görevli hakime görevi nedeniyle olmayıp görevi sırasında hakaret ettiği nin kabulü karşısında, eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 125 ve 131 maddeleri uyarınca soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı hakaret suçunu oluşturacağı gözetilerek şikayet yokluğu nedeniyle düşme kararı yerine, yanılığlı değerlendirme ve uygulama sonucu 765 Sayılı Yasaya göre hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır. (4. CD'nin 5. 12. 2006 tarih ve 2005/11873 esas- 2006/17270 sayılı kararı)

⁹⁹ http://tdk.org.tr.

si fonksiyonlarını ifa eden devlet teşkilatına dahil olan organlar) ve askeri heyet olarak tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş iken, yeni düzenlemede kavram genişletilmiştir. Bu durumda disiplin kurulları, adalet komisyonu vb. de kurul kapsamına girecektir.¹⁰⁰

Eski düzenlemede kurula hakaret tek suç kabul edilip, tek ceza verilirken, yeni kanun uygulamasında kurula hakaretin kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Ancak, madde metnine 5377 sayılı kanunla işlenen değişiklik ile bu durumda zincirleme suça ilişkin madde (m. 43) hükümlerinin uygulanacağı hususu pekiştirilmiştir.

125. maddenin 5. fıkra hükmünün uygulanabilmesi için kurula hakaretin görevden dolayı yapılması zorunludur. Görevden dolayı hakaretin belirlenmesinde, yapılan görevle hakaret fiili arasında bir nedensellik bağı esas alınmalıdır. Nedensellik bağının kurulamadığı hallerde ya da görev sırasında suçun işlenmesi durumunda maddenin birinci fıkrası ile uygulama yapılmalıdır.¹⁰¹

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

765 sayılı TCK'nın 175. maddesinin 3. fıkrasında,¹⁰² "Din Hürriyeti-

¹⁰⁰ Özbek, a. g. m., s. 259.

¹⁰¹ Çetin, a. g. e., s. 28.

¹⁰² **Madde 175 - (Değişik: 20. 5. 1987- 3369/1 m.)**

Dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal eden kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmileş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Fiilin işlenmesi sırasında cebir, şiddet, tehdit veya hakaret vaki olmuş ise, faile bir yıldan iki yıla kadar hapis ve on bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmileş bin liraya kadar ağır para cezası verilir. Üçüncü fıkrada yazılı suçlar, basın ve yayın yoluyla işlenirse ceza bir misli artırılarak hükmolünür.

Birinci fıkrada yazılı suçların basın ve yayın yoluyla teşvik ve tahrik edilmesi halinde aynı ceza uygulanır.

ti Aleyhinde Cürümler” başlığı altında ayrı bir suç olarak yapılan düzenlemenin kısmen karşılığı olan bu nitelikli hale yeni TCK’nın 125. maddenin 3/b fıkrasında yer verilmiştir. Eski düzenlemede sadece dini inançlardan söz edilmesine karşın yeni yasada siyasi, sosyal, felsefi inanç ve düşüncelerden söz edilmekte, buna karşılık kişinin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı hakaret cezalandırılırken bunlara aykırı davranışın kınanması, tahkir veya tezyifi nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir.

Maddenin 3/b. fıkrası uyarınca ağırlaştırılmış ceza uygulanabilmesi için;

- Maddede tanımlandığı üzere, yani kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek biçimde,
- Somut fiil ya da olgu isnadı veya,
- Sövme suretiyle hakaret gerçekleşmeli,
- Hakaretin, kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini,
- Açıklamasından,
- Değiştirmesinden,
- Yaymaya çalışmasından,
- Mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı yapılması gereklidir.

Buna göre, kişinin şeref ve saygınlığının yanı sıra düşünce ve inanç özgürlüğü de korunmuş olmaktadır.

3. Suçun Kişinin Mensup Bulunduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle İşlenmesi

Yine 765 sayılı TCK’nın 175/3. maddesinde “Allah’a veya dinlerden dolayı bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine” hakaret biçiminde düzenlenen suçun, yeni yasada “mensup olunan dine göre kutsal sayılan değerler” biçiminde daha genel ve genişletici nitelikte bir ifade tercih edilerek hakaret suçunun ağırlatıcı unsuru olarak düzenlendiğini görmekteyiz.

Eski TCK’nın yürürlüğü sırasında 175/3. maddesinin uygulanmasında özel kastın aranıp aranmayacağı konusunda gerek Yargıtay kararları ve gerekse öğretide görüş ayrılıkları bulunmakta idi.¹⁰³

¹⁰³ Soyaslan, a. g. e., s. 265.

Ancak fiilin, eski yasada “*Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*” başlığı altında müstakil bir suç iken, yeni yasa ile “*Şerefe Karşı Suçlar*”dan sayılıp hakaretin ağırlatıcı hali olarak düzenlenmesi ve fıkra metninde açıkça hakaretin “*Kişinin mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle*” işlenmesi ifadesinde yer verilmiş olmakla özel kasıt aranmaması gerektiği açıktır.

Genel anlamda suçun koruduğu hukuki değer kişinin şeref ve saygınlığı olmakla, bunun ihlali sonucunu doğuran eylemin dini değerler vasıta kılınarak işlenmesi halinde genel kasıt altında suç oluşacaktır.

4. Suçun Alenen İşlenmesi

Kanununun 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaretin alenen işlenmesi halinde cezanın altında biri oranında arttırılacağı benimsenmiştir. Arttırım yapılırken maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen cezalar ayrı ayrı değerlendirilmeli, birinci fıkradaki halde alt sınır itibarıyla üç ay, üçüncü fıkrada ise bir yıl üzerinden uygulama yapılmalıdır.

1. 6. 2005 ile 8. 7. 2005 tarihleri arasında yürürlükte olan metin “*ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altında biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında arttırılır*” iken, 5377 sayılı kanun ile ikinci cümle metinden çıkarılmış ve değişiklik gerekçesinde “*suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hali de aleniyetin gerçekleşiş şekillerinden birini oluşturmaktadır. Hakaret suçuyla ilgili olarak aleniyet, bir nitelikli unsur olarak belirlendiği için söz konusu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, bu suç açısından ayrı bir nitelikli unsur olarak görülmemiştir*” denilmiştir.

Yasa metninden çıkarılmakla birlikte suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı neden olmaya devam edeceğinden konuyu iki başlık halinde incelemek yararlı olacaktır.

a. Suçun Aleni Yerlerde İşlenmesi

Yasal düzenlemede aleniyet hakkında açık bir tanıma yer verilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Aleniyet konusu, mülga 765 sayılı yasanın askerleri itaatsızlığa tahrik suçunun düzenlendiği 153/4. maddesinde sayılmak suretiyle gösterilmişti. Anılan maddeye göre;

Ancak aleniyet kalabalık sayıda kimselerin hakareti öğrenmelerinin mümkün bulunması hali olarak açıklanabilir, söylenen sözün duyulup duyulmaması önemli olmayıp, bunun olanaklı bulunması yeterlidir.¹⁰⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu hakaretin herkesin girip çıktığı bu nedenle herhangi bir kimsenin duyup işitebileceği yerde yapılması halinde aleniyet vardır demektedir. (CGK. 5. 12. 1966, 276/456)¹⁰⁶

Doktrinde aleniyet “*hakaret teşkil eden fiilin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunması olarak*” tanımlanmıştır.¹⁰⁷

Aleniyet ile ihtilatı ayırmak gerekir. İhtilatta, hakareti öğrenmesi zorunlu kılınan belli sayıda kimse söz konusu iken, aleniyette kalabalık sayıda kimselerin öğrenmesi olanağının bulunması yeterli fakat eylemin yüze karşı gerçekleşmesi durumunda ihtilata yeter sayıda olmasına dahi gerek olmayacaktır.

Yeni düzenleme ile suçun gıyapta ya da huzurda işlenmesi arasında fark kaldırılmış olduğundan, ihtilat ögesinin gerçekleşmesi koşuluyla hakaretin gıyapta alenen işlenmesi durumunda da ağırlatıcı ceza uygulanacaktır.

Uygulamada herkese açık umumi yerler ile herkesin girebileceği yerler aleni kabul edilmektedir. Suçun işlendiği yer taraf ve tanık anlatımlarına göre tartışmasız ve açıkça sokak, park, kahve, yol gibi aleni kabul edilen bir yer ise veya evin içi, apartman merdiveni gibi aleni olmayan yerlerden olmayan ise keşif yapılmasına gerek yoktur. Ancak, suçun işlendiği yerin aleni yerlerden olup olmadığı konusunda tereddüt varsa, keşif yapıp, bilirkişi raporu alınmalıdır. Kamu binaları herkesin girip çıkabileceği yerlerden olduğundan buraların aleni

“Fiil:

1. Matbuat vasıtası ile veya her hangi bir propaganda vasıtası ile;
2. Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;
3. Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarı ile hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanunu’nun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır.

¹⁰⁵ Erem/Toroslu, *a. g. e.*, s. 464.

¹⁰⁶ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 265.

¹⁰⁷ Yenidünya/Alşahin, *a. g. m.*, s. 75.

yerlerden olduğu konusunda şüphe yoktur.¹⁰⁸

b. Suçun Basın Yayın Yolu ile İşlenme

Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde; "*Basın ve Yayın yolu ile deyiminden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır*" denilmiştir.

Bu durumda, 765 sayılı yasadaki düzenlemenin aksine, yeni Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde sayılan araçlar dışında örneğin hakaret unsuru içeren yazı ya da resim vb. nin genel bir yere asılması ya da dağıtılması eylemleri basın ve yayın suretiyle yapılmış saymayacak, ancak yine de aleniyet ögesi gözetilerek değerlendirme yapmak gerekecektir.¹⁰⁹

B. CEZAYI HAFİFLETEN SEBEPLER VE ÖZEL CEZASIZLIK SEBEPLERİ

1. Haksız Fiil Nedeniyle Hakaret

Türk Ceza Kanunu'nun 129. maddesinin 1. fıkrası ile hakaretin haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hali, cezada indirim yapılması ya da hiç ceza uygulanmaması sebebi sayılmıştır.

Kanun koyucu burada hakaret suçuna özgü, özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapmıştır. YTCK'nın 29. maddesinden farklı olarak, mahkeme cezadan indirimde gidebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçebilir. Ancak, YTCK'nın 129. maddesinin uygulandığı durumlarda, genel tahrik hükmü uygulanamaz.¹¹⁰

Hükmün uygulanabilmesi için;

- Hakaret ve kasten yaralama dışında başka bir tahrik eyleminin bulunması gerekir. Aksi halde aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarının uygulanması söz konusudur.

- Tahrike konu eylem haksız yani herhangi bir hakka dayanmayan

¹⁰⁸ Kaymaz, Seydi/Gökcan Hasan Tahsin, *Uygulamalı Sulh Ceza Davaları*, 2. baskı, Adil Yayınevi, Ankara, s. 350.

¹⁰⁹ Çetin, *Hakaret Suçları*, s. 32.

¹¹⁰ Dönmezer, a. g. e., s. 272; Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 76.

bir eylem olmalıdır. Konusu suç teşkil edebileceği gibi suç tanımına girmeyen ancak hukuka aykırı herhangi bir eylem olabilir. Haksız tahrike konu eylemin suç olması durumunda kovuşturma konusu yapılmış ya da cezalandırılabilir nitelikte olup olmaması önemli değildir.

- Haksız eylemin bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Her ne kadar 765 sayılı TCK'nın 485. maddesinde açıkça yer alan "*Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise...*" ifadesi yeni düzenlemede metne alınmamış ise de madde gerekçesinde mağdurun kendi haksız hareketiyle hakarete neden olmasından söz edilmiş bulunmasına göre,¹¹¹ üçüncü bir kişinin haksız fiilini indirim ya da cezasızlık sebebi saymak mümkün olmayacaktır.¹¹²

Ancak, mağdurun haksız eylemi hakaret suçunun failinden başka, üçüncü kişiye yönelik olarak gerçekleşmiş bulunabilir. Buna tepki olarak işlenen hakaret suçu nedeniyle¹¹³ 129. maddenin birinci fıkrasına uygulanması mümkündür. Örneğin, çocuğuna cinsel tacizde bulunan kişiye hakaret eden fail hakkında haksız tahrikin varlığı kabul edilmelidir.

- Hakaretin haksız eylemi gerçekleştiren kişiye karşı yapılması gerekir.

- Hakaret ile haksız tahrike konu eylem arasında nedensellik bağı bulunmalı, suç tepkisel olarak işlenmelidir. Tahrikin gerçekleştiği an ile hakaretin yapılması arasında zaman aralığı bulunması nedensellik bağının kurulabildiği durumda önemli olmayacaktır.

Esas olarak TCK'da haksız tahrik 29. maddede düzenlenmiş olup, tüm suçlar bakımından genel hafifletici sebeptir. 29. madde karşısında özel hüküm niteliğinde olan 129. madde yalnızca hakaret suçu bakımından uygulanır.

Genel tahrik hükmünde yer alan "*hiddet veya şiddetli eylem*" ifadeleri 129. maddede bulunmamaktadır. Eski yasanın 51 ve 485. maddelerinde de durum aynı idi. Bu nedenledir ki, genel tahrik hükmünden farklı olarak haksız hareketin mağdurda şiddetli öfke veya üzüntü ya-

¹¹¹ Madde gerekçesi için bkz., Artuç, Mustafa/Bayyurt, Yıldırım. Gerekçeli Karşılaştırmalı TCK-CMK-CGİK 5. Baskı Kartal Yayınevi Ankara 2007 s. 232.

¹¹² Karşı görüşte, Özbek, a. g. m., s. 271.

¹¹³ Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 436.

ratmasını bir unsur olarak belirlemeye gerek olup olmadığı konusunda görüş ayrılıkları vardır.¹¹⁴ Ancak yasal düzenleme gözetildiğinde hakaret suçunun, mağdurun hukuka uygun olmayan, haksız eylemine tepkisel olarak işlenmiş bulunması cezadan indirim ya da cezasızlık sonucunu doğurmaya yeterlidir. Ayrıca hiddet ya da şiddetli elem niteliğinde olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Bu düşünüş kanun koyucunun gerek madde metninde ve gerekse gerekçesinde, anılan ifadelere yer vermemek suretiyle özel tahrik hükmü ihdasına uygun düşer. Esas olan suçun ani öfkeyle tepkisel olarak işlenmesidir.

Hakaret suçunun faili 129/1. maddede öngörülen koşullar altında mağdurun haksız hakaretine tepkisel olarak suçu işlediği savunmasına dayanmışsa savunmasının aksinin ispatlanamadığı durumda cezanın indirilmesi yoluna gidilmelidir.¹¹⁵

Haksız fiile tepki olarak işlenen hakaret nedeniyle verilen ceza indirilebileceği gibi, ceza verilmekten de vazgeçilebilir. Ceza vermekten vazgeçilen hallerde önce hüküm kurulmalı daha sonra da kanaatimizce 223/4-c maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.¹¹⁶

¹¹⁴ Teczan/Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 435-436: "genel tahrikten farklı olarak haksız hareketin, failde gerçekten öfke ve üzüntü meydana getirmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur"; Soyaslan, *a. g. e.*, s. 256: "hakaret haksız tahrike karşı aradan uzunca bir zaman geçmeden reaksiyon olarak yapılmalıdır. Oysa 29. maddede ifadesini bulan genel haksız tahrikte, tahrik anı ile reaksiyon anı arasında zaman geçebilir, yeter ki fiil haksız tahrikten dolayı oluşan gazap ve elemnin sonucu işlenmiş olsun"; Erem/ Toroslu, *a. g. e.*, s. 467 "...485. maddede gazap ve şiddetli elemnin mevcudiyeti hakkında kanuni farazyeye yer verilmiş, esasen tatbikatta haksız tahrikte dahi konusunda şart koşulan gazap ve şiddetli elemnin ayrıca ispatı mümkün olmamakta ve taarruzun haksızlığının anlaşılmasıyla gazap ve şiddetli elem mevcut farz edilmektedir"; Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 334 "Kanaatimizce burada da bir gazap veya elemnin varlığı aranmakta ancak bu şartın bulunduğu bir karine olarak kabul edilmektedir. 51. maddeye dayanan kimse gazap ve elemnin bulunduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu halde, 485/1. ileri sürenin böyle bir ispat yükü yoktur".

¹¹⁵ Sanığın, müdahilin kullandığı otosunu sürekli kapısının önde durdurması ve koruna çalmasından dolayı rahatsız olduğunu ve müdahili çalıştığı işyerine de şikâyet ettiğini, olay günü de bu suretle kendisini rahatsız etmesi üzerine suçu oluşturan sözleri söylediğini tüm aşamalarda kararlılık gösteren şekilde savunmasına rağmen, sanık hakkında TCK'nın 485. maddesinin 1. fıkrasının uygulanmasının gereklik gerekmediğinin tartışılmaması yasaya aykırıdır. (2. CD. 13. 3. 1992, E. 2643-K. 3099)

¹¹⁶ Aynı yönde, Meran, *a. g. e.*, s. 672-673.

2. Karşılıklı Hakaret

Ceza Kanunu'nun 129. maddesinin 3. fıkrasına göre; *"hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."* Bu hükmü haksız tahrik olarak nitelendirmemek gerekir. Zira karşılık olarak gerçekleşen eylemde tahrikten söz edilebilirse de, ilk hakareti gerçekleştirenin eyleminde tahrik söz konusu olamayacağı halde her ikisi bakımından da cezada indirim ya da cezasızlık kararı verilebilecektir.¹¹⁷

Karşılıklı hakaret hükümlerinin uygulanabilmesi üç koşulun gerçekleşmesine bağlıdır.

- Karşılıklı olarak işlenen suçların her ikisi de, 125. maddede yer alan tanıma uygun olmalıdır. Somut bir fiil ya da olgu isnadı şeklinde olabileceği gibi sövmek suretiyle gerçekleşmiş de olabilir. Yoklukta hakarete ihtilat ögesi gerçekleşmediği takdirde suç da oluşmayacaktır. Ancak iki tanıkla ispat gerçekleşmişse, yine karşılıklı hakaretin varlığından söz edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi kabul edilse bile aynı maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.

- İlk hakareti gerçekleştirenin haksız olması, eyleminin hukuka aykırı bulunması gerekir. Bir hakkın yerine getirilmesi ya da görevinin ifası sırasında gerçekleşen hakarete karşılık veren kimse indirim ya da cezasızlık nedeninden yararlanamaz. Örneğin terbiye hakkını kullanıp oğlunu azarlayan babaya karşılık veren oğlu hakkında bu fıkra hükmü uygulanamaz.¹¹⁸ Ancak ilk tahkir eylemi hukuka aykırı olmakla birlikte cezalandırma koşulunun gerçekleşmemesi-milletvekili dokunulmazlığından yararlanma vb. -129. maddenin 3. fıkrasının uygulanmasına engel olmayacaktır.¹¹⁹ Keza karşılıklı hakaretlerden birinin şikayet koşulu gerçekleşmediğinden kovuşturma yapılmamış olması da mümkündür.

- Hakaret karşılıklı olmalı ve aralarında nedensellik bağı bulunmalıdır. Karşılıklı hakareten söz edebilmek için ilk hakaret kim tarafından gerçekleştirilmiş ise karşı hakaretinde ona yöneltmesi gerekir.¹²⁰ Karşılığın derhal verilmesi gerektiği düşünülürse de nedensellik

¹¹⁷ Erem/Toroslu, *a. g. e.*, s. . 469.

¹¹⁸ Erman/ Özek, *a. g. e.*, s. 328, Çetin,*a. g. e.*, s. 100.

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 440.

¹²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 440; Erem/Toroslu, *a. g. e.*, s. 470-471; Karşı görüş:

bağının korunması kaydıyla engelin kalktığı ilk anda gerçekleşmesi yeterlidir. Yüze karşı hakaret durumunda dahi böyle düşünülmelidir. Zira çeşitli sebeplerle anında karşılık verilmesi mümkün olmayabilir. Sözelimi görgü kurallarına riayeti sağlamak adına topluca bulunulan yerden çıkıldığında karşılık hakaret gerçekleşmiş olabilir. Önemli olan makul bir sürenin geçmesi ve nedensellik bağının korunmasıdır. Aynı şekilde basın yoluyla işlenen suçlarda karşılığın gerçekleşmesi yeni bir yayımı gerektirecek bu da doğal olarak her zaman olamayacaktır.¹²¹ Hakaretin gıyapta gerçekleşmesi halinde de karşılık hakarettten söz edilebilir. Ancak öğrenilir öğrenilmez karşılık gerçekleşmelidir.

129. maddenin 3. fıkrasının uygulanabilme koşullarının oluştuğu hallerde, tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ya da hangisinin cezalandırılacağı konusunda hakim takdir yetkisini kullanacaktır. Burada belirleyici olan *"olayın mahiyeti"*dir. Eski düzenlemede *"icabına göre"* denilmiş, madde metninde ayrıca *"hangi tarafın sebebiyet verdiği nazara alınarak yalnız biri hakkında"* cezanın ıskat edilebileceği açıkça gösterilmiş idi. 129/3. madde metninde bu ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte, gerekçede, karşılıklı hakaret halinde hangisinin neden olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiği açıklanmıştır. Bu durumda, olayın mahiyetine göre mahkemenin her iki tarafın cezasını indirmek ya da iki taraf için de ceza verilmesinden vazgeçmek biçiminde karar verebileceği hususunda tereddüt yoktur. Yalnızca taraflardan biri için indirim ya da cezasızlık uygulaması yapması da kanun öngördüğü bir durumdur. Ancak bu halde ilk hakareti gerçekleştiren hakkında, karşı tarafın cezası indirilmeden ya da vazgeçilmeden bu hüküm uygulanabilecek midir? Eski uygulamada, yalnızca bir taraf için cezanın düşürülmesi kararı verilecekse bu kişi karşılık veren olmakta idi. Kanaatimizce yeni düzenlemeye göre, somut olayın özellikleri gözetilerek karşılıklı eylemler arasında açık bir orantısızlık varsa, hakkaniyet ölçüsünde ilk haksız hareketi gerçekleştirenin de cezasının

Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 329. İtalyan Yargıtayı'nın bu husustaki görüşünü benimseyerek "...başka birisine vaki tahkire bir üçüncü kişi karşılık verecek olursa 485. maddenin tatbiki cihetine gidilmez, meğer ki tahkir edilen kimse ile karşılık veren arasında, bu sonuncunun karşılık vermesini makul gösterecek derecede bir yakınlık bulunsun."

¹²¹ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 330; Çetin, *a. g. e.*, s. 103; Tezcan/Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 440; Erem/Toroslu, *a. g. e.*, s. 471; Karşı görüşte, Soyaslan, *a. g. e.*, s. 257, 258: "Hakarete uğrayan şahıs hakaret edene hemen reaksiyon göstermeli ve hakaret etmelidir. Her iki hakaret de huzurda ve hukuka aykırı olmalıdır."

indirilmesi veya ceza verilmesinden vazgeçilmesine olanak sağlanması gerektiği düşünülmelidir.

3. Suçun Kasten Yaralamaya Tepki Olarak İşlenmesi

129. maddenin 2. fıkrası uyarınca hakaret suçu kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmişse faile ceza verilemeyecektir. Fıkra gerekçesinde kişinin kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu nedeniyle cezalandırılmayacağından söz edilmiştir. Eski ceza kanununun 485/3. maddesinde “*şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir.*” denilmiş olup, bu anlamda şiddet kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yönelik eylemleri de içermekteydi.¹²² Yeni yasada kasten yaralamadan söz edilmekle kapsamın daraltılıp, özgülendiğini görmekteyiz.

Fıkra hükmünün uygulanabilmesi için;

Hakaret suçunun mağduru tarafından gerçekleştirilen,

- Kasten yaralama eylemi bulunmalıdır. Kastın doğrudan ya da olası kast biçiminde olması mümkündür. Eylem haksız olarak gerçekleşmeli, bir görevin yerine getirilmesi ya da hakkın kullanılması gibi herhangi hukuka uygunluk niteliği taşımamalıdır. Ayrıca cezalandırılabilir ya da kovuşturma konusu yapıp yapılmamış olması önemli değildir. Kasten işlenmelidir. Taksir halinde 129. maddenin birinci fıkrası uygulanabilecektir.¹²³

Eski yasanın aksine “*şiddet kullanılması*” ifadesine yer verilmemiş olmasına göre “*kasten yaralama*”dan, 5237 sayılı kanunun 86. maddesinde tanımlandığı üzere “*başkasının vücuduna acı veren, sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan*” her türlü eylem anlaşılmıştır. Yaralamanın basit ya da nitelikli halinin gerçekleşmiş olması arasında fark yoktur.

- Kasten yaralama eyleminin hakaret suçunun failine karşı geçek-

¹²² Erman/Özek, a. g. e., s. 332.

¹²³ Aksi görüşe göre (Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 79), taksirle yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret suçunda YTCK'nın 129/2. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda YTCK'nın 29. maddesindeki genel haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

leştirilmiş olması gerekir.¹²⁴ Eski yasadaki “*şahıs hakkında şiddet uygulanması*” koşuluna 129. maddenin 2. fıkrasında açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte madde gerekçesinde açıkça “*kişinin kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçundan dolayı cezalandırılmayacağı*” işaret edildiği gözetilmelidir. Bu cezasızlık halinin meşru müdafaa niteliğinde olduğu ve bu nedenle üçüncü kişiye yönelik yaralama karşısında da uygulanacağını kabul etmek meşru müdafaa saldırıyı defetmek zorunluluğu ile bağdaşır gözükmemektedir. Zira başlı başına tahkir niteliği taşıyan hakaret suçuna, saldırıyı defetme anlamı yüklemenin doğru olmayacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle üçüncü kişiye yönelik kasten yaralamanın bir haksız fiil olduğu gözetilerek 129. maddenin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.

- Hakaret, kasten yaralama eylemine tepki olarak işlenmelidir. Bu nedenle eylemin devamı sırasında ya da hemen ardından hakaret edilmiş olmalı, araya fasıla girmemelidir. Ancak, kişinin aldığı darbenin etkisiyle karşılık veremeyecek konuşamayacak hale gelmesi ancak ilk tedavisi sonrası gibi bir ara ile hakaret etmesine ilişkin somut örnekte, nedensellik bağı ve ayrıca eyleme dair reaksiyonun devam ettiğinin anlaşılması halinde cezasızlık hükmünün uygulanması mümkündür.

- Hakaret, kasten yaralama eylemini gerçekleştirene yöneltilmelidir.¹²⁵ Fail kendisini yaralayandan başkasına karşı hakaret etmesi halinde bu cezasızlık hükmünden yararlanamaz.

4. İsnadın İspatı

Hakaret suçunda isnadın ispat edilmiş olması halinde faile ceza verilmeyecektir. İsnadın ancak somut bir fiil ya da olgu içermesi hali için ispat mümkündür. Sövmek suretiyle hakarete ancak olumsuz değer yargısı söz konusu olup, ispata elverişli bir fiil bulunmamaktadır.

Ceza Kanunu’nun 127. maddesinde yer alan isnadın ispatına iliş-

¹²⁴ Aynı görüşte: Soyaslan, *a. g. e.*, s. 255; Çetin, *a. g. e.*, s. 102; Karşı görüş, Tezcan/ Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 442; Özbek, *a. g. m.*, s. 272’de “Eski düzenlemenin aksine yeni konumda şahıs karşı şiddet kullanılmasına yönelik sınırlama bulunmadığından ve ayrıca Özbek fıkra hükmünün meşru müdafaa hali olduğunu kabul le üçüncü kişiye yönelik kasten yaralamaya tepki olarak işlenen hakarete de bu hükmün uygulanması gerektiği görüşündedirler.

¹²⁵ Çetin, *a. g. e.*, s. 102.

kin hükmün birinci fıkrasının “*Bunun dışındaki hâllerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır*” biçimindeki üçüncü cümlesi tasarıda yer almazken TBMM Adalet Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında eklenmek suretiyle yasalaşmıştır.¹²⁶ Görüşme tutanaklarında amacın ispat hakkına ilişkin Anayasamızın 39. maddesine¹²⁷ paralellik sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Maddenin ilk hali itibariyle de Anayasamızın bu konuda belirlediği kuralların göz önünde bulundurulduğu, gerekçesinde açıklanmıştır.

Her ne kadar kamu görev ve hizmetinde bulunanların, bu görev ve hizmeti yerine getirmeleriyle ilgili isnatlardan dolayı ispat hakkı Anayasa’nın 39. maddesindeki düzenleniş biçimiyle kanun madde metnine alınmamış ise de iki hüküm özü itibariyle uyuşmaktadır.¹²⁸ Zira maddede, Anayasa’ya aykırı ya da çelişik bir düzenleme yoktur. Madde gerekçesinde açıkça Anayasa’daki bu hükme dayanıldığı ifade edilmiştir. Her ne kadar “*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı*” sanığın ispat hakkına sahip olduğu hususu yasada açıkça ifade edilmemişse de bunun uygulanmasını engelleyen bir hükmün varlığından, dolayısıyla da Anayasa’ya aykırılıktan söz edilemez.

O halde hukuk kurallarının uygulanmasında önceliğin Anayasa hükümlerine ait olduğu göz önünde tutulmalı ve kamu görevlisine görevinden dolayı yapılan isnatlarda ispat hakkının varlığı kabul edilmelidir.

Bunun yanı sıra, kamu görevlisine görevinden dolayı yapılan isnatta, isnadın doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararının varlığı kendini açıkça gösterir. Zira burada söz konusu olan kişinin özel hayatıyla ilgili isnatlar değil doğrudan kamu görevlisi olması ve yaptığı görevle ilgili olanlardır.

¹²⁶ Adalet Komisyonu’ndaki görüşme ayrıntıları için bkz., Güney, Niyazi/Özdemir, Kenan/Balo, Yusuf, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 395.

¹²⁷ AY 39. m.

¹²⁸ Aynı görüşte: Soyaslan, *a. g. e.*, s. 260, Karşı görüşte: Tezcan/Erdem/Önok, *a. g. e.*, s. 437: “Kamu görevi ve hizmetinde bulunan kişilere yönelik olarak bu görev ve hizmetlerin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı. İspat hakkının tanınması anayasal bir zorunluluk olduğu halde YTCK’da bu durumda ispat hakkının kullanılmasına olanak tanınmaması, YTCK m. 122’nin anayasaya uygunluğu konusunda ciddi kuşku uyandırmaktadır”.

Bir kimse hakkında kesin hükümle sonuçlanmış bir davayla işlendiği sabit görülen bir fiilden dolayı, hükmün kesinleşmesinden sonra bu husustan söz edilerek o kişiye isnatta bulunulması halinde isnadın ispatı söz konusu olamaz. Böyle bir olanak hayatında bir defa hırsızlık yapmış birisine sürekli hırsız denmesi, bir defa adam öldürmüş birisine sürekli katil denmesi, bir defada sahtecilik yapmış kişiye ömür boyu sahtekar denmesi sonucunu doğuracaktır. Bu husus da çağdaş hukuk zihniyeti içinde kabul olunamaz.¹²⁹ Bu nedenle, YTCK'nın 127/2. maddesi kesinleşmiş bir fiilden söz ederek bir kimseye karşı isnatta bulunulması halinde, hakaret suçunun oluşacağı isnadın ispatının söz konusu olamayacağı açıkça belirlenmiştir. Bu kimse hakkında verilen kesin hüküm mahkûmiyet dışında bir hüküm ise, zaten evleviyetle eylem, ispat edilememiş sayıldığından bu eylem isnat edilerek yapılan hakaret suç oluşturacaktır.¹³⁰

a. Uygulanma Koşulları

İsnadın ispatını düzenleyen 127. maddenin uygulanma koşullarını üç başlık halinde incelememiz mümkündür.

aa. İsnada Konu Fiilin Suç Olması ve Mağdurun Mahkûmiyeti

Bir suç isnadı suretiyle hakarete uğrayan kişi hakkında, isnat edilen suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması halinde, hakaret suçunun failine ceza verilmez. Ancak mahkûmiyet kararı hakaret fiilinden önce kesinleşmiş olmamalıdır. Aksi halde 127. maddenin ikinci fıkrası gereğince cezaya hükmedilmesi zorunludur.

Suç isnadının kamu görevlisine görevinden dolayı yapılması söz

¹²⁹ Dönmezer, *Kişilere ve mala Karşı...*, s. 255; Yenidünya/ Alşahin, a. g. m., s. 84.

¹³⁰ Erdağ, Ali İhsan, Doç. Dr., *Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD)*, Sonbahar 2004, sayı 2, s. 141; Sanık H. Domaç'ın program sorumlusu İY'nin yapımçı ve sanık FA'nın konuşmacı olarak bulunduğu "Futbol Gecesi" programında, sanık FA'nın katılan hakkında "H'nin pazarlama işini Beşiktaş'a, Kalkavan üstleniyor. Kalkavan kim? F. Cemaati denen grubun mali işlerine bakan, üstelik bakmaması gerektiği halde bakan, çünkü sabıkları var, kaçakçılıkla ilgili sabıkları var, buna rağmen..." diyerek katılanın önceden yargılanıp beraat ettiği davalardan söz edip sabıklı, kaçakçı olarak göstererek küçük düşürdüğü gözetilmeden, beraat kararlarına hükmolunması, (4. CD. 15. 10. 2002, 13143/15023)

konusu olabileceği gibi herhangi bir kimseye karşı da suç isnadında bulunulmuş olması hali madde kapsamına girer.

Hakaretin gerçekleştiği anda isnat edilen suç nedeniyle herhangi soruşturma ya da kovuşturmaya başlanılmış olup olmamasının önemi yoktur. Failin isnat suretiyle hakaret eylemini işlediğini inkâr etmeyip doğruluğunu savunduğu hallerde kanaatimizce, ispat hakkının kullanılmasını özel bir biçime bağlayıp, ayrıca bir ispat talebinde bulunulmasını aramak gerekmez. Her halde mahkemece isnadın suç oluşturduğu gözetilerek bekletici sorun kararı verilip durum ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirilecektir.

Soruşturmaya başlanılmış ise, sonucu beklenerek kovuşturmasızlık kararı verilip kesinleşmesi halinde ya da kovuşturma sonucu hükümlülük dışındaki, *“beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya davanın düşmesi”*¹³¹ kararlarından birine hükmolunması halinde isnat ispat edilememiş sayılacak ve hakaret suçu faili hakkında 127. madde uygulanmayacaktır. İspat ancak kesinleşmiş mahkûmiyet kararı ile gerçekleşmiş olur.

Madde gerekçesinde ön görülen sistem itibariyle, isnada konu suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığının ortaya çıkarılması ancak bu nedenle ilgili mahkemesinde açılmış veya açılacak olan ceza davasında söz konusu edilecektir. Yoksa hakaret davasının görüldüğü dosyada ispat yargılaması yapılmayacak, bu konuda açılan davanın sonucunun beklenmesine karar verecektir.

Burada *“bekletici sorun”* kavramının hukuki niteliği ve zamanaşımına etkisi sorunları karşımıza çıkar.

5237 sayılı TCK'nın 67/1. maddesi de *“soruşturma ve kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya mercilerin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılınca kadar dava zamanaşımını durur”* hükmüne yer verilmiştir.

O halde bekletici mesele ya da bekletici sorun, bir ceza davasının görülmesi sırasında o mahkemenin yetkisinin dışında kalan bir meselenin çözülmesiyle ilgili bağlantının bir sonucudur. Bekletici mesele

¹³¹ 5271 sayılı CMK m 223/1.

yüzünden muhakemenin durdurulması ancak muhakemelerin birleştirilmesinin, ya da bağlantılı davanın muhakemesinin de birleştirmeden aynı mahkemede yapılmasının (nispi muhakeme) kabul edilmediği hallerde söz konusu olabilir.¹³²

127. maddede kabul edilen sistemde, suç oluşturan isnadın başka mahkemede (ya da aynı mahkemede ayrı bir dava olarak) yargılamaya konu edilip kesinleşmiş hüküm niteliğini kazanması ve ancak bunun sonucuna göre hakaret davasında verilecek hükmün belirlenmesi zorunlu olduğundan zamanaşımının duracağını kabul etmek gerekir.

Öte yandan konusu suç olmayan isnatların ispatının hakaret davasına bakan mahkemece halli gerekeceğinden zamanaşımının durmasından söz edilemez.

ab. İsnat Olunan Fiilin Doğru Olup Olmadığının Anlaşılmasında Kamu Yararı Bulunması Gerekliği

Öncelikle isnat olunan fiil suç olmamalıdır. Aksi halde kamu yararı bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmeyecek, yukarıda açıklandığı üzere maddenin birinci fıkrasının, birinci ve ikinci cümleleri uyarınca işlem yapılacaktır.

Mahkeme hakaret suçu failinin ispat istemi üzerine fiilin doğruluğunun anlaşılmasında kamu yararı bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

Mağdurun gerek resmi gerekse özel hayatının bilinmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde en önemli kriter, mağdurun kişiliği ve kim olduğudur. Kamu hayatında rol almamış olan ve böyle bir rol almaya istekli olmayan kimsenin işlediği iddia olunun bir fiilin gerçek olup olmadığının bilinmesinde kural olarak kamu yararı yoktur. Özel hayata ait bir fiilin bilinmesinde de kamu yararından söz edilemez.¹³³

¹³² Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 273.

¹³³ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 342.

ac. Şikayetçinin İspata Razı Olması

Bu halde de konusu suç teşkil etmeyen bir fiilin isnadı söz konusudur. Ayrıca kamu yararının bulunup bulunmadığını araştırmaksızın doğrudan şikayetçinin rızasının varlığı halinde failin ispat hakkı kabul edilir.

Burada, “şikayetçi”den, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçu dışında yani soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçun mağdurunu anlamak gerektiği kanaatindeyiz.¹³⁴ Zira kamu görevlisine karşı ve görevinden dolayı somut olgu isnadının doğruluğunun anlaşılması, kamu yararının varlığını zaten içinde barındırır.

Buna göre, mağdurun uğradığı hakaret nedeniyle dava açmış olması ve dava sırasında failin isnadını ispat etmesine rıza gösterdiğini açıkça ve koşula bağlamadan belirtmiş olması gerekir.¹³⁵

İspata rıza gösteren şikayetçi artık bundan vazgeçemez. Ancak 5237 sayılı TCK’nın 73/4. maddesi uyarınca hüküm kesinleşinceye kadar şikayetinden vazgeçme yetkisi bulunduğundan davanın düşürülmesi suretiyle doğruluğunun ispatını engellemesi mümkün olacaktır.¹³⁶

Kanunda, ispat hakkının mağdur tarafından ne zamana kadar kabul olunabileceği konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Kanaatimizce, mağdur failin ispat talebini karar kesinleşinceye kadar her aşamada kabul edebilecektir.¹³⁷

5237 sayılı TCK’nın 131. maddesi ile mağdurun şikayet etmeden önce ölümü halinde, ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş ve kardeşlerinin şikayette bulunabileceğinin belirlenmesi karşısında isnadın ispatına rıza gösterme yetkileri bulunduğu düşünmekteyiz.

İsnadın ispat edilmesi, isnat edilen eylemin gerçek olduğu hususunun şüpheye yer bırakmayacak biçimde kesin ve tam olarak belir-

¹³⁴ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 343: 765 s. TCK’nın 481. maddesine yönelik açıklamasında: “mağdur sıfatını haiz olmak sözü geçen talepte bulunmak için yeterli değildir. Ayrıca mağdurun hakarettten dolayı dava açmış ve şikâyetinde bulunmuş olması da şarttır” denilmiştir.

¹³⁵ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 343.

¹³⁶ Erman /Özek, *a. g. e.*, s. 343.

¹³⁷ Aynı yönde Yenidünya/Alşahin, *a. g. m.*, s. 83.

lenmesidir. Burada mahkeme nispi bir yargılama yapmaktadır. Ancak, isnat edilen eylemin mahkûmiyet kararındaki kadar kesin bir biçimde ispat edilip edilmediğine bakılacaktır. Şüphe varsa, isnat edilmiş sayılmayacaktır.

İsnadın ispat edilmesi halinde 765 sayılı yasa döneminde düşme kararı verilmekte idi. Ancak, hangi hallerde düşme kararı verileceği 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar arasında YTCK'nın 127. maddesinden bahsedilmemiştir. Kanaatimizce bu durumda, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi uygun olacaktır.¹³⁸

765 sayılı TCK'nın 481. maddesindeki isnat ispat olunamadığı takdirde faile verilen cezanın artırılacağına ilişkin hüküm YTCK'ya alınmadığından isnadı ispatlamaya çalışıp da ispatlayamayan failin cezasından herhangi bir artırım yapılmayacaktır.¹³⁹

b.İsnadın İspatında Usul

Suç oluşturan fiilin isnat edilmesi halinde, isnadın doğruluğunun ispatı yargılamasının, hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkemede(daha açıkçası aynı dava dosasında) yapılmayacaktır. Mahkemece bu hususu bekletici mesele yapıp sonucu beklenecektir.

Kamu yararı bulunması veya rızaya dayalı olarak isnadın ispatı prosedürünün ne olacağı yönünde madde metninde bir hüküm bulunmadığı gibi, "kamu yararı" ya da "şikayetçinin rızası" nedeniyle ispat hakkı kanun tasarısında yer almayıp TBM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sonucu metne eklendiğinden gerekcede de açıklık yoktur.

Ancak suç olmayan isnadın doğruluğu hakaret davasının sonucunu etkileyeceğinden öncelikle halli gereken bir mesele vardır. İsnadın suç oluşturduğu durumunun aksine buradaki ispat şikayetçinin cezalandırılmasını gerektirmez, sadece hakaret suçunun sanığı cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla 5271 sayılı CMK 218/1. maddesinde

¹³⁸ Doktrinde bir kısım yazarlar bu durumda da CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca isnadı ispat eden fail hakkında düşme kararı verileceğini savunmuşlardır. (Tezcan/Erdem/Özok, a. g. e., s. 439; Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 250; Yenidün-ya/Alşahin, a. g. m., s. 82)

¹³⁹ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 250.

düzenlenen “ceza mahkemelerinin ek yetkisi” kapsamında ve bu kanun hükümlerine göre, hakaret suçuna bakan mahkemece, şikayetçi özel bir muhakeme usulüne tabi veya başka bir mercii de yargılanması gereken bir kimse olsa dahi isnat olunan olguların doğruluğu iddiasını inceler.¹⁴⁰

Mahkeme incelemeyi, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun genel hükümleri çerçevesinde yapacaktır.

Ancak bu durumda da, ispat ile ilgili yükümlünün kim olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. 765 sayılı TCK’nın 481. maddesinin 4, 5, 6. fıkralarına benzer bir hüküm YTCK’nın 127. maddesine alınmamıştır. Bu durumda iki şekilde düşünülebilir. Ya mahkeme re’sen failin gösterdiği tüm delilleri toplayacak ve isnadın ispatı konusunda faile yardımcı olacaktır. Ya da, bütün yükümlülük failin üzerine bırakılacak ve kendisine, 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi belli süre verilip bu süre içinde, isnadı ispatlaması istenecek, bu süre sonunda sunduğu delillerle mahkemeyi ikna edemezse, isnadını ispatlayamamış sayılacaktır.

Kanaatimizce, birinci düşünüş tarzının uygulanması, isnadın ispatının niteliği ile bağdaşmaz, çünkü fail bir isnatta bulunmuş ve bu isnadını ispatlayacağını bildirerek cezadan kurtulma imkânına kavuşmuştur ve bu isnadı nasıl ispatlayacağını da kendisi bilmektedir. Bu nedenle, isnadın ispatının mahkeme tarafından yapılması yönündeki bir düşünüş tarzı ceza hukukunun isnadın ispatı kurumuyla bağdaşmayacaktır. O halde ancak ikinci düşünüş tarzına göre fail kendisi isnatta bulunduğu fiili ispatlayacaktır. Failin kötü niyetli olarak yargılamayı sürüncemede bırakmasını engelleyici bir düzenlemeye de YTCK’da yer verilmemiştir. Bu durumda kanaatimizce, sanık iyi niyetli olarak, davayı uzatma düşüncesi olmadan ispata çalıştığı sürece mahkeme bu duruma izin vermelidir.

Kanaatimizce, failin isnadı ispat etmek için getirdiği delile karşılık, katılan veya cumhuriyet savcısı da delil ileri sürebilirler.

¹⁴⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *a. g. e.*, s. 269-270; Erdağ, *a. g. m.*, s. 141, “... İsnat olunan hususun aynı zamanda suç oluşturmadığı durumlarda. İsnadın doğruluğu ancak ve sadece hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkeme önünde araştırılabilecektir.”

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Hakaret suçunda kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Yukarıda açıklandığı üzere tehlike suçu olmakla mağdurun tahkiri duyması, ya da ihtilalın gerçekleştiği anda fiilin icra hareketleri bitmiş ve suç meydana gelmiş olur ve artık teşebbüsten söz edilemez.¹⁴¹

Ancak, huzura eşit sayılan araçların kullanılmasıyla işlenen hakarete icra hareketlerinin bitirilmemesi gibi bir durum söz konusu olabilir. Örneğin hakaret içeren mektubun postaya verilmesi ancak mağdura bir şekilde ulaşmamış olması vs. gibi. Burada, ancak 765 sayılı yasa anlamında eksik teşebbüsten söz edilebilir. Her ne kadar yeni TCK ile eksik teşebbüs, tam teşebbüs ayırımına son verilmiş ise de 35. maddenin ikinci fıkrada öngörülen “zarar ve tehlikenin ağırlığı” kıstasına göre uygulama yapılabilir.

Öğretide¹⁴² genel olarak bu koşulların bulunmasına bağlı olarak teşebbüsün varlığı kabul edilmiş ancak teorik olan bu sonucun, pratikte bir faydası olmayacağı vurgulanmıştır. Zira, hakaretin mağdurun bilgisine ulaşması halinde ancak suç olarak ele alınıp kovuşturulması mümkündür.

A. İŞTİRAK

Hakaret suçu iştirak hükümleri açısından özellik arz etmez. TCK'nın 37, 38 ve 39. maddeleriyle düzenlenen iştirak hükümlerinin uygulanması mümkündür.

B. İÇTİMA

Fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı birden fazla hakaret suçu işlerse zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. (md 43)¹⁴³ Suçların somut olgu isnadı ya da sövmek biçiminde işlenmesi yüze karşı ya da gıyapta olması halinde sonuç değişmeyecektir.

¹⁴¹ Centel/Zafer/Çakmut, a. g. e., s. 253.

¹⁴² Soyaslan, a. g. e., s. 239, Tezcan/Erdem/Önok, a. g. e., s. 451 ; Özbek, a. g. m., s. 272, Erman/Özek, a. g. e., s. 291.

¹⁴³ Aynı yönde Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 70.

Yoklukta hakaretin üç ve üçten fazla kişiye söylenerek gerçekleştirilmesi, ihtilat ögesi nedeniyle suçun unsuru olup tek suç vardır. Zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.¹⁴⁴

Aynı fiille birden çok kişiye hakaret edilmesi de aynı suç işleme kararının sonucu ise, 43. madde ile uygulama yapılmalıdır.

YTCK'nın 125. maddesinin son fıkrasında kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suçun kurul üyelerine karşı işlenmiş sayılacağı, ancak bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirlenmiştir.

VIII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

Suçun soruşturulması ve kovuşturma yapılması kural olarak şikayete bağlıdır. Ancak kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret halinde resen takibat yapılır.

Şikayet hakkı suçun mağduruna aittir. Ancak mağdur şikayet hakkını kullanmadan önce ölürse ikinci dereceye kadar üstsoy (ana, baba, büyükanne, büyükbaba) ve alt soyu (evlat, torun), eş ve kardeşlerin şikayet hakkı vardır. Buna bağlı olarak ölen mağdurun sağlığında yapmış olduğu şikayeti geri alabileceklerini de kabul etmek gerekir.

5237 sayılı yasanın 73. maddeleri uyarınca şikayet süresi altı aydır. Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre fiilin ve failin bilinmesi ya da öğrenilmesinden itibaren başlar. Şikayetten vazgeçme halinde dava düşürülür. Ancak vazgeçmeyi kabul etmeyen sanık hakkında etkili değildir. Şikayetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sanığa sorulmalıdır. Açıkça sorulmadığı durumlarda "kabul etmiyorum" dememişse kabul ettiği varsayılmalıdır.¹⁴⁵ Hükmün kesinleşmesinden sonra gerçekleşen vazgeçme cezanın infazına engel olmayacaktır.

Basın yoluyla işlenen hakaret suçları ile ilgili davalar 5187 sayılı yasanın 26. maddesine¹⁴⁶ göre, günlük süreli yayınlarda iki ay, diğer

¹⁴⁴ Meran, *a. g. e.*, s. 646-647.

¹⁴⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *a. g. e.*, s. 88: (Kabul edip etmediği sanığa sorulmalıdır. 4. CD, 2. 6. 1952, 5075/6251; 5. CD, 28. 5. 1976, YKD, 78, 128). Sorulmadığı halde kabul etmiyorum denmezse kabul sayıldığı vardır. (6 CD, 13. 5. 1976 YKD, 78, 1225; 9. CD 14. 3. 1985 İKİD 85/6914)

¹⁴⁶ Dava süreleri

yayınlarda dört ay içerisinde açılması zorunludur. Buradaki 2 aylık ve 4 aylık süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edildiği tarihten başlar.

Basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davalar, 5187 sayılı yasanın 27/3, maddesi uyarınca acele işlerden sayılır.

Şikayete bağlı bulunan hakaret suçu, adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörülmesi ve suçun uzlaşmaya tabi bulunması sebebiyle ön ödeme kapsamında değildir.

Yine, şikayete bağlı bulunan hakaret suçları hakkında CMK'nın 253. maddesi uyarınca ilk aşamada uzlaşma hükümleri uygulanacak, uzlaşma olmadığı takdirde CMK'nın 171. maddesi gereğince C. Savcısı tarafından bu suçla ilgili kamu davası açılmadan önce kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi tartışılacak kovuşturma aşamasında da CMK'nın 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği tartışılacaktır.

Kamu görevlisine karşı işlenen hakaret suçları ise, re'sen takibi gereken suçlardan olması nedeniyle, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseselerinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır.

Madde 26- Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

^{Bu} süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanunu'nun dava zamanlaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlanan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

^{Sorumlu} müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

^{Kovuşturulması} şikayete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanlaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

^{Kamu} davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez.

IX. YAPTIRIM

YTCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hakaret suçunu işleyen faile, 3 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Burada hapis cezasıyla adli para cezası seçimlik cezalardır. Adli para cezasının alt sınırı 5377 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 19. 12. 2006 tarihinden önce işlenen suçlarda YTCK'nın 52. maddesi uyarınca 5 gün,¹⁴⁷ bu tarihten sonra işlenen suçlarda ise, YTCK'nın 61/9. maddesi uyarınca 90 gündür. Mahkeme tarafından hapis cezasının seçildiği durumlarda bu ceza, para cezasına çevrilemez. Ancak, YTCK'nın 50. maddesindeki diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi imkânı mevcuttur.¹⁴⁸

YTCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen hakaret suçunun işlenmesi halinde, faile verilecek hapis cezası 1 yıldan 2 yıla kadar hapis cezasıdır.¹⁴⁹ Doktrinde 3. fıkradaki artırım nedenlerinin gerçekleştiği durumlarda mahkemenin adli para cezasını da seçebileceği ve bu cezanın 1 yıl karşılığı adli para cezasından az olamayacağı savu-

¹⁴⁷ Aynı yasanın 52/1. maddesine göre de; "Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir." Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde seçenek ceza olarak para cezasının öngörüldüğü durumlarda, cezanın alt ve üst sınırı gösterilmediği için verilecek ceza miktarı 52/1. maddesine göre belirlenecektir. 5237 sayılı TCY'de "Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz" biçiminde bir hüküm yer almadığından, mühür bozma suçunda seçenek ceza olarak adli para cezasının seçilmesi durumunda, adli para cezası olarak belirlenecek ceza miktarı hapis cezasında olduğu gibi, 180 gün değil, 5237 sayılı yasanın 52/1. maddesinde belirtildiği gibi 5 gündür.

İncelenen dosyada mahkemenin tabandan ayrılmayı gerektirir bir neden olmadığından söz ederek, adli para cezasının alt sınırını 180 gün olarak belirlemesi yasal değildir. (Y. 4. CD'nin 07. 11. 2006 tarih 2006/7708 esas, 2006/15882 karar)

¹⁴⁸ Saüğün işlediği suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezası seçenek yaptırım olarak belirlenerek hakim hapis cezasını seçmiş ise, artık bu hapis cezası kısa süreli de olsa, adli para cezasına çevrilemeyecektir. Burada hakimin takdir yetkisi kısıtlanmıştır. Ancak, diğer şartlar mevcutsa mahkeme, bu hapis cezasını diğer tedbirlere çevirebilecektir. (Y. 4. CD'nin 08. 11. 2006 tarih 2006/5345 esas, 2006/15883 karar)

¹⁴⁹ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, *a. g. e.*, s. 254; Yenidünya/Alşahin, *a. g. m.*, s. 86

nulmuştur.¹⁵⁰ Ancak, Yargıtay yerleşen kararlarında, buradaki cezanın seçenekli olmayıp yalnızca hapis cezası olduğu 3. fıkradaki nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda para cezasının söz konusu olamayacağı vurgulanmıştır.¹⁵¹ YTCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında sayılan nitelikli hallerin işlenmesi halinde verilecek cezanın hapis cezası olduğu kabul olunduktan sonra, verilen bu cezanın para cezasına ve 50. maddede belirlenen diğer seçenek yaptırımlara çevrilebileceğini veya ertelenebileceğinin kabulünde zorunluluk vardır. Daha açık bir deyişle, faile verilecek 1 yıl ve 1 yıldan az hapis cezaları YTCK'nın 50. maddesinde düzenlenen para cezası da dâhil olmak üzere tüm seçenek yaptırımlara çevrilebilecek veya ertelenebilecektir.

Hakaret suçu nedeniyle faile hapis cezası verildiği takdirde fail hakkında YTCK'nın 53. maddesinde düzenlenen belli haklardan yoksun kılma cezasına da hükmolunacaktır.

Suçun Basın yoluyla işlenmesi durumunda faile para cezası verilirse, 5187 sayılı yasanın "18. ve 22. maddelerdeki suçlar dışında bu kanunda öngörülen suçlar için hükmüden para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez." biçimindeki 28. maddesi hükmü burada uygulanacak mıdır? 5187 sayılı Basın Yasası'nda "bu kanunda (5187 sayılı kanunda) öngörülen suçlar" dan bahsedildiğinden, basın yoluyla hakaret suçu da 5187 sayılı yasada düzenlenmediğinden, bu hüküm uygulanmayacak ve basın yoluyla işlenen hakaret suçundan verilen adli para cezaları da ödeme emrine karşın hükümlü tarafından ödenmezse 5275 sayılı CGİK'nın 106/3. maddesi uyarınca hapse çevrilebilecektir.¹⁵²

X. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

5237 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi gereğince, hapis cezasının üst sınırı iki yıl olarak belirlenmiş bulunan hakaret suçlarına ilişkin davalara bakma görevi sulh ceza mahkemelerine aittir. Aynı kanunun 14. maddesi ile mahkemelerin

¹⁵⁰ Meran, a. g. e., s. 647

¹⁵¹ TCY'nin 125/1-3 (a) madde ve fıkralarında öngörülen görevliye sövme suçunun sadece hapis cezası gerektirmesine karşın adli para cezası olarak belirlenmesi, Yasaya aykırıdır. (4. CD'nin 11. 12. 2006 tarih ve 2006/8657 E. , 2006/ 17529 karar)

¹⁵² Yenidünya/Alşahin, a. g. m., s. 86-8

görevinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin gözeltilmeyeceği açıklanmış olup hakaret suçunun basit ve nitelikli halleri itibariyle 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinde öngörülen cezanın üst sınırı itibariyle sulh ceza mahkemesi görevlidir.

Hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde görevli mahkeme, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesine göre, Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Bir yerde birden çok Asliye Ceza Mahkemesi varsa basın yoluyla işlenen hakaret suçlarına 2 nolu Asliye Ceza Mahkemesi'nde bakılacaktır.

Genel yetki kuralı uyarınca davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

Ancak, hakaret suçu basılı bir eserle veya görsel veya işitsel yayınlarla işlenirse, kural olarak yetkili yargı merci, eserin yayın merkezi olan yerdeki yargı mercidir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda, suç eserin yayın merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Ayrıca, görsel ve işitsel yayınlarda mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde bu yayın işitilmiş veya görülmüş ise, o yerdeki yargı merci de yetkilidir.¹⁵³

KAYNAKÇA

- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- Yenidünya, Ahmet Caner/Alşahin, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 68, Ocak-Şubat 2007.
- TDK Okul Sözlüğü, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1994.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

¹⁵³ Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Cilt 1, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 106-107

- Özbek, Veli Özer, “Şerefe Karşı Suçlar”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, Sayı 5.
- Çetin, Erol, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, 2. Baskı.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007.
- Çetin, Erol, *Açıklamalı İçtihatlı Basın Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Erman/ Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm*, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayınları, İstanbul 1998.
- Meran, Necati, *Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, 2. Baskı.
- Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara 2003.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Kaymaz, Seydi/Gökcan Hasan Tahsin, *Uygulamalı Sulh Ceza Davaları*, 2. baskı, Adil Yayınevi, Ankara.
- Artuç, Mustafa/Bayyurt, Yıldırım, *Gerekçeli Karşılaştırmalı TCK-CMK-CGİK*, 5. Baskı Kartal Yayınevi, Ankara 2007.
- Erdağ, Ali İhsan, Doç. Dr., *Hukuki Perspektifler Dergisi(HPD)*, Sonbahar 2004, S. 2, s. 141.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Cilt 1, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

SOSYAL VE KRİMİNAL BOYUTLARILYA ÇOCUK SUÇLULUĞU

M. GÖKPINAR*

Geçtiğimiz yüzyılda çocukların yetişkinlerden farklı oldukları ve korunmaları gerektiği vurgulanmış, suça yönelmiş çocuklarda dahil olmak üzere çocuk haklarını güvence altına alan gerek ulusal gerekse uluslararası pek çok düzenlemeler yapılmıştır. Çocuğun yaşama, korunma, gelişim ve katılım haklarının olduğunu güvenceye bağlayan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, tüm çocuklar için sosyal adaleti sağlamayı amaçlamaktadır.¹ Bu sözleşmenin uygulanmasına dair Avrupa Sözleşmesi ve Koruma Mekanizması TBMM tarafından 18.01.2001 tarih ve 4620 sayılı yasa ile Anayasa'nın 90. maddesi gereği bir iç hukuk kuralı haline getirilmiştir.² Çocuğun haklarını ve esenliklerini güvence altına almak sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yukarıda anılan düzenlemenin kabulünden önce, Anayasa'nın 41. maddesinde, çocuğun korunması için gerekli önlemleri alma görevi devlete verilmiştir.³

Çocuklara verilen bunca öneme, uğrunda verilen nice savaşa, uğraşıya rağmen onlar da yetişkinler gibi suçun konusu-mağduru olabilecekleri gibi bizatihi suçun faili olabilmektedirler. Gelmiş geçmiş bütün toplumlarda çocuk, üyesi olduğu toplumun bütün dikkatlerini

¹ Uluğtekin, Sevda, Acar, Baykara, Öntaş Cankurtaran, "Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal inceleme Raporları ve Gözetim Raporlarının Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, Temmuz-Ağustos 2004, s. 35.

² Alpsoy, N. Arif, "Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 58, Mayıs-Haziran 2005, s. 247.

³ Sevük, Yokuş Handan, "Yeni Ceza Mevzuatında Çocuğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 7, Temmuz 2006, s. 91.

üzerine çekmiş en önemli yaratıklardan biridir. Çünkü çocuk, toplumların geleceğini garanti altına alan tek varlıktır. Bu nedenle çocuğun normal gelişiminde görülen herhangi bir bozukluk veya sapma, büyük karmaşaya neden olmakta ve ilgilileri bir takım tedbirler alamaya zorlamaktadır. İçinde yaşadığımız yüzyılın karmaşıklığı, toplumsal değerlerin sürekli ve hızla değişmesi, yeni kuşakların psikolojik çekişmesinde, suçlu çocukların oluşmasında önemli etkiler yapmıştır. Yirmi birinci yüzyılda insanlık, yeryüzünde milyonlarca çocuğun açlığına, ölüp gitmesine, eğitimsizliğine, suça itilmesine, ıslah ve ceza evine düşmesine köklü bir çözüm getirememenin burukluğu ve çaresizliği içindedir. Sevgi, anlayış, eğitim, beslenme ve ilginin hepsi birden gerektiği gibi verilmezse yarının büyükleri olan çocukların suça itilmesini önlemek mümkün değildir. Çocuk suçluluğuna genel anlamdaki suç ve suçluluk boyutuyla baktığımızda bu sorunun yalnızca bir hukuki sorun değil aynı zamanda bir sosyal sorun olduğu gerçeği de ortaya çıkmaktadır.⁴

Peki, çocuk kimdir. Yukarıda Bahsi geçen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin, 1. maddesi, erken yaşta reşit olma halleri dışında 18 yaşına kadar herkesi çocuk saymış ve çeşitli güvencelerle korumuştur.⁵

A. ÇOCUK SUÇLULUĞU KAVRAMI

Çocuk suçluluğu bu gün belli başlı bir konu haline gelmiş bulunmaktadır. Çocuk suçluluğunu yetişkinlik dönemindeki işlenen suç-

⁴ ÖZKÖK Perim, Çocuk Suçluluğunun Nedenleri Ve Alınması Gereken Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1996, s. i,1, 2.

⁵ Bu haklardan bazıları:

Çocuk herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmaksızın eşit olarak doğuştan aynı haklara sahiptir. (m. 2)

Çocuk yaşla ve olgunlaşma ile gelişen ihtiyaçlara sahip bireydir

Çocukla ilgili her işlemde çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulmalıdır.(m .4)

Çocuk hakkında alınan her kararda çocuğun görüşü alınmalıdır.(m. 12)

Çocuklar ifade özgürlüğüne sahip bireylerdir.

Çocuklar ekonomik sömürüden uzak tutulmalı, çocuk işçiliği kontrol altına alınmalıdır.

Çocuklar her türlü gelişimleri açısından yeterli yaşam standartlarına sahip olmalıdır.

Çocukların silahlı çatışmalara girmesi engellenmelidir. Alpsoy, a.g.m., s. 251, 254, 255.

lardan ayıran en önemli özellik, bu dönemin gelişiminde problemleri evre ya da geçiş evresi olarak adlandırılan ergenlik dönemine rastlamasıdır.⁶ Doktrinde, çocuk suçluluğu kavramı yerine suça itilen çocuk kavramının kullanılması gerektiği bu çerçevede olmak üzere de, hükümlü çocukların tutulduğu yerlerin cezaevi ya da hapisane olarak değil ıslahevi olarak adlandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna gerekçe olarak ta, söz konusu olanın, kişiliğinin gelişimini ve oluşumunu henüz önemli ölçüde tamamlayamamış bir birey olması, esas olanın çocukların temel haklarının ve güvenliklerinin korunması ve gereksinimlerinin karşılanması, esenliklerinin geliştirilmesi olduğu belirtilmiştir.⁷

Ülkemizde, 12-18 yaş arasındaki insanların işlediği suçlarla ilgili çocuk suçları kavramı kullanılmaktadır. Esas olarak, 12-15 yaş arasındaki çocukları yargılamak üzere kurulan mahkemeler Çocuk Mahkemeleri adı altında kurulmuşlardır. Bu mahkemelerin kuruluş kanununda, 18 yaşındaki çocuklar-gençler üç kategoriye ayrılmışlardır. 11 yaşın altındakiler için çocuk, 12-15 yaş arasındakiler için küçük ve 15-18 yaş arasındakiler için genç kavramı kullanılmaktadır.⁸ Meseleye, karşılaştırmalı hukuk açısından yaklaşan bir görüşte, çeşitli ülkelerde yukarıda ifade edilen yaş aralığının 16-21 yaşları arasında değiştiği belirtilmiştir. Buna göre, bu ülkelerde suç hukuku açısından çocuk olarak nitelendirilen bazı kişilerin gelişim psikolojisi açısından çocuk sayılmamaktadır. Gelişim psikolojisi açısından çocukluk, ergenlik çağının başlamasıyla sona ermektedir. Bu nedenledir ki bu ülkelerde *çocuk suçluluğu* terimi değil, *genç suçluluğu* ya da *reşit olmayan kimselerin suçluluğu* terimleri kullanılmaktadır. Ülkemizde ise suçlu çocuk ya da çocuk suçluluğu terimleri, hem çocukluk dönemini hem de ergenlik döneminin önemli bir kısmını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.⁹ Doktrinde üzerinde genel bir uzlaşmaya varılmış tanımda ise, söz konusu suç, bir çocuktaki anti-sosyal eğilimlerin kanun ve devlet müdahalesini gerektirecek bir duruma dönüşmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁰

⁶ Özkök, a. g. e., s. 2.

⁷ Coşar Yakup, "Kentleşen Türkiye'de Çocuk Suçluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56, Ocak-Şubat 2005, s. 317.

⁸ Coşar, a.g.m., s. 281.

⁹ Mangır Mine/ Silleli F. Nurdan, *Çocuk Suçluluğu*, Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Yayınları, Ankara 1987, s. 2.

¹⁰ Tüzün Birgül, *Çocuk Suçluluğu Kavramı Ve Yasal-Kurumsal Düzenlemeler*, Ya-

B. ÇOCUKLARIN İŞLEMİŞ OLDUKLARI SUÇ TÜRLERİ

Çocukların işlemiş oldukları suçlar, zamana bağlı olarak değişmektedir. Örneğin 80'li yılların sonuna doğru yayınlanmış araştırmalarda suçların şu alanlarda işlendiği görülmektedir: Şahsa karşı işlenen suçlar, bunlar adam öldürme ya da adam yaralama şeklinde gerçekleşmektedir. O dönemler itibarıyla bu suçun, ülkemizde diğer ülkelerin aksine çok yüksek bir oranda işlendiği ifade edilmiştir. Cinsel suçlar, ancak bu suçların içinde büyük bir oranının saikinin evlenmek olduğu belirtilmiştir. Diğer bir suç grubunu mala karşı işlenen suçlar oluşturmaktadır. Bu dönemlerde, tüm batı ülkelerinde çocuk suçluluğu dendiğinde akla hırsızlık, yankesicilik, gasp, organize hırsızlık gibi mala karşı suçlar gelmektedir. Çoğu, organize suç işlemek eğiliminde olan batılı gençler için suçun gerisinde, geçici bir tatmin, dengesizlik, grup otonomisi gibi etkenler yatmaktadır. Ülkemizde, mala ilişkin çocuk suçluluğunda bile organize hareketler çok az görülmekte, Batıda olduğu gibi anti-sosyal faaliyetlere yönelik gençlik çetelerine çok az rastlanmaktadır değerlendirmeleri yapılmıştır.¹¹

Yukarıda belirtilen çalışmaların yapıldığı tarihlerden sonra gerek Dünya da gerekse ülkemizde köklü sosyo-ekonomik değişimler yaşanmıştır. Şehirleşmeye paralel olarak çocukların- gençlerin işledikleri suç türleri de değişmiştir. Mala yönelik suçlardan dolayı cezaya hükmedilen gençlerin oranı 1946 da %19'u oluştururken, aynı oran 1996 da %56'ya ulaşmıştır. Buna karşılık şahsa karşı suçlar tam tersi bir seyir izlemiş ve bu nedenle mahkûm olan gençlerin payı toplam hükümlüler arasında %54'den %19'a inmiştir. Cinsel suç işleyip hüküm giyenlerin oranı ise yaklaşık olarak aynı kalmıştır. Mala yönelik suçlardaki artışın, şehirlerde daha bozuk olan gelir dağılımı, daha yüksek oranlarda işsizlik, şehirlerde sosyal bağların zayıflaması sonucu azalan sosyal kontrol imkânları olduğu belirtilmektedir. Şahsa karşı işlenen suçların azalmasında, bireyselleşme ve bunun sonunda ortaya çıkan bağların zayıflamasının önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir. Buna göre, cana yönelik suçların ne kadarının tasarlayarak olduğuna ve tasarlama nedenleriyle ilgili yapılmış bir araştırma bulunmamaktadır. Ancak aileler arası kan davaları sonucu olarak öç almaya yönelik işlenen cinayet sayısında radikal bir azalma olmuştur. Bu tür cinayetler çok

yınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995,s. 79; Özkök, a. g. e., s. 2.

¹¹ Mangır/Silleli, a. g. e., s. 5-7.

sınırlı bir bölgede azalarak devam etmektedir. Cinsel suçların oranı aynı kalmakla birlikte, tecavüz suçlarında artış olmuştur. Saldırganların tanınma, yaşadıkları çevreden dışlanma gibi bir sosyal kontrol ve baskıdan korkmamaları, kitle iletişim araçlarının en azından bir bölümünün saldırgan ve kadın düşmanı yayınları, kadının erkek gereksinimlerini giderecek birer cinsel nesne olarak sunulması kadına yönelik cinsel şiddetin devamının önemli nedenlerini oluşturmaktadır.¹²

C. ÇOCUK SUÇLULUĞUNUN NEDENLERİ

Çocukları ve gençleri suça iten nedenler bugün çok iyi biliniyor. Batı toplumlarında çocuk suçluluğu sanayileşme ile orantılı olarak artış göstermiştir. Hiç kuşkusuz sanayileşme hızlı ve düzensiz şehirleşmeyi birlikte getirir. Onun ürünü olarak işsizlik, gelir dağılımında eşitsizlikler, geleneklerin sarsılması, özellikle çocuk ve genç nüfusun artışı suç eğilimi yaratır. Örneğin, ülkemiz nüfusunun yüzde 42'sini 15 yaşın altındaki çocuklar oluşturuyor. Oysa Avrupa ülkelerinde nüfusun ancak yüzde 20'si 15 yaşından küçükler oluşturur. Buna karşılık gelişmiş ülkelerde çocuk ve gençler arasında suçluluk oranı, nüfus artışından daha hızlı yükselmektedir.

Yukarıda sayılan toplumsal etkenlerin ailelerde ve bireylerde yarattığı doyumsuzluklar, umutsuzluklar ve çaresizlik duyguları, suça yatkınlık yaratmaktadır. Ayrıca köyden kente göçen ailelerdeki uyum güçlükleri, güç koşullarda verilen yaşam savaşı da çocuklar üzerinde olumsuz etki yapmaktadır. Kısa yoldan hakkını almak, "*vurgunu vurmak*", "*köşeyi dönmek*" gibi sözler, namusuyla çalışıp geçinme olanağı bulunmayan bir ortamda türerler. Yoksul da olsa köyde yaşayan gençleri dizginleyen, yoldan sapmalarını önleyen başka etkenler vardır: İnsan davranışını düzenleyen belirgin gelenekler ve töreler, güçlü komşuluk ilişkileri, akrabalar arası dayanışma ve yazgısına boyun eğme alışkanlığı. Oysa kentlerde insan ilişkileri gevşemiştir ve çıkarlarını gözetme dürtüsü geleneksel değer yargılarının önüne geçmiştir. Bu nedenle büyük kentlerdeki yoksul kesim daha umutsuz, daha despektisiz ve daha öfkelidir. Varlık ve bolluk ortasında kendi haline şükredemez. Şehirdeki yoksulun bu ruhsal durumu onu yasadışı yollarla itebilir.

¹² Coşar, a.g.m., s. 313, 314.

Şehre göçen aile dayanıksızdır ve tek başınadır. Yabancı bir ortamda kök salmak, baş döndürücü değişmelere ayak uydurmak zorundadır. Yoksul bir aile bu değişmelere birden ayak uyduramaz; boca layabilir, yoldan çıkabilir. Köy toplumunda edinilen beceriler şehirde işe yaramadığı gibi, değer yargıları ve deneyimler de yol gösterici değildir. Babanın bu ortamda kendi çocuklarına örnek olması ya da kılavuzluk etmesi olanaksızdır. Yoksul bir aile çocuğunun, tüm bu engellemeleri aşması ve yolunu bulması kolay değildir.¹³ Çocuk suçluluğunun bireysel ve sosyal olarak kategorize edilecek pek çok sebepleri bulunmaktadır.

1. BİREYSEL NEDENLER

Toplum içinde saygınlık kazanacak, kendini gerçekleştirecek doğru, olumlu, yaratıcı ve üretken yol ve yöntemleri bulamayan gençler, ruhsal çatışmalarını, korkularını, kaygı ve öfkelerini saldırgan davranışlarla ve şiddet eylemleriyle gidermeye çalışırlar. Gerekli gereksiz saldırgan davranışlara yönelip ilgili ya da ilgisiz bir şekilde şiddet olayları içerisinde yer alırlar. Ayrıca bu yapıdaki bir insan, bulunduğu toplumsal konumu ve rolünü beğenmeyecektir. Toplum tarafından engellendiğini, ilgi ve sevgi göremediğini düşünecektir. İlgi görmek, saygı kazanmak için saldırgan davranışlara, şiddet eylemlerine değer ve yer veren davranış kalıplarını ve örneklerini kullanacaktır.¹⁴

1/a. Cinsiyet

Bireysel nedenlerin içinde diğer önemli bir etken cinsiyettir. Yapılan araştırmaların genelinde erkeklerin kızlara göre daha çok suç işlediklerini göstermektedir. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. İlk olarak, bu toplumsallaşma sürecinde kız ve erkeklere ilişkin farklı rol beklentilerine bağlanmaktadır. Geleneksel kadının özellikleri sıcaklık, koruyuculuk, fedakârlık, nezaket, bağlılık, başkalarının istek ve beklentilerine duyarlı oluş gibi özelliklerdir. Bunlara bağlı olarak kadınlardan beklenen roller de daha çok eş ve anneliktir. Bir diğer nedenin,

¹³ Yörükoğlu, Atalay, *Değişen Toplumda Aile Ve Çocuk*, Özgür Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2000, s. 212, 213.

¹⁴ Arsan, Cevdet, "Terörün Psikolojik Nedenleri ve Çözüm Yolları", *Abdi İpekçi Semineri: Türkiye'de Terör*, Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, 30 Ocak-1 Şubat 1980,1. Bası, Mayıs 1980, s. 258.

kadınların toplumda pek çok kurum tarafından daha çok korunmakta ve denetlenmesi olduğu belirtilmektedir. Böylece kızlar, başkalarına zarar veren ya da onları inciten suç gibi sapan rollere çok düşük oranlarda girerler. Buna karşılık erkeklerden bağımsızlık, rekabet, girişimcilik, başarı, hâkimiyet ve saldırganlık gibi özellikler beklenmekte ve kızlara göre erkekler toplumsal kurumlar tarafından daha az denetlenmektedir. Bu nedenle, erkekler toplumsallaşma sürecinde risk almaya daha eğilimli olarak büyümektedirler. Buda onları suç olan davranışlara daha kolay yönlendirmektedir.¹⁵ Ayrıca kızların erkeklere göre anneleri tarafından daha çok denetlenmelerinin suçtan uzak kalmalarında etkili olduğu belirtilmiştir. Erkeklerin arkadaş ilişkilerinde kızlara oranla farklı yaklaşımlarının da önemli olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, kızların erkeklere göre arkadaşlarıyla bağlılık, sevgi ve güvene dayalı ilişkilerinin güçlü olduğu araştırmalarla saptanmıştır. Böylelikle kızlar erkeklere oranla arkadaşlarından daha az etkilenmektedir. Erkekler, kızlara oranla sapan akranlarının arkasında daha çok yer almaktadır. Bütün bunlar da erkeklerdeki suç oranını artırmaktadır.¹⁶ Ülkemizde, sadece erkeklere yönelik ıslahevlerinin oluşu da yukarıda belirtilen görüşlere bir kanıt olarak sunulmaktadır.¹⁷

1/b. Yaş ve Ergenlik

Çocuk suçluluğunun nedenleri arasında, içinde olunan yaş da önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan çeşitli araştırma sonuçlarının cinsiyet faktörü ile yaşın birbiriyle etkileştiklerini, yaşın giderek artması suç kabul edilen davranışların oluşumunda önemli bir faktör olduğunu gösterdiği belirtilmektedir.¹⁸ Yine araştırma sonuçlarına atfen suç işleme oranının en yüksek olduğu yaşın, %34,9 ile 14 yaş olduğu, mala yönelik suçlarda 14, adam yaralama ve cinsel suçlarda 15 yaşın en sık suç işlenen yaş grubunu oluşturduğu ifade edilmektedir.¹⁹

¹⁵ Kaner, Sema, "Ana Baba Denetimleriyle Ergenlerin Suç Kabul Edilen Davranışları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi", *I. Ulusal Çocuk Ve Suç: Nedenleri Ve Önleme Çalışmaları Sempozyumu*, Ankara 2002, s. 241,242

¹⁶ Delikara, İpek, "Ergenlerin Akran İlişkileriyle Suç Kabul Edilen Davranışları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi", *I. Ulusal Çocuk Ve Suç: Nedenleri Ve Önleme Çalışmaları Sempozyumu*, Ankara 2002, s. 153.

¹⁷ Kaner, a.g.m., s. 243.

¹⁸ Delikara, a.g.m., s. 153.

¹⁹ Tüzün, a. g. e., s. 79.

Yaş konusunda belirtilmesi gereken en önemli olgu ergenlik olgusudur. Ergen değişen ve gelişen kişiliği içinde, çevrede yeni değerler aramaya, kişiliğinin olgunlaşmasında rol oynayan özerklik, özdeşleşme, sorumluluk kavramlarına yanıt bulmaya çalışır. Bu kavramalar gence kişilik kazandırır. Toplumla ilişkilerini biçimlendirir. Toplumdaki yeri ve rolünü oluşturur.²⁰ Bu devrenin başlarına kadar çocukların ilişkilerinin ağırlık merkezini aile ve çevresi oluşturur. Bu döneme kadar annenin ya da babanın söyledikleri ve yaptıkları doğrudur ve genelde tartışmasız kabul edilirler. Ergenlik çağıının başlaması ile çocuk aile içindeki değerleri, davranış kalıplarını, yaşam biçimini sorgulamaya başlar. Bu dönem çocuğun aile içinde en azından bir özerklik kazanma, kendini kendi değerleriyle kabul ettirmeye çalışma ve aileye karşı mesafeli durma dönemidir.²¹ Böylelikle ana baba etkisinden kurtulmaya çalışır. Arkadaşları ile birlikte olmak ister. Bu süreç içerisinde evde anne ve babasından anlayış göremeyen, onlarla çatışma içinde olan genç, evde bulamadığı güveni, arkadaş çevresinde arar. Onlara daha çok bağlanır ve benimser. Onlardan ayrı olmamak için, kendisine aykırı gelen düşünce tutum, davranış ve eylemleri bile benimser. Toplumda kendine bir yer ve rol arayan genç özerklik ve sorumluluğunun sınırlarını çizemezse diğer koşulların da bir araya geleceğiyle tam bir boyun eğerek içinde bulunduğu çevrenin diğer kişilerine benzeyebilir. Onların uzantısı olur. Suç oranının yüksek olduğu bir çevre ortamında, buna birde ailenin bu süreçteki yetersizliği eklenirse²² gencin suç kabul edilen davranışlara sapsması çok daha kolay hale gelebilir.²³ Çünkü, genç, çevresine, ilişkilerine göre her tür normu suç gibi sapan davranışlarda dahil değer yargıları ve normları içselleştirecek ya da reddedecek ve buna uygun davranışlara girmeye, roller üstlenmeye açık olacaktır.²⁴ Bu dönemdeki özerklik kazanma çabası nedeniyle kimi yazarlar, çocuk suçluluğuna *statü suçluluğu* da demektedirler.²⁵ Yine bu süreçteki çocuğun kendini kanıtlama arzusu çerçevesinde, ülkemizde silahın mertlik simgesi olarak algılanması nedeniyle gençlerin silaha olan yatkınlığının arttığı ve bununla suç işleme eğilimlerini tetikledi-

²⁰ Yavuzer Haluk, *Psiko-Sosyal Açından Çocuk Suçluluğu*, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, s. 35.

²¹ Coşar, a.g.m., s. 283.

²² Kaner, a.g.m., s. 29.

²³ Mangır/Silleli, a. g. e., s. 9,10.

²⁴ Coşar, a.g.m., s. 282,283.

²⁵ Yavuzer, a. g. e., s. 7.

ği ileri sürülmektedir.²⁶ Son olarak, şunu belirtmek gerekir ki, içinde bulunduğu dönemin bir özelliği olarak kimlik arayışı içinde olan genç, bu arayış içerisinde kendini çevreden yalıtma yoluna gidebilmektedir. Bu yolun, bu arayış içerisinde gence sağladığı faydaların yanında, gencin kendi bedenine, duygusal ve sosyal çevresine yabancılaşması aşırı bir hal alırsa, çocukta-gençte kendine ya da çevreye dönük yıkıcı davranışlar geliştirebilmektedir. Bu davranışlardan biride elbette ki suç olan davranışlar olacaktır.²⁷

2. TOPLUMSAL NEDENLER

Çocuğun suça itilmesinde, toplumsal nedenlerin bireysel nedenlerden daha fazla rol oynadığı, hatta birçok bireysel nedenin kaynağında da toplumsal nedenlerin bulunduğu genel olarak kabul edilen bir görüştür.²⁸

2/a. Aileye İlişkin Nedenler

Bu başlık altında, çocuk suçluluğuna zemin hazırlayan önemli faktörlerden biri olarak kabul edilen aile ve çocuk ilişkileri incelenecektir.

Aile, toplumun temel çekirdeklerinden biri olarak içinde bulunduğu toplumun her durumundan etkilenecektir ve onun tüm değerlerini nesilden nesile geçirecektir. Çocuk, ailenin bir üyesi olarak kişiliğini, toplumsal davranışlarını, değerlerini, ahlak yargılarını, her şeyden önce, ailesi içinde aldığı eğitimle kazanacaktır. İşte bu nedenle aile içindeki düzensizlikler hemen her zaman çocukları etkileyecek ve bazen de onu suça itecek kadar zedeleyebilecektir.²⁹ Ailenin çocuk üzerindeki etkisi doğumdan önce başlar. Ailenin o çocuğa karşı istekli ya da isteksiz oluşu, gerek ruhsal-kültürel gerekse toplumsal-ekonomik yönden bu çocuğun gelişine, gelişimine hazır olup olunmadığı ve çocuktan beklentiler, çocuğun yaşantısını, ilk izlenimlerini ve çevresiyle duygusal iletişimini önemli ölçüde etkileyecektir. Aile üyeleriyle

²⁶ Özkök, *a. g. e.*, s. 12.

²⁷ Uluğtekin/Acar/Öntaş, *a.g.m.*, s. 36.

²⁸ Özkök, *a. g. e.*, s. 6.

²⁹ Günce Gülseren, "Çocuk Suçluluğu Ve Aile", *Çocuk Suçluluğu Ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu*, Ankara 1983, s. 1.

olan ilişkileri, çocuğu diğer bireylere, nesnelere ve tüm yaşama olan tutumlarının temelini oluşturur.³⁰ Uyumlu ilişkiler içinde, güvenli bir aile ortamında sevgi ve anlayışla büyüyen çocuk olgunlaşır, kişilik kazanır. Sevildikçe güven duygusu pekişir, desteklendikçe öz saygısı artar. Anlayış gördükçe hoş görülmesi olmayı, sorumluluk aldıkça bağımsız davranmayı öğrenir.³¹ Aile içindeki disiplin biçimi, aile içi etkileşim, ailedeki olumsuz rol modelleri, parçalanmış aile faktörleri çocuk suçluluğunda önemli bir yere sahiptir.³²

2/a-1. Parçalanmış Aile Yapısı

Bu konuda, ilk olarak parçalanmış aile yapısının çocuğu suça iten süreçteki etkisi üzerinde durmak gerekmektedir. Yapılan çeşitli araştırma sonuçlarına göre, suçlu çocukların önemli bir kısmı hayatlarının ilk yıllarını anlayıştan uzak ana ve babalarla, sosyal, moral ve ekonomik düzensizliğin hakim olduğu bir aile çevresinde geçirmişlerdir. Özellikle büyüme sırasında çocukta emniyet duygusunu zedeleyen çeşitli faktörler, hayatın geri kalan kısımlarında bir şekilde değişik davranış bozukluklarına kişiyi ittiğinden çocuk suçluluğuyla ilgilenenler konunun bu yönüne özel bir önem vermişler ve çocuktaki emniyet duygusunu zedeleyen önemli bir faktör olarak aile parçalanmasını saptadıklarından, suçlulukla parçalanmış aileler arasında ilişkiyi, tespit etmeye çalışmışlardır. Parçalanmış aile kavramı ile, ailenin bir üyesinin, anne ya da babanın ya da her ikisinin birden ölüm, boşanma, terk ve ayrılık nedenleriyle bulunmayışı anlatılmaktadır.³³ Ailede beklenen hallerden sapmalar veya aile bireylerinden bazılarının, madde ve alkol bağımlısı olma, hapse girme gibi onur kırıcı durumları veya ekonomik olumsuzluklar sonunda eğer faydalı ve yapıcı çözüm yolları bulunamazsa ailenin parçalanmasına neden olabilmektedir.³⁴

Çocuğun ruh sağlığının en önemli güvencelerinden biri sıcak bir aile ortamında yaşamasıdır. Bu nedenle ailenin parçalanması sonucu anasız babasız büyümek ya da ana veya babadan ayrı düşmek çocu-

³⁰ Özkök, a. g. e., s. 6

³¹ Mangır/Silleli, a. g. e., s. 14

³² Uluğtekin/Acra/Öntaş, a.g.m., s. 36

³³ Saran, Nephân, "Çocuk Suçluluğu Ve Parçalanmış Aile", *Sosyal Antropoloji Ve Etnoloji Dergisi*, S. 3'den ayrı basım, 1979, s. 27.

³⁴ Özkök, a. g. e., s. 8.

ğın ruh sağlığını bozabilecek en ağır durumdur. Bu tip ailelerde ki çocukların ruhsal bunalıma düşme olasılığı çok yüksektir.³⁵ Çeşitli araştırma sonuçlarına göre aile parçalanmasının sonuçları hakkında şu görüşler ifade edilmektedir:

Her şeyden önce ailenin parçalanmış olması tek başına çocuğu suça iten bir faktör değildir. Çocuğun gelişimi sırasında ailede zararlı diğer faktörlerinde bir arada olması gerekmektedir. Yine zararın varlığı ya da etki derecesi ana ya da babanın hangisinin yok olduğuna da bağlıdır.³⁶ Tüm canlılar içinde yaşamın ilk yıllarında fedakâr, sevecen ve düzenli bir anne bakımına gereksinimi en fazla olan canlı belki de sadece insan yavrusudur. Temel gereksinimlerini, şefkatli ve sevecen bir anneden alan bebekte, güven ve sevgi gibi çok önemli olan iki duygu gelişip büyüyecektir.

Spitz ve Bowly gibi önemli araştırmacılar tarafından yapılan araştırmalar, bebeklikte anne bakımından yoksun çocukların fiziki ve ruhi gelişimlerinin gerileyeceğini göstermiştir. Bowly, 44 hırsız çocukla başka problemleri olan 44 çocuğu karşılaştırmıştır. Hırsızlık yapan grubun %40 ının ilk 5 yaşları içinde anneden yoksun kaldığını diğer grupta ise bu oranın %2 olduğunu bulmuştur. Bu araştırmacıya göre anne yokluğu, duygu gelişiminde eksikliğe, sevgisizliğe ve zamanla toplum kurallarına ters düşen davranışlara yol açmaktadır. Çocuklar küçük yaşlarda annelerinin sevgi ve ilgisini kaybetmemek için onun istediği gibi davranmayı öğrenirler. Yani toplumsal davranışların öğrenilmesinin temelinde anneye duyulan sevgi ve bağlanma vardır. Bu gelişmemişse, çocuk toplumsal davranışları da öğrenemeyip, toplumsal normları ihlal edecek, suç olan davranışlara yönelecektir. Çocuk gelişiminde babanın yerinin günümüzde gittikçe arttığı ifade edilmektedir.

Buna göre, başlangıçta anneye bağımlı olan çocuk özellikle kişilik gelişimi için koruyucu ve gözetici bir babaya muhtaçtır. Baba, otorite temsilcisi rolü ile bir yandan da toplumsal değerlerin temsilcisidir. Baba yokluğu koşullara göre, otorite boşluğu, benimseyecek örnek alacak kişi eksikliği yaratır. Ancak babanın yokluğu tek başına çocuğu suça iten bir faktör değildir.³⁷ Parçalanmış aile konusunda diğer önemli

³⁵ Mangır/Silleli, *a. g. e.*, s. 14.

³⁶ Saran, *a.g.m.*, s. 28.

³⁷ Günce, *a.g.m.*, s. 3, 4.

bir mesele de çocuğun cinsiyetidir. Kız çocuklar erkeklere oranla daha büyük bir oranda ana baba yokluğundan etkilenmektedirler. Ailenin ne zaman parçalandığı da önemlidir. Erkek çocuklar için aile parçalanması 10 yaş civarında tehlikeli bulunmuşken genel olarak parçalanmanın 10 yaş ve daha küçük yaşlardaki çocuklar için ciddi sorunlar ortaya çıkaracak nitelikte olduğu belirtilmiştir.³⁸ Ailedeki dağılmanın ani olması, uzun süren düzensizlik ve kargaşa sonucu ortaya çıkmasından daha az etkili olmaktadır. Ani dağılma şoku belki daha şiddetli ve derin olmakta ancak uzun süreli kötü ilişkilerin çocuk kişiliğinde ortaya çıkardığı yıpranma ve bozulmayı yapmamaktadır denilmektedir.³⁹ Doktrinde böylesine bir aile ortamında yetişen çocuklarda, potansiyel suçlara eğilimin aratacağı da ifade edilmiş 1988–1990 yılları arasında İzmir’de hükümlü çocuklar üzerinde yapılan bir araştırmanın sonuçlarına dayanılmıştır. Buna göre, cinsel suç işleyen çocukların %70,4 ü parçalanmış ailelere mensupken, yine aynı yıllarda İzmir Çocuk mahkemesinde yargılanan çocukların ailelerinde parçalanma oranı %19,2 bulunmuştur.⁴⁰

2/a-2. Aile İçi Etkileşim

Aile içi etkileşim de çok önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Ailedeki olumsuz etkileşim, disiplin anlayışı ve yöntemleri, çocuğu zamanla aileden uzaklaştırabilmektedir. Bu uzaklaşma çocuğun kendisini dışarıda var etme, ortaya koyma çabasına girmesine neden olacağından çocuğun suça itilmesinde uygun ortamlar yaratacaktır.⁴¹ Aile içi ilişkiler ve iletişim temelde, anne ve babanın çocuklarına karşı takındıkları tutuma bağlıdır. Ailenin çocuğa karşı aşırı koruyucu tavrı, çocuğun gereğinden fazla kontrol edilmesi anlamına gelir. Bunun sonucu, çocuk diğer insanlara bağımlı, özgüvenden yoksun, duygusal kırıklıklara sahip bir birey olarak ortaya çıkmasıdır. Ailenin aşırı hoşgörülü tavrı da çocuğu bencil yapar. Çocuk daima diğerlerinin dikkatini çekip kendisine hizmet edilmesini ister. Bu iki model çocuklar ev içinde ve dışında sosyal uyum bakımından problem yaşarlar. Anne

³⁸ Saran, a.g.m., s. 28.

³⁹ Günce, a.g.m., s. 3.

⁴⁰ Tüzün, a. g. e., s. 81.

⁴¹ Uluğtekin/Acar/Öntaş, a.g.m., s. 36.

veya baba ya da her ikisinin baskısı altında olan çocuk, başkalarının etkisinde kolay kalabilecektir.

Bu tip çocuklarda isyankâr tavırlarla birlikte aşağılık duygusu gelişebilir.⁴² Çocuklar anne ve babalarına yakınlık duyup, onlarla özdeşleşirlerse bu durumun onları suça daha az eğilimli yapacağı belirtilmektedir. Gereğe olarak ta, onların beklenti ve eğilimlerine uygun olmayan davranışlarla sevdikleri insanlar olan anne ve babalarını hayal kırıklığına uğratmak istemezler denilmektedir.⁴³ Aile içi iletişimi belirleyen diğer bir unsur ise, ana baba ilişkisinin niteliğidir. Anne ve babanın kendi aralarındaki sorunlar, çekişme, küskünlük ve karşılıklı suçlamalar, kavgaya ve şiddet ortamında bulunan çocuklar kalıcı bunalmalara düşüp dengelerini bozabilirler.⁴⁴ Bu kavgalar sırasında çocuklarda, kavgaya kendilerinin neden olduğu kuşkusunu aratacak, anne ve babalarının ayrılması durumunda kendilerine ne olacağı korkusuyla yaşamaya başlayacaklardır. Anne ve baba kavgası sonunda çocukta eziklik, kırıklık ve kendisinin kötü olduğu duygusu yerleşecektir. Bu tedirginlik ve suçlamanın sonunda çocuk hırçın ve yaramaz bir birey olacaktır. Eğer çocuk anne ve babasından sıcaklık görür, onlar tarafından devamlı eğitilirse, anne ve baba zaman zaman ona kızsalar ya da çeşitli nedenlerle umutsuzluğa kapılsa dahi, çocuk bir aileye ait olduğunun bilincinde olacaktır. Böylece vicdanı gelişecektir. Bu vicdan da, çocuğun ciddi bir suç işlemesini engelleyecek, büyüdüğü zamanda toplumun sorumluluklarının bilincinde olan bir üyesi olacaktır.⁴⁵

2/a-3. Aile İçi Disiplin Anlayışı

Aile içinde otoritenin anne ya da baba olmasının çocuğu doğrudan suça iten bir unsur olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, ancak denge ve çok sert otorite ve disiplin, suçla ilişkilidir. Disiplin yöntemi olarak çocuklara sık ve ölçsüz bir şekilde şiddet uygulanması çocukları suça iten nedenler arasındadır. Araştırmalarda suçlu çocukların ana ve babalarına karşı reddedici ve gevşek bir tavır içinde oldukları, genellikle fiziksel cezalara uğradıkları görülmüştür.⁴⁶ Bu araştırmalar-

⁴² Mangır/Silleli, *a. g. e.*, s. 15, 16.

⁴³ Kaner, *a.g.m.*, s. 230.

⁴⁴ Mangır/Silleli, *a. g. e.*, s. 15.

⁴⁵ Özkök, *a. g. e.*, s. 8.

⁴⁶ Özkök, *a. g. e.*, s. 10.

dan bir tanesi 1972-1977 yılları arasında, İzmir, Ankara, Elazığ çocuk ıslahevlerinde toplam 214 erkek hükümlü ile yapılmış olandır. Buna göre, hükümlü çocukların %64 ü babaları tarafından dayakla cezalandırılmaktadır. Ardy'in yapmış olduğu bir araştırmada ise, suçlu çocukların aile disiplinini ya çok katı ya da çok yumuşak olarak nitelendikleri, istikrarsız disiplin üzerinde durdukları belirtilmiştir. Sevgiye dayalı olmayan disiplin bir baskı aracı olmakta ve saldırganlığı, suçta olan eğilimi artırmaktadır.⁴⁷

2/a-4. Ailedeki Olumsuz Rol Modelleri

Ergenlik döneminde çocuğun kendisini özdeşleştirecek bir birey ihtiyacını duyduğunu belirtmiştik. Genellikle baba, amca, dayı gibi aile içinden bir yetişkinin, çocuğa karşı dengesiz ve hatalı davranışları çocuğa yansiyacak, kötü örnek olarak çocuğun suç işlemesinde etkili olacağı belirtilmektedir.

Suç içeren davranışların, yakın gruplar arasındaki karşılıklı iletişim süreci içinde öğrenildiği savunulmaktadır. İzmir'de hükümlü çocuklar üzerinde yapılan bir çalışmada babalarının %62 sinin alkol kullandıkları saptanmıştır. Ebeveynleri alkol kullanma alışkanlığına sahip çocukların, öğrenilen bir davranış bozukluğu olarak alkol alışkanlığını edindikleri vurgulanmaktadır.⁴⁸

1972-1977 yılları arasında, İzmir, Ankara, Elazığ çocuk ıslahevlerinde toplam 214 erkek hükümlü ile yapılmış olan araştırmada, çocuk suçluluğunda, ailenin diğer bireylerinde görülen suçluluğun etkisi araştırılmış ve hükümlü çocukların %54 ü gibi büyük bir bölümünün ailesinde çeşitli suçlardan hüküm giymiş bireylere rastlanılmıştır. Amerika'da 253 denek üzerinde yapılan diğer bir çalışmada 45 erkek çocuğunun babası suç işlemiş kişilerdir ve bu çocukların da %56 sı babalarının işlemiş olduğu suçları işledikleri tespit edilmiştir. Bu çocuklardan 69 unun babaları alkolik olup bu çocuklardan da %43 ününün alkole bağlı suçlardan hüküm giymişlerdir. Bu araştırmada geriye kalan 139 erkek çocuğun babaları suç işlememiş kişilerdir.⁴⁹

⁴⁷ Günce, a.g.m., s. 5.

⁴⁸ Tüzün, a.g.s, s. 82.

⁴⁹ Mangır/Silleli, a. g. e., s. 17, 18.

2/a-5. Ailenin Sosyo-Ekonomik Statüsü

Bir toplumda yaşayan bireylerin o toplumdaki yerlerini belirleyen unsurlara sosyo-ekonomik statü denir. Bu unsurlar arasında, bireyin mesleği, geliri, eğitimi, sosyal çevresi kadar aile yapısı ve ailesinin sahip olduğu avantajlar da yer almaktadır.⁵⁰ Bir çocuğun ailesinin sosyo-ekonomik düzeyinin düşük olması beraberinde, sağlık, konut ve eğitim yetersizliklerini ve güçlüklerini getirecektir. Bu şartlar içinde yetişen çocukların sıkıntı, aşağılık duygusu, engellemeler içinde bocalayacakları, güçlü ve güvenli kişilik özellikleri kazanamayacakları savunulmaktadır.⁵¹

Ailedeki nüfusun kalabalık olması ya da kardeş sayısının fazlalığının çocukları doğrudan doğruya değil de sonuçları itibarıyla suça ittiği dile getirilmektedir. Şöyle ki: Ülkemiz gibi çoğunluğunu dar gelirli ailelerin teşkil ettiği ülkelerde ailedeki birey sayısı artarken ekonomik durum paralel olarak artmamakta buda çocukların okul yerine para kazanmaya gönderilmesi zorunluluğunu doğurmakta; çocuklarda suça yönelme oranını artmaktadır.⁵² Düşük gelirli ve kalabalık ailelerin çocukları daha az eğitim alabilmektedirler. Bu geniş aile içinde çocukların ödüllendirilmesi ve cezalandırılması değişik kişilerce yapılmakta, sonuçta çocuk otorite kabul etmekte zorlanmakta, doğru ve yanlış ayrımı yapamamakta ve sonuçta suça yönelebilmektedir.⁵³ Bu tip kalabalık ailelerde, ana-baba ilgisi ve denetiminin olmayışı, çocuğa uygun ihtiyaçların karşılanamaması, ev içinde gerekli olan yaşam alanının sağlanamaması nedenleriyle çocuklar, kendilerine, doğal yaşamlarını sürdürebilmek için özgür bir ortam aramakta ev dışına dolayısıyla suça itilmektedir. Kazancının büyük bir çoğunluğuyla aile bütçesine katılmak zorunda kalan çocuk, kendini kanıtlama, yaşatlarına özenme duygularının etkisiyle kolayca suç işlemeye yönelebilmektedir denilmektedir.⁵⁴ Ailenin yaşadığı evin standartlarının da önemli olduğu vurgulanmakta ve şöyle denilmektedir: *“Türkiye de yapılan anketlerde suçlu çocuklardan büyük bir ekseriyetinin ana baba ve kardeşlerle aynı oda içinde yattıklarını tespiti imkân vermiş bulunmaktadır.”*⁵⁵

⁵⁰ Ergil, Doğu, *Türkiye’de Terör Ve Şiddet*, Ankara1980, s. 129.

⁵¹ Mangır/Silleli, a. g. e., s. 19.

⁵² Günce, a.g.m., s. 2.

⁵³ Özkök, a. g. e., s. 10.

⁵⁴ Tüzün, a. g. e., s. 82.

⁵⁵ Çocuk Suçluluğunun Önlenmesi Ve Küçük Suçlular Hakkında Tatbiki Gereken

Bursa il merkezinde özel bir lisede 1995-2000 eğitim ve öğretim yılları arasında disiplin suçu işlemiş ve ceza almış 58 öğrenci üzerinde bir çalışma yapılmıştır. Buna göre, bu öğrencilerden 1 tanesinin babası ölmüştür. 10 öğrenci üvey anne ya da baya sahiptir. Öğrencilerden 47 tanesi parçalanmış ailelere mensup olmadıkları halde aile içi huzursuzluk ve iletişimsizlik olduğu tespit edilmiştir. Öğrenciler, bu çalışma ile ilgili olarak yapılan görüşmeler sırasında ailelerinin kendilerine karşı ilgisiz ve boş vermişlik içinde olduklarını belirtmişler, 9 öğrenci de düzensiz bir aile yapısına sahip olduklarını, gerekli ilgiyi göremeyip yeterince dikkate alınmadıklarını, aile içi huzursuzluktan etkilendiklerini ortaya koymuşlardır.⁵⁶

Sonuç olarak, toplumsal nedenler ve bir çocuğun kişilik gelişimine yaptığı etkiler içinde aile içinde aile belki de en temel ve en önemli etkidir. Ancak suçlu çocuklar, sadece aile içindeki düzensizlik ve aksaklıkların eseridir denilemez. Ancak en azından temel ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayacak ekonomik koşulları olan düzenli bir aile ortamında ilgi, sevgi ve denetim eksikliği olmadan yetişen çocukların suça itilmeleri en az düzeye indirilebilir.⁵⁷

2/b. Eğitime İlişkin Nedenler

Konunun bu boyutunda hem anne ve babaların hem de çocukların eğitimlerinin ne düzeyde olduğu ya da olması gerektiği meselesi karşımıza çıkmaktadır. Cumhuriyetimizin kurulmasıyla birlikte okuryazarlık oranı gittikçe artmaktadır. Bununla beraber, çocukların ilk eğitimlerini aldıkları ailede, genelde gelenek ve görenekler doğrultusunda alışlagelmiş yöntemler ve sezgiye dayanılarak el yordamıyla eğitilmektedirler. Okuma yazma bilmeyen ana ve babanın çocuğunu tanımak için hiçbir kaynağı yoktur. Çocuk eğitiminde çoğu kez pedagoğlar, uzmanlar, eğitilmiş ana ve babalar dahi yetersiz kalmaktadırlar. Gelişmiş ülkelerde çocuk eğitimi, örgün eğitimin yanı sıra bir devlet politikası olarak ele alınmakta, anne ve babalar kitle iletişim

Tedbirlere Müteallik Rapor, İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, No:2,s. 17.

⁵⁶ Küçükşüleymanoğlu, Rüyam, "Okullardaki Suçlu Çocuk Profili Ve Okul Yönetimini Suçlu Çocuklara Bakışı", *1. Ulusal Çocuk Ve Suç: Nedenleri Ve Önleme Çalışmaları Sempozyumu*, Ankara 2002, s. 345.

⁵⁷ Günce, a.g.m., s. 6.

araçlarıyla, konferanslarla, danışma bürolarıyla eğitilmektedir. Ülkemizde de yeni yeni, televizyon, radyo programlarında, çeşitli basın yayın organlarında bu konuya önem verilmeye başlanmıştır. Büyük şehirlerimizde ana-baba okulları açılmıştır. Eğitilmiş olmak anne-babaya hiç değilse kendi davranışlarını eleştirme ve denetleme olanağı vermektedir. Ana babanın eğitim düzeyi de çocuğu suçta iten etkenlerden biri olmaktadır.

Eğitim öğretim süreci aynı zamanda insanı başarılı ve etkili şekilde toplumsallaştıran bir süreçtir. Örgün eğitim sürecinde, okulun bu işlevini herhangi bir nedenle yerine getirememesi, çocuğun başarısını, gelişimini, çevresine uyumu ve ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyecektir.⁵⁸ Anti-sosyal çocuklarda, kendilerini gösterme eğilimi diğer çocuklara oranla daha fazla olduğu, okulda başarılı olan çocuğun kendisini gösterme ihtiyacını kolaylıkla giderebilmesine karşılık, başarısızlığın çocuğu sokağa iteceği ve toplumsal yaşama uyum şansını azaltacağı görüşü savunulmakta ve pek çok çalışmada, okul öğrenimiyle çocuk suçluluğu arasındaki ters orantının bu sürecin etkinliğini vurguladığı belirtilmektedir.⁵⁹

Çocuk suçluluğuna ilişkin yapılan çalışmalar, suça yönelen çocukların okul imkânlarından yararlanamadıklarını ortaya koymaktadır. Yine bu tip çocukların okulda başarısız oldukları, okula devam sorununu yaşadıkları, küçük yaşlarda okulla birlikte çalışmaya başladıkları, okuldan kaçtıkları, okulda damgalandıkları görülmektedir. Araştırmalar, suça yönelen çocukların yoksulluk, kısa sürede meslek sahibi olma isteği, eğitim yaşamını sürdürememe gibi nedenlerle küçük yaşlarda çalışmaya başladıklarını orta koymaktadır. Bu yönelim, çocukların okul yaşamını olumsuz yönde etkilediği gibi, çocukların olumsuz rol modelleriyle karşılaşmasında da neden olmaktadır. Bu aynı zamanda, çocuğun yaratıcılığını geliştiren ve toplumsal rolleri öğrenmesine yardımcı olan oyun ihtiyacını da engellemektedir.⁶⁰

Eğitsel ve mesleki eğitimin alınmasıyla yetişkin rolleri daha çok üstlenilerek çocukların topluma olan bağları giderek güçlenmeye başlayacaktır. Böylelikle çocuk, ihtiyaçlarını toplumsal kurallar ve beklentiler doğrultusunda karşılamaya, kişiler arası diyalogunu geliştirmeye

⁵⁸ Özkök, *a. g. e.*, s. 10, 13.

⁵⁹ Tüzün, *a. g. e.*, s. 80.

⁶⁰ Uluğtekin/Acar/ Öntaş, *a.g.m.*, s. 37.

çalışacaktır. Buda suça giden yolda çocuğu engelleyen bir etken olarak karşımıza çıkacaktır.⁶¹

Örgün eğitim imkânından yoksun olan çocukların bir meslek edinmelerini sağlayacak eğitim almaları onları hem başıboşluktan kurtaracak hem de geleceklerini kazanmalarını sağlayacaktır. Edinecekleri meslek onlara çalışma zevkini aşılacak ve mesleklerinde ilerlemek gibi bir amaç etrafında toplayacaktır. Ancak bu mesleğin hem devamlılık arz etmesi hem de belli bir ihtisası gerektirmesi halk arasındaki tabirle belli bir sanatı gerektirmesi şarttır. Aksi halde bu nitelikte olmayan bir meslek uğraşı niteliğinde olup gelip geçici olacaktır. Çocukların ihtisas gerektirmeyen mesleklerde çalışmalarının özellikle şehirlerde işlenen suçlar bakımından çocuk suçluluğuna çeşitli derecelerde etki yaptığı savunulmaktadır. Buna göre bu tarz mesleklerin hepsi, çocuğun değişik halk kitleleri ile temasa geçmesine neden olacaktır. Seyyar satıcı, kahveci, garson, hamal gibi işlerde çalışan çocuk, işin gereği olarak günün her saatinde değişik değişik insanlarla temas halinde. Buda çocuğun ahlaki yapısı üzerinde bozucu etkiler yaratacaktır. Ayrıca, bu tip işlerde çocuk, kendisi ve ailesini geçindirecek para kazanamadığı zaman çocukta bir başıboşluk başlayacak buda çocuğu suça doğru yavaş yavaş itebilecektir.⁶² Bazen, ihtisas gerektirmeyen işler ağır işler de olabilmektedir. Çocuk gelişiminde en temel ilke olan, “Her çocuk o yaşın rolünü yaşmalıdır” ilkesi ile çelişen en önemli olgulardan birisi olarak karşımıza, çalışan çocuklar çıkmaktadır. Çocukların ağır işlerden çalışması sonucunda, ruhsal dengesinde ve kişilik yapısında onarılmaz problemler çıkabileceği ortadadır.⁶³

Eğitimle ilgili olarak üzerinde durulması gereken başka bir konu da boş zamanların değerlendirilmesidir. Boş zamanı değerlendirme ve buna ilişkin imkânlar, çocuk suçluluğu konusunda daha fazla vurgulanmaktadır. Doktrinde *boş zaman suçluluğu* kavramı ortaya atılmıştır. Buna göre, çocuğun boş zamanlarında yapacak bir şeyler bulamaması nedeniyle suç davranışlarına yönelebilecektir. Bu ergenlik çağındaki çocuk için daha önem kazanmaktadır. Bu anlamda çocukların yaratıcılıklarını aktarabilecekleri, enerjilerini kullanabilecekleri ve kendilerini ifade edebilecekleri faaliyet ve düzenlemeler önemlidir. Ülkemizde bu

⁶¹ Kaner, a.g.m., s. 243.

⁶² *Çocuk suçluluğunun Önlenmesi...*, s. 26, 27.

⁶³ Balcıoğlu İbrahim, *Şiddet Ve Toplum*, Bilge Yayınları, İstanbul 2001, s. 177.

tür faaliyetler yetersiz kalmaktadır. Buna karşın, kahve, bilardo gibi olumsuz mekânların çocuklar için kolay erişilebilirliği çocuk suçluluğunu artırır etkiler yapmaktadır. Son zamanlarda yaygınlaşmış bulunan ve olumsuz kullanımlara açık olan internet kafeler de bu kapsamda yeniden değerlendirilmelidir.⁶⁴

2/c. Sanayileşme, Şehirleşme ve Göç

2/c.1. Sanayileşme

Sanayileşmeye paralel olarak, belli merkezlerde nüfusun büyük bir çoğunluğunu toplanmış, bir nüfus yoğunluğu yaşanmıştır. Bu gelişme beraberinde, çocuk işçiliğini yani çocuğun sanayide kullanılmasını getirmiştir. Sanayileşme zamanla anne ve babayı birlikte fabrikaya, atölyeye çekmiş dolayısıyla çocuk üzerindeki kontrol ortadan kalkmaya başlamıştır. Belli şehirlerde nüfusun bu şekilde yoğunlaşmasıyla şehir hayatı gittikçe anonim bir hal almış, insanlar aynı apartmanlarda komşusunun kim olduğunu bilemeden yaşamaya başlamışlardır. Eskiden sosyal bir kontrol vasıtası olan komşuluk ve akrabalık gibi ilişkiler bu fonksiyonlarını yerine getiremez olmuşlardır. Eski tabirle *mahallenin namusu* denilen görünmez ve kolektif kontrolün zaafa uğraması, komşuluk ve akrabalığın çocuk üzerindeki utandırıcı haya ve hicap telkin eden etkilerinden uzak kalınmasına neden olmakta buda çocuğun suça itilmesini diğer şartlarında bir araya gelemsiyle kolaylaştırmaktadır.⁶⁵

2/c.2. Şehirleşme

Geleneksel köylü toplumunda insan ömrünü genel olarak aile, ak-raba ve aşiret birimleri içersinde geçirir. Büyük bir doğal felaket olmadığı sürece ömür boyu aynı yerde ve aynı biçimde yaşanır. Köylü, klasik yaşam alnından en fazla ya tarlasına ya da komşu köye gitmek için uzaklaşır ama akşam olduğunda tekrar evine döner. Günlük yaşam herkesin önünde geçer ve yaşanır. İnsan bu topluluğa ait olan bir varlıktır. Bu toplumda insan kendisinden önce var olan imkânlarla göre çalışır ve hüküm süren kurallara uygun olarak yaşar. Sahip olunan

⁶⁴ Uluğtekin/Acar/ Öntaş, a.g.m., s. 37, 38.

⁶⁵ Çocuk suçluluğunun Önlenmesi., s. 20, 23.

her şey az çok bellidir ve kolay kolay değişmez. Ağa çocuğu olarak dünyaya gelen çocuk ağalığı, çoban çocuğu olarak gelende çobanlığı sürdürmeye ve buna uygun davranmaya adeta mahkûm gibidir.⁶⁶

Şehir yaşamında ise yukarıda anlatılanlar tam tersi bir şekilde yaşanmaktadır. Şehirde yaşayan insan yaşamını herhangi bir şekilde kazanmaktadır ve doğuştan gelen aidiyetlerin herhangi bir önemi yoktur. Belli bir aileden gelmek artık belli bir şekilde davranma zorluğu getirmemektedir. Bireyler artık imkânları elverdiği ölçüde istediği gruplarla ilişki içine girebilmektedir. Dolayısıyla geleneksel bağlar şehirleşmeyle birlikte zayıflamıştır. Bireyin aile ve çevreye karşı sorumluluğu azalmıştır. Aile, akraba çevresinden, oturlan çevreden gelecek baskılar azalmıştır ve bunlar artık bireyi suç işlemekten engelleyebilecek düzeyde değildirler. Şehirde ilişkiler, daha yüzeysel, anonim ve değişkendir. Bu ortamda şehirli insanın özgürlüğü de artmıştır. Suç işlemiş hatta suça bir şekilde karışmış bir birey köy toplumunda bu şöhretiyle bilinir ve damgalanıp dışlanır. Şehirde insan en kötü olasılıkla mahalleyi değiştirip bu şöhretinden kurtulabilir. Atık mahallede adının iyi ya da kötü anılmasının köydeki kadar bir önemi yoktur. Bağların zayıflaması, suçluluğa doğal bir motivasyon yaratacaktır. Suçun sonucunu kar zarar hesabı olarak görmeye başlayacak bireyi, engelleyecek bir kuvvet de yoksa suç işleyecektir. Pek tabidir ki bu süreç çocuğu daha derinden etkileyip suça iten etkili bir faktör olarak karşımıza çıkacaktır.⁶⁷

Köyden farklı olarak, şehirler potansiyel suçlu için çok sayıda hedef sunar. Bir yandan sayısız çekici vitrin, elini uzattığın zaman ulaşabilecek kadar yakın ve abartılı bir şekilde sergilenen birçok mal ve hizmet, diğer yandan yabancıyı, suçluyu tanıma olasılıkları bulunmayan dışarıdaki insanlar, korumasız çocuk ve kadınlar. Bu sayılan nitelikteki⁶⁸ hedeflerin bolluğu kontrol imkânlarının azlığıyla bir araya gelince önemli bir suç nedeni oluşturmaktadır. Bütün bunlara çarpık şehirleşmeye paralel olarak, plansız yapılar, yollar, aydınlatılmayan bölgeler, trafiğin akış hızı da eklenince suçluluğu artırmaktadır. Ülkemizde birçok gasp ve hırsızlık olayı trafiğin sık sık tıkağdığı yerlerde, dar ara sokaklarda ve bunlara açılan caddelerde gerçekleşmektedir.

⁶⁶ Coşar, a.g.m., s. 288.

⁶⁷ Coşar, a.g.m., s. 290.

⁶⁸ Coşar, a.g.m., s. 297, 298.

Yapılan alan çalışmaları da bu değerlendirmeleri destekler niteliktedir. Genellikle suçun köy ve küçük şehirlere göre büyük şehirlerde daha fazla işlenmekte olduğu saptanmıştır. Şehirleşmeyle özellikle cebir şiddet suçları azalırken mala yönelik suçlar artmaktadır. Büyük şehirlerde kazanç sağlayan mala yönelik suçlar için olanaklar ve suçların gizli kalması olasılığı daha fazladır Bu yüzden kent yaşamında suçluluk oranları daha fazla olmakta, küçük yerleşim birimlerinde ise polisin daha az etkili olmasına rağmen daha az miktarda suç oranına rastlanmaktadır. Yapılan çalışmalarda suçluların daha çok şehirde yaşayıp şehirde suç işledikleri görülmüştür. Kırsal kesimde daha çok ilk kez suç işleyenlere rastlanıldığı halde, büyük şehirlerde suç tekrarı oranları da fazla olmaktadır.⁶⁹

2/c-3. Göç

Kırdan kente göç önemli toplumsal değişmelere yol açar. Bu değişimler her türlü insan ilişkisinin yeniden oluşması demektir. Yapısal değişiklikler fiziksel yapıyı etkilediği gibi, kişilerin davranışlarının ve hatta heyecanlarının değişmesine yol açar. Her göç, insanları ruhsal stresle karşı karşıya bırakır. Göçle birlikte eski sistem ve mekanizmalar çözülür, ancak yenileri eskilerin yerini henüz alamamıştır. Ortaya sapan davranışlar çıkar: Belli başlıları suçluluk, alkolizm, fuhuş, ruh sağlığı bozukluklarıdır. Kentte, koruyucu, denetleyici ve gözetici mekanizmalar çözülür, başıboşluk meydana gelir. Göçmen çocuklarında uyumsuzluk daha çok görülür. İlk kuşak, kökenlerinden kopmuş olmanın getirdiği yalnızlık ve bilinç dışı suçluluk duyguları taşımaktadırlar. Bu yüzden geleneksel hayat sivilini davranış, duygu ve düşüncelerinin içeriğinden sürdürerek, bunlara daha fazla sarılmaktadırlar. Yeni ortam onlar için, sağladığı ekonomik çıkarlar açısından önemlidir. Sadece bu yolda ilişkilerinde ve güncel ortamın biçimine uymakla yenirler. Diğer açılardan kapalı bir grup oluştururlar. Kente göç eden ailelerde, her ne kadar biçim açısından çekirdek aile tipi yaşam sürdürülse de, ailenin sosyal hayat ve güvencesinde geniş aile ölçüleri uygulamaktadırlar. Ölüm, kaza, iflas ve benzeri olaylar karşısında, aynı çatı altında olmasalar bile, geniş akrabalığın kapsamı içindeki kişiler hemen bütünleşip gerekli desteği sağlamaktadırlar. Kent içine göç ola-

⁶⁹ Hancı, Hamit, " Kentte Suç Ve Kent Suçu", *İzmir Tabip Odası Bülteni*, S. 6, Mayıs-Haziran 1999, s. 24,25.

yında gerek bireylerde gerek ailenin içinde, çevre karşısında kültürel intibaksızlık görülmektedir. Bunun yanı sıra kırdan gelenlerin işsiz kalmaları halinde sosyal dayanışma şuurunu yitirerek kendi sosyal grupları içine çekilmeleri söz konusudur.⁷⁰ Ailelerin sık sık yer değiştirmesi ve göçlerle çocukların suça yönelmesi arasındaki ilişkiler çeşitli araştırma ve incelemelere konu olmuş, sonuçta, geleneksel değerlere bağlı tutucu ortamlardan büyük şehirlere göç eden ve şehirlerde az gelir getiren işlerde çalışarak ekonomik yetersizlikler içinde kötü konut ve mahallerde yaşayan çocukların ve gençlerin suça eğilimlerinin arttığı bulunmuştur.⁷¹ Aynı olgu Antalya'da Mayıs 1994 ile Mayıs 1995 arasında yapılan bir araştırma ile de doğrulanmaktadır. Araştırmanın sonuçlarına göre, suç işleyen çocukların %60 ı başka illerde doğmuş ve Antalya'ya göç etmişlerdir.⁷²

Göçün en önemli sonuçlarından birisi gecekondulaşmadır. Gecekondu mahalleleri, ilk dönemlerinde her şeyden yoksundurlar. Ne alt yapı ne okul nede diğer kurumlar mevcuttur. İşsizlik oranının yüksek, gelir düzeyinin düşük, merkeze ve iş yerlerine ulaşımın zor oyun alanlarının, gençlik merkezlerinin, dinlenme alanlarının az ya da hiç olmadığı oturmamış bakımsız bölgelerdir.⁷³ İşsizlik, konut, çevre, trafik gibi problemlerle, uyumsuzluğun ve yeni bir hayat tarzından kaynaklanan temel sorunların bu bölgelerde yoğun olduğu görülmektedir. Bu uyumsuzluk, güç şartlardaki çocuk için önemli bir zemin meydana getirmekte, çocukların suça itilmesini hızlandırmaktadır.⁷⁴

Yapılan araştırmalar da bu değerlendirmeleri doğrular niteliktedir. 1990-1993 yılları arasında İzmir Çocuk Mahkemesine çıkarılan 2466 küçük çocuk üzerinde yapılan araştırmaya göre, bu nların %80 i gecekondu bölgelerinde veya kısmen gecekonduculardan oluşan yerleşim yerlerinde oturdukları görülmüştür.⁷⁵ Bu bölgelerdeki çocukları kontrol imkânlarını azlığı suça iten önemli bir faktördür. Sosyo-ekonomik geri kalmış bu bölgelerde, entegrasyon zor olmakta ya da hiç olamamaktadır. Gençlerin boş zamanlarını değerlendirecek imkânları yoktur. Buralarda yaşayan çocuklar ve gençler ucuz işgücü kaynağıdır-

⁷⁰ Balcioğlu, *a. g. e.*, s. 180,181.

⁷¹ Mangır/Silleli, *a. g. e.*, s. 19.

⁷² Coşar, *a.g.m.*, s. 308.

⁷³ Coşar, *a.g.m.*, s. 302.

⁷⁴ Balcioğlu, *a.g.m.*, s. 182.

⁷⁵ Hancı, *a.g.m.*, s. 305.

lar. Bu nedenle de imkânları sınırlıdır. Hedefledikleri ile ellerindeki imkânları arasında derin uçurumlar vardır.⁷⁶ Sonuç olarak, yöresel örf ve adetlerin etkisiyle büyümüş olan çocuk göç ettiğinde gerek ailesi gerekse kendisi şehir yaşamının değer yargılarına uymakta güçlük çekmekte, tedirginlik, güvensizlik toplumdaki soyutlanma eğilimleri gösterebilmektedir. Çocukta, bu uyumsuzluklara bir tepki olarak suç işleme eğilimi artmaktadır.⁷⁷

2/d. Kamu Yönetiminden Kaynaklanan Nedenler

2/d.1. Sosyal Devlet Olma Niteliğine İlişkin Nedenler

Batılı toplumlarında, gerek sanayileşme gerekse şehirleşme sürecinin toplumsal bir takım kurumların inşasıyla paralel olarak sürdürüldüğü, bu kurumların söz konusu süreçlerde ortaya çıkabilecek sorunlar karşısında insanları, özellikle de genç ve çocukları destekledikleri ifade edilmektedir. Buna göre, aile ya da akraba ilişkileri içinde desteklenmeyen, bakılmayan çocuklara bu kurumlarca gerekli destek imkanları verilmektedir. Ama Ülkemizde bu tür kurumlar ya yoktur ya da çocuklara yardımcı olacak donanım ve imkanlardan yoksundur.

Örgün eğitim sorunlarla doludur. Devlet okullarında sınıflar çok kalabalık ve eğitimin kalitesi düşüktür. Birçok genç maddi olanaksızlıklardan ya da çeşitli başarısızlıklardan dolayı zorunlu eğitimin ötesine devam edememektedirler. Bu gençler için geriye çirak olarak bir işe başlamak kalmaktadır. Çıraklıkla ilgili yasal düzenleme yapılmış olsa da bu alandaki yapı işlevsel olmanın çok uzağındadır. Çırak ile işveren arasındaki ilişki yazılı bir belgeye dayanmamakta ve çocuğun haklarını korumanın çok ötesindedir. Hepsinden önemlisi bir okulla bağlantılı değildir. Çocuk işverenin adeta inisiyatifine terk edilmiştir. Çocuk çalıştıran iş yerleri genelde küçük çaplıdır ve ayakta kalabilmek için, çocuk emeğinden kontrolsüz bir biçimde faydalanmaktadırlar. On saatlik mesai çocuk için istisna değil, kuraldır. Çırak olmak dahi bir imkân meselsidir. Bu imkânı bulamayan çocuklar, sokakta çalışarak ayakta kalmak ve aileye yardım etmek zorundadır. Buralarda eklemek aslanın ağzındadır ve ayakta kalabilmek için her yol denenmek zorundadır. Hiç bir destek, kontrol olmadan çalışan çocuk, bu arada

⁷⁶ Coşar, a.g.m., s. 306.

⁷⁷ Tüzün, a. g. e., s. 80.

suç olan davranışları da öğrenip zamanla içselleştirmektedir. Devlet İstatistik Enstitüsünün 1998 verilerine göre, hüküm giyen çocukların %76 sı okula gitmeyen çocuklardan oluşmaktadır.

Öksüz ya da terkedilmiş çocuklar için imkanlar çok sınırlıdır. Devlet Planlama Teşkilatı 1996 yılı verilerine göre, annesiz ve babasız çocukların bulunduğu yetiştirme yurtlarında on bin yüz yirmi çocuk vardı. Bu yurtların bir kısmındaki koşullar, çocukların gelişimi bakımından uygun olmanın çok ötesindedirler ve bu koşullar çocukları suç işlemekten korumak bir yana suça teşvik eder niteliktedirler. Sadece İstanbul'da, ailesinden kopmuş sokakta yaşayan yedi binden fazla çocuğun varlığından söz edilmektedir. Son yıllarda bu çocuklar için bir kısım kurumlar oluşturulmuşsa da bunların önemli bir kısmı sokakta yaşamaktadırlar. Ülkemizdeki yüksek işsizliğe rağmen işsizlik sigortası zor koşullara bağlanmış olması nedeniyle adeta yoktur. Bütün bu anlatılanlar çocuk suçluluğuna giden yolda önemli kilometre taşları olarak karşımıza çıkmaktadırlar.⁷⁸

2/d.2. Mevzuata ve Uygulanmasına İlişkin Sorunlardan Kaynaklanan Nedenler

Çalışmamızın başlangıcında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'den bahsedilmiş ve bu sözleşmenin çocuklar için sosyal adaleti hedeflediği belirtilmişti. Bu hedefin gerçekleştirilmesinde, çocuk adalet sisteminin bel kemiğini oluşturan sosyal inceleme raporları (SİR) çok önemli bir yer tutmaktadır. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) ile yürürlükten kaldırılan 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 20. maddesine göre, ancak hakimin gerekli görmesiyle, bir ceza ya da tedbir kararı verilmeden önce alınması öngörülen SİR'ler zorunlu olmayıp, takdire bağlıdır.⁷⁹ Bu raporlar, suça itilmiş çocukların içinde bulunduğu koşulların niteliğini ve toplumla bütünleşmesi için çocuğun ihtiyaçlarını ortaya koyar. Doktrinde bu raporlar için sosyo-legal belge değerlendirilmesi yapılmaktadır. Ancak bu sistemin uygulanışında bir takım sorunlar yaşanmaktadır. 1988-1992 yılları arasında İstanbul Çocuk

⁷⁸ Coşar, a.g.m., s. 315-317.

⁷⁹ Tarimeri, Nihat, "Yeni Ama Almanya'dan Tam 83 Yıl Geri Olan Yasa; Çocuk Koruma Kanunu Bu Kanundan Çocukları Kim Koruyacak", *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Yıl 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 258.

Mahkemesinde hazırlanan 156 SİR ve 114 mahkeme kararı değerlendirilmiştir. Buna göre: SİR'lerin hazırlanmasında hayati önemi olan suçlu çocukların ailelerine yapılması gereken ev ziyaretlerinin genellikle gerçekleşmemiş, bilgilerin daha çok çocukla yapılan görüşmelerden elde edildiği belirlenmiştir. SİR'lerde en önemli bölüm aile çevre ilişkisidir. Ancak SİR düzenlenirken aile, çevre ilişkilerine yer verilmediği görülmüştür. SİR'lerde suçun ortaya çıkışına yer verildiği halde nasıl bir müdahale yapılması konusunda eksik bilgiler ve değerlendirmeler yapılmaktadır. Yapılan araştırmada çocuklarla ilgili kararların ancak %28 inde SİR vurgulanmıştır. %82 isinde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir uygulamadan söz edilmemiştir. Hakimin isteğiyle düzenlenebilen SİR'lerden mahkeme kararlarında söz edilmemiş olmasının çok düşündürücü olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, ülkemizde çocuk adalet sisteminde SİR ler işlevini çok düşük düzeyde yerine getirebilmektedirler. Bu durum suça yönelen çocuğun ve çevresinin ihtiyaçlarının, suçun ortaya çıkışı ve suçun denetlenmesi bağlamında gerektiği gibi değerlendirilemediğini düşündürmektedir. Yani çocuk ihtiyacı olan müdahale ve hizmeti alamamaktadır.⁸⁰

5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) ile yürürlükten kaldırılan 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun 1979 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihe kadar çocuklar, suç işlemleri durumunda, indirimli ceza almaları dışında yetişkinlerle aynı yasal düzenlemelere göre ve aynı mahkemelerde yargılanıyorlardı. Bu yasa, 18 yaş altı çocukları 3 gruba ayırmıştı. 2003 yılında yapılan değişikliğe kadar, 12-15 yaş grubu bu mahkemelerde yargılandı. Söz konusu değişiklikle 16-18 yaş grubu da bu kapsama dahil edildi. Söz konusu bu yasa, nüfusu yüz binin üzerinde olan yerleşim birimlerinde çocuk mahkemelerinin kurulmasını ön gördüğü halde aradan geçen yıllar içinde sadece Ankara, İzmir, İstanbul, Diyarbakır ve Trabzon'da kurulmuş ve İzmir, Kocaeli ve Diyarbakır mahkemeleri çok yakın zamanlarda kurulabilmiştir. 2003 yılı değişikliğine kadar son üç ilde, 12-18 yaş arası gençlerin %8 i çocuk mahkemelerinde yargılanırken geriye kalan büyük çoğunluk yetişkinlerle aynı mahkemelerde yargılanmışlardır. Yine bu yasada öngörülen çocukların, bakıcı aile yanına, yurtlara yerleştirilmeleri, iş bulunması gibi tedbirler pratikte uygulanamamıştır. Bu mahkemelerde iş yoğun-

⁸⁰ Uluğtekin/Acar/ Öntaş, a.g.m., s. 41.

luğunun fazlalığından dolayı, çocuğun özelliklerine uygun bir yargılama yapılma imkânı bulanmamıştır. Mahkemelerde görevli olan ve çocukların ruhsal durumları hakkında mahkemeye rapor vermeleri gereken sosyal hizmet uzmanları, pedogoklar maddi imkânsızlıklar nedeniyle uygulamada çok sınırlı işlev görmüşlerdir.⁸¹

5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, TBMM tarafından temel yasa kapsamında değerlendirilerek hızlı bir şekilde kabul edilmiş ve 15.07.2005 tarihinde *Remi Gazete'de* yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Genel Gereğe bölümünde Kanunun gerekçesi, şu şekilde ifade edilmiştir; *“Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocuklara özgü kanun, usul ve makamlar oluşturma gerekliliği tüm taraf devletler için yükümlülük haline getirilmiştir. Türkiye’de çocuklara özgü ilk kanun, 1979 tarihli 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’dur. Bu kanunda, yeni Türk Ceza Yasası ve Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu çerçevesinde değişiklikler yapmanın gereği açıktır”*. Bu genel gerekçeye göre tasarısının temel çıkış noktası; çocuklara özgü bir kanun hazırlamak ve Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’u da bu kanun içinde yeniden yapılandırmaktır.

Bu yasaya yönelik doktrinde pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Buna göre:

Çocuk Koruma Kanunu, suçta sürüklenen çocuklar hakkında bazı yeni düzenlemeleri içermekle birlikte; aslında 1979 tarihli 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’un düzenlendiği bir metin görünümündedir. Gerçekten olumlu yanları bulunmaktadır ancak çok temel yanlışları da bünyesinde barındırmaktadır.

Kanun, çocukları koruma perspektifinden uzaktır. Bu hali ile olumlu uygulamaları beraberinde getirmeyeceği açıktır. Özellikle sosyal hizmet mesleği açısından irdelendiğinde kanun, çok temel bir yanlış içermektedir. Sosyal çalışma görevlisi olarak yepyeni bir ifade kullanılmış ve bu ifade yoluyla her mesleğin atanmasının yolu açılmıştır. Sosyal çalışma yürütebilecek meslek elemanı, Üniversitelerin, sosyal hizmetler bölümü bünyesinde dört yıllık lisans eğitimi almış sosyal

⁸¹ Coşar, a.g.m., s. 318.

hizmet uzmanlarıdır. Bu yanlış, sosyal hizmet mesleği açısından temel bir yanıştır.⁸²

Konuya karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yaklaşan bir başka görüşte, söz konusu Kanunun başlığı da dahil olmak üzere söz konusu kanunda, kavram kargaşası yaratacak pek çok ibare bulunmaktadır denilmektedir. Devamında, uzlaşma, kamu davasının açılması veya kararın ertelenmesi, denetimli serbestlik gibi Almanya'daki bazı yaklaşım ve uygulamalardan örnekler görülmesine rağmen 1923 Almanya'sındaki yaklaşımlardan daha geri olduğu görülmektedir. Almanya'da yürürlükte bulunan "*Gençlik Mahkemeleri Kanunu*" un temel amacı eğitimidir ve bu amaç çerçevesinde ceza ve emniyet tedbirleri zıt kavramlar olarak değerlendirilmekte ve uygulama genç odaklı yapılmaktadır. Alman gençlik ceza hukukunda özellikle failin kişiliği ön planda olup, uygulanacak yaptırımlara, gencin gelecekteki sosyal yaşantısının nasıl şekilleneceği dikkate alınarak karar verilmektedir. Bu mahkemelerde konuyu anlayabilmeye yönelik en önemli işlem kişilik araştırmasıdır ve hazırlık soruşturmasının başlamasıyla işlerlik kazanmaktadır.

Çocuk suçlunun kişiliğinin değerlendirilmesi ve uygulanacak yaptırımın seçilmesi amacıyla çocuğun kişisel ve sosyal koşulları ilgili bilgi toplanması zorunluluğu çerçevesinde "*gençlik mahkemesi yardımcısı*" kurumu ihdas edilmiştir. Bu bizdeki sosyal hizmet uzmanının karşılığıdır. Bu yardımcıları, çocuğun kişisel ve sosyal durumunu, özellikle uygun yaptırım için bilgi sağlamak amacıyla soruşturur. Bu raporun mahkemece kabul edilip edilmemesi konusunda mahkemeye tanınmış bir takdir yetkisi söz konusu olmayıp, bir delil olarak değerlendirilmektedir. Özellikle hazırlık soruşturmasında bu rapor iddia-namenin bir parçası haline gelmektedir. Savunma içinde söz konusu raporlar bir, araç olup, adeta yargılamayı tamamlayan bir unsurdur. Alman Gençlik Mahkemeleri, resmi bir vesayet makamı gibi karar verme yetkisine de sahiptirler. Ülkemizdeki sistem ceza ve hakim odaklı olduğundan bu sistemi benimsemek ve uygulamak oldukça zordur⁸³ görüşleri dile getirilmiştir.

⁸² Bu çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı bünyesinde, Prof. Dr. Gönül Erkan'ın sorumluluğundaki "SHO 628 Korunmaya Muhtaç Çocuklar ve Sosyal Hizmet" adlı yüksek lisans dersi için hazırlanmış ve 28.04.2005 tarihli derste sunulmuştur.

⁸³ Tarimeri, a.g.m., s. 251,252,255,268.

Ülkemizde yürürlükte olan diğer bir kısım düzenleme ve uygulamalar da eleştiri konusu olmaktadır. Buna göre:

- Çocuklara tutulu buldukları kurumlarda yaşlarına uygun davranılmadığı yolunda iddialar bulunmaktadır.

- Adli sicil ve polis raporları, çocukların gelecekteki yaşamlarını kurmalarının önünde sık sık bir ciddi engel oluşturmaktadır.

- Tutukluluk ya da hükümlülük dönemlerinde çocuklara çok sınırlı örnekler dışında eğitim verilememektedir.

- Tutukevi ya da ıslahane sonrası dönem için yasal düzenlemeler etkisizdir. İstikrarlı aile ilişkilerinden gelmeyen, maddi olanakları olmayan çocuklar ve gençler açısından cezaevi sonrası suç işleme olasılığı büyüktür. Çocuk çoğu zaman sokakta kalmakta ve hayatta kalabilmek için yeniden suç işlemek durumundadır. Cezaevine giren bir çocuk oradan güçlenerek, yaşamını tek başına suç işlemekten sürdürdüğü bir donanımla değil, örselenmiş, aşağılanmış, birçok durumda yanında kaldığı diğer insanlardan suç işleme konusunda eğitim alarak çıkmış bulunmaktadır.

- 2253 sayılı yasa, çocuklar hakkında, adli sicile geçilen bilgilerin ancak soruşturma ya da kovuşturma nedeniyle savcılık ya da hakimlik tarafından istenmesi ya da genel seçimler ile ilgili Yüksek Seçim Kurulu tarafından istenmesi durumunda bildirileceğini, bu amaçla verilen bilgilerin başka bir amaçla kullanılmayacağını hüküm altına almışsa da uygulamanın farklı olduğu belirtilmiştir. Şöyle ki, çocuk okula girerken, işe girerken, pasaport alırken veya buna benzer yaşamı ile ilgili herhangi bir nedenle güvenlik soruşturmasına başvurulduğunda bu bilgileri kullanılmaktadır. Böylelikle onun, eğitimine, işe girmesine, başka bir deyişle topluma yararlı bir insan olmasına engel olunmaktadır. Tahliye olmuş çocuk yaşadığı sorunlara ek olarak damgalanma sorunuyla dışarı çıkmaktadır. Onu suça iten faktörler eksilmemiş, artmıştır. Artık o kendisini toplumun bütününden soyutlanmış ve suçlu rolüne indirgenmiş hissedecektir.⁸⁴

⁸⁴ Coşar, a.g.m., s. 319, 321.

AIHS M. 6 ADİL YARGILANMA HAKKI VE TÜRK HUKUKUNDA UYGULANMASI

Erol ÇİÇEK*

Bazı savcıların “*adil yargılanma hakkını*” çok Amerikan filmi izleyenlerin kuruntusu olarak nitelediği ülkemizde; bazı hakimlerimiz de “*davacı avukatının sloganı*” olarak görmektedir. Bu sözlerim yanlış anlaşılmasın, hakim ve savcılar duyarsız, avukatlar daha duyarlı demek istemiyorum. Bunlar, sadece bazı mesleki gözlemlerdir.. Bu makalenin amacı “*adil yargılanma hakkını*” sistematik ve geniş olarak incelemekten çok, konu hakkında bazı çarpıcı kararlara değinerek konuya hukukçuların ilgisini çekmek ve bu konuda duyarlılık yaratmaktır.

Anayasamızın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan AIHS, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanun ile onaylanmıştır. Başka bir deyişle, evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde belirtilen “*adil yargılanma hakkı*” kavramına 1954 yılından beri iç hukukumuzda yer verilmektedir.

Bilindiği gibi “*adil yargılanma hakkı*” AIHS m. 6’da yer almaktadır. Bu hak 03.10.2001 tarihli 4709/14 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Anayasamıza da girmiştir. Bu hakkın alt başlıkları olarak mahkemeye erişim, duruşmada bulunmak, silahların eşitliği ve nizalı dava hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi hususlar bulunmaktadır. “*Adil yargılanma üzerine kurulmuş adalet görüşü, Anglo-sakson hukukunun Avrupa hukukuna etkisini göstermektedir. Anglo-sakson hukuku yazılı bir hukuk değil, yargıcın yorumuna dayanan gelenekçi bir hukuktur.*”

Avrupa yargıcı 6. maddeyi geniş biçimde yorumlar ve ulusal yargıcı aynı şeyi yapmaya davet eder. Böylece adil yargılanma hakkı etki alanını genişle-

* Hukukçu, Bursa Barosu eski üyesi.

tir. Adli, cezai, idari davalarla disiplin ve karma davalarda taraflara tanınan haklar gitgide artmaktadır. Böylece davaya taraf yurttaşların hakları genişletilmekte ve bu süreç gelişerek devam etmektedir.”¹

6. madde kapsamındaki garantiler sadece mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaz, bu süreçten önce ve sonraki aşamalarda da uygulanır. AİHM, Sözleşmede tanınan hakların içeriğini kendisi otonom olarak tanımlar. Bir hakkın Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili Devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirlenmelidir.²

Birincil hukuk ulusal hukuklardır ve adil yargılanma hakkının yerine getirilmesinden de esas olarak ulusal yargıçlar sorumludur.

Yapılan Anayasa değişikliği ile “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 m.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü Anayasa’ya girmiştir. Ulusal hukukumuz ile onayladığımız sözleşmeler arasında bir uyuşmazlık bulunması durumunda. Uluslararası sözleşmelerin esas alınması anayasal bir buyruk haline gelmiştir. Nitekim Coralie Ambroise-Cesterot Fransız hukukuna ilişkin olarak aşağıdaki örneği vermektedir. “Ceza Mahkemeleri Usul Kanunu’nun bir maddesi (m. 546) 1999 yılına kadar polisiye vakalarda (hafif suçlar) verilen kararları istinafa götürme yetkisini münhasıran Cumhuriyet Başsavcısı’na veriyordu. Kanun aynı hakkı taraflara, şahsi hak davacısına, sanığa ve hatta Cumhuriyet savcısına vermeyi reddediyordu. Fransız Yargıtay’ının 6. Ceza Dairesi 6 Mayıs 1997 tarihli bir kararla, Cumhuriyet Başsavcısı’nın bu tür başvurularının görülemez olduğuna dair alınan bir kararı iptal etti. Nitekim eşitliğin bozulması için bir gerekçe yoktu. Kanun koyucu bu çözümü 1999 yılında 546. maddenin son fıkrasını kaldırmak suretiyle onayladı”³

Yukarıda yaptığımız girişten sonra adil yargılanma hakkının başlıca kavramlarına değinebiliriz. Öncelikle “açık duruşma” kavramıyla

¹ Coralie Ambroise/Cesterot, TBB, İHAS ve Adli Yargı sempozyum notları s. 323.

² König Federal Almanya Cumhuriyetine karşı, 28 Haziran 1978, 89. paragraf.

³ Coralie Ambroise/Cesterot, TBB, İHAS ve Adli Yargı sempozyum notları s. 322.

başlamak istiyorum. Bu konu bizim yasalarımızda da açık olarak yer almasına rağmen, duruşmalarda yerine getirilmemektedir. Özellikle adliye binalarının yetersiz olduğu bazı il ve ilçelerde duruşma salonu yetersizliğinden, seyrek de olsa hakim, savcı ve avukatlarımızın duyarsızlığından duruşmalar izleyicilerin olmadığı hakim odalarında yapılmaktadır. Taraflar dışında izleyicisi olmayan bazı duruşmalarda sorunlar çıkmaktadır. Ben, müşteki olarak bulunduğum bir ceza yargılaması duruşmasında, savcının duruşma salonunda bulunmadığını ve soruşturmanın genişletilmesi talebimi zapta geçirtemedim. Başka bir olayda da “*adil yargılanma hakkımızın ihlal edildiğini*” davacı avukatı olarak bulunduğum bir duruşmada zapta geçirtemedim. Ancak daha sonra bu istemin tutanağa geçirilmediği hususunda duruşma salonunda bulunan avukat arkadaşlarla tutanak tutmak zorunda kaldım. Bu olaylar avukatlar için bile duruşmanın açık yapılmasının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Davaların *makul sürede* bitirilememesi, Ülkemiz açısından büyük bir sorundur. AİHM makul süreyle ilgili incelemelerinde davanın karmaşıklığı, başvuruçunun dava sırasındaki tutumu, yetkililerin davranışı gibi kıstaslara göre hakkın ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. *Ulusal mahkemelerin iş yükünün ağırlığı savunmasını kabul etmemektedir.* Çocuk ve velayet davaları, vücut bütünlüğünün ihlali ve işverenle anlaşmazlıklarla ilgili davaların daha da hızlı görülmesi gerekmektedir. “*AİHM adli yetkililerin yargılamayı mümkün olduğunca hızlandırma çabalarının başvuruçunun 6. madde kapsamındaki garantilerden yararlanmasını sağlamak açısından önem taşıdığına açıklığa kavuşturmuştur. Dolayısıyla, ulusal mahkemenin özel bir görevi de yargılamada rolü olan herkesin gereksiz gecikmeleri önlemek için azami çaba göstermesini sağlamaktır.*”⁴

Adil yargılanma hakkının önemli alt kavramlarından biride *silahların eşitliği* ilkesidir.

Bunun anlamı *bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir.* Taraflar arasında adil bir denge kurulmalıdır.⁵

⁴ Nuala Mole ve Catharina Harby, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, s. 50.

⁵ Bkz., Ör. De Haes ve Gijssels Belçika'ya karşı, 24 Şubat 1997.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 02.12.2004 tarih ve 2001/216E. 2004/120 K. sayılı kararında, HUMK 432 maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin (“*Bu süre 8.1.1943 sayılı kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür*”) iptaline karar vermiştir. Bu maddede, kanunda belirtilen kuruluşlara onlarla davalı olan taraflara nazaran 30 gün temyiz süresi tanınmaktadır. Aynı durum HUMK m. 195 içinde geçerli olmakla beraber, bu hüküm Anayasa geçici 15. madde kapsamında kaldığından yetkisizlik kararı verilmiştir. İptal kararının gerekçesi olarak Anayasa m. 10 ve 36 gösterilmiştir. Madde 36’da yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin gerekçe şöyledir.

“Anayasa’nın 36. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Anılan maddenin birinci fıkrasında 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, herkesin, “...adil yargılanma hakkına” sahip olduğu esası öngörülmüştür.

“Adil yargılanma hakkı”nın ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibarıyla eşit oldukları açık olan 4353 sayılı yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa’nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır.

Bu nedenlerle, Anayasa’nın 10 ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.”

AİHM, Steel and Morris v. the United Kingdom davasında İngiltere’yi başvuruculara yargılandıkları ulusal mahkemede avukat yardımından yoksun bırakarak silahların eşitliği ilkesine aykırı davrandığı, dolayısıyla adil yargılanmadıkları ve ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle mahkum etmiştir. Bu çok ilginç davayı biraz açıklamak gerekiyor. Bu davayla ilgili olgular şöyledir: Helen Ste-

el (düşük ücretli) ve David Morris (işsiz) adında Londra Gren Peace üyesi (Londra Gren Peace'in Uluslararası Green Peace örgütüyle alakası yoktur.) iki kişi Mc Donald's hakkında 6 sayfalık broşürler dağıtmışlardır. Bu broşürde, oldukça sert ifadelerle, Mc Donald's ın küresel ekonomik adaletsizliğe yol açtığı; yoksul ülkelerdeki küçük çiftçileri kendi ülkeleri için üretim yapmaktan alıkoyduğu, bu alanlarda et hayvanları için üretim yapıldığı, insan tüketimi için gerekli tahıllar yerine hayvan yemi üretildiği; her yıl İngiltere büyüklüğünde yağmur ormanlarının şirketin uygulamaları yüzünde tahrip olduğu, yağ, şeker, tuz bakımından zengin; lif, vitamin ve mineraller bakımından eksik hayvansal ürünlerin kalp, kanser ve kalınbağırsak hastalıklarına sebep olduğu; bunların teori değil tıbbi gerçekler olduğu; şirketin reklamlarında çocukları hedef aldığı ve çocukları istismar ettiği; bu şirketin kötü koşullarda işçi çalıştırdığı gibi iddialar yer almaktadır.

20 Eylül 1990 tarihinde, şirket bu kişiler aleyhinde 100.000 pounda ulaşan tazminat istemiyle, basın yoluyla hakaretten dava açmıştır. Şirket bu davada bu konularda uzman bir baş avukat ve yardımcıları tarafından temsil edilmiş; davalılar gönüllü bazı avukatlardan yardım almakla birlikte avukatsız olarak kendilerini savunmuşlardır. Bu dava 28 haziran 1994-13 Aralık1996 tarihleri arasında, 313 mahkeme işgünü sürmüş, İngiliz hukuk tarihinin en uzun süren davasıdır. Duruşma tutanakları 20.000. sayfa, delil niteliğinde 40.000 sayfa belge dosyada yer almış, 59 kişisi davalı tanığı olmak üzere 130 tanık dinlenmiştir. Davanın karmaşık bilimsel konularla ilgili olmasından dolayı hakim jürisiz yargılamaya karar vermiştir. Yargıç, şirketin çocukları istismar ettiğini, düşük ücretle işçi çalıştırdığı gibi bazı davalı iddialarını kabul etmesine rağmen, davalıları müştereken ve müteselsilsen 55.000 pound ödemeye mahkum etmiştir. Şirket bu miktarı davalılardan tahsil için bir girişimde bulunmamıştır. *Davalıların dava sırasındaki adli yardım olarak avukat talepleri İngiliz Adli Yardım Yasası gereği reddedilmiştir.*

Davalılar bu kararı, davacının zarar miktarını ispatlamasına gerek olmadığı; şirketin bu davayı açmağa yetkisi olmadığı; (İngiltere'de kamu tüzel kişileri bu tip davaları özgür demokratik bir toplumda bu tip şirketlerin her zaman eleştiriye açık olmaları gerektiren kanunlar nedeniyle açamamaktadır) şirketin şikayet konusu yaptığı konuları ispat davet etmediği; şirketin şikayetine konu olan hususların yanlış olduğunu kendisinin ispatlaması gerektiği; şikayet konusu hususların doğruluğuna davalıların makul olarak inanıyor olmalarının İngiliz

hukukuna göre haklı bir savunma olduğu; bu tip şirketler karşısında kamu yararıyla ilgili yayınlara imtiyaz tanınması gerektiği; çocuklar, genç işçiler, hayvanlar ve çevre gibi kendilerini koruma araçlarına sahip olmayanların haklarını korumak için makul ve meşru bir yanıt olan broşüre kamu yararı adına imtiyaz tanınması gerekçeleriyle temyiz etmişlerdir. Temyiz mahkemesi çocuk istismarı ve şirket ürünlerinin sağlığı zararlı olduğu yönündeki iddiayı yorum olarak kabul etmiş ve bu konularda davalıları haklı bulmakla beraber, tazminatta bir miktar indirim yapıp kararı onamıştır.

Davacılar, adli yardım taleplerinin kabul edilmemesinden dolayı adil yargılanma haklarının ihlal edildiği AİHS m. 6 ve ifade özgürlüklerinin ihlali m. 10 gerekçe göstererek AİHM başvurmuşlardır.

Başvurucular, yukarıda açıkladığımız davanın karmaşık olması, uzun sürmesi, İngiliz hukukuna göre tarafların iddia ve savunmalarını ve bunların dayandığı tanık vs. delilleri ve bunların taraflarca sorgulanması işlemlerinin dengeli bir şekilde yapılması gerektiğini; davacı şirket ve kendi ekonomik durumlarının kıyaslanamayacağını; silahlar arasında bundan büyük eşitsizlik olamayacağını; davacının uzman avukatlardan yararlandığını; kendilerinin gönüllü fakat hakaret konusunda uzman olmayan avukatlardan kısmen yardım aldıklarını; ileri sürmüşlerdir. İngiliz hükümeti, davanın adli yardım gerektirecek kadar karmaşık olmadığını; adli yardımın devletlerin iç düzenlemesine bırakıldığını ve bu tip davalardaki daha önceki AİHM içtihatları doğrultusunda karar verilmesini istemiştir.

AİHM yaptığı değerlendirmede, tarafların kendilerini ve davalarını mahkeme önünde etkili bir şekilde sunabilmeleri ve silahların eşitliğinden yararlanmalarının adil yargılanma kavramının özünde yer aldığını belirtmiştir. (Par. 59) Devamla, bir davada adli yardımın gerekip gerekmediği sorusunu yanıtlarken, tarafların kendilerini etkin bir şekilde temsil edebilmeleri, davayla ilgili maddi hukuk ve usulü işlemlerin karmaşıklığı gibi unsurlara bağlı olarak her davanın kendi özel şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. (Par. 59) taraflardan biri diğeri karşısında esaslı olarak dezavantajlı bir konuma düşmedikçe, devlet açısından silahların eşitliğinin sağlanması bir zorunluluk değildir. (Par. 62) Mahkeme bu tespitlerinden sonra, bu tip davalardaki daha önceki içtihatlarıyla bu davayı karşılaştırmış ve bu davanın yukarıda açıkladığımız süre, usulü işlemler ve esas yö-

nünden karmaşıklığına değinmiştir. Ayrıca gönüllü avukatların düzensiz yardımlarının hakaret davalarında uzman tecrübeli avukatlarla temsille kıyaslanamayacağı tespitinde bulunmuştur.

Mahkeme, tarafların yararlandığı hukuki yardımlar arasındaki büyük eşitsizliğe vurgu yapmış ve sonuç olarak başvuru-cuların ulusal mahkemede yapmış oldukları adli yardım isteminin reddinin; başvuru-cuların kendilerini mahkeme önünde etkin bir şekilde savunmaktan yoksun bıraktığı tespitinde bulunmuş; bunun silahların eşitliği ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılama hakkının ihlali olduğu kararına varmıştır. Ayrıca yargılama aşamasındaki usulü işlemleri de adil yargılanma hakkına aykırı bulmuş ve bunun da AİHS m. 10 ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir. Bu karar için bkz.⁶

Monique C. Lillard, German Law Journal, No: 5 (1 May 2005) da çıkan, "AİHM' nin silahların eşitliği konusunda yeni bir adımı" adlı makalesinde; AİHM'nin gerekçelerinin büyük şirketlerde çalışan işçilerin işten çıkarılması durumunda adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacaklarını tartışmaktadır. Bu davaların da karmaşık davalar olduğunu, işçinin ve ailesinin yaşamını çok yakından ilgilendirdiğini, bir tarafta bu konularda uzman şirket avukatlarının diğer tarafta mali gücü sınırlı ve hukuk bilgisi yetersiz işçilerin bulunduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak AİHM'nin bu kararının, bizi kapsam ve amaç yönünden düşünmeye sevk ettiğini belirtmektedir.

Van de Hurk v. the Netherlands davası da adil yargılanma hakkı açısından ilginç bir davadır. Van de Hurk süt sığırcılığı yapan Hollandalı bir çiftçidir. Başvurucu, AB direktifleri gereği konan süt üretim kotasının arttırılması için ilçe tarım müdürlüğüne başvurmuş; bu başvurusunun reddedilmesi üzerine tarım ve balıkçılık bakanlığına yaptığı itiraz da kabul edilmemiştir. Bakanlığın itirazı reddetmesi üzerine Endüstriyel Başvurular Mahkemesi'ne müracaat etmiştir. Bu mahkeme de başvuru-çunun talep ettiği ek kotadan faydalanabilmesi için gerekli olan minimum yatırımı yapmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Başvurucu daha sonra üç farklı iddia ile adil yargılanma hakkını ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Bu gerekçelerden biri bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmadığı iddiasıdır. *Bunun dayanağı da Kralın ve Bakanın mahkeme kararının icrasını askıya alma veya uygulamama kararı verebilmesidir. 1954 sayılı yasa 74. bölüm, mahkeme ka-*

6 <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en>

rarının kamu yararına aykırı olması halinde bakanların önerisi üzerine, bu kararı uygulamama veya kısmen uygulama hakkı vermektedir.

AIHM, daha önceki kararlarına atıf yaparak; bağlayıcı karar verme yetkisinin “bağımsız mahkeme” kavramının içinde yer aldığını tarafların zararına olarak adli olmayan bir güç tarafından değiştirilemeyeceğini belirtmiştir. Başvurucu, Endüstriyel Başvurular Mahkemesi’nde yapılan yargılamalarda hükümetin 1954 sayılı yasa 74. bölümden kaynaklanan hakkını hiç kullanmadığını kabul etmiş fakat başlı başına böyle bir hakkın bulunmasının bile “bağımsız mahkeme” kavramına aykırı olduğunu belirtmiştir. Hükümet savunmasında bu yetkinin mahkeme kararının gerekçelerini yok saymadığını, sadece kamu yararına aykırı bazı sonuçlarını engellediğini iddia etmiş; ayrıca bu yetkinin şimdiye kadar kullanılmadığını ve Genel İdare Yasası’nın 1 Ocak 1994 yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkacağını belirtmiştir.⁷

AIHM, bu yasada verilen yetkinin mahkemeleri Kral’ın kararının dışına çıkamaması sonucunu doğurduğunu, yeniden yargılanmanın da etkin bir çare olmadığını, Kral’ın mahkeme kararını uygulamama hakkını kullandığı durumlarda, diğer tarafa tanınan tazminat hakkının mahkeme kararının yerini tutmayacağını kabul etmiş ve sonuçta başvurucu hakkında “bağımsız bir mahkeme” tarafından “karar” verilmediğine ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bu kararın bence en dikkat çekici yönü, yasada bulunan ve kullanılmayan bir yetkinin varlığının bile “bağımsız mahkeme” kavramına uymadığının kabulü olmuştur. Ülkemiz uygulamasında ise, idare mahkemesi kararlarına uyulmaması istisna olmaktan çıkmış adeta kural haline gelmiştir. Hukuk sistemimizde bu konuda bir eksiklik bulunmamaktadır. Fakat idarenin yargı kararlarına uymama alışkanlığı sürmektedir. Maalesef yeni ceza yasası da bu konuda özel bir hüküm getirmemektedir.

AIHM’nin gerekçeli kararlarla ilgili içtihatlarına değinmek istiyorum. AIHM, dava aşamasında tüm itiraz ve sorunlara mahkemelerin yanıt vermesi gerektiğini düşünmüyor. *Davanın sonucunu temelden etkileyecek bir lâyiha, itiraz varsa ve mahkeme kararında özellikle bunun üzerinde durmalıdır.* Hiro Balani İspanya’ya karşı davasında mahkeme bu konu üzerinde durmuştur. Açıkça belirtmek gerekir ki, Türk Huku-

⁷ Monique C. Lillard, German Law Journal, No: 5 (1 May 2005), <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=602>

kunda gerekçeli karar konusunda AİHM'nin içtihatlarının çok ilerisindedir. Anayasa, usul yasalarımızda hükümler ve bazı Yargıtay içtihatlarındaki tutum bu konuda tatmin edicidir. Fakat uygulama için bunu söyleyebilmek mümkün değildir. Yasalarımızdaki çok açık ve kesin hükümlere rağmen Yargıtay dahil mahkemelerimizin kararlarının yeterli olduğunu söylenemez. Yargıtay, karar düzeltmelerde bile gerekçe yazmama alışkanlığını inatla sürdürmektedir.

Öner Yıldız/Türkiye davası Türk yargısına çok ciddi eleştirilerin yöneltildiği bir davadır.

AİHM, 1. Dairesi ve Türkiye'nin itirazı talebi üzerine Büyük Dairede de görülen Öner Yıldız-Türkiye davasında, Türk yargısına oldukça ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Bilindiği gibi bu davanın konusu Ümraniye çöplüğündeki patlamadır. Savcı Ümraniye Belediye Başkanı ve İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı hakkında TCK m. 230 (görevi ihmal) ve m. 455 (tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet verme, 26 kişiyi ölümü 11 kişinin kaybolması) dava açmış, yapılan yargılama sonucu sanıklar görevi ihmalinden, cezanın alt sınırı olan 3 ay hapis ve 160.000 TL para cezasına çarptırılmış, hapis cezaları paraya çevrildikten sonra toplam 610.000 TL para cezasına çevrilip, sanıkların bir daha suç işlemeyeceği kanaatine varılarak ertelenmiştir.

1. Daire, devletlerin AİHS m. 2'ye uygun etkili bir ceza hukuku sistemi kurmaları yükümlülüğüne değindikten sonra; olayın ölümlere sebep olan yönünün mahkemece, yargılama süresince dikkate alınmadığını not etmiş ve fiilin insan hayatını tehlikeye atan bu yanın yargılanmasındaki mahkemenin isteksizliğinin (kaçınmasını) sanıklara *sanal dokunulmazlık* bahsettiği tespitinde bulunmuştur. (bkz., Par. 109) Bu tutumun, ölüme sebebiyet veren fiillere karşı ceza hukuku mekanizmasını etkili bir şekilde kullanma, sorumlularını etkili şekilde cezalandırma ve diğerlerini caydırma şeklindeki devlete düşen sorumluluğu devletin dikkate almaması anlamına geldiğini ayrıca belirtmiştir.

Hükümet, belediye başkanlarına verilen cezanın caydırıcı (yeterli) olmadığını iddia edilemeyeceğini, bu cezaların başkanların "*politik kariyerlerine*" zarar verdiğini ileri sürmüştür. 1. Daire bu konuyla ilgili tespitinde; Türk Ceza sisteminin bu yetersizliğinin, güya ceza yargılama başkanı politik kariyerlerine yapacağı etki ve mağdurlara ev verilmesiyle giderilemeyeceği tespitinde bulunmuştur. (Par. 110, 111)

Büyük Daire, soruşturma kurumlarının Çevre Bakanlığı ve hükümet makamları aleyhine tüm suçlamalardan vazgeçerek davanın hayatı riske atma yönünün incelenmesini engellemek için suçlamaları yalnızca “ihmalkarlık” ile sınırlandırmaya çalıştıkları tespitinde bulunmuştur. (Bkz., Par. 115 kararın Türkçe çevirisi, Yargıtay web sitesi) Büyük Daire, daha sonra aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur.

“Ancak, İstanbul Beşinci Ceza Mahkemesi’nde cezai işlemlerin başlatıldığı ve mahkemenin önüne getirilen davada olayları istediği gibi inceleyebilme, uygun bulduğunda soruşturmaların derinleştirilmesini isteme yetkisi olduğu göz önüne alındığında bu kusurların üzerinde durmak gereksizdir; üstelik bu mahkemenin verdiği karar Yargıtay’ın incelemesine de tabidir. Buna göre, AİHM’nin kanısınca asıl değerlendirilmesi gereken husus, bu gibi konularda oluşturulan tüm usulü şartlara tamamen uyarı bir hazırlık soruşturması olup olmadığını incelemek (bkz., yukarıdaki 94. paragraf) değil, insan hayatını korumak için kabul edilen yasaların muhafızları olan adli makamların, sorumluları cezalandırmaya kararlı olup olmadıklarını değerlendirmektir.”

“...Kararın işlevsel hükümleri bu hususta yorum yapmamakta ve üstelik ilk derece mahkemesinin, kazanın son derece ciddi sonuçlarına gereken önemi verdiğini düşündürmemektedir; sorumlu tutulan kişiler sonuçta gülünç sayılabilecek cezalara çarptırılmış, dahası bu cezalar ertelenmiştir.

117. Buna göre, Türk cezai adalet sisteminin trajediye yaklaşım biçiminin, bu Devlet görevlilerinin veya makamlarının olaydaki mesuliyetlerini tamamen tespit ettiğini ve yaşama hakkına saygı duyulmasını garanti eden iç hukuk hükümlerinin, özellikle de ceza kanununun caydırıcı işlevinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağladığını söylemek mümkün değildir.

118. Kısacası, söz konusu davada, tehlikeli bir eylemin yürütülmesinden kaynaklanan ölümcül kazayla bağlantılı olarak, yaşama hakkının “kanunla” yeterince güvenceye alınamaması ve gelecekte insan hayatını tehlikeye atan benzeri davranışların caydırılmaması nedeniyle AİHS’nin 2. maddesinin usulü yönden de ihlal edildiği kararı alınmalıdır.”

Son olarak ülkemiz uygulamasında çok sık görülen ve adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindeki bazı uygulamalara değinmek istiyorum. İdari davalarda bazı gizli belge ve dosyaların davacı ve vekillerine incelettirilmemesi, yine tam yargı davalarında maddi ve manevi tazminat miktarının arttırılamaması, Cumhuriyet Savcısı’nın mütalaa-sından sonra davacıya cevap hakkı tanınmaması adil yargılanma hakkına aykırı gözükmektedir.

Özel hukuk alanında mevcut bilirkişi uygulamasının bırakın adil yargılanma hakkını ihlal etmesini, bunu ötesinde yargılama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Adeta mahkemeler usulü işlemleri yapmakta, bilirkişiler ise karar vermektedirler. Aslında bu konuda da tamamen uygulamanın yozlaşması ve buna mahkemelerin göz yumması söz konusudur.

Devletin kendi alacaklarına, borçlarına uyguladığından daha fazla faiz uygulaması, 213 sayılı VUK m. 112/4 fıkrası “*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120. madde hükümlerine göre ret ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir.*” AİHM’ de kaybedilen Akkuş/Türkiye (Türkçe metnine Yargıtay web sitesinden ulaşılabilir.) davasına rağmen hükümetler ve maalesef yargı da buna dahil herkes bildiğini okumaya devam etmektedir.

Türkiye’nin başını ilerde AİHM önünde derde sokmaya aday diğer bir konuda İcra ve İflas Yasası’ndaki “*Devlet mallarının haczedilemezliğine*” ilişkin 82. maddesindeki hükümdür. Devlet mallarının haczedilemeyeceğine dair konulmuş olan hüküm, kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız bir tarzda yürütülmesini sağlamak olmasına rağmen idare tarafından amacı dışında kullanılmaktadır. Nitekim bu konuda yapılan bir başvuru AİHM tarafından kabul edilmiş ve esastan görüşülme-yi beklemektedir.

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu’na göre haksız fiillerde zamanaşımı zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halde fiilin gerçekleşmesinden sonra 10 yıldır. Buna benzer hükümler İYUK m. 13 ve AYİM kanunda da bulunmaktadır. Bu hükümler idari eylemlerden doğan zararlar için öğrenmeden itibaren 1 yıl ve her halde idari eylem tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süreleri öngörmektedir. Yeni borçlar yasası taslağında (m. 77) bu süreler 2 ve 20 yıla çıkarılmıştır.

Uygulamada çalışan hukukçuların çok iyi bildiği üzere zararın geç öğrenilmesi zarar görenlerin hak kayıplarına neden olmaktadır. Özellikle beden tamlığının ihlal edildiği olgularda önce tıbbi raporlarla mağdurun beden bütünlüğünün zarar görmesinden dolayı çalışma

gücü kayıpları hesaplanmakta ve daha sonra bunlara dayanılarak bu kaybın sebep olduğu zarar peşin sermaye değeri olarak hesaplanmaktadır. Bu süreçte bilirkişi raporlarına yapılan itirazlardan ve yargının işleyişindeki aksaklıklardan dolayı süreç uzamakta ve 1 yıllık sürenin dolması söz konusu olabilmektedir.

Bu tip davalarda zararın miktarı önceden bilinemediği için kısmi dava açmak bir zorunluluktur. Aksi takdirde ret edilen kısım için ödenecek karşı vekalet ücreti, harç ve benzeri harcamalar önemli bir orana ulaşmaktadır. Bu da anayasal bir hak olan dava hakkını ve adil yargılanma hakkını ciddi şekilde zedelemektedir. Kısmi davada fazlaya ilişkin haklarınızı saklı tutsanız bile, zamanaşımı dava edilen kısım için kesilmektedir. Zararın tazmini gereken tutarını bilemediğinizde; alacağın zamanaşımına uğraması veya dava konusu alacak miktarını yüksek tutmak ve sonuçlarına katlanmak ikilemiyle karşı karşıya kalırsınız. Yukarıda açıkladığım uygulamaların, Anayasa m. 2 (hukuk devleti), m. 13 (sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması), m. 36 (hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı) ilkelerine aykırı olduğu düşüncesindeyim. Yargıtay dahil tüm yargı mercileri ve avukatların büyük çoğunluğu yukarıda değinmeye çalıştığım konulara karşı duyarsızdırlar. Adil yargılanma hakkı ile ilgili imzalanmış hiçbir uluslararası sözleşme olmasa, hatta bu hüküm Anayasa'mızda yer almasa dahi bir hukuk devletinde yukarıdaki belirttiğim konularda yargının çok duyarlı olması gerekir. Hukukun idesi adalettir, adaleti sağlama iddiasındaki hiçbir hukuk sistemi bu konulara duyarsız kalamaz. Bu arayış hukukun özünde vardır.

“Hukuk tahsili, hukuk binasının sağını solunu el yordamı ile yoklamağa değil, o binayı inşa etmeğe kabiliyetli hukukçular yetiştirmelidir. O halde, yalnız, yürürlükteki hukukun çerçevesini (sistemi) ve onun günlük tatbikatını (binanın sağını solunu yoklamak) öğrenmekle iktifa etmemek için, onun tarihi bir devre tekabül eden kaideler yekunu olduğunu, değişen devirle değişeceğini, pozitif hukukun aynı kalmadığını, daima yaşadığını öğrenecekler, yani hukuk nizamının temellerini atmağı, yeni prensipler çıkarmağı bilecekler; her yeniliğin neticelerini evvelden ölçmeğı, ve bunu mevcut sisteme nasıl aşılmak lazım geldiğini öğreneceklerdir.”⁹

⁸ Van de Hurk v. the Netherlands.

⁹ Prof. Dr. Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 40

Yazımı Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz'in bir makalesinden yaptığım alıntıyla bitirmek istiyorum.

“Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, yargıçların da bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Yargıçlar bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak edemezler ise, yurttaşlar onların yerlerine geçerler. Yargıcın hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda gerçek anlamını bulur. O kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Bunun için ise, tüm yurttaşlara güvencesini vereceği şeyi, özgürlüğünü almalıdır: Nemo dat, quod non habet (kimse kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez)

Adaletin aslında daima istikrar getirdiğini, ama adaleti ağır biçimde ihmal eden her istikrar düşüncesinin, kendisiyle sakınılmak istenen istikrarsızlıktan daha vahim bir istikrarsızlığa yol açabileceğini bir hukukçu özellikle bugünün siyasal ortamında çok daha yoğun bir bilinçle görebilmelidir”¹⁰

¹⁰ Hayrettin Ökçesiz, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: “Radbruch Formülü” (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/hokcesiz.doc>)

İDARİ İŞLEMLERİN İDARE TARAFINDAN RE'SEN İCRASI

Hasan DURSUN*

İdarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik gibi) sadece genel, soyut veya nesnel hukuki durumlar hakkında yenilik veya değişiklik oluşturduklarından doğrudan icrai nitelik taşıyamazlar. Bu tip işlemlerin icrai nitelik taşıyabilmeleri için bireysel bir icrai karara dönüştürülmeleri gerekir (Krş., Duran, s. 413) Bununla birlikte, belirli kişi veya kişiler ile durumlara ilişkin bireysel idari işlemlerin ezici bir çoğunluğu icrai niteliktedir. İdari işlemin icrai olmasından kastedilen husus; idarenin tek yanlı ve buyurucu gücüne dayanarak yapmış olduğu bir işlemin tamamlanması ile birlikte hemen uygulama yetisine sahip olması ve kendi başına hukuki sonuçlar doğurmasıdır.

İdari işlemin tek yanlı olmasından anlaşılması gereken husus; idarenin kural olarak ilgililerin kabul ve iznine bağlı olmadan işlem yapabilmesi anlaşılır. İdare, ilgililer kabul etmese veya izinleri olmasa bile tek yanlı irade açıklamasıyla ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yapabilme yetkisine sahiptir. Bir başka deyişle idare, yaptığı işlemle ilgililer için yeni hukuki durum yaratır, ilgililerin mevcut hukuki durumlarını değiştirir ya da ortadan kaldırır. Halbuki, özel hukuk alanındaki işlemler, özel yararlaraya yönelik olduklarından bu özellikten yoksun bulunmaktadır. Çünkü özel hukukta hak sùjeleri eşittir ve hiç kimse iradesini bir başkasına zorla kabul ettiremez. Dolayısıyla özel hukuk alanında tek yanlı irade açıklaması ile kural olarak bir başkası-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

nın hukuki durumunda herhangi bir değişiklik veya yenilik doğmaz. Böyle bir değişiklik veya yenilik ancak iradelerin karşılıklı uyuşumu sonucu olanaklıdır (Bkz., Günday, s. 112).

Esasen özel hukukta tek taraflı irade açıklamasıyla sonuç doğuran işlem kategorisi neredeyse yok gibidir. 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 531. maddesinde; vasiyet türleri olarak ifade edilen resmi vasiyet, el yazısı ile ya da sözlü vasiyet bile tek taraflı olarak hüküm doğurmaz. Türk Medeni Kanunu'nun 606. maddesinde de ifade edildiği gibi vasiyetname ile atanmış mirasçılar, miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde mirası reddedebilirler. Bu durumda vasiyetname, mirasçılar için herhangi bir hüküm ifade etmez. Özel hukuk bir sözleşmeler alanı olup, açıklanan her irade, hukuksal olarak eşit kabul edilen bir başka iradeyle birleştiği anda sonuç doğurur. Dolayısıyla özel hukukta tek taraflı sözleşme kavramı yanıltıcıdır, bu kavramın yerine tek tarafa borç yükleyen sözleşme kavramının kullanılması daha uygundur. İdari işlemlerin tek yanlı irade açıklamasıyla belirli bir sonuç doğurması ve ilgililerin rızasının olup olmamasına bakılmaması, idare hukukuyla özel hukuk arasında önemli bir fark oluşturmaktadır (Kırs., Özay, s. 340 vd).

Ayrıca, özel hukukun temel ilkelerinden birisi irade özgürlüğü ilkesidir. İrade özgürlüğü ilkesinin üç tane alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; a) sözleşme özgürlüğü ilkesi, b) eşitlik ilkesi c) şekil serbestisi ilkesidir. İrade özgürlüğünün eşitlik alt ilkesine göre kural olarak özel hukuk ilişkilerinde taraflar birbirine eşit sayılır ve ilişkinin tarafları özel hukuka ilişkin kanunlar çerçevesinde ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın eşit derecede korunurlar. Özel hukukta tarafların birbirine eşit olduğu kabul edildiği için tarafların belirli bir hukuki sonucu elde edebilmek, bir başka deyişle; bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırabilmek için karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işlem demek olan sözleşme yapmaları gerekir (Fazla bilgi için bkz., Eren, s. 21, 22 ve 284 vd).

Özel hukukun temelini oluşturan irade özgürlüğünün diğer bir alt dalı olan sözleşme özgürlüğü ilkesi sonucu taraflar sözleşmeye konu olacak ilişkilerini diledikleri gibi düzenlemekte ve aralarında geçerli olacak bir hukuk normu yaratma olanağına kavuşmaktadırlar. Nite-

kim, (dili son derece muhteşem bir şekilde kaleme alınan) Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde; hukuka uygun nitelikteki sözleşmelerin, sözleşme taraflarının kanunu sayılacağı belirtilmiştir (Bkz., Eren, s. 21 vd).

İdari işlemlerin buyurucu olmalarından kastedilen husus ise, idari işlemlerin kamu yararı amacına yönelik olmalarından ve kararların alınmasında kamu gücünün kullanılmış olması nedeniyle başka bir işleme gerek olmaksızın idari işlemlerin üçüncü kişiler üzerinde doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmasıdır. Halbuki özel hukukta, sözleşmeye katılmayan üçüncü kişiler aleyhine bir yükümlülük kurulamaz.

İdari bir işlemin icrailiği ile icrai bir işlemin idare tarafından resen icrası birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen uygulamada bu iki kavram kimi zaman birbirine karıştırılmaktadır. Örneğin Danıştay (12. Daire; 13.5.2005 tarih ve Esas No:2004/4077, Karar No: 2005/1353) bir kararında; idari işlemin yürütülebilirlik özelliğini; kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler olarak tanımlamıştır (DD, Yıl:35, Sayı 110, 2005).

6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde; dava dilekçesinin, ortada idari dava konusu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği, aynı Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde ise kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem niteliğinde olmayan idari işlemlere karşı açılacak iptal davalarının reddine karar verileceği belirtilmiştir. 2577 sayılı kanun; icrai işlem yerine "*kesin ve yürütülmesi gereken işlem*" kavramını kullanmaktadır. Danıştay'ın yukarıdaki kararında, idari işlemin yürütülebilirlik özelliği tanımlanırken; idari işlemin, ayrıca başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın üçüncü kişiler üzerinde etkisini göstereceği belirtilmekte; böylelikle, icrai işlem ve icrai işlemin idare tarafından resen icrası kavramları birbirine karıştırılmaktadır. Daha somut bir deyişle icrai işlem tanımı yanlış yapılmaktadır. İdarenin icrai işlemi ve icrai işlemin idare tarafından resen icrası farklı şeylerdir. Kuşkusuz icrai bir işlem hukuksal anlamda bağlayıcı sonuç doğuran işlem demektir; ancak, icrai işlemin büyük bir kısmının üçüncü kişiler üzerinde bir etki doğurması

için idare tarafından bir takım faaliyetlere girişilmesi gerekir ki, buna icrai işlemin idare tarafından re'sen icrası denir.

Yukarıdaki açıklamalardan Danıştay'ın her zaman icrai işlemi ve icrai işlemin idare tarafından re'sen icrasını birbirine karıştırdığı anlaşılmamalıdır. Gerçekten de Danıştay kararlarının büyük bir kısmında (Örneğin 11. Daire; 12.5.2005 tarih ve Esas No: 2004/5324, Karar No: 2005/2421, İkinci Daire; 15.6.2005 tarih ve Esas No: 2005/37, Karar No: 2005/1614, DD, Yıl:36, Sayı:111, 2006) idari işlemin kesin ve yürütülebilir (icrai) olması kavramından; idari işlemin var olan hukuk düzeninde etki yaratması, hukuki sonuçların ortaya çıkarılması yönündeki iradenin açıklanmış olması ve başka bir makam ve merciin onayına gereksinim göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirmesinin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

Günday'ın da belirttiği gibi; idare tarafından icrai bir işlem yapılma ile, ilgililerin hukuki durumunda bir değişiklik veya yenilik oluşur. Ancak söz konusu yenilik veya değişiklik; hukuk dünyasında doğmuş bir yenilik veya değişikliktir. Hukuk dünyasında doğmuş olan bu yenilik veya değişikliğin maddi gerçeklikte de uygulamaya geçirilebilmesi için çoğu kez bazı faaliyetlere girişmek gerekir. Bazı durumlarda idari kararların hukuk dünyasında doğurduğu yenilik veya değişikliğin maddi gerçeklikte de gerçekleştirilebilmesi için idarenin her hangi bir faaliyette bulunması gerekmemektedir. Bu durumda idareye düşen görev olumsuz (menfi) bir görev olup ilgiliye sağladığı yararı engellememektir. Ancak çoğu idari işlemin hukuk dünyasında doğurduğu yenilik veya değişikliğin maddi gerçeklikte de uygulanabilmesi için idarenin harekete geçmesi ve bazı faaliyetlerde bulunması gerekir. Örneğin ilgiliye bir yükümlülük yükleyen bir işlem söz konusu olduğunda eğer ilgili söz konusu yükümlülüğe uymuyorsa idarenin harekete geçmesi ve yapmış olduğu işlemin hukuk dünyasında doğurduğu yenilik veya değişikliği maddi gerçeklikte de uygulamaya koyması gerekir. Yazara göre, icrai işlemin idarece resen icrası kavramından; bir icrai işlemin hukuk dünyasında doğurduğu yenilik veya değişikliğin idarenin yapacağı bazı faaliyetlerle maddi gerçeklikte uygulamaya sokulması anlaşılması gerekir (Günday, s. 113).

Bu çalışmada; idarenin icrai işlemi resen icra ederken (icrai işlemi maddi gerçekliğe aktarırken) girişeceği faaliyetin yöntemleri (biçimleri); daha somut bir deyişle cebir kullanmayarak veya kullanarak

yaptığı resen icra faaliyetleri ve idari işlemin resen icrasının çeşitli görünüşleri incelenecek, çalışmanın sonuç kısmında ise idari işlemlerin resen icrası bağlamında uygulamada görülen aksaklıkları düzeltici önlemlere temas edilecektir.

I. İDARİ İŞLEMLERİN RE'SEN İCRASININ ÇEŞİTLİ BİÇİMLERİ

İdarenin icrai bir karar alması hukuk düzeninde etkisini hemen göstermekte, bir başka deyişle icrai karar alınmakla birlikte ilgili hakkında hemen bir hukuki durum yaratılmakta, değiştirilmekte ya da ortadan kaldırılmaktadır. Bunun için araya yargı kararının girmesine gerek yoktur. Oysa, özel hukuk ilişkilerinde, bir kişi bir başka kişiye karşı hak ileri sürer de diğer kişi bu sava karşı çıkarsa, hak iddiasında bulunan kişi, kendi kendine hak elde etmek (ihkakı hak) yasak olduğu için yargısal bir yola başvurmak durumundadır. Halbuki idare hukuku çerçevesinde idare, icrai karar alma yetkisine sahip bulunduğu durum tersine dönmekte icrai karara karşı çıkan kişi yetkili mahkemeye başvurması gerekmektedir. Nitekim Fransız Danıştay'ı bu durumu, idari kararın yasal dayanağı olduğu ve hukuka uygun bulunduğunu ifade eden "öncelik ayrıcalığı" (privilège du préalable) ilkesi olarak adlandırmakta ve söz konusu ilkeyi, kamu hukukunun temel kuralı olarak kabul etmektedir (Gözübüyük ve Tan, s. 360).

İdari kararın yarattığı bu sonuçlar ancak, yargı organınca iptal edilmesi veya idarece usulüne uygun olarak geri alınması durumunda ortadan kalkar. İdari karara karşı ilgililerce idareye itiraz edilmesi veya dava açılması idari kararın sonuçlarını doğurmasını engellemez. Bu nedenle idari yargıda yürütmenin durdurulması yolu kabul edilmiştir (Gözübüyük ve Tan, s. 361).

idare, kendi aldığı kararı yine bizzat kendisi icra edebilir daha somut bir deyişle, hukuk dünyasında doğurduğu değişiklikleri maddi gerçekliğe bizzat aktarabilir. Zaten idari işlemlerin resen icrasından kastedilen husus; idarenin idare hukukuna bağlı icrai işlemlerini kendisinin uygulamasıdır (Bkz., Balta, s. 204). Örneğin idare, bir memura vermiş olduğu kademe ilerlemesinin durdurulması şeklindeki disiplin cezasını ilgili kamu görevlisinin kademesini ilerletmeyerek bizzat kendisi yürütür. Böyle bir durumda idarenin mahkemeye veya icra

dairesine başvurmasına gerek yoktur. Yahut idare, bir memur hakkında vermiş olduğu diyelim ki, 1/8 oranındaki maaştan kesim cezasını, ilgili memurun brüt maaşından (Bkz., 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasının (C) bendi) 1/8 oranında kesinti yaparak; bir başka deyişle, ilgili memura daha az maaş ödeyerek bizzat kendisi yürütür (Karş. Gözler, s. 570).

Danıştay, idarenin genel olarak resen icra yetkisine sahip olduğu ilkesini benimsemektedir. Gerçekten de Danıştay, vermiş olduğu bir kararında (Danıştay İDDGK; 5.6.1992 tarih ve E.992/170-K.992/144) *“kamu gücüne dayanarak icrai ve kesin nitelikte işlem tesis etme yetkisine sahip bulunan idarenin bu yetkisini kullanmayarak, fazlalık olarak ödediğini ileri sürdüğü meblağın faiziyle birlikte tahsili için gerçek kişiye karşı idari yargı yerinde açtığı davanın reddedilmesi”* gerektiğini söylemektedir. Buna karşın idarenin kural olarak resen icra yetkisine sahip olduğu Askeri Yüksek idare Mahkemesi tarafından benimsenmemektedir. Askeri Yüksek idare Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında (1.D; 9.5.1989, E.89/55-K. 89/247) *“Yasal ya da kesinleşip yargı kararı gibi bir baz ve dayanak bulunmaksızın, idarenin kamu görevlisinin aylık ve özlük haklarından kendiliğinden (velev ki bir Sayıştay Kararı olsa dahi) Devlet alacağına mahsuben kesinti yapması hukuki sayılamaz. Bu yönden olsa olsa kamu otorite ve gücüne dayanılarak yapılan usulsüz bir tahsil olur”* görüşünü benimseyerek, idarenin resen icra yetkisine sahip olmadığı görüşünü savunmuştur (Nakleden, Gözübüyük/Tan, s. 360, 361).

Kanımca, idarenin resen icra yetkisi konusunda gerek Danıştay'ın gerekse Askeri Yüksek idare Mahkemesi'nin benimsediği içtihatlar hatalıdır. İdarenin resen icra yetkisi tartışılırken göz önüne alınması gereken husus; icrai işlemin yürütülmesinin ilgililerin hukuksal alanına girip girmediği veya işlemin yürütülmesinin tamamının veya büyük kısmının idareye ait olup olmamasıdır. İşlemin yürütülmesinin tamamının veya büyük kısmının idareye ait olduğu hâllerde idarenin resen icra yetkisine sahip olması kural, olmaması istisnaidir. Buna karşın, yürütülmesi ilgiliye bağlı olan ve ilgilinin hukuksal alanına giren işlemlerde, idarenin resen icra yetkisinin olmaması kural, olması ise ayırıksıdır. Diğer taraftan ilgili hakkında hukuki bir durum oluşturan işlemlerde ise, idarenin resen icra yetkisi kural olarak olumsuz bir yetki olup, o alanda herhangi bir faaliyette bulunmamasıdır.

Kimi yazarlar (Örneğin; Duran s. 420, Gözübüyük ve Tan, s. 361) “icrai karar” deyiminin kullanılmasının uygun olmadığını, bunun yerine “idari karar” deyiminin kullanılmasının daha uygun olacağını; çünkü, idari kararların yapmış olduğu hukuki durum değişikliğinin “kendisini yalnızca hukuk alanında” gösterdiğini, icrai karar kavramıyla sanki her idari kararın idarece gerektiğinde zorla yerine getirileceği gibi bir anlam doğduğunu ifade etmektedirler. Duran ile Gözübüyük ve Tan’ın endişelerine dil açısından kısmen katılmakla birlikte “icrai karar” veya “icrai işlem” deyiminin yerleşmiş ve teknik bir deyim olması nedeniyle bunların yerine “idari karar” deyiminin kullanılmasını doğru bulmamaktayız. Yine her idari kararın icrai karar veya işlem olmaması (örneğin idarenin belirtici veya açıklayıcı kararları gibi) yüzünden icrai karar veya icrai işlem yerine idari karar kavramının kullanılmasının amaca elverişli olmadığını da düşünmekteyiz. Kanımızca, idari işlemlerin idare tarafından icrası olgusu; cebri olmayan resen icra ve cebir kullanarak yapılan resen icra şeklinde bir ayırım yapılarak incelenmesi yoluna gidilirse Duran ile Gözübüyük ve Tan’ın endişeleri giderilebilir.

Bu nedenle icrai işlemlerin idare tarafından resen icrası; cebri olmayan resen icra ve cebir kullanarak yapılan resen icra şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesi uygun olacaktır.

1. CEBİR KULLANMAKSIZIN YAPILAN RE’SEN İCRA

İdari işlemlerin önemli bir kısmı ilgililer üzerinde cebir kullanmaksızın idare tarafından resen icra edilirler. Daha somut bir deyişle yerine getirilmesi tamamen veya büyük kısmıyla idareye ait olan veya ilgililer hakkında hukuki bir durum oluşturan idari işlemlerin yürütülmesinde idare kural olarak cebre başvurmaksızın resen icra işlemi yapar. Bu tip idari işlemlerin yürütülmesinde idarenin cebre başvurmaması çok ayrıksı durumlarda olanaklıdır. Bu tip idari işlemlerin idare tarafından resen icrasının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi yerinde olacaktır.

a. Yürütülmesi Tamamıyla veya Büyük Kısmı İtibariyle İdareye Bağlı Olan İdari İşlemlerin İcrası

Yürütülmesi tamamen idareye bağlı olan işlemleri idare cebir kullanmaya gerek olmaksızın kendiliğinden icra edebilir. Örneğin, idare,

memurlar hakkında vermiş olduğu disiplin cezasını yine kendisi cebre başvurmaksızın bizzat uygulayabilir. Örneğin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını, idare, belirli bir süre ilgili memurun kademesini ilerletmeyerek kendiliğinden ve ilgili kamu görevlisi üzerinde kuvvet uygulamadan bizzat uygular (Bkz. Gözler, s. 948).

Yürütülmesinin büyük kısmı idareye bağlı olan idari işlemleri de idare cebir kullanmaya gerek olmaksızın kendiliğinden icra edebilir. Örneğin, Bakanlar Kurulu'nun 10.6.2002 tarih ve 2002/4367 sayılı Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Karar'ının (9.7.2002 tarih ve 24810 sayılı RG) 22. maddesinin 2. fıkrasında; Hazine Müsteşarlığı'nın yatırımlarda öngörülen koşullara uyulup uyulmadığını denetlemeye ve denetim sonuçlarına göre gerekli tedbirleri almaya, belgelerde tahrifat yapan, yanlış ve yanıltıcı bilgi ve belge veren yatırımcıların işlemlerini sınırlamaya, teşvik belgesini iptal etmeye veya teşvik belgesi kapsamında sağlanan destek unsurlarına kısmen veya tamamen müeyyide uygulamaya yetkili olduğu hükmüne yer verilmiştir. Teşvik belgesinin iptali işinin yürütülmesinin büyük kısmı idareye düştüğü için bu hükümden, Hazine Müsteşarlığı'nın teşvik belgesini cebre başvurmaksızın iptal edeceği kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Yine, Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'in (Tebliğ No: 2002/1, 30.7.2002 tarih ve 24831 sayılı RG) teşvik belgesinin iptali başlıklı 50. maddesinde "Müsteşarlıkça veya görevlendirilen kurum ve kuruluşlarca yatırım yeri tespit edilemeyen veya süre uzatımı alamayan teşvik belgeleri *Resmi Gazete'de* ilan edilmek suretiyle iptal edilmiş sayılır" şeklindeki hüküm; yürütülmesinin büyük kısmı idareye bağlı olan idari işlemleri, idarenin cebir kullanmaya gerek olmaksızın kendiliğinden icra edebilmesine yönelik bir başka örneği oluşturmaktadır.

b. Sadece Hukuki Durum Oluşturan İdari İşlemlerin Re'sen İcrası

İlgilisine sadece hukuki bir durum yaratan daha somut bir deyişle ilgisine bir yarar sağlayan veya ilgiliyi bir yükümlülüğten kurtaran idari işlemler de, idare tarafından cebir kullanmaya gerek olmaksızın resen icra edilirler. Gerçi Gözler, hukuki durum oluşturan icrai işlemlerin icrası yerine, hak sağlayan idari kararların icrasından bahsetmek-

tedir ki (bkz., Gözler, s. 949) kanımca “*hak yaratan idari karar*” sözcüğü yanılıcıdır. Onar’ın isabetli olarak belirttiği üzere; idari işlemlerin icrai nitelik taşımasından doğan önemli bir sonuç; icrai kararların kişiye öznel bir hak doğurmamasıdır. Gerçekten de idari kararların oluşturduğu durumlar belirli bir kişi veya kişiyi ilgilendirse bile o kişi veya kişiler için öznel bir hak, bir başka deyişle çoğunlukla özel hukukta görülen müktesep hakka benzeyen bir durum oluşturmaz. Yazara göre, örneğin, bir kişiye bir şeyden belirli bir şekilde yararlanması için verilen ruhsat veya bir işi yapması için verilen izin; medeni hukukun aynı haklarına, irtikap haklarına benzeyen bir durum oluşturmaz. Böyle bir durumda ruhsat veya izin sahibinin idareye karşı aynı hak veya diğer bir öznel hak savında bulunabilmesi olanaklı değildir. Bu kararlar idari nitelikte oldukları için mutlak bir durum oluştururlar; bir başka deyişle herkese karşı ileri sürülebilecek bir hukuki durum oluştururlar. İdare bu kararı ilgilinin iznini almaksızın kendisine karşı ileri sürüp uygulayabileceği gibi, ilgilerin de ruhsat veya izin kararından oluşan durumu gerek idareye ve gerekse üçüncü şahıslara karşı ileri sürebilirler. Bu açıdan ilgilisi hakkında hukuki bir durum oluşturan işlemleri uygulamada, idarenin yapması gereken görev olumsuz (menfi) bir görev olup ilgilinin bu hukuki durumdan kaynaklanan işleri yapmasına engel olmamaktır (Onar, Cilt I, s. 388).

2. CEBİR KULLANILARAK YAPILAN RE’SEN İCRA

Yönetilenlerin temel hak ve özgürlükleri veya malvarlıkları hakkında veya yönetilenler hakkında yükümlülük doğuran kısacası ilgililerin hukuksal alanına giren idare işlemlerin idare tarafından cebre dayalı veya cebre dayanmaksızın icra edilebilmesi için yasal dayanağa gereksinim bulunmaktadır. Çünkü Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ve onun başlıca bir görünümü olan kanuni idare ilkesi bu gibi durumlarda kanuni yetki ilkesine dayanmayı gerekli kılar. Kanuni dayanak ilkesi olarak da adlandırılan kanuni yetki ilkesi; idarenin belirli bir kısım konularda bir davranışta bulunabilmek için kanuni bir yetkiye gereksinim duyduğunu anlatmak için kullanılır (Bu konularda geniş bilgi için bkz., Balta, s. 79-84).

Kanuni dayanak ilkesi, sadece idare hukukunun geliştiği ve idari yargı düzeninin bulunduğu kıta Avrupa’sı ülkelerinde kabul edilen bir ilke olmayıp, idare hukukunun dar ve idari yargı düzeninin kuru-

lamadığı Anglo-Sakson idare hukukunun geçerli olduğu ülkelerde de kabul edilen bir ilkedir. Kanuni dayanak ilkesi, Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde “*ultra vires*” ilkesiyle ifade edilmektedir. Bu ilkeye göre idarenin yetkisi kanundan doğar. Kanun idareye belirli bir amaç için veya belirli bir usul çerçevesinde veya diğer türlü bir kısıtlama çerçevesinde yetki tanıyabilir; idare; eylem ve işlemlerinde yalnızca yasal sınırlandırmalara uygun davranmakla yetinemez; bunun yanında, yasada özgün olarak belirtilen ve ayrıca hukukun genel ilkelerinden çıkan sınırlamaları da dikkate almak durumundadır. Belirlenen sınırlamaları aşarak (*ultra vires*) idarenin yapmış olduğu fiiller haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve bu durumda idarenin sorumluluğu yoluna gidilmektedir. İdarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için zararın doğmasına gerek yoktur. İlgili kişi, zarar tehlikesinin doğabileceğini düşünse bile yargıca başvurarak idarenin fiil veya eyleminin uygulanmamasını sağlayıcı bir karar veya talimat vermesini yargıçtan isteyebilir (Wade, s. 40, 41).

Anglo-Sakson hukukunda yasalar, kamu kurum veya kuruluşuna yetki sağladıklarında genellikle eş anlı olarak söz konusu kurum veya kuruluşu takdir hakkı da vermektedirler. Bu durumda kamu kurum veya kuruluşu; bir işi yapıp yapmama veya işi nasıl yapacağı konusunda kendisi karar vermektedir. Buna karşın, yasa, eğer kamu kurum veya kuruluşuna takdir hakkı tanımazsa, söz konusu kurum veya kuruluşun yetkili olduğu değil görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Böyle bir durumda yargısal denetim yapılırken büyük sorunlarla karşılaşmaktadır. Çünkü kamu kurum veya kuruluşunun yetkisinin nerede bittiği, nerede görevinin başladığı tam olarak belirlenememektedir. Ayrıca kimi zaman, yasayla, idareye belirli bir şeyi yapma konusunda yetki tanındığı durumlarda bile o işin nasıl yapılacağı konusunda idareye görev verilebilmektedir. Bu çerçevede *ultra vires* doktrini sadece yetkinin açık bir şekilde aşılması olaylarıyla sınırlı bulunmamakta, bunun yanında; yetkinin kötüye kullanılması, yanlış güdüye dayalı olarak bir idari işlem yapılması veya idari işlem yapılırken usul hatası yapılması olaylarını da kapsamaktadır. Hukuk açısından idari bir işlemin güdüsün yanlış olması veya idari bir işlem yapılırken usul hatası yapılması veya idari yetkiden açık bir şekilde sapılmasının sonuçları aynıdır. Bütün bu hâllerde idari işlem; hukuka aykırıdır (Wade, s. 41, 42).

İlgililerin hukuksal alanına giren işler konusunda yasayla idareye

yetki tanınması, idarenin söz konusu işlemi cebre dayalı olarak yürütmesine eş anlamlı olarak olanak sağlamaz. Gerçekten de, kimi idari işlemlerin yürütülmesinde idarenin cebir kullanarak işlemi yürütmesine yasalar izin vermemekte, idareye işlemi yürütebilmek için özel bir yol veya yöntem gösterilmektedir. İdarenin işlemi yürütebilmek için özel bir yol veya yöntem başvurusu gerekliliği olgusuna çeşitli yasalarda rastlanılmaktadır. Örneğin; kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde, idarenin mahkemeye başvurarak taşınmaz malın bedelinin saptanmasıyla, bu bedelin, peşin veya taksitle ödenmesi karşılığında kendi adına tesciline karar verilmesini istemek zorunda olduğu, 4.11. 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinde belirtilmiştir. Yine, 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 21. maddesinde; üçüncü kişilerin haciz koydurduğu bir malın paraya çevrilmeden önce kamu alacaklısının da takip yaparak hacze iştirak edebileceğini, satış bedelinin özel alacaklı ile hazine arasında alacakları oranında (garameten) paylaşılacağı ifade edilmiş, bu maddenin son fıkrasında ise borçlunun iflası durumunda kamu alacakları hakkında sıranın İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesindeki sıraya göre saptanacağı belirtilerek, örtülü olarak idarenin iflasa iştiraki düzenlenmiş, böylelikle idareye çeşitli nitelikte isteğe bağlı başvuru yolları gösterilmiştir (idarenin hacze ve iflasa gönüllü katılımı konusunda fazla bilgi için bkz., Onar, Cilt III, s. 1651, 1652).

İdarenin icrai bir işlemi yürütürken resen cebre başvurusu konusunu ayrıntılı bir şekilde incelemeye geçmeden önce bir hususa temas edilmesi yerinde olacaktır. Günümüz toplumlarında özellikle ekonomik olarak gelişmiş ülkelerde idari işlemler muhatapları tarafından gönüllü olarak uygulanırlar. Bu duruma kendiliğinden uyma veya gönüllü uyma (*exécution volontaire*) denilir. Kuşkusuz yönetilenlerin idari kararlara gönüllü olarak uymasının altında çeşitli güdüler bulunabilir. Yönetilenler, icrai kararlara; kimi durumlarda idari karara uyması gerektiği yönünde bir bilinç geliştirerek uyar, kimi durumlarda da idari ve/veya cezai yaptırım korkusu nedeniyle uyar (Fazla bilgi için bkz., Gözler, s. 944 vd).

Kuşkusuz her toplumda idari kararlara uymayan kimseler çıkabilir. İşte böyle durumlarda, idarenin, kendi aldığı hukuka uygun kararları uygulayabilmek için olsa dahi, kişinin fiziki veya mal varlığı üzerinde kural olarak cebir kullanma yetkisi yoktur. Çünkü idarenin

cebir kullanması, Anayasa tarafından güvence altına alınan kişi özgürlüklerine veya mülkiyet haklarına müdahale anlamına gelir (Gözler, s. 950).

Bu genel açıklamalardan sonra idarenin cebir kullanma olgusunun ayrıntılı bir şekilde incelenmesi yerinde olacaktır.

a. İdarenin Cebir Kullanacağını Yasada Öngörülmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, idarenin cebir kullanması yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet haklarına bir müdahale olduğundan idarenin cebir kullanabilmesi konusunda kanuni bir yetkisinin bulunması şarttır. Gerçekten de, kimi durumlarda yasalar idareye, cebir kullanımı konusunda açık yetki vermektedirler. Örneğin; 6.10.1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 24. maddesinin son fıkrasında; toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin 2911 sayılı kanuna aykırı olarak başlaması durumlarında, güvenlik kuvvetleri mensuplarının olayı en seri şekilde mahallin en büyük mülki amirine haber vermekle beraber mevcut olanaklarla gerekli önlemleri alacağı ve olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amirinin topluluğa dağılması, aksi halde zor kullanılarak dağıtılacağı ihtarında bulunacağını, topluluk dağılmazsa zor kullanılarak topluluğun dağıtılacağını belirtmektedir. Yine, cebrin en ileri aşaması olan silah kullanma yetkisinin polis tarafından hangi hallerde kullanılacağı da 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun 16. maddesinde gösterilmiştir.

İdarenin cebir kullanabilmesi için yasa tarafından açık bir şekilde yetki verilmesi gerekmez. Üstü kapalı olarak yetki verilmesi de olanaklıdır. Ancak yasada, idareye cebir kullanımı konusunda yetki verildiğinin, yeteri kadar belirli olması gerekir (Bkz., Balta, s. 80). Örneğin; 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun 7. maddesinde; otel, gazino, kahve, işçi yerleri, bar, tiyatro, sinema, hamam ve plâj gibi topluma açık dinlenme ve eğlence yerlerinin açılmasının önce polisin soruşturması üzerine o yerin en büyük mülkiye amirinin vereceği izne bağlı olduğu ifade edilmiş, izin alınmadan açılan bu gibi yerlerin polis tarafından kapatılacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden; izinsiz yerlerin polis tarafından kapatılmasına karşı gelen

kişilere karşı polisin güç kullanma yetkisinin bulunduğu duraksamaya gerek olmaksızın çıkartılmaktadır.

İdarenin cebir kullanmasına izin veren yasalarda genellikle cebrin nasıl ve ne ölçüde kullanılacağı da gösterilmektedir. Örneğin; 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun Ek 6. maddesinde polisin zor kullanmasının ölçüsü gösterilmektedir. Bu maddede; polisin, yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde, bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanabileceği, polisin zor kullanmasının direnme ve saldırının içeriğine göre onu etkisiz hale getirecek şekilde aşamalı olarak artan oranda bedeni güç, maddi güç ve yasal şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanma yetkileri olduğu belirtilmiştir. Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçlerin müdahale eden kuvvetin amiri tarafından belirlenip saptanacağı yine bu maddede belirtilmiştir.

Cebrin nasıl ve ne ölçüde kullanılacağı ilgili yasalarda gösterilmese bile idarenin sınırsız bir cebir kullanma yetkisinin bulunduğu sanılmamalıdır. Çünkü bir hukuk devletinde idare, kanuni yetkisi bulunmak kaydıyla özgürlükleri ancak dar bir şekilde ve zorunluluk ölçüsünde kısıtlayabilir.

b. İdarenin Cebir Kullanacağını Yasada Öngörülmemesi

Kimi durumlarda idari bir kararın uygulanması konusunda yasaların idareye cebir kullanma yetkisi verdiği çıkartılamamakta, bazı durumlarda idari ve cezai yaptırımlara rağmen icrai kararın yürütülmesi sağlanamamakta, bazen ise yasalarda kararın icrasını sağlayacak idari veya cezai yaptırımlar gösterilmemektedir. Ayrıca, olağanüstü, acele ve zorunlu durumlar gibi çeşitli ayrık durumumlarda idari işlemin uygulanması için öngörülen yönetsel veya yargısal süreçleri uygulamak amaca elverişsiz olabilmektedir. Bu gibi durumlarda idarenin kararını icra etme yetkisinden mahrum olması, idarenin kararını icra yetkisinin olmadığı anlamını taşır ki, bu da kamu düzeni ve kamu yararına aykırılık taşır. Bu gibi ayrık durumlarda idarenin cebren icra yetkisine sahip olduğu yazarlar tarafından genellikle benimsenmektedir (Bkz., Giritli ve Bilgen, s. 187).

İdarenin cebre başvurma yetkisi konusunda fazla bir görüş ayrılığı bulunmasa da, idarenin hangi koşullarda cebir kullanacağı çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. İdarenin icrai bir kararını hangi koşullar çerçevesinde cebir kullanarak icra edeceği, Fransa açısından, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2.12. 1902 tarihli *Société immobiliere de Saint-Just* kararında belirtilmiştir. Bu karara göre cebir konusunda kanuni bir yetki bulunması veya acil ve olağanüstü durumlar dışında şu dört koşulun eş anlı olarak bulunması durumunda idare, kararını cebre dayalı olarak icra edebilir. Bunlar:

- İdari işlemin uygulanmasını sağlamak üzere kanunla öngörül-müş bir yaptırım bulunmamalıdır. Kanunla öngörül-müş başka bir yaptırım varsa idare, cebri icraya başvuramaz.
- İcra edilmesi için cebir kullanılan kararın kendisinin açık ve bel-irli bir kanuni kaynağı bulunmalıdır.
- Cebri icraya gerek olmalıdır. Bir başka deyişle, kararın icra edil-mesine kesin bir şekilde karşı çıkmalı; icraya karşı direnme göstermiş olmalıdır.
- Kararın icra edilmesi için alınan cebir önlemi yasanın öngördü-ğü sonucun gerçekleştirilmesiyle sınırlı olmalıdır. Bir başka deyişle, idare gerektiği ölçüde cebir kullanmalı, cebirde aşırılığa kaçmamalıdır (Bkz., Gözler, s. 949).

İdarenin işlemlerini yürütebilmek için hangi koşullarda cebir kul-lanacağı Türk hukukunda da tartışmalıdır. Kimi yazarlar (Örneğin; Duran, s. 419, Gözübüyük ve Tan, s. 364, 365) idarenin cebir kul-lanması koşulunu Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin yukarıda belirtilen içtihadına uygun olarak çözüme kavuşturmakta, bizim de görüşlerine katıldığımız kimi yazarlar ise (Örneğin, Günday, s. 263-265, Gözler, s. 950) idarenin cebir kullanmasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması anlamına geldiğini dolayısıyla ancak Anayasanın 13. maddesindeki koşullar çerçevesinde idarenin cebir kullanabileceğini benimse-mektedirler.

Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesinin dolayısıyla idarenin cebir kullanabilmesinin koşulları şu şekilde gösterilmektedir:

- Her şeyden önce idarenin cebir kullandığı konuda yasal bir yet-ki veya görevinin bulunması gerekir. Daha doğru bir deyişle, idare

cebir kullanma yetkisini ancak ya doğrudan doğruya yasa hükmünün ya da yasa hükmünün uygulanması yolunda alınan kararların yerine getirilmesi hallerinde kullanılabilir (Bkz. Duran, s. 419) İdarenin cebir kullandığı konuda yasal bir yetki veya görevinin bulunması koşulu sadece Anayasa'nın 13. maddesinden değil, yukarıda belirtildiği üzere kanuni idare ilkesinden de doğmaktadır. Günday'a göre; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin almış olduğu bir kararını resen icra edebilmesi için yasal bir izne gerek bulunmaktadır. Yazar, idari kararın resen icrasına izin veren yasal dayanağın olmadığı hâllerde, idarenin kararını resen icra edemeyeceğini, böyle bir durumda idarenin yapmış olduğu işlemlerini yürütebilmek için yargı veya icra dairelerine başvurmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, idarenin kanunla kendisine bir yetki verilmeden, kendiliğinden temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi fonksiyon gaspı oluşturur (Bkz., Günday, s. 113, 114, 263).

- İdarenin cebir kullanmasının ikinci koşulu, kullanılan cebrin Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayalı olması gerekir. Anayasa'nın çeşitli maddelerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir takım güvenceler öngörülmüştür. Örneğin; Anayasa'nın 33. maddesinin 3. fıkrasında; dernek kurma hürriyetinin; ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlandırılabilirliği belirtilmiş, 4. fıkrasında ise derneklerin kanunun öngördüğü hallerde hakim kararıyla kapatılabileceği veya faaliyetten alıkonulabileceği, ancak milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesinin veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merciin derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebileceği, bu merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulacağı, hakimın kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklayacağı, aksi halde bu idari kararın kendiliğinden yürürlükten kalkacağı vurgulanmıştır. Anayasa'nın 33. maddesi çerçevesinde dernek kurma hürriyetinin ancak milli güvenlik, kamu düzeni ve diğer sayılan nedenlere bağlı olarak ve yasayla sınırlandırılabilirliği belirtildiğinden, idare, yasaya dayanmadan kendi başına dernek kurma hürriyetini sınırlandıramaz ve dolayısıyla bu doğrultuda cebir kullanamaz. Diğer yandan, kanun koyucu dernek kurma hürriyetini yasayla sınırlandırırken Anayasa'nın 33. maddesinde kullanılan milli güvenlik ve kamu düzeni gibi belirsiz

kavramları, aynen yasaya aktaramaz. Anayasa Mahkemesi'nin 18-22. 11. 1976 tarih ve E. 1976/27, K.1976/51 sayılı kararında; "kamu düzeni" ve "milli güvenlik" gibi kavramların "...uygulayıcıların görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır. Bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa Koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez. Başka bir anlatımla bu, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda yasayla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilemez... Sınırlama nedenlerinin, kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek ölçüde ve kesinlikte somut olarak belirtilmesi gerekir..." (Nakleden, Günday, s. 263, 264) şeklinde görüşünü belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına rağmen, uygulamada, Anayasa maddelerinde kullanılan belirsiz kavramların aynen yasaya aktarılması olgusuna sıkça rastlanılmaktadır. Bu durumda bile idare, milli güvenlik, kamu düzeni gibi belirsiz kavramlara dayanarak dernek kurma hürriyetini sınırlandırırken, söz konusu kavramların objektif değerini dikkate almak ve olayı, söz konusu kavramlara uygun düşecek şekilde altlandırma yapmak zorunda olup bu tür kavramları kendi anlayışına göre belirleyemez. Ancak, olayın, belirsiz kavramlara uygun düşecek tarzda altlanıp altlanamayacağının kolaylıkla ve nesnel biçimde belirlenemediği hâllerde, idarenin, bir dereceye kadar takdir hakkının bulunduğu kabul etmek gerekir (Bkz. Balta, s. 87, 88, Günday, s. 140, 141). Ayrıca, Anayasa'nın 33. maddenin 4. fıkrasında ancak hakim kararıyla derneğin kapatılacağı veya normal koşullarda hakim tarafından faaliyetten alıkonulacağı belirtildiğinden, hakim kararı olmadan idarenin bir derneği kapatması veya normal koşullarda bir derneği faaliyetten alıkoyabilmesi ve dolayısıyla bu doğrultuda cebir kullanabilmesi de olanaklı değildir.

- İdarenin cebir kullanmasının üçüncü koşulu "ölçülülük" ilkesidir. İdareye cebir kullanmak yetkisi kanunla verilmiş olsa bile idare, cebir kullanırken ölçüyü kaçırmamalı, aşırıya kaçmamalıdır. Bir başka deyişle, idare, durumun gerekleri doğrultusunda ancak son çare olarak o da sınırlı olmak üzere cebre başvurmalıdır. Örneğin, idare (güvenlik güçleri) yasadışı bir gösteri yürüyüşünü cop kullanarak dağıtabilecek ise silah kullanmamalıdır (Bkz., Gözler, s. 950).

Uygulamada, idare, kimi durumlarda cebir kullanırken ölçülülük ilkesine uymadığından ölçülülük ilkesi üzerinde biraz ayrıntılı durulması yerinde olacaktır. Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; a) Elverişlilik, b) Gereklilik, c) Orantılılık ilkeleridir (Bkz., Sağlam, s. 114). Aşağıda, bu ilkeler üzerinde kısaca durulmaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin isabetli olarak belirttiği üzere, idarenin kullandığı cebrin ölçülülük ilkesi bakımından geçerli olabilmesi için;

a) Kullanılan cebrin, sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olması gerekir. Bir başka deyişle, idarenin kullandığı cebrin istenilen sonucun elde edilmesine bir katkı sağlaması gerekir.

b) Kullanılan cebir, sınırlama amacı bakımından *gerekli* olmalıdır. Daha somut bir deyişle, idarenin kullandığı cebir, temel hak ve hürriyetleri sınırlama amacı açısından zorunlu olması gerekir. İdare, idari işlemi uygularken, cebir dışında, temel hak ve hürriyetleri en az sınırlayan başka bir araca sahipse, o aracı seçmeksizin doğrudan cebir kullanması, ölçülülük ilkesine aykırı düşer.

c) Kullanılan cebir, elde edilmek istenilen amaçla ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Daha doğru bir deyişle, idarenin kullandığı cebir, yöneldiği kişiye "*ölçüsüz bir yükümlülük getirmemeli*", onun için "*beklenmedik nitelikte olmaması*" gerekir (Bu konularda geniş bilgi için bkz., Sağlam, s. 114- 116).

Ölçülülük ilkesi, hukukumuzda da uygulama alanı bulan bir ilkedir. Türk Anayasa Mahkemesi; adını açıkça belirtmese de birçok kararlarında ölçülülük ilkesini uygulamıştır. Bundan da öte, Yüksek Mahkeme, kimi kararlarında ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklindeki alt ilkelerini de göz önüne almıştır (Bu konuda örnekler için bkz. Sağlam, s. 121-125).

• İdarenin cebir kullanmasının bir başka koşulu ise kullanılan cebrin demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamasıdır. Lâik Cumhuriyetin gerekleri açık olmasına rağmen, demokratik toplum düzeninin gereklerinden neyin kast edildiği açık değildir. Bununla birlikte, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramından, Özbudun'un da belirttiği üzere çağdaş özgürlükçü demokrasilerin genel ve evrensel niteliklerini anlamak uygun düşer (Özbudun, s. 89).

• İdarenin cebir kullanmasının son koşulu ise kullanılan cebrin hakkın özüne dokunmamasıdır. Hakkın özünden kast edilen husus, hakkın vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde hakkı veya özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir (Özbudun, s. 89).

Bu konuyu bitirmeden önce idarenin acil, olağanüstü veya zorunlu durumlardaki cebir kullanma yetkisine temas edilmesi yerinde olacaktır. İdarenin normalde cebir kullanma yetkisi olmasa bile acil, zorunlu veya olağanüstü durumlarda cebri icra yetkisine sahip bulunduğu Fransa’da duraksamasız kabul edilmektedir. Bu hususu, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1902 tarihli yukarıda belirtilen kararında Hükümet Komiseri Jean Romieu, *“ev yanuyorsa, ona itfaiye göndermek için hakimden izin istenmez”* diyerek dile getirmiştir (Nakleden, Gözler, s. 951).

İdarenin acil, zorunlu ve olağanüstü durumlarda cebri icra yetkisine sahip olduğu Türk hukukçuları tarafından da duraksamasız bir şekilde kabul edilmektedir. Duran; idarenin, idari kararlarını, olağanüstü durumlarda, kamu güvenliğine ilişkin acele hallerde ve kesin zorunluluklar karşısında cebir kullanarak uygulayabileceğini, örneğin, bir yangının etrafa sıçrayıp büyümesini engellemek için konutlara girilmesi, hatta konutlarda tahribat yapılması veya silah kullananların da katıldığı bir topluluğu dağıtmak üzere bireylerin itip kakılması, kovalanması ve tartaklanmasının idarenin hukuken haklı sayılabilecek eylemleri olduğunu ifade etmektedir (Bkz., Duran, s. 419).

Diğer yandan, Giritli ve Bilgen’de; idarenin, acil veya olağanüstü durumlarda cebre başvurarak kararını resen icra edeceğini benimsemekte; hatta, idareye böyle bir yetki verilmemesinin yukarıda belirtildiği üzere kamu düzeni ve kamu yararına aykırı olacağını ifade etmektedirler. Söz konusu yazarlar; idarenin acil veya fevkalade hallerde cebre başvurmasına örnek olarak; park yasağı olan bir yerde, park edilmiş bir otomobil yüzünden bir yolda trafiğin tıkanması hâlinde trafik polisinin otomobili alıp bir garaja veya bir kenara götürme yetkisinin bulunması durumunu vermektedirler (Giritli ve Bilgen, s. 187).

Bu açıklamalardan sonra, idarenin, işlemini hukuka aykırı veya usulsüz olarak resen icra etmesi hâlinde doğacak sorumluluğunu incelemek yerinde olur.

c. İdarenin Hukuka Aykırı veya Usulsüz Olarak Yaptığı Re'sen İcranın Yaptırımı

İdarenin hukuka aykırı veya usulsüz olarak yaptığı resen icradan sorumluluğunun doğması hâlini iki durum itibarıyla incelemek uygun olacaktır. İlk durum; idarenin hukuka aykırı olarak aldığı bir kararını, hukuka uygun olarak cebren icra etmesi hâlidir. Bu durumda idarenin sorumluluğu, ancak ilgili veya ilgililerin hak kaybına uğramaları halinde olanaklıdır. Daha somut bir ifadeyle, idarenin hukuka uygun bir şekilde icra ettiği idari karar, daha sonra idare mahkemesi tarafından hukuka aykırı bulunarak iptal edilirse, idare bu kararın uygulanmasından dolayı hakları kayba uğrayan kişi veya kişilerin zarar ve ziyanını tam olarak ödemek zorundadır. Çünkü, idare, kararını uygulamarken, bu yüzden doğabilecek bütün zararları karşılamayı, önceden göze alıp kabul etmiş sayılır (Bkz., Duran, s. 419, Gözler, s. 952). Bu durum Fransa'da "*idare kararlarını her türlü riski ve tehlikeyi kendi üstüne alarak icra eder*" şeklindeki bir özdeyişle ifade edilmektedir (Fazla bilgi için bkz., Gözler, s. 952).

İkinci durum; idarenin hukuka uygun olarak aldığı kendi kararını hukuk dışı veya usulsüz olarak cebren icra etmesi hâlidir. Bu durumda idarenin sorumluluğu mutlaktır. Böyle bir durumda idarenin sorumluluk durumunu ikiye ayırarak incelemek uygun olacaktır. İlk olarak; idarenin cebir uygulama sonucu kişinin temel hak ve hürriyeti veya mülkiyet hakkı ihlal edilmişse, kişi, tazminat isteminde bulunabilir ve bu durumda görevli yargı yeri adli yargı yeridir. Çünkü, idarenin kişinin mülkiyet hakkına veya temel hak ve hürriyetlerine hukuk dışı veya usulsüz olarak müdahalesi "*fiili yol*" (voie de fait) oluşturur (Bkz., Gözler, s. 952).

Fiili yolu, Onar, idarenin icraya ilişkin maddi faaliyet ve hareketleri sırasında ağır bir surette usulsüz hareketleriyle, bir başka deyişle, usul dışı sayılacak maddi fiil ve hareketleriyle bireyin mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetine tecavüz etmesi olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, fiili yol halinde adli yargının görevli olmasının nedeni; idarenin usul dışı hareketlerindeki usulsüzlük veya yolsuzluğun ağır bir şekilde hukuk düzenine aykırı bulunması, dolayısıyla idarenin fiili ile kamu hizmeti ve kamu gücü arasındaki bağın kopmasıdır. Yazar, bu durumda, idarenin adli yargı hakimî karşısında, şahsi kusurundan dolayı haksız fiil işlemiş sayılan ve sorumluluğu söz konusu olan me-

murlarla aynı duruma düştüğünü ve aynı sorumluluk hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir (Fiili yol hakkında fazla bilgi için bkz., Onar, Cilt III; s. 1668-1675).

İkinci olarak; idarenin hukuk dışı veya usulsüz cebir uygulaması sonucu kişinin mülkiyet hakkı veya temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmemiş olabilir; bu durumda da idare sorumludur. Ancak bu durumda tazminat istemi konusunda görevli yargı düzeni; adli yargı düzeni olmayıp, idari yargı düzenidir (Gözler, s. 952). Kanımca, bu durumda görevli yargı yerinin idari yargı olmasının temel nedeni; idarenin hukuk veya usul dışı hareketlerinin hafif bir şekilde hukuk düzenine aykırı bulunması ve idarenin hareketleriyle kamu hizmeti ve kamu gücü arasındaki bağın kopmamış olmasıdır.

idarenin resen icra faaliyetlerinin çeşitli yöntemlerinin incelenmesinden sonra idari işlemlerin resen icrasının çeşitli görünümünü incelemek yerinde olacaktır.

II. İDARİ İŞLEMLERİN RE'SEN İCRASININ ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

idarenin idari işlemleri resen uygulama yetkisi, çeşitli şekillerde kendisini göstermektedir. Aşağıda bu görünümeler incelenmektedir.

a. Kamu Alacaklarının Tahsili Usulü

Kamu alacaklarının tahsil usulü özel alacakların tahsili usulünden önemli farklılıklar göstermektedir. Bilindiği üzere özel alacaklarda borçlu borcunu kendi rızasıyla yerine getirmezse alacaklının yapabileceği tek şey mahkemeye veya icra dairesine başvurmaktır. Alacaklının hakkını bizzat alması günümüz çağcıl toplumlarında olanaklı değildir. Ayrıca, alacaklının bizzat hakkını alması (ihkakı hak) cezai yaptırımlara da tabi tutulmuştur (Fazla bilgi için bkz., Kuru, Arslan, Yılmaz. s. 26 vd). Her ne kadar 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, önceki Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak ihkakı hak suçunu müstakil bir şekilde cezalandırmasa da 144, 150 ve 159. maddelerinde sırasıyla hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarının bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi durumlarını, cezai yaptırma tabi fiiller olarak benimsemiş ancak bu suçların ihkakı hak nedeniyle işlenmesi halinde verilecek cezanın hafifletileceğini benimsemiştir.

Kamu gücü; özel hukuka tabi borçların gönüllü olarak yerine getirilmemesi halinde ancak alacaklının başvurusu üzerine harekete geçmesine rağmen, kamu alacaklarında daha alacak ilişkisinin başından itibaren taraf konumundadır. Bu açıdan özel alacaklardan farklı bir nitelikte bulunan kamu alacağının tahsili usulü de özel alacakların tahsili usulünden farklı olmak durumundadır. Nitekim, 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'da kamu alacaklarını özel alacaklardan farklı olarak kendi kanununa tabi tutmuştur (Bkz., Öncel, Kumrulu, Çagan s. 158 vd).

21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1. maddesinde kamu alacağının üç türlü olduğu belirtilmiştir. Bunlardan ilki, asli kamu alacağı olarak nitelendirilebilecek olan devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait olan vergi, resim, harç, ceza soruşturma ve takiplerine ait yargılama masrafı, vergi ve para cezalarıdır. İkinci tür kamu alacakları ise ikincil (feri) olarak nitelendirilebilecek olan gecikme zammı ve faiz alacaklarıdır. Bunların dışındaki son bir tür kamu alacağı ise sözleşme, haksız fiil ve haksız iktisaplar dışında kalan ve kamu idarelerinin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan diğer alacakları ile bunların takip masraflarıdır.

6183 sayılı kanunun 1. maddesinde üçüncü tür kamu alacağı içerisinde belirtilen; kamu idarelerinin sözleşmeden, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacaklarının kamu alacağı sayılamayacağı hükmünü yorumlarken dikkatli davranılması gerekir. Burada ifade edilen sözleşmeler, idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleridir. Kamu kurum ve kuruluşlarının yönetsel sözleşmeden doğan alacakları, kamu alacağıdır. Diğer yandan, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacakların da kamu alacağı olmaması için bunların özel hukuk ilişkisinden doğan haksız fiil ve haksız kazanımlar olarak düşünülmesi gerekir. İdare hukuku çerçevesinde düzenlenen haksız fiil ve iktisaplardan dolayı oluşacak alacaklar kamu alacağıdır. Onar'ın da isabetli olarak belirttiği üzere; kamu malının korunması ve kamulaştırma gibi bazı iktisap sebeplerinde idari usullerin uygulanması, kamu malının niteliği ve söz konusu malın kamu hizmetiyle yakın ilgisi sonucudur. Yazar, bu açıdan, örneğin, kamu malının tazminine yönelik alacakları da, kamu alacağı olarak kabul etmektedir (Onar, Cilt III, s. 1650, 1651).

İdare (vergi dairesi), kamu alacağını, mahkemeye veya icra dairelerine başvuruya gerek olmaksızın doğrudan ve İcra ve İflas

Kanunu'ndaki usul hükümlerine uymaya gerek olmaksızın kendisi tahsil eder. Kamu alacaklarının tahsilinde idareye tanınan ayrıcalıkların altında yatan neden, idarenin icrai karar alma ve resen hareket etme yetisine sahip olmasıdır (Onar, s. 1645).

6183 sayılı kanunda kamu alacağının tahsil usulü, özel alacakların tahsili usulünden oldukça farklı olarak düzenlenmiştir. Kamu alacağının idare tarafından resen takip ve tahsil yolunda iflas yolu geçerli olmayıp sadece haciz yolu mevcuttur. Söz konusu haciz yolunu kamu idaresi; rüçhan hakkına sahip olarak kendi teşkilatı, personeli ve teminat, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, kamu borçlusunun bir takım tasarruflarını hükümsüz saymak, satış ve diğer yöntemlerle kendisi resen yürütür (Kamu alacağının tahsili hakkında fazla bilgi için bkz., Onar, Cilt III, s. 1645, 1666 ve Öncel/Kumrulu, Çağan, s. 165-171)

b. Ödevli Hesabına Yapma

Yönetilenlerin kendi üzerlerine düşen işleri yapmaktan kaçınmaları halinde, idarenin o işi bizzat yaparak masrafını ilgiliden tahsil etmesi yoluna ödevli hesabına yapma denir (Karş. Balta, s. 206).

Kanunlarımızda ödevli hesabına yapma konusunda çok çeşitli örnekler bulunmaktadır. Örneğin, 8.5.1986 tarih ve 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrasında; kuduzla yakalanan hayvanın tazminatsız öldürüleceği ve imha edileceği, yine kuduz hayvanlar tarafından ısırılan veya kuduzdan şüpheli hayvanların da tazminatsız öldürüleceği ve imha edileceği belirtilmekte; ancak bu hayvanların öldürülmesine sahipleri muvafakat etmezlerse masrafları kendilerine ait olmak üzere söz konusu hayvanların gözlem altında tutulabileceği belirtilmektedir. Ödevli hesabına yapma konusunda verilecek başka bir örnek; 3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu'dur. Bu kanunun 32. maddesinin son fıkrasında; ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binanın belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılacağı ve masrafının yapı sahibinden tahsil edileceği belirtilmiştir. Yine 14.1.1943 tarih ve 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu'nun 3. maddesi, ödevli hesabına yapmanın başka bir somut örneğini oluşturmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasına göre; izin alınmadan yapılan ve suyun akmasına veya su seviyesinin yükselmesine etki yapan tesisat, inşaat veya tadilat, dikilen fidan veya ağaçların mahalli Devlet Su İş-

leri Müdürü, yoksa Bayındırlık ve İskan Müdürü'nün teklifi üzerine valinin kararıyla yıktırılacağı veya kaldırılacağı ve bu hususta yapılan masrafların sahiplerinden alınacağı belirtilmiştir.

c. Zorlama

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere idare işlemin yerine getirilmesi tamamıyla veya büyük kısmı itibariyle idareye aitse, idare herhangi bir zora başvurmadan idari işlemi kendiliğinden icra eder.

Buna karşılık idari işlemin ilgiliye yüklediği yükümlülük tamamen bireysel ve bizzat ilgili tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük ise bu durumda idare, idari kararı yerine getirmeyen veya kararın yerine getirilmesine karşı koyan ilgiliye karşı kuvvet kullanarak, onun karara veya kararın icrasına uymasını zorunlu kılar. Kısacası, kimi idari işlemlerin idare tarafından zor kullanarak ilgili üzerinde icra edilmesine zorlama denir (Karş. Giritli/Bilgen, s. 187, 188).

İdarenin zor kullanması konusunda (örneğin yasa dışı bir gösterinin cebir kullanılarak dağıtılması) yukarıda "*Cebir Kullanılarak Yapılan Resen İcra*" kısmında çok değişik örnekler verildiğinden, bu kısımda konu hakkında örnek vermekten kaçınılacaktır.

d. İdari Yaptırımları Uygulama veya Cezai Yaptırımlar İçin Başvuru

Bazı idari işlemlerin icrasını etkin kılabilmek için idareye idari yaptırım uygulama veya karara uymayan ilgili hakkında cezai yaptırım uygulanmasını istemek üzere adliyeye başvurma olanağı getirilmiştir (Bkz. Günay, s. 208).

İdarenin idari yaptırım uygulamasından sadece idarenin, idari para cezası uygulama yetkisi anlaşılmalıdır. İdare, idari yaptırım olarak idari para cezası vermek yanında, başka tür yaptırımlar da uygulayabilir.

Bununla birlikte, idari işlemlerin idarece resen icra edilmesini gerçekleştirmek için idari yaptırım bağlamında idareye daha çok, idari para cezası uygulama yetkisi tanınmaktadır. İdarenin icrai bir kararın uygulanmasını sağlamak üzere karara karşı koyanlar hakkında uygulayacağı idari para cezası konusundaki genel kural; 30.3.2005 tarih ve

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesidir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre; yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye 100 Türk Lirası idarî para cezası verileceği, söz konusu cezaya emri veren makam tarafından karar verileceği belirtilmiştir.

Bu genel kural dışında idari bir işlemi resen icra edebilmek bağlamında idareye, idari para cezası uygulama yetkisi veren çeşitli örnekler de bulunmaktadır. Örneğin; 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde; Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları gibi yasak davranışlardan bağışıklık (muaflık) kararındaki yükümlülükler uymayan ilgililere Rekabet Kurulu tarafından altmış yeni Türk Lirası (Bu miktar, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 4. maddesiyle 1.740 yeni Türk Lirasına çıkartılmıştır) para cezası verileceği belirtilmiştir.

Hukukumuzda idari işlemi uygulayabilmek için idareye, para cezası dışında başka tür idari yatırım uygulama yetkisi verildiği de görülmektedir. Örneğin 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62. maddesinde; ilk defa veya yeniden veya yer değiştirme suretiyle atanan Devlet memurlarından aynı yerdeki göreve atanmaların atama emirlerinin kendilerine tebliğ gününü, başka yerdeki görevlere atanmaların ise, atama emirlerinin kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde o yere hareket ederek belli yol süresini izleyen iş günü içerisinde işe başlamak zorunda oldukları ifade edilmiş, 63. maddesinde ise ayrıksı durumlar dışında söz konusu sürelerde işe başlamayanların çekilmiş sayılacakları belirtilmiştir.

Son olarak, bazı icrai kararlara karşı ilgili kişinin uymasını sağlamak veya söz konusu kararlara karşı koyanları caydırabilmek için idareye ceza mahkemesine başvurma olanağının da öngörüldüğünü belirtmek gerekir. Örneğin devlet memurluğundan çıkarma cezası (Bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasının (E) bendi) alan veya kendisi hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 137. maddesi gereği görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanan bir devlet memuru; işlem yargı kararıyla iptal edilmediği veya yürütmesi durdurulmadığı müddetçe ilk durumda sürekli, ikinci

durumda ise görevden uzaklaştırma tedbiri süresince kamu görevini sürdüremez. Söz konusu kişi devlet memuriyetinden çıkarma veya görevden uzaklaştırma yönündeki icrai bir karara rağmen görevini sürdürmeye kalkışırsa, idare ceza mahkemesine başvurur ve ilgili kişi cezai yaptırıma tabi tutulur. Çünkü 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 262. maddesinde; bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu hâlde görevini sürdüren kimseye hapis cezası verileceği bildirilmektedir. Bu hükümden; devlet memurluğundan çıkarma cezası alan veya soruşturmanın selameti açısından geçici olarak görevinden uzaklaştırılan bir kamu görevlisinin söz konusu kararlara rağmen görevini sürdürmesinin hapis cezasını gerektiren bir fiil olduğu kolaylıkla çıkartılmaktadır.

SONUÇ

Uygulamada kimi zaman karıştırılmasına rağmen idarenin, idare hukuku alanında yenilik veya değişiklik doğuran icrai işlemleri ile söz konusu icrai işlemleri maddi gerçekliğe aktarmak olan idarenin resen icra yetkisini birbirinden ayırmak yaşamsal bir önem taşımaktadır. Kuşkusuz idarenin resen icra yapabilmesi için ortada icrai bir işlemin bulunması mutlak bir gereksinimdir. Ancak icrai işlem ile idarenin resen icra yetkisi birbirinden farklı olgulardır. Eğer bu iki olguyu birbirine karıştırılırsa, alınan tüm icrai kararların, idare tarafından gerekirse cebre dayalı olarak kendiliğinden icra edilebileceği gibi bir anlam çıkmış olur ki, bu durumu hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırabilmek olanaksızdır.

İcrai bir işlemin idare tarafından resen icrasında karşılaşılan bir usulsüzlük; idarenin, idari kararın muhatabının karara karşı çıkmasına, bir başka deyişle karara direnmemesine rağmen kimi durumlarda doğrudan cebre başvurusudur. Örneğin kimi toplantı veya gösteri yürüyüşlerinde katılımcılara dağılmaları yönünde karar bildirilip onların karara uymalarına olanak sağlanmadan doğrudan güvenlik güçleri tarafından cebir kullanılması olgusuyla karşılaşılabilmektedir. İdari karara veya kararın uygulanmasına direnme gösterilmeden, doğrudan cebre başvurulması hukuk devleti ilkesini kökünden sarsar. Diğer yandan, böyle bir durum, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine de derin bir zarar verir.

İdari bir işlemin idare tarafından resen icrasında karşılaşılan bir başka usulsüzlük; idarenin cebir kullanırken yaygın bir şekilde “ölçülülük” ilkesine aykırı düşecek davranışlarının gözlenmesidir. İdarenin söz konusu aykırı davranışları, kimi durumlarda, ölçülülük ilkesinin elverişlilik alt ilkesini, kimi durumlarda, gereklilik alt ilkesini, kimi durumlarda ise orantılılık alt ilkesini ihlal etmekte, bazı durumlarda da söz konusu alt ilkelerin bir kaçı veya tümü eş anlı olarak ihlal edilmektedir. Örneğin uygulamada güzergah değişikliği yoluyla huzur ve sükun içerisinde bir gösteri yürüyüşünün yapılmasının olanaklı olduğu kimi durumlarda idare zor kullanarak gösteri yürüyüşünü dağıtmakta bu durum ise ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerini ihlal etmektedir. Ölçülülük ilkesinin ihlal edilmesi olgusunun kişilerin temel hak ve hürriyetleri ile insan haklarına açık bir tehlike oluşturduğu açıktır.

Hukukumuzda, ölçülülük ilkesine aykırı davranışlar cezai bir yaptırıma da bağlanmasına rağmen, uygulamada, yine de ölçülülük ilkesine aykırı davranışlarla karşılaşmaktadır. Gerçekten de, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesinde; zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. İdarenin (güvenlik güçlerinin) ölçülülük ilkesine tam olarak uyumunu sağlamak üzere kanımca cezai önlemlerin yanında, yönetsel, eğitsel, sosyal ve mali önlemlerin çok boyutlu ve eş anlı olarak alınması yerinde olacaktır.

İcrai bir işlemin idare tarafından resen icrasında uygulamada çeşitli güçlüklerle karşılaşmakta; daha doğru bir deyişle; icrai işlemin uygulanması oranı bakımından büyük eksiklikler gözlenmektedir. İdarenin icrai bir kararına dayalı olmasına rağmen örneğin kesilen trafik cezalarının 2002 yılında sadece %49.7'si, 2003 yılında ise %71.0'ı tahsil edilebilmiştir. Yine vergi zam ve cezalarının 2002 yılında sadece %49.1'i, 2003 yılında ise %22.2'si tahsil edilebilmiştir. Ayrıca, verilen yönetsel nitelikteki para cezalarının 2002 yılında %52.1'i, 2003 yılında ise %53.7'si tahsil edilebilmiştir (<http://www.muhasabat.gov.tr/mbulten/T3-1-4a.htm>, Erişim Tarihi, 30.3.2006).

Dünya ülkelerinde vergicilik konusunda başarı daha çok tahsilatın tahakkuka oranı ile ölçülmektedir. Halbuki Türkiye'de vergilerdeki tahsilat/tahakkuk oranı düşük bir şekilde seyretmektedir. Hatta

son yıllarda söz konusu düşüklük daha da atmaktadır. Örneğin 2005 yılının ilk üç aylık verilerinin, 2004 yılının ilk üç aylık verileriyle karşılaştırılması dikkate alındığında; vergilerdeki tahsilat/tahakkuk oranının 2005 yılının ilk üç ayında düştüğü görülmektedir. Bu bağlamda, tahsilat/tahakkuk oranları, 2004 yılının ilk üç ayında gelir, kâr ve sermaye üzerinden alınan vergilerde %54.96, 2005 yılının ilk üç ayında %54.43, mülkiyet üzerinden alınan vergilerde, 2004 yılının ilk üç ayında %77.39, 2005 yılının ilk üç ayında %78.75; Dahilde alınan KDV, 2004 yılının ilk üç ayında %50.07, 2005 yılının ilk üç ayında %48.77 olarak gerçekleşmiştir (Fazla bilgi için bkz. Seviğ, Vergi Gelirleri ve Tahsilat Oranları, *Dünya Gazetesi*, 19.4.2005).

Vergi alanında tahakkuk/tahsilat oranının oldukça düşük seviyede seyretmesi, kanımca kamu düzeni ve kamu yararı açısından açık bir tehlike oluşturmaktadır. Bir ülkede icrai bir karara yurttaşların tam veya tama yakın bir şekilde uyması sağlanmadan o ülkede kamu yararı veya kamu düzeninin sağlıklı bir şekilde oluşturulabilmesi olanaklı değildir.

İdarenin para cezalarını ve vergi gelirlerini toplamadaki başarısızlığının kanımca iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sık sık ülkemizde vergi affı ve diğer mali af yasalarının çıkartılmasıdır. Sık sık vergi affı ve diğer mali afların çıkartılması; idarenin icrai kararlarının uygulanması yetisini zayıflatmakta ve yurttaşları ataletle sürüklemektedir. Ayrıca söz konusu aflar, borcunu devlete zamanında ödeyen yurttaşlar açısından dan da büyük haksızlık doğurmaktadır. İkinci neden ise, idarenin alacağını tahsil etme konusundaki isteksizliğidir. Kamu alacağının tahsili yönünde 6183 sayılı kanunda oldukça etkili bir usul öngörülmesine rağmen uygulamada idare, söz konusu usulü etkin bir şekilde uygulamaktan çekinmektedir. Görevini yürütürken cebre bile başvurma yetkisi bulunan ve 1982 Anayasası'yla yurttaş karşısından çok güçlü bir konumda bulunan idarenin kamu alacağını tahsil için öngörülen etkili ve özgün yolu kararlı bir şekilde uygulaması anlaşılabilir bir husus değildir.

Söz konusu iki nedene ilave olarak trafik para cezalarının düşük oranlı olarak tahsil edilmesinin bir başka nedeni, kanımca, 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 115. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu fıkrada; trafik para cezalarının derhal ödenmemesi durumunda, tutanağın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde öden-

mesi gerektiği, bir ay içerisinde ödenmeyen cezalar için her ay % 5 faiz uygulanacağı, ancak bu suretle bulunacak tutarın para cezasının iki katını geçemeyeceği belirtilmektedir. Faiz işletimi sonucu bulunacak tutarın para cezasının iki katını geçemeyeceğinin ifade edilmesi, iki katına ulaşan trafik para cezalarının gereğinin yerine getirilmemesini (ödenmemesini) yaptırımsız bırakmakta, dolayısıyla, yaptırımın yokluğunu bilen yurttaşlar trafik para cezalarını ödemekten özenle kaçınmaktadır. Trafik para cezaları, idarenin icrai kararlarına dayandığından ve icrai kararlara uyulmamasının sürekli bir şekilde yaptırımı gerektirmesi anlayışından hareket edilerek, her hangi bir tutar sınırlaması belirtilmeyerek trafik para cezalarının ödenmemesine sürekli bir şekilde faiz işletilmesinin öngörülmesi yerinde olacaktır. Bu hususu sağlayabilmek için ise 2918 sayılı kanununun 115. maddesinin 2. fıkrasının son tümcesinin kaldırılması gerekir.

Türkiye’de sağlıklı bir kamu düzeni veya kamu yararı tesis edilebilmesi için idarenin icrai kararlarına yurttaşların tam veya tama yakın bir şekilde uymasını sağlayacak önlemlerin alınması kaçınılmazdır. İdarenin elinde icrai işleme uyulmasını sağlatıcı nitelikte her türlü araç bulunmasına rağmen söz konusu araçların işletilmemesi, Türkiye’de sağlıklı bir şekilde kamu düzeni veya kamu yararı oluşabilmesini ciddi olarak zedelemektedir. Bu nedenle icrai işlemin gereğinin yerine getirilmesi açısından idarenin kendisine tanınan yetki ve usulleri kararlı bir şekilde uygulaması mutlak bir zorunluluktur. Aksi takdirde, idarenin icrai işlemini yerine getirmesi bakımından güçsüz bulunduğu şeklindeki aldatıcı kanı, sürgit bir şekilde geçerli olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

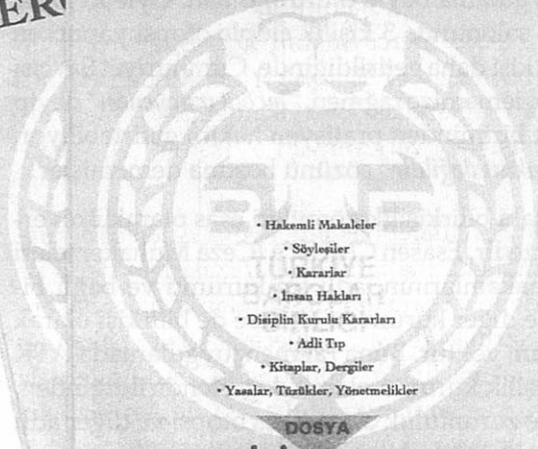
- Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları No:117, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1991.
- Giritli İsmet ve Bilgen Pertev, *İdare Hukuku*, Kervan Yayınları, İstanbul 1973.

- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Yenilenmiş Beşinci Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- Kuru Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.
- Gözübüyük, A. Şeref, Tan, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt 1. Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I. Cilt. Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966.
- *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt. Üçüncü Bası, İsmail Aygün Matbaası, İstanbul 1966.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:494, Ankara 1992.
- Özay, İlhan, *İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1986.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1988.
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları: 506, Ankara 1982.
- Seviğ, Veysi, "Vergi Gelirleri ve Tahsilat Oranları", *Dünya Gazetesi*, 19.4.2005, ([http://www.turmobil.org.tr/turmobil/basin/19-04-2005\(1\).htm](http://www.turmobil.org.tr/turmobil/basin/19-04-2005(1).htm), Erişim Tarihi, 30.3.2006).
- Wade, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford At The Clarendon Press, London 1961.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2014 - 31.05.2014

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

TAKLİT ÜRÜN SUÇLARININ YARGILAMASINDA YAŞANAN SORUNLARA YENİ MARKALAR KANUNU ÇÖZÜM GETİREBİLECEK Mİ?*

Mustafa ALBAYRAK**

1995 yılı Türkiye’de fikri ve sınai haklar mevzuatı bakımından bir milat olarak kabul edilmektedir. Türkiye’nin gümrük Birliğine girmesini sağlayan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile fikri ve sınai mülkiyet mevzuatının AB mevzuatına uygun hale getirilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak adı geçen mevzuatın sınai haklar kısmının KHK ile düzenlenmesi bir çok sorunu da beraberinde getirmiştir.

Bu yazımızda daha önce birçok yazı ve konuşmalarımızda dile getirdiğimiz ve halen yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nin ceza yargılamasına ilişkin sorunları ile yeni Markalar Kanunu tasarısındaki (taslağındaki) suç düzenlemeleri hakkındaki düşüncelerimizi açıklayacağız.

I. 556 SAYILI KHK İLE İLGİLİ OLARAK CEZA YARGILAMASINDA YAŞANAN SORUNLAR

1. Suç ve Haksız Fiil Ayırımının Yapılmamış Olması

556 sayılı KHK suç fiilleri ile haksız fiiller arasındaki ayırımı yapmamıştır.

Haksız fiil; kişinin diğer kişilere zarar verici nitelikte olan hukuka aykırı eylemleridir. Haksız fiil sorumluluğu Borçlar Kanunu’nun 41. maddesinde düzenlenmiş olup borç doğuran iki ana kaynaktan birini oluşturmaktadır.¹

* Kanun Tasarı taslağı için bkz., <http://www.sanayi.gov.tr/webedit/gozlem.aspx?sayfaNo=2918>.

** Yargıtay Tetkik Hakimi.

Suç ise sorumlu bir kimse tarafından müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yazılmış tarife uygun ve hukuka aykırı olan bir fiildir.²

Suç ile Haksız Fiil Arasındaki Farklar

1. Suçlarda kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı bulunduğu halde haksız fiillerde bu geçerli değildir.

2. Suç için aranan unsur ile haksız fiilden aranan unsurlar farklıdır. (Haksız fiillerde kanuni unsurdan söz edilmez)

3 Haksız fiillere teşebbüste yaptırım uygulanmaz. Ortada zarar yoksa tazminat da yoktur. Buna karşılık suçlara teşebbüs cezalandırılır.

4. Suçlar için kural olarak kusurlulukta asıl olan kasttır, istisnaen, yani kanunda açıkça gösterilen hallerde taksir sorumluluğuna karşılık haksız fiiller kusursuz da işlenebilir.

5. Suçun yaptırımı kanunda açık olarak öngörülmüş ceza iken haksız fiillerin yaptırımı tazminattır.³

6. Haksız fiillerde zarar unsuru aranmasına karşılık, suçlarda bu aranmamakta, cezalandırılabilme için en azından bazı suçlarda tehlikeli olma yeterli bulunmaktadır.

7. Ceza hukukunda erteleme, af gibi infazı engelleyen veya kesen müesseseler bulunduğu halde, haksız fiiller bakımından mağdurun feragati olmadıkça, tazminat talebini kaldırıcı bir yol bulunmamaktadır.⁴

KHK'nin 61. maddesi marka hakkına tecavüz fiillerini 6 bend halinde saymıştır.

Bu fiillerin yapılması marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmişlerdir.

Buna göre;

¹ Diğeri ise sözleşme ile bağlı kişilerin buna riayet etmemesi sonucu sözleşmeden doğar.

² Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul 1987, s. 297.

³ Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, s. 98.

⁴ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2007, s.95.

a. 9. maddenin ihlali,⁵

b. Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

c. Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,

d. Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

e. (a) ile (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

f. Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret ala-

⁵ Marka tescilinden doğan hakların kapsamı

Madde 9-Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,

b) Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması,

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescilli istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,

c) İşareti taşıyan malın ithali (Ek ibare: 3/11/1995 - 4128/5 m.) veya ihracı,

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması.

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.

nına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.

Kanun tekniğine uygun olmayan bir tarzda bu bentlerde tecavüz oluşturan fiiller açıklanmaktadır.

Madde de marka hakkına tecavüz sayılan bu fiiller için KHK koruma hükümleri içermektedir.

KHK bu tecavüz fiilleri için 62. madde de marka hakkı sahibine aşağıdaki taleplerde bulunma hakkını vermiştir.⁶

1. Tecavüz fiillerinin durdurulması.
2. Tecavüzün giderilmesi.
3. Üretilen veya ithal edilen ürünlere el konulması.
3. Elkonulan ürünlerin ve araçların üzerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için, ürün ve araçların imhası.
4. Mahkeme kararının ilan edilmesi.

Tecavüz Fiilleri İçin Ayrıca Cezai Yaptırımlar da Getirilmiştir

Kanun Hükmünde Kararname ile ceza hükmünün getirilmesi kabul edilmediğinden 556 sayılı KHK'ye 4128 sayılı kanun ile 61/A

⁶ Marka sahibinin talepleri

Madde 62-Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,
- b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini,
- c) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talebi.
- d) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, (Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.)
- e) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi.
- f) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması

maddesiyle cezai yaptırımlar ilave edilmiş ve bu madde 26.6.2004 tarihli *Resmî Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren 5194 sayılı kanunla tekrar değiştirilmiştir.

KHK'nin 61/A-c maddesindeki yaptırımın son haline göre ise;

"61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine." Şeklinde bir düzenleme vardır.

Böylece KHK'nin 62 maddesindeki hukuk dava yolları devam etmekle birlikte bu haksız fiiller için ayrıca 61/A maddesindeki cezai yaptırımlar ilave edilmiştir.

2. Hukukî Koruma Devam Etmesine Rağmen 62. Maddenin Uygulanması Yapılmayıp İş Cumhuriyet Savcılarına Havale Edilmiştir

Yukarıda belirttiğimiz gibi 61. maddedeki tecavüz halleri için 62. madde koruma yollarını göstermiş ve koruma 22.6.1995 tarihinden 3.11.1995 e kadar bu maddeye göre yapılmakta idi. 4128 sayılı yasayla 61/A maddesi ilave edilerek hukuki korumaya ilaveten cezai yaptırımlar getirilmiştir.

Haksız fiillerin 61/A-c maddesi ile suç fiili olarak kabul edilmesinden sonra 62. maddedeki hukuki koruma yolları bırakılıp iş bir şikayet dilekçesi ile Cumhuriyet Savcısına bırakılmıştır. Şikayet üzerine Cumhuriyet Savcıları kamu davasını açmaktadırlar.

KHK'nin 61/A-c maddesi 61. maddedeki haksız fiilleri suç olarak kabul etmesine rağmen suç fiilleri ile tecavüz fiilleri arasındaki farkları belirtmemiştir

Bilindiği gibi suçun işlenmesi ile toplum düzeni bozulur. Bu suçta verilen ceza ile bozulan düzenin tamir edilmesi ve bir daha böyle zararın oluşmaması için orantılı bir ceza öngörülür.

Konumuzla sınırlı olarak baktığımızda bir işyerinde yapılan aramada birkaç taklit ürün bulunması halinde 61. maddedeki tecavüz durumu oluşur. Bunun 61/A-c deki suç fiili olarak kabul edilebilmesi için

her olayın ayrı ayrı değerlendirilmekle beraber bir işyerinin taklit markalı ürünlerin taklit olduğunu gizleyerek, fiyatında orijinal ürün fiyatına yakın bir fiyat ile satması ve bulunduğu yer itibariyle de alıcılarda burada taklit ürün olmaz kanısı oluşması gerekir. (Ankara'da Atakule, Karum ve Armada, İstanbul'da ise Akmerkez veya Aymerkez gibi yerler) Ayrıca işyerinin bu taklit ürün satışlarına çoğunluğu itibariyle tahsis edilmesi gerekir. Çünkü hürriyeti bağlayıcı cezanın yanında işyerinin kapatılması gibi çok ağır bir yaptırım daha vardır.

Yakalanan üründeki markanın satıcı bakımından her hangi bir artı değer ifade etmediği gibi alıcı bakımından yanılarak markanın orijinal olduğu kanısı oluşmadığı durumlarda yani markadan dolayı ilave bir ücret ödemesi yapılmadığı hallerde bunu suç fiili olarak kabul edemeyiz. Burada hak sahibi bakımından 62. maddedeki hukuki yollar mevcuttur.

Fikri ve sınai haklar hem ceza hem de hukuk davaları ile etkin biçimde korunmalıdır. Çünkü biliyoruz ki uluslararası görüşmelerde bu konu devletimizin önüne getirilmektedir. Kaldı ki ülke kalkınması için fikri ve sınai haklar korunmalı ki bu konuda emek ve sermaye harcayanlar çalışmalarına devam edebilsinler. Bu hakların korunmasında 1995 tarihli Dünya Ticaret Örgütü'nün eklerinden olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRİPS) en kapsamlı uluslar arası anlaşmadır. Bu anlaşma ile fikri ve sınai hakları yeterince korumayan ülkelere bir takım yaptırımların uygulanacağı öngörülmüştür.

TRİPS'nin 61. maddesi "Üyeler en azından, 'ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı' veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri 'eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun', yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak 'cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler' " hükmünü içermektedir. Son ibarenin içeriğine uygun olarak AB ülkeleri hukuki korumaya öncelik vermişlerdir. Bizde ise bunun uygulaması bilerek marka sahtekarlığı yapanların yanında -belki de konumuzla

ilgili söylersek-satıcı bakımından kast mı taksir mi olduğu anlaşılama-yan “*bildiği veya bilmesi gerektiği*” görüşü ile⁷ istisnasız her satıcının cezalandırılması yoluna gidilmektedir. (100’lerce kutu kalem ucu arasın-da bir kutu taklit ürün içinde aynı cezanın uygulanması gibi) Bunun sonucu olarak söyleyebiliriz ki, Avrupa ülkelerinin tamamından fazla ceza davası bizim İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza mahkemesinde görülmektedir. Yanlış uygulamanın ne boyutlarda olduğunu okuyucuların takdirine arz ediyoruz.

3. Suçla Orantılı Ceza Uygulanması Kabul Edilmemiştir

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesi “*Adalet ve kanun önünde eşitlik*” ilkesi başlığı taşımakta ve birinci fıkrasında “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Bu hükümlerle amaçlanan, suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerektiğidir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu hususa ceza kanununda açıkça yer verilerek, ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir.

Bu konuya verebileceğimiz örnekler çok olmakla beraber konumuzla ilgili olması bakımından söyleyecek olursak; bir dükkanda veya pazar sergisinde yakalanan birkaç taklit markalı gömlek, bir kırtasiye dükkanında beş kutu kalem ucu veya pastel boya veya bir nalburda yakalanan tek matkap için taklit olduklarından ceza davaları açılıp bunların bulundurulması suç kabul edilip 2 yıl hapis veya suç tarihi (2007 yılı) itibarıyla 27 milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar para

⁷ Mustafa Albayrak, “Taklit Markalı Ürün Ticareti Hem Kast Hem de Taksirle İşlenebilen ve Her İki Halde de Yaptırımı Aynı Olan Bir Suç mu?”, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2004, Yıl 2, Sayı 16 (Ayrıca bakınız Mustafa Albayrak, *Fikir ve Sanat Eserleri İle Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*. Ankara 2004 adlı çalışmamız)

cezası veya her ikisine birden ve ayrıca işyerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten menine karar verilmesidir

Toplam değeri 2-3 milyon lira olan taklit markalı ürünler için bu cezanın verilmesi suçta ve cezada orantılılık ilkesi ile bağdaşmayan bir durum sergilenmektedir.⁸

4. Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi İhlal Edilmiş, Anayasa'ya Aykırı Hükümün Uygulanmasına Halen Devam Edilmektedir.

Kaynağını Anayasamızdan alan, hem 765 sayılı hem de 5235 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi benimsenmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin düzenlemesi şu şekildedir; *“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

Kanun'un amacına ilişkin maddesinde (m. 1) ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasa'mızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki *“kanunsuz suç ve ceza olmaz”* ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve cezai yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasa'ya göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve öz-

⁸ Marka Hakları İhlallerinin Ceza Normları İle Korunması veya Mahkeme Koridorlarında Pazarlıklar, *HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi)*, Mart 2005, sayı. 3.

gürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Anayasa'da temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılamaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayaacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Halen yürürlükte bulunan sınaî mülkiyet haklarına ait mevzuatımızın büyük bir çoğunluğu KHK ile düzenlenmiştir.⁹ Bu düzenlemenin tabi sonucu olarak ceza hükümleri olmasa bile suç olarak kabul edilen fiiller bu şekilde mevzuatta yer almaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK 27.6.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak o zaman ceza hükümleri içermemekte idi. Bu noksanlık 3.11. 1995 tarihinde yayınlanan 4128 sayılı kanunla giderilmiş ve 61/A maddesi ilave edilerek cezalar belirtilmiş ve bu maddede 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı kanunla yapılan değişiklikle ceza miktarları değiştirilmiştir. Tespit ettiğimiz kadarıyla bu KHK'de cezalandırılan suç fiilleri 16 çeşit olup¹⁰ bunlardan ilk 5 tanesi Kanunla düzenlenmiş geriye kalanlar KHK'de daha önce haksız fiil olarak kabul edilen eylemler yaptırma bağlanarak suç teşkil eden fiiller haline getirilmiştir.¹¹ Yasama Organına gerek kalmadan Yürütme Organı tarafından fiiller her zaman tamamen kaldırılabilceği gibi içeriklerinin de değiştirilmesi mümkündür. Önceleri Anayasa Mahkemesi bu durumun Anayasaya aykırı olmadığına

⁹ KHK ile düzenlenenler: 1-551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 2-556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, 3-554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 4-555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK Kanun olarakta sadece; Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun bulunmaktadır.

¹⁰ Bakınız Fikrî ve Sınaî Haklar Aleyhine İşlenen Suçlar, Mustafa Albayrak Ankara 2004.

¹¹ 7.11.1995 tarih ve 22456 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren 4128 sayılı 24.6.1995 tarihli 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

karar vermişken.¹² Son verdiği bir kararında KHK'de haksız fiil olarak düzenlenen eylemlerin suç fiili olarak kabul edilemeyeceğini belirterek önünü gelen olayla ilgili olarak iptal kararı vermiştir.¹³ Bu şu demektir diğer suç fiillerinin önüne gelmesi halinde de bunların iptal edilmesi gündeme gelecektir. Bu iptal kararından sonra sınaî haklarda düzenleme yapılmasına rağmen KHK kanunlaştırılmamıştır.¹⁴ Boşluk olmaması için 1 Nisan 2005 tarihine kadar bu konudaki yasal düzenlemenin bir an önce yapılması gerektiğini düşünüyorduk. Ancak 2007 yılını yarıladığımız şu günlerde henüz bir ilerleme kaydedilmemiştir. İptal edilen maddenin uygulaması sona ermiş ancak diğer maddelerin uygulamasına ise devam edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararı göstermektedir ki KHK'in bu düzenlemesi Anayasaya aykırıdır. Hüküm bu kadar açık olmasına rağmen bu aykırı hükümler halen mahkemeler tarafından uygulanmaya devam edilmekte ve Yargıtay'da bu açık ihlale rağmen bu uyulamaya ses çıkarmamaktır.

5. Suç ve Cezalarda Belirlilik İlkesi İhlal Edilmiştir

“Bir fül, kanunda yazılı ve sarih (en açık ve en berrak) bir biçimde suç olarak düzenlenmedikçe, kimse böyle bir füliden dolayı cezaya mahkum edilemez. Bu nedenle örf ve adet kuralları veya hakimın takdir yetkisine dayanılarak bir fülün suç sayılması mümkün değildir.

Bir füliden dolayı mahkumiyet kararı verilebilmesi için, suçların kanunda düzenlenmesi yetmez. Bu düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve açık olması gerekir. Çünkü belirsizlik, muğlak düzenlemeler insanları keyfiliğe karşı koruyamaz. Bunun için yeni TCK 2/1 maddesi kanunun açıkça suç saymadığı bir fül için kimseye caza verilemez denilmek suretiyle kanunilik ilkesinin bu yönüne işaret edilmiştir.”¹⁵ “Bir devlette var olan hükümlerin ihlalinin, bir çalışana karşı ceza kovuşturmasını haklı kılabilmesi için bu hükümlerin, bu

¹² -25.1.2001 tarih 32/10 sayılı kararı (4128 sayılı yasayla 560 sayılı KHK ye eklen ceza maddeleri dolayısıyla verilen karar).

¹³ Anayasa Mahkemesi 2.3.2004 tarih ve 2002/92 esas ve 2004/25 sayılı kararı. Kararı 14.5.2004 tarih ve 25462 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmış olup yayın tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

¹⁴ 22.6.2004 tarihli 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 26.6.2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁵ Öztürk, a. g. e., s. 5.

kişi tarafından uymakla yükümlü olduğu kuralları belirleyebilmesi açısından açık ve anlaşılabilir olması gerekir.”¹⁶ Örnek olarak 556 sayılı Markaların Korunması hakkında KHK'nin 61/ A-c maddesini gösterebiliriz¹⁷ ki bu madde 61. maddeye atıfta bulunmakta, 61. maddeye¹⁸ baktığımızda ise bu maddenin de 9. maddeye¹⁹ atıfta bulunduğunu görüyoruz.

6. Kusurluluk Tam Olarak Açıklığa Kavuşturulmamıştır

Marka suçlarında manevi unsur kasıttır. Bazı suç tiplerinde özel kast aranmalıdır. Örnek olarak tanınmış bir markanın veya benzerinin başka mal veya hizmetlerde kullanılmasında özel kast olarak bu markanın tanınmışlığından ve bilinmişliğinden yararlanma kasdı gösterilebilir.

Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nin düzenlediği suçlardan “*Hakkı Ve İlgisi Olmadığını Veya Tasarruf Yetkisi Bulunmadığını Bildiği Veya Bilmesi Gerektiği Halde, Marka Üstündeki Haklardan Birini Veya Bu Haklarla İlgili Lisansı Devretmek, Vermek Veya Bu Haklar Üzerlerinde Herhangi Bir Tasarrufta Bulunmak*” ile “*Markanın Taklit Edildiğini Bildiği Veya Bilmesi Gerektiği Durumlarda Markayı Veya Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzerini Taşıyan Ürünleri Satmak, Dağıtmak Veya Başka Bir Şekilde Ticari Alana Çıkarmak, Yada Bu Amaçları Gerçekleştirmek İçin İthal Etmek Veya Ticarî Amaçla Elinde Bulundurmak.*” suçlarının hem kast hem de taksirle işlenebilen suçlar olduğu doktrinde de kabul edilmektedir

Fikri ve Sınai haklar aleyhine işlenen suçların bir kısım suç tiplerinde öngörülen bilmesi gerekme ifadesinden hukukçu-bilim adamlarımızın görüşü bunun taksir olduğu şeklindedir.²⁰

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1999 tarihli kararından (Naklen; Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Ümit Kocasakal, s. 157-ATAD, 12 Aralık 1996, Ceza Usulü/x, C 74/95, zikreden Mancorda, 115 dn. 70.

¹⁷ Madde 61/A- c) 61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

¹⁸ Madde 61 - Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

a) 9. maddenin ihlali,

b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

¹⁹ Madde 9 - Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır.

²⁰ “Taklit Markalı Ürün Ticareti Hem Kast Hem de Taksirle İşlenebilen ve Her iki

Üzerinde bu kadar keskin bilimsel görüşler bildirilen bir konuda ne yazık ki yargının bu konuyu tartışan bir kararı mevcut değildir.

Halde de Yaptırım Aynı Olan Bir Suç mu?", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2 sayı 16 Nisan 2004.

Bu görüşler şu şekilde dile getirilmektedir.

"Marka üzerinde hukuksal işlemlerle elde edilen haklarla ilgili hukuka aykırı tasarrufta bulunmak suçu ve taklit markayı ticaret alanına çıkarmak suçu hem kast hem de taksirle işlenebilen bir suçtur. Buna göre, sözgelimi taklit markayı ticaret alanına çıkarmak suçunda fail, markanın taklit edildiğini bilerek ve isteyerek söz konusu malları ticaret alanına çıkarmışsa kasten bu eylemi işlemiş demektir. Ancak fail, markanı taklit edildiğini bilmesi gerektiği halde, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyip, yada mesleğinde acemilik gösterip, tedbirsiz ve dikkatsiz davranışının sonucunda taklit markayı taşıyan ürünleri ticaret alanına çıkarmış yada bu amaçla ithal etmiş veya elde bulundurmakta ise bu kez taksirli eyleminden dolayı ceza tehdidi altına girecektir. Ancak Ceza Hukuk bakımından, her iki suç açısından kasten işlenen bir eylemin, taksirli şeklinin de aynı ceza ile karşılanması ceza normunun orantılılığı ilkesine aykırı düşmektedir." (Serap Keskin, *Fikri Düşünsel Haklarının, Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara 2003. s. 148)

"Bu bent kapsamındaki suç seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Keza, söz konusu bent kapsamında tanımlanan suç, kasden işlenebilen bir suç olabileceği gibi, taksirle işlenebilen bir suçta olabilmektedir. Zira, suçun oluşabilmesi için, failin "markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde" söz konusu seçimlik hareketlerden birin gerçekleştirmiş olması gerekir.. Bent kapsamında söz konusu edilen faillerin gerçekleştiren kişinin başkasına ait bir markanın taklit edildiğini bilmiş olması gerekmemektedir. Aksine suçun oluşabilmesi için, bent kapsamında söz konusu edilen seçimlik hareketlerden birin gerçekleştiren kişinin başkasına ait markanın taklit edildiğini bilebilecek durumda olması yeterlidir. Böylece söz konusu hüküm, ceza hukuk açısından ilginç bir hükümdür. .. Bu yönü itibarıyla ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir." (İzzet Özgenç, *Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk. Ünal Tekinalp'e Armağan* 2003 s. 203)

"73.maddenin ilk cümlesinde, kasten ifadesi geçmekle birlikte, Maddenin ilerleyen kısımlarında " ...bildiği veya bilmesi icap ettiği.. " ifadesine birkaç kez yer verilmiştir. Bu maddenin kendi içinde hem kasta, hem de taksire karşılık gelen başka bir ifadeye yer vermesi bir çelişkidir. Yine eserin çoğaltılmasını veya satışa çıkarılmasını bilmesi gerekeceği ifade edilerek bir karine kabul edilmiştir. Böylece sanık, hukuka aykırı durumu bilmediğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmek zorunda bırakılmıştır." (Cahit Suluk, *Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele*, İstanbul 2004, s. 155)

"Manevi unsur açısından, bent hükmünde bilmesi gerekmek ifadesine yer verilmesi, yerinde bir düzenleme değildir.. Burada somut bilgi aranması gerekirdi. Çünkü öngörülen yaptırım oldukça ağırdır. Bilmesi gerekmek kavramının ceza hukukundaki şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karineleri açısından bakıldığında sağlıklı olmadığı kanısındayız. Bu yönüyle konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülse sanık lehine kararlar çıkabilecektir." (Cahit Suluk, *Tasarım Hukuku*, Ankara 2003. s.544)

7. Yargının Koruması Altında Hakkın Kötüye Kullanılmasına Devam Edilmekte ve Birkaç Ayda Binlerce Lira (Milyarlar) Haksız Kazanç Elde Edilmektedir

Markanın kullanılmamasının sonuçlarından biriside iptal davası ile markanın iptal edilmesi, yani tescilinin TPE'ünden silinmesidir. Bu iptal davasını bu tescilden zarar görenler ile birlikte Cumhuriyet savcılarları da açabilmektedir. 556 sayılı KHK'nin 14. maddesi kullanma kabul edilen olguları örneklerle göstermiştir. Ancak uygulamada bu hüküm yokmuş gibi davranılmaktadır. Hatta bu yolla miyarlarca haksız para kazanılmaktadır. Bu işin açığözleri tescil ettirdikleri bir markaya ait ürünleri piyasaya yaymakta, birkaç gün sonrada bu markalı ürünleri hakkında şikayette bulunmakta, iki yıl hapis ve 50 milyar liralık para cezası tehdidi ile sanıklardan çok büyük miktarda para koparmaya çalışmaktadırlar. Bunların pazarlıkları adliye koridorlarında yapılmaktadır. Ne yazık ki bu yöndeki savunmalara itibar edilmemekte, konuyu açıklığa kavuşturacak birimler de bulunmamaktadır. Halbuki markaların tanınmışlığı, reklam ve beğenileri, gerçekte bir marka olup olmadığı, hukuk davasında olmasa bile ceza davasında aranması gerekir ki bu yönde haksız kazanç sağlayan kötü niyetli kişilerin önü kesilmiş olsun. (Buna yargı yoluyla haksız kazanç elde etme denir)

II. MARKALAR KANUNU'NDAKİ (Tasarısında) CEZA HÜKÜMLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Kanun tasarısının üçüncü bölümü "*Ceza hükümleri*" başlığın taşımakta ve bu bölümdeki 75. madde de "*Marka hakkına ilişkin cezai hükümler*" bulunmaktadır.

Kanun tasarısının dördüncü bölümünde ise "*Mahkemeler*" başlığı adını taşımakta ve 76. madde de "*Görevli ve yetkili mahkemeler*", 77. madde ise "*Hükümün ilanını*" düzenlemektedir.²¹

²¹ ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cezai Hükümler

Marka hakkına ilişkin cezai hükümler

Madde 75- (1) Marka hakkına tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve on bin günden yirmi beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe

onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretenerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa, hakkında cezanın yarısına hükmolunur.

(2) Bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti, yetkisi olmadan kaldıran kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis veya iki bin günden dört bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Hak sahibi olmadığı veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde, devretmek, lisans vermek veya rehnetmek suretiyle marka üzerinde tasarrufta bulunan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve on bin günden on beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(6) Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Şikayet, dava zamanaşımı süresi içinde olmak şartıyla fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır.

(7) Davacı, temin edilebilir olması halinde orijinal ürünü, aksi takdirde ayırt edilebilir nitelikte görüntü veya fotoğrafını şikayet anında ibraz eder. Cumhuriyet Savcısı, arama kararında bilirkişi görevlendirir ve bilirkişi, dosyaya sunulmak üzere, arama sırasında olayın niteliğine göre görüntü veya fotoğraf çekimi yapar.

(8) Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçlarla ilgili 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki uzlaşma yöntemleri, Savcılık tarafından gerekli işlemler yapılmış olmak koşuluyla mahkemece, iddianamenin kabulünden sonra uygulanmaz.

(9) Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen suçlarla ilgili olarak marka hakkı sahibi ile 68 inci maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri, dördüncü fıkrada belirtilen suçlarla ilgili olarak ise Enstitü, 18/5/2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununa veya 7/6/2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununa tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri şikayet hakkına sahiptir. Şikayetten her aşamada vazgeçilebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar. Şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesi veya cezanın ortadan kaldırılması halinde, müdahil ve sanık veya hükümlü, yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.

(10) Suçun işlendiğinin sabit olması halinde, mahkeme el konulan malların müsadereci yerine, mülkiyetinin marka hakkına tecavüz edilen kişiye devrine karar verebilir. Ancak bunun için marka hakkına tecavüz edilen kişinin talepte bulunması gerekir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Mahkemeler

Görevli ve yetkili mahkemeler

MADDE 76- (1) Bu Kanunda belirtilen davalarda görevli mahkeme; hukuk davalarında fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, ceza davalarında ise soruşturma evresinde koruma tedbirleri konusunda sulh ceza mahkemeleri, kovuşturma evresinde de fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleridir. Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri tek hakimli olarak görev yaparlar.

75. maddeye baktığımızda halen yürürlükte olan Kanun Hükmünde Kararnamenin doğurduğu birçok sakıncayı gidermekle birlikte aşağıda maddeler halinde sıralayacak olduğumuz noksanlıkların uygulamada sorunlar oluşturacak olduğunu düşünmekteyiz.

1. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki düzenleme şu şekildedir. *“Marka hakkına tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve on bin günden yirmi beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Hepimizin bildiği gibi hizmet markaları bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir.

(2) Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceğini ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.

(3) Sulh ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı itiraz, fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkemelere, bulunmayan yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca ikinci fıkra gereğince görevlendirilen asliye ceza mahkemesine yapılır.

(4) Enstitünün bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitünün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'dir.

(5) Marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya tecavüz fiilinin gerçekleştiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.

(6) Davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde yetkili mahkeme, Marka Vekilleri Siciline kayıtlı vekilinin işyerinin bulunduğu yerdeki mahkeme, eğer vekillik kaydı silinmiş ise Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir.

(7) Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde altıncı fıkra hükmü uygulanır.

(8) Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir.

Hükmün ilanı

MADDE 77- (1) Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep edebilir.

(2) İlanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan talebi, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde yapılabilir. Bu süreden sonra yapılan talep yapılmamış sayılır.

Bankaların, hastanelerin, reklamcılık, televizyon-radyo yayıncılarının, otellerin, restoranların ve eğlence hizmeti veren firmaların markaları hizmet markaları kapsamında değerlendirilmektedir.

Bir kere marka hakkına tecavüz ederek hizmetin depolanmasından, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutulmasından ziyade bu hizmeti sunmaya yarayan araç, gereç ve ekipmanları depolamak, gümrük işlemine tabi tutmak, bir yerden başka bir yere taşımak şeklinde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

2. maddenin birinci fıkrası ikinci cümlesindeki düzenlemeye baktığımızda *“Ancak, tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa, hakkında cezanın yarısına hükmolunur.”*

Bir kere bu cümlede sayılan bu suçlar için bir yaptırım öngörülmemesine rağmen cezanın yarısına kadar indirileceği belirtilmektedir. Eğer ilk cümledeki cezanın verileceği düşünülerek bu şekilde bir düzenleme yapılmışsa ki maddenin gerekçesi böyle olduğunu söylüyor, bununda mümkün olmadığını düşünüyoruz. Çünkü ilk cümlede *“marka hakkına tecavüz ederek”* ibaresi ile bu tecavüz fiilini gerçekleştiren failin sonraki hareketlerini düzenlenmekte ve cezai yaptırımları göstermektedir.

Fıkra bu haliyle *“tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi”* yi cezalandırmamakta, ancak *“bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa”* hakkında cezanın yarısına hükmedileceğini, belirtmektedir. Bunun bir çelişki olduğunu düşünüyoruz

Yine bu hükümle amaçlanan taklit ürün pazarının kaynağına ulaşip gerçek sorumluları bulmak ve cezalandırmaktır. Burada da failin sorumluluğuna paralel olarak ceza verilmemesi de düşülmeliydi. En azından hakime ceza vermeme konusunda takdir hakkı verilmeli idi. Bilindiği gibi bu suçlar kasten işlenen suçlardır. Kastın tespitinin zorluğu nazara alındığında ceza verilmemesinin daha adaletli olacak olduğunu düşünüyoruz.

3. Yine bu fıkraya baktığımızda ceza yaptırımları bakımından bil-hassa para cezasının alt sınırının çok yüksek olduğunu düşünmekteyiz . En azından düzenleme şu şekilde olabilirdi, “meydana gelen zararın veya muhtemel zarar tehlikesinin ağırlığı dikkate alınarak yirmi beş bin güne kadar adli para cezası” şeklinde olsa idi 180 gün adli para cezası esas alınıp (en alt sınırı 3.600 veya 18.000 YTL) meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile orantılı bir adli para cezasına hükmedilmesi mümkün olabilirdi. Bu haliyle para cezasının alt sınırı 200.000 YTL’dir (200 milyar lira). Para cezalarının ertelenemediği düşünüldüğünde mağdurun zararını tazmin imkansız hale gelebileceği gibi zarar veya tehlikenin ağırlığını nazar almadan suç ve ceza arasında orantının da sanık aleyhine olarak ihlal edildiği kanaatini taşımaktayız. Şikayete tabi bir suç için müştekinin eline bu kadar büyük bir fırsat verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla beraber hak sahiplerini haklarının en iyi şekilde korunmasına taraftar olduğumuzu her platforma da dile getirmekteyiz.²²

4. maddenin dördüncü fıkrasına baktığımızda; buradaki düzenlemede de para cezasının alt sınırının çok yüksek olduğunu görmekteyiz. Fıkroda “Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” Çünkü tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanmada her zaman net çizgilerle bir ayırım yapılamakta, bilirkişiler bile bu anlam sorununu çözememektedirler. Kanaatimizce de burada hapis cezasının yanına “veya adli para cezasına hükmolunur” şeklinde bir düzenlemenin daha makul olacak olduğunu düşünüyorum. Bu durumda da adli para cezasının 180 günden 730 güne kadar olduğu sonucu çıkmaktadır.

5. Altıncı fıkranın ikinci cümlesi olan “Şikayet, dava zamanaşımı sü-

²² “Markalar Aleyhine İşlenen Suçlarda Faturaların Delil Olarak Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2. Sayı 20; “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Alanındaki Suçların Kovuşturulmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları. 9-10 Eylül 2004 Tarihinde ABD ve Türkiye de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Korunması” sempozyumuna sunulan tebliğ. Benzer yazı için. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Mart/Nisan 2005. sayı 57; “Tasarımlar Aleyhine İşlenen Suçların Yargılamasında Ön Sorun. *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2. Sayı 24; “Hâkim Gözüyle Taklit Ürün ve Korsan Eserlere Karşı Mücadelede Başarısızlık Nedenleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi. 1. Fikri Mülkiyet Sempozyumuna sunulan tebliğ. 5-6 Mayıs 2005; “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu İle Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Fikri Ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçlara Etkileri” *Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Yıl 2005-2006/S. 1.

resi içinde olmak şartıyla fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır.” hükmüne gerek olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü şikayetle ilgili TCK’nın genel hükümler kısmında 73. maddede ilgili düzenleme vardır. Bu kanunun 5. maddesi gereğince “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır:” hükmü sorunu çözmüştür.

6. maddenin sekizinci fıkrasındaki düzenlemeye göre de “Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçlarla ilgili 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki uzlaşma yöntemleri, Savcılık tarafından gerekli işlemler yapılmış olmak koşuluyla mahkemece, iddianamenin kabulünden sonra uygulanmaz.” hükmü mevcuttur. Buna gerek olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü şikayete tabi olması bu suçları CMK 253 ve 254. maddesindeki düzenleme içine almakta ve uzlaşma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

7. maddenin 9. fıkrasındaki düzenleme göre de “Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen suçlarla ilgili olarak marka hakkı sahibi ile 68. maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri, dördüncü fıkrada belirtilen suçlarla ilgili olarak ise Enstitü, 18.5.2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’na veya 7.6.2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu’na tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri şikayet hakkına sahiptir. Şikayetten her aşamada vazgeçilebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar. Şikayetten her aşamada vazgeçilebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar. Şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesi veya cezanın ortadan kaldırılması halinde, müdahil ve sanık veya hükümlü, yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.”

Bu hükümde şikayet hakkı olanların kimler olduğu belirtilmiştir. Madde metni açık, ancak şikayet hakkı olanlar arasına sayılan “68. maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri”nin çok açık olmadığını düşünüyoruz. Bir kere 68. maddede inhisari ve inhisari olmayan lisans hakkı sahiplerinin dava hakları düzenlenmektedir.²³ Halen KHK

²³ Lisans sahibinin dava açması ve şartları

MADDE 68- (1) Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisans sahibi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi halinde, marka sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari olmayan lisans sahibinin dava açma hakları yoktur.

de bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen Yargıtay'ın inhisari olmayan lisans hakkı sahiplerine bu hakkı vermediğini görmekteyiz.²⁴ Bunun adaletli olmadığını bir yazımızda belirtmiştik.²⁵ Bu ilavenin yazılmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

Şikayetten vazgeçme ile ilgili düzenlemenin isabetli olduğun belirtmekle beraber, yukarıda belirttiğimiz gibi çok ağır cezai yaptırımlar

(2) Birinci fıkra hükümlerine göre marka hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir. Marka sahibinin, bu talebi kabul etmesi veya bildirim alıldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davayı açmaması halinde, lisans sahibi yaptığı bildirimde ekleyerek kendi adına dava açabilir ve açılan dava marka sahibine ihbar olunur.

(3) Lisans sahibi ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ise, ikinci fıkrada belirtilen sürenin bitiminden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. İhtiyati tedbir kararı alınmasından sonra dava açılması hakkında 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesi hükümü uygulanır.

(4) Üçüncü bir kişi tarafından marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, lisans sahipleri, tecavüz nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi amacıyla, marka sahibinin açacağı davaya katılmaya yetkilidir.

²⁴ "Müdahil vekilince mahkemeye sunulan Tokai Seike firması ile Azmsebat Çakmak Sanayi Anonim Şirketi arasındaki sözleşmenin şikayet ve dava açma hakkı tanıyan inhisari nitelikte bir lisans sözleşmesi olmadığı cihetle, 556 sayılı KHK'nin 21. madesindeki şartların gerçekleşmediği araştırılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi (Yargıtay 7. Ceza Dairesi 15.4.2004/7055-5210)

²⁵ Tescilli olan bir markanın kullanım hakkı yapılan bir lisans sözleşmesi ile bir başkasına devredilebilir.

Lisans sözleşmeleri inhisari olan ve inhisari olmayan şekilde yapılabilmektedir.

İnhisari lisans sözleşmesi; lisans veren, lisans hakkını bir başka kişinin inhisarına bırakmasıdır. Bu lisans türünde lisans veren başkasına markayı kullanma hakkını veremeyeceği gibi açıkça saklı tutmadıkça kendisi dahi markayı kullanamaz.

İnhisari olmayan lisansla ise lisans veren markayı kullanım hakkını üçüncü kişinin inhisarına bırakmadan adına tescilli markayı kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de kullandırmaya devam edebilir. KHK'nin 21/6. maddesi inhisari olmayan lisanslarda lisans alanların dava açma haklarının olmadığını belirtmekte ve bunun için yapılması gerekenleri maddenin devam eden fıkralarında göstermektedir.

KHK'in bu düzenlemesi hukuk davaları içindir. Suç oluşturan bir fiilden dolayı zarar gören herkes şikayette bulunabilir. Bu ilke evrensel bir ilke olup hem yürürlükteki ceza mevzuatımızda hem de 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza sistemimizde bu şekilde düzenlenmiştir. Yani suçtan zara gören marka kullanıcı ister inhisari isterse inhisari olmayan lisansla kullanmış olsun suç oluşturan fiilleri her zaman şikayet edebilir ve suçtan zarar gördüğü de açıktır. (Mustafa Albayrak, Ceza Genel Kurulu'nun Marka İhlali ile ilgili Kararının Sınai hakların Yasalaşma Çalışmalarına Etkileri, *LEGAL Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, yıl 2, sayı 6)

karşısında müştekinin elinin kuvvetlendirilerek çok yüksek meblağların ileri sürülerek şikayetden vazgeçme pazarlıkları yapılacaktır. Kaldı ki bu suçlar nedeniyle hak sahiplerinin zararları hiçbir zaman tam olarak tespit edilememektedir. Bunun yanında mahkeme masraflarının müteselsilen alınması yerine sanıktan veya hükümlüden tahsilinin daha mantıklı bir çözüm yolu olduğunu düşünmekteyiz.

8. maddenin 10. fıkrasındaki düzenlemenin yerinde ve bizimde öteden beri savunduğumuz görüşlere uygun olduğunu²⁶ belirtmekle beraber ürünlerin tekrar pazara girmesini engelleyecek tedbirlerin alınmasından sonra bu şekilde bir karar verilmesinin yerinde olacak olduğunu düşünmekteyiz. Gerekçede yazılan bu açıklamanın fıkra metnine yazılmasının daha isabetli olacak olduğunu düşünmekteyiz.

III. Sonuç

Tüm bu açıklamalar ışığında baktığımızda yeni Markalar Kanunu tasarisının halen yürürlükte bulunan 556 Sayılı KHK'nin ortaya çıkardığı birçok soruna çözüm getirmektedir. Bununla beraber yukarıda belirttiğimiz ve her fırsatta dile getirdiğimiz kötü niyetli kişilerin²⁷ önünü kesecek bir düzenlemenin yapılmadığını da söyleyebiliriz.

²⁶ Mustafa Albayrak, Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, (FMR) Yıl 3 sayı 2. Ankara 2002

²⁷ Yukarıda adı geçen, "Yargının koruması altında hakkın kötüye kullanılmasına devam edilmekte ve birkaç ayda binlerce lira (Milyarlar) haksız kazanç elde edilmektedir." aşıklı kısım.

SANAL ORTAMDA TELİF HAKLARINA UYGULANACAK HUKUK

Nazlı TÖRE

I. SANAL ORTAM VE TELİF HAKLARI

A. SANAL ORTAMIN TANIMI VE NİTELİĞİ

Günümüzde, Amerika dışındaki ülkelerde henüz sanal ortamın (Internet) hukuki bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, sanal ortam (Internet) denildiği vakit, en geniş anlamı ile, milyonlarca bilgisayarın on-line hizmet sunucular gibi çeşitli vasıtalarla birbirine bağlandığı elektronik bir ortam anlaşılır.¹ Bu ortamda kişiler, fiziksel yakınlık ve temas olmaksızın iletişim kurabilmekte ve bilgi alışverişinde bulunabilmektedir.

Sanal ortam, aslında, dünya bilgi ağlarının tamamı değildir ve fakat dünya çapında çok sayıda bilgisayara ve bilgisayar ağlarına bağlantı kurabilen ve bunu dünya çapında kabul edilen bilgi ağları protokolüne (TCP/IP)² bağlı olarak, özel bir ağ mimarının tanınması vasıtasıyla gerçekleştirerek bilgiye erişim sağlayan bir bilgi ağıdır.³

Sanal ortamı (Internet) “siberuzay” olarak da adlandırmak mümkündür.⁴

¹ Akipek, Ş./ Dardağan, E., “Sanal Ortamda Telif Hakları”, *BATİDER*, c. 21, Ankara, 2001-2002, s. 47.

² Transmission Control Protocol/ Internet Protocol.

³ Kaplan, Y., “İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, Ankara, 2004, s. 33.

⁴ “Bu terim ilk olarak, 1980’lerin başında William Gibson tarafından yazılan ve bir bilim kurgu romanı olan “Neuromancer” isimli eserde kullanılmıştır. Burada siberuzay, fiziksel bir ortam olarak görünen ve hissedilen, ama aslında, soyut veriyi temsil eden bilgisayar temelli,

Siberuzayda, insanlar arasında fiziksel yakınlık ve temas gerektirmeyen iletişim ve bilgi alışverişi bilgisayar ağları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Esasen, siberuzay, bu iletişimi ve bilgi alışverişini sağlayan birden fazla bilgisayar ağından oluşmaktadır. Söz konusu ağlardan her biri, münferiden birbirinden farklı çok sayıda hükümet, üniversite ve ticari Internet hizmeti sunucusu tarafından finanse edilmekte ve yönetilmektedir. Bir kullanıcı, Internete erişim için, her şeyden önce bir Internet hizmeti sunucusuna bağlanmak zorundadır. Internet hizmeti sunucusu, kullanıcıya bölgesel ağlar (regional networks) üzerinden yahut yüksek kapasiteli ağlar (high capacity networks-backbones) üzerinden Internet'e erişim sağlar.⁵

Bugün için, bir bilgisayar ağı olan Internet'in fiziki sınırlarını tespit etmek mümkün değildir. Zira kullanıcılar, Internet hizmet sunucularının erişimini sağladığı ağlar üzerinden tüm dünyayla iletişim kurabilmektedir. Internet'e giren her bilgisayarın bir "Internet Protokol" (IP) numarası vardır. Bu IP numaraları bilgisayarın kimliği niteliğinde olup, hangi bilgisayarla Internet'e girildiğinin tespit edilmesini kolaylaştırır. Internet erişiminin sağlanması, verileri depolama kapasitesine sahip ve birbirleriyle bağlantı halinde bulunan binlerce sanal depo (host provider) tarafından temin edilmektedir. İşte, bu sebeple, Internet'in merkezi bir yönetiminin veya sahibinin bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.⁶ Internet, ilk olarak, ileride meydana gelebilecek (müstakbel) bir felakete karşı, askeri bilgi, belgelerin yok olmaması ve askeri haberleşmenin sağlanması fikrinden yola çıkılarak geliştirilmiştir.⁷ Internet, 1969 yılında, ABD'de Amerikan hükümetinin yetkisi ve desteği sonucunda, ARPA⁸ tarafından askeri amaçlarla ve üniversitelerde kullanılmak üzere kurulmuştur.⁹ Ticari on-line hizmet sunucular da bunun tüm dünya için erişimini hızlandırmıştır. Bugün için, dünya üzerinde bir milyardan fazla insanın Internet kullanıcısı olduğu tahmin edilmektedir.¹⁰

sanal bir ortam olarak tanımlanmıştır. Bu ortam genel anlamda bilgisayar ağının oluşturduğu bir iletişim evrenini içermektedir." Akipek/Dardağan, a. g. e., s. 48.

⁵ Zizic, B., "Copyright Infringement Occuring Over The Internet: Choice of Law Considerations" (Yüksek Lisans Tezi), Ocak, 2000, s. 97-98.

⁶ Kaplan, a. g. e., s. 44

⁷ Zizic, a. g. e., s. 98.

⁸ Advanced Research Project Agency.

⁹ Akipek/Dardağan, a. g. e., s. 49; Kaplan, a. g. e., s. 33.

¹⁰ Zizic, a. g. e., s. 98.

İnternet, diğer telekomünikasyon araçlarından çok daha hızlı bir şekilde bütün dünyaya yayılmıştır. Sayısal bir veriyle açıklamak gerekirse; radyonun elli milyon kişiye ulaşması 38 yıl, televizyonunki 13 yıl sürmesine karşılık; İnternet'in, bu rakama ulaşması sadece 4 yıl içinde gerçekleşmiştir. Böylesine yaygın bir kullanıma sahip İnternet'in ekonomik, sosyal ve hukuki boyutlarının ortaya çıkması da kaçınılmaz olmaktadır.¹¹

B. SANAL ORTAMDA TELİF HAKLARI

İnternet, bir yandan, kişilerin birbirleriyle ve dünya ile olan mesafesini ortadan kaldırıp, iletişimin daha hızlı, kolay ve ucuz olmasını sağlarken, beri yandan, belki de bunun tabii bir sonucu olarak uluslararası nitelikteki telif hakları uyuşmazlıklarının artmasına vesile olmuştur. Zira, telif haklarının konusunu oluşturan resim ve metinler İnternet yoluyla, yalnızca birkaç saniye içerisinde tüm dünyanın erişimine hazır hale getirilebilmektedir. Bu sebeple, İnternet yoluyla yapılan telif hakları ihlalleri, dünyanın birden fazla noktasında aynı anda meydana gelebilmektedir.¹²

Bu noktada, İnternet'in telif hakları üzerindeki etkisi konusunda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, İnternet ortamında telif hakları ile korunmuş eserlerin kopyalanması ve yayılması konusunda getirilen alternatifler, böyle bir tartışmayı başından anlamsızlaştırmaktadır. Diğer bir görüşe göre, telif hakları, insanları bilişim toplumuna götüren yolun üzerindeki bir engeldir.¹³ Diğer bazı görüşler, telif haklarını bütünüyle demode bulmaktadır. Sözgelimi; Barlow gibi bazı medya teorisyenleri tarafından, ABD'de yeni medya iletişim araçlarına ilişkin olarak, telif hakları konusunda esaslı yeni

¹¹ Arıkan, A. S., "İnternetin Fikri Haklar Üzerindeki Etkisi", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 21-22 Mayıs 2001, s. 89; Özel, S., "Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması", Ankara, 2004, s. 147; Kaplan, a. g. e., s. 42.

¹² Driscoll, J. M., "It's a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway" U. Pa. J. Int'l Econ. L. <www.heinonline.org> 1999, s. 956.

¹³ Wittgenstein, P., "Über die negativen Auswirkungen einer Verstärkung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet", UFITA 2000, s. 39 vd.; Kaplan, a. g. e., s. 61.

düzenlemeler yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılmaktadır. Bu tartışmalardaki baskın görüş, telif haklarının, düşüncenin ve bilimsel araştırmaların serbest dolaşımı önündeki bir engel olduğu yönündedir. Yine, telif haklarının, telif haklarının korumasına giren eserlerin çoğalmasını teşvik edici fonksiyonunun işlediğine dair tereddütler de bulunmaktadır.¹⁴ Buna karşılık; diğer bir görüşe göre, İnternette telif haklarının korunması mutlaka öncelikli olarak göz önünde tutulmalıdır. Zira, uygun bir hukuki koruma olmadıktan sonra, eser sahiplerini, eserlerini İnternet ortamında yayımlamaya teşvik edecek başka bir makul vesile bulunmamaktadır.¹⁵

Kanımızca, bu görüşler arasındaki belirgin farklılık, “uluslararası toplumun bilgi edinme hakkı” ile “eser sahibinin hakları” arasında süregelen menfaat çatışmasından kaynaklanmaktadır.

Şayet, son görüşü yani telif haklarının İnternette korunması gerektiği yönündeki görüşe katılacak olursak –ki belli ölçüde katılıyoruz- bu sefer de karşımıza hangi fiillerin telif haklarını ihlal ettiği, hangilerinin telif haklarını ihlal etmediği sorusu çıkar. Bu anlamda, bir eserin sahibinin izni olmaksızın bilgisayar hafızasına alınarak kamuya açılması, bir web sitesi aracılığıyla yaygın biçimde kamuya sunulması, derleme bir eser olarak nitelendirilen bir web sitesinin kopyalanarak başka bir web sitesine aktarılmasının birer telif hakkı ihlali olduğu genel kabul görmüştür. Teknik açıdan; eser sahibinin izni alınmaksızın web sitesine dahil edilen eserin bir kullanıcı tarafından bilgisayara kaydedilmesi, yazar ile eserin çıktısının alınması, hatta İnternette “surf” yapılırken, eserin izinsiz olarak kamuya sunulduğu web sitesine girilmesi ve söz konusu eserin geçici olarak bilgisayar ekranında görüntülenmesi dahi ihlal olarak nitelendirilebilir.¹⁶

Gerçek bir örnekle açıklamak gerekirse; bilindiği gibi, Fransız eski Devlet Başkanı François Mitterand Ocak 1996’da öldü. Ancak, Mitterand’ın ölümünden yalnızca birkaç gün geçtikten sonra şahsi doktoru “*Le Grand Secret*” (Büyük Sır) adını taşıyan bir hatırat yayımladı. doktor, burada Mitterand’ın başkanlığa seçildiği ilk yıllarda kanse-

¹⁴ Bu konuda bkz. Kaplan, *a. g. e.*, s. 62.

¹⁵ Röhm, A./wilop K., “Urheberrechtlicher Schutz im Internet”, DuD 1998, s. 251; Kaplan, *a. g. e.*, s. 62.

¹⁶ Akipek, Ş./ Dardağan E., “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, *AÜHFHD*, c. 50, S.3, Ankara, 2001, s. 120.

re yakalandığını ve başkanlığının ikinci döneminin son zamanlarında başkanlık görevlerini dahi yerine getiremeyecek kadar hasta olduğunu açıklamıştı. Böyle bir kitabın yayımlanmasını Mitterand'ın ailesi büyük bir öfkeyle karşıladı ve Fransız hukukuna göre, eski başkanın özel hayatının gizliliğine ilişkin ölüm sonrası haklarına (post mortem rights) dayanarak bir dava açtı. Davanın sonunda, mahkeme Mitterand ailesini haklı görerek, kitabın yayımının durdurulmasına karar verdi. Bu kararın ardından söz konusu kitap vakit geçirilmeksizin piyasadan toplatıldı.

Ancak, bütün kopyalar kitapçıların raflarından indirilmeden önce Fransa'da taşrada bulunan bir Internet kafenin işletmecisi, hatıratın bilgisayara aktarılmış (scan edilmiş) 190 sayfalık bir kopyasını elde etti ve bunu bir Internet sitesine yolladı. Bu olay, kuşkusuz Internet'in Fransa'daki en büyük reklamı oldu. Zira, otuz binden fazla insan aynı anda siteye hücum etti ve bu durum doğu Fransa'da telefon servisinin çökmesine neden oldu. Mitterand ailesinin ağır tehditlerine maruz kalan işletmeci, eğer bu tehditler devam ederse, rahatlıkla hatıratın metnini Fransa'daki sunucudan çıkartarak Birleşik Devletler' deki bir web sitesine yollayabileceğini bildirdi.

Bu olayda asıl telif hakkı sahibi olan ve dolayısıyla telif hakkı ihlal edilen, hatıratın yazarı doktor ile yayıncının hiçbir müdahalesi olmadı. Onlar sessizce köşelerine çekildiler. Aslında işletmecinin fiili en çok onların hakkını ihlal etmişti. Doktor ile yayıncının bu ihlale mani olmamasının temel nedeni telif hukuku değil ve fakat bizatihi içinde buldukları politik durumdu. Onlar, zaten kitabın toplatılmasına karşı çıkararak bir anlamda haklarını korumaya çalışmışlardı. Burada en kârlı çıkan Internet kafe işletmecisi oldu. Zira, işletmeci, telif haklarını önemsemeyerek ihlal ettiği gibi; Mitterand ailesinin sansüründen de kurtulmuş oldu.¹⁷

Bir an için işletmecinin dediğini yaptığını ve Fransa'da piyasadan toplatılmasına karar verilen kitabın bilgisayara aktarılmış bir kopyasını Birleşik Devletler' deki bir web sitesine göndermiş olduğunu ve bunun da dünyanın dört bir yanındaki kullanıcılar tarafından indirildiğini varsayalım. Böyle bir durumda telif hakları ihlalinden kimi sorumlu

¹⁷ Ginsburg, J. C., "Copyrights Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace," Cardozo Arts&Ent.L.J., <www.hei-nonline.org>, 1997, s. 153-154.

tutabiliriz? Kitabı Internet'e aktaran kişi mi, kendisine ulaşan kopyayı bir web sitesine yollayan kişi mi, bunu kullanan web sitesi mi, yoksa nihai kullanıcılar mı sorumlu olacaktır? Bu soruya cevap vermek bir hayli güçtür. Ama herhalde bu kişilerin hep birlikte bir telif hakları ihlali gerçekleştirmiş oldukları düşünüldüğünde, bunların müteselsilen sorumluluğunun gündeme gelmesi en mantıklısıdır. Yine de bunların içinde, telif hakları ihlalinde en az sorumlu tutulması gereken nihai kullanıcılarıdır.

Çünkü, nihai kullanıcılar bir iki tuşa basarak gerçekleştirdikleri olağan Internet işlemlerinin aslında birer telif hakları ihlali olduğundan çoğu zaman haberdar değillerdir.¹⁸ Dolayısıyla, fiillerinin sonucunu öngörme yetisini haiz değillerdir. İngiliz ve Amerikan mahkemele-ri önlerine gelen bu tür uyuşmazlıklarda, aynı mülahazalarla aslında eser sahibi ile karşı karşıya gelen tarafın kullanıcılar olmadığını; bilakis, sanal ortama erişimi mümkün kılan hizmet sunucuları olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁹

Bu durumda, yukarıdaki kurgusal *Mittérand* davası bir Amerikan mahkemesinin önüne gelmiş olsaydı, Fransa'da yasaklanmış bulunan ve eski Başkanlardan François *Mittérand*'ın hayatını konu edinen "*Le Grand Secret*" adlı eserin bir Amerikan web sitesinde yayımlanarak, söz konusu eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilmesine ilişkin olarak, mahkeme, bu siteye girip, eseri indiren (download eden) kullanıcıları sorumlu tutmayacaktı; aksine, bu eseri söz konusu eseri web sitesine yükleyenlerin (upload eden) sorumluluğuna gidecekti. Zaten, coğrafi olarak buldukları yerin tespiti bir hayli güç olan çok sayıdaki kullanıcının sorumluluğuna gitmek de mantık dışı bir davranış olacaktır.

Sonuç olarak; fikir ve sanat eserlerinden sanal ortamda yararlanılması düzenleyen kuralların meydana getirilmesi ve yorumlanmasında dikkat edilecek husus; Internetteki tüm aktörlerin bu anlamda; içerik sağlayıcı eser sahiplerinin, hizmet sağlayıcı girişimcilerin ve nihai kullanıcıların karşılıklı olarak menfaatlerinin düzenlenmesi zaruretidir.²⁰

¹⁸ Zizic, a. g. e., s. 99.

¹⁹ Akipek/Dardağan, a. g. e., *AÜHFD*, s. 120.

²⁰ Akipek/Dardağan, a. g. e., *AÜHFD*, s. 121.

II. SANAL ORTAMDA TELİF HAKLARINA UYGULANACAK HUKUK

Günümüzde teknolojik gelişmeler ve İnternet kullanımının yaygınlaşması, insanlar arasındaki sınırları ortadan kaldırmış ve bilgiye erişimi oldukça kolaylaştırmıştır. Bunun sonucu olarak İnternette yaşanan hareketlilik ve hızlı bilgi akışı, bu alanın hukuki açıdan düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Hukuki açıdan düzenlenmesi gereken alanların en başında, hiç kuşkusuz, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar gelmektedir. Zira, günümüzde bir fikir ve sanat eseri bilgisayar ağları vasıtasıyla dünyanın bir çok yerindeki kullanıcılara, yalnızca bir iki saniye içerisinde ulaşabilmektedir. İşte; bu eylemlerin bir ihlal teşkil edip etmediğini, ihlal teşkil ediyorsa bunların yaptırımının ne olacağını, bu yaptırımın kimlere uygulanacağını çok iyi analiz etmek gerekir. Bunun için de, her şeyden önce bu eylemlere uygulanacak hukuku tespit etmek gerekir.²¹

Bilindiği üzere, dünya çapında birbirinden farklı çok sayıda fikri mülkiyet hukuku sistemi mevcuttur. Bu nedenle, İnternet yoluyla gerçekleştirilen fikri hak ihlallerine (bunların tespiti ve bunlara uygulanacak yaptırımlar hususunda) bunlardan hangisinin uygulanacağı önemli bir sorundur. Bu konu her şeyden evvel “Devletler Özel Hukukunun ve Kanunlar İhtilafının” yetki alanına girer. Hangi devletler özel hukuku sisteminin uygulanacağına da, uluslararası yetkili mahkeme karar verecektir. Bu durumda uygulanacak hukukun tayininde, evvel emirde yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekir.²² Yetkili mahkemenin tayini konumuzun sınırlarını aştığından, yetkili mahkemenin tayinine burada değinmiyoruz.

A. ÜLKESELLİK İLKESİ EVRENSELLİK İLKESİNE KARŞI

“Ülkesellik İlkesi” farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelerde farklı anlamlara gelebildiği gibi, aynı hukuk sistemi içerisindeki farklı branşlarda da farklı anlamlara gelebilmektedir.

Uluslararası fikri mülkiyet hukukunda, ülkesellik ilkesi, fikri mül-

²¹ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 121-122. Aynı yönde: Tydniouk, A., “From Itar-Tass to Films by Jove: The Conflicts of Laws Revolution in International Copyright”, *Brook. J. Int’l L.* <www.heinonline.org>, 2003-2004, s. 899.

²² Kaplan, *a. g. e.*, s. 167.

kiyete konu olan bir eserin belirli bir coğrafi bölgeye lokalizasyonunu sağlamak amacı doğrultusunda kullanılan bir araçtır. Bu anlamda, ülkesellik ilkesi, söz konusu eserin, kendisi için “*korumanın talep edildiği yer*”e (lex loci protectionis) bağlanmasını ifade eder.²³ Ülkesellik ilkesi uyarınca, her devlet fikri mülkiyete konu olan eseri sadece kendi ülkesinin sınırları içinde korur, ülkesi içinde meydana gelen ihlallerde, tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin, ülkesindeki hukuk yollarını kullanmasına olanak sağlar.²⁴

Ülkesellik ilkesinin karşıtı: “*Evrensellik İlkesi*”dir. Evrensellik ilkesi, fikri mülkiyete konu olan bir eserin “*menşe yeri*”ne (lex loci originis) yerleştirilmesi ifade eder. Menşe yerini belirleyen başlıca kıstaslar, eser sahibinin uyrukluğu ve eserin yayımlandığı ülke’dir.²⁵

Uluslararası alanda fikri hakların korunması bağlamında ülkeselliğin kabul edilmesi, fikri hakların etki alanının sınırlandırılması anlamını taşır. Bu açıdan somut olayda ilgili sübjektif fikri haklar, sadece bu hakların ülkesellik esasına dayalı olarak etki ve sonuç doğurabileceğini yasal olarak kabul eden ülkelerde ileri sürülebilir. Tersine, evrensellik ilkesini kabul eden ülkelerde, ülkesellik esasına göre yapılan talepler kabul görmeyecektir. Evrensellik ilkesi mucibince, bir eser, kaynaklandığı ülke tarafından fikri mülkiyet kapsamında kendisine bahşedilen korumadan, diğer ülkelerde de aynı şekilde yararlanabilecektir. Dolayısıyla, fikri hakları belirli bir ülkenin hukuk sistemi içerisinde elde eden hak sahibi, söz konusu hakların kapsam ve niteliğine paralel bir korumayı dünyanın her yerinde talep etme hakkına sahip olacaktır.²⁶

Konumuza dönecek olursak, günümüzde, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukuku tayin ederken yetkili mahkemelerin, geleneksel olarak, ülkesellik ilkesinin yansıması olan “*koruma yeri*” bağlama kuralından yararlandığı görülmektedir. Ancak, bu durum, Internet’in fiziksel olarak tespitinin güçlüğü mülahazasıyla eleştiriye açıktır. Dolayısıyla ülkesellik ilkesinin bir ifadesi olan koru-

²³ Kaplan, a. g. e., s. 172.

²⁴ Tekinalp, Ü., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, 2005, s. 47.

²⁵ Dardağan, E., *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, 1. Baskı, Ankara, 2000, s. 110.

²⁶ Kaplan, a. g. e., s. 172.

ma yeri hukukunun sanal ortamda gerçekleşen telif hakları ihlallerine tatbiki bir hayli güçleşecektir.

Ülkesellik ilkesinin haklılığını savunan müelliflerden biri olan Ryan Yagura, genel kanının aksine Internetin fiziksel bir mahale yerleştirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu durum mahkemelere ülkesellik prensibi çerçevesinde karar verme imkanını tanımaktadır. Bu yazar, Interneti, telefon sistemine benzetmektedir. Bu anlamda, Internetin tıpkı bir telefon sistemi gibi, kişiler arası iletişimi sağlayıcı hatları ve tüm dünyayı birbirine bağlayan bilgisayar aksamı vardır. Web siteleri, belki Internet üzerinde yerleştirilemez ve fakat pekâlâ somut bilgi depolama araçları üzerine yerleştirilebilir. Bunun dışında kullanıcıların Internete bağlandıkları ve başkalarıyla iletişim kurdukları fiziksel bir yer mutlaka olacaktır. Internet en basit şekilde, teknolojik olarak geliştirilmiş iletişim ağlarının toplamıdır. Bu nedenle, mahkemeler Internet ile ilgili hukuki analiz yaparken, Interneti öteki kitle iletişim araçlarından daha farklı olarak değerlendirmemelidirler.²⁷

Kanaatimizce, bugünün şartlarında, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde ülkesellik ilkesine sığınmak kabul edilebilir bir durum değildir. Zira Internetin gelişimi, telif hakları konusunda geleneksel ülkesellik ilkesinin uygulanabilirliğini bertaraf etmiştir.²⁸ Bunun altında yatan temel neden, Internetin aynı anda, dünyanın değişik noktalarında bulunan kullanıcılara erişiminin mümkün olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında dünyanın birçok yerinde aynı eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda, kabul etmek gerekir ki, ülkesellik ilkesinin katı bir biçimde uygulanması mümkün olamayacaktır.

B. UYGULANACAK HUKUK PROBLEMİ

Jane Ginsburg'un da haklı olarak belirttiği gibi, "Çok sayıdaki ulusal telif hakları rejiminin yerine tek bir uluslararası telif hakları sistemi-

²⁷ Yagura, R.: "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?" (1998) 38 IDEA; J.L.& Tech. 301 at 1; Zizic, a. g. e., s. 101.

²⁸ Geller; P. E., "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World " in 4 Information Law Series, The Future of Copyright In A Digital Environment 27,28 (P. Bernt Hugenholtz ed.,1996); Tydniouk, a. g. e., s. 899, dn..7

nin varlığı arzu edilmektedir.”²⁹ Bu düşünce günümüzde, maalesef bir ütopyadır. Bu sebeple, İnternet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine, dünya üzerinde mevcut pek çok hukuk sisteminin hangisinin tatbik edileceği probleminin öncelikle halledilmesi gerekir. Bu açıdan Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. paragrafı dikkat çekicidir. Anılan hükümde, “Sonuç olarak, bu sözleşme hükümleri haricinde, korumanın kapsamının ve eser sahibinin haklarının korunması için başvurduğu yolların münhasıran korumanın talep edildiği ülkenin hukuku tarafından idare edileceği...” bildirilmektedir.

Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. paragrafı müphem olarak, bir bağlama kuralı öngörmüştür. Buna göre, bu Sözleşme kapsamına giren eserlere, bunlar için korumanın talep edildiği yer hukuku uygulanacaktır. Ancak doktrinde “korumanın talep edildiği yer”in neresi olduğu ve dolayısıyla hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı konusunda birlik yoktur. Bu konuda çok çeşitli görüşler mevcuttur.³⁰

1. FORUM HUKUKU

Bir görüşe göre; korumanın talep edildiği yerden anlaşılması gereken, davaya bakan mahkemenin bulunduğu yerdir. Bu açıdan; koruma yeri hukuku davaya bakan mahkemenin hukuku olarak somutlaşacaktır. Bu görüşün savunucularından Parant'a göre, milletlerarası unsurlu telif hakları taleplerine daima talebin yapıldığı mahkemenin hukuku uygulanır. Bu çözüm tarzı belki de Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ifadesini bulan koruma yeri hukukunun en gerçekçi yorumu olacaktır.³¹ Öte yandan, davaya bakan hakimin kendi hukukunu yabancı hukuklara nazaran daha iyi tanıyıp, daha adil biçimde uygulayacağı düşüncesi, mahkemenin hukukunun tatbikini haklı kılan bir nedendir. Ayrıca telif haklarının ihlali medeni hukuk yaptırımları kadar ceza hukuku yaptırımlarını da kimi zaman gerektirebilmektedir. Bu durum, lex fori' ye bağlanma lehinde sayılabilecek başka bir husustur. Son olarak, bir çok olayda, ihlalin meydana geldiği ülkede dava

²⁹ Ginsburg, J. C., “Global Use/ Territorial Rights: Private International Law Question of the Global Information Infrastructure”, J. Copyright Soc'y U.S.A., 1995, 318 at 3; Zizic, a. g. e., s. 106.

³⁰ Zizic, a. g. e., s. 107.

³¹ Parant, V. L., “Thwarting Internet Pirates in Intellectual Property Havens”, 15-Fall Ent.&Sports Law, 1997, 20 at 2; Zizic, a. g. e., s. 107.

açıldığından, ihlalin meydana geldiği yer ile (*lex loci delicti commissi*) ile hakimın hukuku (*lex fori*) iç içe geçmektedir.³²

Forum hukukunun uygulanmasını idare eden bir bağlama kuralı, aynı zamanda Internet yoluyla gerçekleştirilen telif hakları ihlallerine bakacak uygun mahkemenin neresi olduğu sorusuna da kendiliğinden cevap vermektedir. Geleneksel yetki kriteri uyarınca davalının mahkemenin kişisel yargılama yetkisi altında bulunmalıdır. Bu bakış açısına göre, Ginsburg'un da vurguladığı gibi, mahkemenin yetkisi, uygulanacak hukuka ilişkin mülahazalardan tamamen bağımsız olacaktır.³³

Bununla birlikte, forum hukukunun uygulanmasını sağlayan bir bağlama kuralı, en uygun hukuka sahip mahkemede dava açmak isteyen davacıların forum shopping yapma ihtimalini kuvvetlendirir. Benzer şekilde davalının da söz konusu bağlama kuralını manipüle edip, herkesten önce yetkili mahkemeyi ve dolayısıyla uygulanacak hukuku seçebilme imkanı olacaktır.³⁴

2. İHLALİN GERÇEKLEŞTİĞİ YER HUKUKU -LEX LOCI DELICTI COMMISSİ

a. GENEL OLARAK

Her şeyden önce “*korumanın talep edildiği yer*” formülünün değişik yorumlara açık olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim bazı müellifler³⁵ Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. paragrafının forum ülkesini işaret etmediği kanısındadır. Bu müelliflere göre, korumanın talep edildiği yerden anlaşılması gereken, koruma talebinin konusu teşkil eden ihlal fiilinin işlendiği yerdir. Bir başka deyişle, *lex loci delicti commissi*.

Bu yorum çerçevesinde, koruma yeri hukukunun uygulama alanı bulabilmesi için, telif hakları ihlalinin söz konusu ülkede işlenmesine

³² Dardağan, *a. g. e.*, s. 132.

³³ Ginsburg, “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure”, 318 at 11; Zizic, *a. g. e.*, s. 107.

³⁴ Zizic, *a. g. e.*, s. 108.

³⁵ Ginsburg, J. C./Janklow, M. L., “Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks”, WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, 1998.

bağlıdır.³⁶ Bu sebeple, *lex loci delicti comissi* kuralının Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanması bir hayli güçleşecektir. Zira bu kural söz konusu ihlallerde birden fazla ülkeyi gösterdiğinden çoğalmaya elverişlidir. Bu açıdan, ihlalin gerçekleştiği yer bağlama kuralı farklı isimler altında yeniden yorumlanmaktadır. Temel ihlal fiilinin gerçekleştiği yer hukuku, yüklemenin yapıldığı yer hukuku, hatta menşe yeri hukuku gibi, çeşitli yazarlarca yapılan yorumlar, netice itibariyle ihlal fiilinin gerçekleştiği yer hukukunu işaret etmektedir.³⁷

Öte yandan, hiçbir uluslararası konvansiyonda *lex loci delicti comissi*'den ne anlaşılması gerektiği ve bunun nasıl tanımlanabileceği hakkında en ufak bir hüküm yer almamaktadır.³⁸ Buna karşılık, yayın yeri bağlama kuralı, diğer bağlama kurallarına göre biraz daha ön plandadır.

b. YAYIN YERİ HUKUKU

İhlalin '*gerçekleştiği yer*'i, yayının gerçekleştiği yer olarak yorumlamak, her şeyden önce görünürde bir sadeliğin ve göreceli de olsa kesinliğin sağlanması amacına hizmet eder. Bu yorum tarzı, aynı zamanda, mahkemelerin çok uluslu telif hakları ihlali davalarına tek bir hukuku uygulamalarını da kolaylaştırır.

Yayın yeri bağlama kuralının, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanması düşüncesi esas itibariyle, uydu yayınlarının iletilmesi ile Internette veri aktarım sürecinin birbirine olan benzerliğinden hareketle ortaya atılmıştır. Gerçekten, uydu yayınlarında, yayıncı-uydu vericisi-kullanıcı arasındaki ilişki, Internette de, eserini Internet ortamına koymak isteyen eser sahibi-hizmet sunucu-kullanıcı arasında söz konusudur.³⁹

Uydu yayınına uygulanacak hukukun tayininde başlıca iki temel yaklaşımın varlığı söz konusudur: İlk yaklaşım uyarınca, radyo ile yayın hakkı, yayın kuruluşu tarafından programın yapılması, sinyalin uyduya gönderilmesi aşamasında ileri sürülebilir. Bu açıdan, uydu yayınlarından doğan telif hakları ihtilaflarına uygulanacak hukuk, sinyalin gönderildiği ülkenin hukukudur.

³⁶ Dardağan, *a. g. e.*, s. 132.

³⁷ Bu konuda bkz., Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 123, dn. 19,20,21

³⁸ Zizic, *a. g. e.*, s. 109.

³⁹ Kaplan, *a. g. e.*, s. 190.

Diğer yaklaşıma göre ise, uydu vasıtasıyla yayın, sinyallerin uyduya gönderilmesinden sonra yayının alınmasına kadar geçen bütün evreleri kapsar. Netice itibariyle, yayıncı, uydunun etki alanı içindeki bütün ülkelerin hukuklarına riayet etme yükümlülüğü altındadır. Sonuçta, yayının alındığı ülkelerin hukukları, bu yaklaşım uyarınca, kümülatif olarak uygulanacaktır.⁴⁰

Gönderme/yayın teorisi olarak da adlandırılan ilk yaklaşımı, İnternet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uyarladığımızda; ihlal fiilin gerçekleştiği yer, fikir ve sanat eserlerinin ilk kez bir web sitesine yüklendiği ülke olarak tezahür eder.

Bogsch teorisi olarak adlandırılabilir ikinci yaklaşım ise, yayının alındığı bütün ülke hukuklarına yetki tanınması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, ikinci yaklaşım uyarınca, sonuç yeri hukuku uygulanacaktır.⁴¹

Bu yaklaşımlardaki farklılıkların da gösterdiği üzere, yayın yerini *lex loci delicti commissi* olarak kabul etmek, İnternet yoluyla gerçekleştirilen telif hakları ihlallerinde, yayın yerinin neresi olduğu tartışmasını da beraberinde getirir.

i. Fikir Sanat Eserinin Web Sitesine Yüklendiği Yerin Yayın Yeri Olarak Kabulü: Birden Fazla Web Sitesinin Bulunması Durumu

İnternet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerinde, yayın yerinin neresi olduğu tartışmasında, daha önce de ifade edildiği üzere, gönderme/yayın teorisine göre, ihlale maruz kalan eserin web sitesine aktarıldığı ülkenin yayın yeri olarak kabul edilmesi ve bu ülkenin hukukunun uygulanması gerekir.

Ancak İnternet yoluyla kurulan basit bir iletişim bile, dünyanın farklı noktalarında bulunan farklı web siteleri tarafından sağlanmaktadır. Eğer, bu web sitelerinin bulunduğu her bir ülkeyi yayın yeri olarak kabul edersek, (söz konusu ihlale potansiyel olarak uygulanma iddiasını taşıyan) bu ülkelerin sayısı kadar hukukla karşılaşırız. Bu hukukları sayıca sınırlamak ve *"bir fikir-sanat eserinin web sitesine*

⁴⁰ Akipek/Dardağan, *a. g. e., AÜHFD*, s. 123-124.

⁴¹ Akipek/Dardağan, *a. g. e., AÜHFD*, s. 124.

yüklendiği yer” bağlama kuralının çoğalmasının önüne geçmek üzere, söz konusu yayın yerini, eserin belirli bir kopyasının ilk olarak yayınlandığı yere hasretmek uygun bir davranış olacaktır.⁴² Ancak, Geller’ in de haklı olarak belirttiği gibi, telif haklarına konu olan bir fikir ve sanat eseri birden fazla ülkede aynı anda web sitelerine yüklenebilir. Böyle bir durumda, bu ülkelerden hangisi ilk yayın yeri olarak mütalaa edilecektir. Şayet bu ülkelerden her biri ilk yayın yeri olarak kabul edilecekse; bu takdirde önümüzde çözülmesi gereken yeni bir kanunlar ihtilafı problemi oluşacaktır.⁴³

ii. Fikir Sanat Eserinin Web Sitesine Yüklenmeye Başlandığı Yerin Yayın Yeri Olarak Kabulü

Yayın yerinin neresi olduğu tartışmasında, önerilen çözüm yollarından birisi de, söz konusu eserin web sitesine yüklenmeye başlandığı yerin yayın yeri olarak kabulüdür.

Nitekim Internet yoluyla işlenmiş olsun olmasın, uluslararası nitelikli her telif hakları ihlaline kendi hukukunu uygulamak isteyen Amerikan mahkemeleri, Birleşik Devletler’ deki bir web sitesinden telif hakkıyla korunan bir eserin indiren yabancı kullanıcılara da Birleşik Devletler hukukunu tatbik etmek maksadıyla “*root copy theory*” olarak adlandırılan kuralı yeniden yorumlamışlardır.

Root copy theory, esasen, ihlal fiilinin işlenmeye başlandığı yerin hukukunun uluslararası telif hakları ihlallerine uygulanmasından ibarettir.

Ancak root copy theory kuralının yorumlanması ve uygulanması konusunda Amerikan mahkemeleri, özellikle de 2. Bölge Mahkemesi ile 9. Bölge Mahkemesi, arasında ciddi bir farklılık göze çarpmaktadır. 2. Bölge Mahkemesi’nin, özellikle 1930’lu yıllarda verdiği kararlara baktığımızda,⁴⁴ yabancı ülkelerde sonuçlarını meydana getiren telif hakkı ihlallerine dahi kendi hukukunu tatbik ettiğini görüyoruz. Buna

⁴² Zizic, *a. g. e.*, s. 110-111.

⁴³ Geller, P.E., “Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World”, *Colum. B VLA J. L. & Arts.*, 1996, 571 at 12; Zizic, *a. g. e.*, s. 111.

⁴⁴ Özellikle: *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures, Corp.*, 106 F. 2d 45(2d Cir. 1939); *Update Art Inc. V. Modiin Publ’g Ltd.*, 843 F. 2d 67 (2d Cir. 1988)

karşılık; 9. Bölge Mahkemesi, yabancı unsurlu telif hakları ihlallerine kendi hukukunu uygulamakta daha gönülsüz davranmaktadır. Nitekim, 9. Bölge Mahkemesi, son zamanlarda vermiş olduğu Beatles grubunun Yellow Submarine adını taşıyan filminin video kasetleri üzerindeki telif haklarına ilişkin bir kararında,⁴⁵ söz konusu filmin video kasetlerini yurtdışında çoğaltma ve dağıtım haklarını elinde bulunduran Birleşik Devletler vatandaşı davalıya, dava konusu video kasetler Birleşik Devletler’de imal edilmediği ve satılmadığı gerekçesiyle Amerikan hukukunu uygulamayı reddetmiştir.⁴⁶

Netice itibariyle, “*root copy theory*”, yayın yerinin, bir fikir sanat eserinin İnternetteki bir web sitesine yüklendiği yer olarak mütalaa edilmesine dayanak olmuştur. Bu sayede Amerikan mahkemeleri, özellikle de 2. Bölge Mahkemesi, İnternet yoluyla işlensin işlenmesin bütün sınır aşıcı telif hakları ihlallerine kendi ülkelerinde etki doğurduğu gerekçesiyle kendi hukuklarını uygulama imkanına kavuşmuşlardır.

Yayın yerinin, web sitesine yüklenen (upload) yer olarak mütalaa edilmesinin altında yatan bir diğer neden: bu şekilde bir bağlama kuralının çoğalmaya elverişli olmaması ve tek bir hukuku göstererek uygulayıcılara kolaylık sağlamasıdır.

Bununla birlikte söz konusu bağlama kuralı, doktrinde bazı müellifler tarafından eleştirilmektedir. Austin’e göre, telif hakkı ile korunan eserin web sitesine yüklenmeye başlandığı yerin Birleşik Devletler’de bulunduğu durumlarda, Birleşik Devletler yargıcının kendi hukuku yerine bu eserin indirildiği (download) yer hukukunu uygulaması icap etmektedir.⁴⁷ Buna ek olarak, bazı Amerikan mahkemelerinin kendi hukuklarını tatbik etmek maksadıyla *root copy theory*’yi manipüle etmeye çalışmaları da bir hayli eleştiri almıştır. Prof. Janklow’un da haklı olarak belirttiği üzere, Amerikan mahkemeleri, *root copy theory*, başka bir ülkenin hukukunu gösterdiği zamanlarda bu kurala dayanmak hususunda oldukça isteksiz davranmaktadır.⁴⁸

⁴⁵ Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co., 24 F.3d 1088 (9th Cir.1994)

⁴⁶ Ginsburg, J.C., “Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace”, Cardozo Arts& Ent. L.J., <www.hei-nonline.org>, 1953, s. 168-170.

⁴⁷ Bu görüş için bkz., Ibid; Zizic, a. g. e., s. 112.

⁴⁸ Bu görüş için bkz., Ibid; Zizic, a. g. e., s. 112.

iii. Eser Sahibinin Vatandaşı Bulunduğu Ülkenin Yayın Yeri Olarak Kabulü

Bazı müellifler, yayın yeri olarak, eserin yaratım sürecinin gerçekleştirildiği ülkeyi kabul ediyorlar. Bu görüşlerine gerekçe olarak da, bir eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilebilmesi için, o eserin yaratım sürecinin tamamlanmış olması gerektiğini ileri sürüyorlar. Bir başka deyişle, bir eser üzerindeki telif hakkı ihlallerinin başlangıç noktasının, söz konusu eserin yaratım sürecinin tamamlanması noktası olduğu savunuyorlar.⁴⁹

Ancak, bu çeşit bir bağlamda temel zorluk, eser sahibinin eserini yaratım sürecini değişik ülkelerde geçirmesi ihtimalinde yaşanmaktadır. İşte bu noktayı göz ardı etmeyen müellifler, yayın yeri olarak, eser sahibinin vatandaşı bulunduğu ülkeyi kabul ediyorlar. Ancak bu kural da, eser sahipliği ile ihlale yol açan eylemlerin birbirinden farklı şeyler olduğu ve dolayısıyla Internet yoluyla işlenen bir telif hakkı ihlaline eser sahibinin vatandaşı bulunduğu ülkenin hukukunu uygulamanın rasyonel bir davranış olmadığı mülahazasıyla eleştiriye açıktır.⁵⁰

Ayrıca, söz konusu bağlama, bir eserin birden fazla ve faklı uyrukluğa sahip kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda da çoğalmaya elverişli bulunduğundan, çözümden ziyade yeni bir ihtilafın çıkmasına vesile olacaktır.

iv. Yayın Yeri ve Telif Hakları Cenneti

Telif hakları ihlalinde bulunan kimseler, ihlal teşkil eden eylemlerinin ağır sonuçlarından kurtulmak maksadıyla, söz konusu eylemlerini “telif hakları cenneti” olarak adlandırabileceğimiz yerlerde icra edebilmektedir. Bu davranış tarzına, özellikle sanal ortamda işlenen telif hakları ihlallerinde sıklıkla rastlanmaktadır. Zira eğer ihlalin gerçekleştiği yer yayın yeri olarak kabul edilirse ve yayın yeri de ihlale maruz kalan eserin Internete ilk yüklendiği yer olarak kabul edilirse; bu takdirde, ihlali gerçekleştiren kimselerin, bu eylemlerinin sonuçlarını bertaraf etmek için, bir telif hakları cennetinde kendi lehlerine olan mahkemeyi ve hukuku seçmelerinin önü açılacaktır.⁵¹

⁴⁹ Zizic, *a. g. e.*, s. 112.

⁵⁰ Zizic, *a. g. e.*, s. 113.

⁵¹ Zizic, *a. g. e.*, s. 114.

Parant, bu duruma mani olmak için, yayın yeri'nin, eserin İnternete yüklenmesini sağlayan hizmet sunucusunun bulunduğu ülke olarak kabulünü savunmuştur. Bu çözüm yolunun, eser sahibini yeterince koruyamadığı bazı durumlarda, Parant, bu sefer kamu düzeni müdahalesini öngörmüştür⁵²

3. SONUÇ YERİ HUKUKU

Sanal ortamda meydana gelen telif hakları ihlallerine, söz konusu ihlallerin zararlı sonuçlarını meydana getirdiği yerin hukukunun uygulanması, Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. paragrafında ifadesini bulan "koruma yeri hukukunun uygulanması" yönündeki kuralın alternatif bir yorumudur.

Bu bağlama kuralının İnternet ortamında doğurduğu en önemli sorun, zararlı sonuçların meydana geldiği yerin birden fazla olmasıdır. Ayrıca bir fikir-sanat eserinin, ihlale maruz kalacak ölçüde, geçerlilik kazandığı ülkeden başka bir ülkede İnternet ortamına aktarılması ve bundan dünyanın farklı ülkelerindeki kullanıcıların istifade etmesi halinde sonuç yeri hukukunun ne şekilde tayin edileceği önem kazanır. Burada, başka bir ülkede İnternet ortamına aktarma fiilini esas alırsak; sonuç yeri, global olarak, eserin İnternet'e aktarıldığı ülke olacaktır.

Buna karşılık; bu aktarımdan yararlanma fiillerini esas alırsak; sonuç yeri, bireysel olarak, söz konusu yararlanmaların gerçekleştiği ülke(ler) olacaktır.⁵³ Ancak; belirtmek gerekir ki, bireysel yararlanmaların tespit edilmesi ve kanıtlanması hiç de kolay değildir. Buna rağmen, doktrinde, bir fikir sanat eserinin İnternete aktarımı fiilinin değil ve fakat bundan yararlanma fiillerinin sonuç yerinin tespiti bakımından dikkate alındığı görülmektedir.⁵⁴

Bununla birlikte; genel kabule uygun olarak, ihlal teşkil eden yararlanma fiillerinin vuku bulduğu bütün ülke hukuklarının tek bir davada uygulanmasının, for devletinin yetki kurallarının buna müsaade ettiği durumlarda bile, bir karmaşa yaratacağı açıktır. Zira tek bir ihlal davasında, aynı ihlal fiilleri için farklı düzenlemelere sahip farklı hu-

⁵² Parant, *a. g. e.*, 20 at 2.

⁵³ Kaplan, *a. g. e.*, s. 192.

⁵⁴ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 127.

kukların uygulanmasının eşitliğe aykırı, haksız sonuçlara yol açacağı kesindir.⁵⁵

4. ESER SAHİBİNİN MUTAD MESKENİ / İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER HUKUKU

Sanal ortamda telif hakları ihlallerinde, sonuç yerinin tayininde yaşanan güçlük, söz konusu ihlalden zarar gören eser sahibinin mutad meskeni hukuku ile işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını tartışılmaya değer bir hale getirmektedir. Her şeyden önce, Internet yoluyla işlenen telif hakkı ihlalleri eser sahibinin kişilik haklarını rencide etmektedir. Bu sebeple, söz konusu ihlallere eser sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması mantıklıdır... Diğer yandan, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlalleri eser sahibinin mali durumunu etkiler, onu kazanç kaybına uğratar. Bu anlamda, eser sahibinin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması da gündeme gelecektir.⁵⁶

Doktrinde, birçok müellif, bu bağlama kurallarının oldukça basit olduğu konusunda hem fikir olsa da, bunların tatbik kabiliyetinin iki nedenle zayıf olduğunu bildirmektedir. Bu nedenlerden birincisi, bu kurallar eser sahibinin mutad meskeninin veya işyerinin bilinmemesi, sonradan değişmesi yahut tamamen tesadüfi olması durumunda uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla taraflar, söz konusu ihlalle ilgili olarak sorumluluklarının kapsam ve derecesini öngöremeyecektir. İkincisi, eser sahibinin mutad meskeni veya işyerinin, eserin yayınlandığı, ihlalin sonuçlarını doğurduğu yahut forum yeriyle hiçbir ilişkisi mevcut değilse; bu takdirde yine de bu kuralları uygulamak paradoksal olacaktır.⁵⁷

5. FAİLİN MUTAD MESKENİ / İŞYERİNİN BULUNDUĞU YER HUKUKU

İhlal fiilini gerçekleştiren kişinin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer kuralı da, diğer bağlama kurallarının yaratacağı

⁵⁵ Zizic, *a. g. e.*, s. 116.

⁵⁶ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHF*, s. 128; Zizic, *a. g. e.*, s. 116.

⁵⁷ Zizic, *a. g. e.*, s. 116.

adaletsiz sonuçları bertaraf edici alternatif bir bağlama kuralı olarak ileri sürülmüştür. Her şeyden önce, sanal ortamda gerçekleşen telif hakları ihlallerinin fiil yeri hukukuna (yani eserin bilgi ağına konulduğu-upload edildiği-) tabi kılınması, eser sahibi aleyhinde kötüye kullanmalara müsaittir. Bu açıdan, bu ihlallere failin mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanması, dijital ortamdaki muhtemel manipülasyonların, özellikle de eserin kötü niyetli failer tarafından bir fikri haklar cennetinde Internete aktarılmasının, önüne geçecektir. Failin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması, bu anlamda sabit bir bağlama kuralıdır ve daha belirgin bir koruma sağlar. Ayrıca söz konusu bağlama kuralının uygulanması, Internete erişimi sağlayan girişimciler bakımından öngörülebilirlik gibi önemli bir avantaj sağlar.⁵⁸

Belirtmek gerekir ki, hem eser sahibinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukukunun hem de failin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukukunun dünya çapında uygulanması durumunda, ülkesellik ilkesinin bir tezahürü olan koruma yeri hukukunun uygulanması yönündeki genel kabul gören ilkeye ters düşülmüş olunacaktır.

Öte yandan, fikir sanat eserlerinin sanal ortamda kamuya aktarılması her zaman profesyonel girişimciler tarafından gerçekleştirilmeyebilir. Bu açıdan, sanal ortamda, her alıcı aynı zamanda potansiyel bir verici konumunda bulunduğu için, bir bağlama kuralı oluşturulurken failin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yerin belirleyici bir rol oynaması tartışmalı hale gelebilir. Ayrıca, failin profesyonel bir girişimci olması durumunda dahi, ekonomik gücü yüksek bu kişinin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacağı düşünüldüğünde, söz konusu bağlama kuralının tatbiki eseri üzerindeki hakları ihlal edilen eser sahibine adeta ikinci bir darbe niteliğinde olacaktır.⁵⁹

6. DİĞER ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Doktrinde birtakım müellifler, mevcut bağlama kurallarının katı uygulanmasının doğuracağı haksız sonuçları bertaraf etmek üzere tali

⁵⁸ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, 129-130; Kaplan, *a. g. e.*, s. 194-195.

⁵⁹ Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 130.

bağlama kuralları öngörmüşlerdir. Bu müelliflerden Dessemontet, evvel emirde failin mutad mesken hukukunun uygulanmasını, bunun olumsuz sonuçlara neden olması halinde terditli olarak, ihlal fiilinden doğan zararın meydana geldiği yer hukuku, haksız fiilin işlendiği yer hukuku vedavalının mutad meskeni hukukunun uygulanmasını önermiştir. Ginsburg ise, asıl bağlama kuralı olarak, web sitesi operatörünün, sanal ortamda iletimi başlatan kişi veya kuruluşun mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanmasını savunmakta, ancak söz konusu iletimin üçüncü bir devletle daha sıkı ilişkili olması halinde bu devletin hukukunun uygulanmasının daha doğru olacağını düşünmektedir.⁶⁰

7. MEVCUT BAĞLAMA KURALLARINA FARKLI BİR YORUM

Johnson ve Post, haklı olarak mevcut bağlama kurallarının Internet'le ilgili konulara uygulanıp uygulanmayacağı hususunda endişelidirler.⁶¹ Bu endişelerinin temel sebebi, mevcut bağlama kurallarının, genellikle, yersel bağlamayı esas almasıdır. Milletlerarası unsurlu ihtilaflar, söz konusu bağlama kurallarınca yersellik ilkesine uygun olarak, belirli bir konuyu idare etmesi için seçilen hukuka tabi olurlar.⁶² Ancak; Internet sınır tanımadığı için, sanal dünyada fiziki bir yerin tespiti imkansızdır. Bu durumda sanal ortamda işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tespiti önem arz eder. Internetteki iletişimin nakledilmesi söz konusu bulunmadığından devletlerin bunu sınırlarında durdurma imkanı da yoktur. Zira Internet yayını, aynı anda birden fazla ülkede gerçekleştirilmektedir. Ginsburg, bu noktada fiziksel bir coğrafyaya sahip olmayan Internet için ülkesellik ilkesinin rehberliğinde tayin edilen bağlama kurallarının uygulanmasında ısrar edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁶³

Biz de Ginsburg'un görüşüne katılıyor ve sanal ortamda gerçek-

⁶⁰ Bu görüşler için bkz., Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 130-131.

⁶¹ Daha detaylı bilgi için bkz., JOHNSON, D.R./ POST, D.: "Law and Borders the Rise of Law in Cyberspace", *Stan L Rev*, 1996.

⁶² Goldsmith, J. L., "Against Cyberanarchy", *U. Chi.L. Rev*, 1998, 1199 at 1.

⁶³ Ginsburg, J. C., "Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure", *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 1995, 318 at 2.

leşen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde yol gösterici yeni bağlama kurallarının oluşturulmasını gerekli görüyoruz. Bu yeni bağlama kurallarının her şeyden önce sanal ortamdaki tüm aktörlerin menfaatlerini en iyi şekilde dengelemesi gerekmektedir. Bu konu da en iyi çözüm yolu, bize göre, milletlerarası yeknesaklaştırma çalışmalarına hız verilmesidir.

C. YEKNESAKLAŞTIRMA ÇABALARI

Sanal ortamda meydana gelen telif hakları ile ilgili problemleri vesilesiyle ortaya çıkan kanunlar ihtilafı problemlerini kısmen veya tamamen sona erdiren birden fazla seçenek vardır. Bunlar:

- Yeknesak İnternet Hukukunun Teşkili,
- Yeknesak Telif Hukukunun Teşkili,
- Bağlama Kurallarının Yeknesaklaştırılması, olarak sıralanabilir.

1. YEKNESAK İNTERNET HUKUKUNUN TEŞKİLİ

İnternet yoluyla işlenen telif haklarına uygulanacak hukukun tayini esnasında ortaya çıkan kanunlar ihtilafı problemlerinin önüne geçmenin birinci yolu, yeknesak bir İnternet hukukunun yaratılmasıdır. Bu, doktrinde “*lex cyberalty*” olarak ifade edilmektedir.⁶⁴ Kuşkusuz, böyle bir hukukun kapsamı, yalnızca telif hakları ihlalleriyle sınırlı olmayacaktır.

Lex Cyberalty'nin teşkilinde başlıca iki görüş söz konusudur. Bunlardan ilki, İnternet hukukunun yaratımı sürecini mahkemelere bırakmayı önerirken; diğeri, bu hukukun teşkili amacıyla uluslararası bir konvansiyon yapılmasında ısrar etmektedir.⁶⁵

Kanaatimizce, bugün için, yeknesak bir İnternet hukukunun teşkili mümkün değildir. Zira böyle bir hukukun teşkili, ancak, bu konuda geniş katılımın sağlandığı ve genel kabul gören uzun çalışmalar sonucunda gerçekleşebilir. Dolayısıyla, bu seçenek üzerinde fazla durmuyoruz.

⁶⁴ Beall, C. P., “The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet”; J. Marshall J. Computer&Info L., 1997, 361 at 3.

⁶⁵ Zizic, a. g. e., s. 122.

2. YEKNESAK TELİF HUKUKUNUN TEŞKİLİ

Yeknesak bir telif hukukunun teşkili, teorik anlamda, ancak, tüm dünyayı bağlayıcı, uluslararası niteliği haiz yeni bir sözleşmenin veya kodun kabul edilmesiyle mümkün olabilir.⁶⁶ Tüm katılımcılar tarafından kabul edilen bu türden bir sözleşmenin ya da kodun, artık bağlama kurallarıyla ilgili bir hüküm içermesi gerekmez. Zira, bu andan itibaren, ortada Internet yoluyla işlensin yahut işlenmesin tüm telif hakları ihlallerine uygulanacak tek bir kural vardır.

Tam olarak yeknesak telif hukukunun birer örneği olamaları da, kendilerini onaylayan devletlerin hukuklarında telif hakları konusunda aynı/benzer hükümlerin oluşmasını sağlayan Bern Sözleşmesi ile GATT-TRIPS Anlaşması'na, bu noktada kısaca değinmeyi uygun buluyoruz.

Bern Sözleşmesi olarak anılan 9 Eylül 1886 tarihli “*Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme*” bu alandaki ilk düzenlemedir.⁶⁷ Bern Sözleşmesi'ne katılan devletlerin temel amacı aslında git-tikçe büyüyen kitap pazarının baskısı karşısında, kendi yurttaşlarının eserlerinin yurtdışında korunmasını sağlamaktır; yoksa yeknesak bir telif hukuku yaratılması yönünde ortak bir irade mevcut değildi. Bern Sözleşmesi'nin hazırlık aşamasında, Alman delegasyonu ilk kez uluslararası yeknesak bir sistemin oluşturulması fikrini ortaya atmıştır. Ancak, bu fikir, ulusal hukuklarda geri dönüşü olmayan değişikliklerin yapılması anlamına geldiğinden çoğunluk tarafından reddedilmiştir.⁶⁸ Bunun yerine milli işlem (teba muamelesi) ilkesi hükme bağlanmış ve eser sahiplerine bazı alanlarda asgari haklar tanınmasıyla yetinilmiştir.⁶⁹

Bern Sözleşmesi, günümüze gelinceye kadar pek çok revizyona maruz kalmıştır. Fakat her defasında, pragmatik düşünceler baskın çıkmış ve Bern Sözleşmesi ile tam olarak yeknesak bir telif hukuku yaratılamamıştır.

⁶⁶ Geller, P. E., “Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World”, Colum. VLA Journal of Law&the Arts, 1996, at 15.

⁶⁷ Tekinalp, a. g. e., s. 67.

⁶⁸ Dinwoodie, G.B., “A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms”, U. Pa. L. Rev., <www.heinonline.org>, 2000-2001, s. 490.

⁶⁹ Dardağan, a. g. e., s. 27-28.

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması olarak da bilinen GATT-TRIPS Anlaşması ise, GATT' in Uruguay Roundu esnasında müzakere edilmiş ve 1994 yılında imzalanmıştır. GATT-TRIPS Anlaşması, mili işlemi kabul eden ve asgari hak standartları getiren Bern Anlaşması modeli üzerine kurulmuştur.⁷⁰ Bu nedenle, her ne kadar, teknolojik gelişmelerin ışığında yeni düzenlemeler getirmiş olsa da⁷¹ GATT-TRIPS Anlaşması da yeknesak bir telif hukuku yaratmaktan çok uzaktır.

3. BAĞLAMA KURALLARININ YEKNESAKLAŞTIRILMASI

İnternet yoluyla işlensin yahut işlenmesin, tüm telif hakları ihlallerinde uygulanacak yeknesak bir kuralın oluşumundaki güçlük, buna alternatif bir başka seçeneği karşımıza çıkartmaktadır; o da, telif hakları ihlallerine tatbik edilecek bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasıdır.

Özellikle, İnternet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerin uygulanacak bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması maksadıyla uluslararası bir sözleşme akdedilmesi uygun olur. Zira, bu durumda, söz konusu sözleşmeyi kabul eden devletler çok kısa süre içerisinde sözleşme hükümlerini iç hukuklarına dahil etmiş olurlar.

a. BAĞLAMA KURALLARININ YEKNESAKLAŞTIRILMASINA KARŞI GÖRÜŞLER

Telif hakları ihlallerine uygulanacak bağlama kurallarının uluslararası bir sözleşme ile yeknesaklaştırılmasına karşı başlıca iki görüş vardır:

Bu görüşlerden ilki, esasen bu çeşit bir sözleşmenin faydalı olacağına inanmakla birlikte, bu sözleşmede somutlaşan bağlama kuralına itiraz eden devletlere aittir. Kuşkusuz, her ülkenin farklı bir hukuk sistemi vardır. Dolayısıyla görünürde basitmiş gibi duran bu farklılıkların giderilmesi her zaman sanıldığı kadar kolay olmaz. Bu açıdan, uluslararası bir sözleşmede somutlaşan bağlama kuralına itiraz, as-

⁷⁰ Dinwoodie, *a. g. e.*, s. 495-497.

⁷¹ Bu konuda bkz., Akipek/Dardağan, *a. g. e.*, *AÜHFD*, s. 133.

lında söz konusu bağlama kuralının uygunluğuna yapılan itirazdır. Hangi devletin hukuki düzenlemesinin esas alınacağı tartışmasının bir tezahürü olan söz konusu itirazlar bağlama kurallarının uluslararası bir sözleşmeyle yeknesaklaştırılmasını zora sokar.⁷² Uluslararası sözleşmelere, çoğu kez ekonomik olarak üstün olan ülkeler, kendi bakış açılarını empoze etmeye çalışırlar. Bu da sorun yaratır.

Bu basitmiş gibi görünen farklılıklar, hele bir de farklı hukuki teori ve uygulamalar üzerine inşa edildiğinde, özellikle Internet alanındaki düzenlemeler hususunda gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında ciddi uçurumlara yol açar. Sözgelimi, “free rider” olarak adlandırılan gelişmekte olan ülkeler, kendilerine uluslararası bir sözleşme çerçevesinde empoze edilen standartları kabule yanaşmayacaktır.⁷³

İkinci görüş ise, uluslararası bir sözleşme ile telif hakları ihlallerine uygulanacak bağlama kurallarının sabitleştirilmesine, kristalize edilmesine karşı çıkmaktadır. Bu görüşü benimseyenler için söz konusu bağlama kurallarının içeriği bir önem taşımamaktadır. Diğer yandan, uygulanacak bağlama kurallarının sabitleştirilmesiyle, ulusal mahkemelerin bağlama kurallarını manipüle etmesinin önüne geçilmiş olacağı da bir gerçektir.⁷⁴

b. BAĞLAMA KURALLARININ YEKNESAKLAŞTIRILMASININ LEHİNDE OLAN GÖRÜŞLER

i. Bağlama Kuralları Uluslararası Bir Sözleşmeye Konu Edilebilir mi?

Her şeyden önce, böyle bir sözleşmenin “free rider” üçüncü dünya ülkeleri tarafından kabul edilmesini beklemek safdillik olur. Ancak bu tür bir sözleşmeye geniş katılımın sağlanması için şu iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak, seçilen bağlama kuralları üzerinde

⁷² Aoki, K., “Considering Multiple and Overlapping Sovereignties: Liberalism, Libertarianism, National Sovereignty, ‘Global’ Intellectual Property and the Internet”, *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1998, 443 at 8.

⁷³ Bu konuda bkz., Rozek, P., “Protection of Intellectual Property Rights, Research and Development Decisions and Economic Growth”, F. Rushing&C. Ganz Brown, eds., *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance*, San Francisco, Westview Pres, 1990; Zizic, a. g. e., s. 126.

⁷⁴ Zizic, a. g. e., s. 126.

bir konsensus sağlanmış olmalıdır. İkinci olarak da, gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan ülkeler karşısında ekonomik güçlerini kullanmaktan vazgeçmiş olmalıdır. Bu iki şart gerçekleştiği takdirde, üçüncü dünya ülkeleri de, böyle bir sözleşmenin telif hakları ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak bağlama kurallarının tayininde etkili bir araç olduğu düşünülürse, buna katılmaya ikna olacaklardır. Zaten bu ülkeler, gelişmiş ülkelerin de bu sözleşmeye riayet ettiklerini ve illa kendi kurallarını uygulamak maksadıyla mevcut kuralları manipüle etmeye çalışmadıklarını gördüklerinde, bu sözleşmeyi kendiliklerinden kabul edeceklerdir.⁷⁵

ii. Telif Hakları İhlallerine Uygulanacak Bağlama Kurallarının Yeknesaklaştırılması Neden Yeknesak Bir Telif Hukuku Yaratılmasından Daha İyi bir Çözümdür?

Bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması, yeknesak bir telif hukuku yaratmaktan çok daha caziptir. Zira bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması durumunda, devletler, kendi telif hukuklarını yaratma özgürlüklerini kaybetmemiş olacaklardır. Bir başka deyişle, bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasına ilişkin bir sözleşme, bu sözleşmeyi kabul eden devletlerin telif haklarına ilişkin düzenlemelerinin geri dönüşü olmayan şekilde değiştirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bunun yerine, bu sözleşme, Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerine uygulanacak hukuku gösterecektir.

iii. Öngörülebilirlik, Etkililik ve Basitlik Mülahazası

Uluslararası telif hakkı ihlallerini idare eden bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasıyla öngörülebilirlik sağlanmış olacaktır. Öngörülebilirlik, insanların büyük ölçüde etkin risk taşıyan işlemleri yapmasını desteklemektedir.⁷⁶ Bir fikir sanat eserini kullanan, buna hangi hukukun uygulanacağını bilirse, söz konusu kullanımının bir ihlal teşkil edip etmediğini de öngörebilir. Dolayısıyla, şayet kullanımı bir ihlal teşkil ediyorsa, bundan kaçınma imkanına da sahip olmuş olacaktır.

⁷⁵ Zizic, *a. g. e.*, s. 127.

⁷⁶ Burnstein, M. R., "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", *Vand.J. Transnat'l L.*, 1996, 75 at 6.

Bağlama kurallarının, uluslararası bir sözleşme metninde yeknesaklaştırılmasının telif hakları ihlallerinden doğan ihtilaflarda, uygulanacak hukukun tayininde yaşanan zorlukları ortadan kaldıracığı bir gerçektir. Zira mahkemeler, söz konusu sözleşmenin gözetiminde önlerine gelen ihtilafa uygulanacak hukuku tayin edecek ve buna göre hüküm vereceklerdir. Bunun sonucunda, uluslararası nitelikli telif hakları ihlallerinden çıkan uyuşmazlıklarda saydamlık, ahenk ve ön-görülebilirlik sağlanmış olacaktır.⁷⁷

iv. Adalet, Hakkaniyet, Eşitlik Mülahazası

Bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasının lehinde olan görüşlerden birisi de, bağlama kurallarının yeknesaklaştırılmasının, taraflar arasında eşitliği sağladığını savunmaktadır. Ayrıca, yeknesak bağlama kurallarının uygulanması, buna ilişkin sözleşmeyi onaylayan bütün ülkelerde adaleti sağlamış olacaktır. Dolayısıyla, mahkemelerin de, kendi hukuklarının tatbikini sağlamak üzere aynı/benzer durumlara farklı bağlama kurallarını uygulamak konusundaki cüreti kırılmış olacaktır. Bu durumda, sözleşmenin tarafları aynı bağlama kurallarını uygulamayı taahhüt ettiklerinden ortaya eşitsiz yanlı sonuçlar çıkamayacaktır.⁷⁸

v. Uluslararası Karar Ahenginin Tesisi

Bir başka görüşe göre, bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması, uluslararası karar ahenginin tesisine hizmet eder. Bu şekilde, uluslararası nitelikli telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tayini hususunda ülkeler arasındaki görüş ayrılıkları da giderilmiş olur.

vi. Devletlerin Egemenliklerine Saygı

Diğer bir görüşe göre, bağlama kurallarının uluslararası bir sözleşmede yeknesaklaştırılması, paradoksal olarak, devletlerin ulusal egemenliğine duyulan saygının bir ifadesidir. Dolayısıyla, bir devletin böyle bir sözleşmeye katılması, o devletin telif hakkı sahiplerinin lehi-

⁷⁷ Zizic, *a. g. e.*, s. 129.

⁷⁸ Zizic, *a. g. e.*, s. 130.

ne kendi egemenliğinin bir parçasından taviz vermesi anlamına gelir. Bununla birlikte, uzun vadede bu çeşit bir sözleşme, Birleşik devletler gibi gelişmiş ülkelerin kendi lehlerine mevcut bağlama kurallarını manipüle etmelerinin önüne geçmiş olur. Nitekim Hindistan ve Çin gibi ülkeler de, telif hukuku alanında Amerikan emperyalizmini katlanılmaz bulmaktadır.⁷⁹ Adı geçen ülkeler, Amerikan telif hakları standartlarının bir ur gibi dünyaya yayılmasından endişe etmektedir. Bu ülkeler, bağlama kurallarını yeknesaklaştıran bir uluslararası sözleşmenin imzalanmasına bu açıdan olumlu bakmaktadır. Zira böyle bir durumda aynı/benzer ihtilaflara aynı bağlama kuralları tatbik edilmiş olacaktır.⁸⁰

vii. Telif Haklarını İhlal Edenin Sorumluluğunu Arttırırken, Telif Hakları Sahibinin Menfaatlerini Daha Fazla Koruması

Bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması, özellikle Internet yoluyla işlenen telif hakları ihlallerinde, ihlalde bulunanın sorumluluktan kurtulmasına müsaade etmez. Zira, iki farklı ülkede, farklı bağlama kurallarının uygulanması durumunda, ihlalcinin, ihlal teşkil eden fiilinin sorumluluğundan rahatlıkla kurtulması mümkündür.⁸¹

III. SONUÇ

Gelişen teknolojinin de etkisiyle, telif hakkı sahipleri günümüzde, geçmiştekine nazaran daha fazla korunma talep etmektedirler ve bunda da haklıdırlar. Zira Internette birkaç tık' la, yalnızca bir iki saniye içerisinde telif hakları ihlal edilebilmektedir. Üstelik ihlal fiilinde bulunanlar, çoğu kez ne yaptıklarının farkında dahi olmayan nihai kullanıcılarıdır. Dolayısıyla, bunlara bilmeyerek işledikleri ihlal fiilinin ağır sorumluluğunu yüklemek adil bir tutum olmayacaktır. Diğer yandan telif hakkı sahibinin de ihlal fiili dolayısıyla mağdur olması kabul edilemez. İşte bu noktada, her şeyden önce tarafların menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyici maddi bir hukuk sisteminin teşkili akla gelir. Ancak tüm dünyada kabul edilen maddi bir hukuk sisteminin teşkili

⁷⁹ Aoki, *a. g. e.*, 443 at 7.

⁸⁰ Zizic, *a. g. e.*, s. 131.

⁸¹ Zizic, *a. g. e.*, s. 131.

günümüz şartlarında ne yazık ki gerçekleşmeyecek güzel bir hayalden ibarettir. Zira, bu türden bir sistemin yaratılması için her şeyden önce uluslararası bir komisyon kurulmalıdır. Dünya üzerindeki tüm devletlerin temsil edildiği ve tarafsızlığına dair en ufak bir şüphe duyulmayacak bu komisyon bir sistem oluşturmalı ve bu, tüm dünyada onaylandıktan sonra yürürlüğe sokulmalıdır. Bugün için dünya üzerinde bulunan devletler bu türden bir sistemi, ulusal egemenliklerine bir tehdit olarak algıladıklarından denemeye yanaşmamaktadırlar. Bu sebeple, haiz olduğu uluslararası niteliği de dikkate alındığında, sanal ortamda gerçekleşen telif hakkı ihlallerinin kanunlar ihtilafı çerçevesinde incelenerek çözüme bağlanması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu sefer de bu ihlallere uygulanacak hukukun tayininde güçlüklerle karşılaşmaktadır. Konu ile ilgili bağlama kurallarına baktığımızda; ihlalin işlendiği yer (fiil yeri) bağlama kuralı, sonuç yeri bağlama kuralı, eser sahibinin veya failin mutad meskeni/işyeri bağlama kurallarının ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan fiil yeri bağlama kuralı ile sonuç yeri bağlama kuralı, haksız fiiller alanında da istifade edilen klasik bağlama kuralları olduklarından, bunlar sanal ortamın sofistike yapısına uymadıkları mülahazasıyla eleştirilere maruz kalmışlardır. Bunun sonucunda, sanal ortamda gerçekleşen ihlallerde, ihlal yerinin ve bunun sonuçlarını doğurduğu yerin neresi olduğuna dair doktrinde değişik görüşler ortaya atılmıştır. Bunların içinde en dikkat çekici olanı, ihlalin işlendiği yer yayın yeri olarak kabul eden görüştür. Bu görüş, esas itibariyle, uydu yayınlarının iletilmesi ile İnternette veri aktarım sürecinin birbirine olan benzerliğinden hareketle ortaya atılmıştır. Bu görüş de beraberinde yayın yerinin neresi olduğu sorusunu getirmiş ve bu konuda da doktrinde birbirinden farklı görüşler ortaya atılmıştır.

* * *

Kanaatimizce, sanal ortamda bulunan bütün aktörlerin menfaatlerinin dengelenmesi ve İnternet yoluyla işlenen 'ihlal' daha doğmadan kaynağında engellenmesi, büyük ölçüde maddi nitelikli kuralların teşkiline bağlıdır. Ancak bugün için, böyle bir durum söz konusu olamayacağına göre, sanal ortamdan doğan telif hakları ihlallerine uygulanacak hukukun tayini için kanunlar ihtilafına gidilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmamızda uzun uzun yer verdiğimiz bağlama kuralları arasında da klasik bağlama kurallarının ağırlığını koruduğunu kabul etmek zorundayız. Zira, önerilen diğer

bağlama kurallarının faydalarının yanı sıra, bir o kadar da zararının bulunduğu bir gerçektir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Ş./ DARDAĞAN,E., “Sanal Ortamda Telif Hakları”, *BATİDER*, c.21, Ankara, 2001-2002.
- AKİPEK, Ş./ DARDAĞAN E., “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, *AÜHFD*, c. 50, S.3, Ankara, 2001.
- ARIKAN, A.S., “İnternetin Fikri Haklar Üzerindeki Etkisi”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, İzmir, 21-22 Mayıs 2001.
- BEALL, C.P., “The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet”; J. Marshall J. Computer&Info L., 1997.
- DARDAĞAN, E., “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı”, 1. Baskı, Ankara, 2000.
- DINWOODIE, G.B., “A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms”, *U. Pa. L. Rev.*, <www.heinonline.org>, 2000-2001.
- DRISCOLL, J. M., “It’s a Small World After All: Conflict of Laws and Copyright Infringement on the Information Superhighway” *U. Pa. J. Int’l Econ. L.* <www.heinonline.org> 1999.
- GELLER; P.E., “Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World ” in 4 *Information Law Series, The Future Of Copyright In A Digital Environment* 27,28 (P. Bernt Hugenholtz ed.,1996)
- GINSBURG, J.C., “Global Use/ Territorial Rights: Private International Law Question of the Global Information Infrastructure”, *J.Copyright Soc’y U.S.A.*, 1995.
- GINSBURG, J.C., “Copyrights Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace,” *Cardozo Arts&Ent.L.J.*, <www.heinonline.org> ,1997.

- GINSBURG, J.C.&JANKLOW, M.L., "Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks", WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, Geneva, 1998.
- GOLDSMITH, J.L., "Against Cyberanarchy", U. Chi.L. Rev, 1998.
- JOHNSON, D.R./ POST, D., "Law and Borders the Rise of Law in Cyberspace", Stan L Rev, 1996.
- KAPLAN, Y., "İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk", Ankara, 2004.
- ÖZEL, S., "Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması ", Ankara, 2004.
- RÖHM, A./WILOP K., "Urheberrechtlicher Schutz im Internet", DuD 1998.
- PARANT, V.L., "Thwarting Internet Pirates in'Intellectual Property Havens'", 15-Fall Ent.&Sports Law, 1997.
- TEKİNALP, Ü., "Fikri Mülkiyet Hukuku", Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2005.
- TYDNIUK, A., "From Itar-Tass to Films by Jove: The Conflicts of Laws Revolution in International Copyright", Brook. J. Int'l L. <www.heinonline.org>, 2003-2004.
- WITTGENSTEIN, P., "Über die negativen Auswirkungen einer Verstärkung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet", UFITA 2000.
- YAGURA, R., "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?" (1998) 38 IDEA; J.L.& Tech.
- ZIZIC, B., "Copyright Infringement Occuring Over The Internet: Choice of Law Considerations " (Yüksek Lisans Tezi), Ocak, 2000.

İNTİFA HAKKI

VE

İRATLAR ÜZERİNDE TENKİS

Av. Hasan KAYIKET*

I. Giriş

Miras bırakan, sağlığında, sağlar arası veya ölüme bağlı bir tasarruf ile terekesini, “İntifa Hakkı” yahut irat borcu ile yükümlü kılabilir. Miras bırakanın bu tasarrufu hata, hile, tehdit, baskı, mihnet duygusu, lehtarı koruma ve ona mirasçılardan daha fazla hak ve yarar sağlama gibi amaç ve nedenlere dayanabilir.

Yasal şekil ve esas şartlarına aykırılığı bakımından iptali mümkün tasarruflar dışında, mirasçılardan biri veya birkaçı yahut üçüncü şahıslar yararına olan tasarruflar, miras bırakanın tasarruf nisabını aştığı takdirde, terekedeki miras hakları yükümlü kılınan mirasçılar hangi yola başvurabilecek ve ne yapabilecektir? Bu durumda, intifa hakkı ve iratlar üzerinde tenkis söz konusu olabilecektir.

Bu konu, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 510. maddesinde, “*temadisi tahmin edilebilen müddetlerine nazaran sermayeye tahvilleri halinde tasarruf nisabını tecavüz edecek miktara bâliğ bir intifa hakkı veya irat ile terekesini mukayyet kılan murisin mirasçıları; bu intifa hakkı veya iradı haddi lâyükına tenkis ettirmekte yahut tasarruf nisabı miktarını vererek mirasını kayıttan kurtarmakta, muhayyerdir.*” sözleri ile düzenlenmiş ve sonradan yasada değişiklik nedeniyle bu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 568. maddesinde “*Miras bırakan, tahmin edilen devam sürelerine göre sermayeye çevrilmeleri halinde tasarruf edilebilir kısmı aşan intifa hakkı veya irat borcu ile terekesini yükümlü kılar, mirasçılar, intifa hakkı veya irat borcunun tenkisini ya da tasarruf edilebilir kısmını vererek bu*

* Avukat, Ankara Barosu.

yükümlülüğün kaldırılmasını isteyebilirler.” sözleri ile yerini almıştır

Bu maddelere göre mirasçılar, dilediği taktirde, tasarruf konusu intifa hakkı veya irat borcunun normal düzeye indirilmesini isteyebilecek yada tasarruf nisabına düşen miktar kadar bedel vererek, terekeyi bu yükten kurtarabileceklerdir.

Görüldüğü üzere; maddelerin önceki ve sonraki metinlerinde, anlamı aynı olan bir iki kelime dışında bir değişiklik yoktur. Bu hukuiki düzenlemeye göre miras bırakan, sağlar arası veya ölüme bağlı bir tasarruf ile terekesini veya terekeye dahil bir taşınmazı yahut ekonomik değer taşıyan bir hakkını, mirasçılarında biri veya birden fazlasını, yahut mirasçılık bağı bulunmayan başkaları yararına intifa hakkı ya da irat borcu ile yükümlü kılabilir.

Bu iki nevi tasarruf, niteliği ve sonuçları itibariyle aşağıda incelenecektir. Ancak; yorum, takdir ve değerlendirmelerde gereğine binaen, öncelikle maddelerdeki bazı terimlerin anlamı üzerinde durulacaktır.

Bu terimlerden;

Temadi: Devam etme, sürme, sürüp gitme, uzama,

Tahmin: Ortalama, aşağı yukarı, yaklaşık, kabul edilebilen,

Sermayeye tahvil: Peşin değeri bulma, peşin değer hesabı (eşit aralıklarla birden ziyade taksitler halinde uzun süre ödenecek miktarların, peşinen toptan ödenmesi halinde peşin değer indirimlerinden sonra ele geçecek net miktarın bulunması) işlemi,

Nisap (b): Oran, ölçü, nispet,

Tecavüz (bu maddedeki anlamı) :Aşma, geçme, ölçüyü kaçırma,

Tereke: Bırakıt, ölenin hayatta iken edinip ölümünde mirasçılarına bıraktığı mal ve haklar,

Mukayyet kılma: Yükümlü kılma, kayıt altına sokma, sınırlama, kısıtlama, borçlandırma,

Haddi lâyıık: Tam değer, tam derece, tam sınır, uygun ölçü, uygun sınır, yaraşan-yakışan değer,

Muhayyer: Seçmeli, beğenmeye bağlı, beğenmece,

Tenkis: İndirim, azaltma, eksiltme.

Tasarruf edilebilir kısım: Yasadaki bu terim ile, kanaatimizce, tasarruf nisabı ve bu nisabın altındaki tasarruflar kastedilmektedir.

Ayn (ayın): Maddi ve kişileşmiş eşya (şey-nesne).

II. İntifa Hakkı Üzerinde Tenkis

İntifa hakkı, başkasına ait mamelek (taşınır ve taşınmaz mal ve haklar) üye-zerinde tam yararlanma sağlayan bir ayni haktır. Ayn, maddi ve kişileşmiş eşya (şey) anlamındadır. Buna göre intifa hakkı, şey (nesne)'ye ilişkin bir hak olmaktadır. İntifa hakkı sahibi, intifaya konu olan şey üzerinde zilyetlik, kullanma, yararlanma, kiraya verme ve idare gibi haklara sahiptir. O şey'in asıl sahibine sadece kuru (çiplak) mülkiyet hakkı kalmaktadır. İntifa hakkı belli bir süre için tanınmışsa, o süre sonunda veya hak sahibinin ölümüyle kendiliğinden son bulur. Hak sahibinin, bu haktan, kendi irade ve isteğiyle daha önce vaz geçmesi de mümkündür.

İntifa hakkı; inceleme konusu işlem veya olay nedeniyle söz konusu ise, evvelâ miras bırakanın terekesinin ölüm tarihi itibarıyla değerinin belirlenmesi lazım gelir ki, bu değerlendirmede genellikle Vergi Usul Kanunu (VUK)'nın "*Haklar*" başlığını taşıyan 296. maddesinden yararlanılabilir.¹

¹ Madde 296. Tescile tabi bilumum hakların değeri, tesisleri sırasında tapu siciline kaydedilen bedeldir. Tapu sicilinde bedeli gösterilmeyen haklarla birinci fıkranın dışında kalan bilumum haklar (sınai ve edebi mülkiyet hakları ile imtiyazlar dahil) emsal bedelleriyle değerlendirilir. Veraset yoluyla veya sair suretle ivazsız veya bedelsiz bir tarzda intikal eden intifa hakları aşağıdaki şekilde değerlendirilir. 1) İntifa hakkı sahibinin yaşı intikal tarihinde yirmiyi doldurmamış olduğu takdirde gayrimenkulün emsal bedelinin onda yedisi intifa hakkının ve onda üçü çiplak mülkiyet hakkının değeri sayılır. 2) İntifa hakkı sahibinin yaşı intikal tarihinde yirmiyi aşkın olduğu takdirde yukarıdaki bentte yazılı nispet her tam on yıllık bir devre için çiplak mülkiyet hakkı onda bir artırılmak ve intifa hakkı onda bir indirilerek değer tayin olunur.

3) İntifa hakkı sahibinin yaşı intikal tarihinde yetmiş aşkın ise gayrimenkulün emsal bedelinin onda biri intifa hakkının ve onda dokuzu çiplak mülkiyet hakkının değeri sayılır. 4) Sabit bir süre için tayin edilmiş olan intifa hakkının değeri yaş kaydı nazara alınmaksızın sürenin her tam on yılı için gayrimenkul emsal bedelinin onda ikisi olarak hesaplanır. 5) Ömür boyunca aylık şekilde vaki ivazsız intikal-lerde bu gelirin ödeneceği azami süreye göre baliğ olacağı miktar bulunarak intifa hakkı sahibinin ödemenin başladığı tarihteki yaşı elliyi aşmış ise elliden yukarı her yaş yılı için yirmide biri indirilmek suretiyle değer tayin olunur. Ancak ömür bo-

Ancak burada, bu maddedeki kayıt, şart ve ölçülerden ayrılmayı gerektiren sosyo-ekonomik nedenler ve değer takdirinde özel bilgi ve uzmanlık isteyen durum mevcut ise, olay ve şartların özelliğine göre bilirkişi marifetiyle takdir ve değerlendirilme yoluna gidilmesi de gerekebilir, kanısındayız.

İntifa hakkı, gerçek veya hükmi şahıs yararına kurulmuş olabilir. Bu hak için başka bir değer ve süre belli edilmemiş ise, hakkın ekonomik değeri VUK'nun 296. maddesi de dikkate alınarak, intifa süresi yararlanacak gerçek kişi için kalan olası yaşam süresi ile hükmi şahıs için statüsü dikkate alınarak olası faaliyet süresi belirlenir. Burada şu ki noktanın açıklanması uygun olur ki; biri, intifa hakkı sahibinin olası yaşam süresinin belirlenmesinde halen 1930 tarihli (Population Masculin  et Feminin ) PMF tablosundan yararlanılmaktadır. Bugünkü yaşam imkân ve şartları, bu tablonun düzenlendiği dönemdeki yaşam ve sağlık şart ve imk nlarına nazaran çok farklıdır. Günümüzde yaşam süresi, tıbbi alandaki yeni buluşlar, tedavi imk nlarındaki başarılar ve il  lardaki gelişmelere bağlı olarak daha uzun sürmektedir.

Ne var ki; ülkemiz için, yukarıda anılan tablonun yerine geçecek ortalama ömür tablosu henüz düzenlenmiş ve uygulanmaya başlanmış değildir. SSK'nun yaşam süresiyle ilgili işlemlerinde, sigorta şirketleri ve yargı alanında geleceğe ait (istikbale muzaf) peşin değer hesaplarında 1930 simgeli bu cetvelden yararlanılmaktadır. Ülkemiz için bu konuda bazı derleme çalışmaları olduğu bilinmekte ise de, tam ve genel uygulamaya esas olacak bir cetvel henüz ortaya çıkmamıştır.

İkinci konu ise; miras bırakanın bu tasarrufları, yasal olarak TMK'nun 506'ncı maddesiyle:

1. Alt soy için yasal miras payının yarısı,
2. Ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri,
3. Kardeşlerden her biri için yasal miras payının sekizde biri,

yunca aylık gelir, muayyen bir sermaye ödenerek tasfiye edilmişse, bu sermaye aynen değer olarak kabul edilir. 6) Hayat kaydıyla ödenen rant şeklinde vaki ivazsız intikallerde intifa hakkı sahibinin yaşı ödemenin başladığı tarihte kırkı aşmamış ise rantın bir yıllık tutarının yirmi katı, değerı sayılır. İntifa hakkı sahibinin yaşı, ödemenin başladığı tarihte kırkı aşmış ise kırktan yukarı her tam on yıllık bir devre için yirmi katın dörtte biri indirilmek suretile rantın değerı takdir olunur. İntifa hakkı sahibinin yaşı, ödemenin başladığı tarihte yetmişi aşmış ise rantın değerı bir yıllık tutarıdır.

4. Sağ kalan eş için. (altsoy veya ana-baba zümresiyle birlikte mirasçı olması halinde) tamamı, diğer hallerde dörtte üçü, olarak belirlenen saklı payları aşmamalıdır. Buna göre miras bırakanın tasarruf edilebilir payı: (1) no'lu sırada 1/2, (2) no'lu sırada 3/4, (3) nolu sırada 7/8, (4) no'lu sırada tam ve diğer hallerde 1/4 oranında olmaktadır).

III. Tasarruf Nisabı ve Sabit Tenkis Oranı

Tasarruf nisabı ve sabit tenkis oranı, terekenin, miras bırakanın ölümü günündeki durumuna göre hesaplanır. Hesap yapılırken, miras bırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, miras bırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık giderleri terekeden indirilir. (TMK m. 507). Miras bırakanın sağlar arası karşılıksız kazandırmaları tenkise tabi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir.

Cenaze giderleri çok zaman belgelendirilemez. Bu giderlerin takdir ve tespitinde, varsa belgelerle birlikte, dini ve sosyal kurallar, defin, tekfin, teçhiz işlerinde uygulanan yerel gelenekler, bu işlerin gerektirdiği malzeme rayiçleri gibi unsurlar da dikkate alınır. Defin, teçhiz ve tekfin işleri ve giderlerinin belirlenmesinde gerekirse, belediye, mezarlıklar idaresi, müftülükler ve cenaze işleriyle ilgilenen diğer kurum ve kuruluşlardan bilgi alınabilir. Bu konularda ve miras bırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılanların üç aylık geçim giderlerinin tespitinde bilirkişiye de başvurulabilir.

Miras bırakan, batıl veya iptali kabil tasarrufları dışında geçerli bir tasarrufla terekesini intifa hakkı veya irat borcuyla yükümlü kılar ve bu işlem tasarruf edilebilir miktarı aşarsa pay sahibi mirasçıların ne gibi bir çözüm yoluna gidebileceği ve bunun şartları TMK'nın 568. maddesinde belli edilmiştir.

Bu şartlar,

1. İntifa hakkı veya irat borcunun süresi belli olmalı veya tahmin ve tespit edilebilir olmalıdır. Süre, işlemle belirlenmemişse, hak sahibinin yaşına göre, yukarıda sözü geçen PMF tablosundan yararlanılır. (Tüzel kişi ise statüsüyle belirlenebilecek süreye göre) tespit edilmeye çalışılır.

2. Terekeyi kısıtlayan hakların ekonomik değerinin sermayeye çevrilmiş (peşin değer) miktarı tasarruf nisabını aşıyor olmalıdır.

Bilindiği üzere, intifa hakkı veya irat borcu, önceden belirlenen veya PMF tablosuyla tahmin edilebilen yahut hükmi şahsın statüsüyle belli yaşam süresine göre belli edilecek sürece devam edecektir. Kanun koyucu VUK'nın 296. maddesinde açıklandığı üzere hak sahibinin yaşı arttıkça intifa hakkının değeri azalacağını, irat borcunun da gelir getirecek terekedeki mal ve değerlerin zamana bağlı olarak eskidikçe veya verim kabiliyeti azaldıkça irat borcunun da azalacağını dikkate almış olmalı ki, tasarruf edilebilir kısmın miktarını, hesaplanacak peşin sermaye ile ölçülmesini öngörmüş olmalıdır. Hatta VUK'nın koyduğu indirim oranlarına sıkı sıkıya bağlı kalmayı ve yıllık belli bir indirim oranı/yüzdesiyle bağlı tutmak istememiş olmalı ki, yasada sadece "sermayeye çevrilmeleri halinde" sözüyle yetinip olay veya dava tarihindeki sosyo-ekonomik şartlar ile içtihat ve uygulamalara bırakmış olacağı kanısındayız. Bu nedenle, intifa hakkı ve irat borcunun, miras bırakanın ölüm tarihindeki değeri devam süresine göre peşin değerinin hesabında yıldan yıla artış ve azalma olasılığı dikkate alınmayacak, sadece, sosyo-ekonomik şartlar gereği peşin değer indirim oranı yıllık % 10 ve hesap düsturu olarak da $A = a \cdot 1 / K \cdot n$ uygulanabilir. Bu düsturdaki;

(n) İntifa hakkı ve irat borcunun devam süresi (yıl olarak)

(a) İntifa hakkı ve irat borcunun, miras bırakanın ölüm tarihindeki yıllık değeri,

(K) $1 + f / 100$

(f) Yıllık peşin değer oranı (bugünkü uygulama ve içtihatlarla göre yüzde on)

(A) İntifa hakkı veya irat borcunun miras bırakanın, ölüm tarihi itibariyle sermayeye çevrilmiş peşin değerini, ifade eder.

Formüldeki $1/K$ remizi, peşin değer indirim kat sayısı olup logaritma cetvellerinden veya hazırlanmış cetvellerden yararlanarak hesaplanır.

Aşağıya çıkarılan hesap tablosunda görüleceği üzere, (birinci yıldan 18, 28. yılın sonuna kadar her yıl için kullanılacak $1 / K$ remizi yani peşin değer indirim oranı sözü geçen cetvellerden yararlanılarak bulu-

nu yıllık irat veya intifa değeri ile çarpılmak suretile) terekeye yüklenen peşin değer elde edilir. Bu 18, 28 yıl içinde, sosyo-ekonomik şartlara bağlı olarak irat veya intifa değerinde artış yahut indirim olabilir. Ancak, terekeye yüklenen intifa hakkı ve irat borcunda ileriki yıllarda artış veya indirim olup olmayacağı, olacaksa oranı konusunda şimdiden kesin bir bilgi ve belge olmadığından, hesaplama tablosu, yıllık intifa hakkı değeri ile yıllık irat borcunun sabit kalacağı kabul edilip sadece yıllık % 10 indirim oranı uygulanmıştır. Dava sırasında sürekli veya dönem dönem bir artış oranı orta çıkarsa, hesaplama, bugün destekten yoksun kalmaya bağlı/hesaplarda olduğu gibi (yıllık artış ve indirimli) esasa göre hesaplama yapılabilir.

İntiha hakkı sahibi davalı mirasçı olsun veya olmasın, onun seçimlik hak konusunda, öncelikli bir tercih hakkı söz konusu değildir. Yasa bu hakkı sadece dava edecek mirasçılara tanımıştır. Mirasçı terekeyi intifa hakkı ve irat borcu yükümlülüğünden kurtarmak konusunda bir dava açtığı takdirde, bu hakkını dilekçe ile veya yetkili vekili marifetiyle yahut duruşmaya gelerek bizzat beyan ve ifade edebilir. Ancak, geçerli tercih beyanı miras bırakanın ölüm tarihindeki tereke toplamına göre tenkis şartlarının var olup olmadığı ve var ise sabit tenkis oranının belli olmasından sonraki beyandır.² Davada, intifa hakkı ile yükümlü terekenin bu yükümlülüğünden “bedel verilerek kurtarılması” seçildiği takdirde, buna örnek olabilecek bir hesap tablosu aşağıya çıkarılmıştır.

Hesaba esas unsurlar:

- Miras bırakan 70 yaşında, (sağ eşin kocası ve çocukların babası)
- Mirasçılardan sağ eş 55 yaşında ve örnekte intifa hakkı lehtarıdır.
- Murisin ölüm tarihi itibarıyla tereke toplamı 400.000,-YTL değerindedir.
- Mirasçı eşin PMF tablosuyla belirlenen kalan olası ömür süresi 18, 28 yıldır.
- Tereke sağ eş lehine yıllık 50.000,- YTL intifa hakkı ile yükümlendirilmiştir.
- Tereke mevcudu, taşınmaz mallar 202.000
- Taşınır “50.000

² 11.11.1994 tarih ve 4/4 sayılı İçt. Birl. Kararı.

- Mevduat 100.000
- Alacaklar 50.000
- Brüt tereke toplamı 402.000,- YTL
- İndirilecek borçlar :
- Üç aylık bakım gideri 1.500,- YTL
- Cenaze gideri 500,-“

Muris terekesine yıllık 50.000,- YTL intifa hakkı değeri yüklediğine göre bu miktar da terekeye eklendiği takdirde brüt tereke toplamı 452.000,- YTL olacaktır. Bu durumda sabit tenkis oranının belirlenmesine esas şöyle bir hesap tablosu çıkacaktır;

Tereke değerleri toplamı	452.000,- YTL
Terekeden indirilecek borçlar:	
Üç aylık iâşe bedeli ile cenaze masrafı	2.000,-“
Net tereke değeri olarak kalan	450.000,-“
Sağ eşin yasal miras payına düşen $\frac{1}{4}$	112.500,-“
Üç çocuğun yasal miras payına kalan $\frac{3}{4}$	337-500,-“
Miras bırakanın tasarruf nisabına düşen miktar:	
$337.500 \times \frac{1}{2}$ (indirilecek).....	168.750,-“
Üç çocuğun saklı payına kalan $\frac{1}{2}$	168.750,-“

Aşağıya çıkarılan peşin değer hesabı tablosuna göre sağ eş lehine terekeye yüklenen intifa hakkı veya irat borcunun 18,28 yıllık tutarının peşin değeri toplamı 416.362,-YTL olduğundan, miras bırakanın tasarrufu davacı üç çocuğun saklı payın $416.362 - 168.750 = 247.612,-$ YTL tecavüz etmiştir.

Bu hesaplamaadan sonra yapılacak iş, miras bırakanın ölüm tarihi itibariyle tereke değerlerine göre SABİT TENKİS ORAN'ını hesaplamak olacaktır. Bu hesaplama sonucu bu oran $\frac{168.750}{452.000} = \% 37,334$ (0,37334) olur.

Sağ eşin, aşağıda peşin değer tablosundaki toplam değere uygulanırsa, miras bırakanın ölüm tarihindeki değerler itibariyle davacı üç çocuğun davalıya ödeyeceği miktar $416362 \times 0,37334 = 155.444,59$ YTL olacaktır. Ancak; davanın devam süresi içinde terekeye dahil malların değerinde sosyo-ekonomik neden ve koşullara bağlı olarak artış veya azalma olabilir. Düşüş olduğu takdirde davalı sağ eşin alacağı 155.444,59 YTL olursa da, yükselme olduğu takdirde, yukarıda tarih ve

sayısı açıklanan İctihadı Birleştirme kararı³ uyarınca davacıların tenkis veya bedel ödeme konusunda tercihi sorulup tespit edilmesi ve bu tarih itibariyle terekeye yeniden değer takdiri gerekir. Bu durumda, davalının alacağı tereke değerlerindeki artış-azalma oranına göre hesaplanır.. Bir örnek vermek gerekirse, artış oranı % 12 bulunduğunda, davalının alacağı da $135444,59 \times 0,12 = 162.533,51$ YTL olur.

İntifa hakkı veya irat borcu değerinin yıllık 50.000,- YTL olması halinde hak sahibinin 18, 28 yıl olası ömrüne göre peşin değer hesabı tablosu aşağıya çıkarılmıştır.

İntifa hakkı-İrat borcu Yıllık

Yıllar K Yıllık (YTL) 1/K Peşin değer YTL.

1. 1,10 50.000,- x 0,909090909 = 44.455,-
 2. 1,210 50.000,- x 0,826446300 = 41.322,-
 3. 1,3310 50000,- x 0,7513148000 = 37.566,-
 4. 1,4641 50.000,- x 0,6830134000 = 34.151,-
 5. 1,6105 50.000,- x 0,6209250000 = 31.046,-
 6. 1,77156 50.000,- x 0,5644742000 = 28.224,-
 7. 1,9487 50.000,- x 0,51316260000 = 25.658,-
 8. 2,1436 50.000,- x 0,4665050000 = 23.325,-
 9. 2,3579 50.000,- x 0,42410620000 = 21.205,-
 10. 2,5937 50.000,- x 0,38554960000 = 19.277,-
 11. 2,8531 50.000,- x 0,35049600000 = 17.525,-
 12. 3,13841 50.000,- x 0,318632700000 = 15.932,-
 13. 3,45225 50.000,- x 0,28966600000 = 14.483,-
 14. 3,79750 50.000,- x 0,26333100000 = 13.167,-
 15. 4,17720 50.000,- x 0,23939500000 = 11.970,-
 16. 4,59495 50.000,- x 0,21763000000 = 10.882,-
 17. 5,05444 50.000,- x 0,19784600000 = 9.892,-
 18. 5,5599 50.000,- x 0,17986000000 = 8.993,-
 19. 6,1160 50.000,- x 0,16350600000 = 2.289,-(0,28 yıl)
- (18, 28 yıllık) peşin değer toplamı ... = 416.362,-

Yukarıdaki hesaplar, miras bırakanın, terekeye dahil belli bir ev, bahçe, dükkân, mesken (daire) gibi mal ayırımı yapmaksızın tüm te-rekesini yıllık 50.000,- YTL değerinde irat borcu veya intifa hakkı ile yükümlü kılmasına ve yasal mirasçı üç çocuğun üvey anneleri lehine

³ (2) no.lu dipnota bkz.

yapılmış tasarruftan dolayı açılan tenkis davasına göre çıkarılmıştır.

Bu hesaplamada hak sahibine bedel verme yolunu seçmiş olması dikkate alınmıştır.

Bedel verme yolu tercih edilmeyip de, sadece tenkis isteme yolu seçilseydi, yıllık irat borcu veya intifa hakkı değerinden indirim, sabit tenkis oranına göre olacaktır.

TMK'nın, (eski 510, yeni 568. maddeler)'in uygulanmasıyla ilgili içtihat -yok denecek kadar- azdır. Yasadaki gerekçeleri de yeteri derece açık değildir. Diğer yandan, uygulama güclüğü nedeniyle olsa gerek, bu maddelere dayanan sağlar arası veya ölüme bağlı tasarrufa da sık rastlanılmamaktadır. Ancak; bu durum, yasanın sağladığı bu olanaktan hiç faydalanılmayacak demek değildir. Geniş bir uygulama alanı olmasa dahi, böyle bir çekişme ile karşılaşıldığında, nizanın çözüme kavuşturulmasından kaçınılamayacağına göre, bu hukuki problemin bir yargı disiplini ve çözüm yoluna kavuşturulmasında maddi ve hukuki zorunluluk olduğunda şüphe yoktur.

Yukarıdaki örnek gibi hukuki ve riyazi çözümü kolay olmayan, miras bırakanın (tamamı veya belli bir payı) kendine ait bir evde, dükkânda, bağ ve bahçede, kira getiren bir bağımsız bölümde yasal mirasçısı olan veya olmayan bir kişi yahut hayır kurumu yararına (belli süreli veya süresiz) şart ve değerlerle intifa hakkı yahut irat borcuyla yükümlülük söz konusu olabilir. Bu gibi bir tasarruf karşısında yasal mirasçılarının hepsi değil de biri veya ikisi tenkis davası açıp kalan mirasçılar dava açmayabilir. Bu değişik hal ve şartlarda hesap ve çözüm yolu da, şüphesiz ki farklı olacaktır. Şartları mevcut ise dava açanın terekedeki miras payından tenkis veya tercihinine göre intifa hakkı ve irat borcundan kurtulacak, dava açmayanın miras payı yükümlü kalacaktır. Örneğin; dört çocuklu bir ailede aile reisi erkek, eşi lehine bir mesken dairesini 1/4 oranında intifa hakkıyla yükümlü kılıyor. Veraset belgesine göre bu daire 16 pay itibariyle tam mülkiyet olarak 4 pay sağ eşe, 3 erden 12 pay da dört çocuğuna kalacaktır. Miras bırakanın, sağ eşin miras payında tasarruf hakkı ve yetkisi olmadığına göre

1/4 intifa hakkı dört çocuğun yasal miras paylarından karşılanacaktır. Bu olayda:

1. İntifa hakkının nakitle ifade edilecek değeri,

2. Sağ eşin kalan olası ömür süresi,

3. Bu süreye ait intifa hakkının peşin değerine ve hesaplama sonucuna göre, çocukların saklı payına tecavüz vardır. Başka bir deyimle, miras bırakan eşi lehine tasarrufunda, tasarruf nisabını aşmıştır. Tasarrufunu belli bir malına hasretmiş ise de, sabit tenkis oranı hesabında, miras bırakanın terekesinin tamamı dikkate alınacaktır. Saklı pay sahibi dört çocuk tarafından, bu taşınmazdaki yükümlülüğün kaldırılması suretiyle tenkis talep edildiği için, intifa hakkının sermayeye kaybedilmiş değerinin çocuklardan her biri $1/4$ oranında sorumlu olacaktır. Tam mülkiyet esasına göre, bu meskende sağ eş (16 pay itibariyle) 4 pay tam mülkiyet, 4 pay intifa hakkından, çocuklardan her biri 3 er pay tam mülkiyet ve birer pay çıplak mülkiyet payının sahibi olacak ve tenkiste bu paylar dikkate alınacaktır. Seçimlik hak konusunda tercih, taşınmazın sağ eş lehine olan intifa hakkından kurtarılması hali seçilirse, çocukların sağ eşe (annelerine) ödeyecekleri bedel, her birinde $1/16$ intifa hakkının peşin değerinden tasarruf nisabına düşen bedel olacak, sadece tenkis yolu seçilirse, indirimde sabit tenkis oranı uygulanacaktır.

Bu örnekte, şayet çocuklardan ikisi tenkis davası açıp diğer ikisi açmazsa, hesaplama buna göre yapılacak; çocuklardan ikisinin sorumlu olacağı $1/16$ şar intifa hakkına göre bedel veya tenkis söz konusu olacak, diğer ikisinin miras payı intifa hakkıyla yükümlü kalacaktır.

Görülüyor ki uygulama, değişik dava ve çözüm yollarını içermektedir. Yasa maddeleri geniş bir uygulama alanı olmayan konuyla ilgilidir Bu bakımdan, inceleme yazımızda yanılma olasılığına binaen, yazımız, değerli hukukçuların aydınlatıcı ve olumlu eleştirilerine açıktır.

MESLEK KURALLARINDA AVUKATIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

M. Lamih ÇELİK*

Avukatlar, müvekkillerinin haklarını korurken ve adaletin gerçekleşmesine çalışırken, ulusal ve uluslararası hukukun tanıdığı insan haklarını ve temel özgürlükleri yüceltmeye çalışırlar ve hukuka ve hukukçuluk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve ahlaki kurallarına uygun biçimde serbestçe ve özenle hareket ederler. (Havana Kuralları m. 14). Avukatlar haklarını kullanırlarken, her zaman hukuka ve hukuk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve mesleki ahlak kurallarına uygun davranırlar. (Havana Kuralları m. 23) “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 Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.” (Av. K. m. 34) “Serbest bir irade sonucu kabul edilen meslek kuralları, bir toplum yaşamı için vazgeçilmez olarak kabul edilen avukatlık mesleğinin en iyi şekilde çalışmasını garanti altına alır. Stajyerler, meslek kurallarına ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadırlar” (Av. K m. 23). Bu kurallara uyulmaması avukat için bir disiplin cezasına çarptırılmakla sonuçlanır (Av. K m. 134).

“Meslek kuralları” mesleğin düzen ve geleneklerini korumak yerleştirmek ve yasaların avukatlara yüklediği görevlerin onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Avukatlık mesleğini yapanlar avukatlık yasası ve yönetmeliği ile birlikte meslek kurallarını da iyi bilmek ve özümsemekle yükümlüdür.¹

* Avukat, Şanlıurfa Barosu.

¹ 12.11.2004 T. E. 2004/260 K. 2004/358 - 25.6.2005 T. E. 2005/134 K. 2005/211.

Bu çalışmamızda Avukatlık Meslek Kuralları'nda yer alan avukatın özen yükümlülüğü konusu Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları ışığında ele alınmıştır.

1. Meslek Kuralı m. 3

“Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür.”²

TBB Disiplin Kurulu Kararları

“Avukat mesleğinin itibarını zedeleyecek, kamunun inancını ve güvenini sarsacak tutum ve davranışlardan kaçınmak, mesleğin gerektirdiği dürüstlikle çalışmak zorundadır. (28.6.1986 T. E. 1986/41 K. 1986/443)”³

“Müvekkili ile arasında ücret sözleşmesi bulunmayan avukat, sadece Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen miktarda ücrete hak kazanacağından, müvekkili adına tahsil ettiği paranın tarifede yazılı ücretin üstünde olan bir bölümü iş sahibine ödemeyerek alıkoyması ve bunun sonucunda hakkında alacak davası açılıp hüküm alınmasına ve icra takibi yapılmasına neden olması Yasaya ve Meslek Kurallarına aykırıdır”. (9.12.1989 T. E. 1989/73 K. 1989/80)⁴

“Avukatın yardımcı olmak vaadiyle ciro ettiği çekin karşılıksız çıkması önce imzasını inkar, sonradan da vazgeçme yoluna gitmesi, kamunun mesleğe olan güvenini sarsacağından, Yasaya ve Meslek Kurallarına aykırıdır. (16.6.1990 T. E. 1990/39 K. 1990/52)”⁵

“Avukatın üstlendiği davayı hiçbir haklı neden olmadığı halde açmakta gecikmesi ve müvekkilinin zarar görmesine neden olması disiplin suçu oluşturur.(19.12.1992 T. E. 1992/ 97 K. 1992/109)” ilkenin ihlal edilmesinde, zararın doğması şartı aranamaz. (05.09.2005 T. E .2005/182 K. 2005/278)

² Avukatlık Kanunu Yönetmeliği -Uzlaşma Müzakereleri

Madde 16-.....Avukatlar, uzlaşma müzakereleri sırasında, uyumsuzluğun tarafları arasında yansız bir şekilde hareket etmeye ve taraflardan hiçbirinin etkisi altında kalmaksızın tarafları uzlaştırmaya özen gösterirler.....

³ Ankara Barosu Dergisi, S. 1986/5.

⁴ Ankara Barosu Dergisi, S. 1990/2.

⁵ Antalya Barosu Dergisi, S. 1999/66.

“Avukatlar, taşıdıkları unvanın gerektirdiği saygı ve güvene yakıştır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler.(11.6.1994 T. E. 1994/43 K.1994/45)”

“Şikâyetli avukatın 13 adet bonoyu, icra takibi yapmak üzere 600.000 TL. gider avansı ile birlikte şikâyetçiden teslim aldığı halde hiçbir işlem yapmadığı, bunun üzerine kendisine noterden ihtarname gönderildiği ve vekâletten de azledildiği dosyadaki kanıtlarla sabit bulunmaktadır. Şikâyetli, itirazında, şikâyetçinin icraya konulmak üzere verdiği senetlerin teminatı olarak kendisinden bir bono aldığını ve daha sonra bonoyu icraya koyarak hakkında takibe geçtiğini, ileri sürmektedir. Bir avukatın, yasal işlem yapmak üzere teslim aldığı senetlere karşı teminat olarak kendi imzasını taşıyan bir bono vermeyi kabul etmesi, avukatlık onuru adına kabul edilemeyecek bir davranıştır. Kaldı ki, bononun icraya konulmasına ve kendisi adına takip yapılmasına neden olmakla, hatalı davranışını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Avukatın eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.(5.2.1994 T. E. 1994/10 K. 1994/13)”

“Şikâyetli avukatın üstlendiği bir davanın Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki yargılanması sırasında birçok duruşmaya mazeretsiz olarak katılmadığı, müvekkiline bilgi vermediği ve iş sahibinden yazılı muvafakat almaya gerek görmeden aleyhte tesis edilen kararı temyiz etmediği anlaşıldığından, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirme isabetli görülmüş ve kararın onanması gerekmiştir. (5.3.1994 T. E. 1994/ 16 K. 1994/24)” “Avukatlık, ‘doğruluk karinesi’nden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inançları asıldır. Bu nedenle, avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.(9.4.1994 T. E. 1994/27 K. 1994/31)”

“Müvekkilin öldüğünü bilinmesine karşın bunu mahkemeye bildirmeyerek davaya devam eden avukatın eylemi disiplin suçudur.(14.06.2002 T. E. 2002/59 K. 2002/187)”

“Avukatlık, diğer mesleklerden farklı olarak “kolektif inanç”ı gerektiren mesleklerdendir. Avukatın yaptığı tüm işlemlerde yasaya ve adalete uygun hareket ettiği, doğruluk ve dürüstlük ilkelerine sadık davrandığı kabul edilir. Bu nedenle, mesleki faaliyetin yürütülmesi sırasında bu güveni sağlamak ve meslek itibarını sarsabilecek her türlü davranıştan kaçınmak avukatın başlıca görevidir. (18.05.2002 T. E. 2001/325 K. 2002/136)”

“Avukat bağlı olduğu meslek kuruluşuna karşı saygı ve nezaket kuralları içinde davranmak ve bu kurumları yaniltacak yanlış bilgiler vermemeye özen

göstermekle yükümlüdür. (16.03.2002 T. E. 2001/278 K. 2002/88)”

“Avukatın mahkemede gerçek dışı beyanda bulunması, kamuda mesleğe olan güvenin ve inancın sarsılmasına neden olacak nitelik taşıdığından meslek kurallarının 3.maddesi hükmüne aykırıdır.(16.03.2002 T. E. 2001/273 K. 2002/83)”

“Müvekkile açılacak davanın garantisi olarak teminat senedi verilmesi avukatlık mesleği yönünden onur kırıcı bir davranıştır.(16.03.2002 T. E. 2001/272 K. 2002/82)”

“Avukat, esas hakkında açtığı bir davanın görülmekte olduğunu ve tedbir isteminin de reddedildiğini yeni başvurusunda saklamamış ve belirtmiş olsa idi, bu başvurunun olumlu sonuçlanması mümkün olmayacaktı. Şikâyetlinin, usul hukukunun açık hükmüne aykırı bir taleple yasaya uygun olmayan bir sonucu-mahkemeye de noksan bilgi vererek-elde etmesi Avukatlık Kanununun 34.maddesinde yer alan doğruluk ve özen ilkelerine aykırı bulunduğundan, disiplin suçu oluşturmaktadır. (16.03.2002 T. E. 2001/270 K. 2002/81)”

“Masraf ve vekâlet ücretinden doğan alacağı tahsili için, hasım taraftan borca teminat olarak nüfus cüzdanı alınmaz. Avukat bu alacakları için yasal yollara başvurması gerekir. (19.01.2002 T. E. 2001/188 K. 2002/16)”

“Avukatın dava giderlerini üstlenmesi, meslektaşlar arasında rekabete yol açabilecek nitelikte ve meslek etiğine uygun düşmeyen bir davranıştır. (19.01.2002 T. E. 2001/197 K. 2001/24)”

“Hasmın tebligat adresi bilinmesine karşın, bir başka adrese tebligat çıkarmak eylemi “ Doğruluk ” ilkesine aykırı olduğundan disiplin suçudur. (12.01.2003 T. E. 2002/262 K. 2003/5)”

“Avukat mesleki faaliyetini yürütürken, kamunun mesleğe olan güvenini sarsan eylem ve işlemlerden kaçınmak zorundadır. Aleyhe verilmiş bir kararın temyizinde hukuki yarar bulunmadığı kanısında ise, bu husus müvekkile yazı ile bildirilmeli ve temyiz edilmemesi hususunda yazılı muvafakat alınmalıdır. Bir haktan vazgeçme sonucunu doğuran işlemlerde iş sahibinin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur. (05.12.2003 T. E. 2003/255 K. 2003/378)”

“Borçlunun muhtemel bilgisizliğinden yararlanarak icra takiplerinde yasal sınırlar üzerinde faiz isteminde bulunmak ve itiraz edilmediği veya itiraz süresi kaçırıldığı takdirde haksız kazanç sağlamak düşüncesi avukatlık mesleğinin saygınlığı ve onuru ile bağdaşmayan bir davranıştır. Avukat, kamunun

avukatlık mesleğine olan güveninin sarsılmamasını sağlayacak bir biçimde çalışmak zorundadır. Yasal oranın üzerinde faiz talep etmek de aynı nedenlerden dolayı yasaya ve meslek kurallarına aykırıdır. (05.12.2003 T. E. 2003/299 K. 2003/408)”

“Şikâyetli avukatın şikâyetçinin oluru almadan mahcuz malların satışını durdurması ve mahcuzların borçluya yediemin olarak teslimini istemesi henüz müvekkili aleyhine bir sonuç doğurmasa dahi, görevin yürütülmesinde uyulması gereken “özen” borcuna aykırı davranış disiplini suçu oluşturmaktadır. (11.07.2003 T. E. 2003/105 K. 2003/218)”

“Avukatlık Yasası’nın 34. maddesinde öngörüldüğü şekilde, avukat, yüklenildiği görevi bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde ve özen içinde yerine getirmek zorundadır. Bir haktan vazgeçmeyi gerektiren işlemlerde vekil edenin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur. Avukat kararın temyizinde yarar görmediği kanısında ise, mütalaasını iş sahibine yazılı olarak bildirmek ve nedenlerini açıklamakla yükümlüdür. Kovuşturma konusu olayda bu ilkeye uygun davranmayan şikâyetli kusurlu görülmüştür. (19.03.2004 T. E. 2003/420 K. 2004/88)”

“Kararın temyiz edilmemesi yolunda şikâyetçinin yazılı bir oluru yoktur. Oysa bir haktan vazgeçme sonucunu doğuran işlemlerde vekil edenden yazılı olur sağlanması zorunludur. Vekilin hukukî yöndeki takdir hakkının, daha ağır suç ve cezayı içeren kararın temyiz edilmeyişi şeklinde uygulanması, Avukatlık Yasası’nın 34. maddesinde öngörülen “özen” yükümlülüğü ile bağdaşmadığından “disiplin suçu” oluşturmaktadır. (21.02.2004 T. E. 2003/371 K. 2004/38)”

“Zorunlu müdafii olarak atanan sanığın, gerekli özeni gösterip işi sonuna kadar takip etme zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Yasası’nın 34 ve 171. maddelerine aykırı biçiminde, yargılama sonunda verilen hükümlülük kararını temyiz etmeme eyleminin TCY’nin 230/1. Görevi Savsama Suçu maddesine uyduğunun gözetilmemesi, yasaya aykırıdır. (Yargıtay 4. Ceza Dairesi 20.10.2004 T. E. 2003/12388 K. 2004/11948)”

2. Meslek Kuralı m. 4

“Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür.”

“Mesleğin genel yararı, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni egemen kılma çabası, salt avukatlık işlemleriyle sınırlandırılmaz. Geniş biçimde değerlendirilmesi mesleğin özelliği gereği olan bu alan, bir anlamda özel yaşamı bile kapsar. İnan ve güven sarsıcı durumlar, kaçınılmaz olaylar sonucunda ortaya çıksa da meslek üyesi, mesleği için özveride bulunarak çekilebilecektir..

Avukatlık, tutum ve davranışlarda, giyimde, konuşmada, özel yaşamda bile özen isteyen bir meslektir. Görevin doğrudan ilgili olduğu yargı-adalet-hukuk kesimi, hiçbir gölge, kuşku ve söylentiye elverişli olmayan yücelikler alanıdır. Serbest meslek üyesi de olsa, kamu hizmeti gören avukatın tutum ve davranışlarında sorumluluk bilinciyle özenli davranması, mesleğin onurunu ödünsüz, kuşkusuz koruyup sürdürmesi ve her yönden üstün nitelikler taşıması kamunun beklediği bir husustur.

Avukat, meslek disiplini ve ahlâkını olumsuz yönde etkileyecek her eylemden uzak duracak, genelde ve özelde meslek onurunu güçlendirip yükseltecektir. (Anayasa Mahkemesi 23.06.1989 T. E. 1988/50 K. 1989/27 Resmi Gazete 4/10/1989-20302)”

TBB Disiplin Kurulu Kararları

“Avukatın, müvekkiline ait duruşmalarda başlangıçta hazır bulunup, daha sonra aralıksız katılmaması görevi ihmal niteliğindedir. (8.4.1989 T. E. 1989/21 K. 1989/21)”⁶

“Avukatlık mesleğinin amacı, her türlü hukuksal sorun ve anlaşmazlıkların adalete uygun olarak çözümlenmesine ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasına yardımcı olmaktır. Avukatın bu amacı aşarak, vekâlet görevini eyleme dönüştürmesi disiplin suçunu oluşturur. (14.7.1990 T. E. 1990/47 K. 1990/60)”⁷

“Avukat mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak ve özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür. (6. 4. 1991 T. 306/23)”⁸

“Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şe-

⁶ Ankara Barosu Dergisi, S. 1990/1.

⁷ TBB Dergisi, S. 1990/4.

⁸ TBB Dergisi, S. 1991/3 s.1421.

kilde hareket etmek zorundadır. (1.2.1997 T. E. 1997/101 K. 1997/12)⁹

“Avukatın yasal olmayan bir işleme karşı aynı şekilde yasal olmayan ve mesleğinin itibarı ile de bağdaşmayan davranışlar içine girmesi Meslek Kurallarına aykırıdır. (6.4.1999 T. E. 1999/25 K. 1999/34)”

“Şikâyetli avukatın alman vatandaşı olan müvekkillerinin satın aldığı taşınmazların tapusunu, müvekkillerinin talebi üzerine kendi adına aldığı sabittir. Yabancı uyruklu kişilerin köy hudutları içerisinde mülk edinmesini yasaklayan yasayı delmek için bu işlem yapılmıştır. Yasalara saygılı olmak ve yasaların amacı doğrultusunda hareket etmek avukatların öncelikli görev ve yükümlülükleri içerisinde yer almaktadır. Avukatlar iyi niyet ile bile olsa hiçbir zaman yasaların uygun görmediği bir hususun bertaraf edilmesinde görev alamaz ve rol üstlenemezler. Avukatın yaptığı işlem şekil olarak hukuka uygun olsa bile amaç olarak hukuka uygun değildir. (13.12.2002 T. E. 2002/237 K. 2002/366)”

“Vekâlet alınmasına ve davanın kabul edilmesine karşın, ücretin ödenmemiş olması, Avukatın üstlendiği işten doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ücret alacağı için müvekkilin yazılı olarak uyarılması ve yasal yollara müracaat edilmesi gerekir. (13.12.2002 T. E. 2002/217 K. 2002/352)”

“CMUK görevlisi avukat barodan aldığı müdafilik ücreti dışında şahsen ücret isteyemez. (13.07.2002 T. E. 2002/92 K. 2002/224)”

“Avukat tahrik altında olsa dahi meslek vakarına aykırı davranamaz. Açılan ceza davasında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması ve hatta cezanın ıskatına karar verilmiş olması, avukatın kusurunu tamamen ortadan kaldırmaya yeter neden olarak düşünülemez. (12.07.2002 T. E. 2002/72 K. 2002/205)”

“Vekâletsiz duruşmaya giren ve verilen süreye rağmen vekâletnamesini süresinde ibraz etmeyen avukatın davranışı “özen” ilkesine aykırıdır. (12.07.2002 T. E. 2002/68 K. 2002/202)”

“Bir haktan vazgeçme anlamındaki işlemlerde mutlak yazılı muvafakat alınması zorunludur. Herhangi bir vazgeçme eyleminde müvekkilin zararı olmayacağı düşünülse dahi, bu hususun vekil edene yazılı olarak bildirilmesi ve yazılı olurunun sağlanması avukatlı mesleğinin ciddiyeti ve görevin özenle yerine getirilmesi ilkesinin gereğidir. (16.03.2002 T. E. 2001/265 K. 2002/78)”

⁹ TBB Dergisi, S. 1992/1 s. 107.

“Olayın gelişme biçimine göre şikâyetli avukatın ağır hakarete maruz kaldığı kuşkusuzdur. Ancak, hangi olumsuz koşullar altında olursa olsun, Avukatın mahkeme salonunda kendisine yapılan hakarete tokatla karşılık verilmesi kabul edilemeyecek bir davranıştır. Avukatın, hakkını yasal yollar-dan araması ve kaba kuvvete başvurmaması zorunludur. (16.02.2002 T. E. 2001/223 K. 2002/52)”

“Şikâyetlinin “Avukat” unvanını kullanarak yazdığı kovuşturma konu-su metinde “Göğüsler ortada, kalçada iki top ve yarıklar, bağır ve göbek açık. Mukaddes Türk anası bu olamaz”, “Bir kadının yatak odasından başka yerde saklayacağı bu cinsel uzuvları teşhir metaı olmuş. Karısına kızına yan bakan-lara kurşunu reva gören Türk insanı, bu felaketi nasıl hazmedip, nasıl seyret-mektedir.?” sözlerine yer verdiği anlaşılmıştır. Metnin altında, “not” olarak “yazının gazetelere, radyolara, tv.lere, bazı okullara, bazı dairelere, barolara, partilere gönderileceği” belirtilmiştir. Kimse başkasının inançlarına karışmak hakkına sahip bulunmadığı gibi, kendi inançlarını ve görüşlerini de toplum ve kamu düzenine ters düşecek bir şekilde, çirkin yakıştırmalarla ve sözlerle uygulama hakkına sahip değildir. Bu ilkeler doğrultusunda şikâyetli avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek tutum ve davranışlar sergilemesi, kendi hoşuna gitmeyen kıyafetleri kullananlara karşı mücadele için dernek kuracağını ifade edip Türk kadınlarını acımasızca eleştirmesi ve hatta tehdit etmesi, avukatlık mesleği ile bağdaşmayan, TBB Meslek Kuralları’na aykırı bir davranış olarak kabul edilmelidir. Mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davra-nıştan kaçınmak zorunda olan avukat, özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür. (TBB Meslek Kuralları Md 4). Kovuşturma konusu eylemin mesleki faaliyet alanı dışında kaldığı varsayılsa bile, “Avukat” unvanı kul-lanılarak yazılan ve yayınlanan metin meslek itibarını önemli ölçüde zede-lediğinden disiplin suçu oluşturmaktadır. Ayrıca, avukat söz ve yazılarında belirli bir üslup düzeyini korumak, seçtiği sözcük ve deyimlere dikkat etmek zorundadır. Kovuşturma konusu yazının bu ilkeye de açıkça aykırı bir düzey-de olduğu tartışmasızdır. (12.09.2003 T. E. 2003/132 K. 2003/251)”

“Çorum 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1998/59 E. sayılı dosyasına Şikâyetli tarafından verilen delil listesinin son bendinde, davaya konu trafik kazası ile ilgili fotoğraflar, delil olarak gösterildiği halde, davaya bakan mah-kemenin birkaç kere mehil vermesine rağmen, dosyaya ibraz edilmediği gö-rülmüştür. Fotoğrafların müvekkil tarafından avukata verilmediği varsayılsa bile, avukatın yazı ile vekil edenini uyarması, fotoğrafların teslimini istemesi ve ibraz etmemenin sonuçlarını bildirmesi zorunludur. Şikâyetli avukat tara-fından şikâyetçiden alınan ibraname avukatın bu konudaki sorumluluğunu

ortadan kaldırmaz. Şikâyetli avukatın bu eylemi şikâyetçinin zarar etmesine, mağdur olmasına sebebiyet verebilecek bir eylem niteliğindedir. Avukatlar yükledikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir biçimde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak zorundadırlar. (11.07.2003 T. E. 2003/94 K. 2003/207)”

“Avukat dava ve keşif mahalline alkollü olarak gelemmez. (12.09.2003 T. E. 2003/134 K. 2003/253)”

“Hukukun hizmetinde olan Avukat, meslek faaliyeti dışında da mesleğin itibarını korumak zorunda olduğundan borç ve taahhütlerini yerine getirmeli ve aleyhine icra takibi yapılmasına sebebiyet vermemelidir. (22.04.2003 T. E. 2002/363 K. 2003/106)”

“Ödemelerini iyi planlayarak aleyhinde icra takibine sebebiyet verilmesi mesleğin itibarını sarsan nitelikte bir davranıştır. (11.07.2003 T. E. 2003/106 K. 2003/219)”

“Ücret ve masraf alınmasına karşın makul sürede dava açılmaması disiplin suçudur. (21.03.2003 T. E. 2002/347 K. 2003/86)”

“Avukatın alacaklısı boş olan senede, bir başka vekilinin ismin yazarak icra takibi yapması disiplin suçudur. (21.02.2003 T. E. 2002/305 K. 2003/43)”

3. Meslek Kuralı m. 41

“Avukat baktığı davada görevini savsayarak, ya da kötüye kullanarak, müvekkili zararına kendisine bir yarar sağlayamaz.”

TBB Disiplin Kurulu Kararları

“Avukatın yükümlülüğüne neden olan ve doğrudan mesleğinin yürütülmesi ile ilgili bulunan vekâlet görevini kötüye kullanma eylemi aynı zamanda disiplin suçunu da oluşturur. (15.9. 1990 T. E. 1990/63 K. 1990/77)”

“Avukat üstlendiği bir dava sonunda tesis edilen kararın temyizinde yarar olmadığı düşüncesinde ise, bu yoldaki hukuk kanaatini temyiz süresi geçmeden ve yazılı olarak müvekkiline bildirmek zorundadır. Aynı şekilde, temyiz giderlerinin de süresi içinde ve yine yazılı olarak iş sahibine bildirilmesi ve giderlerin ödenmemesinin sonuçları hakkında uyarıda bulunulması gerekir. (15.9.1992 T. E. 1992/85 K. 1992/74)”

"Avukatlık" doğruluk karinesinden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin, bu mesleğin mensuplarına inanmaları asıldır. Bu nedenle, avukatların kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir. (11.6.1996 T. E. 1996/37 K. 1996/42)"

"Şikâyetli avukat, vekil sıfatıyla baktığı davada "ticari defterlerin incelenmesine ve bilirkişiye tevdiine gerek yoktur." Şeklindeki beyanı nedeniyle söz konusu defterler incelenmeden dava müvekkili aleyhine sonuçlanmıştır. Avukat, davanın esası ile ilgili sonucu etkileyecek şekilde beyanda bulunurken müvekkile zarar verilmemeli, zarar verecek sonuç doğurucu beyan ise yazılı muvafakat alınmalıdır. (03.12.2004 T. E. 2004/273 K. 2004/370)"¹⁰

4. Meslek Kuralı m. 46

"Adli Müzaheretle görülen işler, başkaca işlere gösterilen özenle yürütülür."^{11, 12}

¹⁰ Manisa Barosu Dergisi, S. 2005/93 s.183-184.

¹¹ AVUKATLIK KANUNU

Avukatın Vekâletten Çekilmesi

Madde 41 - Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekâlet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder.

Şu kadar ki, adli müzaheret bürosu yahut baro başkanı tarafından tayin edilen avukat, kaçınılmaz bir sebep veya haklı bir özrü olmadıkça, görevi yerine getirmekten çekinmez. Kaçınılmaz sebebin veya haklı özrünün takdiri avukatı tayin eden makama aittir.

TBB ADLİ YARDIM YÖNETMELİĞİ

Adli Yardımın Yapılışı

Madde 6- ...b) Adli yardım isteminin kabulüyle, gerekli iş ve işlemleri yapmak ve yürütmek üzere bir veya birkaç avukat görevlendirilir. Görev yazısının bir örneği de istem sahibine verilir ve gerekli bilgi, belge ve vekâletname ile birlikte görevlendirilen avukata başvurusu istenir. Görevlendirilen avukat, görevlendirme yazısının, işe ve ilgiliye ait bilgi, belge ve vekâletnamenin, adli müzaheret istemi reddedilmiş ise iş için zorunlu masraf avansının kendisine ulaşması ile avukatlık hizmetlerini yerine getirmek yükümlülüğü altına girer.

Görevlendirilen avukatın yükümlülüğü, istek sahibinin hizmetin görülebilmesi için gerekli belge ve bilgiler ile avukatlık ücreti dışındaki zorunlu yargılama giderlerini vermemesi veya vekâletname vermekten kaçınması ile sona erer. Görevlendirilen avukat, bu durumu gecikmeden, kendisini görevlendiren adli yardım bürosuna ya da temsilciliğine bildirir. c) Görevlendirmede, avukatların mesleki faaliyet alanlarına ilişkin beyanları dikkate alınır. d) Görevlendirilen avukat, bu işi yaptıktan haklı bir neden olmaksızın çekinmek isterse, görevin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, o işin tarifede belirlenen ücretini baroya ödeyerek görevden çekilebilir.

e) Görevlendirilen avukat, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre işi sonuna kadar takip etmekle yükümlüdür. Bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra takipleri veya benzeri hukuksal işlemler, görev konusu iş kapsamında kabul edilmez.

f) Adli yardım bürosu ve temsilcilikleri, görevlendirilen avukatın hizmeti yeri-

Adli Yardım, kişilerin hak arana özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere avukatlık ücretlerini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların bu hizmetlerden yararlanmasıdır. Avukatlık Kanunu'nun adli yardım kapsamı başlıklı 176. maddesine göre adli yardım; avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara Avukatlık Kanunu'nda yazılı hizmetlerin sağlanmasıdır. Özetle, adli yardımın hak arama özgürlüğünün yoksul kişiler için sağlanmasıdır diyebiliriz:

5. Meslek Kuralı m. 33

“Yanına stajyer almayı kabul eden avukat, stajyerlerin iyi yetişmesi için gerekli dikkati ve ilgiliyi gösterir ve olanaklarını hazırlar.”

6. Meslek Kuralı m. 37

*b)Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştırdığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirleri alır.*¹³

Avukatlık stajının yapılış amacı, biçimi ve yöntemi, TBB tarafından çıkarılan ve 12.12.2001 tarih ve 24615 sayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe giren “*Avukatlık Staj Yönetmeliği*” ile belirlenmiştir.

Yönetmeliğin 1. maddesine göre avukatlık stajının amacı “*hukuk bilgilerini bilimsel verilerden ayrılmaksızın ve bilimin yöntemlerini kullanarak somut olaylara uygulayabilen, yargılama süresince yargılama faaliyetinin yönetimine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılabilen, meslek ilke ve*

ne getirmesi ile ilgili aşamaları izler. Avukat, işin hangi aşamasında olursa olsun, kendisinden istenen bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Hizmetin sonunda da, bu konudaki raporunu ve hizmetin sona erdiğini gösterir belgeleri adli yardım bürosuna ya da temsilciliğine iletir.

¹² *Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararları:*

(10): “Adli yardımdan yararlanan müvekkilleri ile ilgili olanlar dâhil avukat görevini titizlikle ve özenle yerine getirir”.

¹³ *Avukatlık Kanunu Yönetmeliği*

Uzlaşma Müzakereleri

Madde 16- ...Uzlaşma müzakereleri sırasında taraflarca veya avukatlarınca yapılan beyan ve ikrarlar, uzlaşmanın sağlanamaması halinde geçerli olmayıp, uzlaşma konusuyla ilgili olarak açılmış ve daha sonra açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Uzlaşma müzakereleri esnasında anlaşmazlık konusunda beyan edilen hususlar taraflarca ve avukatlarınca hiçbir şekilde açıklanamaz.

kurallarına bağlı, hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi için uğraş veren, insan haklarına saygılı, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesinden ayrılmayan, bağımsız ve özgür avukatların yetişmesi için hukuksal, sanatsal ve eğitsel olanakların kullanılması” olarak belirtilmiştir.

Staj yapma talebi kabul edilip baro staj listesine adı yazılan stajyerler, stajlarının ilk altı aylık süresinde Yönetmelikte belirli sıra ve sürelerde mahkeme ve adalet dairelerinde staj yaparlar.

İkinci altı aylık süre, baro levhasına kayıtlı, meslekte en az beş yıl kıdemi olan, hakkında avukatlığa engel bir suçtan dolayı son soruşturma açılmasına karar verilmemiş, geçmiş beş yıl içinde Disiplin Kurulu'nca verilmiş kesinleşmiş bir kararla para veya işten çıkarma cezası ile cezalandırılmamış bir avukatın yanında yapılan stajla tamamlanmaktadır (Staj Yönetmeliği m. 14-15).

Stajyerler, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler. Bu işleri yaparken de Avukatlık Meslek Kuralları'nın 20. maddesine göre; *“Avukat stajyerleri mesleğe yaraşır bir kıyak ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar”.* *“Stajyerlerin bu yetkileri staj bitim belgesinin verilmesi veya staj listesinden adının silinmesi ile sona erer. (Avukatlık Kanunu m. 26- Staj Yönetmeliği m. 19) Stajyer, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ile dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilir. Stajyer ayrıca vekaletname veya yazılı olur olmaksızın, dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. (Avukatlık Kanunu m. 46 -Staj Yönetmeliği m. 19)”*

Stajyerler, avukatla birlikte duruşmalara girmek, avukatın mahkemeler ve idari makamlardaki işlerini yapmak, dava dosyaları ve yazışmaları düzenlemek, baroca düzenlenen eğitim çalışmalarına katılmak, baro yönetim kurulunca verilen ve yönetmelikte gösterilecek diğer ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Stajyerler, meslek kurallarına ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadırlar. (Avukatlık Kanunu m. 23)

Yanına stajyer almayı kabul eden Avukat, stajyerini hukukun üstünlüğü ilkesine, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hukuk bilgilerini somut olaylara uygulayabilecek nitelikte, bağımsız ve özgür bir avukat olarak yetiştirmekle yükümlüdür.

Bu yükümlülük kapsamında avukat, stajyeri Avukatlık Kanunu'nda belirtilen duruşmalara ve cezaevi görüşmelerine birlikte gitmek, mahkemeler ve idari makamlardaki işleri takip etmek, dava dosyalarını ve yazışmaları düzenlemek imkanını sağlayarak eğitir. Stajyere bu işler dışında bir iş yüklenemez. Avukat, stajyerin baro eğitim çalışmalarına katılmasını, devamını ve başarısını denetlemekle yükümlüdür. (Staj Yönetmeliği m. 17)

TBB Disiplin Kurulu Kararları

“Disiplin kovuşturmasına konu olayda, stajyer avukatın staj süresini kesintisiz olarak tamamlamadığı, Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği'nin 17/son maddesine göre, Şikayetli Avukatın, yanında staj yapan Stajyer Avukatın Baro eğitim çalışmalarına katılmasını, devamını ve başarısını denetlemediği anlaşılmalı, eylem Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 33. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği'nin 17/son maddesine aykırılık oluşturduğundan, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Stajyer Avukatın, Baro eğitim seminerlerine katılmadığı dosyadaki bilgilerden anlaşılmıştır. Şikayetli avukatın, Stajyer Avukata eğitim zamanlarında izin vererek gönderdiği, bunun dışında Stajyerinin eğitim seminerlerine katılıp katılmadığını bilemeyeceği biçimindeki savunması, Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 17/son maddesindeki yükümlülük karşısında, nazara alınmamıştır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun, eylemin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 33. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği'nin 17/son maddesine aykırı olduğundan disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir. (T. 30.09.2005 E. 2005/230 K. 2005/316)

“Stajyer avukatlar Avukatlık Kanunu 23. maddesinin son tümcesine göre meslek kurallarına uymak zorundadırlar. (18.10.2002 T. E. 2002/144 K. 2002/285- 20.7.2000 T. E. 2000/75 K. 2000/108)”¹⁴

¹⁴ TBB Dergisi, S. 2000/3 s. 924.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12. 07. 2006

E. 2006/9-506

K. 2006/519

* İşçi alacağı

* Usule ilişkin kazanılmış hak

(5953 sayılı K. ek m. 1;

2494 sayılı K. ile değişik 1086

sayılı HUMK m. 438/II)

Taraflar arasındaki “İşçi Alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 14. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne kısmen reddine dair verilen 15.12.2005 gün ve 2005/1437-781 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 21. 2. 2006 gün ve 238-4327 sayılı ilamı ile; (... 1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazlarıyla davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı gazetecinin davalıya ait işyerinde çalıştığı sırada haftada altı gün ve her gün üç saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek hesaplama yapılmış ve %30 oranında taksiri indirime gidilerek istekle ilgili karar verilmiştir. Dosyadaki delil durumu ve tanık beyanlarına göre davacının günlük mesaisinin saat 20.00’da sona erdiği açıktır. Somut olayda 5953 sayılı yasanın ek madde 1. maddesinde öngörülen günlük sekiz saatlik mesainin ardından 1 saatlik ara dinlenmesi de düşüldüğünde ortalama olarak günde iki saat fazla çalışma yapıldığının kabulü gerekir. Belirtmek gerekir ki, davacı vekili tarafından temyize cevap dilekçesi ekinde emsal olarak sunulan gazeteciler yönünden de ağırlıklı olarak günde iki saat ve haftada on iki saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanmış ve taksiri indirime gidilerek isteklerle ilgili hüküm kurulmuştur. Mazerete dayanan ve bu şekilde çalışılmayan günler için taksiri indirimin ardından davacının fazla çalışma ücreti-

nin bu doğrultuda yeniden belirlenmesi gerekir. Anılan alacağın gününde ödenmemesinden kaynaklanan günlük yüzde beş fazlaya dair istekler yönünden de yeniden hesaplama yapılmalıdır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

3. Mahkemece daha önce verilen kararda ikramiye, ulusal bayram ve genel tatillerle bu isteğin günlük yüzde beş tarafların fazlasına dair alacaklar hüküm altına alınmış ve dairesimizce bu hususlar bozma dışı bırakılmak suretiyle kesinleşmiştir. Mahkemece anılan istekler yönünden bozma sonrasında yeniden karar verilmesi ve avukatlık ücreti ile harç hesabında bunun dikkate alınması hatalı olmuştur...) 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 ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK'nın 2494 sayılı yasa ile değişik 438/II. fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı, ikramiye alacağı, fazla çalışma ücret alacağı, fazla çalışma ücret alacağı % 5 fazlası, genel tatil, resmi ve dini bayram ücret alacağı, genel tatil, resmi ve dini bayram ücret alacağı % 5 fazlası, hafta tatili ücret alacağı, hafta tatili ücret alacağı % 5 fazlasının ödenmediğini ileri sürerek bu alacak kalemlerinin faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece ilk kararda; hafta tatili ücret alacağı ve hafta tatili ücret alacağı % 5 fazlası yönünden davanın reddine, diğer alacak kalemleri yönünden bilirkişi raporuna göre davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine Özel Daire'ce; sair temyiz itirazları reddedildikten sonra yalnızca, bayram ve genel tatillerde günlük 8 saatlik mesainin üzerinde çalışıldığının kanıtlanamaması nedeniyle, genel tatil ücret alacağı ve bunların % 5 fazlası yönünden ve hüküm altına alınan diğer alacak kalemlerindeki % 5 fazlaların temerrüt ve faiz başlangıç tarihlerinin belirlenmesi bakımından bozma sevk edilmiştir.

Mahkemece; bozmaya uyularak ek rapor alınmış, bayram ve genel tatillerde 8 saat mesainin üstündeki çalışmaların mahsubu yapılmış, % 5 fazlalıkların faiz başlangıç tarihleri ayrı ayrı hesaplanmış ve bu doğrultuda yeniden hüküm kurulmuştur.

Taraf vekillerinin temyizleri üzerine Özel Daire'ce; yine sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra, daha önce bozma kararı kapsamı dışında kalmakla birlikte fazla mesai alacağı yönünden günlük 2 saat yerine 3 saat, haftalık 12 saat yerine 18 saat fazla çalışma yapıldığının kabul edilmesinin ve ayrıca bozma kapsamı dışında kalarak kesinleşen konularda yeniden hüküm kurulması, avukatlık ücreti ve harç hesabında bunun dikkate alınmasının hatalı olduğu belirtilerek hüküm bozulmuştur.

Mahkeme direnme kararında; kesinleşen konularda yeniden hüküm kurulması ile ilgili bozma bendine uyulmasına karar verilmiştir. Ancak, birinci bozma kararında; fazla çalışma ücret alacağı, fazla çalışma ücret alacağı % 5 fazlası yönünden mahkemenin ilk kararında yer almasına ve temyize konu edilmesine rağmen, bozma kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddedilmiş olması nedeniyle bu hususun davacı yararına usuli kazanılmış hak meydana gelmiş olmasına karşılık, ikinci bozma ilamında bu yönden de bozma sevk edilmesinin hatalı olduğu belirtilerek önceki kararında direnmiştir.

Hemen belirtelim ki, vermiş olduğu bir hüküm Yargıtay tarafından bozulan ve Yargıtay'ın bu bozma kararına gerek iradi ve gerekse kanuni şekilde uymuş olan hukuk mahkemesi, bozma kararı doğrultusunda inceleme yapmak ve hüküm vermek zorundadır. Mahkeme, bozma kararından dönerek direnme kararı veremeyeceği gibi, hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan bölümleri hakkında da yeni bir hüküm kuramaz.

Bu müesseseye "*usuli müktesep hak*" veya "*usule ilişkin kazanılmış hak*" denir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nunda anılan müesseseye ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ne varki, "*Usuli Müktesep Hak*", davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay inançları ile kabul edilmiş, usul hukukunun ana ilkelelerinden ve kamu düzeni ile ilgilidir.

Açıkça bozmaya uyulmasına karar verilmesiyle, taraflardan birisi yararına usule ilişkin kazanılmış hak doğar. Bundan sonra mahkemenin yapacağı iş, bozma kararı uyarınca ve o doğrultuda işlem yapmak ve gerekli kararı vermektir. Bu kurala yerel mahkemece uyulması gerektiği gibi Yargıtay tarafından da uyulması gerekir. (Yargıtay (Hukuk Genel Kurulu'nun 28. 9. 2005 gün ve 2005/8-512-535 sayılı ilamı)

Uyulmasına karar verilen ilk bozma kararının bayram ve genel tatil günlerinde fazla çalışma ve bunların % 5 fazlalık alacaklarının reddine karar verilmesi yönünde bulunması karşısında, bozma kararına konu yapılmayan sair yönler davacı yönünden usulü kazanılmış hak oluşturmakta olup, bu yönler ikinci kez bozma kararına konu yapılmazlar.

Bu itibarla, mahkemenin ilk kararında yer alan, temyize konu edilmesine rağmen, sair istemlerin reddi kararı ile bozma kapsamı dışında kalarak davacı lehine usuli kazanılmış hak niteliği alan fazla mesai ücret alacağı ile fazla mesai ücret alacağı % 5 fazlası yönünden Özel Daire'ce yeniden inceleme yapılarak bozma sevk edilmesi hatalı olmuştur. Açıklanan nedenlerle, bu yöne ilişkin yerel mahkeme kararı isabetli bulunmaktadır.

Ne var ki, bilirkişi tarafından yapıлып, mahkemece de benimsenen hesaplama yöntemi bakımından Özel Daire'ce davalı vekilinin temyiz itirazları incelenmediğinden dosyanın bu yönlerin incelenmesi için Dairesine gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13. 12. 2006

E. 2006/13-781

K. 2006/803

* Kiracılığın tespiti

* Feshi ihbar

(5072 sayılı K.;

6570 sayılı K. m. 6, 7, 11)

Taraflar arasındaki "kiracılığın tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 5. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 12.11.2004 gün ve 2004/237 E- 2004/462 K. sayılı

kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 19.09.2005 gün ve 2005/7482-13364 sayılı ilamı ile; (... Davacı, davalı idare ile aralarında 22.03.2004 tarihinde, 01.01.2004 ila 30.04.2004 tarihleri arasında geçerli olmak üzere kira sözleşmesi yapıldığını, sözleşmenin 3/e maddesine göre sözleşme süresi bitmeden 10 gün önce davalı kiralayanı feshi ihbarda bulunmaması halinde sözleşmenin uzayacağını, davalının süresinde feshi ihbarda bulunmadığını ve sözleşmenin yenilenerek bir yıl uzadığını, ancak daha sonra 04.05.2004 tarihli ve 11.05.2004 tarihi yazılarla kiralananın tahliyesinin istendiğini bildirip, kiracılığının devam ettiğinin tespit ile muarazanın giderilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının kira sözleşmesinin 3/e maddesine göre kira süresinin bitim tarihinden on gün önce tahliye istemediği ve kira sözleşmesinin bir yıl süre ile uzadığından bahisle davacının kiracılığının devam ettiğinin tespitine ve muarazanın giderilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında 22.03.2004 tarihinde düzenlenen kira sözleşmesinin süresi 1.1.2004 tarihinden 30. 04. 2004 tarihine kadardır. Kira sözleşmesinin 3/e maddesi ile *"TRT ihtiyacı halinde kiralanan yerlerin 10 (on) gün önceden haber vermek kaydıyla tahliyesini isteyebilir."* Hükümü getirilmiştir. Bu madde ile taraflar kira sözleşmesi devam etmekte iken ihtiyacı halinde kiralayanın on gün önceden fesh ihbarda bulunarak her zaman tahliye isteyebileceği kararlaştırılmıştır. Maddede kira sözleşmesinin süresi bitmeden on gün önce feshi ihbarda bulunmadığı takdirde, kira sözleşmesinin bit yıl uzayacağı anlamında bir kararlaştırma yoktur. Davalı kiralayan, süresinin bitiminden itibaren hemen 4 ve 11 Mayıs 2004 tarihli yazılarla davacı kiracıdan kiralananın tahliyesinin istediğine göre, BK 267 maddesi hükmüne göre kira sözleşmesinin uzadığının kabulü mümkün değildir. O nedenle davanın reddi gerekir. Mahkemece sözleşmenin 3/e maddesi hükmü yanlış değerlendirilerek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...) 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, kiracı tarafından açılmış, kiracılığın devam ettiğinin tespiti ve muarazanın giderilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkili ile davalı idare arasında 01. 01. 2004 - 30.04.2004 tarihleri arasında geçerli olmak üzere akdedilen kira sözleşmesinin 3/e maddesinde öngörülen ihbar koşulu gereğince, sözleşmenin bitim tarihinden 10 gün önce davalının dava konusu yere ihtiyacı olması halinde ihtarname göndermek zorunda olduğunu; ancak davalının süresinde feshi ihbarda bulunmaması nedeniyle 6570 sayılı kanunun 11. maddesi gereğince kira sözleşmesinin bir yıl süre ile uzadığını; buna rağmen davalı Kurumca müvekkiline sonradan gönderilen 04.05. 2004 ve 11.05.2004 tarihli yazılarla kiralananandan tahliyesinin istendiğini ileri sürerek, kiracılığın devam ettiğinin tespiti ile muarazanın giderilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; 29.01.2004 tarihli *Resmi Gazete'de* yayınlanan 5072 sayılı "*Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun*" kapsamında kiralanan yerlerin altı ay içerisinde tahliyesi zorunluluğunun getirilmiş olması nedeniyle; müvekkilinin, taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesinin 3/e maddesine dayanarak kiralananın tahliyesini istediğini savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; "*kiralananın musakkaf nitelikte olup, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi uyarınca uyumsuzluğa 6570 sayılı kanun ile Borçlar Kanunu'nun kira yasasına aykırı olmayan hükümlerinin uygulanması gerektiği, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 7. maddesinde tahliye sebepleri sınırlandırıldığından, davalı kiralayanın sözleşmenin sona erdiği gerekçesiyle tahliye isteminde bulunamayacağı, kiralananı tahliye edeceğine dair davacı tarafından kira sözleşmesinin bitiminden evvel davalıya yapılmış bir bildirim de bulunmadığı anlaşıldığından, aynı kanununun 11. maddesi uyarınca taraflar arasındaki kira sözleşmesinin bir yıl süre ile kendiliğinden uzamış sayılacağı*" gerekçesiyle "*davacının kiracılığının devam ettiğinin tespiti ile muarazanın bu şekilde önlenmesine*" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 01.01.2004 başlangıç 30. 4. 2004 bitim tarihli olup, sözleşmenin 3/e maddesinde “TRT ihtiyacı halinde kiralanan yerlerin 10 (on) gün önceden haber vermek kaydıyla tahliyesini isteyebilir” hükmü getirilmiş ve davalı idareye ait Orkut ve Arı Stüdyoları binalarında bulunan 4.5 m² yerin çay ocağı olarak davacıya kiralandığı belirtilmiştir. Davalı/kiralayanın, kira sözleşmesinin sona erdiği gerekçesiyle kiralananın tahliyesi istemini içeren 3 Mayıs 2004 ve 11 Mayıs 2004 tarihli yazıların, aynı gün davacıya tebliğ edildiği uyuşmazlık dışıdır.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; taraflar arasındaki çekişmenin, 818 sayılı Borçlar Kanunu’na göre mi, yoksa 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun hükümlerine göre mi çözümlenmesinin gerektiği; buna bağlı olarak kira sözleşmesinin sona erip ermediği noktalarında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere; 818 sayılı Borçlar Kanunu kira akdinden doğan davalarda genel ve temel Kanun durumunda olup, aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulanacak olan kanun, Borçlar Kanunu’dur.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun’un 1. maddesinde, bu kanunun uygulanacağı alan belirlenmiş olup; anılan madde uyarınca 6570 sayılı kanun, öncelikle Belediye teşkilatı olan yerlerle, belediye teşkilatı olmasa bile iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin kiralınmasıyla ilgili işlemlerde geçerli bulunmaktadır.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun’a göre; mecurun bu kanun kapsamına girmesi için ikinci koşul da, bunların gayrimenkul olmaları ve musakkaf bulunmaları lüzumudur.

Kısaca, kiraya verilen musakkaf yerlere ilişkin uyuşmazlıklara 6570 sayılı kanun hükümleri uygulanmakta olup, gayri musakkaf taşınmaz mallar ise Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

Her iki yasanın ilgili maddelerinin hukuki sonuç ve hükümleri ile koruma amaçları tamamen bir birinden farklıdır. Örneğin, kira parası, Borçlar Kanunu’nun 248. maddesinde yer alan, kira akdinin esaslı unsurlarındandır.

Yine, kiralanan taşınmazın, niteliği itibarıyla 6570 sayılı kanunun uygulama alanı içinde bulunması durumunda asıl olan, kira müddetinin sonunda da kira akdinin devam etmesidir. Ancak kira parasına ilişkin olarak, tarafların ihtilafa düşmeleri halinde sözleşmede doğan

bu boşluk 18. 11. 1964 tarih, 2/4 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı uyarınca hakim tarafından doldurulur.

Borçlar Kanunu'na tabi olan yerlerde ise, akit kural olarak sözleşmede öngörülen süre hitamında sona erer ve kiralananın kira parası hakkında taraflar arasında anlaşmazlık bulunması durumunda, kira akdinin asli unsurlarından olan, kira bedeli konusundaki uyumsuzluk nedeni ile artık devam eden bir kira sözleşmesinin varlığından söz etme olanağı yoktur.

Konunun yasal dayanağı olan, Borçlar Kanunu'nun "*Sükut ile tecdit*" başlığı altında düzenlenen 263. maddesinde; "*Kira muayyen bir müddetle aktedilip de bu müddetin hitamında kiralayanın malumatı ile ve muhalefeti olmaksızın kiralananın kullanılmasına devam olunduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen ihbarı iki taraftan hiçbiri yapmadığı takdirde hilafına mukavele yok ise akit, gayri muayyen bir müddet için tecdit edilmiş sayılır*" hükmü öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında; süreli akitlerde sürenin bitmesiyle aktin kendiliğinden sone ereceği, bunun için ayrıca bir fesih ihbarına gerek bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır. Ancak, sözleşmede taraflarca böyle bir ihbar gönderilmesi kararlaştırılmış ise, tarafların bu koşula uymaları gerektiği kuşkusuzdur.

Somut olayda, 01.01.2004 başlangıç 30.04.2004 bitim tarihli kira sözleşmesinde kiralanan, davalıya ait binalarda bulunan çay ocağı olarak tarif edilmiş, bu yerin 4.5 m² genişliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu haliyle bağımsız bir yerin kiralınması söz konusu olmadığından, kiralanan gayri musakkaf niteliktedir. Dolayısıyla Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğu açıktır.

Davalı, kira sözleşmesinin sona erdiği 30.04.2004 gününden hemen sonra davacıya gönderdiği 03.05.2004 ve 11.05.2004 tarihli yazılarla kiralananın tahliyesini istemiş, eş söyleyişle kira sözleşmesinin 3/e maddesine uygun feshi ihbarda bulunmuştur.

Bu durumda; artık devam eden veya yenilenen bir kira sözleşmesinin varlığından söz edilmesi olanaklı değildir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03. 05. 2006 gün ve E:2006/13-261, K:2006/258 sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkeme'ce, davanın reddi gereğine işaret eden da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken,

yanılgılı gerekçeyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28. 06. 2006

E. 2006/13-468

K. 2006/470

* Alacak

* Ariyet sözleşmesi

* Senetle ispat şartı

* Senede bağlanma imkanı

olmayan işlemler

(818 sayılı BK m. 299;

4721 sayılı TMK m. 6;

1086 sayılı HUMK

m. 288. 293/4)

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Zeytinburnu Asliye 1. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 9. 3. 2004 gün ve 2000/452-2004/100 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 7. 2. 2005 gün ve 2004/10024-2005/1726 sayılı ilamı ile, (... 1. Taraflar arasındaki uyuşmazlık ariyet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. BK 299. maddesi hükmüne göre; Ariyet veren bir şeyin bedava kullanılmasını ariyet alana bırakmak ariyet olanda o şeyi kullandıktan sonra geri vermekle yükümlüdür. Yasa ariyet sözleşmesinin geçerliliği için şekil şartı kabul etmemiştir. MK 6. maddesi “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlamakla yükümlüdür.” Düzenlemesini getirmiştir. Bu bağlamda HUMK’nın 288. maddesi bir hakkın doğumu, düşürülmesi devri, değiştirilmesi, yenilenmesi ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldığı zaman ki miktar ve değeri itibarıyla 40.000.000TL’yi geçmesi halinde senetle ispat olunmasını öngörmüştür.

Somut olayda davacı, ariyet olarak verdiği ancak iade edilmeyen araç bedeli 10.000.000.000 TL’nin tahsilini istemektedir.

Davalı ise akdi ilişkiyi inkar etmekte ve açıkça tanık dinletilmesine muvafakatının olmadığını belirtmektedir. Bu durumda davacı ariyet sözleşmesinin varlığını kesin delillerle (ikrar, kesin hüküm, senet, ye-

min) kanıtlamalıdır. Davacının delilleri arasında olan Devrek Asliye Ceza Mahkemesi'nin 1997/125 esas, sayılı kesinleşen dava dosyasında davacı ile davalıların murisi arasında ariyet sözleşmesi olduğuna dair bir hüküm olmadığı gibi kaza anında aracı kullanan kişinin dava ihbar olunan K. Ö. olduğu sabit olmuştur. Bir örneği dosya içinde olan ancak kesinleşme şerhi verilmeyen Bakırköy İş Mahkemesi'nin 1999/1385 ve 1998/1905 sayılı (Bakırköy 2. Asliye Hukuk 2002/62) dava dosyaları ile de ariyet sözleşmesinin varlığı kanıtlanmış değildir. Davada, uyumsuzluğun miktarı itibarıyla tanık dinletilmesi mümkün olmamasına ve davalının açıkça karşı koymasına rağmen mahkemece tanık ifadelerine dayanılarak ariyet sözleşmesinin varlığının kabul edilerek karar verilmesi doğru değildir. Davacı taraf ibraz ettiği ve toplanan delillerle iddiasını kanıtlayamamıştır.

Ne var ki davacı dava dilekçesi ve delil listesinde sair deliller demek suretiyle yemin deliline de dayanmıştır. Mahkemece davacıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2. Yukarıdaki bentte açıklanan bozma nedenine göre bu aşamada davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENELE KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, davacı tarafından davalıların miras bırakanına ariyet olarak verildiği ve iade edilmediği ileri sürülen araç bedelinin, davalılardan tahsili istemine ilişkindir.

Davacı N. Ç. vekili, davalıların miras bırakanı A. D. ile davacının arkadaş olduklarını, davalıların miras bırakanının, İstanbul'da çalıştığı matbaanın sahibi K. Ö.'yü 1997 yılı Kurban bayramında memleketi olan Cide'ye götürüp, oradaki annesi ve babası ile tanıştırmak, onu bayramda ağırlamak için, davacının 34 NN 371 plaka sayılı Toyota

Corona marka otomobilini ariyet olarak istediğini, davacının da aracı verip teslim ettiğini, miras bırakanın bu araçla Zonguldak'ın Devrek İlçesi'nde 15. 4. 1997 tarihinde trafik kazası yaptığını ve vefat ettiğini; davalıların, miras bırakanlarına ariyet verilen ve iade edilmeyen aracın bedelini davacıya ödemekle yükümlü olduklarını ileri sürerek, araç bedeli 10 milyar TL'nin 15.4.1997 kaza tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı F. D. (kendisine asaleten ve çocukları M. D. - V. D.'ye velayeten) vekili, davalıların miras bırakanı ile davacının arkadaş olduklarını, aralarında araçla ilgili herhangi bir ariyet sözleşmesinin de bulunmadığını, sözleşme ilişkisinin ispatı yönünden HUMK hükümlerine göre yazılı delil (senet) dışında bir delil kabul etmediklerini; 10.000.000.000 TL değerinde olduğu iddia edilen araçla ilgili ariyet sözleşmesi varsa, bunun yazılı delille ispatı gerektiğini, ortada böyle bir belgenin bulunmadığını, gerçekte, davacı ile arkadaş olan kişinin, aracı kullanırken miras bırakanın ölümüne sebebiyet veren dava dışı Kamil Özgen olduğunu belirtmiştir.

Davalıların istemi üzerine, dava, kaza sırasında aracı kullandığı ileri sürülen K. Ö.'ye ihbar edilmiştir.

Yerel Mahkeme; ceza dosyası, trafik kayıtları, iş mahkemesi dosyası, tanık beyanları, olay yeri tutanakları ve tüm dosya kapsamına göre, davacıya ait aracın davalıların miras bırakanınca ödünç olarak alındığının, ancak kaza nedeni ile davacıya iade edilmediğinin sabit bulunduğu gerekçesiyle, bilirkişi raporlarındaki hesaplamayı esas alarak ve aracın sonradan üçüncü kişiye satımına ilişkin resmi satış sözleşmesindeki satış bedelini tenzil ederek davanın kısmen kabulüne, 5.270.000.000. TL'nin 15.04.1997 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiş; bu karar, davalılar vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, Yerel Mahkeme'nin, önceki gerekçesini tekrarlayarak ve genişleterek verdiği direnme kararını da, yine davalılar vekili temyiz etmiştir.

Bozma ve direnme kararlarının açıklanan bu içerik ve kapsamları itibarıyla, direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, davadaki ariyet iddiasının, davalı tarafın açıkça karşı çıkmış

olmasına rağmen, davacı tarafından tanıkla ispatının mümkün olup, olmadığı; özellikle de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293/4. maddesindeki kuralın somut olayda uygulama yerinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Ariyet iddiasına konu 34 NN 371 plaka sayılı aracın 21.9.1994 tarihinde davacı adına trafiğe kaydedildiği; 15.4.1997 tarihinde Zonguldak İli, Devrek İlçesi sınırları içerisinde meydana gelen kaza sonucunda, araç içerisinde bulunan davalılar miras bırakanının öldüğü, aracın bilahare 3.8.1998 tarihinde davacı tarafından dava dışı Şükran Şimşek'e satıldığı, toplanan delillerden anlaşılmaktadır.

Davacı, aralarındaki arkadaşlık ilişkisinden dolayı ve isteği üzerine söz konusu aracı davalıların miras bırakanına ariyet olarak verdiğini ileri sürmüştü; davalılar ariyet iddiasını reddetmiş ve bu iddianın yazılı belge ile ispatı gerektiğini savunmuşlardır.

Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği üzere; Borçlar Kanunu'nun 299. ve ardından gelen maddelerinde, ariyet sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil koşuluna bağlanmamıştır. Ne var ki; davacı tarafın ariyet iddiasına konu ettiği aracın dava dilekçesinde bildirilen değeri (10 milyar TL) ve davalı tarafın tanık dinletilmesine muvafakat etmemiş olması karşısında, davalıların miras bırakanı ile davacı arasında bu araçla ilgili bir ariyet sözleşmesi bulunduğu yönünde davacı iddiasının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki açık hüküm uyarınca, senetle (yazılı delille) ispatı zorunludur.

Davacı taraf, bu konuda herhangi bir yazılı belgenin varlığını ileri sürmemiş ve dosyaya da bu yönde bir yazılı delil sunmamış; ariyet iddiasını tanıkla ispatlamak istemiş, Yerel Mahkeme, davalı tarafın açık itirazına rağmen bu isteği kabul ederek, davacının gösterdiği tanıkları dinlemiş; Özel Daire'ce bozulan önceki hükmünü de, hem görülmekte olan davada bizzat dinlediği tanıkların ve hem de, olayla ilgili olarak taraflar arasında görülen başka davalarda dinlenen öteki tanıkların beyanlarına dayalı olarak kurmuş; ancak, davalı tarafın açıkça karşı çıkmasına rağmen, hangi gerekçeyle davacı tanıklarının dinlendiğine ve tanık sözlerine hangi nedenle itibar edildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır.

Yerel mahkemenin direnme kararında ise, davacı tarafın tanık dinletme isteminin kabulünün ve dinlenen tanıkların sözlerine itibar

edilmesinin hukuksal dayanağı olarak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293/4. maddesi gösterilmiştir.

Gerçekten de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293/4. maddesi, "*Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler*" hakkında, her halde tanık dinletilebileceği hükmünü amirdir.

Ne var ki; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükmü, belirli bir miktar ve değerin üzerindeki hukuksal işlemlerin senetle ispat olunması gereğini öngören, aynı kanununun 288. maddesindeki kuralın, tahdidi olarak sayılan istisnalarından birini düzenlemesi nedeniyle, sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre, bir davada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesi uyarınca miktar veya değeri itibariyle senetle ispatı gereken bir hukuki işlemin, 293/4. madde çerçevesinde tanıkla ispat edilebilmesi için; o bölgede halin gereklerine ve tarafların durumlarına göre o işlemin senede bağlanmamasının devamlılık gösteren bir adet haline gelmiş, bu hususun zaman içerisinde herkesçe uyulmak suretiyle kararlılık kazanmış bulunması ve aynı zamanda kamuoyu tarafından da bu teamüle inanılmış olması gerekir. Bu yöndeki Yargıtay uygulamasına örnek olarak; Bkz., Yargıtay Hukuk Genele Kurulu'nun 10. 4. 1974 gün ve 1969/3-592-1974/368 sayılı; 6. 6. 1984 gün ve 1982/13-571-1984/660 sayılı kararları gösterilebilir.

Önemle belirtilmelidir ki; bir uyuşmazlıkta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293/4. maddesi çerçevesinde tanık dinlenebilmesi için, ispat yükü kendisinde bulunan tarafın, tanıkla ispat etmek istediği hususta, o bölgede, o yönde bir teamül bulunduğunu ileri sürmüş olması da gerekir.

Bu ilke ve kurallar ışığında somut olaya dönüldüğünde:

Somut olayda, davacı taraf, dava dilekçesinde ve yargılama aşamalarında, yukarıda açıklanan şekildeki bir teamülün varlığını ileri sürmemiş, bu yönde delil bildirmemiş; Yerel Mahkeme de, Özel Daire bozmasına konu olan, davanın kısmen kabulüne yönelik önceki kararında böyle bir gerekçeye dayanmamış, teamül olgusundan sadece direnme kararında söz etmiştir.

Öte yandan, dosya kapsamı itibariyle, somut olayda, ariyet sözleşmesi bakımından, Yerel Mahkemenin direnme kararında dayanılan

şekilde bir teamülün varlığından söz edilebilmesi de mümkün olmadığı gibi, Yerel Mahkeme kararının aksine kesinleşen ceza ve iş mahkemelerinin duruşma zabıtlarında dava dışı sürücü ve sanık K. Ö.'ye otomobilin ariyet verildiğinin şahit beyanlarında dile getirildiği de saptanmıştır.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece, gerekçesi ve sonucu itibariyle aynı yönde bulunan ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 21. 06. 2006
E. 2006/13-375
K. 2006/450

* Tazminat
* İdarenin özel hukuk sözleşmeleri
* Yargı yeri uyusmazlığı
(2577 sayılı İYUK)

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce, davalılardan Narlıdere Belediye Başkanlığı hakkındaki davanın kabulüne, diğer davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi hakkındaki dava bakımından mahkemenin görevsizliğine dair verilen 17.4.2003 gün ve 2001/1049-2003/258 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili ve davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 23.2.2005 gün ve 2004/18773-2005/2763 sayılı ilamı ile, (... Davacı, davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı ile 15. 3. 1998 başlangıç tarihli 3 yıl süreli reklam panosu dikim sözleşmesi yapıldığını, davalıların 15.7.2000 tarihinde reklam panolarını kaldırarak sözleşmeye aykırı davrandıklarını reklam panolarının kullanılmasına engel oldukları için kazanacak reklam gelirlerini engellediklerini ileri sürerek 62.155.350.000 TL. zararlarının tahsilini istemiştir.

Davalı İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı, İdare Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle görev itirazında bulunmuş, sökme işlemi ile bir ilgisinin olmadığını ileri sürerek davanın reddini dilemiştir.

Davalı, Narlıdere Belediye Başkanlığı, idare mahkemesinin görev-

li olduğunu, reklam panolarının diğer davalı tarafından söküldüğünü ileri sürerek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine açılan davanın idare mahkemesinin görev alanına girdiğinden Mahkemenin görevsizliğine, diğer davalı belediye hakkındaki davanın bilirkişi raporu esas alınarak kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm davacı ve davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı tarafından temyiz edilmiştir.

1. Dava özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan tazminat istemine ilişkin olup, uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Davada ayrıca idari bir işlemin iptali veya hizmet kusurundan kaynaklanan tazminat isteği yoktur.

Bu nedenle davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi hakkındaki davanın da adli yargı yerinde görülmesi gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile dava dilekçesinin görev yönünden reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2. Davalı Narlıdere Belediyesi'nin temyizinde de; hükme esas alınan bilirkişi raporunda da sözleşme konusu 25 adet reklam panolarının kaldırılma tarihinden önceki yılın fiyatları ile yıllık gelir kaybının hesaplandığı ancak davacının yapmak zorunda olduğu masrafların nazara alınıp düşülmediği görülmüştür. Oysaki net gelirin hesaplanması için tüm masrafların mahsubu suretiyle bulunacak net gelir üzerinden hesaplanma yapılması gerekir.

Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek yeniden bilirkişiden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik bilirkişi esas alınarak karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, 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, davacı ile davalılardan Narlıdere Belediyesi arasında düzenlenen ve davacının 25 adet Billboard reklam panosuna 3 yıl süre ile

müşterilerinin reklamlarını koymasın öngören sözleşmeye konu reklam panolarının, sözleşme süresi bitmeden, bu davalı ve diğer davalı İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından sökülüp kaldırıldığı ve böylece davacının zarara uğratıldığı iddiasına dayalı, tazminat istemine ilişkindir.

Davacı E. Turizm Fuarcılık Festival Reklamcılık Yayıncılık ve Tanıtım Birimleri Ltd. Şti. vekili, davacı ile davalılardan Narlıdere Belediyesi arasında düzenlenen 15.3.1998 tarihli ve üç yıl süreli *"Reklam Panosu Dikilme İşi Sözleşmesi"*nde, 25 adet reklam panosunun bedeli karşılığında davacı tarafından kullanılmasının kararlaştırıldığını, davacının yükümlülüklerini yerine getirerek kullanım haklarını sürdürmekte iken, davalıların müştereken hareketle 15. 7. 2000 tarihi itibarıyla sözleşmeye konu reklam panolarını herhangi bir mahkeme karar olmaksızın ve hatta ihbar dahi yapmaksızın sökerek kaldırdıklarını, böylece sözleşme hükümlerinin uygulanmasını engellediklerini; davalıların, İzmir ilan ve Reklam Yönetmeliği'ni dayanak göstererek gerçekleştirdikleri bu tek taraflı eylemin sözleşmeye ve hukuka aykırı olduğunu, yazılı ve sözlü ihtarlara rağmen, sözleşmenin feshine ilişkin herhangi bir işlem de yapmaksızın hukuka aykırı davranışlarını sürdürdüklerini; oysa, anılan Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte yetkili firmaların sözleşme süreleri ile sınırlı olarak, mevcut ilan ve reklamlarına devam edecekleri yolunda hüküm bulunduğunu, bu şekilde kazanılmış hakların korunduğunu, anılan Yönetmeliğin 21.3.2000 günü yürürlüğe girdiğini, davalı Narlıdere Belediyesi ile davacı arasındaki sözleşmedeki sürenin ise 15.3.2001 tarihinde sona erdiğini; davacının 13.7.2001 tarihli ihtarnamesine davalılardan Narlıdere Belediyesi tarafından verilen cevapta, uygulamanın Büyükşehir Belediyesince yapıldığının ileri sürüldüğünü, ancak bu davalının kiralayan olarak sorumluluk altında olduğunu, diğer davalı Büyükşehir Belediyesinin ise ihtarnameye herhangi bir cevap vermediğini; davalıların hukuka aykırı tutumları ile davacının gelir kaybına, maddi zararlara uğramasına neden olduklarını; davacının, reklam alanlarının kullanımları karşılığı, 25 adet reklam Panosu için yıllık 65.000 USD reklam kullanım bedeli almakta olduğunu, panoların kaldırılması nedeniyle bunların sekiz ay kullanılmadığını, gerçekleşen gelir mahrumiyetinin toplam 46.041 USD olduğunu ileri sürerek, 46.041 USD karşılığı 62.155.350.000 TL tazminatın, reeskont

faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı vekili, müvekkili Belediyenin bir kamu kuruluşu olması nedeniyle "idare" konumunda bulunduğu; idarenin eylem, işlem ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevin idari yargıya ait olduğunu, eldeki davaya konu tazminat isteminin, idarenin yaptığı bir işlemde doğduğu ileri sürülen bir zarara ilişkin olması karşısında, davanın idari yargıda görülmesi gerektiğini; öte yandan, olay tarihi üzerinden bir yıldan fazla zaman geçmesi nedeniyle dava zamanaşımının da gerçekleştiğini; müvekkilinin, davacıya kiralanmış ilan reklam panolarının kaldırılması ile ilgili hiçbir eylem ve işleminin bulunmadığını, panoların diğer davalı İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 9.3.2000 tarihli kararıyla kabul edilen İlan ve Reklam Yönetmeliğine istinaden İzmir Büyükşehir Belediyesince kaldırıldığını, bundan müvekkilinin haberdar edilmediğini, anılan panoların yasa ve yönetmelik gereğince kaldırılmış olması karşısında davacının tazminat isteminin yerinde bulunmadığını bildirmiştir.

Davalı İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili, sözleşmede taraf olmayan ve panoların kaldırılması ile ilgili hiçbir eylemi de bulunmayan müvekkiline husumet düşmeyeceğini, davanın zamanaşımına uğradığını, bir yıllık hak düşürücü sürenin de dolduğunu belirtmiştir.

Yerel Mahkeme, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı oluşan zararların tazmini istemine ilişkin davalara bakma görevi idari yargıya ait bulunduğu, görülmekte olan davada, reklam yönetmeliği nedeniyle ilan panolarının davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından söküldüğünün ve bu nedenle zarara uğranıldığını ileri sürüldüğü; davacı şirket ile davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı, idarenin haksız bir eylemi varsa ve bundan bir zarar meydana gelmişse, davaya bakma görevinin İdare Mahkemesi'ne ait olacağı; davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı ile davacı arasında ticari boyutları olan bir sözleşmenin bulunduğu, mahkemenin bu davalı hakkındaki dava yönünden görevli olduğu; her ne kadar reklam panolarının hangi belediye tarafından söküldüğü dosyadaki delillerden tam olarak anlaşılammış ise de, panoların davacının kullanımında olmadığından çekışmesiz bulunması karşısında bu yönün sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle; idari yargının görev alanı içerisinde bulunma-

sı nedeniyle, davalı İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı hakkındaki dava yönünden görevsizliğe, davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı hakkındaki davanın bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle kısmen kabulüne, 9.825.000.000 TL. tazminatın dava tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte bu davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiş; bu karar Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulduktan sonra, Yerel Mahkeme gerekçesini tekrarlayıp, genişleterek, davalılardan İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı yönünden önceki kararında direnmiş, diğer davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı hakkındaki bozmaya uyulmasına ve bu davalı hakkındaki davanın tefrikiyle ayrı bir esasa kaydedilmesine karar vermiş; direnme kararını da davacı vekili temyiz etmiştir.

Davacı ile davalılardan Narlıdere Belediyesi arasındaki "Protokol" başlıklı, 19.3.1998 tarihli sözleşmeyle, davacının Narlıdere Belediyesi sınırları içerisindeki 25 adet billboard reklam panosuna 3 yıl süre ile müşterilerinin reklamlarını koymasının, süre sonunda panoların bedelsiz olarak Narlıdere Belediyesi'ne devredilmesinin kararlaştırıldığı, ancak, bu süre bitmeden ve davacının onayı bulunmaksızın yerlerinden sökülerek kaldırıldıkları, bu şekilde, davacının, sözleşme süresinin kalan bölümünde panoları kullanamadığı çekişmesizdir.

Davadaki iddia, davalıların müştereken hareketle 15.7.2000 tarihi itibarıyla sözleşmeye konu reklam panolarını sökerek kaldırdıkları yönündedir.

Davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı da, panoların İzmir İlan ve Reklam Yönetmeliği'ne dayalı olarak diğer davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından kaldırıldığını ileri sürmüştür.

Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamaları itibarıyla, direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, sözleşmenin tarafı olmayan davalı İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı hakkındaki davada, adli yargının mı, yoksa idari yargının mı görevli bulunduğu noktasında toplanmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinde idari dava türleri sayılmıştır. Bu hükme göre, idari davalar;

- İdari işlemler hakkında açılan iptal davaları,

- İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

- Kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalardan ibarettir.

İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 5.3.2000 tarih ve 534 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan İzmir İlan ve Reklam Yönetmeliği'nin Geçici 1. maddesinde *"Bu yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte yetkili firmalar, sözleşme süreleri ile sınırlı olarak, mevcut ilan ve reklamlarına devam ederler."* hükmü bulunmaktadır. Yönetmeliğin bu hükmüne ve yürürlük tarihine göre, davacı ile davalılardan Narlıdere Belediyesi arasındaki 19.3.1998 tarihli sözleşmedeki üç yıllık sürenin sona ereceği tarihe kadar, davacının söz konusu panolar kullanma hakkının bulunduğu açıktır. Bu durumda, davadaki iddianın içeriğine ve ileri sürülüş şekline göre, sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi hakkındaki dava, diğer davalı ile davacı arasındaki sözleşmeye konu panoların, hukuka aykırı şekilde yerlerinden sökülmelerinden; başka bir ifadeyle anılan davalının haksız fiilinden kaynaklanan zararın tazmini istemine ilişkindir. Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği üzere, davada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen idari dava türlerine özgü herhangi bir iptal veya tazminat istemi de bulunmamaktadır.

İdarenin haksız fiil niteliğindeki eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan davaların adli yargıda görülmesi gerektiği hususu, gerek Yargıtay'ın ve gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlılık kazanmış içtihatlarında benimsenmiştir.

Öte yandan; davacı, görülmekte olan davayı kendisi ile davalı Narlıdere Belediye Başkanlığı arasındaki sözleşmeye dayalı olarak açmış; iddiasını ve taleplerini anılan sözleşmeye dayandırmıştır.

Her ne kadar, davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi sözleşmenin tarafı değil ise de; davadaki iddianın ileri sürülüş şekline ve sonuçtaki talebin açıklanan içeriğine göre; davacının, her iki davalı hakkında da aynı sözleşmeye dayandırdığı dava iki ayrı yönde mütalaa edilmek ve adeta dayanılan sözleşme ikiye bölünmek suretiyle, davalılardan biri hakkındaki davanın adli yargıda, diğeri hakkındaki davanın ise idari yargıda görülmesi gerektiğinin benimsenmesi; yargı yoluna ve usul ekonomisine ilişkin hukuksal kural ve ilkelere uygun da düşmez.

Hal böyle olunca; her iki davalı hakkındaki davanın da adli yargının görev alanı içerisinde bulunduğunun kabulü gerekir.

Yerel Mahkeme'ce, gerekçesi ve sonucu itibariyle aynı yönde bulunan ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usule ve yasa aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12. 07. 2006

E. 2006/4-519

K. 2006/527

* Desteğin ölümü ile maddi ve manevi tazminat

* Usuli kazanılmış hak

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gebze 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 26. 3. 2004 gün ve 2003/657-2004/164 sayılı kararın incelenmesi bir kısım taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 19. 10. 2004 gün ve 2004/10600-11907 sayılı ilamı ile, (... 1. Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2. Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Yerel Mahkeme'ce bozmaya uyularak dava kısmen kabul edilmiş, karar davacılar ile davalılardan A. İ. İlaç San. ve Tic. A.Ş. ile E. T. tarafından temyiz edilmiştir.

Yerel Mahkeme kararı daha önce davalıların temyizi üzerine, sigorta ödemesinin zarardan indirilmesi ve desteğin gelirinin asgari ücretten hesaplanması için bozulmuştur. Bozmanın kapsamı dışında kalan yönler böylelikle kesinleşmiş ve temyiz edenler lehine usulü kazanılmış hak doğmuştur. Daha önceki kararda hesaplamaya esas alınan %10-%7,5'lük destek payları, davacılar tarafından temyiz edilmemiş olmakla bu husus davalılar yararına usulü kazanılmış hak oluşturduğu halde, bozmadan sonra destek paylarının %20 - %15'e çıkartılması ve buna göre hesaplanan miktarın hüküm altına alınması, davalılar yararına oluşan usulü kazanılmış hakkın göz ardı edilmesi sonucunu

doğurmuş bulunduğundan bu yön usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir...) 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, desteğin ölümü nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

İlk bozma kararına konu yapılmayan davacı annenin destek payının, bozma sonrasında düzenlenen bilirkişi raporunda artırılması ve bu raporun hükme esas alınmış olması, Özel Daire'ce bozumu nedeni yapılmış, yerel mahkemece bu karara direnilmiştir.

Destekten yoksun kalma zararının belirlenmesinde, desteğin gelirden yardım görenlere düşecek pay, bu gelirden ne kadarının destek görenlere ayrılabilceğini göstermektedir. Bu payın belirlenmesinde, desteğin sağlığında destek görene yaptığı yardım ve destek görenin ihtiyacı önem taşımaktadır.

Uyuşmazlık; davacı yanca itiraza uğramayan, temyiz edilmeyen destek payının, farklı nedenlere dayalı bozma kararı sonrasında yeniden yapılan hesaplamada artırılmasının, davalıların usul kazanılmış hakkını ihlal edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

Bir mahkemenin Yargıtay Dairesi'nce verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esasla gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usuli kazanılmış hak" olarak tanımlayacağımız bu olgu mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirmektedir (9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK).

Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma karar lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de

usuli kazanılmış hak gerçekleşebilir. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez, Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur (4.2.1959 gün ve 13/5 sayılı YİBK).

Uyuşmazlığın çözümü, “*usuli kazanılmış hak*” kavramının açıklanmasını ve açıklanan olgular karşısında somut olay ve taraflar yönünden gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda “*usuli kazanılmış hak*” kavramına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretilde kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez, ana ilkelerinden biri haline gelmiştir. Anlam itibarıyla, bir davada, mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir.

Kazanılmış haklar “*Hukuk Devleti*” kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldıracı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasa’nın 2. maddesinde açıklanan “*Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir*” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Yargıtay içtihatları ile kabul edilen “*usuli kazanılmış hak*” olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır:

Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır.

Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmü, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi’nce iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir (HGK 21. 1.2004 gün, 2004/10-44 E, 19 K).

Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgil konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, cilt 5, 2001).

Usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için; bir davada, ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir.

Somut olayda, ilk hükme esas alınan bilirkişi raporunda ölen desteğin 10 kardeşi bulunduğu, bu nedenle de annesine evlenene kadar % 10, sonrasında ise % 7,5 oranında destekte bulunacağı kabulü ile destek zarar hesabı yapılmıştır. Bu rapora, desteğin kardeşlerinden bir bölümünün baba bir, farklı bir anneden olduğu, davacı annenin destek göreceği çocuk sayısının daha az olduğu, destek payının artırılması gerektiği yönünde bir itirazda bulunulmamıştır. Destek zarar hesabına ilişkin rapor taraf denetimine de tabi olup, raporda gözetilen unsurlar yönünden bir itiraza uğramamaları halinde, lehine olan taraf yönünden usuli kazanılmış hak oluşacaktır. Bu nedenlerle, itiraza uğramayan destek payları yönünden davalılar yararına gerçekleşmiş bir usuli kazanılmış hakkın varlığından söz edilmelidir.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, 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. 28. 06. 2006

E. 2006/11-452

K. 2006/481

* Manevi tazminat

* Hava yolu ile yolcu taşıyanın sorumluluğu

(6672 sayılı TTK m. 24, 801;

818 sayılı BK m. 49, 98;

1929 tarihli Varşova K. m. 19,

20, 23; 2920 sayılı Türk Sivil

Havacılık K. m. 106)

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 2. 12. 2003 gün ve 2002/354-2003/1011 E. K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 26.4.2005 gün ve 6062-4235 sayılı ilamı ile, (... Davacı vekili, müvekkili ile ailesinin birlikte turistik amaçlı olarak Kanada’nın Montreal şehrine gitmek için davalı şirketten uçak bileti satın aldığını, dönüş tarihinde Montreal-Darvalulaf tan Paris’e yapacakları seyahati gerçekleştirecek olan uçağın hareket saatinin 21:30 olarak yeniden düzenlenmesi ile 09.07.2001 tarihi saat 10:00’da Paris-İstanbul seferini yapacak uçağın kaçırılacağını anlaşıldığını, davalının Montreal temsilcinin yönlendirmesi ile seyahatin Paris-İstanbul ayağının Avusturya Havayolları ile gerçekleştirilmesine karar verildiğini, vize sorunu ve gecikmeler nedeniyle tekrar davalının başka uçağın ayarlandığını, ancak 7-8 saatlik gecikmeler ve olumsuzluklar nedeniyle müvekkili ve ailesinin büyük üzüntü yaşadığını, zorlukların İstanbul-Ankara seferi sırasında da yaşandığını ileri sürerek, 5.000.000.000. -TL manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, havayolu ulaşımının dünya çapındaki yoğunluğu ve teknik özellikleri sebebiyle yaşanan bu doğal gecikmelerden dolayı havayolu şirketlerinin sorumlu tutulamayacağını, buna ilişkin hükümün uçak biletinde de yazılı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, TTK’nın 24. maddesi ve BK’nın 49. maddesinde koruma altına alınan manevi tazminat istenebilmesi için davalı tarafından davacının manevi haklarına bir saldırı olması gerektiği, şahsi menfaatlerinin haleldar olması

ve hata vukuunda zarar, ziyan ve hatanın hususi ağırlığının icap ettiği surette zarar namıyla nakdi bir meblağın itası için dava açılacağı, oysa davalı tarafından davacının haklarına saldırı olmadığı gibi bu tür seyahatlerde bazı gecikmelerin olabileceği ve davacının bunu bilmesi gerektiği, bu yönüyle davacının şahsi haklarına herhangi bir hanel gelmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davalı havayolu şirketine ait uçak ile gerçekleştirilen seyahat sırasında gecikme meydana geldiğini, aktarmalar sırasında yabancı ülkede bulunan ve yabancı dil bilmeyen davacı ve ailesinin bu dönem içerisinde büyük zorluklar yaşadığını, davalı elemanlarının ise davacı ve ailesi ile ilgilenmediğini ileri sürerek, manevi tazminatın tahsilini istemiştir. Mahkemece, havayolu ile gerçekleştirilen seyahat sırasında bu tür gecikmelerin mümkün olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiş, davacın iddiası üzerinde durulmamıştır. Mahkemece, davanın konusunun, *“havayolu ile gerçekleştirilen seyahat sırasındaki gecikme”* değil, *“gecikilen dönemde ve aktarmalar sırasında davalı havayolları elemanlarının davacıya gereken yardımı yapıp yapmadığı”* olduğu gözetilerek, buna göre inceleme yapılması gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...) 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, manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin ailesi ile birlikte turistik amaçlı olarak Kanada'nın Montreal şehrine gitmek için davalı Şirketten uçak bileti satın almış olup, aktarmalı programın öngörüldüğünü; dönüşte Montreal-Dorvalulaftan Paris'e yapacakları seyahati gerçekleştirecek uçağın hareket saatinin yeniden düzenlenmesi nedeniyle Paris-İstanbul seferini yapacak uçağın kaçırılacağı anlaşılınca, davalının Montre-

al temsilcisinin yönlendirmesi ile seyahatin Paris-İstanbul ayağının Avusturya Havayolları ile gerçekleştirilmesine karar verildiğini; müvekkilinin bu teklifi, yolculuk ile ilgili hiçbir problem çıkmaması şartı ile kabul etmiş olmasına karşın, davalı şirketin kendisine ve ailesine karşı vermiş olduğu taahhütlerini, müvekkili Paris'e vardıktan sonra yerine getirmediğini; yabancı dil bilmeyen müvekkili ve ailesinin, şirket yetkililerince Paris'te karşılanmayınca, havaalanında çaresiz bir şekilde beklediklerini; Avusturya Havayolları'nca, vizelerinin bulunmaması gerekçe gösterilerek seyahatin engellendiğini; havaalanında bin bir güçlkle buldukları davalı Şirket bürosu tarafından, Avusturya Havayolları yerine davalının Paris-İstanbul seferini yapan bir başka uçağın ayarlandığını, ancak bu işlemlerin yedi-sekiz saat sürmesi nedeniyle fiziksel yorgunluğun yanı sıra ruhen derin yara aldıklarını ve seyahatlerine devam edemeyecekleri korkusunu yaşadıklarını; akabinde, Air France'a ait Paris-İstanbul seferini yapan uçak ile İstanbul'a gelmiş iseler de, İstanbul-Ankara seferini yapan davalıya ait uçağın bir gün sonra hareket edeceği konusunda davalı şirket yetkililerince bilgilendirilmediklerinden, müvekkilinin bu defa İstanbul'da ailesi ile birlikte saatlerce bekletilmek suretiyle mağdur edildiklerini ileri sürerek, 5.000.000.000 TL manevi tazminatın, haksız fiilin sona erdiği 9.7.2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Air France-Fransız Hava Yolları Türkiye Bölge Müdürlüğü vekili; uçuş saatlerinin Havayolu şirketi tarafından değiştirilmesinin, uçaktaki teknik problemlerden ve hava ulaşımının yoğunluğundan kaynaklanabileceğini; bu doğal gecikmelerden dolayı havayolu şirketlerinin hiç bir şekilde sorumlu tutulamayacağını; kaldı ki, buna ilişkin hükümlerin uçak biletinde yazılı olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, "bu tür seyahatlerde bazı gecikmelerin olabileceğini davanın bilmesi gerektiği, bu itibarla Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde öngörülen kişilik haklarına saldırının söz konusu olmadığı" gerekçesiyle "davanın reddine" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "Hava yolu şirketlerine, terminale inen her yolcusu ile tek tek ilgilenme külfetini yüklemenin ve bunu ondan beklemenin Taşıma Sözleşmesi ile davalıya tahmil edilmediği gibi, davalının da Taşıma Sözleşmesi'nde böyle bir külfete girmediği ve davacıya herhangi

bir taahhütte bulunulmadığının anlaşıldığı” gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; havayolu ile gerçekleştirilen seyahat sırasındaki gecikme ve aktarma süresince, davalı havayolları elemanlarının davacıya gereken yardımı yapıp yapmadığı hususunun incelenmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, taşıyıcının, hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde hukuki sorumluluğunun açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır.

Uluslararası nitelikteki 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ile, taşıma işleri ve sorumlulukları düzenlenmiş olup; daha sonra 1955 Lahay, 1971 Guatemala, 1975 Montreal gibi bazı protokollerle değişikliğe uğramış ve Ülkemizin, 1.3.1977 tarihli, 2073 sayılı kanunla konvansiyona katılması uygun bulunmuştur.

Konvansiyonun düzenlediği en önemli konulardan biri taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerdir. Buna göre sözleşmeden doğan sorumluluğun neden olduğu zararlar; bedeni zararlar, maddi zararlar ve gecikmeden doğan zararlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bedeni zararlar yolculara gelen zararları; maddi zararlar, bagaj ve yüklere gelen zararları; gecikme zararları da eşya ve yolcunun taşımada gecikmesinden doğan zararları kapsamaktadır.

Bu noktada; Konvansiyonun, “*Taşıyıcının Sorumluluğu*” başlığı altında düzenlenen 19. maddesinde “*Taşıyıcı, hava taşımasındaki yolcu, bagaj veya eşyanın gecikmesinden doğan zarardan, sorumlu olacaktır*” denilmiş; 20. maddesinde ise, “*Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri almış olduklarını veya onlar için bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa, sorumlu olmayacaktır*” hükmü öngörülmüştür.

Yine 23. maddenin 1. paragrafında, “*Taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya bu Sözleşmede tespit edilenden daha düşük bir sınır getiren herhangi bir hüküm yoklukla maluldür, ancak böyle bir hükmün yoklukla malul olması anlaşmanın tümünü geçersiz kılmaz, anlaşma bu sözleşmenin hükümlerine bağlı kalır*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Diğer taraftan, 19.10.1983 tarih ve 18196 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık

Kanunu'nda da, konvansiyon hükümlerine paralel hükümler sevk edilmiş ve taşıyıcıya taşıma nedeniyle iki türlü sorumluluk getirilmiştir. Bunlardan biri taşınan yolcu ve bagaj ile ilgili zarar sorumluluğu, diğeri de üçüncü kişilere karşı sorumluluktur.

Kanunda, kaza nedeniyle, yolcunun hava aracında veya iniş veya biniş sırasında ölmesi veya herhangi bir bedeni zarara uğraması halinde taşıyıcı sorumlu tutulmuştur. Yolcunun uğradığı bu zarardan doğan sorumluluk yanında bagaj veya yükün uğradığı zarar ile gecikmeden doğan zarardan da taşıyıcı sorumludur.

Taşıyıcı, ayrıca havayolu ile yaptığı yolcu, bagaj veya yükün taşımada gecikmeye neden olmuş ve bundan bir zarar doğmuşsa bu zarardan da sorumlu bulunmaktadır (m. 22).

Taşıyıcının yukarıda belirtilen sorumluluklarından kurtulabilmesi için kendisinin ve adamlarının zararı önlemeye yönelik bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağının bulunmadığını ispat etmesi gerekir (m. 23).

Esasen, Türk Ticaret Kanunu'nun, "*Seferin gecikmesi*" başlığını taşıyan 801. maddesinde de, hareketin gecikmesi halinde yolcunun zarar ve ziyan talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Bununla beraber, Varşova-Lahey Konvansiyonu Türkiye açısından Bakanlar Kurulu'nun 29.8.1977 tarih 7/13874 sayılı kararı ile 25.6.1978 tarihinde yürürlüğe girdiğinden; Türk Ticaret Kanunu'ndaki taşımaya ilişkin genel hükümlerden önce

Uluslararası Özel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Nitekim, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 106. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmadıkça Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Anlaşmaların hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Somut olayda, davalı hava yolu şirketi ile davacı arasında hava yolu ile taşıma sözleşmesi yapılmış olup; davalıya ait uçak ile seyahat ve aktarmalar sırasında, bilette yazılı Darvalulaf-Paris dönüş saatinde yapılan değişikliğe bağlı olarak seferde gecikme yaşandığı tartışmasızdır. Davacı, bu gecikme ve aktarmalar sırasında kendisinin ve ailesinin yaşadığı zorlukların, davalı şirket çalışanlarının ilgisizliği ve gerekli tedbirleri almamalarından kaynaklandığını ileri sürerek, manevi tazminat talep etmiştir.

Bu durumda, davacının iddiası araştırılarak, az yukarıda açıklanan Varşova-Lahey Konvansiyonu'nun 19. ve özellikle 20. maddeleri ve Borçlar Kanunu'nun 98. maddesi hükmü delaletiyle aynı kanununun 49. maddesi hükmüne tevfikan manevi tazminat şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerektiği kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkeme'ce, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken; yanılıgılı gerekçeyle davanın reddine dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 12. 12. 2006
E. 2006/10059
K. 2006/11983

* Hakemlikten çekilme
* Yeni hakem seçiminde
temerrüde düşülmesi
(1086 sayılı HUMK m. 520)

Davacı tarafın belirlediği hakem, hakemlik görevinden çekildiği ve verilen süre içerisinde davacı tarafın yeni bir hakem ismi bildirmeyeceğini beyan etmesi nedeniyle iki kişiye düşen heyetle hüküm kurulamayacağına, dosyanın kararın taraflara tebliği için yetkili ve görevli Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'ne tevdiine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı tarafın hakemi, hakemlikten çekildiğini bildirmiş, mahkemece davacı tarafa yeni bir hakem ismi bildirmesi için süre verilmiş ancak davacı vekili yeni hakem ismi bildirmeyeceklerini açıklamıştır. Başka bir anlatımla yeni hakem seçiminde temerrüde düşmüştür. Görevden ayrılan hakem seçiminde temerrüde düşülmesi halinde hakemin HUMK'nın 520. maddesinin 2. cümlesine kıyasen mahkemece atanması gerekir (Erteken, E./Karataş, İ., *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara 1997, s. 182).

Hakem heyetince bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hakem kararının bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 12. 12. 2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 22. 12. 2006

E. 2006/5529

K. 2006/12345

- * Çek vafsinın kaybı
- * Yazılı delil başlangıcı
- * Çek verilmesini gerektirecek temel ilişkiyi ispat yükümlülüğü
- * Yemin teklif hakkı
(6762 sayılı TTK m. 644)

Davacı vekili davalı şirketçe keşide edilen ve diğer davalı tarafından ciro edilerek müvekkiline verilen iki adet çek den 7.250.000.000 TL bedelli olanı için icra takibine geçileceğini, ancak 5.800.000.000 TL tutarlı olan çekin çek vafsinı kaybetmesi nedeniyle yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilerek faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, çekler nedeniyle yanlar arasında hukuki ilişki bulunmadığını, ilgili çeklerin araç satışı için davacıya verilmiş ise de bu satış gerçekleşmediğinden ödenmediğini, davacının çekler verilmesini gerektirecek temel ilişkiyi ispatlaması gerektiğini bildirerek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacı yanca kanıtlanan davanın kabulüne, 5.800 YTL alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalılar vekilince temiz edilmiştir.

Dava konusu çekin süresinde bankaya ibraz edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda kambiyo hukukundan kaynaklanmış haklar yitirilmiş olduğundan arada temel ilişki bulunması halinde bu belgeye yazılı delil başlangıç olarak dayanabilir ve alacak her türlü delille kanıtlanabilir. Temel ilişki bulunmaması halinde ise uyuşmazlığın TTK 644. maddesi hükmüne göre çözümlenmesi gerekir. Mahkemece taraflar arasında temel ilişki bulunduğu kabul edilip belgenin yazılı delil başlangıcı niteliği de gözetilerek tanık dinlenmiştir.

Ne var ki dinlenen tanık beyanları davacının alacağını kanıtlamaya elverişli değildir. Hal böyle olunca davacının yemin deliline de dayandığı dikkate alınarak yemin teklif hakkı hatırlatılıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalılar yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine 22. 12. 2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 01. 02. 2007

E. 2006/6832

K. 2007/692

*** Çifte temsil**

*** Temsil olunanın zarara**

uğrama tehlikesi

Davacı vekili, R. Ç. ve V. K.'nın davacı şirketin %50'ser hissedarı olduğunu, V. K.'nın aynı zamanda davalı şirketin %99 hissedarı ve müdürü olduğunu, V. K.'nın münferit temsil yetkisine sahip olduğu davacı şirkete ait malları gerçek satış değerinin çok altında davalıya sattığının anlaşıldığını, satışı yapılan mallara yönelik davalı şirketin hiç ödeme yapmadığını ileri sürerek 167.267.56 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, ayrı tüzel kişiliği bulunan davacı şirketin kestiği faturalara itiraz edemeyeceğini, fatura bedelinin davacı şirket müdürü V.K.'ya ödendiğini, müvekkilinin davacıya borcu bulunmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacı şirkette %50, davalı şirkette %99 pay sahibi olan ve her iki şirketi münferit temsil etme yetkisi bulunan V. K.'nın davacı şirkete ait malları rayiç bedelinin altında satarak şirketi zarara uğrattığı, bu işlemde davalı şirketin de sorumlu olduğu gerekçesiyle 155.465.36 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı şirkette %50, davalı şirkette %99 pay sahibi olan V. K. her iki şirket münferit olarak temsil ve ilzama yetkili bulunmaktadır. Davacı şirket, temsile yetkili V. K. tarafından şirkete ait malların bedelinin çok altında V. K.'nın %99 pay ve münferit temsil yetkisi bulunduğu davalı şirkete sattığını, bu nedenle zarara uğradığını ileri sürerek bu davayı açmıştır.

Bir kişinin birkaç gerçek ve tüzel kişiyi temsil etmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak birden fazla gerçek veya tüzel kişiyi

temsil eden kişi kendi kendisiyle değil üçüncü bir kişiye karşı hukuki muamelede bulunabilir. Çifte temsil halinde temsilciye açık bir yetki verilmişse veya böyle bir muameleden dolayı temsil olunanın zarara uğraması tehlikesi yoksa çifte temsil geçerlidir. Somut olayda davacı şirket temsilcisi V.'nin malları gerçek fiyatının çok altında, temsilcisi bulunduğu davalı şirkete sattığı ileri sürdüğüne göre zarara uğrama ihtimali mevcuttur. Bu nedenle temsilcinin yaptığı işlem davacıyı bağlamaz. Mahkemece bu yönler gözetilerek malların rayiç bedeline göre davacının uğradığı zararın tespit edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün onanmasına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 500.00. YTL duruşma vekalet ücretinin, davalıdan alınarak, davacıya ödenmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 1.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi¹

T. 18.06.2007
E. 2007/6313
K. 2007/10127

- * İş kazasından doğan rücu tazminat davası
- * Halefiyet ilişkisi
- * Rücu hakkı
- * Zamanaşımı
(506 sayılı Sosyal Sigortalar K. m. 10, 26; AY m. 152, 153; 1086 sayılı HUMK m. 76; 818 sayılı BK m. 60, 125, 128, 332/1)

Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücu tazminatını istemiştir.

Mahkeme, bozmaya uyarak ilâmında belirtildiği şekilde isteği kısmen hüküm altına almıştır.

¹ Aynı mahiyette, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 20.03.2007 tarih ve 2007/1502-E, 2007/3964-K sayılı kararı ve bu karar hakkında bkz., Yargıtay 10. HD Başkanı'nın yazısı, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 2007/3 s. 1091

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi M. Ş. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, yasal dayanağı oluşturan, 506 sayılı kanununun 26. maddesindeki "*Halefiyet*" ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından, isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken; Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararı ile anılan yasa maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...*" bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 152 ve 153. maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre; "*Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları'nın*" *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması karşısında, "*iptal kararının*" *Resmi Gazete*'de yayımlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin ve giderek Yargıtay'ın, iptal kararı ile keenlemyekun (yok hükmünde) olan ve böylece yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulü doğal olup, bu yönde bir uygulama yapılmasına cevaz yoktur. (İÇ, BBGK'nın 1960/21 Esas ve 9 sayılı kararı; HGK'nın 21.01.2004/10-44 Esas ve 19 Sayılı; ayrıca 07.04.2004 gün, 214 E ve 19 sayılı ve 2004/448 Esas ve 461 sayılı kararları)

Gerçekten de, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir kanun hükmü, sonradan (karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse; artık usuli kazanılmış hakka göre değil; aksine, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak; iptal kararından sonra oluşan yeni hukuki duruma göre karar verilmesi gereği vardır. (Kuru, s. 4784)

Şu hale göre; 26 madde de sayılan koşullarda kurumu sigortalının ardıl'ı (halefi) olarak kabul eden anılan yasa maddesinin 1. fıkrasındaki "*itiraz konusu*" kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık "*halefiyet ilkesi'ne*" dayanılamıyacağı,

kurumun rücu hakkının hukuki temelini (halefiyet değil) bundan böyle; yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız, kendine özgü “Basit Rücu” hakkına dönüşmüş olmasının kabulüyle; bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Nitekim bu yönler, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesine yansıdığı şekilde “...kanuna uymayan eylemi nedeniyle, hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen, böylece olayla bağlantısı (ilişkisi) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerde sonradan yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerinden sorumlu tutularak; sürekli dava tehdidi altında bulundurulması, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına ait olması gereken risklerin, işverene yükletilmesi; hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi “Sosyal Hukuk Devleti” prensiplerine de aykırılık oluşturur...” denilerek; gelirlerdeki artışların tazmin sorumlularından (işverenlerden) istenemeyeceği; kesin bir anlatımla ortaya konmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleriyle (konuyu açıklayıcı özelliği itibariyle, her kesimi bu arada mahkemeleri) de bağlayıcı olduğu hususu gözetildiğinde; iptal kararı ile birlikte ortaya çıkan, bu yeni hukuki durum itibariyle; konuya uygulama açısından açıklık getirmek gerekirse; öncelikle, kurumun rücu hakkının hukuksal temeli halefiyete değil kanundan doğan (basit) rücu hakkına dayandığının kabul edilmesiyle birlikte; artık ilk peşin değerli gelirlerin (bağlandığı tarih itibariyle) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereği vardır. Bu durumda açıklıkla söyleyebiliriz ki, ilk peşin sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Hemen belirtmek gerekirse, bundan sonra 506 sayılı yasa uyarınca açılan rücu tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu üzere; maddi zarar (tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi; 506 sayılı yasanın 10. maddesinin uygulanmasını gerektiren durumlarda da Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önceki, süregelen içtihatlarla oluşturulup uygulanan prensiplerde

temel farklı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Ancak, 10. madde uygulamasında artık, tavan zarar hesabı yerine, kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Ayrıca yapılan tüm hesaplama uygulamalarında; tazmin sorumlusunun, sigortalıya ya da hak sahiplerine yapmış olduğu, her türlü ödeme ve ibranın da kurumun rücu alacağından düşülmesine imkan bulunmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Öte yandan, kurumun bundan böyle artık (halef sıfatı olmadığı) sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan rücu hakkına sahip olduğu gözetilerek; sigortalı veya haksahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davasında alınan kusur ve hesap raporu, rücu davasında bağlayıcı olmayıp; güçlü delil niteliğinde sayılması gerekir. Ancak, bu aşamada ilave edelim ki kesinleşen önceki rücu davalarında hükmolunan miktarın mahsubu yapılırken, sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin esas alınması gerektiğinin; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirle birlikte artışlara da hükmedilmişse, artışların hükmolunacak rücu tazminatından mahsup edilmesine olanak bulunmadığı da göz ardı edilmemelidir. Bu çevrede meseleye fiili ödemeler açısından bakıldığında ise fiili ödemenin mevcudiyeti halinde, kurumun talep edebileceği miktarın hesabının da aynı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmekte olup; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirin kusur karşılığı, fiili ödeme miktarından düşük ise o taktirde ilk peşin sermaye değerine itibar edilmeli; aksine fiili ödeme miktarı ilk peşin değerden düşük ise o taktirde de fiili ödeme miktarı esas alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, 506 sayılı yasaya dayalı olarak işverenler aleyhine açılan rücu tazminat davalarında; süregelen mevcut uygulama dışında, herhangi bir etkileşim ve değişim öngörülmediğinden, Borçlar Kanunu'nun 332/1 maddesinde belirtilen işçi-işveren arasındaki akde aykırılık eylemleri ve bu çevrede maddenin 2. fıkrası gereğince işverenin akde aykırı davranışları (işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alınmaması vs.) sonucu, 26/1 maddeyle vaki ilişkilendirme, bir bakıma akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabii olmakla; zaman aşımının, süregelen eski uygulamalar gibi, işverenler açısından Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre belirlenmesi gerektiğinde; ayrıca, zararlandırıcı sigorta olayına neden olan 3. şahıslar yönünden

ise, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen haksız fiil zaman aşımına tabii olduğunda tereddüt yoktur. Bu arada zaman aşımının başlangıcı konusuna gelince; 506 sayılı yasada zaman aşımının (özel olarak)düzenlenmediği düşünüldüğünde; genel hükümler çerçevesinde çözüm arama gereği vardır. Gerçekten de Borçlar Kanunu'nun 128 maddesinde: *"Zaman aşımı, alacağın muaccel olduğu zamanda başlar"* denilmektedir. Kurum açısından alacak hakkı, bağladığı gelirin yetkili organ tarafından onaylandığı tarihte ödenebilir hale geleceğinden, muacceliyet'in onay tarihi olacağı açıktır. O halde, 26 maddeye ilişkin davalarda zaman aşımı, masraflar için sarf; gelirler için ise ilk peşin sermaye değerinin başlangıçtaki gelir bağlama onay tarihinden başlatılmalıdır.

Faiz başlangıcının da, aynı şekilde, ilk peşin değerli gelire ait tahsisin onay tarihi olduğunda kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek, iş kazası sonucu sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin açıklanan ilkeler doğrultusunda tazminine olanak bulunan kısmının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesinde yasal zorunluluk bulunduğundan, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 12.01.2007
E. 2006/433
K. 2007/18

* İşin başka avukata verilmesi
halinde avukatlar arasındaki
hukuksal ilişki
(Av. K. m. 34; TBB Meslek
Kuralları m. 39)

Şikayetli avukatlar hakkında Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/ Esas sayılı dosyasında yargılanan sanık Z.Ç'nin savunmasını şikayetçiye yazılı bildirimde bulunmaksızın üstlenerek Avukatlık Yasası'nın 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat M.K., sanık Z.Ç. ile kendisinin görüşüğünü, gıyabında vekaletname düzenlenerek sanık tarafından 14.12.2004 tarihinde havale ettirilerek dosyaya ibraz edildiğini, ücreti vekaletinin ödenmesi ve şikayetçinin vekalet ilişkisinin bittiği inancı ile 28.12.2004 günlü duruşmaya katıldığını, vekalet ücreti konusunda avukat ile müvekkil arasında kavgaya varan itiş kakışlar olmasından dolayı böyle bir şikayetin söz konusu olduğunu düşündüğünü, sanığın diğer vekili avukat M.A.'nın da herhangi bir itirazı olmaması sebebiyle duruşmaya katıldığını, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli avukat B.K., şikayetli avukat M.K. ile ortak olduğunu, her ne kadar vekaletname müştereken düzenlenmiş ise de, kendisinin sanık Z.Ç. ile görüşmediği gibi duruşmaya da katılmadığını, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından;

Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/ ... Esas sayılı dosyasında yargılanan sanık Z.Ç. tarafından 01.12.2004 günü her iki şikayetli adına vekaletname düzenlettiği, vekaletnamenin 14.12.2004 günü havale ettirilerek dosyaya konulduğu, şikayetçi avukatın 27.12.2004 günlü dilekçe ile savunmadan çekildiği, 28.12.2004 günlü duruşmaya şikayetli avukat M.K.'nin katıldığı, şikayetli avukat B.K.'nin hiçbir duruşmaya katılmadığı, şikayetçiye yazılı bildirimde bulunulmadığı görülmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 172. maddesinde, işin başka avukata verilmesi halinde "*iş sahibi ile avukat arasındaki hukuksal ilişki*" düzenlenmiş olup, bu madde hükmünün kovuşturma konusu olayla ilgisi bulunmamaktadır. İşin başka avukata verilmesi halinde "*avukatlar arasındaki hukuksal ilişki*" Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesinde düzenlenmiştir.

Konu ile ilgili ulusal ve uluslararası uygulamaya bakıldığında;

Paris Barosu İç Tüzüğü madde 9.1, "*Teklif edilen bir davayı üstlenen avukatın, müvekkilin danışmanı veya savunması sıfatıyla bir veya birçok meslektaşının bu davayı yüklenip yüklenmediğini araştırması gerekir. Bir meslektaşının yerine geçmeyi kabul eden avukatın her şeyden önce yazılı olarak kendisine haber vermek ve kendisine varsa alacağı miktarın ne olduğunu sorması gerekir.*"

Alman Meslek Kuralları madde 15, "*Avukat, başka bir avukata verilen bir vekaleti üzerine aldığı anda, önceki avukatın, vekaletin devredilmesinden derhal haberdar edildiğinden emin olmalıdır. Başka bir avukatın yanı sıra vekâlet üstlenen bir avukat, vekaletini devraldığını bu avukata derhal bildirmelidir.*"

Vod Kantonu Meslek Kuralları madde 35, "*Acele haller dışında avukat kendisinden evvelki meslektaşının ücretinin ödenmiş olduğuna kanaat getirdiği veya rızasının mevcut olduğu hallerde davayı kabul eder. Acele halin sona ermesinden sonra, ancak evvelki meslektaşının ücretinin ödenmiş, eğer ihtilafli ise tevdi edilmiş olmak şartı ile vekaletname devam eder.*"

Avrupa Birliği Meslek Kuralları madde 5.5, "*Bir avukat herhangi bir davada veya meselede başka bir avukat tarafından temsil edildiğini veya danışma hizmeti aldığını bildiği bir kişiyle o kişinin avukatının muvafakati olmadan o dava veya mesele hakkında doğrudan haberleşemez (haberleştiği zaman da diğer avukata bilgi vermek zorundadır).*"

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesi, "İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekâletname vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekâlet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir." hükümlerini amirdir.

Avukat Ali Haydar Özkent'in 1940 basım tarihli *Avukatın Hukuku* isimli kitabının 647-654. paragrafında;

"Hakkın zaferi ve müşterinin menfaati yanında avukatın şahsi mevkiinin ve hissiyatının da az çok rol oynadığı bir alanda, kin, rekabet gibi insan kalbinin zaafına şahit olmak tabii olduğu halde, çok beğenilecek ve imrenilecek bir şeydir ki, avukatlar arasında rekabet hissine mağlup olanlar pek azdır. Bu meslekteki hülüs, çekememezlik kaogalarını yavaşlatmakta ve yumuşatmaktadır. Bu neden? **Bu, şundandır ki, avukatın vakar ve haysiyeti, hülüs ve sadakati, hissiyatının ve şahsi menfaatinin üstündedir.** Ve bunun böyle olması lazım geldiğini emreden nizamlar ve an'aneler vardır. Yazıhanesine gelen yeni müşteri ile görüşürken avukat, münasebet düşürerek, bu işini başka bir avukatla konuşup konuşmadığını sormalıdır. Hele iş başlamış veya ilk kararı alınmış bir dava ise, bunu araştırmak çok lazımdır. **Kendisinden evvel başka bir meslektaşının el koyduğu ihtilafı hiçbir kaygu göstermeksizin benimseyen avukat, arkadaşına karşı hoş görülme bir rekabet hissile ve menfaat hirsile hareket etmiş olur.** Üstad Payen'in dediği gibi (**Onun aylardan beri mühim kısımları ile uğraştığı bir işi üzerine almak, affolunmaz bir düşüncesizliktir.**) İştirak ettirilen avukata düşen vazife, böyle bir teklif karşısında refikle görüşerek sözle ve yazı ile nezaket müsaadesini almaktır. Bunu yapmadıkça müdafaaya iştiraki kabul eden arkadaş, meslektaşlık hukukuna riayet etmemiş olur." sözleri ile bilgilendirme yükümlülüğünün mesleki dayanışma ve düzen geleneklerinin gereği olduğunu açıklamıştır.

Bir meslektaşının yerine geçmeyi kabul eden avukatın, her şeyden önce yazılı olarak meslektaşına haber vermesi, varsa alacağı ücretin tahsiline çalışması, meslektaşlık hukukunun gereğidir.

Görüldüğü üzere uluslararası uygulama da bu yönde olup, meslektaşın onuru, emeği ve ücretine saygı, mesleğin olmazsa olmaz koşuludur.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene

uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

Avukat kendine iş sağlama ve meslektaşlar arasında haksız rekabet yaratacak her türlü davranıştan özenle kaçınmalıdır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine göre, ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata YA-ZIYLA bilgi vermek zorundadır.

Bu nedenlerle eylemin Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin şikayetli avukat M.K. hakkındaki Baro Disiplin Kurulunun hukuksal değerlendirmesinde isabetsizlik görülmemiştir.

Şikayetli avukat B.K.'nin 01.12.2004 günlü vekaletnamede ismi geçmekte ise de duruşmalara katılmamış olması karşısında, cezaların şahsiliği ilkesi de göz önünde bulundurularak, şikayetli avukat B.K. hakkında Baro Disiplin Kurulunca disiplin cezası tayini yerinde görülmemiş ve disiplin cezasının kaldırılarak disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat B.K.'nin itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunca verilmiş olan uyarma cezasının kaldırılmasına, şikayetli avukat B.K. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına, diğer şikayetli avukat M.K.'nin itirazının reddi ile Kastamonu Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının aleyhte itiraz olmadığından onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.01.2007
E. 2006 /435
K. 2007/20

*** İcra takibinde bileşik faiz uygulanmak suretiyle alacağın şışirilmesinin disiplin cezasını gerektirmesi**
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli hakkında, “şikayetçi aleyhinde 25.06.2003 tarihinde, Yeşilyurt (Malatya) İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyası ile icra takibi

başlattığı, gerek takip talebinde ve gerekse icra emrinde takibin dayanağı mahkeme kararına aykırı olarak birleşik faiz uygulayarak, 70.097.740.000 TL alacağı, yasalara ve yargı kararına aykırı olarak faizle şişirerek 683.739.884.600 TL üzerinden takibe geçtiği, buna fazladan 1.707.914.009 TL daha ilave ettiği, ayrıca vekalet ücretlerine KDV ilavesinin kaldırılmış olmasına rağmen, 630.703.730 TL da KDV ilave ettiği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında, icra takibinin dayanağı Çelikhan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2002/...-2003/... sayılı dosyasında yapılan bilirkişi incelemesiyle munzam zarar alacağının dava tarihi olan 18.07.2002 tarihinde ulaştığı miktarın 459.302.303.710 TL olduğunun belirtildiğini, takip konusu miktarın icra memurluğunca buna göre hesaplandığını, hesabı yapanın icra memuru olduğunu, kaldı ki bir fazla hesaplama varsa karşı tarafın da itiraz hakkı bulunduğunu, nitekim Yeşilyurt İcra Mahkemesi’nin 2003/... sayılı kararı ile bu miktarın aşağıya çekildiğini, henüz herhangi bir tahsilat da yapılmadığını, bu bakımdan şikayetin reddi gerektiğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, 2004/... Esas, 2006/... Karar sayılı ve 06.10.2006 tarihli kararıyla, fahiş faiz talebinde bulunulmasının hukuken genel ilkelerine, yasa ve meslek kurallarına aykırı olduğu, bunun zararın tazmini niteliğinde olduğu savunmasına itibar edilemeyeceği, zira munzam zararın tazmininin dava yoluyla istenmesi mümkün olup bunun fahiş faiz istemiyle karşılanamayacağı gerekçesi ile şikayetlinin eylemini Avukatlık Yasası’nın 2, 34, 38/a maddeleriyle TBB Meslek Kuralları’nın 3 ve 4. maddelerine aykırı bularak şikayetlinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetçi ve şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetin konusu, şikayetlinin Çelikhan Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2002/... Esas, 2003/... Karar sayılı ilamını Yeşilyurt İcra Dairesi’nin 2003/... Esas sayılı takip dosyası ile şikayetçi şirket aleyhinde icraya koyduğu, takibin dayanağı ilamda “alacağı 22.04.1999 ödeme tarihinden itibaren tahsil olunacak tarihe kadar yıllık değişen oranlarda reeskont faizi uygulanmasına” denildiği halde, takipte bileşik faiz uygulanmak suretiyle alacağın şişirildiği iddiasıdır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, icra takibinin dayanağı Çelikhane Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/... Esas, 2003/... Karar sayılı ilamında, "*Talebin kısmen kabulü ile 70.097.740.354 TL munzam zararın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya yönelik talebin reddine, alacağa 22.04.1999 ödeme tarihinden itibaren tahsil olunacak tarihe kadar yıllık değişen oranlarda reeskont faizi uygulanmasına*" karar verildiği, ilamın Yeşilyurt İcra Müdürlüğü'nün 2003/... Esas sayılı dosyası ile takibe konulduğu, şikayetçi şirket vekili avukat U.E.'ye 53 örnek icra emri gönderildiği, gerek takip talebinde ve gerekse ödeme emrinde 70.097.740.000 TL alacak ile 22.04.1999'dan takip tarihine kadar 605.708.939.000 TL işlemiş faiz talep edildiği, Yeşilyurt İcra Mahkemesi'ne yapılan şikayet üzerine verilen 2003/... Esas, 2003/... Karar sayılı kararda, işlemiş faizin 277.248.740.000 TL olması gerektiğine karar verildiği anlaşılmıştır.

Şikayetli, takip talebinde istenen alacağın bileşik faiz değil munzam zarar olduğunu, bu bakımdan dosyadaki munzam zarar hesaplama yöntemine göre alacağın takip tarihinde ulaştığı miktarın (yıllara göre) hesaplandığını savunmuştur. Bu savunmaya itibar edilemez. Zira icra takibi ilama dayalı bir alacağa ilişkindir. Dolayısıyla bu yolla yapılan takipte, ilamda yazılı hakların dışına çıkılamaz. Aksi takdirde yerine getirilmesi istenen ilam konusu olmaz, müstakil bir alacak olur ki bu da icra emri ile istenemez.

Şikayet konusu olayda, icraya konan ilamda yazılı alacak ve yine ilamda yazılı olduğu şekilde buna her yıl değişken oranlarda işletilmesi gereken faizin istenmesi gerekirken karara (takibe konu ilama) konu olmamış süreye ilişkin alacak (munzam zarar) isteminde bulunulmasının, faiz hesaplamasında maddi yanlıgı olarak kabulü mümkün değildir. Aynı şekilde avukatlık ücretine KDV ilavesine ilişkin Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesinin de iptal edildiğini avukatın bilmemiş olmasının kabulü de mümkün değildir.

Ayrıca, takip talebini icra müdürünün kabul etmesi ve icra emrinin icra müdürü tarafından gönderilmesi, takip talebini düzenleyen ve yasaların koruyucusu durumunda bulunan avukatın sorumluluğunu hukuken olduğu kadar, özellikle disiplin yönünden de hiçbir şekilde ortadan kaldırmaz.

Şikayetlinin eylemi, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. ve TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde tanımı yapılan özen, meslek güveni, meslek itibarı ilkelerine ve hukuk kurallarının tam olarak

uygulanmasına aracı olma kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Yasanın 136. maddesi, avukatların hak ve ödevleriyle ilgili altıncı kısımda yer alan esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezası verileceğini hükme bağlamıştır. Şikayetlinin eylemi yasanın altıncı kısmında yer alan 34. maddeye aykırılık oluşturduğundan verilecek cezanın kınama cezası olması gerekmektedir.

Bu nedenlerle, şikayetli hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca tayin olunan uyarma cezasının, kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddine, şikayetçinin itirazının kabulü ile başkaca araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, Malatya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında tayin ettiği uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukat Y.S.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 13.01.2007
E. 2006/448
K. 2007/22

*** Disiplin suçlarında
tekerrür hali**
*** Tekerrür için eylem tarihinin
değil, kesinleşme tarihinin
esas alınması**
(765 sayılı TCK m. 81;
5237 sayılı TCK m. 58;
Av. K. m. 136/2, 157/7, 158/2,
160/2-3)

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun bir yıl süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin 11.11.2005 gün ve 2005/... sayılı kararına şikayetli avukat İ.D.'nin itirazı üzerine, kurulumuzun 07.10.2006 gün ve 2006/... karar sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, ancak sözü edilen kararımız Adalet Bakanlığı'nun 14.12.2006 gün ve (25649) sayılı işlemi ile onaylanmayarak bir daha görüşülmek üzere dosyasıyla birlikte geri gönderilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nun geri gönderme yazısında özetle, "*müştekinin şikayet edilen avukat İ.D.'nin alacağını tahsil etmek üzere vekilliğini üstlenip,*

bu iş için masraf ve ücreti vekalet aldığı halde herhangi bir işlem yapmadığı gibi aldığı parayı da iade etmediği yönündeki iddiasına ilişkin olan Beyoğlu 7. Noterliğinin 19.09.2001 tarih ve 37470 yevmiye sayılı vekaletnamesi ile Garanti Bankası'nın 19.09.2001 tarihli dekontunu ibraz etmesi karşısında şikayet edilen avukatın müştekinin iddiasının aksine bir delil ibraz etmediği nazara alındığından, şikayet edilen avukatın eyleminin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Meslek Kuralları'nın 3. maddelerine aykırılık teşkil ettiği ve anılan Kanununun 134. maddesi uyarınca da disiplin cezasını gerektirdiği, ancak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 136/2 maddesinde beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha fazla disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır cezanın uygulanacağına hükme bağlanması karşısında Baro Disiplin Kurulu'nca şikayet edilen avukatın sicilinde bulunan cezaların eylem tarihleri ve kesinleşme tarihleri belirlenerek tekerrüre esas cezasının saptanması ve sonucuna göre ceza tayin edilmesi gerekirken, şikayet edilen avukatın sicilinde bulunan cezaların karar tarihleri nazara alınarak tekerrür hükmünün uygulanmasının yerinde bulunmadığı anlaşıldığı cihetle, Birliğiniz Disiplin Kurulunda yapılan değerlendirme ve verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir." gerekçesine dayanmaktadır.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısı ile birlikte disiplin dosyası bir kez daha incelenip gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturduğu yönündeki İstanbul Barosu Disiplin Kurulu ve kurulumuzun hukuksal değerlendirmelerinde yasaya aykırılık bulunmadığı, Adalet Bakanlığınca da kabul edilmektedir.

Şikayetli avukatın sicil dosyasının incelenmesinde; şikayetli avukatın 22.05.2001 gün ve 2001/... sayılı kararla uyarma cezası, 14.05.2002 gün ve 2002/... sayılı kararla kınama, 11.06.2002 gün ve 2002/... sayılı kararla 200.000.000.000 TL para cezası, 09.12.2003 gün ve 2003/... sayılı kararla 89.000.000.000 TL para cezası, 14.09.2004 gün ve 2004/... sayılı kararla 139.000.000.000 TL para cezası, 14.09.2004 gün ve 2004/... sayılı kararla altı ay süre ile işten çıkarma cezası, 23.11.2004 gün ve 2004/... sayılı kararla altı ay süre ile işten çıkarma cezası, 27.09.2005 gün ve 2003/... sayılı kararla üç yıl süre ile işten çıkarma cezasının bulunduğu ve bu kararların kesinleştiği, 11.11.2005 gün ve 2004/... sayılı kararla bir yıl süre ile işten çıkarma cezası, 13.07.2006 gün ve 2005/...

sayılı kararlar meslekten çıkarma cezası bulunduğu ve bu kararların kesinleşmediği görülmüştür.

Şikayetli avukatın azledildiği 18.07.2003, ihtarname ile hesap verilmesinin istendiği 31.10.2003 ve şikayet edildiği 14.12.2003 tarihleri göz önünde bulundurulduğunda, 14.12.2003 tarihi itibarıyla disiplin sicilinde tekerrüre esas kesinleşmiş uyarma, kınama ve para cezasının bulunduğu tartışmasızdır.

Avukatlık Yasası 136/2, *“Beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suç için bir öncekinden daha ağır ceza uygulanır.”*, 160/2, *“Meslekten çıkarma ve işten çıkarma cezalarında başka bir disiplin cezası verilen avukatlar, uyarma, kınama ve para cezalarının uygulanmasından itibaren beş yıl geçtikten sonra disiplin kuruluna başvurarak bu disiplin sicillerinin silinmesini isteyebilir. İlgilinin yukarıdaki fıkrada yazılı süre içinde disiplin cezası almamış olması halinde, disiplin cezasının silinmesine karar verilin ve sicil dosyasındaki disiplin bölümüne çıkartılarak yenisi düzenlenir.”* hükümlerini amirdir.

Şikayetli avukatın ilk eylem tarihinden beş yıl geriye gidildiğinde, 12.12.1999 tarihinden sonraki dönemde uyarma, kınama ve iki adet para cezası aldığı ve Avukatlık Yasası'nın 160/2-3 maddeleri uyarınca sicil silinmesinin mümkün olmadığı tartışmasızdır.

765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 81. maddesi, *“Bir kimse beş seneden ziyade müddetle **bir mahkumiyete uğradıktan sonra** cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde **başka bir suç daha işlerse yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır.”***, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 58. maddesi *“Önceden işlenen suçtan dolayı verilen **hüküm kesinleştikten sonra** yeni bir suçun işlenmesi halinde, **tekerrür hükümleri uygulanır.”*** hükümlerini amirdir.

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği temel insan hakları güvencesi olmasından ötürü Avukatlık Yasası'nda bulunmayan hususlarda, CMK ve TCK kurallarının uygulanmasına bu güne kadar önem vermiş ve vermeye de devam edecektir. Yukarıda anılan TCK hükümlerinde tekerrür için *“kesinleşme tarihi”* belirtilmiş, *“eylem tarihi”* hiçbir şekilde göz önünde bulundurulmamıştır. Yasa koyucunun amacı açıktır. Amaç, faili yeni bir suç işlememeye özendirmedi. Suç işlenirse fail daha ağır ceza alarak sonuçlarına katlanacaktır.

Nitekim, Avukatlık Yasası'nın 160/2-3 maddesi de bu amaca yönelik olup, disiplin cezasının kesinleşmesinden itibaren geçecek beş yıllık dönemde suç işlenmesi halinde, iade-i itibar mümkün değildir.

Avukatlık Yasası'nın 158/2. maddesinin, Barolar ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun, "disiplin cezalarının verilmesinde; avukatlık onurunu, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ilkeleri göz önünde tutarlar." hükmü uyarınca, avukatlık onurunun, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarının meslek itibarının korunması hususunda takdir hakları bulunduğu ve eylemin ağırlığına göre ceza tayin hakkı bulunduğu da gözardı edilmemelidir.

Şikayetli avukatın disiplin sicilindeki cezalar, Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesi hükmü uyarınca tekerrüre esas olduğu ve eylemin ağırlığı karşısında, Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme gerekçesi yerinde bulunmaması ve önceki kararımızda ISRAR gerekmiştir.

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle, Adalet Bakanlığı'nın 14.12.2006 tarih ve 25649 sayılı geri gönderme yazısında belirtilen gerekçelere uyulmamasına, kurulumuzun 07.10.2006 gün ve 2006/... sayılı kararının aynen kabulüne, sonucun Avukatlık Yasası'nın 157/7 maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.01.2007

E. 2006/460

K. 2007/24

* Hizmet nedeniyle

emniyeti suistimal

* Meslekten çıkarma cezası

* İşten yasaklamanın

zorunlu olduğu haller

(Av. K. m 5/a, 134, 135/5, 136/1,

154/1; TBB Meslek Kuralları

m. 43)

Şikayetli avukatın, Ayvalık İcra Müdürlüğü'nün 2001/... Esas sayılı icra dosyasından yaptığı tahsilatı, şikayetçi müvekkiline ödemiş olması sebebiyle şikayetli hakkında Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/... Esasında kayıtlı olarak "Hizmet nedeniyle emniyeti suistimal" suçundan dolayı açılan kamu davası sonunda, mahkemenin 2003/... Ka-

rar sayılı ve 16.09.2003 tarihli kararı ile şikayetlinin hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçunu işlediği kabul edilerek mahkumiyetine karar verilmiş ve karar temyiz edilmeksizin 14.11.2003 tarihinde kesinleşmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın kamu davasına da konulan eylemini, Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesine giren suçlardan kabul ederek şikayetlinin Avukatlık Yasası'nın 5/a, 134, 135/5, 136/1. maddeleri ile TBB Meslek Kuralları'nın 43. maddesi uyarınca "Meslekten Çıkarma Cezası ile cezalandırılmasına, Avukatlık Yasası'nın 154/1 maddesi uyarınca tedbiren işten çıkarılmasına" karar vermiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle, şikayetli avukat hakkında Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/... Esasında kayıtlı olarak "Hizmet nedeniyle emniyeti suistimal" suçundan dolayı açılan kamu davasında, mahkemece 16.09.2003 tarihinde 2003/... karar sayısı ile verilen kararda, şikayetli avukatın "Hizmet nedeni ile emniyeti suistimal" suçu sabit görülerek TCK'nın 510. maddesi gereğince 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, aynı yasanın 80. maddesi gereğince cezası 1/6 oranında arttırılarak 1 sene 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 59/2. madde uyarınca cezasının 1/6 sı indirilerek 11 ay 20 gün hapis cezası ile mahkumiyetine karar verilmiş, 647 sayılı yasanın 4. maddesi uyarınca hapis cezası paraya çevrilmiştir. Kararın temyiz edilmeksizin 14.11.2003 tarihinde kesinleşmiş olduğu, kararın arkasındaki şerhten anlaşılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 136/1 maddesi, aynı yasanın 5. maddesinin (a) bendinde yazılı bir suçtan dolayı kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanacağını, 154. maddesinde de meslekten çıkarma cezası verilen avukatların işten yasaklanmalarının zorunlu olduğu kabul edilmiştir.

Şikayetli avukatın Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesi'nin kesinleşen kararı ile hüküm giydiği "hizmet sebebiyle emniyeti suistimal" suçu, yasanın 5 (a) maddesinde sayılan suçlardandır. Emniyeti suistimal suçu yüz kızartıcı suçlardan olduğu gibi, Şikayetlinin eylem tarihi, kesinleşen mahkeme kararında kabul edildiği gibi 16.04.2001-2002 yılı Ocak ayı arası olmakla, 1136 sayılı yasanın 5 (a) maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 02.05.2001 tarihinden sonradır.

Avukatlık Yasası'nın "İşten yasaklamanın zorunlu olduğu haller" başlıklı 154. madde hükmüne göre "Hakkında meslekten çıkarma cezası verilen avukatların/işten yasaklanması zorunludur."

Bu sebeplerle, Şikayetli hakkında Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesi'nce "hizmet sebebiyle emniyeti suistimal" suçundan dolayı mahkumiyetine karar verilmiş ve kararın kesinleşmiş olması sebebiyle Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 5/a, 134, 135/1, 136/1. maddeleri uyarınca "meslekten çıkarma cezası verilmesi" ve aynı yasanın 154. maddesinin emredici hükmü uyarınca "işten yasaklama kararı verilmesine" ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmıştır..

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Balıkesir Barosu Disiplin Kurulu'nun "Meslekten Çıkarma" cezası verilmesine ve şikayetlinin "İşten Yasaklanmasına" ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 12.01.2007
E. 2006/420
K. 2007/12

* Reklam yasağına aykırılık
* Web sayfasında ölçülülük ve objektiflik sınırlarının aşılması, reklam ve iş edinme amacı güdülmesi
(Av. K. m. 34, 55, 134, 135/2;
TBB Reklam Yön. m. 9;
TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukatlar hakkında "www.....com. isimli internet sitesinin Avukatlık Yasası'nın 55.maddesinde düzenlenen reklam yasağına aykırı olduğu" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca, şikayetli avukatlardan A. A. ve M. A. A.'nin eylemlerini sabit görerek, Avukatlık Yasası'nın 55, TBB Reklam Yönetmeliği'nin 9, Avukatlık Yasası'nın 34, 134 ve 135/2 maddeleri gereğince ayrı ayrı "Kınama" cezası ile cezalandırılmalarına, diğer şikayetli avukatlar hakkında ise "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukatlar A.A. ve M.A.A. tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetliler itirazlarında, kendileriyle ilgisi bulunmayan M.M.A isimli kişinin kullandığı ifadeler nedeniyle ceza aldıklarını, ayrıca karda bahsi geçen siteyi kapatmış olduklarını, kaldı ki web sitelerinde yer alan ibarelerin "reklam", "haksız rekabet" ve "iş temini" amacını gütmemediğini,

suçun manevi unsurunun oluşmadığını ve bu nedenle cezanın kaldırılmasına karar verilmesini istemişlerdir.

Dosya içeriğinden, “..... Hukuk Danışmanlık” başlıklı sitede; “..... Danışmanlık Hukuk Danışmanlık Firmamız yılında İstanbul’da Av. M. A. tarafından kurulmuştur. Av. M. A.’nın ... yılında vefatından sonra firma oğulları Av. A. A. ve Av. M. A. A. tarafından yönetilmektedir. Firma, Uluslararası Hukuk, Türk Ticaret Hukuku, Sözleşmeler Hukuku, Sermaye Piyasası Hukuku, Borçlar Hukuku alanlarında faaliyetine devam etmektedir. Firma bünyesinde, alanlarında profesyonel altı avukat ve iki detektif çalışmaktadır. Firma, ulusal ve uluslararası şirketlere profesyonel danışmanlık hizmeti vermektedir” denildiği.

Diğer sayfalarda, amaç, çalışmanın kapsamı, mevcut durumun değerlendirilmesi, Yol haritasının hazırlanması ve uzun vadeli çalışmak ve çalışma ekibi başlıklı kısımlarda özetle; “Şirketin konsiye satış, bayilik, Franchising, Distribütörlük, Exclusive Distribütörlük, Corner satıcılık, ürün ve mal alımları, hizmet alımları vb. şeklinde üçüncü tüzel veya gerçek kişilerle yapmış olduğu tüm anlaşmaların incelenmesi ve risk analizlerinin ortaya çıkarılması, şirketin vergi uygulamalarının gözden geçirilmesi, Markanın 556 Sayılı Kanun hükmünde kararname gereğince korunmasına yönelik Fikri ve Sinaî haklar mahkemesinde dava açmak, savcılık kanalıyla kaçak ve taklit malların toplatılması, Şirket merkezinde ve gerekse tüm şube ve ofislerinde günlük operasyonel işlemler sırasında çıkan problemlere yönelik çözümler üretilmesi, bu çerçevede, danışmanlık hizmetini layıkıyla verebilecek nitelikte tecrübeli 7 avukat, 2 asistan ve 2 dedektif bulunduğu” bildirilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 55. maddesinde; avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmalarının yasak olduğu yolunda emredici ve kapsamı geniş bir hükme yer verilmiş, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak; yasaların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesine ve yüklediği görevleri tam ve onurlu bir şekilde yerine getirmek amacıyla oluşturulan TBB Meslek Kuralları’nın 7. maddesinde, avukatın sadece adres değişikliğini, Reklam niteliği taşımayacak biçimde ilan edebileceği, 8. maddesinde de, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekineceği kuralları getirilmiştir.

Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 9. maddesinde, bu yönetmelik kapsamında olanların bağlı bulunduğu Baroya önceden bildirmek kaydıyla sadece aşağıdaki hususları içerecek şekilde

bir internet sayfası açabileceği, bu sayfada mesleki makalesini ve bilimsel çalışmalarını yayınlayabileceği, Barolar ve Türkiye barolar Birliği'nin, avukatın internet sayfasında;

- a. Bu yönetmelik kapsamında olanların adı, soyadı ve unvanı,
- b. Baro sicil numaraları
- c. Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları,
- d. Mesleğe başlama tarihi,
- e. Büro adresi
- f. Telefon ve faks numaraları
- g. Mezun olduğu üniversite,
- h. Fotoğrafı.
- l. e-posta adresi,
- j. Varsa akademik unvanı,
- k. Varsa bildiği yabancı dil,

hususlarının yer almasını sağlayacağı, hükmü yer almaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacıya ait internetteki web sayfasında, 1978 yılından bu yana faaliyette bulunan avukatlık bürosu olduğu, uluslararası hukuk, Türk ticaret hukuku, dış ticaret hukuku, sözleşmeler hukuku, sermaye piyasası hukuku, borçlar hukuku alanlarında faaliyette bulunduğu önemli başarılar sağlandığı, firma bünyesinde alanlarında profesyonel altı avukat ve iki dedektif çalıştığının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, web sayfasında bilgi vermede ölçülülük ve objektiflik sınırlarının aşıldığı, reklam ve iş edinme amacı güdüldüğü anlaşıldığından, şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasasının 55, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9., TBB Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Sitenin, şikayet tarihinden sonra kapatılmış olduğu, iş teminine yönelik olmadığı, avukatın kendisini ifade etmesine yönelik olduğuna ilişkin şikayetlilerin savunmaları yukarıda sıralanan Yasa maddeleri karşısında, haklı ve yerinde bulunmamıştır. Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nca her iki şikayetlinin ayrı ayrı kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

T. 12.01.2007 E. 2006/418
K. 2007/10

* Avukatın kendisine
iş teminine yönelik her türlü
davranıştan kaçınması
yükümlülüğü
(TBB Meslek Kuralları m. 8)

Şikayetli avukatın, Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü'ne verdiği 18.11.2004 tarihli dilekçesinde "Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü sınırları dahilinde bulunan tapulu gayrimenkuller üzerinde, idari birimler tarafından sicil kayıtlarına, kamulaştırma şerhi veya kamu yararı şerhi düşülen gayrimenkullerin, pafta, parsel numaraları ve şu anki malik veya varsa mirasçılarının isim ve adreslerim içeren bilgiler ile birlikte, Bilgi Edinme Yasası ve Avukatlık Kanunu (m. 2) çerçevesinde tarafına verilmesini istediği", dolayısıyla bu eyleminin TBB Meslek Kuralları'nın 8. maddesindeki "Avukat kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir" kuralına aykırı olduğu iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca, Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğü'ne verilen dilekçenin anayasal bir hak olduğu, iş ve çıkar sağlama amacına yönelik olmadığı kabul edilerek, şikayetli hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçinin konu ile bir ilgisinin olmadığını, Ö.B. adlı kişinin talebi ve işi nedeniyle Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istekte bulunduğunu, iş sağlama niteliğinde bir davranışının olmadığını ve herhangi bir davanın da açılmamış olduğunu bildirmiştir.

Şikayetçi ise dilekçelerinde, kendisinin Tekirdağ Barosu'nun İlçe temsilcisi olduğunu, bu nedenle tapu idaresi tarafından kendisine başvurulduğunu, şikayetlinin dilekçesinde herhangi bir kişi ismi belirtmediğini, dolayısıyla Çerkezköy yöresindeki tüm kamulaştırma işlemleri ile ilgili bilgi almak suretiyle bu davranışının kendisine iş temin etmeye yönelik bir davranış olduğunu ileri sürmüştür.

Şikayetli avukatın Çerkezköy Tapu sicil Müdürlüğü'ne verdiği dilekçe aynen şu şekildedir;

"Çerkezköy Tapu Sicil Müdürlüğüne

Konu: Bilgi Edinme hakkında

"Müdürlüğünüz sınırları dahilinde bulunan tapulu gayrimenkuller üzerinde idari birimler tarafından sicil kayıtlarına "kamulaştırma şerhi" veya "kamu yararı şerhi" düşülen gayrimenkullerin, pafta, par-

sel numaraları ve şu anki malik veya varsa mirasçılarının isim ve adreslerini içeren bilgiler ile birlikte , Bilgi Edinme Yasası ve Avukatlık Kanunu (m. 2) çerçevesinde tarafıma verilmesini saygıyla arz ve talep ederim. 18/11/2004

Av. K.Ş.

.....

B.Evler /İ ST (Tel/fax numaralı e-mail adresi)"

Görüldüğü gibi, kovuşturmayaya konu dilekçede belli bir kişi ve parsel ismi belirtilmemekte, o yöredeki Müdürlük sınırları dahilinde, kamulaştırma şerhi ve kamu yararı şerhi düşülen parsellerin numaraları ve maliklerinin isimlerinin bildirilmesi istenilmektedir.

Bu nedenle şikayetlinin "Ö.B. isimli kişinin talebi ve işi nedeniyle Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istekte bulunduğu" ilişkin savunması inandırıcı bulunmadığından, bu savunmaya itibar edilmemiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 8. maddesi "Avukatın kendisine iş teminine yönelik davranışlardan kaçınmasını" öngörmektedir. Şikayetlinin 18.11.2004 tarihli dilekçesi içeriği iş temini amacına yönelik olup, eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş, Şikayetli hakkında Baro Disiplin Kurulu'nca "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak, yeniden araştırılacak bir husus bulunmadığından Şikayetlinin Uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazlarının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına, durum yeniden incelemeyi gerektirmediğinden Şikayetli avukat K.Ş.'nin uyarma cezası ile Cezalandırılmasına, katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 12.01.2007

E. 2006/417

K. 2007/9

* Avukatın, hakkın ortaya çıkarılmasında yararlı, etkili ve zaruri olmayan, gerçek ve somut vakılara dayanmayan sözlerinin savunma sınırlarını aşması

* Avukatın bağımsızlığı (TBB Meslek Kuralları m. 8; AY m. 36; eski TCK m. 486, yeni TCK m. 128)

Şikayetli avukat hakkında Beyoğlu İş Mahkemesi'nin 2004/... Esas sayılı dosyasına sunduğu 26.02.2004 tarihli dilekçede kullandığı "davacının çalışması ve hukuki bilgisinin istenilene cevap verecek düzeyde olmadığı.... davacının daha sonra keşide ederek gönderdiği ihtarname ise davacının aranılan vasıfta bir eleman olmadığı, hukuki bilgi yetersizliğini bir kez daha teyit etmiş ve hukuki dayanaktan yoksun talepleri tarafımızdan dikkate alınmamıştır. sözde kendi hakkını ararken bile hukuki yetersizliğini göstermiştir... bunları yazanın bir avukat olması "birde sözde kendi hakkını arıyor olması", İş Kanunu'ndaki değişikliklerden bihaber olmasını göstermektedir", gibi sözlerle TBB Meslek Kuralları'nın 27/1. maddesine aykırı davranıldığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, müvekkili aleyhine açılan işten alacak davasında davacının hukuki yetersizliği sebebiyle işten ayrıldığını savunma amacıyla söylenen sözlerin müvekkillerinden aldığı talimat doğrultusunda ve savunma sınırları kapsamında söylendiğini savunmuştur.

Anayasa'nın 36. "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir", eski TCK'nın 486., yeni TCK'nın 128. "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez" maddeleri ile, iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakda olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, "Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakılara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, Esas 1998/225, Karar 1998/316 sayılı kararında "...Anayasa'nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur.."

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, Esas 1974/1160, Karar 1975/5782 sayılı kararında da, "Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır" denilmektedir.

Dilekçede kullanılan özellikle, "davacının çalışması ve hukuki bilgisinin istenilene cevap verecek düzeyde olmadığı....davacının daha sonra keşide ederek gönderdiği ihtarname ise davacının aranılan vasıfta bir eleman olmadığı, hukuki bilgi yetersizliğini bir kez daha teyit etmiş ve hukuki dayanaktan yoksun talepleri tarafımızdan dikkate alınmamıştır. ... sözde kendi hakkını ararken bile hukuki yetersizliğini göstermiştir....bunları yazanın bir avukat olması "birde sözde kendi hakkını arıyor olması", İş Kanunu'ndaki değişikliklerden bihaber olmasını göstermektedir. sözlerinin hukuksal gerekçe olmadığı, savunmaya gerçekten yararlı, etkili ve hatta zaruri olmadığı gibi, hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi bulunmadığı, sübjektif inançla karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple O'nu küçük düşürmeye, dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırı olduğu tartışmasızdır.

Şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı sözler, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak, *“hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama”*, *“objektiflik, gerçek ve somut vakıalara’ dayanma”*, *“uyuşmazlıkla bağlantılılık”* ve *“hukuki açıklama”* esaslarına uygun açıklama olarak kabul edilemeyeceği ve savunma sınırları içinde olduğu düşünüle-meyeceğinden, eylem disiplin suçu oluşturmaktadır.

Müvekkilin talimatı olsa dahi, avukat, *“avukatın bağımsızlığı”* ilkesi ge-reği hukukla ilgisiz açıklamalardan özenle kaçınmak zorundadır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetli avukat G.H.D.’nin itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun, uyarma cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ KARARLARI

- I -

SUÇ MAĞDURLARINA YARDIM KONUSUNDA ÜYE DEVLETLERE BAKANLAR KOMİTESİNİN TAVSİYE KARARI Rec(2006)8*

Çev.: Cemil KAYA**

*(Bakanlar Komitesi tarafından 14 Haziran 2006 tarihinde
Bakan Yardımcılarınının 967. toplantısında kabul edilmiştir)*

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 15.b maddesinde yer alan hükümler uyarınca,

Suç mağduriyetinin bütün Avrupa vatandaşlarının yaşamlarını etkileyen günlük bir fenomen olduğunun farkında olarak,

Şiddet Suçları Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'ni (ETS No. 116, 1983) tamamlama amacını taşıyan Mağdurlara Yardım ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında (87) 21 sayılı Tavsiye Kararı'nı ve Ceza Hukuku ve Usulü Çerçevesinde Mağdurun Konumu Hakkında (85) 11 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak,

* Recommendation Rec(2006)8 of the Committee of Ministers to Member States on Assistance to Crime Victims.

** Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

87 (21) sayılı tavsiye kararının kabulünden bu yana Bakanlar Komitesi tarafından çeşitli tavsiye kararları kabul edildiği ve ulusal mevzuat ve uygulamadaki gelişmeler dahil mağdurlara yardım alanında önemli gelişmeler olduğu için mağdurların ihtiyaçlarını ve yeni araştırmayı daha iyi anlamayı kaydederek,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (ETS No. 5, 1950), Şiddet Suçları Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'ni (yukarı bakınız), Terörizmin Önlenmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni (CETS No. 196, 2005) ve İnsan Kaçakçılığına Karşı Eylem Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni (CETS No. 197, 2005) hatırd tutarak,

Terörist faaliyetlerin mağdurlarına ve ailelerine destek konusunda Bakanlar Komitesi'ni yeni kurallar kabul etmeye davet eden 2003 ve 2005 yıllarındaki Avrupa adalet bakanları konferanslarının kararlarını hatırlayarak,

Terörizm mağdurlarıyla ilgili Terörizm Hakkında Uzmanlar Komitesi'nin (CODEXTER) çalışmasını kaydederek,

11 Temmuz 2002 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen insan hakları ve terörizmle mücadele hakkında temel ilkeleri ve 2 Mart 2005 tarihinde kabul edilen terörist faaliyetlerin mağdurlarının korunması hakkında temel ilkeleri dikkate alarak,

Mağdurlarla ilgili Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler tarafından geliştirilen standartları hesaba katarak,

Mağdurlara yardım etmede hükümet dışı organizasyonların başarılarını takdiri kaydederek,

Özellikle terörizm ve diğer ulusal sınırları aşan suç çeşitlerinin mağdurlarına yardım etme konusunda devletler arasında işbirliği ihtiyacının farkında olarak,

Özellikle savunmasız gruplara mensup olan mağdurlar için tekrar mağduriyeti önleme ihtiyacının farkında olarak,

Mağdurlara yardım etmeyi sağlama kadar suçlularla mücadele etmenin de devletin sorumluluğunda olduğuna inanarak,

Üye devletlerin hükümetlerin mevzuatlarında ve uygulamalarında Mağdurlara Yardım ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında (87) 21

sayılı Tavsiye Kararı'nın yerini alan bu tavsiye kararına ekte belirtilen ilkelerin yayılmasını ve rehber olmasını tavsiye eder.

(2006) 8 Sayılı Tavsiye Kararına Ek

1. Tanımlar

Bu tavsiye kararının amacı doğrultusunda,

1.1. Mağdur, bir üye devletin ceza hukukunu ihlal eden eylem ve ihmallerin neden olduğu fiziksel veya zihinsel yaralanma, duygusal acı veya ekonomik kayıp dahil zarara uğrayan gerçek kişiyi ifade eder. Mağdur kavramı aynı zamanda, uygun olan durumlarda, doğrudan mağdurun yakın ailesi ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri de kapsar.

1.2. Tekrar mağduriyet aynı kişinin belli bir zaman periyodunu aşan birden fazla ceza olayından zarar görme durumunu ifade eder.

1.3. İkincil mağduriyet doğrudan bir ceza eyleminin sonucu olarak değil ancak kurumların ve bireylerin mağdura yönelik karşılığı yoluyla gerçekleşen mağduriyeti ifade eder.

2. İlkeler

2.1. Devletler, mağdurların insan haklarına ilişkin haklarını etkin şekilde tanımayı ve bunlara saygı göstermeyi sağlamalıdır; Özellikle devletler, mağdurların güvenliğine, insan onuruna, özel ve aile yaşamına saygı duymalı ve mağdurlar üzerinde suçun olumsuz etkilerini tanımalıdır.

2.2. Devletler, bu tavsiye kararında öngörülen tedbirleri hiçbir ayırım göstermeksizin mağdurlara erişilir kılmayı sağlamalıdır.

2.3. Bu hizmetlerin ve tedbirlerin yerine getirilmesi ceza eyleminin failinin belirlenmesine, tutuklanmasına, kovuşturulmasına veya mahkum olmasına bağlı tutulmamalıdır.

3. Yardım

3.1. Devletler, suçun olumsuz etkilerini azaltmak için gerekli önlemleri belirlemeli ve desteklemeli; mağdurların evde iş yerinde ve

toplumda her yönden rehabilitasyonu için gerekli yardımın yapılmasını üstlenmelidir.

3.2. Mevcut yardım tıbbi bakımı, maddi destek ve psikolojik destek hizmetleri yanında sosyal bakımı ve dayanışmayı da kapsamalıdır. Bu hizmetler en azından suçtan hemen sonrası için ücretsiz olarak sunulmalıdır.

3.3. Mağdurlar mümkün olduğu kadar ikincil mağduriyetten korunmalıdır.

3.4. Devletler ya kişisel karakteristikleri ya da suçun durumları yoluyla özellikle savunmasız olan mağdurların durumlarına en uygun özel tedbirlerden yararlanabilmelerini sağlamalıdır.

3.5. Mümkün olan durumlarda yardım mağdurun anladığı dilde sağlanmalıdır.

4. Kamu Hizmetlerinin Rolü

4.1. Devletler, mağdurların saygınlığını ve tanınmasını teşvik etmeli ve suçun olumsuz etkilerinin mağdurlarla irtibat halindeki tüm personel ve organizasyonlar arasında anlaşılması için tedbirler belirlemeli ve desteklemelidir.

Ceza Adaleti Birimleri

4.2. Polis ve diğer ceza adaleti birimleri, erişilebilir olan uygun bilgi, koruma ve desteği sağlama konusunda mağdurların ihtiyaçlarını belirlemelidir.

4.3. Özellikle devletler uygun hizmetler sunulabilmesi için mağdurların polis tarafından yardım hizmetlerine sevkini kolaylaştırmalıdır.

4.4. Mağdurlara davalarıyla ilgili verilen kararların açıklamaları sağlanmalı ve onlara bu kararların verilmesinden sorumlu ceza adaleti personeli hakkında ilgili bilgi sağlama fırsatı verilmelidir.

4.5. Uygun olan durumlarda hukuki tavsiye erişilebilir olmalıdır.

Toplumdaki Birimler

4.6. Devletler, organizasyonlar tarafından sağlık hizmetleri, sosyal güvenlik, konut, eğitim ve iş gibi mağdurların desteklenmesi ve korunması için sağlanan özel tedbirlerin sunumunu ilerletmelidir.

Elçilikler ve Konsoloslukların Rolü

4.7. Elçilikler ve konsolosluklar suç mağdurları olan vatandaşlarına uygun bilgi ve yardım sağlamalıdır.

5. Mağdur Destek Hizmetleri

5.1. Devletler mağdurlara tahsis edilen hizmetleri sağlamalı ve desteklemeli ve hükümet dışı organizasyonların mağdurlara yönelik çalışmalarını teşvik etmelidir.

Minimum Standartlar

5.2. Bu nitelikteki hizmetler:

- kolaylıkla erişilebilir olmalı;
- mağdurlara soruşturma ve yasal işlemler öncesinde, sırasında ve sonrasında ücretsiz duygusal, sosyal ve maddi destek sağlanmalı;
- mağdurların karşılaştıkları problemlerle ilgili tam ehliyetli olmalı;
- mağdurlara hakları ve mevcut hizmetler konusunda bilgi sağlamalı;
- zorunlu olduğunda mağdurları diğer hizmetlere yönlendirmeli;
- hizmetlerin sağlanmasında gizliliğe saygı duymalıdır.

Uzmanlaşmış Merkezler

5.3. Devletler cinsel ve ev içi şiddet gibi suçların mağdurları için uzmanlaşmış merkezlerin kurulmasını ve devamlılığını sağlama ve bu merkezlere erişimi kolaylaştırma konusunda teşvik edilmelidir.

5.4. Aynı zamanda devletler terörizm dahil toplu mağduriyet suçlarının mağdurları için uzmanlaşmış merkezlerin kurulmasını ve devamlılığını teşvik etmeyi zorunlu düşünebilir.

Ulusal Yardım Hatları

5.5. Devletler mağdurlar için ücretsiz ulusal telefon yardım hatları kurma ve destekleme konusunda teşvik edilmelidir.

Mağdurlar İçin Hizmetlerin Koordinasyonu

5.6. Devletler mağdurlara yardım sunan hizmetlerin işleyişinin koordine edilmesini sağlama konusunda adımlar atmalıdır ve bu:

- kapsamlı türdeki hizmetler mevcut ve erişilebilir olur;
- mağdurlara yardım sunan hizmetler için iyi uygulama standartları hazırlanır ve devamlılığı sağlanır;
- uygun eğitim sağlanır ve koordine edilir;
- önerilen politikalar ve mevzuat hakkındaki hizmetler danışma için hükümete erişilebilir olmalıdır.

Bu koordinasyon tek bir ulusal organizasyon veya bazı diğer araçlar yoluyla sağlanabilir.

6. Bilgi

Bilgi Sunma

6.1. Devletler mağdurlara davalarıyla ilgili ve çıkarlarını koruma ve haklarını kullanmaları için zorunlu bilgilere erişmelerini sağlamalıdır.

6.2. Bu bilgiler mağdurun hukuk uygulaması veya ceza adaleti birimleriyle veya sosyal ve sağlık bakımı hizmetleriyle irtibata geçer geçmez sağlanmalıdır. Bilgiler yazı yanında sözlü şekilde ve mümkün olduğu kadar mağdurun anlayacağı dilde bildirilmelidir.

Bilginin İçeriği

6.3. Bütün mağdurlar destek sunabilen hizmetler ve organizasyonlar, desteğin türü ve ilgili durumlarda desteğin maliyeti konusunda bilgilendirilmelidir.

6.4. Bir suç hukuk uygulaması veya ceza adaleti birimlerine rapor edildiğinde, mağdura sağlanan bilgiler aynı zamanda minimum olarak şunları da kapsamalıdır:

- i. Takip edilecek usuller ve bu usullerde mağdurun rolü,
- ii. mağdurun nasıl ve ne şekilde koruma elde edebileceği;
- iii. mağdurun nasıl ve ne şekilde suçludan tazminat elde edebileceği;
- iv. şunların mevcudiyeti ve ilgili durumlarda maliyeti:
 - hukuki tavsiye,
 - hukuki yardım, ve
 - herhangi bir diğer tavsiye çeşidi;
- v. hak edilebilir ise devlet tazminatına nasıl başvurulacağı;
- vi. mağdur bir diğer ülkede ikamet ediyor ise mağduru veya onun çıkarlarını korumaya yardım edecek varolan düzenlemeler.

Yasal İşlemler Hakkında Bilgi

6.5. Devletler şu hususlarda mağdurların bilgi sahibi olmalarını ve anlamalarını uygun bir yolla sağlamalıdır:

- şikayetlerinin sonucu;
- ceza yargılamaları sürecindeki ilgili aşamalar,
- yetkili mahkemenin kararı ve ilgili durumlarda hüküm.

Mağdurlara bu nitelikteki bilgileri almaya istekli olmadıklarını ifade etme fırsatı verilmelidir.

7. Diğer Yollara Etkili Erişim Hakkı

7.1. Mağdurlar suç sonrasında haklarını korumak için sivil müracaat yollarını arama ihtiyacı duyabilir. Bu nedenle devletler,

şu yollarla, mağdurların makul süre içerisinde bütün sivil müracaat yolları için etkili erişime sahip olduğunu sağlama konusunda zorunlu adımlar atmalıdır.

- yetkili mahkemelere erişim hakkı; ve
- uygun durumlarda hukuki yardım.

7.2. Devletler ceza yargılamaları bağlamında suçludan tazminat talep etme konusunda mağdurlar için usuller oluşturmalıdır. Aynı zamanda mağdurlara bu talepleri ileri sürmede ve hükmedilen bir tutarın yerine getirilmesinde tavsiye ve destek sağlanmalıdır.

8. Devlet Tazminatı

Yararlananlar

8.1. Devlet tarafından tazminat şunlar için sağlanmalıdır:

- cinsel şiddet dahil ciddi, kasıtlı, şiddet suçları mağdurlarına;
- bu nitelikteki bir suç sonucunda ölen mağdurların yakın ailesine ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere.

Tazminat Planı

8.2. Devletler mağdurların vatandaşlığına bakmaksızın, ülkelerinde işlenen suçların mağdurları için bir tazminat planı kabul etmelidir.

8.3. Mağdurlara ödenen tazminat sosyal dayanışma ilkesine dayandırılmalıdır.

8.4. Tazminat gereksiz gecikme olmadan, adil ve uygun bir düzeyde verilmelidir.

8.5. Birçok kişi kendi devletinden ziyade Avrupa devletlerinde mağdur edildiği için, devletler mağdurların kendi ülkelerindeki yetkili bir birime başvurma yoluyla suçun işlendiği devletten tazminat talep etmelerini sağlamaları konusunda işbirliğine teşvik edilir.

Tazminat Gerektiren Zararlar

8.6. Tazminat fiziksel ve psikolojik yaralanmalarda tedavi ve rehabilitasyon için sağlanmalıdır.

8.7. Devletler tazminatta gelir kaybını, cenaze masraflarını ve bakmakla yükümlü bulunan kişilerin yaşamlarını sürdürmedeki kayıplarını dikkate almalıdır. Aynı zamanda devletler tazminatta acı ve ızdırabı dikkate alabilir.

8.8. Devletler mülkiyete karşı işlenen suçlardan doğan zararları tazmin etme yollarını dikkate alabilir.

İkincillik

8.9. Devlet tazminatı suçlu, sigorta veya devlet kaynaklı sağlık ve sosyal karşılıklar gibi diğer kaynaklar tarafından kapsanmayan zararlar ölçüsünde ödenmelidir.

9. Sigorta

9.1. Devletler değişik suç mağduriyeti kategorileri için kamu veya özel sigorta planları uyarınca mevcut kapsamın boyutunu değerlendirmelidir. Amaç bütün ikamet edenlerin sigortaya eşit şekilde erişmesini ilerletme olmalıdır.

9.2. Devletler sigortanın mümkün olan en çok sayıda insan için mevcut olması ilkesini teşvik etmelidir. Sigorta kişilerin fiziksel bütünlükleri yanında şahsi eşyalarını kapsama konusunda mevcut olmalıdır.

9.3. Devletler, diğer uygulanabilir hükümler var olmadıkça, sigorta politikalarının terörizm faaliyetlerinin neden olduğu zararları kapsam dışında bırakmaması ilkesini ilerletme konusunda teşvik edilmelidir.

10. Koruma

Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğün Korunması

10.1. Devletler, usulün bütün aşamalarında mağdurların fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün korunmasını sağlamalıdır. Şahitlik yapması istenebilecek olan mağdurlar için özel koruma zorunlu olabilir.

10.2. Korkutma, karşılık verme ve tekrar mağduriyet riski hallerinde mağdurlar için özel koruma tedbirleri alınmalıdır.

10.3. Devletler, en azından mağdurlar için tehlikeli olabilecek durumlarda, bir suçtan dolayı tutuklanan veya mahkum olan kişi serbest bırakıldığında, gerekirse mağdurlara bilgi vermek için bir karar alınabilmesini sağlama konusunda zorunlu tedbirler almalıdır.

10.4. Bir devlet parağraf 10.3'te anılan bilgileri kendi inisiyatifiyle iletmesi kadar, ilgili ceza yargulamaları hükümleri uyarınca yukarıdaki bildirim zorunlu olmadıkça, devlet, mağdurların bildirim almamalarını seçme hakkına sahip olduklarını sağlamalıdır.

Tekrar Mağduriyete Karşı Koruma

10.5. Devletler tekrar mağduriyeti belirleme ve mücadele konusunda politikalar geliştirmelidir. Tekrar mağduriyetin önlenmesi, mağdur yardımı ve suç önlemenin bütün stratejilerinde temel bir unsur olmalıdır.

10.6. Mağdurlarla irtibat halinde olan bütün personel tekrar mağduriyetin riskleri ve bu nitelikteki riskleri azaltma yolları konularında yeterli eğitim almalıdır.

10.7. Mağdurlara önerilen tedbirleri uygulamadaki yardım yanında tekrar mağduriyetin ve bu riskleri azaltmanın yolları konusunda tavsiyede bulunulmalıdır.

Özel Yaşamın Korunması

10.8. Devletler, özellikle suçun soruşturulması ve kovuşturulması süresince, mağdurların kişisel verilerinin korunması yanında, mümkün olduğu ölçüde onların özel ve aile yaşamına müdahale eden şeylerden kaçınma konusunda uygun adımlar atmalıdır.

10.9. Devletler, mağdurların özel yaşamını ve kişisel verilerini korumak için kendi düzenleme tedbirlerini kabul etme ve saygı duyma konusunda medyayı teşvik etmelidir.

11. Gizlilik

11.1. Devletler, yasal ve hükümet dışı olup olmadıklarına bakmaksızın mağdurla irtibat halinde olan bütün birimlerden, şu

şartlar altında, mağdurdan alınan veya mağdurla ilgili bilgileri üçüncü kişilere açıklayabilme konusunda açık standartlar kabul etmelerini talep etmelidir:

- mağdurun bu şekildeki açıklığa açıkça rıza göstermiş olması;
- bunun bu şekilde yapılması konusunda hukuki bir gereksinim veya izin bulunması.

11.2. Bu iki istisnai durumda, açıklık usullerine açık kurallar hakim olmalıdır. Bu kuralların ihlal edildiği iddiaları ile ilgili şikayet usulleri yayımlanmalıdır.

12. Personelin Seçimi ve Eğitimi

12.1. Devletler şu konularda mağdur destek servislerine yardım etmeli ve desteklemelidir:

- mağdurlara doğrudan yardım sağlayan bütün ücretli ve gönüllü görevlilerin seçiminde uygun standartlar geliştirme;
- bu yardımların profesyonel standartlara göre verildiğini sağlama konusunda bütün ücretli ve gönüllü görevlileri eğitime ve desteği organize etme.

Eğitim

12.2. Eğitim minimum olarak şunları kapsamlıdır:

- mağdurlar üzerinde suçun olumsuz etkilerinin farkında olma;
- mağdurlara yardım etme konusunda gerekli beceri ve bilgi;
- ikincil mağduriyete neden olan risklerin farkında olma ve bunu önlemede beceriler.

Uzmanlaşmış Eğitim

12.3. Uzmanlaşmış eğitim, öldürülen mağdurların aileleri yanında, ev içi ve cinsel şiddet terörizm, ırksal, dinsel veya diğer önyargılar tarafından motive edilen suçlar gibi özel suç kategorilerinin mağdurları ve çocuk mağdurlar için çalışan bütün personele sağlanmalıdır.

Diğer Hizmetlerdeki Personelin Eğitimi

12.4. Üye devletler şunlar için uygun eğitim sağlanmasını temin etmelidir:

- adaletin yönetimi ile uğraşan polis ve personel;
- büyük bir olay mahalline giden acil servisler ve diğerleri;
- sağlık, konut, sosyal güvenlik, eğitim ve iş hizmetlerindeki ilgili görevliler.

12.5. Bu personel mağdurlarla irtibat kurmalarına uygun olan bir düzeyde eğitilmelidir. Eğitim minimum olarak şunları kapsamalıdır:

- Sözlü davranış dahil, mağdurun tutum ve davranışları üzerinde suçun etkilerinin genel olarak farkında olma;
- ikincil mağduriyete sebep olan risk ve bu riski minimize etmede gerekli beceriler;
- özel olarak mağdurların ihtiyaçlarına yönelik bilgi ve destek sağlayan hizmetlere erişebilirlik ve bu hizmetlere erişme yolları.

13. Arabuluculuk

13.1. Yasal birimler, mağdurlar için arabuluculuğun potansiyel yararlarını göz önünde bulundurarak, mağdurlarla ilgili olduğunda ve uygun ve erişilebilir durumlarda, ceza konularında arabuluculuk hakkında Bakanlar Komitesi'nin (99) 19 sayılı tavsiye kararına uygun olarak, mağdur ve suçlu arasında arabuluculuk teklif etme ihtimalini dikkate almalıdır.

13.2. Mağdurların çıkarları arabuluculuk usulüne karar verme aşamasında ve bu usül boyunca tam olarak ve dikkatli şekilde düşünülmelidir. Uygun düşünme, sadece mağdurun potansiyel yararları için değil aynı zamanda mağdurun potansiyel riskleri için sağlanmalıdır.

13.3. Arabuluculuğun düşünüldüğü durumlarda, devletler, mağdurların çıkarlarını koruma konusunda açık standartların kabul edilmesini desteklemelidir. Bu standartlar, tarafların özgürce rıza gösterme yeteneğini, gizlilik konularını, bağımsız tavsiyeye erişimi,

herhangi bir aşamada süreçten geri çekilme ihtimalini ve arabulucuların yetkilerini kapsamalıdır.

14. Koordinasyon ve İşbirliği

14.1. Her bir devlet mağdurların haklarını ve menfaatlerini ilerletmek ve koruma konusunda koordineli stratejiler geliştirmeli ve devamlılığını sağlamalıdır.

14.2. Bu amaçla her bir devlet ulusal ve yerel olarak şunları sağlamalıdır:

– ceza adaletinde, sosyal sunum ve sağlık bakımında, yasal, özel ve gönüllü sektörlerde çalışan bütün birimler, mağdurlara koordineli bir karşılık sağlama konusunda birlikte çalışmalıdır;

– önde gelen birimlerin belirlenmesi dahil kapsamlı uygulama planlarıyla birlikte geniş ölçekli mağduriyet durumları ile ilgili ek usuller titizlikle hazırlanmalıdır.

15. Uluslararası İşbirliği

Devletlerin Karşılıklarının Hazırlanması

15.1. Devletler ulusal sınırları aşan suçlar için etkili ve koordineli bir karşılık hazırlamada işbirliği yapmalıdır. Devletler kapsamlı bir karşılığın mağdurlar için erişilebilir olmasını ve birimlerin yardım sağlamada işbirliği yapmasını sağlamalıdır.

İkametgah Devletiyle İşbirliği

15.2. Mağdurun normal olarak suçun işlendiği devlette ikamet etmediği durumlarda, bu devlet ve ikametgah devleti mağdura koruma sağlama ve yargılama süreci dahil suç raporu etmede mağdura yardım etme konularında işbirliği yapmalıdır.

16. Suçun Etkileri Konusunda Kamu Duyarlılığını Arttırma

16.1. Devletler, ikincil mağduriyeti önlemek ve mağdurların rehabilitasyonunu kolaylaştırmak için suçun etkilerini anlama ve

tanımayı teşvik ederek, mağdurların ihtiyaçları konusunda kamu duyarlılığını arttırmaya katkıda bulunmalıdır.

16.2. Bu mevcut bütün medyayı kullanarak hükümet fonları ve kamuya açık kampanyalar yoluyla başarılmalıdır.

16.3. Hükümet dışı sektörün, mağdurların durumu hakkında kamu dikkatine odaklanmada rolü tanınmalı, ilerletilmeli ve desteklenmelidir.

17. Araştırma

17.1. Devletler, ülkelerindeki veya ülke dışındaki araştırmacılar tarafından yapılan karşılaştırmalı araştırmalar dahil, mağduriyet araştırmalarını ilerletmeli, desteklemeli ve mümkün olduğu ölçüde kaynak sağlamalı ve kaynak sağlamayı arttırmayı kolaylaştırmalıdır.

17.2. Araştırma şunları içermelidir:

- suç mağduriyeti ve onun mağdurlar üzerindeki etkisi;
- riski etkileyen faktörler dahil ceza mağduriyetinin yaygınlığı ve riskleri;
- hem ceza adaletinde hem de toplumda suç mağdurlarının desteklenmesi ve korunması için yasal ve diğer tedbirlerin etkinliği;
- ceza adaleti birimleri ve mağdur servisleri yoluyla müdahalenin etkinliği.

17.3. Devletler, mağdurlara yönelik olarak tutarlı ve delile dayalı politikalar geliştirmede mevcut en son mağduriyet araştırma durumunu göz önünde bulundurmalıdır.

17.4. Devletler, suç mağdurlarıyla ilgilenen bütün hükümet ve hükümet dışı birimleri, ulusal ve uluslararası diğer birimler ve kurumlarla uzmanlıklarını paylaşma konusunda teşvik edilmelidir.

- II -
**İYİ YÖNETİM KONUSUNDA ÜYE DEVLETLERE
BAKANLAR KOMİTESİNİN TAVSİYE KARARI
Rec(2007)7¹**

Çev.: Cemil KAYA*

*(Bakanlar Komitesi tarafından 20 Haziran 2007 tarihinde
Bakan Yardımcılarının 999. toplantısında kabul edilmiştir)*

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 15/b maddesinde yer alan hükümler uyarınca,

“İyi yönetim temel hakkını tanımlamak amacıyla ve böylece onun uygulama da etkin kullanımını kolaylaştırmak için 2001 tarihli Avrupa İyi İdari Davranış Koduna ve özellikle 77/31 sayılı Karara ve 80/2 sayılı Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararına istinaden çıkartılan ve iyi yönetim konusunda temel bir bireysel hak için model bir metin ve tek, kapsamlı, bütünleşmiş bir iyi yönetim model kodu hazırlamak için Bakanlar Komitesi'ne çağrıda bulunan Parlamenterler Asamblesi'nin 1615/2003 sayılı Tavsiye Kararını göz önünde bulundurarak”;

İdari otoritelerin işlemleriyle ilgili olarak bireylerin korunması konusunda Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı kararını göz önünde bulundurarak;

İdari otoritelerin takdir yetkilerinin kullanımıyla ilgili olarak Bakanlar Komitesi'nin 80/2 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Kamu otoritelerinin sahip olduğu bilgilere erişim konusunda Bakanlar Komitesi'nin 81/19 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Kamu sorumluluğuyla ilgili olarak Bakanlar Komitesi'nin 84/15 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

¹ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration.

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Çok sayıda kişiyi etkileyen idari usuller konusunda Bakanlar Komitesi'nin 87/16 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Kamu birimlerinin sahip olduğu kişisel verilerin üçüncü kişilere iletilmesi konusunda Bakanlar Komitesi'nin 91/10 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Avrupa'daki kamu görevlilerinin statüleri konusunda Bakanlar Komitesi'nin 2000/6 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Kamu görevlilerine yönelik uygulama kodları konusunda Bakanlar Komitesi'nin 2000/10 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Resmi belgelere erişim konusunda Bakanlar Komitesi'nin 2002/2 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

İdare hukuku alanında idari ve yargısal kararların yerine getirilmesi (icrası) konusunda Bakanlar Komitesi'nin 2003/16 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

İdari işlemlerin yargısal denetimi konusunda Bakanlar Komitesi'nin 2004/20 sayılı Tavsiye Kararı'nı göz önünde bulundurarak;

Avrupa Konseyi'nin amacının üyeleri arasında daha fazla birliği sağlamak olduğunu göz önüne alarak;

Kamu otoritelerinin demokratik toplumlarda anahtar bir rol oynadığını; birçok alanda aktif olduklarını; faaliyetlerinin özel kişilerin hak ve menfaatlerini etkilediğini; ulusal mevzuat ve çeşitli uluslararası belgelerin, özellikle Avrupa Konseyi belgelerinin, bu kişilere idareyle ilgili olarak bazı haklar verdiğini; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'ni özel kişilerin idareyle olan ilişkilerinde korunması için uyguladığını göz önüne alarak;

Kamu otoritelerinin özel kişilere belli sayıda hizmetler sunmasını ve belli talimat ve kurallar yayımlamasını ve kamu otoritelerinin harekete geçmesi gerektiği zaman bunu makul bir süre içinde yapmaları zorunluluğunu göz önüne alarak;

İster resmi hareketsiz kalma ister harekete geçmede gecikme ve ister resmi yükümlülükleri ihlal etme sonucu olsun kötü yönetim halle-

rinin yargısal usulleri içerebilen uygun usuller yoluyla yaptırıma tabi tutulması zorunluluğunu göz önüne alarak;

İyi yönetimin uygun, tutarlı, açık, kolayca anlaşılabilen ve erişilebilir olan kaliteli mevzuat yoluyla sağlanması zorunluluğunu göz önüne alarak;

İyi yönetimin toplumun temel ihtiyaçlarını karşılamak zorunda bulunan hizmetleri ifade ettiğini göz önüne alarak;

İyi yönetimin pek çok durumda bir taraftan devletin faaliyetlerinden doğrudan etkilenen kişilerin hak ve menfaatleri ile diğer taraftan genel anlamda toplumun ve özellikle de zayıf ve savunmasız kişilerin menfaatlerinin korunması arasında uygun bir dengeyi kurmayı içerdiğini göz önüne alarak ve devletle olan ilişkilerinde bireylerin menfaatlerini korumayı amaçlayan usullerin bazı durumlarda diğerlerinin veya daha genel anlamda toplumun menfaatlerini koruması gerektiğini tanıyarak;

İyi yönetimin iyi yönetişimin bir unsuru olduğunu; sadece hukuki düzenlemelerle ilgilenmediğini; teşkilat ve yönetim kalitesine bağlı olduğunu; etkinlik, verimlilik ve toplumun ihtiyaçları ile ilgili gereklilikleri karşılamak zorunda olduğunu; kamu mülkiyeti ve diğer kamu menfaatlerini sağlama, destekleme ve koruma zorunda olduğunu; bütçe gereklerini yerine getirme zorunda olduğunu; yolsuzluğun bütün çeşitlerini önleme zorunda olduğunu göz önüne alarak;

İyi yönetimin kamu otoritelerinin ellerinde bulunan yeterli insan kaynaklarına ve kamu görevlilerinin kalitesine ve uygun eğitimine bağlı olduğunu göz önüne alarak;

İdarenin kamu gücü imtiyazını, gerektirdiği görevleri yürütmek için kullandığını; bununla birlikte bu yetkilerin uygun olmayan ve aşırı şekilde kullanıldığı takdirde özel kişilerin haklarını ihlal edebileceğini göz önüne alarak;

2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı örneğini takip ederek, kamu otoriteleriyle ilgili olarak kabul görmüş çeşitli hakları iyi yönetim hakkı ile birleştirmenin ve iyi yönetimin içeriğini tanımlamanın arzulanır olduğunu göz önüne alarak;

İyi yönetim hakkının gereklerinin genel bir hukuk belgesi yoluyla güçlendirilebileceğini; bu gereklerin kanunilik, eşitlik, tarafsızlık, ölçülülük, hukuki kesinlik, makul bir süre içinde harekete geçme, katılım, özel yaşamın gizliliğine saygı duyma ve şeffaflık gibi hukuk devletinin temel ilkelerinden doğduğunu; bu gereklerin özel kişilerin hak ve menfaatlerini koruma konusunda usuller getirdiğini, özel kişileri bilgilendirdiğini ve onlara idari işlemlerin alınmasına katılma imkanı verdiğini göz önüne alarak;

Üye devletlerin hükümetlerine şunları tavsiye eder:

– Hukuk devleti ve demokrasi ilkeleri çerçevesinde iyi yönetimi geliştirme;

– Verimlilik, etkinlik ve uygun fiyatı sağlayarak kamu otoritelerinin teşkilatlanması ve faaliyette bulunması yoluyla iyi yönetimi geliştirme. Bu ilkeler üye devletlerin şunları yapmasını gerektirir:

– Amaçların ortaya konulmasını ve bu amaçların idare ve kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmesini düzenli olarak ölçmek ve değerlendirmek için performans kriterlerinin belirlenmesini sağlamalarını;

– Kamu otoritelerini, onlar tarafından sağlanan hizmetlerin uygun bir maliyetle sunulup sunulmadığı ve bunların değiştirilip değiştirilmeyeceği veya ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağını düzenli olarak denetlemeye zorlamalarını;

– İdareyi en iyi sonuçları elde etmek için en iyi yolları araması konusunda zorlamalarını;

– Kamu görevlilerinin eylemlerinin ve idarenin uygun içsel ve dışsal denetimini yapmalarını,

– Uygun olduğu ölçüde, bu tavsiye kararına ekli model kodda öngörülen standartları kabul etmesini, bunların üye devletlerin görevlileri tarafından etkin şekilde uygulanmalarını temin etmesini, devletin anayasal ve yasal yapısı içerisinde izin verildiği ölçüde bölgesel ve mahalli idarelerin aynı standartları kabul etmesini sağlama yoluyla herkesin menfaati için iyi yönetim hakkını geliştirme.

*İyi Yönetim Konusunda Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere
(2007)7 Sayılı Tavsiye Kararına Ek*

İyi Yönetim Kodu

Madde 1- Kapsam

1. Bu kod, iyi yönetimi gerçekleştirmek için kamu otoritelerinin özel kişilerle ilişkilerinde uygulanacak ilke ve kuralları ortaya koyar.

2. Bu kodun amaçları doğrultusunda “kamu otoriteleri” şu anlama gelir:

a. Kamu hizmeti sunan veya kamu yararına hareket eden devlet, mahalli ve otonom otoriteler dahil her çeşit ve düzeyde herhangi bir kamu hukuku birimi;

b. Kamu hizmeti sunmadan veya kamu yararına hareket etmeden sorumlu bir kamu otoritesinin imtiyazlarını kullanan herhangi bir özel hukuk birimi.

3. Bu kodun amaçları doğrultusunda “özel kişiler” kamu otoritelerinin faaliyetlerine konu olan bireyler ve özel hukuk tüzel kişileri anlamına gelir.

Bölüm I

İyi Yönetim İlkeleri

Madde 2- Kanunilik İlkesi

1. Kamu otoriteleri hukuka uygun hareket etmelidir. Kamu otoriteleri, takdir yetkilerini kullanırken dahi keyfi tedbirler almamalıdır.

2. Kamu otoriteleri, onların teşkilatlanmasını, faaliyetlerini ve aktivitelerini düzenleyen iç hukuka, uluslararası hukuka ve hukukun genel ilkelerine uymalıdır.

3. Kamu otoriteleri kurucu kanunlarında ortaya konan kendi yetki ve usullerini belirleyen kurallara uygun hareket etmelidir.

4. Sadece vaki gerçekler ve uygulanabilir hukuk böyle yapmalarına imkan verirse ve yalnız bu amaç doğrultusunda yetkilerini kullanabilirler.

Madde 3- Eşitlik İlkesi

1. Kamu otoriteleri eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidir.
2. Kamu otoriteleri aynı konumda bulunan kişilere aynı şekilde davranmalıdır. Kamu otoriteleri cinsiyet, etnik köken, dini inanç ve diğer görüş gibi nedenlerle özel kişiler arasında ayırım yapmamalıdır. Herhangi bir davranış farklılığı objektif olarak haklı gösterilmelidir.

Madde 4- Tarafsızlık İlkesi

1. Kamu otoriteleri tarafsızlık ilkesine uygun hareket etmelidir.
2. Kamu otoriteleri sadece ilgili konuları göz önünde bulundurarak objektif şekilde hareket etmelidir.
3. Kamu otoriteleri taraflı şekilde hareket etmemelidir.
4. Kamu otoriteleri, kamu görevlilerinin görevlerini kişisel inanç ve çıkarlarına bakmaksızın tarafsız şekilde yürütmelerini sağlamalıdır.

Madde 5- Ölçülülük İlkesi

1. Kamu otoriteleri ölçülülük ilkesine uygun hareket etmelidir.
2. Kamu otoriteleri özel kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen tedbirleri, sadece zorunlu olan durumlarda ve öngörülen amacı gerçekleştirmek için gerekli olan ölçüde almalıdır.
3. Kamu otoriteleri takdir yetkilerini kullanırken, kararlarının özel kişilerin hak ve menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri ile güttükleri amaç arasında uygun bir denge kurmalıdır. Kamu otoriteleri tarafından alınan herhangi bir tedbir aşırıya kaçmamalıdır.

Madde 6- Hukuki Kesinlik İlkesi

1. Kamu otoriteleri hukuki kesinlik ilkesine uygun hareket etmelidir.
2. Kamu otoriteleri hukuken kabul edilen durumlar hariç geçmişte yürür tedbirler almayabilir.

3. Kamu otoriteleri çok önemli şekilde gerekli olması hariç kazanılmış haklara ve kesin hukuki durumlara müdahale etmemelidir.

4. Özellikle yeni yükümlülüklerin getirildiği durumlarda, bu yükümlülüklerin yürürlüğe girmesi için geçici hükümler getirmek veya makul bir süre kabul etmek bazı hallerde zorunlu olabilir.

Madde 7- Makul Bir Süre İçinde Hareket Etme İlkesi

Kamu otoriteleri makul bir süre içinde hareket etmeli ve görevlerini yerine getirmelidir.

Madde 8- Katılım İlkesi

Acil olarak hareket etme gerekmedikçe kamu otoriteleri, özel kişilere onların hak ve menfaatlerini etkileyen idari işlemlerin hazırlanmasına ve uygulanmasına uygun araçlar yoluyla katılma fırsatı sağlamalıdır.

Madde 9- Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı Duyma İlkesi

1. Kamu otoriteleri özellikle kişisel veri işlerken özel yaşamın gizliliğine saygı duymalıdır.

2. Kamu otoritelerine özellikle elektronik araçlar yoluyla kişisel veri veya dosya işleme yetkisi tanınan durumlarda, kamu otoriteleri özel yaşamın gizliliğini güvence altına almak için gerekli bütün tedbirleri almalıdır.

3. Özellikle kişisel verilere erişim hakkı ve doğru olmayan ve kaydedilmemesi gereken bir verinin düzeltilmesi ve silinmesinin sağlanması hakkı ile ilgili olarak, kişisel verilerin korunması hakkında kurallar, kamu otoritelerinin kişisel veri işlemlerinde uygulanmalıdır.

Madde 10- Şeffaflık İlkesi

1. Kamu otoriteleri şeffaflık ilkesine uygun hareket etmelidir.

2. Kamu otoriteleri kendi eylem ve işlemleri konusunda özel kişileri, resmi belgelerin yayımlanması dahil olmak üzere uygun yollarla bilgilendirmeyi sağlamalıdır.

3. Kamu otoriteleri kişisel veri koruma ile ilgili kurallar uyarınca resmi belgelere erişim hakkına saygı duymalıdır.

4. Şeffaflık ilkesi hukuk tarafından korunan gizliliklere zarar vermemelidir.

Bölüm II

İdari İşlemlere Hakim Olan Kurallar

Madde 11- Tanımlar

1. Bu kodun amaçları doğrultusunda “*idari işlemler*”, kamu gücü imtiyazını kullandığında kamu otoriteleri tarafından yapılan düzenleyici ve düzenleyici olmayan işlemler anlamına gelir.

2. Düzenleyici işlemler genele uygulanabilir kurallardan oluşur.

3. Düzenleyici olmayan işlemler bireysel veya başka türlü olabilir. Bireysel işlemler sadece bir veya daha fazla bireye yöneltilmiş işlemlerdir.

Madde 12- İdari İşlemlerin Ortaya Çıkışı

İdari işlemler kamu otoriteleri tarafından ya kendi inisiyatifi ile ya da özel kişilerden gelen istem üzerine yapılabilir.

Madde 13- Özel Kişilerden Gelen İstemler

1. Özel kişiler, kamu otoritelerinden yetkileri içinde bulunan bireysel işlemleri yapmalarını isteme hakkına sahiptir.

2. Kamu otoritelerine gelen istemleri karşılamak için işlemler, hukuk tarafından belirlenebilir makul bir süre içinde tesis edilmelidir. Böyle bir işlemin tesis edilmediği durumlar için müracaat yolları önceden belirtilmelidir.

3. Yetkisiz bir otoriteye böyle bir istemde bulunulduğunda, otorite mümkün olan durumlarda bu istemi yetkili otoriteye iletmeli ve bunu müracaat sahibine bildirmelidir.

4. Kamu otoritelerine yapılan bütün bireysel işlem istemlerine, işlemin tesis edileceği tahmini süreyi ve işlem tesis edilmez ise mevcut

hukuki müracaat yollarını gösteren bir bildirim yapılmalıdır. Kamu otoritelerinin derhal işlem tesis etmesi halinde yazılı bildirimden vazgeçilebilir.

Madde 14- Özel Kişilerin Bireysel İşlemlerle İlgili Olarak Dinlenmesi Hakkı

Bir kamu otoritesi özel kişilerin haklarını doğrudan ve olumsuz olarak etkileyecek bir bireysel işlem tesis etmek isterse ve bu bireylere kendi görüşlerini açıklama fırsatı verilmemişse, bu kişiler, açıkça gereksiz olması dışında, makul bir süre içinde ve ulusal hukukun öngördüğü şekilde ve gerekirse kendi seçtikleri bir kişinin yardımıyla görüşlerini açıklama fırsatına sahip olmalıdır.

Madde 15- Özel Kişilerin Bazı Düzenleyici Olmayan İşlemlere Müdahil Olma Hakkı

1. Bir kamu otoritesi belirsiz sayıda insanı etkileyebilecek bir düzenleyici olmayan işlem önerirse, yazılı değerlendirmeler, dinlemeler, yetkili otoritenin tavsiye biriminde temsil, danışmalar ve kamu incelemeleri gibi karar alma sürecine katılıma izin veren usuller öngörme-lidir.

2. Bu usullerde ilgili kişilere, söz konusu öneriler konusunda açıkça bilgi verilmeli ve kendi görüşlerini tam olarak açıklama fırsatı tanınmalıdır. Usuller makul bir süre içinde gerçekleşmelidir.

Madde 16 - Özel Kişilerin İdari İşlemlerin Masraflarına Katkısı

İdari işlemler için özel kişilerce kamu otoritelerine ödeme yapılacak ise masraflar, adil ve makul olmalıdır.

Madde 17 - İdari İşlemlerin Şekli

1. İdari işlemler basit, açık ve anlaşılabilir tarzda ifade edilmelidir.

2. En azından bireysel hakları etkileyen durumlarda tesis edilen her bireysel işlem için işlemin dayandığı hukuki ve fiili sebepleri belirten uygun gerekçeler gösterilmelidir.

Madde 18- İdari İşlemlerin Yayınlanması

1. İdari işlemler, bu işlemlerden etkilenen kişilerin tam ve kapsamlı bilgiye sahip olmalarını sağlamak için yayımlanmalıdır. Yayımlanma, kişisel bildirim şeklinde veya genel nitelikte olabilir.

2. Bireysel işlemlerle ilgili kişiler, sadece genel yayın metotlarının mümkün olduğu istisnai durumlar hariç, kişisel olarak bilgilendirilmelidir. Her durumda, süre sınırları dahil müracaat usulleri gösterilmelidir.

Madde 19- İdari İşlemlerin Yürürlüğe Girmesi

1. İdari işlemler, hukuken kabul edilen durumlar hariç, kabul edilme veya yayımlanmalarından önceki bir tarihe ilişkin olarak geçmişe yönelik etki gösteremez.

2. Acil durumlar hariç, idari işlemler uygun şekilde yayımlanana kadar uygulanamaz.

Madde 20- İdari İşlemlerin İcrası

1. Kamu otoriteleri yetkileri içindeki idari işlemlerin icrasından sorumlu olmalıdır.

2. Kural olarak, özel kişilerin kamu otoritelerinin işlemlerine uymasını sağlamak için uygun bir idari ve cezai yaptırım sistemi tesis edilmelidir.

3. Gerekçesini gereği gibi belirttikleri acil durumlar hariç, kamu otoriteleri özel kişilere yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeleri için makul bir süre tanınmalıdır.

4. Kamu otoriteleri tarafından zorla icra hukuk tarafından öngörülmelidir. Bir işlemin icrasına konu olmuş özel kişiler, usul ve işlemin gerekçesi konusunda bilgilendirilir. Zorla icra tedbirleri ölçülü olmalıdır.

Madde 21- Bireysel İdari İşlemlerde Değişiklikler

Kamu otoriteleri gerekirse kamu yararı için bireysel idari işlemleri değiştirebilir veya geri alabilir. Fakat kamu otoriteleri bunu yaparken

özel kişilerin hak ve menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır.

Bölüm III

Müracaatlar

Madde 22- İdari İşlemlere Karşı Müracaatlar

1. Özel kişilerin hak ve menfaatlerini doğrudan etkileyen bir idari işlem için, doğrudan veya istisna yoluyla, yargısal denetime başvurma hakkı olmalıdır.

2. Kural olarak yargısal denetim öncesi idari müracaatlar mümkün olmalıdır. İdari müracaatlar bazı durumlarda zorunlu olabilir. İdari müracaatlar bir idari işlemin esası veya hukukiliği ile ilgili olabilir.

3. Özel kişiler bir idari işleme karşı müracaatta buldukları için kamu otoritelerinin ön yargısına uğramamalıdır.

Madde 23- Tazminat

1. Kamu otoriteleri hukuka aykırı idari işlemler veya idarenin veya görevlilerinin ihmali sonucunda zarar gören özel kişilere bir giderim sağlamalıdır.

2. Mahkemelerde kamu otoritelerine karşı tazminat davası açmadan önce, özel kişilerin ilk önce durumlarını ilgili otoritelere iletmesi gerekebilir.

3. Uğranılan zararlar için tazminat ödeme konusunda kamu otoritelerine karşı mahkeme kararları makul bir süre içinde yerine getirilmelidir.

4. Uygun olan durumlarda, kamu otoritelerinin veya olumsuz yönde etkilenen özel kişilerin, yaptıklarından dolayı kamu görevlilerine karşı hukuki işlemler başlatması mümkün olmalıdır.

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 16 Haziran 2007/26554

5678 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun *

RG 20 Haziran 2007/26558

5685 Mera Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

TÜZÜKLER

RG 21 Haziran 2007/26559

2007/12225 Tütün ve Tütün Tekeli Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Haziran 2007/26554

- PTT Acentelikleri Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Yandal Uzmanlığı Eğitim ve Sınav Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Haziran 2007/26555

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Vakıflar Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

* Bkz., Ekler

RG 18 Haziran 2007/26556

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Su Ürünleri Yetiştiriciliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gıda ve Gıda ile Temas Eden Madde ve Malzemeleri Üreten İş Yerlerinin Çalışma İzni ve Gıda Sicili ve Üretim İzni İşlemleri ile Sorumlu Yönetici İstihdamı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Haziran 2007/26557

- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Güzel Sanatlar Liseleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Taşıt Sürücülerini Kursu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Bazı Aksam ve Özellikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (97/24/AT)
- Uludağ Üniversitesi Önlisans ve Lisans Yaz Öğretimi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Haziran 2007/26558

- Milli Eğitim Bakanlığı Spor Liseleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Dışında Kullanılan Hareketli Makinalara Takılan İçten Yanmalı Motorlardan Çıkan Gaz ve Parçacık Halindeki Kirletici Emisyonlara Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (97/68/AT)
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 21 Haziran 2007/26559

- Türk Silahlı Kuvvetleri Sınıf Okulları/Eğitim Merkezi Komutanlıkları Yönetmeliği
- Köy Bazlı Katılımcı Yatırım Programlarının Desteklenmesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeniköy Elektrik Üretim ve Ticaret Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılma sına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Fizik Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik ve Mühendislik Hizmetleri Uygulama, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Spor Bilimleri ve Teknolojisi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Hastanesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Haziran 2007/26560

- İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul İşleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 23 Haziran 2007/26561

- Kamu Personelinin Yabancı Dil Bilgisi Seviyesinin Tespitine Dair Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Prodüktivite Merkezi Organlar Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tütün Üretimi, Üretici Tütünlerinin Pazarlanması, İç ve Dış Ticareti, Denetimi ve Tütün Eksperliği ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamulleri ile İlgili Fabrikaların Kurulmasına, Bu Mamullerin Üretimine, İç ve Dış Ticareti ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Haziran 2007/26562

- Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği
- Erzincan Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

RG 25 Haziran 2007/26563

- Sağlık Bakanlığınca Yapılacak Piyasa Gözetimi ve Denetiminin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Jeotermal Enerji Uygulama ve Araştırma Merkezi (ADÜTEM) Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Haziran 2007/26565

- Türkiye Satranç Federasyonu Satranç Yarışmaları Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Satranç Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Golf Yarışma Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Golf Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Cimnastik Müsabaka Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Masa Tenisi Yarışma Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Masa Tenisi Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Kayak Öğreticisi Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kayak Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kayak Yarışmaları Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Sosyal Güvenlik Kurumları Harcama Belgeleri Yönetmeliği

RG 28 Haziran 2007/26566

- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Kredili Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Haziran 2007/26567

- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Personeli Atama, Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hitit Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği

RG 30 Haziran 2007/26568

2007/12303 İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Personel Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz., Ekler

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Temmuz 2007/26569

- Savunma Sanayii Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Savunma Sanayii Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Yol Ağı Planlarının Düzenlenmesine Dair Yönetmelik

RG 02 Temmuz 2007/26570

- Düzce Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Temmuz 2007/26572

- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik *
- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Temmuz 2007/26573

- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sanayi Tezleri Projelerinin Desteklenmesine İlişkin Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Yayın Yönetmeliği*

* Bkz., Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 06 Temmuz 2007/26574

- Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bazı Akademik Kadrolara Öğretim Elemanı Dışındaki Kadrolardan Naklen Yapılacak Atamalarda ya da Açıktan Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Temmuz 2007/26578

- Tekerlekli Tarım veya Orman Traktörlerinin Sürücüsü Tarafından Algılanan Gürültü Seviyesi ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (77/311/AT)
- Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Yabancı Dille Eğitim-Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Temmuz 2007/26580

- Askeri Müzeler Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz., Ekler

- Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Maliye Uzmanlığı Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mali Suçları Araştırma Kurulu Mali Suçları Araştırma Uzmanları Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bütçe Kontrolörleri Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Muhasebat Kontrolörleri Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Muhasebat Genel Müdürlüğü Devlet Muhasebe Uzmanları Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Muhasebat Genel Müdürlüğü Muhasebe Denetmenleri Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü Muhasebe Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Milli Emlak Kontrolörleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü Devlet Malları Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Emlak Genel Müdürlüğü Milli Emlak Denetmenlerinin Görev, Yetki, Çalışma ve Atama Usulüne İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Milli Emlak Genel Müdürlüğü Milli Emlak Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yargıtay Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçki Tesislerinin Haiz Olmaları Gereken Tek-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

nik Şartlar, Kurulmaları, İşletilmeleri ve Denetlenmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Uludağ Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Temmuz 2007/26581

- Balıkesir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Temmuz 2007/26582

- Sigorta ve Reasürans Şirketleri ile Emeklilik Şirketlerinin Finansal Raporlamaları Hakkında Yönetmelik
- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik*
- Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik

RG 15 Temmuz 2007/26583

- Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maden Kanunu'nun I (A) Grubu Madenleri ile İlgili Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Temmuz 2007/26584

- Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akım ve Gerilim Ölçü Transformatörleri Muayene Yönetmeliği
- Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz., Ekler

- Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Öğretim Sınav ve Staj Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Temmuz 2007/26585

- Onaylı Bakım Kuruluşları Yönetmeliği (SHY 145-01)

RG 18 Temmuz 2007/26586

- Hayat Sigortaları Yönetmeliği*
- Hac ve Umre Seyahatleriyle İlgili İşlerin Diyanet İşleri Başkanlığınca Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 19 Temmuz 2007/26587

- Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Birimleri Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Düzce Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 20 Temmuz 2007/26588

2007/12379 Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeline Görevlerinde Kullanılmak Üzere Bedeli Mukabili Zati Demirbaş Tabanca Satışına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz., Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Emniyet Teşkilatı Personeli Kimlik Kartları ile Polis Kimlik Kokartları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım veya Orman Traktörlerini Tahrik Etmek Üzere Tasarlanan Motorlardan Çıkan Gaz Emisyonları ve Parçacık Kirleticilere Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği (2000/25/AT)
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sivil Kullanım Amaçlı Patlayıcı Maddelerin Belgelendirilmesi Piyasaya Arzı ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelikte (93/15/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Güvenlik Kontrol Memurları Yönetmeliği,

RG 22 Temmuz 2007/26590

- Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Temmuz 2007/26591

- Akdeniz Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Temmuz 2007/26592

- Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Destek Hizmeti Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek

- Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Kıymetli Maden Alım Satımına ve Alacaklarından Dolayı Edindikleri Emtia ve Gayrimenkullerin Elden Çıkarılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Cumhuriyet Üniversitesi Atatürk İlkeleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
 - Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
 - Nevşehir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 25 Temmuz 2007/26593

- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Türkiye Hentbol Federasyonu Hakem ve Gözlemci Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Voleybol Yarışma ve Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Badminton Federasyonu Hakem ve Gözlemci Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Badminton Müsabaka Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İzcilik Federasyonu İzcilik Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Buz Sporları Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Halter Hakem Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Patent ve Marka Vekilleri Sınav ve Sicil Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Temmuz 2007/26594

- Hazine Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Güvence Hesabı Yönetmeliği
- Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların Elektromanyetik Uyumluluk (Radyoparaziti) ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Temmuz 2007/26595

- Kültür ve Turizm Bakanlığı Döner Sermaye Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi (GÜSEM) Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Temmuz 2007/26596

- Türk Hava Sahasında Uçuş Yapan Türk ve Yabancı Sivil Hava Araçlarının Yaptırması Gereken Üçüncü Şahıs Malî Mesuliyet Sigortası Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yüksek Öğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Savunma Sanayii Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Uzman Yardımcılığı ile Savunma Sanayii Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Uzmanlığı Yeterlik İmtihanı Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Temmuz 2007/26597

- Atatürk Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 30 Temmuz 2007/26598

- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Anadolu Kültürü ve Sanatı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Temmuz 2007/26599

- Boğaziçi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Ağustos 2007/26600

- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdür-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

lûğü İhale Yönetmeliğ'i nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Kastamonu Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğ'i

RG 01 Ağustos 2007/26600 (Mükerrer)

- İstanbul Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğ'i nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ağustos 2007/26601

- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Sorumlu Müdür Yönetmeliğ'i nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Üretimi, Üretici Tütünlerinin Pazarlanması, İç ve Dış Ticareti, Denetimi ve Tütün Ekspertiği ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ağustos 2007/26602

- Niğde Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğ'i nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ağustos 2007/26603

2007/12454 Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik*

RG 06 Ağustos 2007/26605

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğ'i nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Ağustos 2007/26606

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelik
- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Teknik Karşılıklarına ve Bu Karşılıkların Yatırılacağı Varlıklara İlişkin Yönetmelik

* Bkz., Ekler

- Futbolda Müşterek Bahis Oyunları İsim Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Bozok Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 08 Ağustos 2007/26607

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Uluslararası Pazar Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Uluslararası Pazar Takas ve Saklama İşlem Esasları Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Mersin Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 09 Ağustos 2007/26608

- Bitlis Eren Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Ağustos 2007/26609

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Hacettepe Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- On Dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Ağustos 2007/26610

- 2007/12483 Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Jandarma Kantin Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Hayvanat Bahçelerinin Kuruluşu ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 12 Ağustos 2007/26611

- Kocaeli Üniversitesi Bilişim Teknolojileri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 13 Ağustos 2007/26612

- Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ağustos 2007/26613

- Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Alt Yapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik

- Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitü Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Turizm İşletmeciliği ve Otelcilik Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 15 Ağustos 2007/26614

- Aktüerler Yönetmeliği
- Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliği
- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliği
- Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı Kuruluş ve Görev Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Eureka Projelerini Destekleme Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

K A N U N L A R

**POLİS VAZİFE VE SALÂHİYET
KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASINA DAİR KANUN**

Kanun No. 5681

Kabul Tarihi: 2/6/2007

MADDE 1 – 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 4 üncü maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 4/A maddesi eklenmiştir.

“Durdurma ve kimlik sorma

MADDE 4/A- Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike

oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet Savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılınca kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

MADDE 2 – 2559 sayılı Kanunun 5 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması

MADDE 5- Polis;

a) Gönüllü,

b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,

c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,

ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,

d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,

e) Gözaltına alınan,

kişilerin parmak izini alır.

Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından

ekler

alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez.

Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 81 inci maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 21 inci maddesi hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir.

(a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkrada belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir.

Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir.

Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir.

Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığına denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur.

Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz.

Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir.

Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usûller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığının görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

MADDE 3 – 2559 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Önleme araması

MADDE 9- Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

Arama kararında veya emrinde;

a) Aramanın sebebi,

b) Aramanın konusu ve kapsamı,

- c) Aramanın yapılacağı yer,
 ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre, belirtilir.

Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde.

b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde.

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde.

ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.

d) Umumî veya umuma açık yerlerde.

e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda.

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.

Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır.

Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.”

MADDE 4 – 2559 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Zor ve silah kullanma

MADDE 16- Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar

ekler

veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını,

ifade eder.

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarı yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurulur, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da

suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

silah kullanmaya yetkilidir.

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılmak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

MADDE 5 – 2559 sayılı Kanunun ek 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Adli görev ve yetkiler

EK MADDE 6- Polis, bu maddede yazılı görevlerinin yanında, Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri de yerine getirir.

Polis, bir suçla ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suçla ilişkin bilgileri yazılı hale getirir.

Edinilen bilgi veya alınan ihbar

veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır.

Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar.

Yapılacak araştırma sonunda edinilen bilginin bir kabahate ilişkin olduğu hallerde, konu araştırılarak gerekli yasal işlem yapılır veya yapılması sağlanır.

Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan polis, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.

Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir.

Olay yeri dışında kalan ve o suçla ilişkin delil elde edilebileceği yönünde

kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanır.

Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet Savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir.

Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz.

İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur.

Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir.

Teşhis işlemi en az iki kez tekrarlanır ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceği hatırlatılır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konur.

Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılmaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir.

Teşhis işlemi tutanağa bağlanır.”

MADDE 6 – 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi ile 17 nci maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 7 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 8 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

13/6/2007

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI’NIN BAZI MADDELERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN

Kanun No. 5678

Kabul Tarihi: 31/5/2007

MADDE 1 – 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 77 nci maddesinin birinci fıkrasında geçen “beş” ibaresi “dört” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 2 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 79 uncu maddesinin ikinci fıkrasında geçen “seçim tutanaklarını” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve Cumhurbaşkanlığı seçimi

tutanaklarını” ibaresi; son fıkrasında geçen “halkoyuna sunulması” ibaresinden sonra gelmek üzere”, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 3 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 96 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa’da başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.”

MADDE 4 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 101 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 101** – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir.

Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.

Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak

aday gösterebilir.

Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.”

MADDE 5 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 102 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 102** – Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır.

Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı göreve başlayınca-ya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

MADDE 6 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

“**GEÇİCİ MADDE 18** – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin son fıkrası, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılabilmesi için; çıkarılması gereken kanun hükümleri ile seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler bakımından dikkate alınmaz.

GEÇİCİ MADDE 19 – Onbirinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması, bu Kanunun Resmi Gazete’de yayımını takip eden kırkıncı günden sonraki ilk Pazar günü, ikinci tur oylaması ise ilk tur oylamayı takip eden ikinci Pazar günü yapılır.

Anayasanın 101 inci maddesi uyarınca gösterilen adaylar, yazılı muvafakatları ve Anayasanın değişik 101 inci maddesindeki şartları ihtiva eden ve diğer ilgili belgelerle birlikte ilk tur oylama tarihinden otuz gün önce Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına başvururlar. Adayların başvurularında eksik bilgi ve belgelerin tespit edilmesi halinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından, eksikliklerin giderilmesi için üç günlük kesin süre verilir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde adaylar, kendiliğinden adaylıktan çekilmiş sayılırlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca, Anayasanın 101 inci maddesinde belirtilen nitelikleri taşıdıkları anlaşılan adaylara ilişkin kesin liste iki gün içinde ilan edilir ve Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığına bildirilir.

Cumhurbaşkanı adayı gösterilen

kamu görevlisi, aday gö sterildiği tarihten itibaren görevinden ayrılmış sayılır. Görevinden ayrılan kamu görevlisinin Cumhurbaşkanı seçilememesi halinde görevine geri dönmesi konusunda ilgili kanun hükümleri uygulanır.

Birinci tur seçim sonuçlarının kesinleşmesinden ikinci tur oylamanın sonuçlanmasına kadar, ikinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki oy sıralaması esas alınarak sıradaki adayla doldurulması suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanının seçilmesine ilişkin usûl ve esasların kanunla düzenlenmesine kadar, 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun ile diğer kanunların bu maddeye aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”

MADDE 7 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır.*

* Cumhurbaşkanlığından alınan 15.6. 2007 tarih ve B.01.0.KKB.01-18/D-1-2007-450 sayılı yazı uyarınca halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır,

YÖNETMELİKLER

İCRA VE İFLÂS KANUNU YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 11/4/2005 tarihli ve 25783 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“j) Haciz takip defteri, (Örnek No: 17)”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 12 nci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 12/A maddesi eklenmiştir.

“Haciz takip defteri

MADDE 12/A – Haciz takip defteri; haciz talebinde bulunma ve hacze gitme tarihlerinin başvuru sırasına göre kaydedildiği defterdir.

Bu defterde, sıra numarası; dosya numarası (ihtiyati hacizde kararı veren mahkeme adı ve dosya numarası); alacaklının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı; borçlunun, varsa kanuni temsilcisinin adı, soyadı, gerçek kişilerde T.C. kimlik numarası; haciz talebinde bulunma tarihi ve saati; haciz masraflarının miktarı ve alınma tarihi; ihtiyati hacizde mahkemesine verilen teminat miktarı; hacze gidilecek adres (istinabe yolu ile hacizde istinabe edilen icra dairesi); hacze gidilecek gün ve saat sütunları yer alır.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan Örnek Defterlere ekte

yer alan Örnek No:17 eklenmiştir.

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 5 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 6 – Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Bakanı yürütür.

**TELEKOMÜNİKASYON
YOLUYLA YAPILAN
İLETİŞİMİN TESPİTİ,
DİNLENMESİ, SİNYAL
BİLGİLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ
VE KAYDA ALINMASINA
DAİR USUL VE ESASLAR
İLE TELEKOMÜNİKASYON
İLETİŞİM BAŞKANLIĞININ
KURULUŞ, GÖREV VE
YETKİLERİ HAKKINDA
YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK
YAPILMASINA DAİR
YÖNETMELİK**

MADDE 1 - 10/11/2005 tarihli ve 25989 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 1 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“a) 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun ek 7 nci maddesi, 10/3/1983 tarihli ve

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun ek 5 inci maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6 ncı maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 ilâ 138 inci maddeleri ile belirlenen çerçevede telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi,”

MADDE 2 - Aynı Yönetmeliğin 2 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 2- Bu Yönetmelik, 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanunun 135 ilâ 138 inci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.”

MADDE 3 - Aynı Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla verilen hâkim kararları ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı tarafından verilen yazılı emir-

ler, gereğinin icrası için Teknik Daire Başkanlığına havale edilir.”

MADDE 4 - Aynı Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“2803 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla verilen hâkim kararları ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı tarafından verilen yazılı emirler, gereğinin icrası için Teknik Daire Başkanlığına havale edilir.”

MADDE 5 - Aynı Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“2937 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak verilen hâkim kararları ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı veya yardımcısı tarafından verilen yazılı emirler, gereğinin icrası için Teknik Daire Başkanlığına havale edilir.”

MADDE 6 - Aynı Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki (d) bendi ve fıkranın sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“d) Yazılı emrin verildiği tarih ve saat,”

“6 ncı madde kapsamında 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi uyarınca iletilen talepler ile verilen kararlar ve yazılı emirlerde sorumluluk alanına ilişkin bilgi ve/veya belgelere de yer verilir.”

MADDE 7 - Aynı Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hâkim kararları ve yazılı emirler işletmecilere gönderilmez. Kararlar ile yapılan inceleme sonucunda bu Yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler, ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde yerine getirilir.”

MADDE 8 - Aynı Yönetmeliğin 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar ilgili kurumların en üst amirinin ve bu kayıtların Başkanlıkta da tutulması halinde Başkanın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimlerde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.”

MADDE 9 - Aynı Yönetmeliğin 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin sonuna aşağıdaki paragraf eklenmiştir.

“Ancak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu suçlar için de iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine başvurulabilir.”

MADDE 10 - Aynı Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“12 nci maddeye göre verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Başkanlığa iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık tarafından yerine getirilir.”

MADDE 11 - Aynı Yönetmeliğin 15 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbirin kaldırıldığı Cumhuriyet savcısı tarafından veya Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk vasıtasıyla derhal Başkanlığa bildirilir.”

“Birinci ve ikinci fıkralardaki durumlar ile 12 nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, 26 ncı maddede belirtilen yetkili ve

görevli mahkeme nezdindeki Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek durum bir tutanakla tespit edilir.”

MADDE 12 - Aynı Yönetmeliğin dördüncü bölüm başlığı, “Başkanlığın Görev ve Yetkileri, Daire Başkanlıkları, İlgili Kurum Temsilcileri” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 13 - Aynı Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile Teknik, Hukuk ve İdari Daire Başkanlıklarından oluşur.”

MADDE 14 - Aynı Yönetmeliğin 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“f) 12 nci maddenin ikinci fıkrası ile 15 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları, kamu hizmeti veren kuruluşlar ile işletmecilerden gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak,”

MADDE 15 - Aynı Yönetmeliğin 18 inci maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Başkanın yokluğunda Başkanlığa vekâlet edecek daire başkanı, Başkanın önerisi üzerine Kurum Başkanı tarafından belirlenir.”

MADDE 16 - Aynı Yönetmeliğin 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının

ekler

(d) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“d) Teknik, Hukuk ve İdari Daire Başkanlıkları ile ilgili kurum temsilcileri arasında çıkabilecek görev ve yetki sorunlarını çözmek,”

MADDE 17 - Aynı Yönetmeliğin 20 nci maddesinin başlığı “Hukuk Daire Başkanlığının görevleri” şeklinde, birinci fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hukuk Daire Başkanlığının görevleri şunlardır:”

MADDE 18 - Aynı Yönetmeliğin 21 inci maddesinin başlığı “Teknik Daire Başkanlığının görevleri” şeklinde, birinci fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Teknik Daire Başkanlığının görevleri şunlardır:”

MADDE 19 - Aynı Yönetmeliğin 22 nci maddesinin başlığı “İdarî Daire Başkanlığının görevleri” şeklinde, birinci fıkrasının ilk cümlesi ile (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İdarî Daire Başkanlığının görevleri şunlardır:”

“a) 12 nci maddenin ikinci fıkrası ile 15 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla, 21 nci madde kapsamı dışındaki Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak tutulan kayıtlar ile kamu kurum ve kuruluşları, kamu hizmeti veren kuruluşlar ve işletmecilerden gelen bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak,”

MADDE 20 - Aynı Yönetmeliğin 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“a) 17 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında kendi kurumlarından gelen ve yerine getirilmesi Başkanlıkça uygun görülen kararların ilgisine göre Teknik, Hukuk ve/veya İdari Daire Başkanı nezaretinde yürütülmesini sağlamak,”

MADDE 21 - Aynı Yönetmeliğin 25 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Tutulması gereken defterler ve kayıtlar

MADDE 25- Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında;

- a) Kayıt defteri,
- b) Zimmet defteri,
- c) Denetleme defteri,

ile ihtiyaç duyulan diğer defterler veya bunların yerine geçebilecek elektronik kayıtlar tutulabilir. Gerekli durumlarda, elektronik ortamda yapılan kayıtlar kâğıda dökülerek saklanır.

12 nci maddenin ikinci fıkrası ile 15 inci maddenin üçüncü fıkrası saklıdır.”

MADDE 22- Bu Yönetmelik 23/7/2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 23- Bu Yönetmelik hükümlerini Başbakan yürütür.

**TÜRKİYE BİLİMSEL VE
TEKNOLOJİK ARAŞTIRMA
KURUMU
YAYIN YÖNETMELİĞİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmelik, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından yayımlanacak kitap, dergi, ansiklopedi, gazete, bülten ve broşür gibi basılı yayınlar ile basılı olmayan CD, DVD ve benzeri manyetik depolama üniteleri ile elektronik ortamda ve Kurum internet sitesinde hizmete sunulan elektronik yayınların seçilmesi, tercüme ettirilmesi, çoğaltılması, yayımlanması, basımı, satışı ve dağıtım süreçlerinde uyulacak esaslar ile yayın kurullarının kurulması, çalışma usulleri, görev ve yetkilerini belirlemek amacıyla hazırlanmıştır.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanlığı ile Merkez ve Enstitüleri tarafından hizmete sunulacak basılı ve basılı olmayan yayınlar ile yayın kurullarını kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 17/7/1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanununun 4 üncü maddesi ile 23/8/2006 tarihli

ve 2006/10932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Başkan: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanını,

b) Başkanlık: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanlığını,

c) Bilim Kurulu: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Bilim Kurulunu,

ç) Birim: Bu Yönetmelik kapsamına giren yayın faaliyetini yürüten birimi,

d) Elektronik Yayın: Geleneksel yöntemlerle hazırlanmış veya basılmış kitap ve derginin her türlü elektronik ortamda sadece okunabilmesi amacıyla sunulmuş şekli ile Kurum internet sitesinde yer alan makale, yazı, şekil, animasyon ve benzeri eserleri,

e) Enstitü: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanlığına doğrudan bağlı olarak, belirlenmiş alanlarda Ar-Ge faaliyetlerini yürüten ve/veya Ar-Ge faaliyetlerini destekleyici/kolaylaştırıcı hizmet veren birimler ile test ve analiz laboratuvarlarını,

f) İşlenme Eser: Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu eserlere nispetle müstakil olmayan ve

ekler

işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini,

g) Kurum: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumunu (TÜBİTAK),

ğ) Manyetik Depolama Üniteleri: Geleneksel yöntemlerle hazırlanmış veya basılmış kitap ve dergi ile tamamlayıcı ürünlerinin her türlü elektronik ortamda okunabilmesi amacıyla CD, DVD ve benzeri şekillerde depolanmış şeklini,

h) Merkez: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanlığına bağlı Marmara Araştırma Merkezini (MAM),

ı) Telif Eser: Herhangi bir şekilde dil ile ifade olunan eserler ile doğrudan meydana getirilen fikir mahsullerini,

i) Tercüme (Çeviri): Yazıldığı dilden başka bir dile aynen çevrilen eseri,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Yayın Türleri, Basım Kararı, Yayın Kurulu ve Eserlerin İncelenmesi

Yayın türleri

MADDE 5 – (1) Kurum yayınları, basılı veya elektronik/multimedya ortamlarında, aşağıda belirtilen türlerden oluşur:

- a) Süreli yayınlar,
- b) Kitaplar,

c) Elektronik veya multimedya ortamında web sayfası, manyetik depolama birimleri, animasyonlu bilgi paketleri ve benzerleri gibi uzantıları,

ç) Araştırma projeleri kesin raporları arasından seçilmiş olanlar,

d) Tanıtıcı yayınlar (bültenler, broşürler, kataloglar ve benzerleri),

e) Bilimsel toplantıların tebliğ ve dokümanları,

f) Kaynak eserler (bibliyografyalar, toplu kataloglar ve benzerleri).

(2) Ayrıca, Kurum personeli tarafından yapılan bilimsel incelemeler, araştırmalar ve derlemeler ile Kurumun gereksinim duyduğu her türlü çalışmanın ürünü, bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde yayımlanabilir. Kurum personelinin asli görevleri gereği yaptıkları çalışmalar sonucunda meydana getirdikleri bu Yönetmelik kapsamına giren eserleri için telif ve işleme ücreti ödenmez.

Basım kararı

MADDE 6 – (1) Merkez, Enstitü ve Başkanlığa bağlı birimler tarafından 5 inci maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilenler dışında yayın yapılmasından önce Başkandan veya Başkan tarafından yetki verilen makamdan, türüne göre, bir defaya mahsus veya periyodik bülten, web sayfası, elektronik veya multimedya ortamı yayınları, manyetik depolama birimlerinde hizmete sunulan benzeri yayın için belirli bir süreyi kapsayan olur alınır. Başkan veya yetki verilen makam, gerekli gördüğü takdirde yayının istemini,

gövlendireceği kişi veya komisyon marifetiyle inceletebilir.

Yayın kurulları

MADDE 7 – (1) Popüler Bilim Kitapları Yayın Kurulu, dokuz üyeden oluşur. İlgili Başkan Yardımcısı, Bilim ve Toplum Daire Başkanı, Popüler Bilim Kitapları Müdürü ve Popüler Bilim Dergileri Müdürü, Kurulun doğal üyeleridir. Kurulun diğer beş üyesi, Başkan tarafından en fazla iki yıl için seçilir. Kurul Başkanı, ilgili Başkan Yardımcısıdır. Kurul, üyelerin salt çoğunluğu ile toplanır ve kararlar oy çokluğu ile alınır. Oyların eşit olması halinde Kurul Başkanının oy kullandığı taraf çoğunluk sayılır. Yayın kurulunun sekreteryaya ve raportörlük görevini Popüler Bilim Kitapları Müdürlüğü yapar.

(2) Her bir popüler bilim dergisi için dokuz üyesi bulunan ayrı bir Yayın Kurulu oluşturulur. İlgili Başkan Yardımcısı, Bilim ve Toplum Daire Başkanı, Popüler Bilim Dergileri Müdürü ile ilgili derginin editörü olarak görevlendirilen personel Kurulun doğal üyeleridir. Kurulun diğer beş üyesi, Başkan tarafından en fazla iki yıl için seçilir. Kurul Başkanı, ilgili Başkan Yardımcısıdır. Kurul üyelerin salt çoğunluğu ile toplanır ve kararlar oy çokluğu ile alınır. Oyların eşit olması halinde Kurul Başkanının oy kullandığı taraf çoğunluk sayılır. Yayın Kurulunun sekreteryaya ve raportörlük görevini Popüler Bilim Dergileri Müdürlüğü yapar.

(3) Akademik Dergiler Müdürlüğü tarafından yayımlanan dergilerde yer

alacak bilimsel yazılar için Yayın Kurulu oluşturulmaz. Bu dergilerde yer alacak bilimsel yazıların yayımlanması kararı, varsa hakem görüşü dikkate alınarak, dergi editörü tarafından verilir. Akademik Dergiler Müdürlüğü, editörler arasında koordinasyonu sağlar ve sekreteryaya görevini yerine getirir.

Yayın kurullarının görev ve yetkileri

MADDE 8 – (1) Yayın Kurulları, değerlendirme ilkelerine uygun olarak ve gerektiğinde danışmanlardan da görüş almak suretiyle eserin yayımlanıp yayımlanmamasına karar vermekle görevli ve yetkilidir.

Yayın kurulu değerlendirme ilkeleri

MADDE 9 – (1) Yayın Kurulu yayımlanacak eserlerin;

a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına uygunluğunu, yasalara göre suç teşkil edip etmediğini,

b) Ulusal birlik ve beraberliğimizi bozucu görüşlere, insanı, aileyi ve toplumun bir kesimini küçük düşürücü bilgi, belge ve yorumlara yer verilip verilmediğini,

c) TÜBİTAK'ın kuruluş amaç ve görevleri ile misyon ve vizyonunda tanımlanmış hedeflerle ilgili olup olmadığını,

ç) Bilimsel, doğru bilgi verici, eğitici veya öğretici ve toplumda bilim ve teknoloji kültürü oluşturmaya katkısının olup olmadığını,

inceleyerek değerlendirir.

Yayımların hazırlanması

MADDE 10 – (1) Yayımlanmasına karar verilen yayımlar, ilgili birim tarafından yayıma hazırlanır.

(2) Kurum tarafından yayımlanmasına karar verilen çeviri ya da telif eserlerin yayın hakları, yayın hakkına sahip kişi veya kuruluştan yayıma hazırlanma sürecinin başlangıcında Kurum tarafından doğrudan veya bir yayın hakkı ajansı aracılığıyla alınır. Yazar, çevirmen, bilimsel danışman, redaktör ve yayın hakkı ajansı ile süreçte yer alabilecek diğer kişi ve kuruluşlarla yapılacak sözleşmeler Enstitülerde Enstitü Müdürü, Merkezde Merkez Başkanı, Başkanlıkta ise Başkan ya da görevlendirecekleri kişi tarafından imzalanır.

(3) Yayımlanacak kitapların hak sahipleri, yayınlarını disket, film, CD, DVD ve benzeri araçlara aktarılmış olarak ve eğer varsa, basıma uygun kalitede şekil ve fotoğraflarıyla birlikte Kuruma teslim ederler.

(4) Kitapların biçim ve teknik özellikleri ile tirajları Birim tarafından belirlenir.

Yayın haklarının devri

MADDE 11 – (1) Yayımlanacak eserler için; eser sahibi ile Kurum arasında, eserlerin baskı ve yayın hakkının Kuruma devrine ilişkin sözleşmesi imzalanabilir. Ayrıca telif ve tercüme eser temliknamesi düzenlenir.

Yayımların baskı adetleri

MADDE 12 – (1) Kitapların ilk ve sonraki baskı adetleri, yayının özelliği

ve piyasa koşulları dikkate alınarak, ilgili birim tarafından belirlenir.

(2) Süreli yayımların baskı adetleri, her ay dağıtım şirketinden gelen raporlar ve abone sayısındaki değişimler doğrultusunda ilgili birimce saptanır.

(3) Diğer yayımların baskı adetleri alınan olurlarda belirtilir.

Ücretler

MADDE 13 – (1) Hangi esere telif ve işleme ücreti ödeneceği, ödenecek ücretin hesaplanması, ödeme usulü ve şartları ile inceleme, tashih ve redaksiyon ücretlerine ilişkin usul ve esaslar Bilim Kurulunca belirlenir.

Yayımlanacak kitaplara ilişkin hususlar

MADDE 14 – (1) Tercüme ücretinin hesaplanmasında, basılı eserdeki her 200 kelime bir itibari sayfa olarak kabul edilir. İtibari sayfa sayısının tespitinde, yayımlanan eserin metni (resim, şekil, tablo ve benzerlerinde yer alan metinler ve kaynakça, içindikiler, önsöz, dizin ve dipnot bölümleri de dahil olmak üzere) elektronik ortamda (word programı kullanılarak) veya elle sayılır.

(2) Kitaplardaki fotoğraf ve çizimlerin yazardan başka kişi veya kişilere ait olması durumunda, yazarın bu kişilerden yayın haklarını aldığını belgelemesi gerekir. Yanlış beyandan doğacak her türlü sorumluluk yazara aittir.

(3) Yayımlanacak eserler gerekli görülmesi halinde Kurum dışından bir veya birden fazla uzmana inceletirilebilir, redaksiyon veya tashih için gönderilebilir.

Yayımlanacak dergilere ilişkin hususlar

MADDE 15 – (1) İşlenme ve telif ücretinin hesaplanmasında 200 kelime-lik bir metin “bir itibari sayfa” kabul edilir. İtibari sayfa sayısının tespitinde, yayımlanan eserin metni (resim, şekil, tablo ve benzerlerinde yer alan metinler ve kaynakça, içindekiler, önsöz, dizin ve dipnot bölümleri de dahil olmak üzere) elektronik ortamda (word programı kullanılarak) sayılır. Bulunan kelime sayısının toplamı 200’e bölünmek suretiyle eserin itibari sayfa sayısı belirlenir.

(2) Popüler bilim dergilerinin belirli bir sayfasında, belirli bir başlık altında bir veya birden fazla kişinin yazısı yer alabilir.

(3) Bilim Çocuk ve Meraklı Minik dergilerinde bir sayfadan az olan yazı ve metinler bir sayfa olarak değerlendirilir.

(4) Kapak çizimi, diğer çizimler (ikon, teknik çizim, figüratif çizim, karikatür, labirent, masa oyunu, üç boyutlu kâğıt maket, diorama, katlamalı oyun, origami, boyama sayfası ve benzerleri), çizgi romanlar ile bu dergilerle birlikte verilebilecek poster, oyun kartı gibi ekler, sayfa niteliği açısından farklı değerlendirilebilir.

(5) Yayımlanacak eserler gerekli görülmesi halinde Kurum dışından bir veya birden fazla uzmana inceletirilebilir, redaksiyon veya tashih için gönderilebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Dağıtım ve Satış

Yayının maliyetinin belirlenmesi

MADDE 16 – (1) Basılan kitapların maliyet hesabı ilgili birimlerce aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurularak hesaplama yapılır:

- Çeviri ve telif masrafları,
- İnceleme, redaksiyon ve tashih maliyetleri,
- Varsa yayın hakkı bedelleri,
- Kâğıt ve baskı maliyetleri,
- Personel giderleri,
- Dağıtım maliyeti,
- Bandrol bedelleri,
- Uygun görülen diğer giderler.

(2) Bu şekilde hesaplanan giderlerin toplamının baskı sayısına bölünmesi ile o yayının beher nüshasının maliyeti bulunur.

Satış bedelinin belirlenmesi

MADDE 17 – (1) Kurumun satılan yayınlarının satış bedeli, maliyetler dikkate alınarak belirlenir. Ancak, araştırmayı ve eğitimi özendirici yayınlar için maliyetin altında bir bedel de belirlenebilir. Kurum yayınlarının satış bedeli Başkan tarafından belirlenir. Başkan bu yetkisini uygun göreceği kişilere devredebilir.

Satış ve dağıtım

MADDE 18 – (1) TÜBİTAK yayınları bedeli karşılığı satılır. Kurum yayınlarının ücretsiz dağıtımı veya indirimli satışı, ilgili birimin önerisi üzerine Başkanın onayı ile kesinleşir.

Ücretsiz yayın verilmesi

MADDE 19 – (1) Kitabın baskısı yapıldıkça telif eserlerde yazarına her 2500 baskı için 5 adet, tercüme eserlerde çevirmenine her 2500 baskı için 3 adet ücretsiz kitap verilir. Kitabın bilimsel danışman ve redaktörüne kitabın ilk baskısında, bir defaya mahsus olmak üzere toplam 2 adet ve kitabın tashihini yapan kişiye toplam 1 adet ücretsiz kitap verilir. Hak sahibi kişinin birden fazla olması halinde bu sayılar değişmez.

(2) Defolu, kusurlu kitaplar ile stoktaki kitaplar, ilgili olduğu ay içerisinde satılmayan süreli yayınlar, görev amacına uygun olarak ilgili birimin önerisi ve Başkan veya görevlendireceği kişinin onayıyla kamu kurum ve kuruluşlarına, okullara, eğitim amaçlı dernek ve vakıflara, kütüphanelere ve uygun görülen gerçek veya tüzel kişilere bağışlanabilir.

(3) Yeni çıkan kitap ve dergilerden kimlere ücretsiz verileceğine Başkan veya görevlendireceği kişi tarafından karar verilir.

(4) Kitap ve süreli yayınlar, Kurum amaçlarına uygun etkinliklerde, Başkan veya görevlendireceği kişinin onayı ile ücretsiz dağıtılabilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Yürürlükten kaldırılan Yönetmelik

MADDE 20 – (1) 15/8/2002 tarihli ve 24847 sayılı Resmî Gazete’de ya-

yımlanan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Yayın Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Devam eden iş ve işlemler

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce sözleşmesi imzalanmış olan işlerde, ilgili sözleşme hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Yürürlük

MADDE 21 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 22 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanı yürütür.

YURT DIŞINDA BULUNAN TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞINDA GEÇEN SÜRELERİNİN SOSYAL GÜVENLİKLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA 3201 SAYILI KANUNUN UYGULAMA YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 15/9/1985 tarihli ve 18869 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi aşağıdaki

şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 10** – Borçlanarak, borcun bir kısmını veya tamamını ödeyen sigortalılardan veya ölümleri halinde hak sahiplerinden, aylık bağlanması için talepte bulunmayanlar ile aylık bağlanması talebinde bulunup da aylığa hak kazanamayanlar, bu borçlanmadan vazgeçtikleri takdirde, ödedikleri meblağın ödeme tarihlerindeki Yeni Türk Lirası tutarları talepleri üzerine kendilerine, hak sahiplerine veya mirasçılara iade edilir ve borçlanmaları iptal edilir.”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 11 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**Aylık tahsisi ve yoklama işlemleri**

MADDE 11 – Kanuna göre değerlendirilen sürelerin tahsiste dikkate alınabilmesi için;

- Yurda kesin dönülmüş olması,
- Tahakkuk ettirilen döviz borcunun tamamının ödenmiş olması,
- Borcun ödenmesinden sonra yazılı talepte bulunulması, şarttır.

Yurda kesin dönüşten; aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmasının sona ermesi, çalışmaya bağlı sosyal sigorta ödenekleri olan işsizlik ve hastalık ödeneği ile ikamete bağlı sosyal yardım almaması anlaşılır.

Tahsis talebinde bulunanlardan; şekli ve içeriği Kurumca belirlenecek beyan ve taahhüt belgesi ile çalıştığı

işyerinden ayrıldığını ve işsizlik ve hastalık sosyal sigorta ödeneklerini almadığını gösterir güncel tarihli hizmet belgesi alınır. Yurtdışında yalnızca ev kadını olarak bulunduğu süreleri borçlanmış olanların tahsis taleplerinde ise şekli ve içeriği Kurumca belirlenecek beyan ve taahhüt belgesi alınır.

Yukarıdaki şartları yerine getirenlerden aylığa hak kazananların aylıkları yazılı talepte buldukları tarihi takip eden aybaşından başlar.

Borçlanma için başvuruda bulunanlar, yurtdışında geçen sürelerinin tamamını veya istediği kadarını borçlanabilirler.

Kısmi borçlanma yapmak isteyenler, borçlanacakları süreleri gün, ay ve yıl olarak belirtmek zorundadır.

Borçlandıkları hizmetleri dikkate alınarak kendilerine aylık tahsisi yapılan kişiler ile ev kadınlarından her takvim yılı içerisinde 6 aydan daha uzun süre yurtdışında bulunmuş olanlar, yurtdışında çalışmadıklarını ve işsizlik ile hastalık sosyal sigorta ödenekleri almadıklarını gösterir güncel tarihli hizmet belgelerini Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına vermek zorundadır.

Aylık tahsisi yapılan kişilerden her takvim yılı içerisinde 6 aydan daha uzun süre yurtdışında buldukları halde güncel tarihli hizmet belgelerini her takvim yılı sonuna kadar Sosyal Güvenlik Kuruluşuna elden veya posta yoluyla gönderilmediği ya da Sosyal Güvenlik Kuruluşlarınca oluşturulacak elektronik ortamda verilmediği tespit edilenlerin aylıkları söz konusu belgenin intikaline kadar durdurulur.

Yıl içinde aylık tahsisi yapılanların yoklama işlemleri takip eden yıldan itibaren başlatılır.

Sosyal Güvenlik Kuruluşlarınca gerekli görülen zaman ve hallerde aylık alanların aylık alma şartlarının devam edip etmediği konusunda re'sen araştırma yapılabilir.

Aylık alma şartlarını yitirdikleri tespit edilenlere yersiz olarak yapılan ödemeler ilgili hükümlere göre tahsil edilir.

Sosyal Güvenlik Kuruluşları emekli aylığı bağlananların 6 aydan daha uzun süre ile yurt dışında bulunup bulunmadıklarını her takvim yılını izleyen 3 ay içinde re'sen denetler. Yapılan denetim sonunda 6 aydan fazla yurt dışında buldukları tespit edilenler hakkında sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. “

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 14 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 14 – Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine sosyal güvenlik kanunlarına göre kısmi aylık bağlanmış olanlar ile bağlanacak olanlar, diledikleri takdirde yurt dışında geçen ve tam aylık almak için yeterli gün sayısını veya hizmet cetvelindeki gün sayılarının tamamını borçlanabilir.**

Bunların kısmi aylıklarının tam aylığa yükseltilmesinde ve aylık bağlanmış olanlarla ilgili yoklama işlemleri için bu Yönetmeliğin 11 inci maddesi hükümleri uygulanır.

Yurt dışında çalışırken ölenlerin kısmi aylık alacak hak sahipleri,

ölenin yurt dışındaki tam aylık için yeterli olan gün sayısını veya hizmet cetvelindeki gün sayılarının tamamını borçlanabilirler. Bunların kısmi aylıkları borçlarını ödedikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren tam aylığa yükseltilir.

Aylık bağlanması için gerekli şartların tespitinde, sigortalılık süresi aranmaksızın ilk aylık tarihindeki veya ölüm tarihindeki mevzuat uygulanır.”

MADDE 4 – Bu Yönetmeliğin;

a) 2 nci maddesi ile değiştirilen 11 inci maddenin yedinci fıkrası 1/1/2008 tarihinde,

b) diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5 – Bu Yönetmelik hükümlerini Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan, Maliye Bakanı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı müştereken yürütür.

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDA TARİFE UYGULAMA ESASLARI HAKKINDA YÖNETMELİK BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı Hazine Müsteşarlığının bağlı

olduğu Bakan tarafından tespit edilen karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası tarifelerinin sigorta şirketlerince serbest olarak belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

(2) Bu Yönetmelik, karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında; sigorta primlerinin sigorta şirketlerince tespiti esaslarına, prim indirimlerinin ve artırımlarının uygulanmasına, asgari sigorta teminat tutarlarına, motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunanlar ile yarış düzenleyenlerin yaptırmak zorunda oldukları sorumluluk sigortasına ilişkin hükümleri kapsar.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 12 nci maddesi ile 9/12/1994 tarihli ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakan: Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanı,

b) Birlik: Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğini,

c) Esaslar: Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği tarafından teklif ve Hazine Müsteşarlığınca onaylanan esasları,

ç) İşleten: 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda tanımlanan işleteni,

d) Müsteşarlık: Hazine Müsteşarlığını,

e) Sigorta şirketi: Kara araçları sorumluluk sigortası branşında ruhsat sahibi olan sigorta şirketlerini,

f) Sigorta teminatları: Trafik sigortası kapsamında sağlanan maddi teminat ile tedavi gideri, sakatlanma ve ölüm teminatlarını,

g) Trafik sigortası: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gereğince yaptırılması zorunlu olan karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortasını,

ğ) TRAMER: Trafik Sigortaları Bilgi Merkezini, ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Motorlu Araç İşletenler

Sigorta primlerinin tespiti esasları

MADDE 4 – (1) Trafik sigortası primleri, esaslar çerçevesinde sigorta şirketlerince tespit edilir ve peşin olarak tahsil edilir.

(2) Sigorta şirketleri esaslara uygun olarak hareket etmek zorundadır. Sigorta şirketleri, sözü geçen esaslara uygun olarak belirledikleri sigorta primi tutarlarını 15 inci madde ile bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Tablo 1 ve Tablo 2 hükümlerine tâbi olmak ve

ekler

3 aydan daha kısa bir sürede değiştirilmemek üzere, en fazla %10 oranında yükseltebilir ve/veya %5 oranında düşürebilir.

(3) Bir sigorta şirketi tarafından aynı riske sahip araçlar ve/veya işletenler için akdedilen sigorta sözleşmelerinin aynı prim üzerinden düzenlenmesi esastır.

İndirimlerin ve artırımların uygulanması

MADDE 5 – (1) Prim artırımı ve indirimi esaslarda düzenlenen basamak esasına göre uygulanır.

(2) İşleten sıfatıyla ilk kez trafiğe çıkacaklar için prim artırımı ve indirimi içermeyen basamak uygulanır.

(3) Sigorta sözleşme süresi içinde işleten için herhangi bir tazminat ödemesi yapılmaması durumunda, müteakip sigorta sözleşmesinde uygulanacak prim indirimi oranı bir üst basamağa göre belirlenir. Sigorta süresi içinde meydana gelen her tazminat ödemesi için ise müteakip sigorta sözleşmesinde uygulanacak prim artırımı oranı bir alt basamağa göre belirlenir.

(4) Prim indirimi veya tazminat ödemesi nedeniyle yapılan prim artırımını uygulaması işleteni takip eder.

(5) Bir araç işletenine ait birden fazla motorlu aracın bulunması ya da birden fazla motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, her bir araç için ayrı sigorta sözleşmesi yaptırılır ve uygulanacak olan prim basamağı

her bir araç için münferit olarak tespit edilir.

İbraz istenen ve saklanması gereken belgeler

MADDE 6 – (1) Prim basamağının tespiti amacıyla, sigortalı;

a) Satışı gerçekleşen ancak henüz adına tescil edilmeyen araçlarda noter satış senedini veya faturayı veya bu işlemi gösterir sair belgeyi; aracın bir önceki sahibine ait araç ruhsat suretini; varsa taşımacılık belgesini,

b) Adına tescili yapılmış araçlarda; araç ruhsat suretini, varsa taşımacılık belgesini,

ibraz etmekle yükümlüdür.

(2) Sigortalıya ait son poliçe bilgilerinin sigortacı tarafından TRAMER veri tabanından kontrol edilememesi durumunda sigortalı, son poliçe örneğini sigorta yaptıracağı şirkete ibraz eder.

(3) Sigorta şirketi, sigortalı tarafından ibraz edilen belgelere ve TRAMER'den alacağı hasar durum belgesine bağlı olarak sigorta sözleşmesine uygulanacak indirim ve artırım oranlarını belirler. Prim basamağının tespiti amacıyla araç satış işlemini gösterir belgenin veya araç ruhsat suretinin ve gerekli durumlarda son poliçe örneğinin ibraz edilememesi durumunda prim basamağı, prim artırımı en yüksek olan basamakta yer alan prim oranına % 10 ilave edilerek hesaplanır.

(4) Sigorta şirketleri, hasarsızlık indirimi veya tazminat ödemesi nedeniyle prim artırımını uyguladıkları

takdirde, sigorta sözleşmesinin üzerine hasar durum belgesinin tarih ve sayısını yazmak ve hasar durum belgelerini belge olarak veya elektronik ortamda en az üç yıl saklamak zorundadır.

Zamanında yenilenmeyen sigorta sözleşmeleri

MADDE 7 – (1) Araç işletenleri sigorta sözleşmesini bitim tarihi itibarıyla yenilemekle yükümlüdür. Araç işleteninin sigorta sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren yenileme işlemini gerçekleştirmedeği her 30 gün için müteakip sigorta sözleşmesinde prim oranı bir basamak indirilir. Yenileme durumunda uygulanacak bir alt basamak yoksa, bu işleme uygulanacak prim basamağı, prim artırımını en yüksek olan basamakta yer alan prim oranına % 10 ilave edilerek hesaplanır.

İndirim ve artırımların hesabı

MADDE 8 – (1) Esaslarda yer alan indirim ve artırım oranları, sigorta primine toplanarak uygulanmayıp ardı ardına uygulanır.

Araç işleteni sıfatının kazanılması

MADDE 9 – (1) Araç işleteni sıfatını kazananlar bu sıfatı kazandıkları tarih itibarıyla trafik sigortası yaptırmak zorundadır. Bu yükümlülüğün otuz gün içerisinde yerine getirilmesi durumunda sigorta sözleşmesine uygulanacak prim basamağı, 5 inci madde hükümleri gereğince tespit edilir. Bahse konu sürenin bitiminden itibaren sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği her otuz gün için sigorta sözleşmesinde prim oranı bir

basamak indirilir. Prim basamağının tespitinde uygulanacak bir alt basamak yoksa, bu işleme uygulanacak prim basamağı, prim artırımını en yüksek olan basamakta yer alan prim oranına % 10 ilave edilerek hesaplanır.

Araç işleteni sıfatının kaybedilmesi

MADDE 10 – (1) Araç işleteni sıfatını kaybedenler, durumu belgeleyen evrakı sunmak kaydıyla;

a) İki yıl (730 gün) içinde kullandıkları aynı araç türünde başka bir aracın işleteni olarak yeni bir sigorta yaptırırlarsa, 9 uncu madde kapsamında otuz gün içinde sigorta yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaları şartıyla, hasarsızlık indirimi haklarını devam ettirirler. Bu işletenler için iki yıllık (730 gün) süreyi aştıktan sonra yapılacak sigorta sözleşmelerine, 9 uncu madde kapsamında otuz gün içinde sigorta yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaları şartıyla 5 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

b) İki yıl (730 gün) içinde kullandıkları araç türünden başka bir aracın işleteni olarak yeni bir sigorta yaptırırlarsa, bu işletenler için düzenlenecek sigorta sözleşmelerine, 9 uncu madde kapsamında otuz gün içinde sigorta yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaları şartıyla, 5 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

c) Bir önceki sigortaları prim artırımına konu olmuşsa, araç işleteni sıfatını yeniden kazandıklarında yaptıracakları sigortaya uygulanacak prim

basamağı, süre kısıtı ile bağlı olmaksızın, 9 uncu madde de dikkate alınarak, kaldığı yerden devam eder.

İşletenin ve aracın değişmesi

MADDE 11 – (1) Sigorta sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan araç işletenini takip eder. Ancak, sözleşme süresi içinde işletenin değişmesi halinde sigorta sözleşmesi, işletenin değiştiği tarihten itibaren on gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için de geçerlidir.

(2) İşleten, sahip olduğu yeni araca ilişkin bilgileri sigorta şirketine bildirir. İşletenin sahip olduğu hasarsızlık indirim hakkı aynı türdeki araçlar için devam eder. İşletenin farklı araç türünde bir araç edinmesi halinde mevcut sözleşme feshedilerek yeni bir sigorta sözleşmesi düzenlenir. Mevcut sözleşmesine prim indirimi uygulanan işleten için düzenlenecek yeni sigorta sözleşmesine 5 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır. Mevcut sözleşmesine prim artırımı uygulanan işletenin düzenlenecek sigorta sözleşmelerine uygulanacak prim basamağı, kaldığı yerden devam eder.

(3) İkinci fıkra kapsamında yeni bir sigorta sözleşmesi yaptırıldığında, sigorta şirketinin işletenin değiştiği tarihe kadar hak kazandığı prim gün esasına göre tespit edilir ve fazlası sigorta ettirene geri verilir.

Yurtdışına çıkarılan araçlar

MADDE 12 – (1) Yurt dışına mesleki faaliyeti sebebiyle veya görevi nedeniyle aracını çıkartan işletenler,

durumu belgeleyen evrakı sunmak kaydıyla;

a) Yurt dışına çıkış tarihinden itibaren iki yıl (730 gün) içinde yurda dönmeleri halinde kullandıkları araç için veya bu araç yerine aynı türden bir araç için sigorta yaptırırlarsa, 9 uncu madde kapsamında otuz gün içinde sigorta yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaları şartıyla, hasarsızlık indirimi haklarını devam ettirirler. Bu işletenler için iki yıllık (730 gün) süreyi aştıktan sonra yapılacak sigorta sözleşmelerine, 9 uncu madde kapsamında otuz gün içinde sigorta yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaları şartıyla, 5 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

b) Yurt dışına çıkış tarihinden itibaren iki yıl (730 gün) içinde kullandıkları araç türünden başka bir aracın işleteni olarak yeni bir sigorta yaptırırlarsa, bu işletenler için düzenlenecek sigorta sözleşmelerine, 9 uncu madde kapsamında otuz gün içinde sigorta yaptırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaları şartıyla, 5 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

c) Yurt dışına çıkmadan önce yaptırdıkları sigorta sözleşmesi prim artırımına konu olmuşsa yaptıracakları sigortaya uygulanacak prim basamağı, süre kısıtı ile bağlı olmaksızın, 9 uncu madde de dikkate alınarak, kaldığı yerden devam eder.

(2) Bu madde kapsamında yapılacak uygulamada araçlarla ilgili gümrük giriş beyannamelerinin ibrazı ile TRA-MER' den onay alınması esastır.

Kısa süreli sigortalar

MADDE 13 – (1) Sigorta süresi bir yıldır. Ancak, geçici plakalı araçlar, 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununa tabi uluslararası eşya ve yolcu taşımacıları ve milletlerarası çok taraflı veya karşılıklı anlaşmalar kapsamına giren yabancı plakalı taşıtların Türkiye’de geçerli milletlerarası veya karşılıklı anlaşmalarla kabul edilmiş sigortaları yoksa, bunlar için trafik sigortası Türkiye sınırlarına girişleri sırasında kısa süreli sigorta olarak yapılabilir. Kısa süreli sigorta, bu durumun dışındaki araçlar için uygulanmaz.

(2) Kısa süreli sigortada prim tutarı, dördüncü basamaktan hesaplanan yıllık primin % 25 inden az olmamak kaydıyla gün esasına göre tespit edilir.

(3) Kısa süreli sigorta için il trafik hasar yoğunluğu indirimi ve hasarsızlık indirimi uygulanmaz. Ancak, bu sözleşmelere prim artırımı ve Zorunlu Taşımacılık Sigortası indirimi uygulanması yapılır.

(4) Kısa vadeli sigorta sözleşmesini müteakip düzenlenecek yeni sigorta sözleşmesinin yıllık olması durumunda hasarsızlık indirimi uygulanmaz, ancak bu sözleşmelere prim artırımı, il trafik hasar yoğunluğu indirimi ve Zorunlu Taşımacılık Sigortası indirimi uygulanması yapılır.

İhtiyari mali sorumluluk sigortası

MADDE 14 – (1) Bu Yönetmelikle veya Bakan tarafından tespit edilen asgari teminat tutarları üzerinde teminat

verilmesi, motorlu kara taşıt araçları ihtiyari mali sorumluluk sigortası kapsamında ilave prim alınması şartıyla mümkündür.

Birlik tarafından teklif edilen esasların tasdik usulü ve TRAMER’e gönderilmesi

MADDE 15 – (1) Birlikçe hazırlanan esaslar gerekçeleriyle beraber Müsteşarlığa gönderilir.

(2) Müsteşarlıkça sigorta şirketlerinin mali bünyeleri dikkate alınarak, sektörde haksız rekabetin engellenmesi ve sigortacılık esaslarına uygunluk çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda aynen veya değiştirilmek suretiyle uygun bulunan esaslar, tasdik edilerek Yönetmeliğe uygunluğun kontrolünü yapması için TRAMER’e gönderilir. Tasdik edilen esaslar Birlik ve TRAMER’in internet sitesinde yayınlanır.

(3) Sigorta poliçelerinin TRAMER veri tabanı üzerinden düzenlenmesi zorunludur. Sigorta şirketlerince, Birlik tarafından teklif ve Müsteşarlıkça tasdik edilen esaslara ve 4 üncü maddede düzenlenen artırım ve indirim sınırları çerçevesinde şirketlerce yapılan belirlenmelere uygun olarak TRAMER tarafından veri tabanı hazırlanmadan trafik sigortası poliçesi düzenlenemez.

Değişiklikler

MADDE 16 – (1) Müsteşarlık tarafından tasdik edilen esaslar, tasdik tarihinden itibaren 6 aydan önce değiştirilemez. Ancak Müsteşarlık tasdik edilen esaslar ile sigorta şirketlerinin 4 üncü maddede düzenlenen artırım ve

indirim sınırları kapsamında belirledikleri prim tutarlarını sigorta şirketlerinin mali bünyelerini dikkate alarak, sektörde haksız rekabetin engellenmesi ve sigortacılık esaslarına uygunluk çerçevesinde yukarıda belirtilen süreye bağlı olmaksızın değiştirebilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan trafik sigortası ihaleleri

MADDE 17 – (1) Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan trafik sigortası ihalelerinde teklif edilecek sigorta primi bu Yönetmelik ile Birlik tarafından teklif ve Müsteşarlıkça tasdik edilen esaslarda düzenlenen indirim ve artırım sebepleri uygulanmak şartıyla sigorta şirketlerince serbest olarak belirlenir.

(2) Bu madde kapsamındaki trafik sigortası ihalelerini kazanan sigorta şirketleri, ihale bilgilerini ihale tarihinden itibaren en geç 3 iş günü içinde TRAMER'e gönderir. TRAMER ihale bilgilerini aylık olarak Müsteşarlığa bildirir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Motorlu Araçlarla İlgili Mesleki Faaliyette Bulunanlar

Teminatlar

MADDE 18 – (1) Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahipleri, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlar nedeniyle tabi oldukları sorumlulukları için

mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Primlerin tespiti

MADDE 19 – (1) Primler, sigorta şirketlerince serbestçe belirlenir ve peşin olarak tahsil edilir. Prim tespitinde sigortalının riskini etkileyen diğer etmenlerle birlikte gözetim işlemi yapan (otoparklar-garajlar) ve alım satım ile uğraşan (oto galerileri) işletmeler için işyerinin araç yeri kapasitesi, onarım ve bakımı üstlenen (tamirhane-servis istasyonu) işletmeler için işyerinde sürekli çalışan personel sayısı esas alınır.

(2) İşyerinin devri, faaliyetin durması, sona ermesi veya benzeri hallerde sigorta sözleşmesi feshedilebilir. Sigorta şirketinin sigorta sözleşmesinin fesih tarihine kadar hak kazandığı prim gün esasına göre tespit edilir ve fazlası sigorta ettirene geri verilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Yarış Düzenleyenler

Teminatlar

MADDE 20 – (1) Yarış düzenleyicileri, yarışa katılanlar ve yardımcı kişilerin yarış esnasında üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarını karşılamak üzere yarış veya gösteriye katılan, onlara eşlik eden ve yarış veya gösteride kullanılan araçların türlerine göre bu Yönetmelikte motorlu araç işletenleri için öngörülen asgari teminatları içeren sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

(2) Bisiklet sporu gösterilerine katı-

lan bisikletler için teminat, motosiklet veya yük motosikleti işletenler için belirlenen teminatların altında olamaz.

Primlerin tespiti

MADDE 21 – (1) Primler sigorta şirketleri ile yarış ve gösteri düzenleyenler arasında serbestçe belirlenir ve peşin tahsil edilir.

Sigorta süresi

MADDE 22 – (1) Sigorta sözleşmelerinin süresi yarışlar ile birlikte yarış öncesi yapılan prova ve antrenmanları da kapsamak zorundadır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Bilgilendirme

MADDE 23 – (1) Sigorta poliçelerinde, poliçenin düzenlenmesinde esas alınan indirim ve artırım sebeplerinin isim, oran ve tutarlarıyla beraber okunaklı biçimde gösterilmesi zorunludur.

Yeni teminat tutarlarının yürürlükteki sözleşmelere uygulanması

MADDE 24 – (1) Bu Yönetmelik ile belirlenen teminat tutarları yürürlükteki bütün sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır.

(2) Sigorta şirketleri, düzenledikleri poliçelerin ön yüzüne “Sözleşme süresi içinde Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan tarafından teminat tutarları artırıldığı takdirde, bu poliçe-

de yazılı teminat tutarları, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve ek prim alınmaksızın yeni teminat tutarları üzerinden geçerli olur.” ibaresini yazmak zorundadır.

Police kayıtları ve TRAMER’e iletilecek bilgiler

MADDE 25 – (1) Sigorta şirketleri, trafik sigortası poliçe üretimini çevrimiçi gerçekleştirmek zorundadır.

(2) Sigorta şirketleri, trafik sigortasına ilişkin poliçe ve hasar verilerini en çok bir günlük gecikme ile TRAMER’e iletmekle yükümlüdür.

Zorunlu trafik sigortası pulu

MADDE 26 – (1) Sigorta şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği tarafından bastırılan, seri numarası ile sigorta şirketinin adını ve sigorta dönemini gösteren Zorunlu Trafik Sigortası Pulunu sigortalı aracın ön camına yapıştırılmak üzere sigorta sözleşmesi ile birlikte sigortalıya vermek zorundadır.

Takas odası

MADDE 27 – (1) Birden çok aracın karıştığı bir trafik kazasında zarar gören kişiler, araçların sigortacılarından herhangi birine veya 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14 üncü maddesinde öngörülen durumlarda güvence hesabına başvurarak zararın giderilmesini isteyebilirler. Giderleri ödeyen sigortacı veya güvence hesabı, ödediği miktarın sorumluluk oranlarına göre paylaşılmasını talep edebilir.

(2) Bu madde kapsamında yapıla-

ekler

çak rücu talepleri 11/4/2007 tarihli ve 26490 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Trafik Sigortaları Bilgi Merkezi Yönetmeliğinin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendinde belirtilen takas odası üzerinden tazmin edilir.

Gizlilik

MADDE 28 – (1) Sigorta şirketlerince 4 üncü madde kapsamında yapılan belirlemeler TRAMER Yönetim Kurulu üyelerine hiç bir şekilde verilmez.

(2) TRAMER Yönetim Kurulu üyeleri ile TRAMER personeli bu görevleri süresince ve görevleri sonunda TRAMER’e iletilen bilgileri hiç bir şekilde kullanamaz, hiç bir kişiyle paylaşamaz. TRAMER tarafından, bu madde kapsamında olup uhdesinde kamu görevi bulunmayan kişilerden Müsteşarlığın uygun göreceği bir gizlilik taahhütnamesi alınır.

Yaptırımlar

MADDE 29 – (1) Bu Yönetmeliğe veya esaslara aykırı hareket eden sigorta şirketleri ve aracıları hakkında 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (j) bendi gereği idari para cezası uygulanır.

2007 ve 2008 yılına ait tarifeler

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tarifelerden bu Yönetmelik kapsamına girenler, bu Yönetmeliğin ekinde yer almaktadır.

2007 ve 2008 yıllarında uygulanacak esaslar

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) 15 inci maddenin birinci fıkrası kapsamında, 2007 yılına mahsus olmak şartıyla Birlikçe hazırlanan esaslar 15/7/2007 tarihine kadar tasdik edilmek üzere Müsteşarlığa gönderilir. Müsteşarlıkça tasdik edilen esaslar 1/8/2007 tarihinde yürürlüğe girer. 16 ncı maddede belirtilen 6 aylık süre 1/1/2008 tarihinde uygulamaya konulacak esaslar için uygulanmaz. Bu tarihte yürürlüğe konulacak esaslara ilişkin teklif en geç 30/11/2007 tarihine kadar Müsteşarlığın görüşüne sunulur.

2007 yılında TRAMER’ce yapılacak kontroller

GEÇİCİ MADDE 3 – (1) 1/1/2008 tarihine kadar 15 inci maddenin üçüncü fıkrası kapsamında TRAMER’ce yapılacak kontrolde, esaslara uyum dikkate alınır.

Yürürlük

MADDE 30 – (1) Bu Yönetmeliğin;

a) 4 üncü maddesinin birinci fıkrası 1/8/2007 tarihinde,

b) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 31 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yürütür.

HAYAT SİGORTALARI YÖNETMELİĞİ BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, sigorta ettirenlerin, sigortalıların ve lehdarların hak ve menfaatlerinin korunması ile hayat sigortacılığı faaliyetlerinin düzenlenmesi, denetlenmesi ve gözetimine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir.

(2) Bu Yönetmelik, hayat branşında faaliyet gösteren Türkiye’de kurulu sigorta ve emeklilik şirketleri ile yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye’deki teşkilatını kapsar.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 12, 16, 17 ve 32 nci maddeleri hükmüne dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Aktüer: Yatırım, finansman ve demografi konularında olasılık ve istatistik teorilerini uygulayarak yasal düzenlemelere uygun prim, karşılık ve kâr paylarını hesaplayan, tarife ve teknik esasları hazırlayan ve Müsteşarlık nezdinde tutulan Aktüerler Siciline kayıtlı kişiyi,

b) Aktüeryal matematik karşılık:

Şirketlerin üstlendikleri riskler için aldıkları risk primleri ile sigorta ettirenler ve lehdarlara olan yükümlülüklerinin peşin değerleri arasındaki farkı; birikim priminin de alındığı hayat sigortalarında ise tarife primlerinin birikime kalan kısımları ile teminatların bir yıldan uzun süreli verilmesi halinde tarifelerin onaylı teknik esaslarında belirtilen formül ve esaslara göre ayrılan aktüeryal matematik karşılıklar toplamını,

c) Aracı komisyonu veya istihsal masrafı: Sigorta aracılara aracılık faaliyetleri dolayısıyla ödenen miktarı veya şirketlerce yapılan istihsal masrafını,

ç) Birlik: Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğini,

d) Fesih: Taraflardan birinin sözleşmede öngörülen bazı şartları yerine getirmemesinden dolayı sigorta sözleşmesinin sona ermesini,

e) Gerçek yaş: Sigortalının nüfus cüzdanında yazılan doğum tarihine göre hesaplanan gün aldığı yaşı,

f) Gider payı: Tarifelerin hazırlanması, sigorta poliçelerinin düzenlenmesi, tarife primlerinin tahsil edilmesi, personel ve ilgili diğer giderler için hesaplanan miktarı,

g) Grup hayat sigortası: Bir sözleşme kapsamında bir grup insanın hayat sigortasının yapılmasına imkan veren sigorta türünü,

ğ) Hastalık düzeyi (morbidite) tabloları: Belirli bir nüfus topluluğunun veya belli yaş gruplarına göre

ekler

sınıflandırılan kişilerin gözlem altında tutulması sonucu oluşturulan hastalanma, yaralanma ve malul olma istatistiklerine göre elde edilen tabloları,

h) İskonto edilmiş ölüm düzeyi (komütasyon) tabloları: Ölüm düzeyi tablosuna göre bulunan oranların birim değer olarak kabul edilerek, bu değerlere teknik faiz oranı uygulanmak suretiyle elde edilen tabloları,

ı) İştirâ: Aksine bir sözleşmeyle süre kısaltılmış olmadıkça en az üç yıllık tarife primi ödenmiş olan sigorta sözleşmesinin -sigorta ettirenin talebi üzerine sigorta poliçesinin geri verilmesi karşılığında- sona erdirilmesini,

i) Kanun: 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununu,

j) Kâr payı: Şirketlerin onaylı kâr payı teknik esaslarında belirtilen kâr payı dağıtım sistemine göre hesaplandıkları -teknik faiz ile garanti edilen kısmın da dahil olduğu- miktar ile önceki yıllara ait birikmiş kâr payı karşılıklarının toplamını,

k) Lehdar: Lehine sigorta sözleşmesi yapılan kişiyi,

l) Matematik karşılık: Yürürlükte bulunan her bir sözleşme için tarifedeki teknik esaslara göre ayrı ayrı hesaplanan aktüeryal matematik karşılıklar ve kâr payı karşılıkları toplamını,

m) Müsteşarlık: Hazine Müsteşarlığı,

n) Ortalama yaş: Grup hayat sigortasına dahil sigortalıların her birinin gerçek yaşı ve sigorta bedeli dikkate

alınarak hesaplanan yaş ortalamasını,

o) Ölüm düzeyi (mortalite) tabloları: Belirli bir nüfus topluluğunun gözlem altında tutulması sonucunda oluşturulan, yaşama ve ölüm istatistiklerine göre elde edilen sonuçlardan, her bir yaşta bir yıl içerisinde hayatta kalacak ve ölecek kişilerin sayısının öngörüldüğü tabloları,

ö) Sigorta ettiren: Sigortalının menfaatini sigortacı nezdinde sigortalayan kişiyi,

p) Sigortalı: Hayatı üzerine sigorta sözleşmesi yapılan kişiyi,

r) Şirket: Hayat branşında faaliyet gösteren Türkiye’de kurulmuş sigorta ve emeklilik şirketleri ile yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye’deki teşkilatını,

s) Teknik faiz: Teknik karşılıklar, risk primi ve kâr payı karşılıklarının garanti edilen kısmının hesaplanmasında kullanılan faiz oranını,

ş) Tüketici fiyatları endeksi (TÜFE): Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan tüketici fiyatları endeksini, ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Hayat Sigortası Teknik Esasları ve Kâr Payı

Tarife primi

MADDE 4 – (1) Tarife primi; risk primi, gider payı, aracı komisyonu (veya istihsal masrafı) ile varsa birikim primini içeren miktardır.

Risk primi

MADDE 5 – (1) Ölüm ve/veya yaşama ihtimallerine bağlı teminatlar ile ek olarak ferdi kaza, hastalık sonucu maluliyet ve tehlikeli hastalıklar gibi teminatların da verildiği hayat sigortaları için sigortalıların gerçek yaşlarına ve riski etkileyen diğer kişisel özelliklerine göre hesaplanan primdir.

Birikim primi

MADDE 6 – (1) Hayat sigortaları için risk primi dışında yatırım amacıyla alınan primdir. Birikim primi, tarife priminin birikime kalan kısmıdır.

Gider payı

MADDE 7 – (1) Gider payı, risk priminin % 10'unu geçemez. Müsteşarlık, tarifelerin özelliklerine göre söz konusu azami oranı % 50 oranında arttırmaya veya azaltmaya yetkilidir.

Aracı komisyonu veya istihsal masrafı

MADDE 8 – (1) Hayat sigortalarında aracı komisyonu taraflar arasında serbestçe belirlenir.

(2) Birikim priminin alındığı hayat sigortalarında;

a) Aracı komisyonunun (veya istihsal masrafının) sigorta ettirenlere yansıtılabilecek kısmı yıllık tarife priminin % 10'unu aşamaz.

b) Aracı komisyonunun (veya istihsal masrafının) yıllık tarife primi üzerinden sigorta ettirenlere yansıtılabilecek oranlarının toplamı sigorta süresi boyunca % 50'yi geçemez.

(3) Ölüm ihtimaline bağlı yapılan yıllık ferdi ve grup hayat sigortalarında, aracı komisyonunun (veya istihsal masrafının) sigorta ettirenlere yansıtılabilecek kısmı yıllık tarife priminin % 25'ini aşamaz.

(4) Diğer ferdi ve grup sigortaları için aracı komisyonunun (veya istihsal masrafının) sigorta ettirenlere yansıtılabilecek kısmı tek prim ödeme durumunda tarife priminin % 15'ini, diğer hallerde ise her yılki tarife priminin % 20'sini geçemez.

İşletme masrafı

MADDE 9 – (1) Şirket kâr payına esas teşkil eden matematik karşılık gelirlerinden, kâr payı oranının teknik faiz oranını aşması kaydıyla, azami % 15 işletme masrafı kesintisi yapabilir.

Teknik faiz

MADDE 10 – (1) İskonto edilmiş ölüm düzeyi (komütasyon) tabloları ve kâr payı karşılıklarının garanti edilen kısmının hesaplanmasında kullanılan teknik faiz oranları farklı olabilir.

(2) Teknik faiz oranı ihtiyatlı olarak seçilir. Bir yıllık hayat sigortalarında teknik faiz oranı, bir yıldan uzun süreli hayat sigortalarına göre farklı oranda belirlenebilir.

(3) Müsteşarlık teknik faiz oranlarının asgari ve azami sınırlarını belirleyebilir.

(4) Sözleşme süresince teknik faiz oranı sigortalı aleyhine değiştirilemez.

Ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tabloları

MADDE 11 – (1) Risk priminin belirlenmesinde kullanılan ölüm düzeyi, iskonto edilmiş ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tabloları ihtiyatlı olarak seçilir. Müsteşarlık ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tablolarını şirketlerin portföylerinin sonuçlarına, Birlik veya Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre belirleyebilir.

(2) En az 10 yıllık istatistiki verileri bulunan ve anılan tablolarda kendi portföy sonuçlarına göre değişiklik yapmak isteyen şirketler, oluşturacakları ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tablolarını ilgili istatistiki veriler, hesaplama yöntemi ve varsayımları ile birlikte onaylanmak üzere Müsteşarlığa gönderir.

Sigorta süresi

MADDE 12 – (1) Birikim priminin alındığı hayat sigortalarında sigorta süresi 10 yıldan az olamaz. Tarifedeki azami yaş sınırının sigortalının yaşı nedeniyle bu sürenin altında olması durumunda sigorta süresi daha kısa olabilir.

Hayat sigortası tarifesi

MADDE 13 – (1) Hayat sigortası tarifesi, risk primi, varsa birikim primi, gider payı, aracı komisyonu (veya istihsal masrafı), iştirah, tenzil, ikraz ile matematik karşılıkların hesaplanmasına esas teşkil eden formüllerin yer aldığı teknik esaslardan ve özel şartlardan oluşur.

(2) Şirketler, hayat sigortası tarifeleri ile kâr payı teknik esaslarını

aşağıdaki ana ilkeleri kapsayacak şekilde düzenleyerek belirtilen bilgi ve belgelerle birlikte onaylanmak üzere Müsteşarlığa gönderir.

a) Sigorta tarifesinin adı, konusu ve verilen teminatlar açık bir şekilde belirtilmeli ve içerik olarak birbirleriyle uyumlu olmalıdır.

b) Sigorta teminatları, ekonomik koşullar ile sigorta ettirenlerin taleplerine göre şirketin kabulü halinde değişebilir veya değişik seçenekler içeren bir yapıda düzenlenebilir.

c) Sigorta teminatlarının ve birikimlerin korunmasını sağlamak amacıyla bir varlığa veya varlık grubuna endeksli sigortalarda teminatlar ve primler de aynı endekse göre belirlenir. Tarifelerin teknik esasları endekslemeye yönelik değişiklikleri içerecek yapıda olmak zorundadır.

ç) Tarife ve kâr payı teknik esaslarında kullanılan her tür işaret, kısaltma ve sembollerin anlamı teknik esasların başlangıç bölümünde açıkça belirtilir. Müsteşarlık teknik esaslarda kullanılan her tür işaret, kısaltma ve sembollerin standart hale getirilmesi için usûl ve esaslar belirleyebilir.

d) Risk primi Müsteşarlıkça uygun görülen ölüm düzeyi, iskonto edilmiş ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tablolarına göre hesaplanır. Tarifelerde risk primi unsurunun bulunması zorunludur.

e) Ölüm ihtimaline bağlı grup hayat sigortalarında Müsteşarlıkça belirlenecek esaslar çerçevesinde her yıl hesaplanarak güncelleştirilmesi

kaydıyla ortalama yaş kullanılabilir. Ortalama yaşın belirlenmesinde kullanılan veri ve hesaplama yöntemi Müsteşarlığa gönderilir. Grup hayat sigortalarına ilişkin esaslar Müsteşarlıkça belirlenir.

f) Tarifede kullanılan teknik faiz ve ölüm düzeyi tablosunun belirlenme kriterleri açıkça belirtilir. Müsteşarlık tarifede belirlenen teknik faiz ve ölüm düzeyi tablosunun değiştirilmesini isteyebilir.

g) İşletme masrafı oranı, kâr payı dağıtım planı ile bir varlık grubuna endeksli sözleşmeler için varlıkların oranları tarifelere ait kâr payı teknik esaslarında belirtilir.

ğ) Birikim priminin alınmadığı tarifelerde varsa aktüeryal matematik karşılıklara istinaden kâr payı dağıtılıp dağıtılmayacağı ifade edilir. Kâr payı dağıtılması hali kâr payı teknik esaslarında düzenlenir.

h) Bir yıldan uzun süreli hayat sigortalarına ek olarak bir yıldan uzun süreli ek teminatların verildiği hallerde, hayat sigortaları matematik karşılıkları ek teminatlara ilişkin aktüeryal esaslara göre belirlenen karşılıkları da içermelidir.

ı) Yabancı para veya bir varlığa endeksli tarifelerin Yeni Türk Lirası üzerinden yapılan tarifelere veya diğer bir varlığa endeksli tarifelere dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği ve buna ilişkin uygulama esasları açık olarak yazılır.

i) Tarifeye ait gider payı ve aracı komisyonu (veya istihsal masrafı)

oranı belirtilir.

j) Teknik esaslara göre hesaplanan prim ve matematik karşılık tabloları tarife ekinde Müsteşarlığa gönderilir.

k) Müsteşarlık, tarife ve kâr payı teknik esaslarına ilişkin muhtelif hesap tabloları ile gerekli görülen diğer bilgi ve belgeleri yazılı ve elektronik kopya olarak şirketlerden isteyebilir. Yapılacak inceleme neticesinde Müsteşarlık teknik esaslarda değişiklik yapılmasını talep edebilir.

l) Tarife konusu ürünün sunulması düşünülen hedef kitle, hedef kitlenin genel özellikleri, beklenen pazar payı, devamlılığa ilişkin öngörüler ve ürüne ilişkin kârlılık analizi açıklamalı olarak tarife ekinde Müsteşarlığa gönderilir.

Tarifelerin onaylanması

MADDE 14 – (1) Hayat sigortası ile bir yıldan uzun süreli ferdi kaza, sağlık ve hastalık sigortası tarifelerinin uygulamaya konulabilmesi Müsteşarlığın onayına bağlıdır. Onaylanmak üzere Müsteşarlığa gönderilen tarifeler ile kâr payı teknik esasları; risk primi hesabında kullanılan ölüm düzeyi, iskonto edilmiş ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tabloları ile teknik esasların ekinde gönderilmesi Müsteşarlıkça gerekli görülen diğer bilgi ve belgeler aktüer tarafından imzalanır.

(2) Tarifelerin esas ve şartları sigortacılık mevzuatına aykırı olamaz. İlk defa uygulamaya konulacak tarifelere ilişkin başvuru formu, sigorta ettiren ve sigortalının hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi vermek amacıyla şirket tarafından hazırlanan dokümanların

ekler

bir örneği ile örnek sigorta sözleşmesi değerlendirilmek üzere Müsteşarlığa gönderilir.

(3) Müsteşarlık, tarife esas ve şartları ile 2 nci fıkrada belirtilen belgelerde mevzuata ve sigortacılık esaslarına aykırı bulunan veya sigorta ettirenler, sigortalılar ve lehdarlarının hak ve menfaatlerinin korunması açısından uygulanmalarında sakınca görülen hususların değiştirilmesini talep edebilir.

(4) Onaylı tarife ve kâr payı teknik esaslarında yapılması talep edilen değişiklikler, gerekçeleri ile birlikte aktüer tarafından imzalanmış olarak onaylanmak üzere Müsteşarlığa gönderilir.

(5) 13 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen esaslara uymayan tasdik talepleri ilgili şirkete iade edilir.

(6) Tarife ve kâr payı teknik esasları ile onaylı teknik esaslarda yapılan değişikliklerin elektronik kopyaları, söz konusu onayların şirkete tebliğ tarihinden itibaren en geç 10 iş günü içerisinde şirket tarafından Müsteşarlığa gönderilir.

Sigortalının değişmesi

MADDE 15 – (1) Sigorta şirketi ve sigorta ettiren anlaşarak sigortalıyı değiştirebilirler. Ancak, bu durum tarifede yer alan hesaplamalarda bir değişiklik gerektiriyorsa hesaplamalar yeni sigortalı esas alınarak tekrar yapılır.

Hayat sigortaları ilk primi

MADDE 16 – (1) Hayat sigorta sözleşmelerinin yapılmasına dair teklifnamenin şirkete ulaştığı tarihten

itibaren 30 gün içerisinde şirket tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesi yapılmış olur.

(2) Sözleşme yapılmadan önce tahsil edilen paralar sözleşmenin kurulmasından sonra tarife primi veya tarife priminin ilk taksiti olarak kabul ya da tarife priminin ilk taksitine mahsup edilir.

(3) Teklifin şirketçe kabul edilme-
mesi halinde, sözleşmenin yapılmasın-
dan önce alınan paralar hiçbir kesinti
yapılmadan derhal ilgiliye iade edilir.

Tarife priminin ödenmesi ve kâr payı

MADDE 17 – (1) Tarife primi nakden veya diğer ödeme araçlarıyla ödenebilir.

(2) Şirketler, birikim priminin alındığı her sigorta sözleşmesine, tarife primlerinin birikime kalan kısmının şirketin serbest hesaplarına intikalini takip eden ilk iş gününden itibaren sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar gün esasına göre kâr payı dağıtmak zorundadırlar.

Yatırıma yönlendirilecek miktar

MADDE 18 – (1) Şirketler, kâr payına esas teşkil eden, önceki yıllara ilişkin matematik karşılıklar ile cari yıla ait tahsilat esaslı matematik karşılıkların toplamını günlük olarak yatırıma yönlendirmek zorundadır.

Kâr payının hesaplanması

MADDE 19 – (1) Kâr payları, sigorta ettirenler tarafından ödenen tarife primlerinin birikime kalan kısmının şirketin serbest hesaplarına intikalini

takip eden ilk iş gününden itibaren matematik karşılık olarak gösterilen varlıkların getirileri üzerinden her bir sözleşme için ilgili teknik esaslara göre ayrı ayrı hesaplanır.

(2) Ölüm ve/veya yaşama ihtimallerine bağlı sigortalara kâr payı verilmesi halinde kâr payına ilişkin esas ve usûller kâr payı teknik esaslarında belirtilir.

(3) Şirketin birden fazla kâr payı dağıtım esaslarının veya tarife grubunun olması halinde bunlara ilişkin tüm işlemler ayrı hesaplarda takip edilir. Bir varlığa veya varlık grubuna endeksli sigortalara ait kâr payı dağıtım esasları tarifelerin özelliklerine göre yapılır.

Kâr payı oranı ve ilanı

MADDE 20 – (1) Kâr payı oranı, matematik karşılıkların yatırıldığı varlıklardan yıl içerisinde elde edilen gelirlerin bu Yönetmelik hükümlerine ve genel kabul görmüş muhasebe kurallarına göre hesaplanan net yatırım geliri oranıdır. Kâr payı oranı her bir tarife grubu veya kâr payı teknik esasları için ayrı olarak hesaplanır.

(2) Şirketler, hayat sigortaları matematik karşılıklarının net yatırım geliri oranlarının teknik faiz oranını ve TÜFE artış oranını aşması için gerekli tedbirleri alırlar.

(3) Dağıtılacak kâr payı oranları, Türkiye genelinde basımı ve dağıtımı yapılan günlük en az bir gazetede ve şirket internet sitesinde ilân edilir. Şirketin tarife gruplarına veya kâr payı esasları farklı olan tarifeler için

farklı kâr payı oranları hesapladığı durumlarda her oran aynı şekilde ve birlikte ilân edilir. Duyurunun yapıldığı gazetenin bir nüshası şirket tarafından Müsteşarlığa gönderilir.

(4) Yıllık net kâr payı oranının TÜFE artış oranından veya -yükümlülüklerin yabancı paraya endeksli olması halinde- ilgili yabancı paranın Yeni Türk Lirası karşılığının artış oranından düşük gerçekleşmesi durumunda, üçüncü fıkrada belirtilen kâr payı oranı ilanı için Müsteşarlığın uygunluk görüşü aranır. Ayrıca, yatırım gelirlerinin düşük gerçekleşmesinin gerekçelerini ve alınan tedbirleri içeren rapor aktüer tarafından hazırlanarak şirket genel müdürü imzasıyla Müsteşarlığa gönderilir. Bu durumda, şirketin matematik karşılıklarını yatıracığı varlıklara Müsteşarlığın belirleyeceği usûl ve esaslar çerçevesinde sınırlandırmalar getirilebilir.

(5) Birikim priminin alındığı hayat sigortalarında en az beş yıldan beri yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri için birikim miktarı, yatırım gelirleri ve ilgili diğer bilgiler sigorta ettirene şirket tarafından yılda en az bir kez gönderilir. Sigorta ettirenin elektronik ortamda bilgilendirilmeyi tercih etmesi halinde yazılı bildirim şartı aranmaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Hayat Sigortası Portföyü ve Aktüerler

Hayat sigortası portföyü

MADDE 21 – (1) Şirketlerin hayat sigortası portföyüne ilişkin, içeriği ve

ekler

gönderilme dönemleri Müsteşarlıkça belirlenecek istatistikî bilgi, veri ve tablolar şirketlerce hazırlanarak Müsteşarlığa gönderilir.

Fesihler

MADDE 22 – (1) Şirketler, sözleşmelerin fesih nedenlerinin azaltılması ile devamlılığın sağlanması için gerekli tedbirleri alır.

(2) İştirak süresi dolmadan feshedilen sözleşmelerde fesih tarihine kadar ödenmiş tarife primlerinin varsa birikime kalan kısımları ile birikim primine ilişkin kâr payı karşılıklarının toplamı, söz konusu toplam tutar üzerinden yapılabilecek azami % 3 oranındaki kesinti ve ilgili vergiler düşüldükten sonra sigorta ettirene iade edilir.

Aktüerler ve aktüerya raporu

MADDE 23 – (1) Şirketler sigortacılık faaliyetlerinin hacmi ile orantılı olarak yeterli sayıda aktüer istihdam ederler.

(2) Aktüerler, mesleklerinin icrası sırasında onayladıkları belgelerin, yaptıkları hesaplamaların ve düzenledikleri tabloların ilgili kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz yönde etkilememesi, ilgili kurumların mali bütçelerini zayıflatmaması ve mevzuat ile aktüerya ilkelerine uygun olmasından sorumludurlar.

(3) Aktüer, şirketin hayat sigortacılığı faaliyetleri ile ilgili olarak yıl sonu itibariyle hazırladığı “Aktüerya Raporu”nu şirket genel müdürü tarafından imzalanmış bir yazı ile birlikte her yılın en geç Nisan ayı sonuna kadar

Müsteşarlığa göndermek zorundadır.

(4) Aktüerya raporunun içeriğine ilişkin esas ve usûller Müsteşarlıkça belirlenir.

(5) Şirketler istihdam ettiği ve/veya hizmet aldığı aktüerlerin listesini her takvim yılının başında Müsteşarlığa gönderir. Söz konusu listedeki değişiklikler, değişiklik tarihinden itibaren en geç 10 iş günü içinde şirketlerce Müsteşarlığa bildirilir.

(6) Birden fazla aktüerle çalışılması halinde, 20 nci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen rapor ile aktüerya raporunun ve Müsteşarlıkça talep edilebilecek diğer bildirim ile raporların hazırlanması için aktüerlerden biri şirket tarafından görevlendirilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Onaylanmış teknik esaslar

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce yürürlükteki mevzuata uygun olarak düzenlenen tarifeler ve kâr payı teknik esasları, 5/11/2007 tarihinden itibaren herhangi bir idari işleme gerek olmaksızın bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yürütülür.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 24 – (1) 9/12/1996 tarihli ve 22842 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hayat Sigortaları Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

MADDE 25 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 26 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yürütür.

**AKLAMA SUÇU İNCELEMESİ
HAKKINDA YÖNETMELİK****BİRİNCİ BÖLÜM****Amaç, Kapsam, Dayanak ve
Tanımlar****Amaç ve kapsam**

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; aklama suçu ile mücadelenin etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında denetim elemanlarınca yapılacak incelemelerde uygulanacak usul ve esasları belirlemektir.

Hukukî dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik 5549 sayılı Kanunun 19 uncu ve 27 nci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Aklama suçu: 26/9/2004 tarihli

ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 282 nci maddesinde düzenlenen suçu,

b) Analiz: Kanun kapsamında toplanan muhtelif veriler ile alınan ihbar ve bildirimleri, istatistiki ve analitik yöntemler kullanılarak ve teknik araçlar yardımıyla işlenerek bunlardan nitelikli mali istihbarat elde etmeye yönelik Başkanlıkça yapılan çalışmaları,

c) Bakanlık: Maliye Bakanlığını,

ç) Başkan: Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanını,

d) Başkanlık: Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığını,

e) Değerlendirme: Başkanlığın nüfuz ettiği olaylar veya yapılan analizlere istinaden malvarlığına ve kişilere yönelik olarak aklama ve terörün finansmanı suçlarıyla ilgili ciddi şüphe ve emarelerin ortaya çıkarılmasına yönelik Başkanlıkça yapılan çalışmaları,

f) Denetim elemanı: Maliye Müfettişleri, Hesap Uzmanları, Gümrük Müfettişleri, Gelirler Kontrolörleri, Bankalar Yeminli Murakıpları, Hazine Kontrolörleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanlarını,

g) İnceleme: Aklama suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespitine yönelik denetim elemanları tarafından yapılan araştırma ve inceleme çalışmalarını,

ğ) Kanun: 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanma-

ekler

sının Önlenmesi Hakkında Kanunu,

h) Suç geliri: Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

İncelemenin Başlatılması

İncelemenin başlatılması

MADDE 4 – (1) Başkanlık, yürütmekte olduğu görevler nedeniyle nüfuz ettiği olay veya kendisine intikal eden bildirim ve bilgilere istinaden doğrudan veya yapılan analiz ve değerlendirme sonucunda gerekli görmesi halinde inceleme başlatır.

Cumhuriyet savcılığının talebi

MADDE 5 – (1) Cumhuriyet savcısı, suçtan gelir elde edildiğine ve söz konusu gelirin aklandığına dair ciddi emarelerin varlığı ve konunun ihtisas gerektirmesi halinde Başkanlıktan, aklama suçunun işlendiği hususunda olguların varlığının tespitine ilişkin talepte bulunabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Görevlendirme ve Çalışma Esasları

Görevlendirme

MADDE 6 – (1) Bakanın görevlendirme talebi üzerine, ilgili birim amirinin teklifi ve bağlı, ilgili veya ilişkili buldukları bakanın onayı ile

incelemeyi yürütmek üzere denetim elemanı görevlendirilir. Görevlendirme, talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde yapılır. Denetim elemanı, Başkanlıkça incelemeyle ilgili evrakın kendisine tebliğinden itibaren en geç onbeş gün içerisinde göreve başlayarak göreve başlama tarihini bu süre içerisinde Başkanlığa ve birimine yazılı olarak bildirir.

(2) Denetim elemanları, Başkanlıkça yürütmekte oldukları incelemelerle bağlantı kurularak kendilerine intikal ettirilen konuları, ayrı bir görevlendirme onayı aramaksızın ilk görevlendirme onayı kapsamında incelemeye dâhil ederek incelemeyi sonuçlandırır.

(3) Başkanlık tarafından sonradan intikal ettirilen konuların yürütmekte oldukları incelemelerle bağlantılı olup olmadığı sorulması halinde, denetim elemanları konuya ilişkin görüşlerini gerekçeleri ile birlikte onbeş gün içerisinde Başkanlığa bildirir.

(4) İnceleme sonuçlanmadan herhangi bir nedenle görevinden ayrılacak olan denetim elemanı, incelemede gelinen aşamaları gösterir bir devir raporu düzenleyerek Başkanlığa gönderir. İlgili birim, mevcut denetim elemanı görevinden ayrılmadan önce, bağlı, ilgili veya ilişkili bulunduğu bakanın onayı ile yeni denetim elemanı görevlendirir. Görevinden ayrılacak olan denetim elemanı, devir raporunun bir örneğini ve ilgili tüm belgeleri, yeni görevlendirilen denetim elemanına tutanakla teslim eder. Yeni görevlendirilen denetim elema-

nı, tutanağın bir örneğini birimine ve Başkanlığa gönderir. İşe başlama ve ayrılma açısından tutanak tarihi esas alınır. Bu işlemlerin zamanında gerçekleştirilmesi hususunda ilgili birimce gerekli tedbirler alınır.

Çalışma esasları

MADDE 7 – (1) Denetim elemanları, görevlendirme süresi içinde öncelikli aklama suçunun incelenmesi görevini yerine getirir. İlgili birimler, yapacakları görevlendirmelerde bu hususu gözetir.

(2) Denetim elemanları, göreve başladıkları tarihten itibaren altı ay içinde incelemelerini tamamlayarak düzenleyecekleri raporu Başkanlığa sunar. Devir halinde bu süre ilk denetim elemanının göreve başladığı tarihten itibaren hesaplanır.

(3) Altı aylık süre içinde incelemenin sonuçlandırılmaması halinde, yapılan çalışmaları, gelinen aşamayı ve sonuçlandırılmama gerekçelerini içeren bir ara raporla ek süre talep edilebilir. Bu talep Başkanlıkça değerlendirilerek toplam altı ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir. İnceleme, verilen süre içerisinde tamamlanarak rapora bağlanır.

(4) Yürütülmekte olan incelemelerle bağlantı kurularak sonradan incelemeye dâhil edilen konularla ilgili olarak denetim elemanının gerekçeli talebi üzerine Başkanlık, ilave denetim elemanı görevlendirilmesini talep edebileceği gibi yukarıdaki sürelerle ilaveten altı ayı geçmemek üzere ek süre verebilir.

(5) Denetim elemanları, kendilerine verilen inceleme görevini yukarıda belirtilen süreler içerisinde ve eksiksiz olarak yerine getirmekten sorumludur.

(6) İnceleme sırasında, Kanunda belirtilen yükümlülüklerin ihlali ile karşılaşıldığında durum derhal yazılı olarak Başkanlığa bildirilir.

(7) Denetim elemanları incelemeler sırasında diğer mevzuata aykırılık tespit etmeleri halinde, bunları gereği için yazılı olarak kendi birimlerine tevdi eder. Konu ile ilgili olarak ayrıca Başkanlığa yazılı bilgi verilir.

(8) Başkanlık, gerek görmesi halinde, ilgili birimin onayını da alarak incelemenin tespit edilecek bir mahalde yerine getirilmesini isteyebilir.

(9) Başkanlık, incelemede birden fazla denetim elemanından oluşan ekip teşkil edebilir. Başkanlık, denetim elemanlarından birini koordinasyonu sağlamak amacıyla görevlendirir. Koordinasyonu sağlayan denetim elemanı, ekip içerisinde bilgi ve belge akışını sağlar. Ekip çalışmalarının birlikte planlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması ve raporların birlikte düzenlenmesi esastır.

(10) Birden fazla ekip oluşturulması halinde koordinasyonu sağlayan denetim elemanlarından biri genel koordinasyonu sağlamak üzere Başkanlıkça görevlendirilebilir.

Savcılık koordinasyonunda çalışma

MADDE 8 – (1) Cumhuriyet sav-

ekler

cısı tarafından gerek görülmesi halinde, denetim elemanı görevlendirilerek incelemeler, Cumhuriyet savcısının koordinasyonunda yürütülür.

(2) Başkanlık, incelemelerin Cumhuriyet savcısı koordinasyonunda yürütülmesi gerektiği yönündeki kanaatini ilgili Cumhuriyet savcılığına iletebilir.

(3) 7 nci maddede belirtilen süreler bu madde kapsamında yapılan görevlendirmeler bakımından da geçerlidir.

(4) Cumhuriyet savcılığı koordinasyonunda gerçekleştirilen çalışma sonucunda düzenlenecek aklama suçunu inceleme raporunun bir örneği Cumhuriyet savcılığına teslim edilirken bir örneği de Başkanlığa gönderilir.

Yurtdışı bilgi talebi

MADDE 9 – (1) İnceleme konusuna ilişkin yurtdışından bilgi ve belge taleplerinde Başkanlıkça belirlenecek usul ve esaslara göre hareket edilir.

Yetkiler

MADDE 10 – (1) Denetim elemanları, inceleme sırasında Kanunun 7 nci maddesi ile 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen yetkileri kullanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Koruma Tedbirleri

Elkoyma talebi

MADDE 11 – (1) Başkanlık veya denetim elemanları, aklama suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulu-

nan hallerde Kanunun 17 nci maddesi kapsamında malvarlığına elkonulması talebinde bulunabilir. Elkoyma talebi ilgili Cumhuriyet savcılığına iletilir. Söz konusu talepte asgari olarak aşağıdaki bilgilere yer verilir:

a) Suç gelirin elkonulacak gerçek kişi ise kimlik bilgileri; tüzel kişi ise açık unvanı, tespit edilmesi halinde ticaret sicil numarası, kanuni temsilcileri, ortakları, bağlı olduğu vergi dairesi ve vergi numarası,

b) Elkonulması talep edilen tutar,

c) Tespit edilmesi halinde elkonulması talep edilen malvarlığına ait bilgiler,

ç) Elkoyma talebinin gerekçesi.

(2) Denetim elemanı tarafından Cumhuriyet savcılığına gönderilen elkoyma talebi, gecikmeksizin Başkanlığa bildirilir.

Diğer koruma tedbirleri

MADDE 12 – (1) Başkanlık veya denetim elemanları, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Birinci Kitabının Dördüncü Kısımında yer alan diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin olarak talepte bulunabilir. Bu talepler ilgili Cumhuriyet savcılığına iletilir.

(2) Denetim elemanı tarafından Cumhuriyet savcılığına iletilen talepler gecikmeksizin Başkanlığa bildirilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Düzenlenecek Raporlar ve Yapılacak İşlemler

Düzenlenecek raporlar

MADDE 13 – (1) İnceleme sonucunda, aklama suçu inceleme raporu düzenlenir ve Başkanlığa gönderilir.

(2) Düzenlenecek raporlara ilişkin usul ve esaslar Başkanlıkça belirlenir.

İnceleme raporlarının okunması

MADDE 14 – (1) Denetim elemanları tarafından düzenlenerek Başkanlığa tevdi edilen aklama suçu inceleme raporları, işleme konulmadan önce Başkanlıkça maddi veya hukuki hata ve eksiklik olup olmadığı yönünden okumaya tabi tutulur. Okuma sonucu tespit edilen hususların Başkanlıkça verilen süre içerisinde giderilmesi amacıyla rapor denetim elemanına iade edilir.

(2) Denetim elemanının raporun iade gerekçelerine katılmaması halinde, Başkanın belirleyeceği Başkan yardımcısının başkanlığında incelemeyi yapan denetim elemanının mensup olduğu birim ile farklı bir denetim biriminden birer denetim elemanının katılımıyla oluşturulacak komisyon nihai kararı verir. Bu karar kesindir.

(3) Farklı birimlerden denetim elemanlarının müşterek incelemelerinde komisyon, Başkanın belirleyeceği Başkan yardımcısının başkanlığında incelemede görev alanların birimlerinden birer denetim elemanının katılımıyla oluşturulur.

(4) Cumhuriyet savcılığı koordinasyonunda gerçekleştirilen çalışma sonucunda düzenlenen raporlar okumaya tabi tutulmaz.

Raporlar üzerine yapılacak işlemler

MADDE 15 – (1) Aklama suçunun işlendiğine dair ciddi şüphe ve olguların tespitini içeren aklama suçu inceleme raporları gereği yapılmak üzere yetkili ve görevli Cumhuriyet savcılığına intikal ettirilir.

(2) Cumhuriyet savcılıklarının talebi üzerine başlatılan inceleme sonucunda düzenlenen raporlar ilgili Cumhuriyet savcılığına gönderilir.

(3) Aklama suçunun işlendiğine dair ciddi şüphe ve olguların tespitini içeren raporların bir örneği Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğüne gönderilir.

(4) Raporların ve elkoyma taleplerinin Cumhuriyet savcılıkları nezdinde izlenmesi ve davaların takibi ile ilgili diğer usuli işlemler 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun gereğince yapılır.

Kararların Başkanlığa bildirilmesi

MADDE 16 – (1) Konunun Başkanlıkça intikal ettirilip ettirilmediğine bakılmaksızın aklama suçundan dolayı yapılan tüm soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya düzenlenen iddianame, kovuşturmalar sonucunda verilen hüküm veya verilen elkoyma

ekler

kararlarının bir örneği izleyen ayın sonuna kadar ilgili Cumhuriyet başsavcılığı ve mahkemelerce Başkanlığa gönderilir.

ALTINCI BÖLÜM

Çeşitli Hükümler

Diğer görevler esnasında yapılan tespitler

MADDE 17 – (1) Denetim elemanları, kendi birimlerinden verilen görevlerini yaparken, aklama veya terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphe ve emarelere rastlamaları halinde konuyu kendi birimleri aracılığıyla Başkanlığa iletir.

İdarelerin yardımı

MADDE 18 – (1) İnceleme sırasında mülki amirler, belediye başkanları, kolluk görevlileri, köy muhtarları ile diğer kamu kurum ve kuruluşları, Başkanlığa ve denetim elemanlarına ellerindeki bütün imkânlarla kolaylık göstermek ve yardımda bulunmakla yükümlüdür.

Güvenlik

MADDE 19 – (1) Başkanlığın

talebi halinde, İçişleri Bakanlığınca Başkanlık emrine kolluk görevlileri geçici olarak görevlendirilir.

Yürürlükten kaldırılan hükümler

MADDE 20 – (1) 3/6/1997 tarihli ve 97/9523 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Kararın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 21 ila 30 uncu maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Devam eden incelemeler

GEÇİCİ MADDE 1 – Bu Yönetmeliğin yayımlanmasından önce başlamış olan incelemeler için 7 nci maddedeki sürelerin hesabında başlangıç tarihi olarak bu Yönetmeliğin yürürlük tarihi dikkate alınır.

Yürürlük

MADDE 21 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 22 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Maliye Bakanı yürütür.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1008

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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1304-1008

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

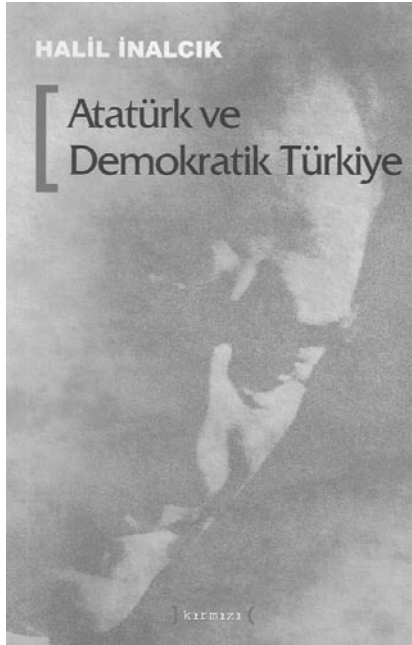
abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

**Halil İncalcık,
ATATÜRK VE
DEMOKRATİK TÜRKİYE,
Kırmızı Yayınları,
Temmuz 2007**

Türk tarihçiliğinin yüz akı Prof. Dr. Halil İncalcık'ın "*Atatürk ve Demokratik Türkiye*" adını uygun gördüğü kitapta Atatürk ve Atatürkçülük (2002); Büyük Devrim: Hilâfetin Kaldırılması ve Laikleşme (2002); Atatürk ve Türkiye'nin Modernleşme Problemi (1963); Türkiye Cumhuriyeti ve Osmanlı (1998); Atatürk ve Atatürk Devrimi Üzerinde Yabancı Tarihçiler (1963); Türkiye ve Japonya'nın Modernleşmesi Üzerine Bir Konferans (1962); Türk Tarihi ve Atatürk'te Tarih Şuuru (1963); Ziya Gökalp: Yüzyıla Damgasını Vuran Düşünür (2000); İkinci Bin'de Türkler (2000); Helenizm, Megali İdea ve Türkiye (2005) başlıklı makaleleri yer almaktadır.



Bu makalelerin bir bölümü yanında yine aynı doğrultuda düşünceleri içeren "*Makaleler I, Doğu Batı*" kitabını da okurlarımıza önermekteyiz.

Halil İncalcık'ın makaleleri seçimlerden sonra sıkça gündeme gelebileceğini sandığımız din ve lâiklik; cumhuriyet ile demokrasi, Türk-Kürt eksenindeki tartışmalara açıklık getirebilecek güvenilir rehber niteliğindedir.

22 Temmuz 2007 günü yapılan Milletvekili Genel Seçimi'nden sonra pek çok şey söylendi, yazıldı. Daha pek çok yazılıp çizileceği ise tartışılmaz bir gerçek. Yazılanların, söylenenlerin pek çoğu, "*karşı devrim*" gibi toplumsal barış açısından ürküntü verici. Ünlü sosyolog Şerif Mardin'in "*Türkiye'de dinci-lâik ve Kürt-Türk olmak üzere iki bölünme eksenini,*" olduğu öngörüsü ciddi endişe kaynağı olmaktadır. "*Bu eksenin Türkiye'nin gelişmesi ve toplumsal barışındaki en önemli*

engeller olduğu” düşüncesi ise kaygı vericidir.

İnalcık, kitaba yazdığı kısa önsözde aynı mahiyette şöyle diyor: *“Atatürkçülüğü yorumlarken, günlük siyasi ve sosyal akımların etkisiyle onaylama veya bağnaz tepkilerle karşılaşmak olanaklıdır. Toplumumuz, uzlaşmaz iki kitle halinde karşı karşıya getiren derin anlaşmazlığın, felaketli sonuçlar getirebileceğini hatırla tutarak, karşıtlığı çözmek, uzlaşma yollarını bulmak zorundayız.”*

Bilim adamlarının tespitine katılmamak mümkün değildir. Türkiye’de bugün sun’î olarak yaratılmış bir dinci-lâik ayrımı vardır. Bu özel gayretlerle; iç ve dış odakların destekleriyle yaratılmış gibi görünse de tarihi kökenlere uzanmaktadır. İki yüz senedir Türk toplumu, dinci eksenin dışına çıkma kavgası vermektedir. Bu kavga Türkiye’nin gelişmesinin önündeki büyük engeldir ve ileriye doğru atılım yapmak isteyen topluma *“patinaj”* yaptırmakta, gelişmesini, kalkınmasını, çağdaşı ülkelerle rekabetini önlemektedir. Ayrılığın, toplumsal barışı da tehdit ettiğinden kuşku bulunmamaktadır.

Ancak, bu ayrışmanın engellenmesi için yapılacaklar, sorunun tarihi kaynağının ve niteliğinin iyi saptanmasına bağlıdır. Bu da sosyoloji kadar sorunun tarihi boyutlarını bilmekle mümkün olabilecektir. Halil İnalcık hocanın görüşleri, tahlilleri ve vardığı sonuçlar bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Bu da elimizdeki kitabın önemini büyütmektedir.

2007 seçimleri sonunda lâik cumhuriyetçi kesim, bu kesimin yazarları, çizerleri, seçim sonucunu *“Türkiye’de lâiklik ilkesinin sonu”* olduğu gibi bir duygu içindedirler. Bunu açıkça söylemeseler de satır aralarında bu anlama gelebilecek imalar pek çok.

Aynı düşünce bir kuşku/vehim/korku olarak değil, ama bir *“muştı”* gibi Batı’da, gazetelerde, politikacıların yorumlarında da görülüyor. Tümöyle olmasa bile büyük bir kısmı, her şeyin olup bittiğine, Türkiye’nin *“lâik”* çizgiden *“ılımlı İslâm”* çizgisine kaydığına inanmış görünüyorlar ve *“lâik azınlığın haklarının korunması”* gayretine soyunuyorlar. (Avrupa Komisyonu üyesi Franco Frattini gibi)

Arap dünyasında en çok izlenen Elcezire TV, AKP’nin *“din elden gidiyor”* diyenlerle *“lâiklik elden gidiyor”* diyenler arasında sıkışan

"Yeni Osmanlılar" olduğunu söylüyor. Seçim gecesi yaptığı yayınlardaki değerlendirmeler nazara alındığında bu tanımlamayı "İkinci Meşrutiyeti hazırlayan hareketin devrimci ve ilerici gençlerini niteleyen Jön Türklere nazire olarak seçildiği" anlaşıyor. Kısaca El Cezire'ye göre seçim sonuçları bir "geriye dönüş" olarak algılanmalıdır.

İran'ın önde gelen din adamlarından Ayetullah Ahmet Cenneti'nin değerlendirmesi ise daha ilgi çekici: "Türkler İslâmci bir hükümet istiyor." Üstat Halil İnalçık, yine önsözde, "1919'dan bugüne kadar Batı'nın daima Türkiye'ye karşı desteklediği Yunanistan, sorunlarımızın başlıca kaynağıdır." Kitaba bu amaçla "Helenizm, Megali İdea ve Türkiye" başlıca makale eklenmiştir. Seçimlerden sonra Yunanların beklentileri hocaya hak verdiriyor.

Siyasi beklentileri olanlar da var: Makarios'un ölüm yıldönümü törenleri için Kıbrıs'a giden Yunanistan Cumhurbaşkanı Karolos Papulyas, "Kıbrıs'ın işgal ordularından kurtulduğu ve nihaî bir Kıbrıs Helenizmi adına yararlı bir çözümün başarıldığı günün yakında gelmesini ümit ediyorum," dedikten sonra şu tahminde bulunmuştur: "AKP devletin devleti Türkiye'de bitirdiği zaman sıra Kıbrıs sorununa gelecektir."

Bu konuda emperyalizmin veya yeni adı ile globalleşmenin amaçlarını; İngiliz Dışişleri Bakanı Lord Gurzon'un Lozan Antlaşması sırasında İsmet İnönü'ye söylediği, "Burada ret ettiklerini sonra teker teker karşınıza getireceğiz" ve Başpiskopos Hrisostomos'un "Küçük Asya felâketi Megali İdeayı yüz yıl gerilettiler" tehdit ve kehanetlerini, Yunan Cumhurbaşkanı'nın beklentilerini bir yana bırakalım.

Ancak Cumhuriyet'in "İmparatorluğun birlik ve beraberlik harcı" olan dini ihmal etmesinin hatta zorla ötelemesinin bugün karşı karşıya kaldığımız seçim sonuçlarının nedeni olduğunu açık veya kapalı söyleyenler, yazarlar arasında da, Avrupa basını ile aynı kanaati paylaşanlar da bulunduğu gibi bir yazarın (Türker Alkan) özetlemesi ile "AKP'nin başarısını 'faşist, Jakoben Atatürkçülüğün' yenilgisi olarak görenler de var.

Bunun gerçek olup olmadığını ya da gerçeğin ne olduğunu iyi anlamak için Halil İnalçık'ın kitabını elden bırakmamak gerekiyor.

T. E.



Talih Uyar,
İCRA VE İFLAS KANUNU
ŞERHİ,
C. 8, İİK 143-167
Sekiz Misli Genişletilmiş 2. Baskı
Ankara 2007

Doç. Dr. Osman Berat
Gürzumar,
SÖZLEŞME YAPMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ,
Seçkin, Ankara 2007

Kubilay Taşdemir-
Ramazan Özkebir,
CEZA MUHAKEMESİ
KANUNU ŞERHİ,
3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara
2007

Gürsel Kaplan-Mehmet Üçer,
YÜKSEKÖĞRETİM
MEVZUATI,
Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Yrd. Doç. Dr. S. Soyer Güleç
BORÇ İÇİN HAPİS YASAĞI
VE KARŞILIKSIZ ÇEK
KEŞİDE ETME SUÇU
Seçkin, Ankara 2007

Kemal Çevik,
EKONOMİ HUKUKU
YAKLAŞIMI İLE BANKA
HUKUKU
Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Dr. Halûk Çolak-
Dr. Mustafa Taşkın
CEZA MUHAKEMESİ
KANUNU ŞERHİ,
2. Baskı, Seçkin, Ankara 2007

Murat Aydın,
AVUKATLIK ÜCRETİ,
4. Baskı, Seçkin Ankara 2007

Prof. Dr. Bahri Öztürk-Doç. Dr.
Mustafa Ruhan Erdem,
UYGULAMALI CEZA
MUHAKEMESİ HUKUKU
11. Baskı, Seçkin, Ankara 2007

Nazif Kaçak,
BONO, POLİÇE, ÇEK,
2. Baskı, Ankara 2007